

2. Bußgelder im Kartellrecht können sich aus einer Abschöpfungs- und einer Ahndungsbuße zusammensetzen. Der Ahndungsanteil dient der Abschreckung (potentieller) Täter durch Bestrafung. Damit ist das Kartellbußgeld nach dem zweiten *Engel*-Kriterium als Strafe einzuordnen und *ne bis in idem* beim Vorliegen derselben tatsächlichen Vorgänge anzuwenden.
3. Kartellrechtliche Schadensersatzansprüche beschränken sich auf Prävention durch Kompensation. Sie bezwecken nicht in erster Linie die Bestrafung des Täters und sind daher nach dem zweiten *Engel*-Kriterium keine Strafe. *Ne bis in idem* ist nicht auf kartellrechtliche Schadensersatzansprüche gem. § 33 a GWB anzuwenden.
4. Da die Vorteilsabschöpfung gem. §§ 34, 34 a GWB und die Rückerstattung gem. § 32 Abs. 2 a GWB vor allem den Entzug rechtswidrig erlangter Vorteile bezwecken, stellen sie ebenfalls keine Strafe dar und *ne bis in idem* ist nicht anzuwenden. Das gilt auch für Nichtigkeit, Abstellung, Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch. Sie dienen allesamt nicht nur der Einhaltung der Kartellordnung, sondern auch dem Schutz der jeweiligen Marktgegenseite.
5. Zwar zielen Schadensersatz, Rückerstattung und Vorteilsabschöpfung nicht primär auf die Bestrafung des Täters, führen jedoch – anders als Nichtigkeit, Abstellung, Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch – stets zu einer Zahlungsverpflichtung. Vor dem Hintergrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, der aus rechtsstaatlichen Gründen auch die Interessen der Kartellrechtsverletzer in den Blick nimmt, muss deshalb eine Anrechnung stattfinden.
6. Soweit beide Sanktionen – wie Bußgelder oder die Vorteilsabschöpfung – ausschließlich dem öffentlichen Durchsetzungsinteresse dienen, sollte aus Praktikabilitätsgründen die Erst- auf die Zweitsanktion angerechnet werden. Dies ist nach § 81 Abs. 5 GWB und § 34 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, § 34 a Abs. 2 S. 1 GWB bereits möglich. Treffen mit einem Schadensersatzanspruch und der Rückerstattung zwei Sanktionen aufeinander, die beide auch den Individualinteressen der vom kartellrechtswidrigen Verhalten Betroffenen dienen, ist ebenfalls die praktikable Lösung der Anrechnung von Erst- auf Zweitsanktion geboten, soweit es um denselben Geschädigten geht. Durch eine jeweilige Berücksichtigung im Schadens- und Vorteilsbegriff entspricht dies *de facto* bereits der gesetzlichen Regelung.
7. Soweit aber Sanktionen, die – wie Bußgelder und Vorteilsabschöpfung – ausschließlich dem öffentlichen Durchsetzungsinteresse dienen, auf Sanktionen treffen, die auch den Individualinteressen Betroffener dienen, ist letzteren bei der Anrechnung Vorrang einzuräumen. Da Schadensersatzansprüche und die Rückerstattung nicht nur der Kartellrechtsdurchsetzung, sondern auch dem Individualinteresse der Geschädigten dienen, sind sie sowohl auf die Vorteilsabschöpfung (so bereits § 34 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und 4, § 34 a Abs. 2 S. 1 GWB) als auch auf Bußgelder anzurechnen. Werden Schadensersatzansprüche oder die Rückerstattung erst nach der Vorteilsabschöpfung gem. §§ 34, 34 a GWB geltend gemacht, so kann der Rechtsverletzer nach § 34 Abs. 2 S. 2, § 34 a Abs. 2 S. 2 GWB Rückerstattung der abgeschöpften Vorteile verlangen. Dieser Sachverhalt ist für das Konfliktfeld Schadensersatz/Rückerstattung und Bußgeld nicht geregelt, jedoch liegt ihm dieselbe Interessenslage zu Grunde. Dies rechtfertigt einen Regress analog § 34 Abs. 2 S. 2, § 34 a Abs. 2 S. 2 GWB. Auf europäischer Ebene existiert keine vergleichbar konkrete Regelung, ist jedoch *de lege ferenda* geboten. ■

Dr. Wolfgang Nothhelfer, Berlin/London*

UK Merger Control post-Brexit: Neue Herausforderungen für internationale Transaktionen mit Bezug zum Vereinigten Königreich

Mit dem Austritt des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union werden zahlreiche Fusionen zusätzlich durch die CMA in London geprüft werden. Der vorliegende Beitrag gibt einen Überblick über die britische Fusionskontrolle vor dem Hintergrund des Brexit. Neben Fragen der Zuständigkeit werden insbesondere auch der Verfahrensablauf und einige Unterschiede zum deutschen und europäischen Fusionskontrollverfahren dargestellt.

I. Einleitung

Die Besonderheiten der britischen Fusionskontrolle konnten die meisten nicht-britischen Unternehmen bislang getrost ignorieren, da bei grenzüberschreitenden Fusionen häufig ein Zusammenschluss von gemeinschaftsweiter Bedeutung vorlag und damit eine Prüfung des Falls durch die Europäische Kommission erfolgte. Mit dem voraussichtlichen Austritt des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union (Brexit) ist jedoch zu erwarten, dass das bisherige Verfahren des *one-stop shop* in Brüssel nicht mehr für den britischen Teil einer Transaktion möglich sein wird.¹ Auch

wenn die Art der zukünftigen Beziehungen mit dem Vereinigten Königreich noch offen ist, ist davon auszugehen, dass die britische Kartellbehörde bis zu fünfzig Fusionen pro Jahr zusätzlich prüfen wird, die zuvor ausschließlich von der Europäischen Kommission entschieden worden wären.²

* Dr. Wolfgang Nothhelfer ist Partner bei NOCON Nothhelfer Consulting in Berlin und London. Er war zuvor Assistant Director of Economics bei der Competition and Markets Authority in London. Der Beitrag geht zurück auf einen Vortrag, den der Autor auf einem kartellrechtlichen Studientag an der Universität Würzburg gehalten hat.

1 Dies gilt allerdings nicht, sofern das Vereinigte Königreich nach dem Ausscheiden aus der Europäischen Union weiterhin Teil des Europäischen Wirtschaftsraum bleiben würde. Gemäß dem Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum hat die Europäische Kommission die ausschließliche Zuständigkeit für Zusammenschlüsse, die in den Anwendungsbereich der FKVO 139/2004 fallen.

2 Schätzungen der CMA gehen von bis zu 50 zusätzlichen Fällen für die CMA pro Jahr aus, wobei mit sechs zusätzlichen Phase II-Fällen gerechnet wird. Brexit Competition Law Working Group (BCLWG), Conclusions and Recommendations, July 2017 (BCLWG Recommendations), Rn. 8.5, abrufbar unter: www.bclwg.org/wp-content/uploads/2017/07/BCLWG-Conclusions-and-Recommendations-Final.pdf.

