

Vorlesungseinheit 9 – 3.6.2019

Die materielle Prüfung iRd deutschen Fusionskontrolle (§ 36 GWB)

Gliederung Einheit 9 - Teil 1

I. Grundlagen

1.1 Übernahme des SIEC-Tests in das GWB (8. GWB Novelle -2013)

1.2 Konsequenzen für die deutsche Praxis

1.2.1 Autonome Teilangleichung oder
Vollharmonisierung?

1.2.2 Verhältnis des deutschen SIEC-Tests zur FKVO

1.2.3 Materieller Maßstab und Anwendung durch das
BKartA

II. Untersagungsvoraussetzungen (§ 36 Abs. 1 S. 1 GWB)

2.1 Regelbeispiel der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden
Stellung

2.1.1 Der Fall "Haller Tageblatt" (BGH)

2.1.2 Marktbeherrschungsvermutungen

2.2 Grundtatbestand der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs

Gliederung Einheit 9 - Teil 2

II. Ausnahmen (§ 36 Abs. 1 S. 2 GWB)

2.1 Abwägungsklausel (§ 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 GWB)

2.2 Bagatellmarktklausel (§ 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 GWB)

2.3 Einwand der Sanierungsfusion als Fall der fehlenden Kausalität

2.3.1 Failing firm defense (allg. Sanierungsfusion)

2.3.2 Sonderfall: Pressesanktionsklausel (§ 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 GWB)

III.

BGH, Beschluss vom 16. 1. 2007 - KVR 12/06 NJW 2007, 1823 = GRUR 2007, 520 - National Geographic II

1.1 Übernahme des SIEC-Tests in das GWB (8. GWB Novelle)

Rückblick: Einführung des SIEC-Tests in die europäische FKVO (2004)

Art. 2 Abs. 3 FKVO 4064/89

„Zusammenschlüsse, die eine beherrschende Stellung begründen oder verstärken, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde, sind für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt zu erklären.“



Art. 2 Abs. 3 FKVO 139/2004

„Zusammenschlüsse, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde, insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung, sind für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar zu erklären.“

1.1 Übernahme des SIEC-Tests in das GWB

Noch keine Übernahme des Tests im Rahmen der 7. GWB-Novelle (2005)
30. Juni 2013: Übernahme des SIEC-Tests in das GWB (8. Novelle)

§ 36 Abs. 1 GWB a.F.

Ein Zusammenschluss, von dem zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, ist vom Bundeskartellamt zu untersagen, es sei denn, die beteiligten Unternehmen weisen nach, dass durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und dass diese Verbesserungen die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen.



§ 36 Abs. 1 GWB (geltende Fassung)

Ein Zusammenschluss, durch den wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde insbesondere von dem zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, ist vom Bundeskartellamt zu untersagen. Dies gilt nicht, wenn 1. die beteiligten Unternehmen nachweisen, dass durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und diese Verbesserungen die Behinderung des Wettbewerbs überwiegen, ...

Dr. Romina Polley

5

1.2 Konsequenzen der Einführung

Ausgangspunkt: Die Regierungsbegründung - BT-Drucks. 17/9852, S. 19, 28

1. „Rechtsharmonisierung“

- ❖ Angleichung an Test der EU und der meisten Mitgliedstaaten

2. „Erwartung besserer Ergebnisse“

- ❖ „zweifelsfreie, flexible und damit optimale Erfassung aller wettbewerbslich kritischen Fälle“

3. „Kein Verlust an Rechtssicherheit“

- ❖ Fortgeltung der deutschen Rechtsprechung zum Marktbeherrschungstest
- ❖ Erfahrungen der Kommission mit dem SIEC-Test

4. „Keine wesentliche Änderung des Fusionskontrollverfahrens“

- ❖ insbesondere Ökonomisierung schon vor Einführung des SIEC-Tests

Dr. Romina Polley

6

1.2 Konsequenzen der Einführung

1.2.1 Autonome Teilangleichung oder Vollharmonisierung

- (1) Autonome Entscheidung des deutschen Gesetzgebers
 (2) Weitgehender Gleichlauf des Wortlauts

Art. 2 Abs. 3 FKVO 139/2004

*„Zusammenschlüsse, **durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde, insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung**, sind für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar zu erklären“.*

§ 36 Abs. 1 GWB (aktuell)

*Ein Zusammenschluss, **durch den wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde, insbesondere von dem zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt**, ist vom Bundeskartellamt zu untersagen. Dies gilt nicht, wenn die beteiligten Unternehmen nachweisen, dass durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und diese Verbesserungen die Behinderung des Wettbewerbs überwiegen, ...*

