

„Gun Jumping“ in der Fusionskontrolle – Wie weit darf man vor der Freigabe gehen?

Dr. Justus Herrlinger

19./20. September 2018

Inhalt

- I. Rechtliche Grundlagen
- II. Bisherige Praxis der Behörden und Gerichte
- III. Aktuelle Entwicklungen
 - BGH, *EDEKA/Kaiser's Tengelmann*, 14.11.2017 – KVR 57/16
 - EuGH, *Ernst & Young*, 31.05.2018 – C-633/16
 - Zusammenfassende Gegenüberstellung

I. Rechtliche Grundlagen

I. Grundlagen

I. Grundlagen

- **Zusammenschlusstatbestände**
 - **§ 37 GWB**: Erwerb (i) des Vermögens, (ii) der Anteile, (iii) der Kontrolle oder (iv) eines wettbewerblich erheblichen Einflusses an bzw. über ein anderes Unternehmen
 - **Art. 3 FKVO**: Fusion oder Erwerb der Kontrolle
 - Die im GWB geregelten Zusammenschlusstatbestände gehen über den Zusammenschlussbegriff des Art. 3 FKVO hinaus

I. Grundlagen

- **Zweck des Vollzugsverbots**
 - Sicherstellung des **präventiven** Charakters der Fusionskontrolle
 - Nachträglich schwer oder überhaupt nicht mehr zu korrigierende Verschlechterungen der Wettbewerbsbedingungen sollen verhindert werden

I. Grundlagen

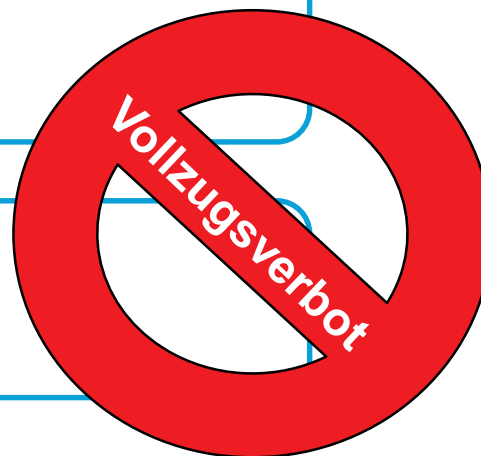
- **Rechtsfolgen bei Verstoß**
 - Rechtsgeschäftliche Vollzugshandlungen sind schwebend unwirksam
 - Nach Vollzug prüft BKartA/EU-Kommission Wettbewerbsbeeinträchtigungen in Entflechtungsverfahren (nicht fristgebunden); Auflösung möglich (§ 41 Abs. 3 GWB / Art. 8 Abs. 4 FKVO)
 - Bußgeld bis zu 10 % Konzernumsatzes

Fusionskontrollverfahren nach GWB

- **Anmeldung** (§ 39)

- **Erste Phase** (§ 40 Abs. 1)
 - Vorläufige Einschätzung
 - Frist: Ein Monat

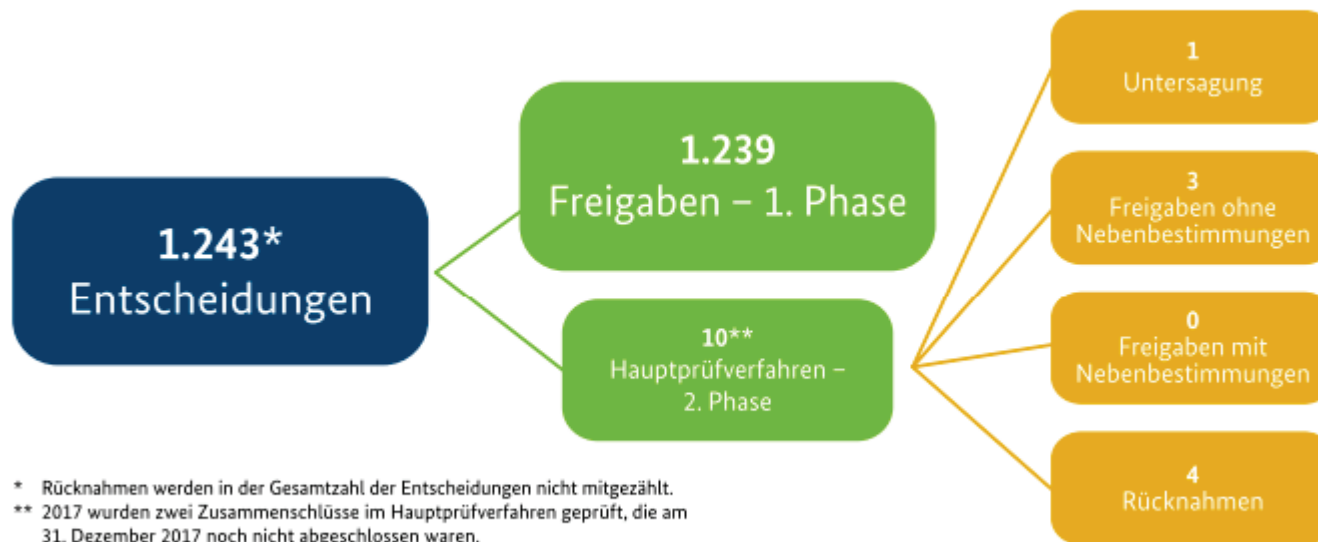
- **Zweite Phase** (§ 40 Abs. 2)
 - Hauptprüfverfahren, wenn “erforderlich”
 - Frist: Vier Monate



Selten!

