



Einführung ins deutsche und europäische Kartellrecht aus Anwaltssicht

**C L I F F O R D
C H A N C E**

Nadia Esken, Rechtsanwältin
17. Januar 2014

Deutsches und europäisches Kartellrecht

Verein-
barungen
zwischen
Unternehmen
(Kartelle)

Missbrauch
einer
marktbeherr-
schenden
Stellung

Fusions-
kontrolle

Beihilferecht

Vergaberecht

Compliance

Einführung

Milliarden-Bußgeld wegen Bildröhren-Kartell
 05.12.2012 Gegen sieben internationale Konzerne hat die Europäische Kommission heute (Mittwoch) Geldbußen von insgesamt fast 1,5 Milliarden Euro wegen der Beteiligung an Kartellen im Sektor Bildröhren für Fernsehgeräte und Bildröhren für Computerbildschirme verhängt.

Pharmaindustrie: Millionenstrafe gegen Johnson & Johnson und Novartis
 Johnson & Johnson wollte weiter an seinem Schmerzmittel... Pharmakonzern mit seinem Konkurrenten Novartis ab... den Niederlanden zu verzögern. Jetzt müssen beide...

Kartellamt beendet Schienenkartellfall mit Millionenstrafe
 ThyssenKrupp, Moravia & Voestalpine Das Kartellamt hat mit einer weiteren Millionenstrafe einen Schluss... ersten Komplex der Ermittlungen im Schienenkartell gezogen. Insg... Geldbußen in Höhe von 134,5 Millionen Euro verhängt.

Kartellamt verhängt Millionenstrafe gegen Drogerie-Hersteller
 18.03.2013, 18:44 Uhr | online.de, dpa, dpa/dpa Das Kartellamt hat mit einer weiteren Millionenstrafe einen Schluss... ersten Komplex der Ermittlungen im Schienenkartell gezogen. Insg... Geldbußen in Höhe von 134,5 Millionen Euro verhängt.

Verzicht auf Bestpreis-Klausel: Kartellamt stellt Verfahren gegen Amazon ein
 Das Bundeskartellamt geht nicht mehr gegen Amazon vor. Die Behörde hatte den Online-Händler verdächtigt, durch Preisvorgaben für Dritte den freien Wettbewerb zu behindern. Bereits im Sommer hatte das Versandhaus auf entsprechende Vertragsklauseln verzichtet.

BUNDESKARTELLAMT Millionenstrafen gegen Bierkartell
 Das Bundeskartellamt hat wegen verbotener Preisabsprachen bei Bier Bußgelder in Millionenhöhe verhängt. Jahrelang hatten Verbraucher zu viel für den gemeinsamen zahlt müssen.

561 Millionen Euro Strafe für Microsoft
 EU-Kommission 06.02.2013 - Langst... horcht auf dem Browser-Markt Konkurrenz und der Internet... Explorer hat seine einstige Dominanz verloren. Trotzdem muss Microsoft nun 561 Millionen Euro zahlen - weil es den Browser zu sehr bevorzugt hat.

Kartellamt spricht Geldbuße aus gegen vier Hersteller von...
 Das... Leistungstrans... bei Ausschreibungen ver... Unternehmen Euro, teilte das Amt am... Siemens AG und die Starkstrom... Leistungstransformat... Abs...

Bundeskartellamt verhängt Strafen gegen die...
 Das Bundeskartellamt verhängte Strafen gegen die... wird teuer: Das Bundeskartellamt hat gegen die Sendergruppen ProSiebenSat.1 und RTL Geldbußen in Höhe von 55 Millionen Euro verhängt. Die beiden Konzerne sollen sich bei der Verschlüsselung ihrer... Initialprogramme abgesprochen haben. Jetzt steht ein Kompromiss an.

Kartellamt verhängt Millionenbußen gegen Kosmetikfirmen
 10.07.2008 - Das Bundeskartellamt hat gegen neun Luxus-Kosmetikhäuser... Bußgelder von insgesamt knapp zehn Millionen Euro verhängt, darunter Cl... Clarins, Estée Lauder, L'Oréal, Shiseido und Yves Saint Laurent Beauté. Seit... mindestens 1995 hätten sich die Unternehmen in einem als „Schlossrunde“ bezeichneten Zirkel über interne Daten ausgetauscht.