Dr. Romina Polley

7

1.2 Konsequenzen der Einführung für die deutsche Praxis

1.2.1 Autonome Teilangleichung oder Vollharmonisierung

3. Regierungsbegründung insoweit unklar

„Übernahme weiterer Elemente“, „weitgehend gleichlaufende Beurteilung“
 „gleich lautender Prüfungsmaßstab“, „level playing field“
 „gefestigte Praxis der Kommission“
 „Fortgeltung der deutschen Rechtsprechung zum Marktbeherrschungstest“

3. Systematische Betrachtung

- § 36 Abs. 1 S. 2: Abwägungsklausel, Bagatellmarktklausel, Presseklausele
- § 18: autonome Definition der Marktbeherrschung inkl. Vermutungen
- § 37: autonome Definition der Zusammenschlusstatbestände
- Kein Konzentrationsprivileg für Gemeinschaftsunternehmen
- § 42: Möglichkeit der Ministererlaubnis

=> nur autonome Teilangleichung an SIEC-Test der FKVO

Dr. Romina Polley

8

1.2 Konsequenzen der Einführung

1.2.2 Autonome Teilangleichung oder Vollharmonisierung

(1) Bindung an die EU-Praxis

a) Bindung an Leitlinien, Mitteilungen, Bekanntmachungen?

- für Dritte unverbindliche „Verhaltensnormen mit Hinweiskarakter“ (z.B. EuGH 18.7.2013, C-501/11 P, NZKart 2013, 334 Tz. 66. ff. – Schindler)

b) Bindung an Entscheidungen von Kommission/Unionsgerichten?

- kein Art. 16 VO 1/2003, kein § 33 Abs. 4 GWB
- kein § 2 Abs. 2 GWB
- kein Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003, im Gegenteil: Art. 21 FKVO
- Art. 4 Abs. 3 AEUV reicht nicht aus

=> keine Bindung *de iure*, aber erhebliche Autorität *de facto*

1.2 Konsequenzen der Einführung

1.2.2 Autonome Teilangleichung oder Vollharmonisierung

(2) Vorlagemöglichkeit/Vorlagepflicht nach Art. 267 AEUV?

Art. 267 AEUV

Der Gerichtshof der Europäischen Union entscheidet im Wege der Vorabentscheidung über die Auslegung der Verträge, über die Gültigkeit und die Auslegung der Handlungen der Organe, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union, ...

Pro: EuGH 11.12.2007, Rs. C-280/06, Slg. 2007, I-10893 Tz. 21 f. – Autorità

Garante della Concorrenza e del Mercato/ETI

Contra: EuGH 28.3.1995, Rs. C-34 Slg. 1995,

I-615 Tz. 16, 22 ff. – Kleinwort

Benson/City of Glasgow District

Council

Nationale Kompetenz: EuGH 18.10.1990,

verb. Rs. C297/88 und C-197/89,

Slg. 1990, I-3763 Tz. 42 -

Dzodzi/Belgischer Staat

⇒ **Voraussetzungen gem. Art. 267 AEUV nicht erfüllt**

1.2.3 Materieller Maßstab und seine Anwendung durch das BKartA

- 1) Erweiterung der Eingriffsbefugnisse/ Schutzlücke im MB-Test?
 - 2) Künftige Rolle des Marktbeherrschungstests
 - 3) Verhältnis von SIEC-Test und Regelbeispiel
 - 4) Anerkennung einer „Effizienzverteidigung“ (Efficiency defense) durch Übernahme des SIEC-Tests in das GWB?
 - 5) Gesteigerte Rolle des „more economic approach“ und der Konsumentenwohlfahrt?
- Zusammenfassung: Konvergenz vs. Besonderheiten

1) Erweiterung der Eingriffsbefugnisse/ Schutzlücke im MB-Test?

- a) Nicht koordinierte (unilaterale) Effekte im Oligopol
- b) Direkte Erfassung von Preiseffekten
 - ⇒ **auch durch MB-Test erfassbar**
 - ⇒ **aber durch SIEC-Test besser und flexibler erfassbar:**
 - ⇒ Stringente und direkte Erfassung negativer Wettbewerbswirkungen
 - ⇒ Stimmigere Berücksichtigung ökonomischer/ökonomischer Tests
 - ⇒ ggf. teils Verzicht auf Marktabgrenzung (differenzierte Produkte)?

(2) Künftige Rolle des Marktbeherrschungstests?

