



"CORONA TASK-FORCE" NEWS

Stuttgart, 16.02.2021

Kartellrecht und Fusionskontrolle in der Corona-Krise: Erste Erfahrungen und Ausblick

Auch das als von Unternehmen häufig streng empfundene Kartellrecht und insbesondere auch die das Kartellrecht durchsetzenden Behörden zollen der Corona-Krise Tribut. Dies gilt sowohl für das deutsche Bundeskartellamt als auch für eine Vielzahl von ausländischen Wettbewerbsbehörden.

So haben sich die dem Netzwerk der Europäischen Wettbewerbsbehörden (ECN) angehörigen Kartellbehörden auf eine gemeinsame Erklärung zur Anwendung der Wettbewerbsregeln während der Krise verständigt. Darin kommt zum Ausdruck:

- Den außergewöhnlichen Anforderungen an die Wirtschaft und Störungen der Märkte ist im vorgegebenen Rahmen der Freistellungsbefugnisse Rechnung zu tragen.
- Die Notwendigkeit zu kooperativen Anstrengungen der Unternehmen zur Sicherung der Verbraucherversorgung mit knappen Gütern ist jedenfalls für die Dauer der Krise zu fördern und sollte nicht behördlich verfolgt werden.
- Die Versorgung der Verbraucher mit wichtigen Schutzmitteln gegen das Virus (wie Masken oder Desinfektionsmitteln) soll durch die amtliche Unterbindung von missbräuchlichem Marktverhalten gesichert werden.

Gleichwohl bleibt festzuhalten, dass die gemeinsamen Erklärungen im Kartellrecht keinen Freibrief für Wettbewerbsverstöße geben. Das Kartellrecht bleibt vollumfänglich anwendbar. Die versprochene wohlwollende Beurteilung von bestimmten Formen der Zusammenarbeit steht immer unter dem Vorbehalt der Erreichung von Effizienzgewinnen in Form der Förderung des Gemeinwohls.

Verbindliche Befreiungen von kartellrechtlichen Bestimmungen gibt es im Vereinigten Königreich für den Informationsaustausch im Lebensmittelhandel und in Norwegen bei der Kooperation in der Transportindustrie.

Ob im Einzelfall bestimmte Verhaltensweisen oder Formen der Kooperation zwischen Unternehmen krisenbedingt als vom Kartellverbot freigestellt angesehen werden können, obliegt schlussendlich der Bewertung der zuständigen Kartellbehörde. Preistreibende Absprachen, werden sich auch mit Corona-Argumenten nicht halten lassen. Die Sicherstellung einer kartellrechtlichen Compliance ist daher gerade in Zeiten wirtschaftlicher Schieflage nicht zu vernachlässigen.

Von besonderem Interesse ist für die Unternehmen, die von der Corona-Krise hart getroffen werden, das Fusionskontrollrecht. Für den Verkäufer kann es wichtig sein, sein Unternehmen innerhalb kurzer Zeit zu veräußern, um einer wirtschaftlichen Schieflage oder gar einer Insolvenz zu entgehen und den möglicherweise für den Fortbestand anderer unternehmerischer Betätigungen notwendigen Kaufpreis zu vereinnahmen. Für das Zielunternehmen kann es lebenswichtig sein, dass der Erwerber schnell ausgefallene Unternehmensfunktionen übernehmen darf. Im Ausgangspunkt ist auch hierzu festzuhalten, dass die Zusammenschlusskontrolle in allen Jurisdiktionen weiterhin durchzuführen ist und es keine grundsätzlichen Befreiungen von der Fusionskontrolle gibt. Nach wie vor darf ein anmeldepflichtiger Zusammenschluss nicht vor Freigabe vollzogen werden.

Wir zeigen nachfolgend auf, welche Reaktionen und Verhaltensweisen sich für Unternehmen im Kartellrecht und in der Fusionskontrolle anbieten. Dies geschieht im Hinblick auf vertragliche Verhältnisse wie Kooperationen und Lieferanten/Händler-Beziehungen, für das Fusionskontrollrecht und schließlich auch für Fragen des Marktmissbrauchs.

