

## **STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT E.V.**

An das  
Bundeskartellamt  
Kaiser-Friedrich-Str. 16  
53113 Bonn

Feldmühleplatz 1  
D - 40545 Düsseldorf  
Postfach 10 17 43  
D - 40008 Düsseldorf  
www.studienvereinigung-  
kartellrecht.de

### **Büroanschrift des Vorsitzenden:**

Place du Champ de Mars 5  
Bastion Tower  
B - 1050 Brüssel  
Tel: +32 2 504 7021  
Fax: +32 2 504 7500  
frank.montag@studienvereinigung-  
kartellrecht.de

BRU5269078

30. Januar 2014

### **Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht e.V. zu dem Entwurf „Merkblatt Inlandsauswirkungen in der Fusionskontrolle“ vom 5. Dezember 2013**

Die Studienvereinigung Kartellrecht nimmt im Rahmen der vom BKartA durchgeführten öffentlichen Konsultation wie folgt zu dem Entwurf des Merkblattes Inlandsauswirkungen in der Fusionskontrolle Stellung.

#### **I.**

Die Studienvereinigung Kartellrecht e.V. (im Folg.: Studienvereinigung) ist ein eingetragener Verein deutschen Rechts, dessen Zweck die Förderung von Wissenschaft und Forschung auf dem Gebiet des nationalen, europäischen und internationalen Kartellrechts ist und der rund 1.000 Rechtsanwälte aus Deutschland, Österreich und der Schweiz zu seinen Mitgliedern zählt. Die Mitglieder der Studienvereinigung beraten und vertreten regelmäßig Unternehmen im Zusammenhang mit der Anwendung der deutschen Fusionskontrolle.

Die Studienvereinigung begrüßt es, dass das BKartA ein neues Merkblatt zu Inlandsauswirkungen in der Fusionskontrolle erstellt hat und damit den rechtspolitischen Entwicklungen (Einführung einer Zweiten Inlandsumsatzschwelle) seit der Veröffentlichung des Merkblattes von 1999 Rechnung trägt. Sie bedankt sich für die Gelegenheit, zu dem Entwurf Stellung nehmen zu können.

**VORSTAND:** Dr. Frank Montag (Vorsitz) - MMag. Dr. Astrid Ablasser-Neuhuber - Prof. Dr. Albrecht Bach - Dr. Ingo Brinker - Dr. Wolfgang Deselaers - Dr. Franz Hoffet - Prof. Dr. Dirk Schroeder - Dr. Christoph Stadler - Prof. Dr. Gerhard Wiedemann - Ehrenvorsitzende: Dr. Cornelis Canenbley - Alfred-Carl Gaedertz  
Ehrenmitglieder: Oliver Axster † - Prof. Dr. Rainer Bechtold - Jochen Burrichter - Dr. Otfried Lieberknecht

## II.

Die Studienvereinigung hält den vom BKartA vorgelegten Entwurf für hilfreich, um den Unternehmen die Rechtsposition des BKartA zu § 130 Abs. 2 GWB in Bezug auf die Anwendbarkeit der deutschen Fusionskontrolle zu verdeutlichen und damit die Schaffung von Rechtssicherheit zu fördern. Der Text gibt nach dem Eindruck der Studienvereinigung auch den aktuellen Stand der Rechtsprechung zutreffend wieder, wobei – trotz mehrerer neuer Beschlüsse der Gerichte – bezüglich einer zentralen Auslegungsfrage zutreffend weiterhin auf den BGH-Beschluss vom 29. Mai 1979 i.S. *Organische Pigmente* Bezug genommen wird.

