UNIVERSITÄT BAYREUTH

PROF. DR. RUPPRECHT PODSZUN
LEHRSTUHL FÜR BÜRGERLICHES RECHT,
IMMATERIALGÜTER- UND WIRTSCHAFTSRECHT

Universität Bayreuth • 95440 Bayreuth

Postanschrift:
Universität Bayreuth
95440 Bayreuth

Gebäude: RW
Universitätsstraße 30
95447 Bayreuth

Telefon: 0921 / 55 – 6291
Telefax: 0921 / 55 – 6292

Internet: http://www.zivilrecht8.uni-bayreuth.de

E-Mail: LS-Podszun@uni-bayreuth.de

Bayreuth, 30. Januar 2014

Stellungnahme zum Merkblatt „Inlandsauswirkungen in der Fusionskontrolle des Bundeskartellamts“ vom 5. Dezember 2013

Prof. Dr. Rupprecht Podszun/Benjamin Franz/Lorenz Marx[1]

Das Team des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Immaterialgüter- und Wirtschaftsrecht an der Universität Bayreuth forscht zu wirtschaftsrechtlichen Fragen, insbesondere zu den rechtlichen Rahmenbedingungen von Innovation und Entrepreneurship. Ein Schwerpunkt der Forschung ist auch das internationale Kartellrecht.[2]
Eine Aufgabe der Rechtswissenschaft ist es, Erkenntnisse aus der unabhängigen und freien Forschung in den rechtspolitischen Diskurs einzubringen. Der Anspruch ist, prinzipienorientiert, systematisch und nachvollziehbar zu argumentieren.
Vor diesem Hintergrund ist uneingeschränkt zu begrüßen, dass das Bundeskartellamt einen Konsultationsprozess eingeführt hat, um mit Unternehmen, Verbänden und Anwälten, aber eben auch der Wissenschaft in Dialog zu treten.

I. Grundsätzliche Erwägungen

Das Auswirkungsprinzip in § 130 Abs. 2 GWB ermöglicht das Tätigwerden der deutschen Kartellbehörde in Fällen, in denen ein Inlandsbezug durch Auswirkungen gegeben ist. Es begrenzt aber auch die Anwendung des Kartellrechts auf Fälle, in denen ein ausreichender Inlandsbezug vorliegt. Es handelt sich also um eine die Anwendung begründende ebenso

[1] Der Autor Podszun ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Immaterialgüter- und Wirtschaftsrecht an der Universität Bayreuth, die Autoren Franz und Marx sind Wissenschaftliche Mitarbeiter an diesem Lehrstuhl.

[2] Siehe *Podszun,* Internationales Kartellverfahrensrecht (2003); *ders.*, Perspektiven des internationalen Kartellrechts, GRUR Int. 2010, 302 ff.; *ders.,* Aufgreifkriterien der Fusionskontrolle, WuW 2010, 1128 ff.; *ders.* in: Terhechte (Hg.), Internationales Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrecht (2008), §§ 85, 87, 88.

wie begrenzende Norm. Diese Grenze gibt das Völkerrecht vor, das freilich zur Konkretisierung wenig ergiebig ist. Wann ein ausreichender Inlandsbezug gegeben ist, muss mit Hilfe einer teleologischen Auslegung entschieden werden, die sich am Sinn und Zweck des GWB insgesamt und an der anzuwendenden Sachnorm orientiert. Das GWB ist gerichtet auf die Sicherung des freien Wettbewerbs. Mit der Zusammenschlusskontrolle sollen Fälle externen Unternehmenswachstums von gesamtwirtschaftlicher Bedeutung transparent gemacht und kontrolliert werden. Die Aufgreifkriterien trennen dabei die Fälle mit gesamtwirtschaftlicher Bedeutung für Deutschland von denen, deren Kontrolle nicht erforderlich scheint. Damit werden anwendungsbegrenzend die Ressourcen des Bundeskartellamts für wichtigere Fälle geschont.