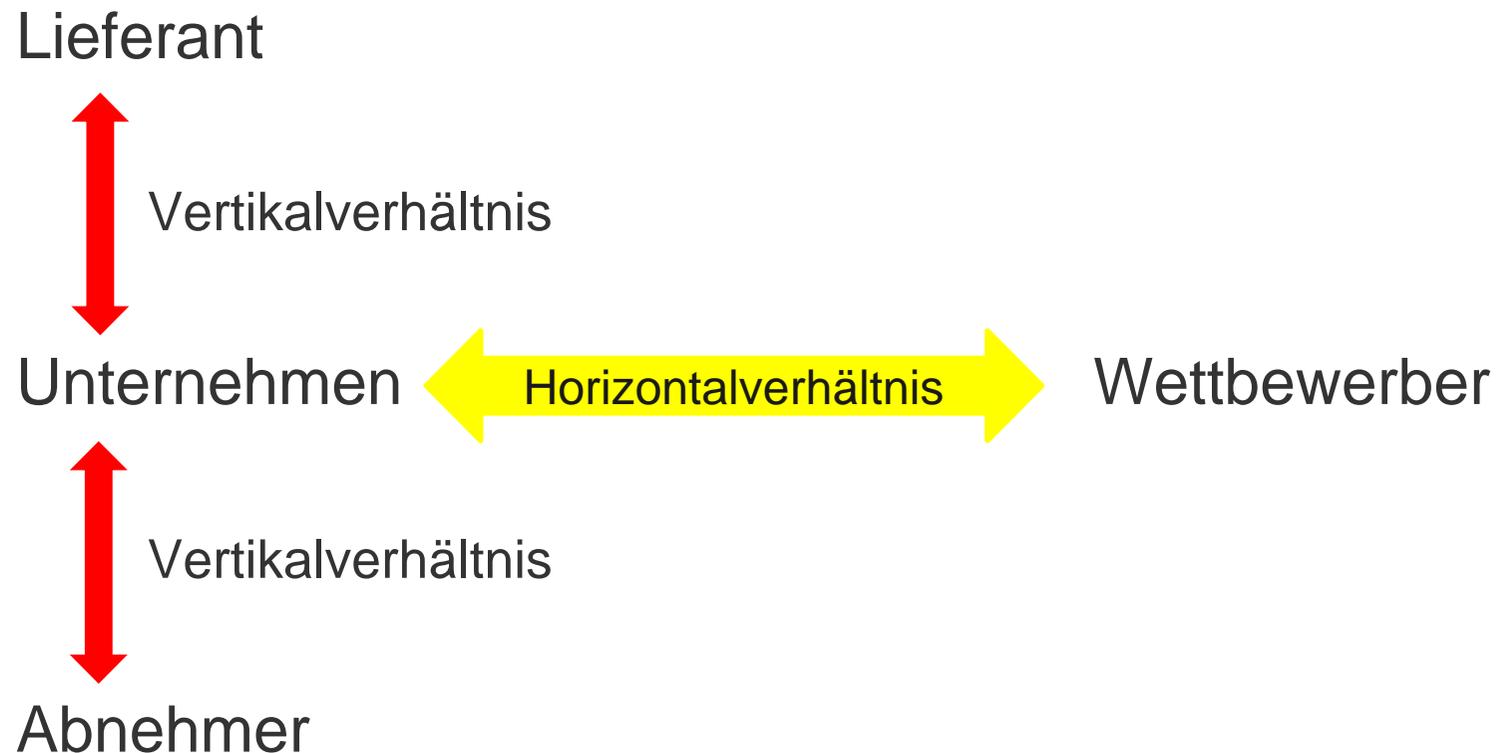
Bundeskartellamt verhängt mehr Bußgelder
 BONN (DPA) Das Bundeskartellamt ist im Kampf gegen illegale Absprachen in der d... -Regelung und verbesserter Ermittlungsmethoden immer erfolgreicher. Die Höhe... verhängten Bußgelder stieg von rund 190 Millionen Euro im Jahr 2011 auf 316 Millionen Euro 2012 deutlich an, teilte die Behörde am Mittwoch in Bonn bei der Vorstellung ihres Jahresberichtes mit.

Kartellverbot



Horizontale / vertikale Vereinbarungen

Horizontale vs. vertikale Vereinbarungen:



Horizontale / vertikale Vereinbarungen

- **Rechtsgrundlagen:**

- **§ 1 GWB:**

- „Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, sind verboten.“

- **Art. 101 Abs. 1 AEUV:**

- „Mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten sind alle Vereinbarung zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken, insbesondere...“

Horizontale / vertikale Vereinbarungen

- **§ 1 GWB / Art. 101 AEUV**
 - Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Unternehmen
 - Bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung
 - Spürbarkeit

Horizontale / vertikale Vereinbarungen

- **Vereinbarung oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweise (I)**
 - unabhängige Unternehmen bringen ihren gemeinsamen Willen zum Ausdruck, sich in einer besonderen Art und Weise zu verhalten
 - bewusst praktische Zusammenarbeit / Koordination
 - die Form ist irrelevant - schriftlich, mündlich, unterschrieben/ nicht unterschrieben, Korrespondenz, "Gentlemen's Agreement", "Frühstückskartelle" etc.

Horizontale / vertikale Vereinbarungen

- **Vereinbarung oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweise (II)**
 - Es kommt nicht darauf an:
 - in welchem Rahmen die Vereinbarung entsteht: bei Geschäftsessen, auf oder am Rande von Verbandstreffen, bei sozialen Veranstaltungen, auf dem Sportplatz, etc.
 - ob ein (bindender) Vertrag geschlossen wurde (das bloße Einverständnis bzgl. der Koordination genügt)
 - ob die Vereinbarung tatsächlich umgesetzt wird (bereits das Eingehen der Vereinbarung als solcher ist verboten)

Horizontale / vertikale Vereinbarungen

- **Vereinbarung oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweise (III)**
 - Was ist KEINE Vereinbarung oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweise?
 - Absprachen innerhalb des Konzerns
 - rein einseitiges Verhalten ohne Kontakt zum Wettbewerber
 - zufälliges Parallelverhalten mit Wettbewerbern
 - Umsetzung gesetzlicher/aufsichtsrechtlicher Vorgaben, z.B. regulatorischer Vorgaben im Hinblick auf Arzneimittelpreise
 - Gelegentliche „Nichteinhaltung“ einer an sich verbotenen kartellrechtswidrigen Absprache macht diese nicht zu einer erlaubten Absprache!