1. Kooperationen nach europäischem und deutschem Kartellrecht

Das europäische und deutsche Kartellrecht stehen mit ihren Kartellverboten in Art. 101 (1) des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) und in § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) Kooperationen zwischen tatsächlichen und potentiellen Wettbewerbern kritisch gegenüber. Es wird im Regelfall befürchtet, dass eine zu enge Kooperation, insbesondere der Austausch über wettbewerbssensible Daten wie Preise, Liefermengen, Bezugskonditionen, Kundenwünsche usw. den Wettbewerb beschränkt. Das Wettbewerbsrecht gibt den Unternehmen aber die Möglichkeit, Kooperationsformen zu finden, die kartellrechtlich zulässig sind.

Diese Zulässigkeit wird entweder durch die Anwendung sogenannter Gruppenfreistellungsverordnungen wie sie z.B. auf horizontaler Ebene für Forschungs- und Entwicklungsprojekte, Verträge über Technologietransfer oder Spezialisierungsvereinbarungen gelten.

Soweit eine solche Gruppenfreistellungsverordnung für eine bestimmte Kooperationsform nicht einschlägig ist oder die betroffenen Unternehmen die in diesen Gruppenfreistellungsverordnungen regelmäßig vorgesehenen Marktanteilsschwellen überschreiten, haben die Unternehmen selbst zu prüfen, inwieweit sie vom Kartellverbot freigestellt sind. Dazu sind nach Art. 101 (3) AEUV und § 2 Abs. 1 GWB vier Voraussetzungen zu erfüllen:

- Die Vereinbarung muss Effizienzgewinne bringen (Verbesserung des Warenerzeugers oder -verteilung, Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts).
- Diese Effizienzgewinne müssen in angemessener Weise an den Verbraucher (Kunden) weitergegeben werden.
- Die Vereinbarung muss für die Erreichung der Effizienzgewinne unerlässlich sein, das heißt es darf keine mildere Form der Wettbewerbsbeschränkung geben, um die Effizienzgewinne zu erreichen;
- Der Wettbewerb darf nicht ausgeschaltet werden.

Insbesondere die Gesichtspunkte der Effizienzgewinne und die Frage der Unerlässlichkeit können in der Corona-Krise Spielraum für die Freistellung von Kooperationen geben:

- Bildung von Arbeitsgemeinschaften, wenn die beteiligten Unternehmen allein nicht (mehr) in der Lage sind, eine konkrete Nachfrage am Markt zu bedienen, z.B. weil personelle oder finanzielle Risiken Corona-bedingt nicht mehr kalkulierbar sind.
- Einkaufskooperationen, die infolge der Corona-Krise deutlich weiterreichen können, um Risiken in der Lieferkette zu reduzieren und zu verteilen.
- Vereinbarung von – auch längerfristigen – Kollegenlieferungen zum Ausgleich Corona-bedingt derzeit kaum prognostizierbarer Produktionsausfälle und -einschränkungen.
- Produktionskooperationen, um Kosten einzusparen oder Effizienzen beim Einsatz von Personal- und Produktionsmitteln zu generieren oder durch gegenseitige Spezialisierung.
- Forschungs- oder Entwicklungskooperationen, die auch eine gemeinsame Verwertung der Forschungsergebnisse, insbesondere wenn diese der Bekämpfung des Virus oder jedenfalls der Krankheitsbilder dienen, zum Gegenstand haben können.

- Austausch von Informationen über Lagerbestände, Kooperation bei der Transport- und Lagerlogistik, soweit mit ihnen das Ziel verfolgt wird, einer Corona-bedingten Gefährdung der Versorgung nachgelagerter Marktstufen und der Verbraucher entgegen zu wirken, insbesondere in der Lebensmittelversorgung.
- Zusammenarbeit bei der Personalbeschaffung, um Corona-bedingt unkalkulierbare Fluktuationen des Kranken- und Quarantänestands abzufedern, z.B. in der Lebensmittelversorgung oder im Transportwesen.