- Erwägungsgrund 25 zur FKVO: SIEC-Test = Marktbeherrschungstest + (ausnahmsweise) Erfassung unilateraler Effekte im Oligopol
- Regierungsbegründung zur 8. GWB-Novelle: Marktbeherrschungstest = „Hauptanwendungsfall“ in Europa und auch in Zukunft in Deutschland
- aber Kommissionspraxis: zunehmende Abkehr vom Marktbeherrschungstest zugunsten eines „effects based approach“ in direkter Anwendung von SIEC
 - ⇒ kurz- oder mittelfristig vermutlich noch Dominanz des MB-Tests in deutscher Praxis
 - ⇒ aber jedenfalls längerfristig Bedeutungsverlust des Regelbeispiels zugunsten des SIEC-Maßstabs zu erwarten

(3) Verhältnis von SIEC-Test und Regelbeispiel I

- (aa) SIEC-Test bei Erfüllung des Regelbeispiels automatisch erfüllt? Einführung eines Spürbarkeitstests durch Erheblichkeitskriterium?**
- Regierungsbegründung: „stets“
 - aber: Regelbeispiel bedeutet „weder abschließend noch zwingend“
- (bb) Einführung eines Spürbarkeitstests durch Erheblichkeitskriterium?**
- ❖ Fälle außerhalb des MB-Tests: Erheblichkeit ist zu prüfen (unstreitig)
 - Wettbewerbsbehinderung muss jedenfalls Grad bei MB-Test entsprechen
 - ❖ Begründung einer MB-Stellung: Erheblichkeit ist anzunehmen, sofern
 - MB nicht rein quantitativ bestimmt wurde
(vgl. z.B. KOMM. 7.10.2011, M.6281 Tz. 109 – Microsoft/Skype: keine Marktbeherrschung trotz 80 – 90 % Marktanteil wegen wechselfreudiger Kunden und niedriger Marktzutrittschranken)
 - ❖ Verstärkung einer MB-Stellung: Erheblichkeit ist zu prüfen (so etwa Bechtold § 36 GWB, Rn. 23)

(3) Verhältnis von SIEC-Test und Regelbeispiel II

(cc) Ausfüllung des Spürbarkeitstests (Erheblichkeit)?

❖ Quantitativer Maßstab allenfalls Ausgangspunkt

- "Während man davon ausgehen kann, dass in den Fällen der Begründung einer marktbeherrschenden Stellung, die dementsprechend vorher nicht bestand, immer eine „erhebliche“ Wettbewerbsbehinderung vorliegt, ist das bei der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nicht der Fall." (Bechtold, GWB-Kommentar)
- Nach bisheriger Praxis der Europäischen Kommission ist zB ein Marktanteilszuwachs von weniger als 5% grds. unerheblich (vgl. etwa Entscheidung v. 26.6.1998, M.1168 Tz. 25 – DHL/Deutsche Post.)

❖ Qualitativer Maßstab entscheidend (Annäherung)

- auch BKartA verlangt im Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle (2012) jedenfalls eine „konkrete Verschlechterung der Wettbewerbsverhältnisse“ also jedenfalls eine wettbewerblich wahrnehmbare Verstärkung, vgl. auch BGH 19. 6. 2012, KVR 15/11, NZKart 2013, 36 Tz. 18 – Haller Tageblatt

⇒ **Effektive Annäherung der Maßstäbe von Kommission und BKartA**

⇒ **ggf. erhöhte Begründungslast des BKartA durch SIEC-Test,**

⇒ **aber „sliding scale“-Ansatz bleibt weiterhin möglich**

(4) Anerkennung einer „Effizienzverteidigung“ (Efficiency defense) durch Übernahme des SIEC-Tests in das GWB?

a) „Effizienzverteidigung ist in FKVO 139/2004 anerkannt“?

- Keine „defense“ (Rechtfertigung), sondern nur Ausgleichsfaktor (Abwägungsposten)
- Strenge Voraussetzungen (Fusionsspezifität, Verbrauchervorteile, Nachprüfbarkeit)
- Soweit (selten) Voraussetzungen überhaupt bejaht, nur ergänzend herangezogen
 - Bsp.: (horizontalen) Untersagungs-Fällen COMP/M.6166 – Deutsche Börse/NYSE Euronext (2012) und COMP/M.6570 – UPS/TNT Express (2013)
 - von den anmeldenden Unternehmen in erheblichem Umfang Effizienzgewinne vorgetragen und teilweise mit quantitativen ökonomischen Studien zu untermauern versucht.
 - In beiden Fällen von Kommission aber nur zu einem kleineren Teil als berücksichtigungsfähig und insgesamt nicht als ausreichend für den Ausgleich der festgestellten wettbewerbsschädlichen Effekte angesehen

b) „Effizienzverteidigung wurde gerade durch SIEC-Test anerkannt“?

- Relevanz der Effizienzvorteile wird nur in Erwägungsgrund 29 zur FKVO erwähnt
- Im Text der FKVO Ansatzpunkt eher Fortschrittsklausel des Art. 2 Abs. 1 lit. b FKVO
- SIEC-Test als solcher lässt Berücksichtigung zu, gebietet sie aber nicht

c) „Übernahme ins deutsche Recht mit Einführung des SIEC-Tests“?

