



Wettbewerbspolitik

Die 9. GWB-Novelle – Änderungen beim
Ministererlaubnisverfahren und bei den Aufgreifschwelle
in der Fusionskontrolle

1. Kölner Kartellrechtsgespräche Köln, 13. April 2018

Ministerialrat Dr. Armin Jungbluth

Bundesministerium für Wirtschaft
und Energie, Berlin

www.bmwi.de



I. Änderungen beim Ministererlaubnisverfahren

Zur Erinnerung: MEV EDEKA/Kaiser's Tengelmann

- ▶ Untersagung des Zusammenschlussvorhabens am 31.3.2015 durch das BKartA
- ▶ Antrag auf Ministererlaubnis durch EDEKA und KT am 28.4.2015
- ▶ Stellungnahme der Monopolkommission am 3.8.2015
- ▶ Mündliche Verhandlung am 16.11.2015
- ▶ Erteilung der Ministererlaubnis mit Nebenbestimmungen durch BM Gabriel am 9.3.2016
- ▶ Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerden von REWE und Markant gegen die Ministererlaubnis durch das OLG Düsseldorf am 12.7.2016 wegen „ernstlicher Zweifel an der Rechtmäßigkeit“
- ▶ Bestandskraft der Ministererlaubnis am 8.12.2016 nach Rücknahme der Beschwerden von Norma, Markant und REWE



I. Änderungen beim Ministererlaubnisverfahren

9. GWB-Novelle

- ▶ Gesetzentwurf der Bundesregierung für die 9. GWB-Novelle enthielt keine Änderungen beim Ministererlaubnisverfahren
- ▶ Antrag der Fraktion DIE LINKE: Parlamentserlaubnis und Definition des Allgemeininteresses (Tarifbindung, Betriebsratsstrukturen, Erhalt von Arbeitsplätzen, Verbraucherschutzbelange)
- ▶ Änderungsantrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN: Stellungnahme des Deutschen Bundestages vor beabsichtigter Entscheidung, abweichende Entscheidung des BMWi nur mit Zustimmung der Bundesregierung
- ▶ Änderungsvorschläge der Fraktion der CDU/CSU zur Erhöhung der Transparenz und zur Beschleunigung des Verfahrens



I. Änderungen beim Ministererlaubnisverfahren

Gesetzesbeschluss des Deutschen Bundestages vom 9.3.2017

- ▶ § 42 Abs. 1 Satz 2: „Weicht die Entscheidung vom Votum der Stellungnahme ab, die die Monopolkommission ... erstellt hat, ist dies in der Verfügung gesondert zu begründen.“
- ▶ § 42 Abs. 4: „Die Bundesministerin oder der Bundesminister ... soll über den Antrag innerhalb von **vier** Monaten entscheiden. Wird die Entscheidung nicht innerhalb dieser Frist getroffen, teilt das BMWi die Gründe hierfür dem Deutschen Bundestag unverzüglich mit. Wird die Verfügung den antragstellenden Unternehmen nicht innerhalb von **sechs** Monaten nach Eingang des vollständigen Antrags zugestellt, gilt der Antrag ... als abgelehnt. Das BMWi kann die Frist ... auf Antrag der antragstellenden Unternehmen um bis zu **zwei** Monate verlängern. In diesem Fall ist Satz 3 nicht anzuwenden und die Verfügung ist den antragstellenden Unternehmen innerhalb der Frist nach Satz 4 zuzustellen.“



I. Änderungen beim Ministererlaubnisverfahren

- ▶ § 42 Abs. 5 Satz 3: „Die Monopolkommission soll ihre Stellungnahme innerhalb von **zwei** Monaten nach Aufforderung durch das BMWi abgeben.“
- ▶ § 54 Abs. 1: „Soweit sich nicht aus den besonderen Bestimmungen dieses Gesetzes Abweichungen ergeben, sind für das Verfahren die allgemeinen Vorschriften der Verwaltungsverfahrensgesetze anzuwenden.“
- ▶ § 56 Abs. 3 Satz 2: „In der öffentlichen mündlichen Verhandlung hat die Monopolkommission ... das Recht, gehört zu werden und die Stellungnahme, die sie ... erstellt hat, zu erläutern.“
- ▶ § 63 Abs. 2 Satz 2: „Gegen eine Verfügung, durch die eine Erlaubnis nach § 42 erteilt wird, steht die Beschwerde einem Dritten nur zu, wenn er geltend macht, durch die Verfügung in seinen Rechten verletzt zu sein.“



I. Änderungen beim Ministererlaubnisverfahren

- ▶ § 42 Abs. 6: „Das BMWi erlässt Leitlinien über die Durchführung des Verfahrens.“
- ▶ Bekanntmachung der Leitlinien für das Verwaltungsverfahren zur Entscheidung über die Erteilung einer Ministererlaubnis nach § 42 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27.10.2017 (BAnz vom 8.11.2017, S. 1ff.)



