



42. Brüsseler Informationstagung
Neuere Entwicklungen des europäischen Wettbewerbsrechts
7. und 8. November 2013

Der SIEC-Test im GWB

– ein neuer Test für die deutsche Praxis?

Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley)
Georg-August-Universität Göttingen

A. Rückblick

I. 2004 - Einführung des SIEC-Tests in die europäische FKVO

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“.

II. 2005 - noch keine Übernahme des Tests im Rahmen der 7. GWB-Novelle

B. Achte GWB-Novelle

I. 30. Juni 2013 – Übernahme des SIEC-Tests in das GWB

§ 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 (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

1. die beteiligten Unternehmen nachweisen, dass durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und diese Verbesserungen die Behinderung des Wettbewerbs überwiegen, ...

B. Achte GWB-Novelle

II. 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 wettbewerblich kritischen Fälle“

3. „Kein Verlust an Rechtssicherheit“

- *Fortgeltung der deutschen Rechtsprechung zum Marktbeherrschungstest*
- *Erfahrungen der Kommission mit der SIEC-Formel*

4. „Keine wesentliche Änderung des Fusionskontrollverfahrens“

insbesondere Ökonomisierung schon vor Einführung des SIEC-Tests

C. Konsequenzen für die dt. Praxis

I. 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

1. die beteiligten Unternehmen nachweisen, dass durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und diese Verbesserungen die Behinderung des Wettbewerbs überwiegen, ...

C. Konsequenzen für die dt. Praxis

I. Autonome Teilangleichung oder Vollharmonisierung? (Forts.)

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“

4. systematische Betrachtung

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

=> nur autonome Teilangleichung an SIEC-Test der FKVO

C. Konsequenzen für die dt. Praxis

II. Verhältnis des deutschen SIEC-Tests zur FKVO

1. Bindung an die EU-Praxis?

a) Bindung an Leitlinien, Mitteilungen, Bekanntmachungen?

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

b) Bindung an Entscheidungen von KOMM./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
- kein § 23 GWB-E RefE (7. Novelle)
- Art. 4 Abs. 3 AEUV reicht nicht aus

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

C. Konsequenzen für die dt. Praxis

2. Vorlagemöglichkeit/Vorlagepflicht nach Art. 267 AEUV?

Art. 267 AEUV

Der Gerichtshof der Europäischen Union entscheidet im Wege der Vorabentscheidung

a) über die Auslegung der Verträge,

b) 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-346/93, 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 für Vorlage nach Art. 267 AEUV nicht erfüllt**
- ⇒ **aber Gefahr der Kompetenzerweiterung des EuGH bei Vorlage**

C. Konsequenzen für die dt. Praxis

III. Materieller Maßstab und seine Anwendung durch BKartA

1. Erweiterung der Eingriffsbefugnisse / Schutzlücke MB-Test?

- a) nicht koordinierte (unilaterale) Effekte im Oligopol
- b) vertikale/konglomerate Zusammenschlüsse
- c) 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)?

C. Konsequenzen für die dt. Praxis

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

C. Konsequenzen für die dt. Praxis

3. Verhältnis von SIEC-Test und Regelbeispiel

a) SIEC-Tests bei Erfüllung des Regelbeispiels automatisch erfüllt?

- Regierungsbegründung: „stets“ => ja
- aber: Regelbeispiel bedeutet „weder abschließend noch zwingend“ => nein

b) Einführung eines Spürbarkeitstests durch Erheblichkeitskriterium?

(1) Fälle außerhalb des MB-Tests: Erheblichkeit ist zu prüfen (unstreitig)

- Wettbewerbsbehinderung muss jedenfalls Grad bei MB-Test entsprechen

(2) 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 Marktzutrittsschranken)

(3) Verstärkung einer MB-Stellung: Erheblichkeit ist zu prüfen (str.)

C. Konsequenzen für die dt. Praxis

c) Ausfüllung des Spürbarkeitstests (Erheblichkeit)?

aa) Quantitativer Maßstab allenfalls Ausgangspunkt (starke Diskrepanzen)

- KOMM. 26.6.1998, M.1168 Tz. 25 – DHL/Deutsche Post: Zuwachs vom 5 % bei Marktanteilen von 75% bzw. 50 % **nicht erheblich**
- KG 22.3.1990, WuW/E OLG 4537 – Linde/Lansing: Zuwachs von 0,5 % bei gut 40 % Marktanteil = **Verstärkung** i.S.d. Marktbeherrschungstests

bb) 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 (ebenda Tz. 15), 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**

C. Konsequenzen für die dt. Praxis

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

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

- Relevanz der Effizienzvorteile wird nur in Erwägungsgrund 29 zur FKVO erwähnt
- im Gesetzestext der FKVO Ansatzpunkt eher Fortschrittsklausel des Art. 2 Abs. 1 lit. b
- 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

C. Konsequenzen für die dt. Praxis

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*
- *aber 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. Novelle und auch unionsrechtlich kein Grund dafür