Zugunsten der Unternehmen, in deren Vertragsfreiheit eingegriffen wird, sind die Aufgreifkriterien so anzuwenden, dass der Eingriff angemessen bleibt. Dazu zählt die Verpflichtung, die Kriterien so zu gestalten, dass schnell und rechtssicher entschieden werden kann, ob ein geplanter Zusammenschluss anzumelden ist oder ob sich die Transaktion in einem „safe harbour“ befindet. Dies ist gerade auch für ausländische Unternehmen und ihre Berater wichtig, die von der Anwendung des § 130 Abs. 2 GWB besonders häufig betroffen sind. Ein behördliches Merkblatt ist dann sinnvoll, wenn es die Auslegungsschwierigkeiten durch eine Selbstbindung der Behörde an einfach zu handhabende Kriterien überwindet.

Seit Erscheinen des letzten Merkblatts zu Inlandsauswirkungen 1999 ist das Kartellrecht durch zwei Entwicklungen geprägt worden: Zum einen haben sich in vielen Staaten funktionierende Fusionskontrollregime etabliert. Die Verantwortung für den Wettbewerb in der globalisierten Wirtschaft ruht nicht mehr auf den Schultern einiger weniger Behörden. Eine extensive Auslegung des Begriffs der Inlandsauswirkungen ist daher nicht mehr geboten. Problematische Zusammenschlussvorhaben mit Auswirkungsschwerpunkt im Ausland werden regelmäßig von Fusionskontrollregimes in den besonders betroffenen Staaten erfasst. Zum anderen ist das Bewusstsein für die ökonomischen Auswirkungen im Kartellrecht geschärft worden. Kartellbehörden analysieren die ökonomischen Effekte unternehmerischer Verhaltensweisen intensiver. Damit ist an sie aber zugleich der Anspruch gestellt, die eigenen Maßnahmen effizient zu gestalten: Auch Kartellbehörden müssen ökonomisch handeln.

Im Folgenden wird das Merkblatt einer Würdigung im Hinblick auf diese drei Kriterien unterzogen: den Sinn der Zusammenschlusskontrolle, Konzentrationen von gesamtwirtschaftlicher Bedeutung transparent zu machen und einer Kontrolle zu unterziehen; den Sinn der Aufgreifkriterien und des Merkblatts, eine rasche und rechtssichere Aussage über die Anmeldepflicht treffen zu können; sowie die stärkere Prägung des Kartellrechts durch internationale und ökonomische Entwicklungen.

II. <u>Im Einzelnen:</u>

1. Marktanteile als Kriterien

Das Ziel sollte sein, einfach zu handhabende Kriterien zur Verfügung zu stellen. Marktanteilsschwellen als formale Eingangskriterien sind dazu wenig geeignet. Das Merkblatt stellt in Ziff. 19 und 20 auf die Marktanteile der Zusammenschlussbeteiligten ab. Die Ermittlung von Marktanteilen stellt häufig einen komplexen Prozess dar (nicht zuletzt für ausländische Unternehmen), bei dem bereits die Abgrenzung der relevanten Märkte Schwierigkeiten bereitet. Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber erst jüngst die Bagatellmarktklausel (jetzt § 36 Abs. 1 Nr. 2 GWB) aus dem Bereich der Aufgreifkriterien ins materielle Recht verschoben.[3] Auf der ersten Stufe der Prüfung – liegen überhaupt hinreichende Inlandsauswirkungen vor? – sollte daher auf ein Marktanteils-Kriterium verzichtet werden. Dies gilt auch vor dem Hintergrund, dass traditionelle Methoden der Marktabgrenzung bei Innovationsmärkten häufig auf

[3] Vgl. BT-Drucks. 17/9852, S. 20.

Schwierigkeiten treffen. Gerade solche Fälle werden aber immer wichtiger und werfen häufig die Frage nach Inlandsauswirkungen auf.