Horizontale / vertikale Vereinbarungen

- **Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs**
 - jede spürbare Beeinträchtigung der wettbewerblichen Handlungsfreiheit
 - Zur Spürbarkeit: *de-minimis*-Bekanntmachungen der Kommission und des Bundeskartellamts
 - entscheidend ist der vollständige oder teilweise Wegfall der Unsicherheit darüber, wie die andere Seite reagieren wird
 - Wettbewerb = wirtschaftliches Verhalten, um sich einen Vorteil auf Kosten eines Konkurrenten zu verschaffen

Horizontale / vertikale Vereinbarungen

- **Ausnahmen: § 2 GWB / Art. 101 Abs. 3 AEUV**
 - Gruppenfreistellungsverordnungen (auch direkt auf deutsches Recht anwendbar, vgl. § 2 Abs. 2 GWB), z.B.
 - Vertikal-GVO
 - KfZ-GVO
 - FuE-GVO
 - Spezialisierungs-GVO
 - Technologietransfer-GVO
 - Einzelfreistellung (vier Voraussetzungen):
 - eine angemessene Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn
 - eine Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts
 - die Unerlässlichkeit der den beteiligten Unternehmen auferlegten Beschränkungen für die Zielverwirklichung
 - keine Ermöglichung der Ausschaltung des Wettbewerb für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren

Beispiele Vereinbarungen

- **Hardcore Kartelle, z.B.**
 - Preisabsprache
 - Kundenkreis-/Gebietsabsprache
- **Sonstige horizontale Verträge/Absprachen, z. B.**
 - Forschung und Entwicklung („F&E“)
 - Produktion
 - Einkauf
 - Vermarktung
 - Normung
 - Technologietransfer
- **Vertikale Absprachen, z.B.**
 - Preisvorgaben für Weiterverkaufspreise, Verbots des Verkaufs in bestimmte Gebiete/an bestimmte Kunden etc.

Exkurs Informationsaustausch

- Auch der Austausch von Informationen (z.B. über Marktinformationssysteme oder in Gesprächskreisen) kann eine kartellrechtlich unzulässige Absprache darstellen
- Beispiel Haribo August 2012: EUR 2,4 Mio. Bußgeld wg. unzulässigen Austauschs von Informationen in informellen Gesprächskreisen durch Vertriebsmitarbeiter
- Dies gilt auch im Vorfeld oder bei Durchführung von Übernahmen/Fusionen
- Bei Transaktionen im Bereich M&A sind daher auch hier die kartellrechtlichen Vorgaben zu beachten

Exkurs Informationsaustausch

- **Unzulässig/problematisch:**
 - Informationen über Preise, Gewinnspannen, Konditionen, Marktanteile und Ähnliches
 - auch der Austausch nicht preisbezogener Informationen mit Wettbewerbern kann rechtswidrig sein, wenn die Informationen vertraulich sind oder auf dem Markt nur wenige Wettbewerber tätig sind
- **Unproblematisch:**
 - Austausch von Meinungen und Erfahrungen, die nicht vertraulich/sensibel sind
 - Informationen über Verkauf/Ertrag, die weit genug in der Vergangenheit liegen (mind. 2 Jahre)
 - Ggf. Marktinformationsverfahren

Ermittlungen der Behörden

- **Wie werden Kartellverstöße entdeckt?**
 - Bonusregelungen/Kronzeugenanträge
 - Ehemalige Mitarbeiter
 - Abnehmer
 - Fusionskontrollverfahren
 - Sektoruntersuchungen
 - Verfahren anderer Behörden und Gerichte
 - Zufall

Ermittlungen der Behörden

Bundeskartellamt

(§§ 54 ff. GWB)

- Auskunftsverlangen
(§ 59 (1) GWB)
- Nachprüfung
(§ 59 (1) Nr. 3 GWB)
- **Durchsuchung**
(§§ 102 StPO, 59 (4) GWB)

EU-Kommission

(VO 1/2003)

- Auskunftsverlangen (Art. 18 (2) VO 1/2003)
- Auskunftsentcheidung (Art. 18 (3) VO 1/2003)
- Nachprüfung
 - Einfache Nachprüfung (Art. 20 (3) VO 1/2003)
 - **Nachprüfungsentscheidung (Art. 20 (4) VO 1/2003)**

Durchsuchungen durch das Bundeskartellamt

- Durchsuchung aufgrund richterlicher Anordnung
- Gefahr in Verzug: Anordnung durch Bundeskartellamt
- Durchsuchungsrecht ist umfassend
 - erstreckt sich auf Personen, Geschäftsräume, Privatwohnungen und KFZ
 - Herausgabe von Unterlagen etc. kann verlangt werden
- Keine Kooperations-, sondern nur Duldungspflicht
- Bundeskartellamt hat die gleichen Befugnisse wie die StA bei Verfolgung von Strafsachen (§ 46 (2) OWiG)
- Beschlagnahme
 - regelmäßig vor Ort durch Bundeskartellamt wegen Gefahr im Verzug oder telefonische Anordnung durch Gericht
 - Beschlagnahmeverbote (insbes. Anwaltsprivileg)

Nachprüfung durch die Europäische Kommission

- Ermittlungshandlung sui generis
- Konkreter Anfangsverdacht (keine „fishing expeditions“)
- Kein Zwang/keine Beschlagnahme
 - Europäische Kommission fordert i.d.R. vorbeugend Amtshilfe an und beschafft sich einen richterlichen Durchsuchungsbeschluss
 - eingeschränkte Prüfungsbefugnis des Gerichts (Echtheit der Entscheidung/Willkür/VHMK)
- aber Duldungspflicht (ausdrücklich geregelt) und
- Kooperationspflicht
 - anerkannt durch EuGH (Hoechst)
 - folgt aus Bußgeldtatbeständen (Art. 23 VO 1/2003)
 - lässt sich aus den Befugnissen der Kommission ableiten (Art. 20 Abs. 2 VO 1/2003)

Nachprüfung durch die Europäische Kommission

- Nachprüfungsbefugnisse der Europäischen Kommission gemäß Art. 20 Abs. 2 VO 1/2003
 - alle Räumlichkeiten, Grundstücke und Transportmittel zu **betreten** (lit. a),
 - die Bücher und sonstigen **Geschäftsunterlagen zu prüfen**, unabhängig davon, in welcher Form sie vorliegen (lit. b),
 - **Kopien** oder Auszüge gleich welcher Art aus diesen Unterlagen und Büchern **anzufertigen** oder zu erlangen (lit. c),
 - betriebliche Räumlichkeiten und Bücher oder Unterlagen jeder Art für die Dauer und in dem Ausmaß zu **versiegeln**, wie es für die Nachprüfung erforderlich ist (lit. d),
 - von allen Vertretern oder Mitgliedern der Belegschaft des Unternehmens **Erläuterungen** zu Tatsachen oder Unterlagen zu verlangen, die mit dem Gegenstand und dem Zweck der Nachprüfung in Zusammenhang stehen, und ihre Antworten zu Protokoll zu nehmen (lit. e).

