

Europäisches und deutsches Kartellrecht

10. Juli 2020  
Fusionskontrolle (2): Eingreiftatbestand

Dr. Christian Heinichen

1

Europäisches und deutsches Kartellrecht

Inhaltsübersicht

**Fusionskontrolle (2): Eingreiftatbestand**

1. Grundlagen
2. Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse
3. Bewertung vertikaler + konglomerater Zusammenschlüsse
4. Bewertung unilateraler Effekte unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle
5. Effizienzeinwand | Sanierungsfusion

© 2020, Dr. Christian Heinichen

2

Europäisches und deutsches Kartellrecht

**Eingreiftatbestand**

1. SIEC-Test als (ursprünglich politischer) Kompromiss

Art. 2 Abs. 2, 3 FKVO: „erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs“

© 2020, Dr. Christian Heinichen

3

Europäisches und deutsches Kartellrecht

**Eingreiftatbestand**

2. Bestandteile des SIEC-Tests (ErwG 25 der FKVO)

© 2020, Dr. Christian Heinichen

4

Europäisches und deutsches Kartellrecht

**Eingreiftatbestand**

3. Prüfungsreihenfolge

- Abgrenzung des relevanten Markts
- Einzelmarktbeherrschung
- kollektive Marktbeherrschung
  - horizontale Zusammenschlüsse
  - vertikale Zusammenschlüsse
  - konglomerate Zusammenschlüsse
- unilaterale Effekte im (engen) Oligopol
- Sanierungsfusion (*Falling Company Defense*)
- Effizienzvorteile (*Efficiency Defense*)
- D: Abwägungsklausel

© 2020, Dr. Christian Heinichen

5

Europäisches und deutsches Kartellrecht

Inhaltsübersicht

**Fusionskontrolle (2): Eingreiftatbestand**

1. Grundlagen
2. Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse
3. Bewertung vertikaler + konglomerater Zusammenschlüsse
4. Bewertung unilateraler Effekte unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle
5. Effizienzeinwand | Sanierungsfusion

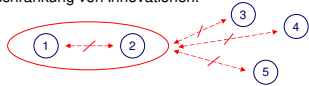
© 2020, Dr. Christian Heinichen

6

Eingreiftatbestand

4. Horizontale Zusammenschlüsse - Grundlagen

- Wettbewerbsbehinderung durch Beseitigung von Wettbewerbsdruck mit der Folge von Spielräumen
  - zur Erhöhung der Preise oder
  - zur Verringerung der Produktions- und Absatzmenge oder
  - zur Verminderung der Warenauswahl oder -qualität oder
  - zur Einschränkung von Innovationen.



Eingreiftatbestand

5. Horizontale Zusammenschlüsse - Einzelmarktbeherrschung

- EU: Marktanteil
  - < 25% => safe harbour (ErwG 32 FKVO)
  - > 25% - < 50% => Einzelfallprüfung
  - > 50% => Vermutung für Entstehen/Verstärken einer marktbeherrschenden Stellung
- D: Marktanteil
  - ≥ 40% => Einzelmarktbeherrschungsvermutung (§ 18 Abs. 4 GWB)
  - ≥ 50% => Gruppenmarktbeherrschungsvermutung I (§ 18 Abs. 6 Nr. 1 GWB)
  - ≥ 66% => Gruppenmarktbeherrschungsvermutung II (§ 18 Abs. 6 Nr. 2 GWB)

Eingreiftatbestand

Herfindahl-Hirschman-Index (HHI)

Summe der Quadrate der Marktanteile aller Unternehmen auf dem relevanten Markt (0 – 10.000)

Δ als Maßstab für die Zunahme des Konzentrationsgrades

- safe harbour =>
  - HHI < 1000
  - HHI > 1000 < 2000 + Δ < 250
  - HHI > 2000 + Δ < 150

Eingreiftatbestand

- Gesamtbetrachtung weiterer Kriterien (Art. 2 Abs. 1 S. 2 lit. a + b FKVO, § 18 Abs. 3-3a GWB):
  - Marktanteilsentwicklung
  - Marktanteilsabstand zum nächstgrößten Wettbewerber
  - Marktzutrittschranken
  - Umstellungsflexibilität der Marktgegenseite (switching costs)
  - Beseitigung einer „wichtigen Wettbewerbskraft“
  - direkte + indirekte Netzwerkeffekte
  - Multi- vs. Single-Homing

Eingreiftatbestand

wesentliche Ausgleichsfaktoren:

- „Abschmelzeffekte“
- Existenz von Ausschreibungs- oder Innovationsmärkten
- gegenläufige Marktmacht von Lieferanten/Nachfragern
- keine/niedrige Marktzutrittschranken (pot. Wettbewerb)
- Überkapazitäten
- Effizienzvorteile

Eingreiftatbestand

6. Horizontale Zusammenschlüsse - Gruppenmarktbeherrschung

- Zweck: Verhinderung des Entstehens enger Oligopole
- D: Vermutung des § 18 Abs. 6, 7 GWB
- Voraussetzungen:
  - Möglichkeit und Anreiz zur **Koordinierung** (hohe Marktkonzentration, Produkthomogenität, Stabilität der Nachfrage)
  - Möglichkeit zur „**Überwachung**“ der Koordinierung (hinreichende Markttransparenz)
  - Existenz wirksamer **Sanktionsmechanismen**
  - kollektive wettbewerbliche Unabhängigkeit (Beurteilung der **Reaktionsmöglichkeiten Außenstehender**)