2. Insbesondere: Marktanteile von Wettbewerbern

Problematisch ist, dass das Merkblatt zwei Muttergesellschaften, die als Wettbewerber auf dem Inlandsmarkt tätig sind, geradezu zum Austausch darüber auffordert, welche Marktanteile die jeweiligen Unternehmen im Inland haben, um die 10%-Schwelle bestimmen zu können (Ziff. 20). Hier drohen durch die behördlich verlangte Koordinierung Spillover-Effekte, die gerade vermieden werden sollen. Das Merkblatt gerät so möglicherweise ungewollt in Konflikt mit der Zielsetzung der Fusionskontrolle bei Gemeinschaftsunternehmen (GU).

3. Unbestimmtheit von Unternehmensressourcen

An einigen Weggabelungen erlangen immaterielle Güter erhebliche Bedeutung, so wenn von „erheblichen Unternehmensressourcen“ (Ziff. 19) oder „Schlüsseltechnologien“ (Ziff. 21) die Rede ist. Es ist unklar, was mit diesen Begriffen gemeint ist. Der Auslegungsspielraum der Behörde wird damit so weit, dass der Zweck des Merkblatts, Rechtssicherheit zu geben, nicht erreicht werden kann. Denkbar wäre etwa eine Konkretisierung durch den Begriff der „standardessentiellen Patente“ (wobei auch dieser Begriff oft nicht eindeutig subsumiert werden kann).

4. Verbleib erheblicher Spielräume

Das Merkblatt bestimmt einen „sicheren Hafen“ für Unternehmen nur in äußerst begrenztem Maße. Die anwendungsbegrenzende Funktion von § 130 Abs. 2 GWB wird kaum ausgeschöpft, obwohl die Fusionskontrolle nur Vorhaben von gesamtwirtschaftlicher Bedeutung erfassen soll und im internationalen Konzert der Kartellbehörden die wirklich problematischen Fälle erfasst werden können.
Besonders deutlich wird die geringe Anwendungsbegrenzung im Schaubild des Merkblatts (S. 10) auf der letzten, der siebten Prüfungsstufe in Zusammenschau mit der vierten Prüfungsstufe. Der Zusammenschluss soll selbst dann noch Inlandsauswirkungen entfalten können, wenn die Muttergesellschaften eines nur marginal in Deutschland tätigen GU weder auf dem sachlich relevanten Markt des GU noch auf einem diesem vor- oder nachgelagerten Markt tätig sind, wenn das GU wirtschaftlich oder strategisch für die Muttergesellschaften bedeutsam ist. Dabei muss wirtschaftliche oder strategische Bedeutung noch einmal anders definiert sein als die Bedeutung, die auf der vierten Prüfungsstufe geprüft wird (Marktanteil unter 5%, keine Einbringung erheblicher Unternehmensrechte in das GU). Das Bundeskartellamt behält sich damit also im Einzelfall die Prüfung eines Zusammenschlusses vor, bei dem ein GU mit marginaler Inlandsbedeutung für Muttergesellschaften, die nicht auf dem Markt des GU und nicht auf einem vor- oder nachgelagerten Markt tätig sind, dennoch strategische oder wirtschaftliche Bedeutung hat. Hier stellt sich die Frage, ob solche Fälle – sollte es wirklich zu Wettbewerbsbeschränkungen kommen – nicht passender mit Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB angegangen werden sollten. Auf die letzte Prüfungsstufe sollte verzichtet werden, Inlandsauswirkungen sollten hier generell verneint werden.

5. Geringe Bindungswirkung?

Die Formulierung zur Selbstbindung des BKartA durch das Merkblatt in Ziff. 5 Satz 3 lässt weiten Interpretationsspielraum. Der Satz könnte so verstanden werden, dass im Einzelfall auch vom Merkblatt abgewichen werden kann. Soweit sich das BKartA die Anpassung vorbehält, steht dies dem eigentlichen Zweck des Merkblatts, behördliches Handeln vorhersehbar zu machen, entgegen. Hier könnte klargestellt werden, dass sich das BKartA bis zur Überarbeitung oder dem Widerruf an die Aussagen des Merkblatts gebunden fühlt.