Die Effizienzgewinne können im Regelfall bei diesen Kooperationen darin gesehen werden, dass die Versorgungssicherheit überhaupt aufrechterhalten wird. Die Unerlässlichkeit der Vereinbarung ist an den Effizienzgewinnen zu messen, bei denen es nicht selten um die Gesundheit oder Versorgung weiter Kreise der Bevölkerung geht. Vor diesem Maßstab sind auch Wettbewerbsbeschränkungen, die in normalen Zeiten nicht freistellungsfähig wären, als freistellungsfähig anzusehen. Wichtig für die Unerlässlichkeit ist allerdings, dass die entsprechenden Wettbewerbsbeschränkungen durch die Kooperationen zeitlich begrenzt werden. Dies sollte in der Vereinbarung vorgesehen werden.

2. Lieferanten/Händler-Beziehungen

Im Vertikalverhältnis zwischen Lieferanten und Händlern erfolgt die Freistellung möglicherweise wettbewerbsbeschränkender Vertragsbestimmungen im Regelfall durch die sogenannte Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung, die typische Lieferanten/Händler-Beziehungen vom Kartellverbot ausnimmt, ihrerseits aber bestimmte Vertragsgestaltungen als sogenannte Hardcore-Beschränkungen ansieht und diese unabhängig vom Marktanteil der jeweils betroffenen Unternehmen untersagt.

Die Corona-Krise kann sich auf die Beziehungen zwischen Lieferanten und Händlern in mehrfacher Weise auswirken: Die Corona-Krise lässt den Gesetzgeber und Sicherheitsbehörden in das Marktgeschehen eingreifen. Diese Maßnahmen können wettbewerbliche Handlungsspielräume von Unternehmen beschränken oder ganz ausschließen. Wem als Hersteller per Gesetz oder sicherheitsbehördlicher Anordnung verboten ist, seine Waren außerhalb Deutschlands anzubieten, der verfügt insoweit über keinen wettbewerblichen Handlungsspielraum mehr. Entsprechende vertragliche Beschränkungen, die ein solcher Hersteller seinen Händlern auferlegt, sind rein deklaratorischer Natur und somit kartellrechtlich unbedenklich.

Bestimmte Formen der vertraglichen Zusammenarbeit, die sonst kartellrechtlich kritisch gewürdigt werden, wie z.B. eine vollständige Exklusivität, können durch die Corona-Krise gerechtfertigt sein. Die Gewährleistung der Versorgungssicherheit kann exklusive Liefer- und Bezugsverpflichtungen rechtfertigen. Temporäre Gebietsexklusivitäten zugunsten eines Abnehmers sind denkbar, soweit sie für die Erschließung oder die Sicherstellung der fortdauernden Belieferung eines Marktes erforderlich sind. Die kartellrechtliche Herausforderung besteht darin, Einschränkungen der wettbewerblichen Handlungsfreiheit von Lieferanten und Händlern auf jenes sachliche und zeitliche Maß zu beschränken, das für die Gewährleistung von Versorgungssicherheit oder die Erschließung oder Wiederbelebung eines Marktes erforderlich ist.

Die Hardcore-Beschränkungen, insbesondere das Preisbindungsverbot, gelten aber auch in Krisenzeiten unverändert. Wer etwa Preise für krisenbedingt knappe Güter auf nachgelagerten Marktstufen fixiert, indem er seinen Händlern Fix- oder Mindestwiederverkaufspreise vorgibt, verletzt das Preisbindungsverbot, eine Hardcore-Beschränkung. Kartellbehörden haben bereits angekündigt, Preissteigerungen bei krisenbedingt knappen Gütern zu untersuchen. In solchen Fällen können hohe Bußgelder verhängt werden. Zulässig sind dagegen Höchstpreisbindungen, die eine Preissetzung der Händler nach oben begrenzen. Auf diese Weise können also krisenbedingte Verkaufsförderaktionen, etwa für Atemschutzgeräte, umgesetzt werden.

Da die Corona-Krise das Kartellrecht nicht außer Kraft setzt, gilt auch für krisenbedingte Maßnahmen gegenüber Lieferanten und Händlern aus Compliance-Gesichtspunkten, dass die kartellrechtliche Zulässigkeit in jedem Fall geprüft und dokumentiert werden sollte.