Seit dem Jahr 2014 ist die Competition and Markets Authority (CMA), in der die Vorgängerbehörden Office of Fair Trading (OFT) und Competition Commission (CC) aufgegangen sind, allein für die Fusionskontrolle im Vereinigten Königreich zuständig. Die CMA ist eng in das europäische und internationale Netzwerk der Wettbewerbsbehörden eingebunden. Bei aller Kooperation und Abstimmung unterscheidet sich das britische Fusionskontrollverfahren jedoch in einigen Aspekten erheblich von der kontinentaleuropäischen Vorgehensweise. Hierzu zählen etwa die Besonderheiten, dass keine Anmeldepflicht besteht, Fusionsanmeldungen bei der CMA vielmehr freiwillig sind und dass sich die Zuständigkeit anhand des recht flexiblen *share of supply test*, eine Art Marktanteils-kriterium, ergeben kann.

Mit der voraussichtlich wachsenden internationalen Bedeutung der CMA nach dem Brexit steigt auch das Informationsbedürfnis außerhalb des Vereinigten Königreichs. Daher gibt dieser Beitrag einen Überblick über wesentliche Aspekte des britischen Fusionskontrollsystems, stellt die wichtigsten Verfahrensabläufe dar und arbeitet einige Unterschiede des britischen Systems zum deutschen und europäischen System heraus. Da es im Moment noch offen ist, in welchem Umfang das britische System im Rahmen des Brexit verändert wird oder welche Übergangsregeln geschaffen werden³, stellt der Beitrag den Status Quo dar.

II. Die Competition and Markets Authority

Die wesentlichen gesetzlichen Grundlagen des britischen Wettbewerbssystems sind der Competition Act 1998, der Enterprise Act 2002 (EA02) sowie der Enterprise and Regulatory Reform Act 2013. Letzterer umfasste die Schaffung der CMA, die seit April 2014 als alleinige Kartellbehörde im Vereinigten Königreich für den Schutz des Wettbewerbs verantwortlich ist.

Neben der Fusionskontrolle ist die CMA auch für die Verfolgung von Kartellverstößen und Missbrauchsfällen zuständig. Ferner ist die CMA auch mit der Durchsetzung von Verbraucherschutzrechten sowie mit Beschwerdeverfahren in verschiedenen regulierten Industrien betraut. Eine Besonderheit des britischen Wettbewerbssystems sind die weitreichenden Kompetenzen der CMA im Bereich *markets*. Die CMA kann das Funktionieren von Märkten im Rahmen von *market studies* oder umfassender *market investigations* untersuchen und bei Vorliegen wettbewerblicher Probleme Unternehmen, die auf diesen Märkten tätig sind, Abhilfemaßnahmen auferlegen. Dies kann auch die Veräußerung von Unternehmensteilen umfassen.

Die Verwaltungspraxis der CMA wird in allen Bereichen durch zahlreiche detaillierte Leitlinien erläutert, die auf der Webseite der CMA abrufbar sind.

III. Das System der freiwilligen Anmeldung

Eine wesentliche Besonderheit der britischen Fusionskontrolle ist, dass Unternehmen nicht verpflichtet sind, einen Zusammenschluss anzumelden.⁴ Bei Zusammenschlüssen, die grundsätzlich der Zuständigkeit der CMA unterliegen, sollten Unternehmen selbst prüfen, inwiefern ein Zusammenschluss möglicherweise zu Wettbewerbsproblemen führen könnte. In Fällen, in denen die Überschneidungen der Fusionsparteien gering sind und auch keine vertikalen oder kon-

glomeraten Wettbewerbsprobleme auftreten können, kann es für Unternehmen sinnvoll sein auf eine Anmeldung zu verzichten, um Zeit und Kosten zu sparen.⁵ Eine Folge des Systems der freiwilligen Anmeldung ist, dass die Fallzahlen der CMA deutlich geringer sind als beispielsweise die des Bundeskartellamts, da offensichtlich unproblematische Fälle nicht untersucht werden.⁶

Sofern Unternehmen allerdings zu dem Ergebnis kommen, dass ein Zusammenschluss möglicherweise problematisch sein könnte, sollte das Unternehmen eine Anmeldung in Erwägung ziehen. Denn die CMA kann auch nach einem vollzogenen Zusammenschluss noch Ermittlungen einleiten.⁷ Ein erheblicher Vorteil einer Anmeldung ist daher, dass er Rechtssicherheit für die Fusionsparteien schafft. Komplexe Zusammenschlüsse werden daher fast immer angemeldet.

Wird ein Verfahren von Amts wegen eingeleitet, werden die Unternehmen durch einen *enquiry letter* aufgefordert, ähnliche Informationen wie bei der Anmeldung mittels einer *merger notice* zur Verfügung zu stellen.⁸ Ferner wird die CMA bei bereits vollzogenen Zusammenschlüssen in der Regel eine *initial enforcement order* verhängen, die die Unternehmen dazu verpflichtet, die Geschäfte getrennt zu führen und jegliche Integrationsschritte zu unterlassen.⁹ Sofern bereits Integrationsschritte unternommen wurden, kann die CMA die Unternehmen gegebenenfalls anweisen, diese rückgängig zu machen. Die CMA kann darüber hinaus die Unternehmen verpflichten, auf ihre Kosten einen *monitoring trustee* zu beauftragen, der die Einhaltung der *initial enforcement order* überwacht. Dies erfolgt regelmäßig in Phase II, in Einzelfällen wird auch in Phase I bereits ein *monitoring trustee* eingesetzt.¹⁰

Für Unternehmen, die eine Anmeldung absichtlich oder aufgrund fehlender Beratung versäumen, kann ein solches von

3 Im Moment führt das House of Lords EU Internal Market Sub-Committee eine Untersuchung zu den Auswirkungen des Brexit auf die UK Wettbewerbspolitik durch. Siehe: www.parliament.uk/brexit-competition-lords-inquiry. Im Rahmen dieser Untersuchung werden Experten gehört und schriftliche Stellungnahmen berücksichtigt. S. hierzu auch Law Society of Scotland, Consultation Response, August 2017; The City of London Law Society, Response of the City of London Law Society to the House of Lords EU Committee's call for Evidence in its Inquiry into the Impact of Brexit on UK Competition Policy, 15 September 2017 (City of London Law Society Response). Darüber hinaus gibt es eine Brexit Competition Law Working Group, die Ideen und Vorschläge zu den Auswirkungen des Brexit diskutiert hat. Siehe BCLWG Recommendations. Es wird eine Vielzahl von Aspekten und Themen diskutiert, unter anderem etwa die Frage, ob die britischen Verfahrensschritte an das europäische Prüfverfahren angepasst werden sollten, ob die Schwellen für die Zuständigkeit der CMA erhöht werden sollten, um die Fallzahlen zu reduzieren, oder welche Aspekte im Rahmen einer Übergangsvereinbarung geregelt werden sollten.

4 CMA, Mergers: Guidance on the CMA's jurisdiction and procedure, January 2014 (CMA Guidance on procedure), Rn. 6.1.

5 Neben internen Kosten und den Aufwendungen für externe Berater sind darüber hinaus Anmeldegebühren an die CMA zu entrichten, die zwischen 40.000 und 160.000 GBP betragen und von der Umsatzgröße des erworbenen Unternehmens abhängen. Kleine und mittlere Unternehmen, die bestimmte Anforderungen erfüllen, sind von den Anmeldegebühren befreit. Siehe: <https://www.gov.uk/government/publications/merger-fees-payment-information>.