(Rechts-)Folgen von Verstößen

- **Für die Unternehmen:**

- Nichtigkeit der kartellrechtswidrigen Klausel (§ 134 BGB bzw. Art. 101 Abs. 2 AEUV); ggf. Gesamtnichtigkeit des Vertrags!
- Geldbußen: bis zu 10 % des weltweiten Konzernumsatzes!
- Durchsuchungen und Zwangsmaßnahmen
- Image- und Good Will-Verlust
- Schadensersatzansprüche

- **Für den betreffenden Mitarbeiter:**

- Je nach Jurisdiktion drohen Haftstrafen (z.B. USA, Irland)!
- Strafbarkeit bei Verstoß gegen Antikorruptionsgesetze sowie Submissionsbetrug gem. § 168b (§§ 146, 147) StGB
- Bußgelder
- Involvierung in Ermittlungsverfahren
- ggf. arbeitsrechtliche Konsequenzen

Bonusregelung/Leniency

- Privilegierung von „Kronzeugen“ im Bußgeldverfahren
- Offenbarung eines Kartells als erster Kartellbeteiligter und Mitwirkung an aktiver Aufklärung
 - Folge: Erlass der Geldbuße
- Auch spätere Mitwirkung/Kooperation an der weiteren Aufklärung wird begünstigt
 - Folge: Reduktion der Geldbuße
- Seit Juni 2012: Hinweisgebersystem des Bundeskartellamts
 - Elektronisches System zur Entgegennahme von anonymen Hinweisen auf Kartelle; Bonusanträge sind darüber NICHT möglich.

Bußgeldverfahren Bundeskartellamt

Jahr	Fallbezeichnung	Bußgeld in €
2014	Bierbrauer	106,5 Mio.
2013	Haushaltsgeschirr	0,9 Mio.
2013	Schienenkartell II	97,64 Mio.
2013	Drogerieartikel	63 Mio.
2013	Mehl	65 Mio.
2012	Leistungstransformatoren	24,3 Mio.
2012	TV-Grundverschlüsselung	55 Mio.
2012	TTS Tooltechnic wg. vertikaler Preisbindung	8,2 Mio.
2012	Feuerwehrfahrzeuge	30 Mio.
2012	Chemiegroßhandel	8,7 Mio.

Bußgeldverfahren EU (Top 10 Bußgelder)

Jahr	Fallbezeichnung	Bußgeld in €
2012	TV and computer monitor tubes	1,47 Mrd.
2008	Car glass	1,38 Mrd.
2013	Euro interest rate derivatives (EIRD)	1,04 Mrd.
2007	Elevators and escalators	832 Mio.
2010	Airfreight	799 Mio.
2001	Vitamins	790 Mio.
2008	Candle waxes	676 Mio.
2007	Gas insulated switchgear (Anpassung Bußgeld in 2012)	675 Mio.
2013	Yen interest rate derivatives (YIRD)	670 Mio.
2010	LCD	649 Mio.

Missbrauch marktbeherrschender Stellung



Missbrauch marktbeherrschender Stellung

- **Rechtsgrundlagen: §§ 18 – 20 GWB / Art. 102 AEUV**
 - Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung (Marktabgrenzung)
 - Einzelmarktbeherrschung (in Deutschland widerlegbare Vermutung ab 40%)
 - Kollektive Marktbeherrschung (in Deutschland: bis 3 mit 50%, bis 5 mit 66,6%)
 - Missbräuchliche Ausnutzung
 - Nationales Recht darf grds. strenger sein
 - Missbrauchsverbot – Konsequenz: Verträge sind automatisch unwirksam (§ 134 BGB), keine gesonderte Entscheidung notwendig

Missbrauch marktbeherrschender Stellung

- **§ 19 Abs. 1 GWB (Generalklausel):**
 - *„Die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen ist verboten.“*
- **Art. 102 Abs. 1 AEUV:**
 - *„...die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, ist verboten...“*

Missbrauch marktbeherrschender Stellung: Marktabgrenzung

- **Ausgangspunkt für Ermittlung von Marktstellung**
 - **Sachliche Marktabgrenzung**
 - Bedarfsmarktkonzept: funktionelle Austauschbarkeit bestimmter Waren oder gewerblicher Leistungen aus der Sicht der Marktgegenseite
 - **Räumliche Marktabgrenzung**
 - marktbeherrschende Stellung kann jeweils nur in einem bestimmten Gebiet bestehen
 - Kriterium: Austauschmöglichkeiten aus Sicht der Abnehmer (wie bei sachlicher Abgrenzung)
 - Weltweite, EU-weite, nationale, regionale oder sogar lokale geographische Märkte denkbar