3. Fusionskontrolle

Auch die Wettbewerbsbehörden haben auf die Anforderungen der Corona-Krise reagieren müssen, um die Gesundheit ihrer Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter zu schützen. In praktisch allen Ländern, die für Anmeldungen von Unternehmenserwerben maßgeblich sind, befinden sich die zuständigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Homeoffice, die Arbeitszeiten sind teilweise reduziert worden. Gerade im Bereich der Fusionskontrolle bringen diese Erschwerungen der alltäglichen Arbeit erhebliche Weiterungen mit sich: Die Fusionskontrolle ist dadurch gekennzeichnet, dass im Interesse der anmeldenden Unternehmen relativ kurze Fristen für die Prüfung gelten, ob ein Zusammenschluss wettbewerbsschädlich ist oder freigegeben wird. Diese Fristen sind bei nicht vollständiger Arbeitsfähigkeit einer Behörde nicht ohne weiteres einzuhalten.

Vor diesem Hintergrund haben an sich alle maßgeblichen Behörden weltweit Richtlinien herausgegeben, wie sie während der Corona-Krise mit Zusammenschlüssen umgehen. Ein gemeinsames Kennzeichen dieser Erklärungen, insbesondere auch der Europäischen Kommission, der US Federal Trade Commission (FTC) und der zweiten amerikanischen Behörde, des Department of Justice (DOJ), des Bundeskartellamts, der belgischen, dänischen, spanischen und tschechischen Wettbewerbsbehörden ist die Empfehlung an Unternehmen, nicht unmittelbar notwendige Zusammenschlüsse während der Corona-Krise nicht anzumelden, sondern die Entwicklung abzuwarten. Ein wesentlicher Grund für diesen Wunsch nach Verschiebungen ist nicht nur die Arbeitssituation bei den Wettbewerbsbehörden, sondern auch die bei Unternehmen.

In komplexeren Fällen führen die Wettbewerbsbehörden sogenannte Markttests oder jedenfalls Befragungen von Wettbewerbern und Kunden durch, um sich ein aktuelles Bild der jeweiligen Marktverhältnisse zu machen. Wegen der Einschränkungen der Arbeitsfähigkeit auch dieser Unternehmen wird befürchtet, dass die entsprechenden Informationen nicht während der gesetzlich vorgesehenen Fristen bei den Wettbewerbsbehörden eintreffen. Daher wird gerade für Anmeldungen, die einen erheblichen Aufwand der Behörden auch in der Marktuntersuchung erfordern, eine Verschiebung empfohlen.

Besonders nachdrücklich ist die Vorgehensweise der österreichischen Bundeswettbewerbsbehörde: Diese lässt für alle Anmeldungen, die zwischen dem 23.03.2020 und 30.04.2020 eingereicht werden, die vier Wochen dauernde Prüfphase erst am 01.05.2020 beginnen.

Durchgängig haben die Wettbewerbsbehörden die Einreichung von Anmeldung und die Kommunikation erleichtert: Während in vielen Rechtsordnungen, nicht zuletzt bei der Europäischen Kommission und etwa auch in Österreich Anmeldungen in Papierform einzureichen waren, ist man jetzt zur Möglichkeit der Einreichung von Anmeldungen auch per E-Mail übergegangen. Die FTC hat allerdings hierzu erklärt, dass sie vor diesem Hintergrund davon absieht, vorzeitige Freigaben zu gewähren.

Sollten gleichwohl Fristen aus den genannten Gründen nicht eingehalten werden können, gehen die Wettbewerbsbehörden in der Weise vor, dass sie den Unternehmen empfehlen, eingereichte Anmeldungen zurückzunehmen und erneut einzureichen, idealerweise dann zunächst als Entwurf, um den Fristenlauf nicht in Gang zu setzen. Regeln über die Zusammenschlusskontrolle sehen auch vor, dass bei drohendem Fristablauf die Uhr „angehalten“ werden kann und Fristen somit nicht zu Ende gehen.

Die Kommission hat in drei bei ihr gegenwärtig in der Hauptprüfungsphase anhängigen Verfahren, die erhebliche wettbewerbsrechtliche Auswirkungen erwarten lassen, von dieser Möglichkeit des Stop the Clock Gebrauch gemacht, nämlich in den Verfahren Boeing/Embraer, Essilor Luxottica/Grand Vision und Fincantieri/Chantiers de l'Atlantique.