6 Das Bundeskartellamt prüft jährlich rund 1.200 Fusionen, wovon die CMA meist weniger als 100 Fälle bearbeitet. Im Geschäftsjahr 2016/2017 waren es lediglich 57 Fälle. Siehe: Dr. Bundestag, Drucksache 18/12760, Rn. 54; CMA, Annual Report and Accounts 2016-17, 2017, S. 10.

7 Zu den zeitlichen Fristen, siehe Abschnitt IV. 5.

8 CMA Guidance on procedure, Rn. 6.59-6.60.

9 CMA Guidance on procedure, Rn. 7.29-7.32.

10 CMA Guidance on procedure, Rn. C.27. Zum Verfahrensablauf (Phase I, II) siehe Abschnitt VI.

Amts wegen eingeleitetes Verfahren höchst unangenehme Folgen haben, da es den Fusions- und Integrationsprozess erheblich verzögert bzw. im Falle einer Untersagung unmöglich macht. Dies kann auch ausländische Unternehmen betreffen, deren Aktivitäten nur teilweise im Vereinigten Königreich liegen.¹¹

Die CMA leitet Ermittlungen von Amts wegen ein, sofern die begründete Aussicht (*reasonable prospect*) besteht, dass die Voraussetzungen für ein Phase II-Verfahren erfüllt sind.¹² Die CMA sammelt hierfür mit einer eigenen *mergers intelligence unit* Informationen über Transaktionen aus öffentlich zugänglichen Quellen, die das Vereinigte Königreich betreffen. Das *mergers intelligence committee* entscheidet dann, bei welchen Transaktionen ein Phase I-Verfahren eingeleitet wird.¹³ Zudem erhält die CMA Stellungnahmen von Drittparteien, die möglicherweise auf einen problematischen Zusammenschluss hinweisen. Die CMA prüft derartige Hinweise kritisch auf ihre Stichhaltigkeit, bevor ein Verfahren eingeleitet wird.¹⁴

IV. Formelle Fusionskontrolle (Jurisdiction)

Die Zuständigkeit der CMA ergibt sich aus der Frage, ob eine *relevant merger situation* entstanden ist. Eine solche ergibt sich, wenn die folgenden Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind¹⁵:

- (a) Zwei oder mehr Unternehmen (*enterprises*)
- (b) schließen sich zusammen (*cease to be distinct*).
- (c) Der Schwellenwert des *turnover test* oder des *share of supply test* ist überschritten.
- (d) Hinsichtlich bereits vollzogener Zusammenschlüsse kann die Einleitung einer Phase II nur bis vier Monate nach Vollzug und Bekanntmachung des Unternehmenszusammenschlusses erfolgen.

Im Folgenden wird auf die einzelnen Elemente der Voraussetzungen näher eingegangen.

1. Unternehmensbegriff

Der Begriff *enterprise* ist in Section 29 des EA02 definiert als *“the activities, or part of the activities, of a business”*. Eine *enterprise* muss formell keine rechtlich eigenständige Einheit sein. Vielmehr prüft die CMA inhaltlich, ob die fraglichen Aktivitäten eine unternehmerische Tätigkeit darstellen. Als Indikator für relevante unternehmerische Aktivitäten gelten etwa, wenn Kundendaten erworben werden, Mitarbeiter übertragen werden und der Kaufpreis höher ist als die Summe des übernommenen Nettovermögens.¹⁶ Zum Unternehmensbegriff gibt es umfangreiche Entscheidungs- und Spruchpraxis, die sich mit der Frage beschäftigt, wo die Grenze zwischen dem Ankauf einzelner Vermögensgegenstände und dem Erwerb von Unternehmensaktivitäten liegt.¹⁷

2. Zusammenschluss

Gemäß Section 26 des EA02 liegt ein Zusammenschluss (*two enterprises cease to be distinct*) vor, wenn zwei Unternehmen die gleiche Eigentümerstruktur erhalten (*common ownership*) oder unter gemeinsame Kontrolle gebracht werden. Section 26 EA02 unterscheidet drei unterschiedliche Stufen des Kontrollerwerbs: (i) *material influence*, (ii) *de facto control* und (iii) *a controlling interest*. Für die Zuständigkeit und das Verfahren spielt es keine Rolle, um welche Stufe des

Kontrollerwerbs es sich handelt. Die Stufen können aber dahingehend von Bedeutung sein, dass jede weitere Zunahme der Kontrolle (z. B. von *material influence* zu *de facto control*) ein neues Prüfverfahren der CMA nach sich ziehen kann.¹⁸

Gemäß den Leitlinien der CMA ist es bei einem Aktienanteil von mehr als 25% wahrscheinlich, dass *material influence* vorliegt, wohingegen dies bei einem Aktienanteil von weniger als 15% nur unter außergewöhnlichen Umständen zu erwarten ist. Ob *material influence* vorliegt, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, wobei neben dem Aktienanteil des Erwerbers weitere Faktoren berücksichtigt werden wie etwa die Verteilung der übrigen Aktien, das Teilnahme- und Abstimmungsverhalten der sonstigen Aktionäre bei Hauptversammlungen oder die Vertretung des Erwerbers im Aufsichtsrat.¹⁹

3. Umsatzschwelle (Turnover Test)

Gemäß Section 28 des EA02 ist der *turnover test* erfüllt, sofern das oder die Unternehmen, die erworben werden, einen jährlich Umsatz von mehr als 70 Mio. GBP im Vereinigten Königreich generieren. Die Umsatzberechnung hängt dabei von der Struktur des Zusammenschlusses ab:

- (a) Verändert sich bei einem oder mehreren Unternehmen durch die Transaktion die Eigentümerstruktur nicht, ist der relevante Umsatz der Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen abzüglich des Umsatzes der Unternehmen, deren Eigentümerstruktur sich nicht verändert.²⁰
- (b) Sofern sich bei allen Unternehmen die Eigentümerstruktur verändert, wird vom Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen der Umsatz des umsatzstärksten Unternehmens abgezogen.²¹

Grundsätzlich wird für die Berechnung des *turnover test* der Umsatz in dem der Fusion vorangehenden Geschäftsjahre zugrunde gelegt.²²

11 Ein Beispiel hierfür ist der Fall Leapfrog/Vtech. Beide Unternehmen sind führende Hersteller von Lernspielzeug, die ihren Sitz außerhalb des Vereinigten Königreichs haben. Die CMA leitete von Amts wegen am 28. April 2016 eine Ermittlung ein und, da der Zusammenschluss bereits vollzogen war, erließ am selben Tag eine *initial enforcement order*, die die Unternehmen dazu verpflichtete, ihr UK-Geschäft getrennt zu führen. Es wurde ein Phase II-Verfahren eingeleitet, das erst am 12. Januar 2017 mit einer Freigabe abgeschlossen wurde.