- *Keinerlei Anhaltspunkte in Gesetzestext des GWB oder Begründung der 8. Novelle*
- *Keine Bindung an Vorgaben des EU-Rechts*



keine Anerkennung durch die GWB-Novelle

(5) Gesteigerte Rolle des „more economic approach“ und der Konsumentenwohlfahrt?

a) Ökonomisierung / more economic approach

- Passt besser zum SIEC-Test als zum Marktbeherrschungstest
- Aber SIEC-Test ist eher Folge als Grund für Ökonomisierung
- Ökonomisierung auf EU-Ebene wie in Deutschland schon vor Einführung des SIEC-Tests und letztlich auch **unabhängig davon**

b) Konsumentenwohlfahrt als wettbewerbspolitisches Leitbild?

- Kommission (Konsumentenwohlfahrt) vs. BKartA (Wettbewerbsschutz)
- aber auch EuGH (15.3.2007, Rs. C-95/04 P, Slg. 2007, I-2331 Tz. 106 200 –British Airways; 4.6.2009, Rs. C-8/08 Tz. 36 ff. - T-Mobile Netherlands): Wettbewerbsschutz



Kein Ansatzpunkt für Übernahme des Konsumentenwohlfahrts-Ansatzes in der 8. GWB-Novelle und auch unionsrechtlich kein Grund dafür

(6) Konvergenz vs. Besonderheiten Spürbarkeit als Erfordernis

BKartA Leitfaden Marktbeherrschung

- Keine Spürbarkeitsschwelle, aber ... (Rn. 13)

Bei der Frage der Entstehung von Marktbeherrschung kommt es darauf an, ob sich das Ausmaß der Marktmacht der Beteiligten durch den Zusammenschluss derart erhöht, dass der wettbewerbliche Verhaltensspielraum zukünftig erstmals als nicht mehr hinreichend kontrolliert einzustufen ist. Eine marktbeherrschende Stellung wird verstärkt, wenn sich die bereits als unzureichend angesehene Wettbewerbsintensität auf dem relevanten Markt weiter verringert, d.h. die bereits bestehenden, nicht hinreichend kontrollierten Verhaltensspielräume erweitert werden.

- Restwettbewerb besonders schützenswert (Rn. 14)

Der aus einem Zusammenschluss resultierende Zuwachs an Marktmacht wird umso kritischer beurteilt, je höher deren Ausmaß bereits ohne den geplanten Zusammenschluss ist. Denn je stärker der Wettbewerb bereits geschädigt ist, um so schützenswerter ist der verbleibende Restwettbewerb. Bei einer sehr niedrigen Wettbewerbsintensität und entsprechend stark ausgeprägter Marktbeherrschung kann auch ein sehr geringer prognostizierter Zuwachs an Marktmacht bereits als Verstärkungswirkung zu bewerten sein.

II. Untersagungsvoraussetzung nach § 36 Abs. 1 GWB: Erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs

1) Regelbeispiel der Begründung oder Verstärkung von Marktbeherrschung

2) Grundtatbestand der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs

a) Grundlagen

b) Marktbeherrschungsvermutungen

Dr. Romina Polley

19

1. a) Grundlagen

Marktbeherrschende Stellung in der deutschen Fusionskontrolle

EuGH in „United Brands“ (Urteil v. 14.2.1978): „wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens (...), die dieses in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und schließlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten.“

GWB : Erhalt wettbewerblicher Marktstrukturen und Verhinderung vom Wettbewerb **nicht hinreichend kontrollierter Verhaltensspielräume** von Unternehmen im Interesse der materiellen Handlungsfreiheit anderer Unternehmen und der Verbraucher (sog. Strukturansatz)

Kontrolle der Entstehung eines überragenden Verhaltensspielraums im Sinne des § 19 Abs. 2 GWB an Hand von unternehmens- und marktbezogenen Wettbewerbsbedingungen (Strukturfaktoren)

Zu den einzelnen Kriterien vgl.
die Zusatzübersicht (2)

Dr. Romina Polley

20

1. b) Marktbeherrschungsvermutungen nach § 18 GWB

§ 18 GWB

(4) Es wird vermutet, dass ein Unternehmen marktbeherrschend ist, wenn es einen Marktanteil von mindestens 40 Prozent hat.

(6) Eine Gesamtheit von Unternehmen gilt als marktbeherrschend, wenn sie
1. aus drei oder weniger Unternehmen besteht, die zusammen einen Marktanteil von 50 Prozent erreichen, oder 2. aus fünf oder weniger Unternehmen besteht, die zusammen einen Marktanteil von zwei Dritteln erreichen

(7) Die Vermutung des Absatzes 6 kann widerlegt werden, wenn die Unternehmen nachweisen, dass 1. die Wettbewerbsbedingungen zwischen ihnen wesentlichen Wettbewerb erwarten lassen oder 2. die Gesamtheit der Unternehmen im Verhältnis zu den übrigen Wettbewerbern keine überragende Marktstellung hat.