Die Wettbewerbsbehörden können im Extremfall erklären, dass Anmeldungen unvollständig sind und der Lauf der Frist gar nicht in Gang gesetzt worden ist.

Es ist daher in jedem Fall zu empfehlen, sich mit der Kartellbehörde vorher abzustimmen, wie und wann eine Anmeldung eingereicht werden kann, auch wenn diese auf den ersten Blick unproblematisch erscheint.

Bei der Prüfung der Anmeldepflicht ist zu berücksichtigen, dass für die Erfüllung der Schwellenwerte, jedenfalls soweit diese auf den jeweiligen Umsätzen der Unternehmen beruhen (wie z.B. bei der EU-Kommission und in Deutschland) die Umsätze des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahres herangezogen werden, nicht etwa die aktuellen Umsätze, die möglicherweise in Folge der Corona-Krise deutlich zurückgegangen sind. Jedenfalls für Deutschland ist auch zu beachten, dass auch Erwerbe von Minderheitsbeteiligungen soweit diese mehr als 25 % betragen, anmeldepflichtig sind. Die Umsätze des Verkäufers sind in die Berechnung der Umsätze, die eine Anmeldepflicht begründen können, in Deutschland einzubeziehen, wenn der Verkäufer mehr als 25 % der Anteile am Zielunternehmen behält.

Während sich die Anmeldepflicht an der Vergangenheit orientiert, richtet sich die wettbewerbliche Würdigung nach einer Zukunftsprognose. Nicht entscheidend ist daher eine bloße Momentaufnahme. Zusammenschlussbeteiligte müssen demnach aufzeigen, warum gerade sie geschwächt aus der Krise herausgehen werden. Unter bestimmten Umständen kann die Corona-Krise Fusionen ermöglichen, die bislang untersagt worden wären, etwa wenn sich erhebliche Marktanteilsverschiebungen ergeben haben und diese aufgrund einer Gewöhnung der Verbraucher oder aus strukturellen Gründen auch nach der aktuellen Krise fortbestehen werden. Hier ist sicherlich erheblicher Aufwand zu leisten, es ergeben sich aber auch Gestaltungsmöglichkeiten. Dies könnte auch für Zusammenschlüsse von Krankenhäusern gelten.

Auf der anderen Seite besteht die nicht zu übersehende Gefahr, dass die Wettbewerbsbehörden bei dem Zeitdruck, der auf ihnen lastet, aus Vorsichtsgründen Zusammenschlüsse, bei denen sie nicht wirklich überzeugt sind, dass sie freigegeben werden können, untersagen.

Verstärkte Bedeutung wird aller Voraussicht nach auch die sogenannte „Failing Firm Defense“ erlangen. Sie erlaubt ausnahmsweise selbst die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung. Allerdings greift sie nur, wenn die Fortbestehensprognose für das Zielunternehmen negativ ist und es keine wettbewerbsschonendere Erwerbslösung (z.B. durch einen Finanzinvestor anstatt durch einen strategischen Investor) gibt. Auch gilt sie nicht für den Verkauf von unselbständigen Unternehmensteilen.

Auch vor diesem Hintergrund sollten sich Unternehmen, die einen Erwerb planen, überlegen, ob sie eine möglicherweise problematische Anmeldung gerade jetzt vornehmen. In jedem Fall ist zum gegenwärtigen Zeitpunkt und auf absehbare Zeit den eingeschränkten Arbeitsbedingungen der Kartellbehörden durch Fristerstreckung in komplexen Zusammenschlüssen Rechnung zu tragen. Hierzu empfiehlt sich insbesondere bei einer in mehreren Jurisdiktionen bestehenden Anmeldepflicht eine vorherige Prüfung der aktuellen Situation der Handlungsfähigkeit der zuständigen Behörden und der Verfügbarkeit elektronischer Kommunikationswege.