12 CMA Guidance on procedure, Rn. 6.15. Zu den Voraussetzungen für ein Phase II-Verfahren, siehe Abschnitt VI.

13 Das *mergers intelligence committee* hat im Jahr 2015/16 knapp 600 Transaktionen analysiert und in 10 Fällen Ermittlungen eingeleitet. Parker/Majumdar, UK Merger Control, 2016, (Parker/Majumdar), S. 190.

14 CMA Guidance on procedure, Rn. 6.9-6.14.

15 CMA Guidance on procedure, Rn. 4.3.

16 Parker/Majumdar, S. 40-41.

17 Vor Kurzem hat sich auch der UK Supreme Court im Fall Eurotunnel/SeaFrance (*Société Coopérative de Production SeaFrance SA v The Competition and Markets Authority and another*, [2015] UKSC 75) mit dieser Frage beschäftigt. Hierbei ging es um die Frage, ob der Erwerb von drei Fährschiffen sowie weiterer Vermögensgegenstände von einem Unternehmen, das Insolvenz angemeldet hatte und dabei war liquidiert zu werden, unter den Unternehmensbegriff fällt. Zu diesem Fall, siehe: Jones, Asset acquisitions and mergers: Eurotunnel in the Supreme Court, *Competition Bulletin*, 18 January 2016. Zum Unternehmensbegriff allgemein: Parker/Majumdar, S. 40-54.

18 CMA Guidance on procedure, Rn. 4.31.

19 CMA Guidance on procedure, Rn. 4.14-4.27.

20 Für weitere Erläuterungen, siehe A Guidance on procedure, Rn. 4.49.

21 Für weitere Erläuterungen, siehe CMA Guidance on procedure, Rn. 4.50.

22 EA02 (Merger Fees and Determination of Turnover) Order 2003, Part 3.

4. Marktanteilsschwelle (Share of Supply Test)

Eine Besonderheit des britischen Systems ist, dass sich eine Zuständigkeit auch unabhängig von der absoluten Größe der Parteien oder der Transaktion ergeben kann. Gemäß Section 23 des EA02 ergibt sich eine Zuständigkeit der CMA, sofern die fusionierenden Unternehmen auf einem bestimmten Markt oder Marktsegment auf der Absatz- oder Beschaffungsseite einen Anteil innerhalb des Vereinigten Königreichs oder eines erheblichen Teils hiervon von 25% oder mehr innehaben und sich dieser Anteil durch die Fusion erhöht²³.

Zu beachten ist, dass die CMA einen sehr weiten Spielraum in der Frage, wie das Marktsegment für den *share of supply test* abgegrenzt wird, hat. Der *share of supply test* ist dabei vollkommen unabhängig von der Abgrenzung des relevanten Marktes, welche im Rahmen der materiellen Beurteilung des Falls vorgenommen wird. Vielmehr ist jede sinnvolle Beschreibung von Produkten oder Dienstleistungen möglich, um diesen Test anzuwenden.²⁴ Hinsichtlich der Frage, was einen erheblichen Teil des Vereinigten Königreichs darstellt, gibt es ebenfalls keine abschließende Definition. Die CMA berücksichtigt hierfür Faktoren wie zum Beispiel die Bevölkerungszahl in dem betroffenen Marktsegment oder die soziale, politische oder ökonomische Bedeutung eines Marktes.²⁵

Der *share of supply test* ermöglicht es auch Transaktionen mit geringem Umsatzvolumen zu untersuchen, sofern die Parteien über eine erhebliche Position in einem bestimmten Marktsegment verfügen. Ein Beispiel hierfür ist der Fall Facebook/Instagram. Facebook erwarb Instagram für eine Milliarde Dollar, zum damaligen Zeitpunkt hatte Instagram allerdings nur 13 Mitarbeiter und keinen Umsatz und ist daher in den meisten Ländern nicht von der Fusionskontrolle erfasst worden.²⁶ Das OFT untersuchte allerdings den Fall, da beide Unternehmen *virtual social networking services* anboten und der Anteil hieran über 25% betrug.²⁷ Auch für den Zusammenschluss Whatsapp/Facebook wäre aufgrund des *share of supply test* die Zuständigkeit der CMA gegeben gewesen, der dann allerdings nach Verweisung von der Europäischen Kommission geprüft wurde.²⁸

Nach den Änderungen der 9. GWB-Novelle wären diese beiden genannten Transaktionen in Deutschland wegen des neu eingefügten transaktionswertbasierten Schwellenwerts (§ 35 Abs. 1 a GWB 2017) ebenfalls anmeldepflichtig, sofern die Europäische Kommission keine Zuständigkeit hat. Allerdings werden auch nach der 9. GWB-Novelle weiterhin keine Transaktionen erfasst, bei denen entweder der Transaktionswert unter EUR 400 Mio. liegt oder die weiteren Umsatzschwellen nicht erreicht werden.

Im Vereinigten Königreich werden dagegen eine Vielzahl von vergleichsweise kleinen Transaktionen geprüft, bei denen die Fusionsparteien starke Marktpositionen innehaben, das Marktvolumen aber nicht besonders groß ist. Dazu zählen beispielsweise Fusionen von Betreibern von Kinos²⁹ oder Fitnessstudios³⁰, die in lokalen Märkten eine starke Marktstellung haben können. Ein weiteres Beispiel für die Unterschiedlichkeit ist der Fernbusmarkt. So gab es in Deutschland mehrere Zusammenschlüsse im recht jungen Fernbusmarkt, die den Marktanteil von FlixBus auf geschätzte 80% ansteigen ließen.³¹ Derartige Zusammenschlüsse werden in

Deutschland auch weiterhin nicht unter die Fusionskontrolle fallen, wohingegen sich im Vereinigten Königreich bei entsprechenden Fällen eine Zuständigkeit der CMA durch den *share of supply test* ergeben würde.

Insofern ist der *share of supply test* für die CMA ein flexibles Instrument, mit dem sie zielgerichtet problematische Transaktionen auch in vergleichsweise kleinen Märkten aufgreifen kann. Auf der anderen Seite kann dieser Test für Unternehmen teilweise mit erheblichen Unsicherheiten verbunden sein, da von Unternehmensseite nicht mit abschließender Sicherheit festgestellt werden kann, ob der Test erfüllt ist oder nicht.

5. Vier-Monats-Frist

Aus Section 24 EA02 ergibt sich, dass die CMA nur dann ein Phase II-Verfahren einleiten kann, wenn der Zusammenschluss noch nicht vollzogen wurde oder wenn der Vollzug weniger als vier Monate zurückliegt. Dies gilt nicht, sofern der Zusammenschluss vollzogen wurde, ohne dass dies öffentlich bekannt gemacht wurde oder die CMA über den Vollzug informiert wurde. In einem solchen Fall beginnt die Vier-Monats-Frist erst mit öffentlicher Bekanntgabe des Zusammenschlusses oder dem Zeitpunkt, an dem die CMA über den Zusammenschluss informiert wurde.³²

V. Materielle Prüfung

Der materielle Test der britischen Zusammenschlusskontrolle ist gemäß Section 22, 33, 35 und 36 EA02 die Entstehung eines *substantial lessening of competition (SLC)*. Die CMA formuliert im Rahmen der Prüfung so genannte Schadenstheorien (*theories of harm*), um die möglichen Auswirkungen der Fusion zu analysieren.³³ Der SLC-Test unterscheidet sich dem Wortlaut nach von dem in Deutschland und Europa verwendeten SIEC-Test (*significant impediment of effective competition*), in der praktischen Anwendung ergeben sich jedoch keine wesentlichen Unter-

23 Sofern es keinerlei horizontale Überlappung der Fusionsparteien gibt, ist der *share of supply test* nicht erfüllt. CMA Guidance on procedure, Rn. 4.54.