Weitere relevante Faktoren für die Feststellung von Marktbeherrschung in § 18 Abs. 3 GWB (ähnlich wie in der EU)

- Widerlegung der Oligopolvermutung gemäß § 18 Abs. 7 GWB möglich
- Wegen Amtsermittlungsgrundsatz keine echte Beweislastumkehr aufgrund Vermutung der Einzelmarktbeherrschung:
- Echte Beweislastumkehr bei gemeinsamer Marktbeherrschung (Non-liquet geht zu Lasten der Unternehmen)
- Einzel- und Oligopolmarktbeherrschungsvermutungen sind parallel nebeneinander anwendbar

Dr. Romina Polley

21

1. b) Marktbeherrschungsvermutungen

Anwendbarkeit im Rahmen der Fusionskontrolle (+)

- Folgt bereits aus der systematischen Stellung
- Vermutungen können allerdings nicht zur Erleichterung des Nachweises der Kausalität eines Zusammenschlusses für die Verstärkung von Marktbeherrschung herangezogen werden (so die hM)

Allerdings nur von geringer praktischer Bedeutung

- Konzeptionelle „Schwäche“ widerlegbarer Vermutungen
- BKartA im Fusionskontrollverfahren grundsätzlich zur Amtsermittlung verpflichtet
- Zweck der Vermutung liegt ohnehin auch darin, den Zusammenschlussbeteiligten einen starken Anreiz zur Übermittlung aller relevanten Informationen zu geben und damit mittelbar ihre Darlegungslast zu verstärken
- Aber bei Oligopolvermutung echte Beweislastumkehr, Zweifel gehen zu Lasten der anmeldenden Unternehmen: „Gesamtheit von Unternehmen gelten als marktbeherrschend“, „Vermutung kann widerlegt werden, wenn Unternehmen nachweisen

Dr. Romina Polley

22

1. b) Marktbeherrungsvermutungen

Beispielsfälle für Freigabe trotz hoher Marktanteile

- **Aalborg/Malteserkreuz (BKartA 19.12.2012 B 2 - 64/12)**
 - Post-Merger weit > 40 % Marktanteil auf dem deutschen Markt für Aquavit und Kümmelschnaps mit hohem Abstand zum nächsten Wettbewerber
 - Relativiert durch starken Substitutionswettbewerb anderer Spirituosen und regionaler Markenhersteller
 - Nachfragemacht des Handels
- **Continental/Veyance (BKartA 11.9.2014 B 9 – 74/14)**
 - Post-Merger 55-60 % Marktanteil auf europäischem Markt für Luftfedern für Kraftfahrzeuge
 - 4 zu 3 Zusammenschluss
 - Relativiert durch fehlende wettbewerbliche Nähe bei Ausschreibungen und potentielltem Wettbewerb aus der Türkei

III. Ausnahmen nach § 36 Abs. 1 S. 2 GWB

1) Abwägungsklausel (§ 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 1)

2) Bagatellmarktklausel (§ 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 2)

3) Der Einwand der Sanierungsfusion als Fall der fehlenden Kausalität

a) Failing firm defense (allg. Sanierungsfusion)

b) Sonderfall: die Pressesanierungsklausel, § 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 GWB

1) Abwägungsklausel (§ 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 GWB)

Grundlegendes

In der FKVO fehlt es an einer entsprechenden Regelung

Im Zuge der 8. GWB-Novelle hat Gesetzgeber bewusst an Abweichung festgehalten

Voraussetzungen

1. Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen auf anderen Märkten

- Prognoseentscheidung anhand der gleichen Kriterien wie bei Untersagung

2. Verbesserungen überwiegen die Behinderung des Wettbewerbs

- Entscheidend für die Bedeutung der betroffenen Märkte ist deren im Marktvolumen zum Ausdruck kommende gesamtwirtschaftliche Relevanz, also eine **quantitative Betrachtung**
- Verbesserung hingegen ist **qualitativ** zu bewerten und an der durch den Zusammenschluss entstehenden erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs zu messen

3. Kausalität (insbesondere Problematik der Herstellbarkeit durch Zusagen)

Dr. Romina Polley

25

2) Bagatellmarktklausel (§ 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 GWB)

Im Zuge der 8. GWB-Novelle zurück in der materiellen Prüfung der Fusionskontrolle