II. Änderungen bei der Fusionskontrolle

Hintergrund

- Erste „Digitalfälle“ des BKartA (Amazon, HRS, Booking, Facebook)
- Freigabe der Zusammenschlüsse Parship/ElitePartner und immowelt/immonet zeigt, wie das geltende Fusionskontrollrecht Plattformmärkte einordnen und bewerten kann
- Wichtig ist: Die wirtschaftlichen Vorgänge der „digitalen Welt“ sind nicht grundsätzlich neu
- Das Internet intensiviert den Wettbewerb (Transparenz, schnellere und einfachere Transaktionen)
- Marktentwicklungen sind schnelllebig und häufig disruptiv
- „First-mover-Vorteil“ kann sich schnell zu einer marktbeherrschenden Stellung oder sogar zu einem Monopol entwickeln (Bsp. FlixBus)
- Gleichzeitig kann ein solcher dominierter Markt schnell wieder bedeutungslos werden (Bsp.: IBM, Microsoft, myspace, StudiVZ)
- **Kernpunkt also:** Offenhalten der Märkte (keine Exklusivitätsbindungen, Multihoming)



II. Änderungen bei der Fusionskontrolle

Gesetzlicher Anpassungsbedarf?

- ▶ Es stellte sich die Frage, ob verschiedene Größen, an denen wir wirtschaftliche Bedeutung oder Dominanz festmachen, durch Rechtsanwendung oder durch gesetzliche Änderungen in Details angepasst werden müssen, z.B.:
- ▶ Was ist der relevante Markt; wie sind die Marktanteile zu bestimmen? (Bsp.: Google, Facebook)
- ▶ Vergangenheitsbezogene Umsätze – Nutzer-/Besucher-Zahlen als Alternative? (Bsp. WhatsApp)
- ▶ Märkte nur bei Austausch Leistung gegen Geld? (Bsp.: Suchmaschinenmarkt)



II. Änderungen bei der Fusionskontrolle

- ▶ **Umsätze** sind **vergangenheitsbezogen**, können aktuelle Machtverhältnisse („in real time“) auf Märkten nicht immer korrekt abbilden. Im Visier: Marktpotential
- ▶ Beispiel: **Kauf von WhatsApp durch Facebook** hat gezeigt, dass die Fusionskontrolle bestimmte wirtschaftlich wichtige Übernahmen nicht erfasst. Grundgedanke: ein hoher Transaktionswert ist ein Indikator für die hohe Marktbedeutung der Transaktion – losgelöst von aktuellen Umsätzen. *WhatsApp hatte zu geringe Umsätze für eine fusionskontrollrechtliche Überprüfung. Gleichzeitig war Facebook bereit, für die Übernahme 19 Milliarden Dollar zu zahlen. Prüfung durch EU-KOM (Freigabe) eher zufällig (Anmeldepflicht in drei MS)*
- ▶ Vor diesem Hintergrund Vorschlag, die Fusionskontrolle auf Fälle auszuweiten, bei denen der Kaufpreis/Transaktionswert besonders hoch ist, die Schwellenwerte beim Umsatz jedoch nicht erreicht werden (Sondergutachten Monopolkommission)



II. Änderungen bei der Fusionskontrolle

Aufgreifschwelle Fusionskontrolle

- ▶ Nur Übernahmen großen Kalibers sollen erfasst werden, die tatsächlichen Einfluss auf den Wettbewerb haben könnten. Vorreiterrolle in der EU, wo ähnliche Diskussionen stattfinden (Bsp. AUT).
- ▶ Wie kann Transaktionswert/Wert der Gegenleistung/Kaufpreis definiert werden, so dass er für alle Beteiligten ausreichend bestimmt ist?
- ▶ Wie hoch könnte die Schwelle sein, um nur extreme Ausreißer zu erfassen?
- ▶ Sektorspezifische Lösung (Digital/Plattformen) oder branchenübergreifend?
- ▶ Wie könnte der Inlandsbezug hergestellt werden?



II. Änderungen bei der Fusionskontrolle

§ 35 Absatz 1a GWB-neu

- ▶ *„Die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle finden auch Anwendung, wenn*

(...)

3. der Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss mehr als 400 Millionen Euro beträgt und

4. das zu erwerbende Unternehmen (...) in erheblichem Umfang im Inland tätig ist“



II. Änderungen bei der Fusionskontrolle

Herausforderungen des neuen Aufgreifkriteriums:

- Erfassung nur der **wettbewerblich relevanten „Spitze des Eisbergs“**
- Zweck: Verhinderung von Marktverschließungseffekten und Markteintrittsbarrieren, **Schutz von Innovationspotential**
- **Definition der Gegenleistung** (Kaufpreis, Verbindlichkeiten)
- Bestimmung der **Schwelle** für den Wert der Gegenleistung
- Ausreichender **Inlandsbezug**
- **2. Inlandsumsatzschwelle** von 5 Millionen Euro soll ihren grundsätzlichen Zweck weiterhin erfüllen
- **„gewöhnliche“ Startup-Übernahmen bleiben unberührt**



Bundesministerium
für Wirtschaft
und Energie

Vielen Dank!