24 "The CMA will have regard to any reasonable description of a set of goods or services to determine whether the share of supply test is met." 4.56.

25 In einem Verfahren hat die CC entschieden, dass die Stadt Slough im Westen Londons einen wesentlichen Teil des Vereinigten Königreichs darstellt. Die CC basierte ihre Entscheidung auf der Bevölkerungszahl, ökonomischen Faktoren sowie der Tatsache, dass die Märkte, in denen die Fusionsparteien operieren, lokal sind. Siehe: CC, A report on the acquisition of the Co-operative Group (CWS) Limited's store at Uxbridge Road, Slough, by Tesco plc, 28 November 2007.

26 Die Federal Trade Commission (FTC) hat den Zusammenschluss ebenfalls untersucht, aber den Fall geschlossen (FTC File No. 121-0121).

27 "Given that Instagram has not generated any turnover since it was established, the turnover test is not met. The parties overlap in the supply of virtual social networking services. Facebook's share of supply in the UK of virtual social networking services is over 25 per cent and, given that Instagram is active in the supply of virtual social networking services, the Transaction would result in an increment. Consequently, the share of supply test in section 23 of the Act is met." OFT, Facebook/Instagram, ME/5525/12, Rn. 5.

28 Case Comp/M.7217.

29 Siehe beispielsweise OFT, Completed acquisition by Cineworld Group Plc of the Glasgow Science Centre IMAX, ME/6194/13, 6.12.2013.

30 Siehe beispielsweise: CMA, Anticipated combination of Pure Gym Limited and The Gym Limited, 11.9.2014.

31 Wirtschaftswoche, Warum 80% Marktanteil kein Monopol sind, Handelsblatt, abrufbar unter: <http://www.wiwo.de/unternehmen/dienstleister/fernbusmarkt-warum-80-prozent-marktanteil-kein-monopol-sind/13973404.html>

32 CMA Guidance on procedure, Rn. 4.42

33 Assessment Guidelines, Rn. 4.2.1.

schiede.³⁴ Eine Besonderheit der CMA besteht allerdings, darin, dass im Rahmen der materiellen Beurteilung eine Vielzahl von Spezialisten einbezogen werden. Hierauf wird in Abschnitt VII. näher eingegangen.

Ferner besteht bei Zusammenschlüssen, die das öffentliche Interesse betreffen, die Möglichkeit, dass der Secretary of State die Entscheidungskompetenz an sich zieht und bei der Prüfung neben wettbewerblichen Aspekten auch das öffentliche Interesse berücksichtigt. Eine solche Intervention ist auf die Bereiche nationale Sicherheit, Medien und den Finanzmarkt beschränkt.³⁵

VI. Verfahrensablauf

Das Fusionskontrollverfahren lässt sich in drei Phasen einteilen: die Prenotifizierungsphase, eine erste Ermittlungsphase (Phase I) sowie eine zweite, tiefergehende Prüfungsphase (Phase II). Die meisten Fälle werden in Phase I freigegeben. Sofern begründete Wettbewerbsbedenken bestehen (*realistic prospect of a substantial lessening of competition*)³⁶, wird ein Phase II-Verfahren eingeleitet. Von der Einleitung einer Phase II kann insbesondere dann abgesehen werden, wenn akzeptable Zusagen angeboten werden oder das Verfahren aufgrund einer zu geringen Bedeutung des Marktes eingestellt wird (*De-minimis*).³⁷ Die CMA kann ein Phase II-Verfahren durch Freigabe, Freigabe mit Auflagen oder eine Untersagung abschließen.

Der bereits erwähnte SLC-Test wird in beiden Phasen angewendet, allerdings ist die Eingriffsschwelle in Phase I niedriger. Der Grund hierfür ist, dass in Phase I im Vergleich zu Phase II weniger Ermittlungsergebnisse vorliegen und eine größere Prognoseunsicherheit besteht und daher ein vorsichtigerer Ansatz gewählt wird. Die Eingriffsschwellen werden als *realistic prospect threshold* in Phase I und *balance of probabilities threshold* in Phase II bezeichnet.³⁸

Anders als im deutschen oder europäischen System, in denen die Phase II bzw. das Hauptprüfverfahren eine Fortsetzung des bisherigen Ermittlungsverfahrens ist, sind Phase I und Phase II im Vereinigten Königreich weitgehend getrennte Verfahren. Phase I wird immer mit einer formellen und veröffentlichten Entscheidung abgeschlossen, selbst wenn eine Phase II eingeleitet wird. Zudem erfolgt ein Wechsel des Entscheiders zwischen Phase I und Phase II. Dies ist historisch bedingt, da ursprünglich Phase I und Phase II von unterschiedlichen Behörden durchgeführt wurden, nämlich dem OFT (Phase I) und der CC (Phase II). Mit der Zusammenlegung von OFT und CC zur CMA wurden die unterschiedlichen Verfahrensmechanismen unter dem Dach der CMA beibehalten, um weiterhin einen unabhängigen Entscheidungsprozess in Phase II zu ermöglichen („*fresh pair of eyes*“).³⁹

1. Prenotifizierung

Sofern sich Fusionsparteien dazu entschieden haben, einen Zusammenschluss anzumelden, beginnt das Fusionskontrollverfahren mit der Prenotifizierungsphase. Diese Phase dauert in der Regel zwischen zwei und vier Wochen, kann sich, insbesondere bei komplexen Zusammenschlüssen, aber auch deutlich länger hinziehen. Die Prenotifizierungsphase ist faktisch zwingend erforderlich, da das Phase I-Verfahren erst beginnt, wenn die CMA die *merger notice* für vollständig erklärt hat.⁴⁰

Der erste praktische Schritt in der Prenotifizierung bei der CMA ist das Ausfüllen des *team allocation form*.⁴¹ Die CMA bemüht sich nach Erhalt innerhalb von fünf Arbeitstagen ein Case Team zu benennen, das für diesen Fall zuständig ist.

In vielen Fällen besteht der nächste Schritt für die Fusionsparteien in der Übersendung einer *draft merger notice*⁴², zu denen das Case Team dann ggf. Fragen stellt. Insbesondere in komplexen Fällen können aber Gespräche auch schon vor der Übersendung einer *draft merger notice* stattfinden. Prenotifizierungsgespräche können in bestimmten Fällen auch dafür genutzt werden, um abzustimmen, ob die Verweisung eines Verfahrens an die Europäische Kommission oder ein Antrag auf Verweisung eines Falls an die CMA sinnvoll erscheint.⁴³

Auch im Falle eines von der CMA eingeleiteten Verfahrens beginnt die Phase I erst, wenn die CMA formell erklärt hat, dass sie über ausreichend Informationen für ihre Ermittlungen verfügt.⁴⁴

Wenn nicht zu erwarten ist, dass der Fall in Phase 1 abgeschlossen werden kann, wird auf Wunsch der Fusionsparteien ein beschleunigtes Phase I-Verfahren (*fast track reference case*) genutzt, wodurch gewisse Prozessschritte entfallen und früher mit Phase II begonnen werden kann.⁴⁵ Sofern Fusionsparteien ein solches beschleunigtes Verfahren wünschen, kann dies mit der CMA im Rahmen der Prenotifizierung oder auch zu einem späteren Zeitpunkt im Verfahren besprochen werden.