4. Missbrauchsaufsicht

Marktmächtigen Unternehmen wird durch das Kartellrecht eine besondere Verantwortung auferlegt. Marktmächtige Unternehmen dürfen ihre Marktmacht nicht zum Nachteil von Wettbewerbern und/oder Kunden ausnutzen. Insbesondere Diskriminierungen und nachteilige Behandlungen sind ihnen untersagt. In Krisenzeiten kann das Marktverhalten solcher Unternehmen rasch in den Fokus der Kartellbehörden gelangen.

Die Marktmacht beurteilt sich immer vor dem Hintergrund des jeweiligen sachlich und räumlich relevanten Marktes. Hier kann die Corona-Krise teilweise gravierende Auswirkungen haben: Die Schließung von Landesgrenzen für den Warenverkehr kann unmittelbare Auswirkungen auf die Abgrenzung der kartellrechtlich relevanten Märkte haben und damit zur Entstehung von Marktbeherrschung führen, über die ein Unternehmen vor der Krise bei offenen Grenzen nicht verfügte. Gleiches gilt für ein krisenbedingtes Erstarken der Marktposition, weil Mitbewerber ihre Produktion nicht mehr aufrechterhalten können oder ganz aus dem Markt ausscheiden. Die knappheitsbedingte Abhängigkeit, z.B. von einem Lieferanten, ist ein Anwendungsfall relativer Marktmacht, die – neben der Marktbeherrschung – den Anwendungsbereich der besonderen deutschen Vorschriften für marktmächtige Unternehmen eröffnen kann.

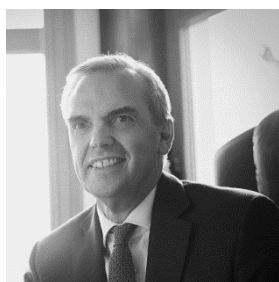
Es ist bereits ausgeführt, dass Kartellbehörden angekündigt haben, Preiserhöhungen kritisch zu untersuchen. Dies gilt vor allem dann, wenn die Preiserhöhungen krisenbedingt knappe Güter, Dienstleistungen der Gesundheitsvorsorge oder Grundversorgung betreffen.

Selbst in Krisenzeiten ist jedoch nicht jede Preiserhöhung bereits ein Missbrauch von Marktmacht. Insbesondere krisenbedingt gestiegene Herstellungskosten können entsprechende Preiserhöhungen auch eines marktmächtigen Unternehmens kartellrechtlich legitimieren.

Weitere typische Anwendungsfälle des Missbrauchsverbots sind Lieferverweigerungen sowie Diskriminierungen von Lieferanten oder Abnehmern. Krisenbedingte Engpässe können jedoch ein sachlicher Grund sein, um eine teilweise oder vollständige Lieferverweigerung oder eine Ungleichbehandlung von Geschäftspartnern kartellrechtlich zu rechtfertigen. Dies gilt z.B. für eine – gegenüber Neukunden – bevorzugte Belieferung von Stammkunden. Das Kartellrecht kennt allerdings auch Aufteilungspflichten. Ein marktbeherrschender Anbieter von krisenbedingt knappen Waren oder Dienstleistungen kann kartellrechtlich verpflichtet sein, seine Abnehmer entsprechend ihrer Bedeutung (z.B. entsprechend des Umsatzes im letzten Geschäftsjahr) zu beliefern. Stammkunden können auch hiernach bevorzugt werden.

Auch hier gilt, dass marktstarke Unternehmen das kartellrechtlich relevante Handeln überprüfen und diese Prüfung und ihr Ergebnis auch dokumentieren sollten.

Ihre Ansprechpartner:



Rechtsanwalt

Prof. Dr. Ulrich Schnelle LL.M. (Illinois)

Tel.: +49 (0)711/22744-27

us@haver-mailaender.de

www.haver-mailaender.de

Sehr gerne können Sie auch

Ihren bisherigen Ansprechpartner bei HAVER & MAILÄNDER kontaktieren oder unsere Zentrale unter Tel. +49 (0)711/22744-0



Rechtsanwältin

Elisabeth S. Wyrembek LL.M. (London)

Tel.: +49 (0)711/22744-59

ew@haver-mailaender.de

www.haver-mailaender.de

Unsere Corona-Task-Force erreichen Sie per E-Mail auch unter: CoronaTF@haver-mailaender.de