Missbrauch marktbeherrschender Stellung

- **Selbstveranlagung**

- Marktmacht kann bereits bei einem Marktanteil ab 25 - 30% bestehen
- in Deutschland: gesetzliche Vermutung für das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung (§ 18 Abs. 4 und 5 GWB)
 - eines einzelnen Unternehmens bei Marktanteil ab 40 %
 - von drei Unternehmen bei einem gemeinsamen Marktanteil ab 50 %
 - von fünf Unternehmen bei einem gemeinsamen Marktanteil ab 66,6 %
- Weitere Faktoren:
 - Finanzkraft
 - Technologische Spitzenstellung
 - Verflechtung mit anderen Unternehmen
 - Marktzutrittsschranken
 - geringe Marktmacht der Marktgegenseite
- Relative Marktbeherrschung/Marktstärke (§ 20 GWB) – weiter Anwendungsbereich gegenüber marktstarken Unternehmen (kleine Großhändler vs. große Großhändler)

Missbrauch marktbeherrschender Stellung

- **Missbrauchstatbestände im AEUV:**
 - **Katalog des Art. 102 Abs. 2 AEUV (nicht abschließend):**
 - Erzwingung unangemessener Einkaufs- oder Verkaufspreise
 - Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung
 - Gewährung unterschiedlicher Bedingungen, die zu einer Wettbewerbsbenachteiligung führen (spezielles Diskriminierungsverbot)
 - Bedingung der Annahme zusätzlicher Waren oder Dienstleistungen (sog. Kopplungsgeschäft)

Missbrauch marktbeherrschender Stellung

- **Missbrauchstatbestände im GWB:**
 - **Katalog der §§ 19 und 20 GWB (nicht abschließend):**
 - Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten (Behinderungsmissbrauch)
 - Preishöhen-/Ausbeutungsmissbrauch
 - Strukturmissbrauch/Zugangsverweigerung
 - Unbillige Behinderung ohne sachlich gerechtfertigten Grund
 - Unbillige Behinderung kleiner oder mittlerer Wettbewerber
 - Missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung (§ 19 Abs. 1 – Generalklausel, geringer eigener Anwendungsbereich)

Missbrauch marktbeherrschender Stellung

- **Rechtfertigung**

- Auch marktbeherrschende Unternehmen dürfen ihr Verhalten grundsätzlich an kommerziellen oder technischen Notwendigkeiten ausrichten
- Abwägung der Interessen der beteiligten Unternehmen
- Rechtfertigungsgründe können sein
 - legitime Geschäftsinteressen
 - Gründe, die im Verhalten des Geschäftspartners liegen (z.B. Insolvenzrisiko, Zahlungsverzug, strafbare Handlungen)
 - andere sachlich gerechtfertigte Gründe
- Keine Pflicht, einen (potentiellen) Wettbewerber zum eigenen Nachteil zu fördern
- Sorgfältige Prüfung im Einzelfall erforderlich!

Missbrauch marktbeherrschender Stellung: Beispiele

- Niedrigpreispolitik
- Bestimmte Rabatte
- Vertriebsgestaltung (Verwendungsbeschränkung, Kopplung, Ausschließlichkeitsbindung)
- Diskriminierung
- Ausbeutung
- Konditionenmissbrauch
- Weigerung Zugangsgewährung (z.B. Infrastruktur)

Aktuelle Entscheidungen BKartA/Kommission

- Preissenkungsverfügung gegen Berliner Wasserbetriebe in Höhe von EUR 254 Mio. bis 2015 (06/2012)
- Missbrauchsverfügung gegen Energieversorger Entega: Verpflichtung zur Rückerstattung von ca. EUR 5 Mio. an Heizstromkunden (03/2012)
- EUR 127 Millionen Geldbuße gegen Telekomunikacja Polska S.A. wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung durch Zugangsverweigerung

Fusionskontrolle



Fusionskontrolle

- **Zweck: Verhinderung der Konzentration von Marktmacht durch externes Wachstum**
 - Unternehmenszusammenschluss und -erwerb
 - Horizontal und vertikal
- **Rechtsgrundlagen: §§ 35 ff. GWB und FKVO**
 - Teils große Unterschiede zwischen verschiedenen Rechtsordnungen
 - Zusammenschlusstatbestand (Kontrollerwerb vs. Minderheitsbeteiligung)
 - Verfahrensdauer und Ausgestaltung

Fusionskontrolle

- **Anmeldung bei der zuständigen Behörde**
 - EU: Kommission
 - Prinzip des „one-stop-shop“
 - D: Bundeskartellamt
 - sowie weltweit nationale Wettbewerbsbehörden
- **Anmeldepflicht bei Überschreiten der Schwellenwerte (Umsatz, Marktanteile o.ä.)**
 - Teils sehr große Unterschiede bezogen auf Aufgreifschwellen
 - Auswirkungsprinzip?!
- **Verfahren**
 - Phase 1: Vorprüfverfahren – Freigabe?
 - Phase 2: Hauptprüfverfahren – Detailprüfung: Freigabe, Freigabe unter Auflagen oder Untersagung?

Fusionskontrolle

- **Materielle Prüfung**

- Entstehung / Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung / Significant Impediment of Effective Competition (SIEC)
 - Marktabgrenzung (sachlich, räumlich, zeitlich)
 - Abwägung von Vor- und Nachteilen
- § 1 GWB / Art. 101 AEUV
 - Ancillary Restraints

- **Vollzugsverbot bis zur Freigabe**

- Dagegen verstoßende Rechtsgeschäfte sind schwebend unwirksam
- Bußgelder und nachträgliche Entflechtung möglich

- **Gun Jumping**

Weitere Beratungsfelder



Beihilferecht

- **Art. 107 Abs. 1 AEUV verbietet:**
 - Beihilfen gleich welcher Art,
 - die staatlich oder aus staatlichen Mitteln gewährt werden,
 - bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige begünstigen,
 - den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen,
 - soweit die den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen.
- **Ausnahmeregelungen in Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV**
- **Durchführungsverbot, Art. 108 Abs. 3 AEUV**
 - Anmeldepflicht staatlicher Beihilfen
 - Entscheidungsmonopol der Europäischen Kommission

Vergaberecht

- **Das Vergaberecht bezeichnet**

- die Gesamtheit der Regeln und Vorschriften (GWB, VgV, Vergabe- und Vertragsordnungen [VOB, VOF und VOL]),
- die den Staat, seine Behörden und Institutionen
- zu einer rechtlich vorgegebenen Verfahrensweise verpflichten
- bei der es um die Beschaffung von Waren, Bau- und Dienstleistungen geht.