2. Phase I

Die Phase I beginnt am Werktag nachdem die CMA erklärt hat, dass die Anmeldung vollständig ist. Die CMA muss innerhalb von 40 (Arbeits-)Tagen entscheiden, ob ein Fall in Phase II verwiesen wird. Der Beginn des Verfahrens wird

34 Siehe auch: BCLWG Recommendations, Rn. 3.2. Die Law Society der City of London sieht bei der materiellen Prüfung ebenfalls keine wesentlichen Unterschiede zwischen Kommission und CMA, allerdings hält sie die Schwelle für die Einleitung eines Phase II-Verfahrens für etwas niedriger in UK. City of London Law Society Response, Rn. 11.1-11.3. Siehe allgemein zur materiellen Beurteilung von Zusammenschlüssen: OFT/CC, Merger Assessment Guidelines, OFT1254, CC2(Revised), September 2010 (OFT/CC, Merger Assessment Guidelines).

35 Siehe hierzu detailliert: CMA Guidance on procedure, Kapitel 16.

36 OFT/CC, Merger Assessment Guidelines, OFT1254, CC2(Revised), September 2010, Rn. 2.6.

37 Siehe hierzu: OFT, Mergers: Exceptions to the duty to refer and undertakings in lieu of reference guidance, OFT 1122, sowie CMA, Mergers: Exception to the duty to refer in markets of insufficient importance, CMA64, 2017 (De-minimis Guidance).

38 OFT/CC, Assessment Guidelines Rn. 2.2, 2.7. In Phase II liegt ein SLC vor, wenn dies das wahrscheinlichere Ergebnis ist (*Is it more likely than not that an SLC will result?*) (Rn. 2.12). In Phase I verfügt die CMA über einen erheblichen Ermessensspielraum auch bei größerer Prognoseunsicherheit hinsichtlich des Entstehens eines SLC ein Phase II-Verfahren einzuleiten. Allerdings darf das Entstehen eines SLC nicht unrealistisch (*fanciful*) sein (Rn. 2.6).

39 BIS, Growth, Competition and The Competition Regime – Government Response to Consultation, March 2012, Rn. 11.18.

40 Parker, Majumdar, S. 198.

41 CMA Guidance on procedure, Rn. 6.46. Es ist hier abrufbar: <https://www.gov.uk/government/publications/mergers-forms-and-fee-information>

42 Es gibt eine Vorlage für die Anmeldung (*merger notice template*) mit Erläuterungen, welche Informationen für eine Anmeldung üblicherweise erforderlich sind. Siehe: <https://www.gov.uk/government/publications/mergers-forms-and-fee-information>

43 CMA Guidance on procedure, Rn. 6.45.

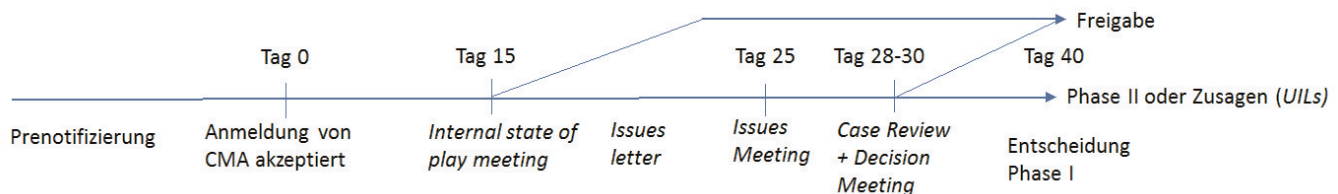
44 CMA Guidance on procedure, Rn. 6.60.

45 CMA Guidance on procedure, Rn. 6.61-6.65.

auch auf der Webseite der CMA bekannt gemacht. Zudem werden interessierte Drittparteien aufgefordert Stellungnahmen abzugeben (*invitation to comment*). Darüber hinaus werden Fragebögen an Drittparteien gesendet und bei Bedarf weitere Fragen an die Fusionsparteien gestellt. Etwa an Tag 15⁴⁶ findet üblicherweise das *internal state of play meeting* statt, bei dem das Case Team den Fall präsentiert und ein *director* die Entscheidung trifft, ob der Fall direkt freigege-

ben werden kann oder Wettbewerbsbedenken bestehen, die weitere Ermittlungen erforderlich machen.⁴⁷ Kurz nach diesem Meeting werden die Fusionsparteien üblicherweise im Rahmen eines Telefonats über das Ergebnis informiert (*external state of play call*). Im Fall einer direkten Freigabe, ist das Verfahren für die Fusionsparteien zu diesem Zeitpunkt im Wesentlichen beendet. Sie erhalten die formelle Freigabeentscheidung innerhalb der 40-Tage-Frist.

Abbildung 1 – Schematische Darstellung des Phase I-Verfahrens der CMA



Sofern der Fall zu diesem Zeitpunkt noch nicht freigegeben wird, erhalten die Fusionsparteien Informationen über den aktuellen Ermittlungsstand sowie die Bereiche, in denen die CMA Wettbewerbsbedenken bislang nicht ausschließen kann. Diese Wettbewerbsbedenken werden im Anschluss daran zusätzlich in einem so genannten *issues letter* den Parteien schriftlich mitgeteilt. Die Fusionsparteien haben dann die Möglichkeit in einem *issues meeting* (etwa Tag 25) mit der CMA auf diese Bedenken einzugehen und weitere Stellungnahmen und Nachweise in das Verfahren einzubringen. Im Anschluss daran (etwa Tag 28) findet das interne *case review meeting* statt, bei dem ein erweitertes Case Team unter der Leitung eines *director* den Fall detailliert bespricht und eine Entscheidungsempfehlung für alle relevanten Aspekte formuliert. An das *case review meeting* schließt sich dann das *decision meeting* an, bei dem die Empfehlungen des Case Teams dem Entscheider (*decision maker*)⁴⁸ vorgestellt und diskutiert werden und schließlich Entscheidungen zu allen relevanten Fragen durch den *decision maker* getroffen werden.⁴⁹

3. Zusagen in Phase I

Ein Phase II-Verfahren kann auch durch Zusagen der Fusionsparteien abgewendet werden, sog. *undertakings in lieu of reference* oder *UILs*. Die Zusagen müssen die identifizierten Wettbewerbsbedenken effektiv lösen sowie klar umrissen (*clear-cut*) und leicht umsetzbar sein.⁵⁰

Nach dem Erhalt der Phase I-Entscheidung, haben die Fusionsparteien fünf Tage Zeit, um der CMA Zusagen anzubieten.⁵¹ Der Entscheider trifft dann die Entscheidung (*UIL decision*), ob die Zusagen als Abhilfemaßnahme grundsätzlich geeignet sind, das Wettbewerbsproblem zu lösen. Sofern die *UILs* dem Grunde nach akzeptiert worden sind, konsultiert die CMA Drittparteien hinsichtlich der Zusagen, die gegebenenfalls im Einvernehmen mit den Fusionsparteien noch modifiziert werden können. In Fällen, in denen ein *upfront buyer* erforderlich ist, erfolgt der Konsultationsprozess erst, wenn die Identität des Erwerbers feststeht. Die Frist für die abschließende Annahme von Zusagen ist 50 Tage ab der Phase I-Entscheidung, wobei diese um weitere 40 Arbeitstage verlängert werden kann.