## III.

Unbeschadet dieser positiven Bewertung möchte die Studienvereinigung die Gelegenheit nutzen, dem BKartA einige Anregungen aus der Sicht der Praxis vorzutragen. Dabei geht es um Folgendes:

1. Der Entwurf verwendet durchgängig – beginnend bereits in Tz. 1 – in Bezug auf (Auslands-)Zusammenschlüsse den Begriff „Anmeldepflicht“ und – daran anknüpfend – die Beschreibung eines Zusammenschlusses als „anmeldepflichtig“. Der Studienvereinigung ist zwar bewusst, dass § 39 GWB in seiner Überschrift den Begriff „Anmeldepflicht“ verwendet und man auch die Formulierungen in § 39 Abs. 1 und Abs. 2 in diesem Sinne auslegen könnte. Ihr ist auch bekannt, dass in der Praxis vielfach der Begriff der „Anmeldepflicht“ verwendet wird. Allerdings gibt es nach wohl allgemeiner Ansicht in der deutschen Fusionskontrolle *keine rechtliche Verpflichtung zur Anmeldung*, weil die einschlägigen Vorschriften Sanktionen (sei es zivilrechtlicher oder bußgeldrechtlicher Art) nur an den Verstoß gegen das Vollzugsverbot knüpfen, nicht aber an ein schlichtes Nichtstun der Unternehmen nach der Vereinbarung eines Zusammenschlussvorhabens (s. dazu statt aller *Ruppelt*, in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 11. Aufl., Bd. 1, § 39 Rn. 8).

Da das Merkblatt sich nicht nur an Kartellrechtsspezialisten, sondern auch an andere Juristen ausländischer Unternehmen richtet, wäre es nach Ansicht der Studienvereinigung zweckmäßig, wenn anstelle des Begriffes „anmeldepflichtig“ eine andere Formulierung gewählt wird (z.B. ein Zusammenschluss „unterfällt der Fusionskontrolle“ oder

## STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT E.V.

„es gilt das Vollzugsverbot“). Alternativ könnte erwogen werden, den Begriff „Anmeldepflicht“ zu Beginn des Merkblattes kurz zu erläutern und bezüglich der weiteren Verwendung auf diese Definition Bezug zu nehmen.

2. Den völkerrechtlichen Hintergrund der relevanten Inlandsauswirkung erörtert der Entwurf in der Fn. 2 (Seite 1). Es wird dort die These formuliert, dass für die Vereinbarkeit einer „Anmeldepflicht mit den völkerrechtlichen Anforderungen“ die Überschreitung der Umsatzschwellenwerte in Deutschland durch mindestens zwei am Zusammenschluss beteiligte Unternehmen ausreichend sei. Ein Nachweis dafür wird nicht genannt. Die These scheint uns nicht im Einklang zu stehen mit der letzten zu diesem Themenkreis ergangenen Entscheidung des OLG Düsseldorf (WuW/E DE-R 2477 ff. – *Phonak/ReSound*). Danach kommt es – im Hinblick auf das Völkerrecht – jeweils darauf an, dass die im Ausland veranlasste Wettbewerbsbeschränkung aufgrund konkreter Umstände geeignet sein muss, den inländischen freien Wettbewerb „unmittelbar und spürbar zu beeinträchtigen“ (aaO. Leitsatz 3a). Die Studienvereinigung versteht das Zusammenwirken von § 35 Abs. 1 und § 130 Abs. 2 GWB daher so, dass die Erfüllung der Umsatzschwellenwerte in Deutschland allein auch aus völkerrechtlichen Gründen nicht ausreichend ist für das Bestehen einer „Anmeldepflicht“, d.h. für die Anwendbarkeit der deutschen Fusionskontrolle.

Falls die fragliche Passage in Fn. 2 eine Geste der Höflichkeit gegenüber der Europäischen Kommission sein sollte, die im Rahmen der EU-FKVO die zitierte Position vertritt, sei daran erinnert, dass die Kommission inzwischen eine Novellierung der EU-FKVO erwägt, die bei der hier in erster Linie relevanten Fallgruppe der Gemeinschaftsunternehmen in Drittstaaten ohne oder ohne spürbare Auswirkungen in der Union eine Ausnahme von der Anwendbarkeit der EU-FKVO schaffen will (Konsultationspapier 2013). Es ist außerdem auch im wohl verstandenen Interesse an einer „Competition Law Advocacy“ unzweckmäßig, die Anmeldung von Zusammenschlussvorhaben zu verlangen, soweit diese anschließend mangels Auswirkungen in der Union (bzw. in Deutschland) freigegeben werden (so zutreffend Entwurf, Fn. 4).