- **Maximen/Ziele**

- Wirtschaftlichkeit (§ 7 BHO/LHO)
- Grundsatz des Wettbewerbs, der Transparenz und der Gleichbehandlung (§ 97 Abs. 1 und 2 GWB)
- Mittelstandsschutz (§ 97 Abs. 3 GWB)
- Soziales, Umwelt und Innovation (§ 97 Abs. 4 GWB)

Compliance

- Sicherstellung der Einhaltung der einschlägigen Gesetze und Richtlinien in Unternehmen
- Beratung beim Aufbau interner Compliance-Strukturen
- Erstellung und Einführung von Compliance-Programmen
- Mitarbeiterschulungen
- Online-Schulungsprogramm für Mandanten
- Schulungs-Audits beim Mandanten vor Ort
- Mock Dawn Raids

Kleine Fallstudie



Project Hypokrates

Sachverhalt:

- Omega Seneka AG („Omega“) beabsichtigt, alle Anteile an und Kontrolle über Hypokrates GmbH („Hypokrates“) zu erwerben.
- Omega ist ein weltweit tätiger Arzneimittelhersteller, der seinen Schwerpunkt im Bereich der Arzneimittel gegen Magengeschwüre hat. Der „block buster“ von Omega ist Cesol, ein sog. *proton pump inhibitor* (PPI), der eine Übersäuerung des Magens durch direkte Einwirkung auf die Protonenpumpe verhindert. Der weltweite Umsatz von Omega in 2012 betrug ca. EUR 9 Mrd., wovon ca. EUR 5 Mrd. in der EU erzielt wurden.
- Alle Anteile an Hypokrates werden derzeit von Klakso Schmidt Groß Ltd. („KSG“) gehalten. Hypokrates stellt ebenfalls Arzneimittel gegen Magengeschwüre her, allerdings liegt der Schwerpunkt der Tätigkeit von Hypokrates auf sog. *histamine receptor antagonists* (sog. H2 blockers), die lediglich bestimmte Rezeptoren in den Belegzellen der Magenschleimhaut blockieren. Hypokrates erzielte 2012 einen weltweiten Umsatz von ca. EUR 775 Mio. Hiervon entfielen ca. EUR 700 Mio. auf Deutschland, Österreich und Polen. Ca. EUR 25 Mio. wurden jeweils in Norwegen, Russland und in der Ukraine erzielt.
- Auf dem Gesamtmarkt für Arzneimittel gegen Magengeschwüre liegt der Marktanteil von Omega bei ca. 25 %, während Hypokrates einen Marktanteil von ca. 15 % hat. Keiner der verbleibenden Wettbewerber verfügt über einen Marktanteil von mehr als 5 %.
- Omega will vor möglichen Markteintritten von KSG möglichst lange geschützt sein. Beide Parteien wollen die Transaktion möglichst schnell vollziehen.

Project Hypokrates

Brainstorming:

- Anmeldepflichten
 - Multi-jurisdiktionale Fusionskontrollanalyse anhand der Umsatzdaten
 - Weitere Informationen erforderlich?
 - Mitwirkungspflichten beider Parteien
- Vollzugsverbot
 - Befreiung vom Vollzugsverbot denkbar, aber eher unwahrscheinlich
 - Vereinbarung einer „condition precedent“-Klausel
 - Gun jumping
- Wettbewerbsverbot
 - Dauer und Umfang
- Auflagenrisiko
- Break-up fee

Project Hypokrates

Anmeldepflichten

- Europäische Kommission (+), da weltweit mehr als EUR 5 Mrd. und in der EU jeweils mehr als EUR 250 Mio.
- Andere EU-Mitgliedsstaaten? (-), da one-stop shop
- Norwegen? (-), da EWR-Mitgliedstaat (EWR = EU + EFTA – Schweiz)
- Ukraine? Jedenfalls formell (+)
- Russland? Im Zweifel einen local counsel einschalten
- Weitere Infos von den Parteien
 - Vermögenswerte
 - Marktanteile
 - Local nexus

Project Hypokrates

Vollzugsverbot

- Condition Precedent-Klausel in das SPA (Sales and Purchase Agreement) einfügen, da jedenfalls Anmeldepflicht bei der Europäischen Kommission
- Gun jumping
 - Vorbereitung des Vollzug ist grundsätzlich zulässig, aber Gefahr des Austauschs wettbewerblich sensibler Informationen (Kartellverstoß!)
 - Zeitpunkt der Freigabe ist nicht maßgeblich
 - Lösungen:
 - Bildung von clean teams
 - Vertraulichkeitsvereinbarungen

Project Hypokrates

Wettbewerbsverbot

- Ancillary restraint
- Zeitlich: Dauer max. drei Jahre
- Sachlich und geographisch: beschränkt auf den Tätigkeitsbereich des Zielunternehmens

Auflagenrisiko

- Wer trägt das Risiko?
- Hell or high water

Break-up fee

- Materiell-rechtliche (Vorab-)Analyse entscheidend!