C. Konsequenzen für die dt. Praxis

IV. Gerichtliche Kontrolle behördlicher Entscheidungen

1. Autonome Entscheidungsbefugnis der dt. Rechtsprechung

- keine Vorlagepflicht nach Art. 267 AEUV
- keine rechtliche Bindung an Unionspraxis
- aber freiwillige Orientierung an Unionspraxis ratsam, sinnvoll und grds. auch vom deutschen Gesetzgeber gewünscht (Harmonisierungsziel)

2. Behördlicher Beurteilungsspielraum durch SIEC-Test?

- in Deutschland vor 8. GWB-Novelle volle gerichtliche Kontrolle
- auf EU-Ebene dagegen Beurteilungsspielraum der Kommission bei Würdigung komplexer wirtschaftlicher Sachverhalte
- gerichtlicher Kontrollmaßstab in EU schwankend und diffus

C. Konsequenzen für die dt. Praxis

2. Behördlicher Beurteilungsspielraum durch SIEC-Test? (Forts.)

- **Regierungsbegründung** (BT-Drucks. 17/9852, S. 28):

„Die Anwendung und Auslegung des neuen Untersagungskriteriums, das der europäischen Fusionskontrolle angeglichen ist, unterliegt dabei der vollständigen Nachprüfung durch die deutschen Gerichte.“

- **§§ 70, 71 GWB unverändert**

- **SIEC-Test insoweit offen**, zumal keine Bindung an EU-Maßstäbe

- ⇒ **weiterhin kein gerichtsfreier Beurteilungsspielraum des BKartA**
- ⇒ **weiterhin vollständige Nachprüfung durch Beschwerdegericht**
- ⇒ **deutsche Rechtsprechung kann auch Beweismaß autonom nach Maßgabe des nationalen Rechts festlegen**

C. Konsequenzen für die dt. Praxis

3. Komplikationen durch SIEC-Test und Ökonomisierung?

Gefahr von Gutachterschlachten, längerer Verfahrensdauer und Rechtsunsicherheit?

a) Ausgleich durch Marktbeherrschungsvermutungen?

BKartA / Monopolkommission:

„§ 18 Abs. 4 und Abs. 6 GWB ermöglichen - ähnlich wie die Einräumung eines Beurteilungsspielraums auf EU-Ebene - eine praktikable Kontrolldichte“

aber Vermutungen kein echtes Äquivalent zu Beurteilungsspielraum:

- nur Regelbeispiel der Marktbeherrschung erfasst, nicht dagegen SIEC,
- auch bei MB nur Begründung, nicht aber Verstärkung erfasst
- nur (zudem unterschiedlich weit reichende) widerlegliche Vermutungen
- § 18 Abs. 6 GWB rechtspolitisch zweifelhaft (vgl. Airtours-Ansatz)

C. Konsequenzen für die dt. Praxis

3. Komplikationen durch SIEC-Test und Ökonomisierung? (Forts.)

b) Allgemeine Maßstäbe

- § 70 GWB, Art. 19 Abs. 4 GG => **keine allgemeine „Beweislastumkehr“**
nur wegen ökonomischer Komplexität der Sachverhalte
- andererseits **Amtsermittlungsgrundsatz** i.S.d. § 70 GWB **begrenzt**,
da Anlass zu eigenen Ermittlungen des Beschwerdegerichts nach BGH
 - **nur soweit Antrag reicht** (§ 66 Abs. 4 Nr. 1 GWB) und
 - **nur bei „ernsthaften Zweifeln“** an Richtigkeit der Ergebnisse des BKartA
 - zudem Möglichkeit, BKartA weitere Ermittlungen durchführen zu lassen
(z.B. BGH WuW/E DE-R 2451 Tz. 30 ff. - E.ON/Stadtwerke Eschwege).
- hinreichende richterliche Kompetenz für ökonom. „**Plausibilitätskontrolle**“
- **Privatgutachten** sind nur Parteivortrag und können „ernsthafte Zweifel“ nur begründen, wenn sie auch für Juristen verständlich und nachvollziehbar sind
- ohne „ernsthafte Zweifel“ grds. kein Anlass, Sachverständige zu bestellen

C. Konsequenzen für die dt. Praxis

3. Komplikationen durch SIEC-Test und Ökonomisierung? (Forts.)

c) Fazit

- *Erhöhte Anforderungen an Gerichte in Bezug auf ökonomische Analyse sind zu erwarten.*
- *Aber sie sind innerhalb des Koordinatensystems des GWB und des Art. 19 Abs. 4 GG steuerbar, um „Gutachterschlachten“ zu vermeiden.*
- *Die erhöhten Anforderungen sind zudem **keine Folge des SIEC-Tests**, sondern der allgemeinen Tendenz zur Ökonomisierung der Fusionskontrolle.*



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley)

Georg-August-Universität Göttingen
Platz der Göttinger Sieben 6, D-37073 Göttingen
Telefon 0551-39 10156, Fax 0551-39 7414
Email: tkoerbe@gwdg.de
Website: www.ls-koerber.de