- „Die Bagatellmarktklausel (§ 35 Absatz 2 Nr. 2 GWB) nimmt Zusammenschlussvorhaben, die nur einen gesamtwirtschaftlich unbedeutenden Markt betreffen, sowohl von der Anmeldepflicht als auch von der materiellen Fusionskontrolle aus. Die Voraussetzungen der Anmeldepflicht sollten eindeutig und ohne größeren Ermittlungsaufwand anhand quantitativer Kriterien feststellbar sein. Dies ist bei der für die Bagatellmarktklausel erforderlichen Marktabgrenzung und der Ermittlung des Marktvolumens oft nicht der Fall. Deshalb wird die Bagatellmarktklausel, wie vor der 6. GWB-Novelle, allein der materiellen Fusionskontrolle zugeordnet (§ 36 Absatz 1 Nummer 2).“ (Begründung Regierungsentwurf)
- Anmeldepflicht bleibt, aber keine Untersagungsbefugnis auf Bagatellmärkten
- **Bagatellmarkt?**
 - Strikt **einzelmarktorientierte Betrachtungsweise**: Maßgeblich ist die gesamtwirtschaftliche Bedeutung der einzelnen Märkte und nicht des Zusammenschlussvorhabens
 - Maßgeblich lediglich der inländische Teil des Gesamtumsatzes
 - **Sog. Bündeltheorie**
 - Kritik: führt zu Rechtsunsicherheit;
 - BGH hat Zulässigkeit einer Bündelung für **örtlich nebeneinander liegende sachlich gleichartige Märkte** bestätigt (BGH WuW/E BGH 810 – Transportbeton Saarland). Nach der DB-Regio/KVS Saarlouis-Entscheidung (BGH WuW/E DE-R 1797 (1798f.)) ist auch eine „vertikale“ Bündelung möglich
- **Abwägung Aufwand (i. E. Verringerung!)**
 - Für exakte Marktabgrenzung und präzise Ermittlung des Marktvolumens
 - Für Anmeldung und Ermittlung, ob ein Wettbewerbsproblem zu erwarten ist

Dr. Romina Polley

26

3) Der Einwand der Sanierungsfusion als Fall fehlender Kausalität

❖ Grundlagen

- Als Sanierungsfusion bezeichnet man einen Zusammenschluss unter Beteiligung mindestens eines Unternehmens, das **ohne den Zusammenschluss aus dem Markt ausscheiden würde**
 - unabhängig von der Durchführung des Zusammenschlusses würde es zu einer Verschlechterung der Marktstruktur kommen
 - Keine Ursächlichkeit d Zusammenschluss i.S.e. „conditio sine qua non“
- **(ungeschriebenes) Institut** der Sanierungsfusion wurde von der Kommission im Fall „Kali + Salz“ in die Fusionskontrolle implementiert und anschließend vom EuGH bestätigt
 - Seinen Ursprung hat das Institut im amerik. Wettbewerbsrecht
- **Unterscheide:** zwischen der Situation eines konkursbedrohten Unternehmens (**Failing firm defense**) und der eines unrentablen Geschäftsbereichs (**Failing division defense**)

3) Der Einwand der Sanierungsfusion als Fall fehlender Kausalität

❖ Voraussetzungen der Rechtsfigur

- Vgl. Horizontalleitlinien, Rn. 89 f
1. **Zielunternehmen würde ohne die Übernahme kurzfristig aus dem Markt ausscheiden**
 2. **Keine weniger wettbewerbsschädliche Verkaufsalternative**
 3. **Fehlende Kausalität im engeren Sinne**
 - Der Fall „Kali + Salz“ (COMP/M.308, Rn. 71 ff. – Kali & Salz/MdK/Treuhand [1994] und EuGH, C-68/94 und C-30/95, – Kali & Salz) als **Ausgangspunkt**: Marktanteile würden bei Ausscheiden aus dem Markt Erwerber zufallen
 - Absenkung der Voraussetzungen in der Entscheidung „BASF/Eurodiol/Pantochim“: nun ausreichend, wenn die Vermögenswerte des gescheiterten Unternehmens ohne den Zusammenschluss zwangsläufig vom Markt verschwinden würden
 - Die „**Andersen-Fälle**“ (KOMM. 1. 7. 2002, M.2810 Tz. 42 ff. „Deloitte & Touche/Andersen (UK)“; 5. 9. 2002, M.2816 Tz. 77 ff. „Ernst & Young/Andersen France“) - Einwand der Sanierungsfusion bei drohender **kollektiver** Marktbeherrschung