Project Hypokrates

Materiell-rechtliche Analyse (I)

- Marktabgrenzung
 - Nachfragersicht
 - Bedarfsmarktkonzept
 - Zu demselben Markt gehören alle Güter und Leistungen, die aus der Sicht der Marktgegenseite aufgrund ihrer Eigenart, ihres Verwendungszwecks und Preises als ohne Weiteres austauschbar angesehen werden
 - SSNIP-Test: Small but Significant Non-transitory Increase in Price
 - Ausweichen bei Preiserhöhung von i.d.R. über 5-10%
 - Korrektiv: Angebotsumstellungsflexibilität
 - Möglichkeit, die Produktion ohne Weiteres auf andere Waren oder Dienstleistungen umzustellen

Project Hypokrates

Materiell-rechtliche Analyse (II)

- Produktmarkt
 - Im Pharmabereich die ATC-Klassifizierung maßgeblich (*anatomical therapeutic chemical classification*)
 - Ausgangspunkt ATC3 – Therapeutische Indikation
 - Weitere Unterteilung z. B. nach ATC4 etc. möglich
 - Weitere mögliche Produktmarkt-Abgrenzungen
 - Verschreibungspflicht
 - Originalpräparate/Generika
 - Wirkstoff
 - Anwendungsform (oral, intravenös etc.)
- Geographischer Markt
 - National, da in der EU nationale Erstattungssysteme

Project Hypokrates

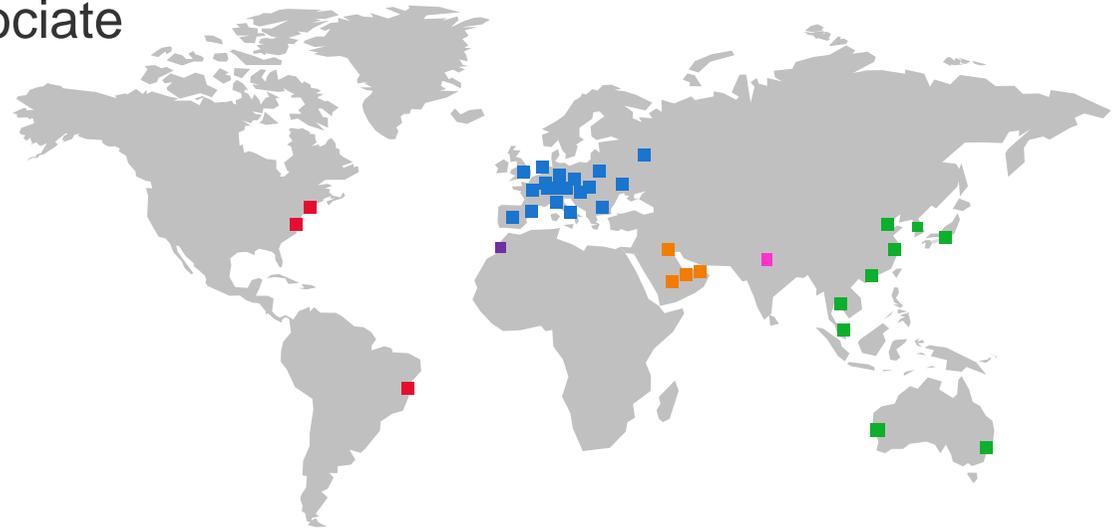
Marktabgrenzung:

Strategie für Fusionskontrollanmeldungen

- **ATC3**
 - A2B - Antiulcerants
 - Gemeinsamer Marktanteil von Omega und Hypokrates ca. 40 %
 - Phase-II Verfahren nicht auszuschließen
- **ATC4 / therapeutische Überlegenheit**
 - A2B1 - H2 antagonists
 - A2B2 - Acid pump inhibitors
 - **Vorteil:** keine Überlappung, wenn getrennte Märkte
 - **Nachteil:** Festlegung für zukünftige Transaktionen

Werbung in eigener Sache: Kartellrecht bei Clifford Chance

- **Weltweit**
 - ca. 140 Anwälte/Berater an 21 Standorten
- **Deutschland**
 - Düsseldorf:
 - 2 Partner, 6 Associates
 - Frankfurt:
 - 1 Counsel, 1 Associate