4. De-minimis

Im britischen System gibt es eine De-minimis-Vorschrift, die der CMA bzw. dem Entscheider des jeweiligen Falles deut-

lich mehr Ermessensspielraum lässt als dies etwa bei der deutschen Bagatellmarktklausel der Fall ist. Der Entscheider kann aufgrund der geringen wirtschaftlichen Bedeutung eines Marktes von der Einleitung eines Phase II-Verfahrens absehen.⁵² Oberhalb eines Marktvolumens von 15 Mio. GBP wird die De-minimis-Ausnahme nicht angewendet.⁵³ Bei einem Marktvolumen unter 15 Mio. GBP führt die CMA eine Kosten-Nutzen-Betrachtung eines Phase II-Verfahrens durch, bei dem die Verwaltungskosten eines Phase II-Verfahrens dem möglichen Konsumentenschaden durch eine Wettbewerbsverschlechterung gegenübergestellt wird. Phase II-Verfahren werden in der Regel nicht in Fällen durchgeführt, in denen das Marktvolumen unter fünf Mio. GBP liegt und klar umrissene Zusagen nicht möglich sind.⁵⁴

5. Phase II

Wie bereits erwähnt wechselt zu Beginn der Phase II der zuständige Entscheider des Verfahrens. Daher wird zu Beginn eines jeden Phase II-Verfahrens eine unabhängige *inquiry group* gebildet, die durch ein Case Team unterstützt wird, das die Ermittlungen und Analysen durchführt. Eine *inquiry group* besteht aus drei bis fünf Personen, die aus Mitgliedern des CMA Panels⁵⁵ ausgewählt werden.⁵⁶

Beim Übergang von Phase I auf Phase II ändert sich neben dem Entscheider auch die Zusammensetzung und Größe

46 Diese und die nachfolgenden Tagesangaben beziehen sich auf die Arbeitstage, die seit Beginn des Phase I-Verfahrens vergangen sind.

47 Für weitere Details, siehe Parker/Majumdar, S. 222.

48 Der Entscheider ist ein Mitglied des Senior Managements der CMA.

49 In der Regel nimmt auch ein nicht dem Case Team zugehöriger Mitarbeiter der CMA als so genannter *devil's advocate* an allen relevanten Meetings teil und vertritt dann gegenüber dem Entscheider die Meinung, die nicht vom Case Team vertreten wird, um eine möglichst objektive Darstellung des Falls zu gewährleisten. CMA Guidance on procedure, Rn. 7.42. Einen detaillierten Überblick über die einzelnen Schritte des Verfahrens ist auf S. 38-41 der CMA Guidance on procedure zu finden. Weitere Details zum praktischen Ablauf des Verfahrens, siehe Parker/Majumdar, S. 223-226.

50 CMA Guidance on procedure, Rn. 8.3.

51 Hierfür ist das entsprechende Formblatt der CMA zu benutzen. Siehe CMA Guidance on procedure, Rn. 8.14-8.17.

52 Siehe hierzu im Detail: De-minimis Guidance, Rn.14.

53 De-minimis Guidance, Rn. 16.

54 De-minimis Guidance, Rn. 15.

55 Die Mitglieder des CMA Panels haben üblicherweise Erfahrung in Volkswirtschaftslehre, Recht, Bilanzierung oder aus einer Tätigkeit in der freien Wirtschaft. Sie werden vom Department for Business, Innovation and Skills für bis zu acht Jahre in einem offenen Verfahren ernannt.

56 CMA Guidance on procedure, Rn. 10.4.

des Case Teams. Während das Case Team in Phase I im Kern nur aus einem *principal case officer* und einem *economic adviser* besteht, ist der Umfang eines Phase II-Teams deutlich größer und kann in komplexen Fällen bis zu fünfzehn Mitarbeitern und mehr umfassen. Das Case Team in Phase II besteht aus einem *project director*, der für die Durchführung der Untersuchung sowie die Koordinierung zwischen *inquiry group* und Case Team verantwortlich ist. Er wird in der Regel durch einen *project manager* sowie *project officer* unterstützt. Ferner gehören zum Case Team ein oder mehrere Ökonomen sowie jeweils wenigstens ein Mitarbeiter des *legal service* sowie des *remedies, business and financial analysis team*. Je nach Anforderungen des Falls können darüber hinaus Spezialisten für Ökonometrie sowie Umfragen hinzugezogen werden. Um eine gewisse Kontinuität innerhalb des Case Teams zu erreichen, arbeitet in der Regel wenigstens ein Mitglied des Case Teams aus Phase I auch in Phase II.

Besonders auffallend ist beim Wechsel von Phase I nach Phase II der erhebliche Anstieg der personellen Ressourcen im Bereich des Projektmanagements. Dies ergibt sich aus der erforderlichen Koordinierung zwischen Case Team und *inquiry group* sowie dem aufwändigen Phase II-Prozess, der zum Beispiel vorsieht, dass alle wesentlichen Ermittlungs- und Analyseergebnisse an die Fusionsparteien übermittelt werden, damit diese auf sachliche Richtigkeit kontrolliert und vertrauliche Informationen für eine Veröffentlichung der *provisional findings* markiert werden können.⁵⁷

Das Phase II-Verfahren dauert in der Regel bis zu 24 Wochen bis zur Veröffentlichung des Abschlussberichts (*final report*). Vorläufige Ergebnisse werden etwa in Woche 15 des Phase II-Verfahrens veröffentlicht (*provisional findings*). Sofern es zu einer Entscheidung mit Abhilfemaßnahmen kommt, schließt sich an den *final report* noch eine Phase an, in der diese Abhilfemaßnahmen getestet und näher spezifiziert werden. Sofern keine Fristverlängerung gewährt wird, muss dieser Prozess bis zur Woche 36 des Phase II-Verfahrens abgeschlossen sein.⁵⁸

VII. Spezialisten-Teams und Analysemethoden

Die CMA unterscheidet sich von anderen Wettbewerbsbehörden auch wegen ihrer großen Anzahl von Spezialisten und deren Rolle im Verfahren.