3) Der Einwand der Sanierungsfusion als Fall der fehlenden Kausalität

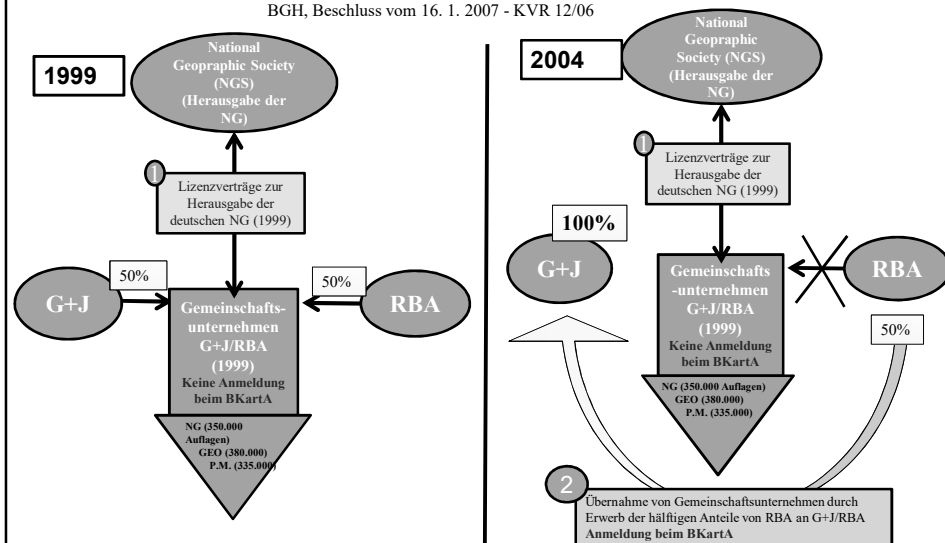
❖ Sonderfall: die Pressesanierungsklausel, § 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 GWB

- Spezifische Regelung im GWB für eine **sektorbezogene Sanierungsfusion**
- Zur Rechtfertigung ihrer Existenz wurde auf „die Besonderheiten im Pressebereich, die aus den sich stark verändernden Verhältnissen im digitalen Medienumfeld herrühren“ rekurriert
 - Es liege im Interesse „der Pressevielfalt und des publizistischen Wettbewerbs“ dass, eine Verstärkung von Marktbeherrschung hinzunehmen sei, wenn dadurch das Ausscheiden eines kleinen oder mittleren Presseunternehmens aus dem Markt verhindert werden könne.
- Wettbewerbspolitische und -ökonomische Einwände

Die Vorschrift beruht wettbewerbspolitisch und -ökonomisch auf fragwürdigen Prämissen und leidet zudem an erheblichen inneren Widersprüchen sowie Unklarheiten, die auch unter Heranziehung der knappen Ausführungen in der Beschlussempfehlung kaum befriedigend aufgelöst werden können

Der „National Geographic II“ Beschluss des BGH

BGH, Beschluss vom 16. 1. 2007 - KVR 12/06



Der „National Geographic II“ Beschluss des BGH

Titel	Verlag	Gründungsjahr	Erscheinungsweise	Auflage	Marktanteil in %
GEO	G+J	1976	monatlich	380000	29,8
P. M	G+J	1978	monatlich	335000	26,2
National Geographic	G+J/RBA	1999	monatlich	247000	19,3
Zwischensumme				962000	75,3
Titel	Verlag	Gründungsjahr	Erscheinungsweise	Auflage	Marktanteil in %
Spektrum der Wissenschaft	v. Holtzbrinck	1978	monatlich	100500	7,9
Bild der Wissenschaft	Konradin	1964	monatlich	114328	9,0
Natur & Kosmos	Konradin	1999	monatlich	100105	7,8
Zwischensumme				314933	24,7
Summe				1276933	100,0

Dr. Romina Polley

31

Der „National Geographic II“ Beschluss des BGH

Untersagungs voraussetzung nach § 36 Abs. 1 GWB:

- Marktbeherrschende Stellung iSd § 19 Abs. 2, 3 GWB
 - Hängt ganz entscheidend von der Markt abgrenzung ab: je weiter man diesen fasst umso mehr relativiert sich die Marktposition trotz gleichbleibender Höhe
- Hier: **Verstärkung** einer marktbeherrschenden Stellung, § 36 Abs. 1 GWB
 - Ratio: umfassender Schutz des noch vorhandenen **Restwettbewerbs** auf dem bereits gefährdeten Markt
 - Extensives Begriffsverständnis
 - Verstärkung setzt **keine Vergrößerung des Marktanteils** des bereits marktbeherrschenden Unternehmens voraus; ausreichend ist vielmehr **jede Vergrößerung seines Verhaltensspielraums** durch eine Veränderung von Marktstrukturdaten

„(Für die Annahme einer Verstärkung) ist kein Ressourcenzuwachs bei dem Gemeinschaftsunternehmen erforderlich. Es genügt vielmehr, dass der Zusammenschluss überhaupt eine - wenngleich geringe - Verbesserung der Wettbewerbssituation für G+J nach sich ziehen kann, wobei die zu erwartenden Vorteile umso geringeres Gewicht haben müssen, je stärker die Marktstellung des betroffenen Unternehmens bereits vor der beabsichtigten Aufstockung der Beteiligung gewesen ist; denn gerade dann gilt es, bestehenden Restwettbewerb zu schützen und potenziellen Wettbewerb nicht zu entmutigen“.