Beratungsfelder 1

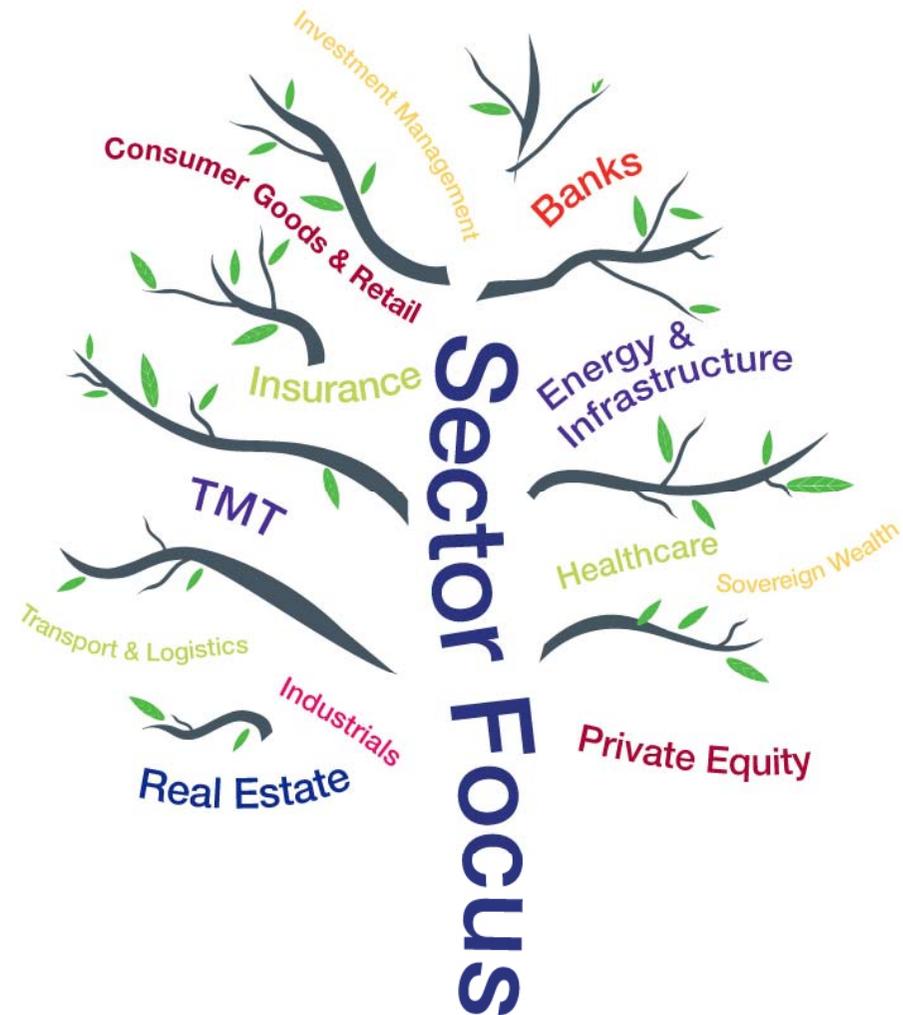
- **Multi-jurisdiktionale Fusionskontrollanmeldungen**
Anmeldungen bei der Europäischen Kommission und dem Bundeskartellamt; Koordination globaler Anmeldungen mit anderen CC-Büros und externen Anwälten
- **Beratung in Kartellverfahren und Marktmachtmissbrauchsverfahren**
Vertretung vor Kartellbehörden und Gerichten im Rahmen von Durchsuchungen, Settlement-Verhandlungen, gerichtliche Überprüfung von Entscheidungen
- **Compliance**
Erstellung/Einführung von Complianceprogrammen, Schulungen, Audits

Beratungsfelder 2

- Vertretung vor Behörden und Gerichten; Beratung i.R. strategischer Risikovermeidung/-minimierung
- Beratung von Mandanten bei Markt- und Sektoruntersuchungen durch Kartellbehörden
- Begleitung/Beratung bei Vertriebs- und Kooperationsverträgen (z.B. bei F&E-Projekten) oder zur konformen Ausgestaltung der Vertriebsstruktur
- Beratung in beihilferechtlichen Angelegenheiten

Wir denken in Branchen

- Branchenbezogener Ansatz im Rahmen von Industriegruppen
- Erarbeitung einer fundierten Markt- und Branchenkenntnis
- Verständnis schaffen für wirtschaftliche Ziele des Mandanten und Zusammenhänge, die über das rechtliche Problembewusstsein hinausgehen



Mandanten

- **Industrie- und Dienstleistungsunternehmen, sektorübergreifend**
 - VW
 - Henkel
 - Metro
 - GE
 - Barclays
 - 3i, Triton, CVC, KKR etc.
- **Besondere Expertise in regulierten Industrien (Energie, Telekommunikation, Healthcare), z.B.**
 - Deutsche Telekom
 - RWE
 - Pfizer

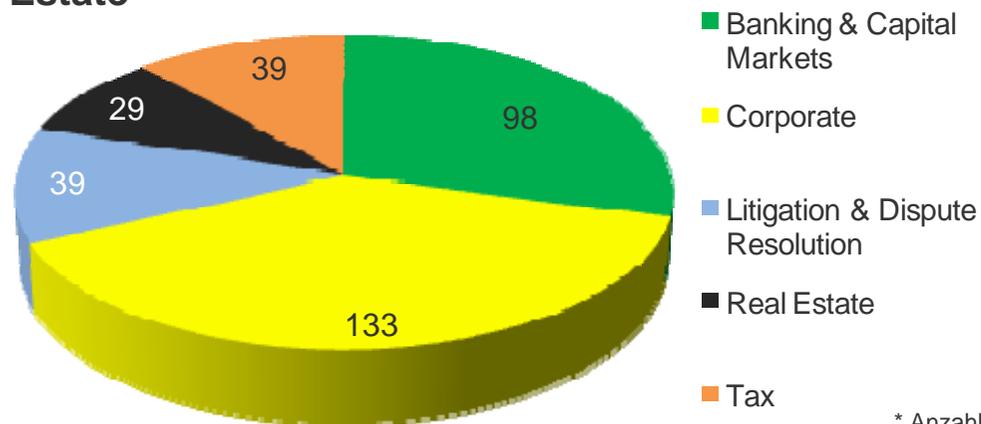


Clifford Chance auf einen Blick

Unsere Beratung in Deutschland umfasst rund **350 Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater** und Solicitors, die in den wichtigsten Wirtschaftszentren in allen Rechtsbereichen tätig sind.

Clifford Chance berät in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts:

- **Banking & Capital Markets**
- **Corporate**
- **Litigation & Dispute Resolution**
- **Real Estate**
- **Tax**



* Anzahl der Anwälte





**C L I F F O R D
C H A N C E**

Bei Fragen:

Nadia Esken, Senior Associate

Tel: 0211 / 4355 - 5548

Email: nadia.esken@cliffordchance.com

Clifford Chance, Königsallee 59, 40215 Düsseldorf, Germany

© Clifford Chance 2012

Clifford Chance Partnerschaftsgesellschaft von Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern und Solicitors ·

Sitz: Frankfurt am Main · AG Frankfurt am Main PR 1000

Further information on Clifford Chance Partnerschaftsgesellschaft, in particular with regard to the details to be provided pursuant to section 2,3 DL-InfoV, can be obtained at www.cliffordchance.com