Eingreiftatbestand

7. Horizontale Zusammenschlüsse - Gemeinschaftsunternehmen (EU)

- Zweck: Beurteilung koordinierter Gruppeneffekte am Maßstab des Art. 101 AEUV
- Norm: Art. 2 Abs. 4 FKVO
- Prüfungsmaßstab:
  - Präsenz von zwei oder mehr Muttergesellschaften auf dem Markt des GU oder auf vor-/nachgelagerten Märkten oder auf benachbarten Märkten
  - Anreiz zur Koordinierung des Marktverhaltens der Muttergesellschaften
  - Möglichkeit, Wettbewerb für einen erheblichen Teil der betroffenen Waren oder Dienstleistungen auszuschalten

Inhaltsübersicht

Fusionskontrolle (2): Eingreiftatbestand

1. Grundlagen
2. Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse
3. Bewertung vertikaler + konglomerater Zusammenschlüsse
4. Bewertung unilateraler Effekte unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle
5. Effizienzeinwand | Sanierungsfusion

Eingreiftatbestand

8. Vertikale Zusammenschlüsse - Marktbeherrschung

- tendenziell weniger kritisch als horizontale Zusammenschlüsse, da
  - keine Beseitigung eines Wettbewerbers
  - keine Marktanteilsaddition
  - höhere Wahrscheinlichkeit von Effizienzgewinnen
- ⇒ Verkürzung der Produktions-/Handelskette (Senkung von Transaktionskosten, Reduzierung von Margen)
- ⇒ Förderung von Investitionen (Sicherung der Amortisation durch unternehmensinternen Abnehmer)

Eingreiftatbestand

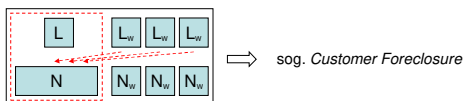
9. Vertikale Zusammenschlüsse - Marktbeherrschung

- v.a. Marktverschließungseffekte (Foreclosure Effects)



- Lieferverweigerung, Belieferung zu höheren Preisen, geringeren Mengen etc.
- Bedeutung des gelieferten Produkts für den Nachfrager, Marktzutrittsschranken
- Anreiz zur Marktverschließung + Fähigkeit zur Preiserhöhung

Eingreiftatbestand



- Abnahmeverweigerung, Abnahme zu geringeren Preisen, geringeren Mengen etc.
- Existenz von Economies of Scale
- Anreiz zur Marktverschließung + Fähigkeit zur Preiserhöhung

Eingreiftatbestand

10. Konglomerate Zusammenschlüsse - Marktbeherrschung

- tendenziell noch weniger problematisch als vertikale Zusammenschlüsse
- Marktverschließung durch Hebelwirkungen (Leverage Effects: Bundling + Tying) bei komplementären oder substituierbaren Produkten
- Portfolioeffekte
- Ressourcenverstärkung bzgl. des Know-hows (Spill Over Effects)
- finanzielle Ressourcenverstärkung (Deep Pocket Doctrine)

Inhaltsübersicht

**Fusionskontrolle (2): Eingreiftatbestand**

- 1. Grundlagen
- 2. Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse
- 3. Bewertung vertikaler + konglomerater Zusammenschlüsse
- 4. **Bewertung unilateraler Effekte unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle**
- 5. Effizienzeinwand | Sanierungsfusion

19

Eingreiftatbestand

**11. Unilaterale Effekte im (engen) Oligopol**

Prüfungsreihenfolge:

- (enger) oligopolistischer Markt
- Beseitigung wichtiger Wettbewerbszwänge, die von den Zusammenschlussbeteiligten aufeinander ausgeübt wurden + Verringerung des Wettbewerbsdrucks auf die verbleibenden Marktteilnehmer (ErwG 25)

20

Eingreiftatbestand

Beispiele:

- ⇒ Zusammenschluss von Anbietern „besonders naher“ Substitute
- ⇒ Zusammenschluss des „Zweiten“ und „Dritten“, deren kumulierter Marktanteil < Marktanteil des „Ersten“
- ⇒ Marktanteilsabstand der (markt-)führenden fusionierten Einheit zum nächstgrößten Wettbewerber zu gering, um von (Einzel-)Marktbeherrschung auszugehen

21

Inhaltsübersicht

**Fusionskontrolle (2): Eingreiftatbestand**

- 1. Grundlagen
- 2. Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse
- 3. Bewertung vertikaler + konglomerater Zusammenschlüsse
- 4. Bewertung unilateraler Effekte unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle
- 5. **Effizienzeinwand | Sanierungsfusion**

22

Eingreiftatbestand

**12. Effizienzvorteile (Efficiency Defense)**

Nachweis, dass Effizienzgewinne die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen des Zusammenschlusses übertreffen (ErwG 29 der FKVO)

(Kumulative) Voraussetzungen:

- erheblich, rechtzeitig und an den Verbraucher weitergereicht
- zusammenschlusspezifisch
- nachprüfbar

23

Eingreiftatbestand

**13. Sanierungsfusion (Failing Company Defense)**

(Kumulative) Voraussetzungen:

- sanierungsbedürftiges Unternehmen ≠ allein überlebensfähig
- keine weniger wettbewerbsbeschränkende Alternative
- zwangsläufiges Ausscheiden der Vermögenswerte des sanierungsbedürftigen Unternehmens aus dem Markt

24



Fortsetzung folgt:

17.7.2020

Zusammenfassung:  
Fusionskontrolle

Dr. Christian Heinichen  
E-Mail: christian.heinichen@tblaw.com