Hier zeigt sich Bedeutung der Marktanteile (starke Indizwirkung)

- Prinzip der Relativität der Eingriffsvoraussetzung (sog. „sliding scale“)

Dr. Romina Polley

32

Abnehmende Bedeutung der Marktanteile in der fusionskontrollrechtlichen Praxis des BKartA

- **Konzeptionelle Folge der Einführung des SIEC-Tests**
 - „Mit dem Testwechsel wird insbesondere der strikte Bezug der Fusionskontrolle auf die kritische Schwelle der Marktbeherrschung gelockert und der fusionsbedingte graduelle Zuwachs an Marktmacht – oder allgemeiner ausgedrückt: an wettbewerblichem Verhaltensspielraum – rückt stärker in den Fokus. Mit der Einführung des SIEC-Tests ist daher auch eine gewisse Ausweitung des Untersagungskriteriums verbunden“ (Tätigkeitsbericht 2013/2014, BT-Drucksache 18/5210, S. 35)
- **Keine grundlegende Veränderung des Beurteilungsmaßstabs bzw. der Prüfung des Untersagungsvoraussetzungen nach § 36 Abs. 1 GWB**
 - „In der Anwendungspraxis im Berichtszeitraum wurde die kritische Bewertung eines Zusammenschlusses in keinem Einzelfall ausschließlich auf die Feststellung einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs unterhalb der Schwelle der (Einzel-)Marktbeherrschung gestützt.“ (Tätigkeitsbericht 2013/2014, BT-Drucksache 18/5210, S. 36)

Abnehmende Bedeutung der Marktanteile in der fusionskontrollrechtlichen Praxis des BKartA (I)

Fallbeispiel I: Krankenhausfusion „Fresenius/Helios“ (Beschluss vom 19. Februar 2014, B3-109/13)

- Andreas Mundt, Präsident des Bundeskartellamtes: „Das Zusammenschlussvorhaben Fresenius/Rhön ist das bislang größte Zusammenschlussvorhaben im deutschen Krankenhausmarkt und daher vom Bundeskartellamt besonders sorgfältig untersucht worden. Wettbewerbliche Bedenken wurden auf vier Krankenhausmärkten festgestellt. Die Zusammenschlussbeteiligten haben noch im Laufe des Verfahrens diese Bedenken beseitigt, so dass den Patienten vor Ort weiterhin Alternativen zur Wahl stehen. Die von Helios beabsichtigte Netzwerkvereinbarung mit Rhön wird vom Bundeskartellamt gesondert geprüft werden.“
- **Marktabgrenzung**
 - Bei Zugrundelegung der nach Ansicht des Bundeskartellamtes durch die Ermittlungsergebnisse gestützten **engeren räumlichen Marktgrenzen** sei die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung zu erwarten und daher das Regelbeispiel des neuen Untersagungskriteriums erfüllt.
 - Ergänzend wurde jedoch festgestellt, dass auch bei einer weiteren geografischen Marktabgrenzung aufgrund des Zusammenschlusses der jeweils engsten Wettbewerber von einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs auszugehen sei.

**Abnehmende Bedeutung der Marktanteile in der fusionskontrollrechtlichen
Praxis des BKartA (II)**

Fallbeispiel II: Sanitär-Großhandel (Beschluss vom 10. März 2014, B5-134/13)

- **In allen untersuchten Gebieten ist fusionierte Einheit Marktführer (stets wird sogar Marktbeherrschungsvermutung nach § 18 Abs. 4 GWB erfüllt)**
- **Freigabe** erst nachdem die Ermittlungen ergeben hatten, dass das Zielunternehmen kein enger Wettbewerber des Erwerbers und keine wesentliche Wettbewerbskraft im relevanten Markt ist
 - Auf den betroffenen regionalen Märkten besteht nach wie vor hinreichender Wettbewerb durch andere Unternehmen.
- **Marktposition** gegenüber den Herstellern und Lieferanten verbessert sich durch den Zukauf nur marginal
- Auch auf den Beschaffungsmärkten nicht zu erwarten, dass das Zusammenschlussvorhaben zu einer erheblichen Beeinträchtigung wesentlichen Wettbewerbs führen würde
 - Arg.: Vom Zielunternehmen geht nur ein schwacher Wettbewerbsdruck aus und die wettbewerbliche Nähe zwischen den Zusammenschlussbeteiligten ist gering