Statistik: Nationale Fusionskontrolle

Fusionskontrolle: Entscheidungen des Bundeskartellamtes in 2017



* Rücknahmen werden in der Gesamtzahl der Entscheidungen nicht mitgezählt.
** 2017 wurden zwei Zusammenschlüsse im Hauptprüfverfahren geprüft, die am 31. Dezember 2017 noch nicht abgeschlossen waren.

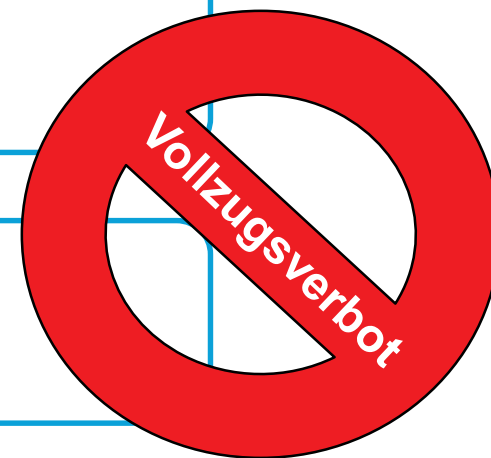
Quelle: Bundeskartellamt, Jahresbericht 2017

Fusionskontrollverfahren nach FKVO

- **Anmeldung** (Art. 4)

- **Vorverfahren** (Art. 6)
 - Frist: 25 Arbeitstage

- **Hauptverfahren** (Art. 6 Abs. 1 lit. c)
 - Voraussetzung: "ernsthafte Bedenken"
 - Frist: 90 Arbeitstage (Art. 10 Abs. 3)



Selten!

II. Bisherige Praxis

Bisherige Praxis

□ Generelle Grundsätze

- Erlaubte **Vorbereitungshandlungen** sind abzugrenzen von verbotenen **Umsetzungsmaßnahmen**
- Erwerber und Zielunternehmen müssen weiterhin als getrennte Unternehmen auftreten
- Vorbereitungen zur Integration sowie Gespräche mit dem Zielunternehmen sind zulässig, soweit keine Einflussnahme seitens des Erwerbers und auch keine Umsetzung erfolgt
- Eine gemeinsame Standortplanung ist unzulässig
- Personalplanungen sind erlaubt, Personalmaßnahmen hingegen nicht
- Der für die Vorbereitung der Integration zwingend erforderliche **Informationsaustausch** ist zulässig

II. Bisherige Praxis

- **EU-Kommission**
 - Schon der Erwerb der **Möglichkeit** von Kontrolle gilt als Vollzugshandlung; Beweis, dass tatsächlich bestimmender Einfluss ausgeübt wird, nicht notwendig
 - Bereits **Erwerb** von **Minderheitsbeteiligungen** kann anmeldepflichtig sein bei *de-facto* Kontrolle
 - Gemeinsames Marketing o.ä. vor Freigabe unzulässig

II. Bisherige Praxis

- **BKartA:** Vorbereitungshandlungen umfasst, wenn sie auf die Verwirklichung eines Zusammenschlusstatbestandes **zusteuern**
- **OLG Düsseldorf:** Faktischer Vollzug, wenn wirtschaftliche Wirkungen des Zusammenschlusses teilweise **vorweggenommen** werden. Zurückhaltender als BKartA
- **Str.:** Verhaltensweisen, die für sich genommen noch keinen Zusammenschlusstatbestand erfüllen

III. Aktuelle Entwicklungen

III. BGH – EDEKA/Kaiser's Tengelmann

- **Sachverhalt**

- Übernahme KT durch EDEKA geplant, Rahmenvertrag für Warenbeschaffung wurde geschlossen
- BKartA untersagte den Zusammenschluss und traf Regelungen zur Absicherung des Vollzugsverbots
- Durchführung des Rahmenvertrages untersagt
- Laut BKartA wäre es auf Beschaffungsmärkten zu erheblichen Veränderungen gekommen

III. BGH – EDEKA/Kaiser's Tengelmann

- **Durchführung des Rahmenvertrags von Vollzugsverbot umfasst?**
 - Offener **Wortlaut** der Norm lässt keine Konkretisierung zu
 - Argumentation vor allem mit dem **Telos** des Verbots:
 - Ziel, *Veränderungen der Marktstruktur entgegenzuwirken, die zu einer erheblichen Behinderung des Wettbewerbs führen*
 - Sicherung der Effektivität der Fusionskontrolle