3. In Tz. 10 wird ausgeführt, dass im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung an die Spürbarkeit der Inlandsauswirkungen „keine hohen Anforderungen“ zu stellen seien. Dies gelte insbesondere „im Kontext der Anmeldepflicht“. Der dazu in Fn. 15 zitierte Beschluss des BGH i.S. *Organische Pigmente* befasste sich allerdings mit den (geringeren) Anforderungen an Inlandsauswirkungen bei der *Anzeigepflicht* im Rahmen der

## STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT E.V.

damals z.T. geltenden nachträglichen Fusionskontrolle (WuW/E BGH 1615), also nicht mit den Anforderungen an das Vollzugsverbot oder die Untersagungsbefugnis des BKartA.

Weiter vertritt das BKartA in Tz. 10 (am Ende) die These, dass im Hinblick auf die „Anmeldepflicht“ ein „niedriger Nachweisstandard“ anzulegen sei als bei der Bewertung der Untersagungs Voraussetzungen. Die Studienvereinigung regt an, diese Aussage begrifflich schärfer zu akzentuieren. Sie stimmt dem BKartA insoweit zu, als bezüglich der Untersagungs befugnis bei einer – nach der oben zitierten Rechtsprechung des BGH – am Schutzzweck der jeweiligen Norm orientierten Auslegung des Begriffs hinsichtlich der Inlandsauswirkung insoweit die höchsten Anforderungen zu stellen sind, jedenfalls höhere als bei der Geltung des Vollzugsverbots oder der (nachträglichen) Anzeigepflicht aus statistischen Gründen. Zweifel bestehen allerdings daran, ob dies auch für etwaige *Darlegungs- und Beweispflichten* des BKartA gilt. Nach unserem Verständnis muss das BKartA nach den allgemeinen Grundsätzen des Kartellverfahrensrechts konkret darlegen und ggf. beweisen, dass relevante (d.h. unmittelbare und spürbare) Inlandsauswirkungen vorliegen. Abgeschwächte „Nachweisstandards“, wie etwa Anscheinsbeweise oder Vermutungen, gelten hier nicht.

4. In Tz. 13 wird ausgeführt, dass Inlandsauswirkungen klar gegeben seien, wenn ein Gemeinschaftsunternehmen Umsätze von €5 Mio. im Inland erzielt oder im Prognosezeitraum voraussichtlich erzielen wird. Zu begrüßen wäre es, wenn der hier relevante Prognosezeitraum konkretisiert werden könnte (z.B. auf zwei Jahre). Anders als in der materiellen Fusionskontrolle dürfte dieser Prognosezeitraum nicht von der Abgrenzung des betroffenen Markts abhängig sein.
5. In Tz. 15 behandelt das BKartA unter der Kategorie „Klare Fälle ohne Inlandsauswirkungen“ die Fallgruppe reiner Auslands-Gemeinschaftsunternehmen und definiert sie als solche, die im Inland „weder aktuell noch potentiell tätig“ sind. Die Studienvereinigung gibt zu bedenken, dass das Kriterium einer „potentiellen Tätigkeit“ in diesem Zusammenhang nicht leicht anwendbar ist. Die Feststellung potentiellen Wettbewerbs kann, wie gerade in der neuen Rechtsprechung sowohl in Deutschland (s. Entwurf, Fn. 18) als auch in der Union deutlich geworden ist, durchaus schwierig sein. Es könnte sich daher anbieten, ergänzend aus der vom Amt ohnehin angeführten Entscheidung des BGH i.S. „Haller Tageblatt“ zu zitieren. Dort wird – freilich im Zusammenhang mit der Untersagungs befugnis des BKartA – hinsichtlich der künftigen Entstehung potenzi-

## STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT E.V.

ellen Wettbewerbs darauf abgehoben, dass diese Entwicklung „aufgrund konkreter Anhaltspunkte mit einiger Wahrscheinlichkeit zu erwarten“ sein muss. Für die Anwendbarkeit der Fusionskontrolle bzw. das Vollzugsverbot müssten nach den Grundsätzen des BGH-Beschlusses i.S. „Organische Pigmente“ wohl höhere Anforderungen gelten.