6. Verfahrensrechtliche Folgen

Die Anwendung stark auslegungsbedürftiger Begriffe (erhebliche Unternehmensressourcen, Schlüsseltechnologien u.a.) und schwer zu bestimmender Kriterien (gemeinsame und einzelne Marktanteile), die geringe Bindungswirkung für die Behörde und die Enge des sicheren Hafens führen dazu, dass es Unternehmen und ihren Beratern letztlich als relativ sicherster Weg erscheinen muss, das Bundeskartellamt informell zu kontaktieren, so wie es Ziff. 22 des Merkblatts nahelegt. Ziff. 3 des Merkblatts zeigt sodann als Ausweg auf, dass vorsorglich angemeldet und kurzfristig freigegeben werden sollte, wenn die Prüfung der Inlandsauswirkungen schwierig ist. Das erscheint zunächst als pragmatische Lösung. Es besteht aber die Gefahr, dass sich daraus in der Praxis das Modell entwickelt, dass nach informellen Vorgesprächen immer angemeldet wird. Für Unternehmen entstehen Transaktionskosten und Zeitverluste. Hier ist insbesondere an Fälle zu denken, in denen ausländische Unternehmen beteiligt sind, die auch ausländische Rechtsberater einschalten. Für diese sind eine informelle Vorklärung beim BKartA und eine vorsorgliche Anmeldung, deren Ergebnis dann abzuwarten ist, wesentlich schwieriger als für inländische Unternehmen. Die informelle Vorklärung sollte durch das Merkblatt im Idealfall ersetzt werden können. Die deutsche Zusammenschlusskontrolle gilt im internationalen Vergleich als wenig aufwändig, effizient und zügig. Das darf aber nicht heißen, dass letztlich jedes Vorhaben mit auch nur marginalen Inlandswirkungen vorsorglich anzumelden ist. Die anwendungsbegrenzende Funktion des § 130 Abs. 2 GWB würde damit weitgehend ausgehebelt, und das Bundeskartellamt würde mit einer Vielzahl materiell unproblematischer Zusammenschlussvorhaben konfrontiert. Dies kann gerade im Hinblick auf das Ziel eines ökonomischen Ressourceneinsatzes durch die Kartellbehörden von keiner Seite gewünscht sein.

III. Perspektiven

Das Merkblatt ist, bei allen Einwänden im Detail, ein wichtiger Schritt für die Klärung der Inlandsauswirkungen. Besonders überzeugt die sequentielle Herangehensweise, mit der Zusammenschlussvorhaben systematisch nach ihrer Bedeutung abgeschichtet werden.

Perspektivisch sind weitergehende Maßnahmen zu erwägen. Das Bundeskartellamt als eine Behörde, die weltweit sehr geschätzt wird, könnte drei Initiativen anstoßen, die im internationalen Kontext vielversprechend erscheinen:

Erstens ist es – schon de lege lata – denkbar, die Anmeldepflicht als Anzeigepflicht zu verstehen. Bestimmte Zusammenschlussvorhaben könnten vom Bundeskartellamt publik gemacht werden (wie derzeit auch) und ohne weitere materielle Prüfung freigegeben werden, wenn nicht innerhalb kurzer Frist ein Widerspruch aus dem Markt erfolgt. Auslandszusammenschlüsse könnten mit einem solchen unkomplizierten Modell besonders unbürokratisch gelöst werden.[4]

Zweitens ist eine engere Kooperation mit anderen Staaten anzuregen, die in einem Verzicht auf die eigene Prüfungskompetenz zugunsten einer Schwerpunktbehörde kulminieren könnte.[5]

Drittens sollte das Bemühen um international harmonisierte Verfahrensvorgaben weitergehen, zunächst im International Competition Network, langfristig durch Schaffung einheitlicher Verfahrensnormen für die Zusammenschlusskontrolle.[6]

---

[4] Vgl. *Podszun*, WuW 2010, 1128 (1139).
[5] Vgl. *Podszun*, WuW 2010, 1128 (1138 f.).
[6] Vgl. *Podszun*, Internationales Kartellverfahrensrecht (2003), S. 247 ff.