III. BGH – *EDEKA/Kaiser's Tengelmann*

- **Weite Auslegung**

- Auch Maßnahmen, die, **ohne selbst einen Zusammenschluss-tatbestand** auszufüllen, im **Zusammenhang** mit dem beabsichtigten Zusammenschluss erfolgen und **geeignet** sind, dessen **Wirkungen** zumindest teilweise **vorwegzunehmen**.
- Verstoß bereits bei Verhalten, „das bei einem Unternehmen, das **selbständig über sein Marktverhalten entscheidet**, nicht zu erwarten wäre“ (Rn. 61)
- Schutzfähig ist das **Wettbewerbspotential** des Zielunternehmens
- Keine Prüfung der Vereinbarung nach § 1 GWB inkl. Freistellung!

III. EuGH – *Ernst & Young*

- **Sachverhalt**

- Dänisch. Regionalgesellschaft von KPMG wollte sich mit Ernst & Young Dänemark zusammenschließen
- Vor Freigabe des Zusammenschlusses durch die Kartellbehörde kündigte die Regionalgesellschaft ihren bestehenden Kooperationsvertrag mit dem internat. KPMG-Netzwerk
- Dänische Behörde sah darin Verstoß gegen Vollzugsverbot
- Anschließender Rechtsstreit: Vorlage des nat. Gerichts an EuGH

III. EuGH – *Ernst & Young*

- **Fällt Kündigung des Kooperationsvertrages unter Vollzugsverbot?**
 - Dass vorbereitende oder begleitende Maßnahmen **Auswirkungen** auf den Markt haben könnten, reicht allein **nicht** aus
 - Ähnliche Argumentation bzgl. **Wortlaut** und **Telos** der Normen wie BGH (s.o.)

III. EuGH – *Ernst & Young*

- **Enge Auslegung**

- *Art. 7 Abs. 1 (...) ist dahin auszulegen, dass ein Zusammenschluss nur durch einen Vorgang vollzogen wird, der **ganz** oder **teilweise, tatsächlich** oder **rechtlich** zu einer **Veränderung der Kontrolle** über das Zielunternehmen beiträgt*
- Darunter fallen keine *vorbereitenden* oder *begleitenden* Vorgänge, weil diese **keinen unmittelbaren Zusammenhang mit dem Vollzug** aufweisen.
- Bewirkte **Marktwirkungen** durch eine Maßnahme sind **unbeachtlich**, solange nicht Kontrolle begründet wird.
- Außerhalb des Vollzugsverbots ist **Art. 101 Abs. 1 AEUV** auf Wettbewerbsbeschränkungen anwendbar.

III. Gegenüberstellung

- **BGH** weitet Vollzugsverbot auf nicht zusammenschlussbegründende Wettbewerbsbeschränkungen im Zusammenhang mit Zusammenschluss aus (keine Prüfung nach § 1 GWB)
- **EuGH** beschränkt Vollzugsverbot auf zusammenschlussbegründende Maßnahmen (Kontrollerwerb) und verweist ansonsten auf Kartellverbot
- **Potentieller Konflikt** in der Bewertung grenzüberschreitender Vereinbarungen im Zusammenhang mit Zusammenschlüssen (Art. 3 VO 1/2003)

III. Gegenüberstellung

BGH	EuGH
<p><i>Unter das Vollzugsverbot können auch solche Maßnahmen oder Verhaltensweisen fallen, die, ohne selbst einen Zusammenschlusstatbestand auszufüllen, im Zusammenhang mit dem beabsichtigten Zusammenschluss erfolgen und geeignet sind, dessen Wirkungen zumindest teilweise vorwegzunehmen.</i></p>	<p><i>Art. 7 Abs. 1 (...) ist dahin auszulegen, dass ein Zusammenschluss nur durch einen Vorgang vollzogen wird, der ganz oder teilweise, tatsächlich oder rechtlich zu einer Veränderung der Kontrolle über das Zielunternehmen beiträgt.</i></p>

Fragen?

Vielen Dank!

White & Case LLP

Valentinskamp 70/EMPORIO

20355 Hamburg

Germany

T +49 40 35005 161

F +49 40 35005 117

White & Case ist eine internationale Anwaltskanzlei, die aus White & Case LLP, einer im US-Staat New York registrierten Limited Liability Partnership, White & Case LLP, einer nach englischem Recht eingetragenen Limited Liability Partnership, und weiteren angeschlossenen Unternehmen besteht. Die Partner unserer deutschen Büros gehören der nach dem Recht des Staates New York gegründeten Limited Liability Partnership an. Demzufolge ist die persönliche Haftung der einzelnen Partner beschränkt.