Dasselbe Problem ergibt sich in Zusammenhang mit den Tz. 16 und 17, wo jeweils in Bezug auf das Verhältnis der Muttergesellschaften zueinander nicht nur auf aktuelle, sondern auch auf potentielle Wettbewerber abgestellt wird.

6. Ziffer III. des Entwurfs widmet sich der „Einzelfallprüfung in den übrigen Fällen“. Die Studienvereinigung stimmt dem Amt im Ausgangspunkt zu, dass es jeweils auf die Umstände des Einzelfalles ankommt.

Hinsichtlich der Vorgabe von Leitlinien für die Feststellung „marginaler“ Tätigkeiten eines Gemeinschaftsunternehmens im Inland (Tz. 19) regt die Studienvereinigung allerdings an, dass das BKartA eine Quantifizierung vornimmt. Wir verweisen in diesem Zusammenhang auf frühere Fälle, in denen einzelne Beschlussabteilungen Umsatzerlöse, die überwiegend unter 1 Mio. EUR lagen, als irrelevant angesehen haben. Wir erinnern in diesem Zusammenhang an die Zielsetzung des Merkblattes, den Unternehmen möglichst klare Regelungen an die Hand zu geben und damit Rechtssicherheit zu schaffen (so die Presseerklärung des Amtes zum Entwurf), und an die Vorgabe des BGH, dass eine „uferlose Ausdehnung“ des Anwendungsbereichs der Fusionskontrolle unterbleiben muss (WuW/E BGH 1614 – *Organische Pigmente*).

Die vorstehende Aussage gilt auch deshalb, weil das BKartA in Tz. 20 unter Bezugnahme auf eine 10%-Marktanteilsschwelle durchaus einen solchen „safe harbour“ formuliert, wenngleich in einem etwas anderen Zusammenhang.

7. Bei dem Vergleich des alten Merkblatts mit dem neuen Text fällt auf, dass das BKartA seinerzeit mehrere Beispiele angeführt hat, in denen die Aussagen des Merkblattes verdeutlicht wurden. Auf dieses Hilfsmittel ist im neuen Text weitgehend verzichtet worden. Die Studienvereinigung würde es begrüßen, wenn im Sinne eines optimalen Effektes des Merkblattes in diesem Zusammenhang noch Ergänzungen vorgenommen würden.

## STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT E.V.

8. Der Entwurf des neuen Merkblattes ist der Konkretisierung der Inlandsauswirkung gemäß § 130 Abs. 2 GWB gewidmet. Dennoch sind bei der Anwendung der deutschen Fusionskontrolle auf Auslandszusammenschlüsse regelmäßig auch Erwägungen des Völkerrechts zu berücksichtigen (dazu schon oben bei 2.). Der Studienvereinigung ist bewusst, dass nach der Ansicht des BKartA – die im Wesentlichen von den Gerichten bestätigt worden ist – Einschränkungen des *Vollzugsverbots* und der *Untersagungsbe-fugnis* letztlich nur in extremen Fällen relevant werden. Gleichwohl könnte es sich anbieten, dass das BKartA seine Position zur Bedeutung des Völkerrechts in diesem Zusammenhang über den Hinweis in Fn. 2 hinaus kurz darstellt, um dem angesprochenen Adressatenkreis diese sachlich mit der Inlandsauswirkung eng verbundene Thematik in Erinnerung zu rufen. Zu denken wäre dabei insbesondere an eine Bezugnahme auf die einschlägigen Leitsätze im Beschluss des OLG Düsseldorf i.S. *Phonak/ReSound* vom 26.11.2008.