1. Survey Team

Eine Besonderheit des britischen Fusionskontrollsystems ist es, dass regelmäßig Ergebnisse von Konsumentenbefragungen für die Analyse von Fusionen genutzt werden. Ein wesentliches Element der Umfragen ist häufig die Bestimmung der wettbewerblichen Nähe der Produkte oder Dienstleistungen der Fusionsparteien im Vergleich zu Wettbewerbern.⁵⁹ Die CMA gibt zum Teil eigene Konsumentenbefragungen in Auftrag und verfügt hierfür über ein eigenes Team aus Statistikern und Marktforschern, die über entsprechende Erfahrung im Design und der Umsetzung von Umfragen sowie in der Analyse von Umfragedaten verfügen. Auch Fusionsparteien geben teilweise Umfragen in Auftrag, die in Zusammenschlussverfahren bei der CMA eingebracht werden.⁶⁰

2. Remedies, Business and Financial Analysis Team

Die CMA verfügt über das so genannte *remedies, business and financial analysis* (RBFA) Team, das sich um die Aus-

gestaltung und Implementierung von Abhilfemaßnahmen (*remedies*) kümmert sowie für finanz- und betriebswirtschaftliche Fragen zur Verfügung steht. In Fusionsfällen ist das RBFA-Team für den gesamten Prozess von Abhilfemaßnahmen zuständig, von der Ausgestaltung, der Prüfung der Tragfähigkeit bis hin zur Implementierung und Beurteilung eines möglichen Erwerbers.⁶¹ Aufgrund der Expertise des RBFA-Teams, beurteilt die CMA die Geeignetheit von Erwerbern bei einer Veräußerungszusage selbst, wohingegen dies zum Beispiel beim Bundeskartellamt oder der Europäischen Kommission regelmäßig durch einen *monitoring trustee* oder Sicherungstreuhänder erfolgt. Dennoch nutzt die CMA *monitoring trustees* regelmäßig zur Überwachung von Abhilfemaßnahmen: primär in Phase II, in Phase I deutlich seltener.⁶²

Ein weiteres Betätigungsfeld des RBFA-Teams ist der Bereich der Sanierungsfusion oder *failing firm defence*. Das RBFA-Team ist mit der Finanzanalyse von Fusionsparteien betraut, die sich darauf berufen ohne Fusion kurzfristig aus dem Markt auszuschneiden (so genanntes *exiting firm scenario*)⁶³.

3. Ökonomische Analyse

Die wettbewerbsökonomische Analyse hat bei der CMA und ihren Vorgängerinstitutionen einen sehr hohen Stellenwert. Im Bereich der Fusionskontrolle lässt sich das auch daran erkennen, dass in jedem Case Team ein oder mehrere Wettbewerbsökonominnen tätig sind, denen federführend die materielle Beurteilung des Falls obliegt. Zwar werden in Phase I nicht regelmäßig aufwändige Datenanalysen durchgeführt, aber es wird großen Wert auf eine ökonomisch schlüssige Analyse und Argumentation gelegt. Sofern umfangreiche Datenanalysen durchgeführt werden, steht ein Spezialistenteam von Ökonometrikern zur Verfügung, um die Ökonomen des Case Teams zu unterstützen.

VIII. Fazit

Das britische Fusionskontrollsystem hat zahlreiche Besonderheiten und wird voraussichtlich aufgrund des Austritts des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union international an Bedeutung gewinnen. In der Praxis dürfte für ausländische Unternehmen zunächst von Interesse sein, ob die freiwillige Anmeldung eines Zusammenschlusses bei der CMA sinnvoll ist. Hierfür wird eine sorgfältige Prüfung und Abwägung der Vorteile und Risiken empfohlen. Zu beachten ist, dass die Verfahren bei der CMA vergleichs-

57 Dieser Prozess wird *put-back* genannt. Siehe CMA Guidance on procedure, Rn. 12.5-12.9.

58 Für einen detaillierteren Überblick des Ablaufs der Phase II, siehe CMA Guidance on procedure S. 95-98.

59 In der Regel wird versucht im Rahmen einer Umfrage unter anderem den so genannten *diversion ratio* zwischen den Fusionsparteien zu bestimmen. Der *diversion ratio* gibt das Verhältnis der Verkaufserlöse an, die im Falle einer Preiserhöhung zur anderen Fusionspartei umgelenkt würde. Siehe detailliert hierzu: Parker/Majumdar, Abschnitt 12.7.1.

60 Siehe hierzu: CC/OFT: Good practise in the design and presentation of consumer survey evidence in merger inquiries, OFT1230/CC2com1, March 2011.

61 Einen detaillierten Überblick über die Vorgehensweise der CMA bei Abhilfemaßnahmen in Phase II bieten (immer noch) die folgenden Leitlinien: CC, Merger Remedies: Competition Commission Guidelines, CC8, November 2008.

62 CMA Guidance on procedure, Rn. 323; Parker/Majumdar, S. 746 Fn. 28.

63 OFT/CC, Merger Assessment Guidelines, OFT1254,CC2 (Revised), September 2010, Abschnitt 4.3.8 ff.

weise lange dauern und aufwändig sind, da bereits in Phase I häufig umfangreiche Informationen angefordert werden und in vielen Fällen ökonomische Berater eingeschaltet werden, was zu hohen Beratungskosten führen kann. Ein klarer Vorteil einer Anmeldung besteht in der damit verbundenen Rechtssicherheit.

Sofern eine Zuständigkeit der CMA vorliegen könnte und sich die Fusionsparteien gegen eine Anmeldung entscheiden, sollten möglichst keine wesentlichen Integrationsschritte innerhalb der ersten vier Monate nach Vollzug durchgeführt werden, um Komplikationen im Falle eines von der CMA eingeleiteten Verfahrens zu vermeiden. ■

Dr. Alexander Fritzsche, Frankfurt*

Die Schadensvermutung – Auslegungsfragen zum Kartellzivilrecht nach der 9. GWB-Novelle

Das mit der 9. GWB-Novelle in Umsetzung der europäischen Schadensersatzrichtlinie neu eingeführte Sonderprivat- und -prozessrecht wird die private Kartellrechtsdurchsetzung verändern. Der altbekannte Diskurs um die Regelmäßigkeit einer Schadensentstehung muss anhand der europarechtlichen und nationalen Gesetzestexte aktualisiert und in Anpassung an die zum Ausdruck gekommenen Regelungszwecke zum Teil neu justiert werden. Der Beitrag befasst sich mit Auslegungsfragen zur nunmehr kodifizierten Schadensvermutung.

I. Einleitung

Am 9. Juni 2017 ist die 9. GWB-Novelle in Kraft getreten.¹ Sie bringt tiefgreifende Änderungen für das Kartellrecht. Mit ihr wird in Umsetzung der Schadensersatzrichtlinie 2014/104/EU² (im Folgenden „SE-RL“) auch ein Kartellsonderprivat- und -prozessrecht eingeführt, das in wesentlichen Punkten von der deutschen Rechtstradition abweicht und die Praxis vor erhebliche Herausforderungen stellen wird. Der vorliegende Beitrag befasst sich mit den Auslegungsfragen, die sich im Zusammenhang mit der neu eingeführten Schadensvermutung (§ 33 a Abs. 2 GWB) stellen. Ihr Inhalt und Umfang bestimmen Möglichkeit und Grenzen der effektiven privaten Kartellrechtsdurchsetzung maßgeblich mit.

II. Der Umfang der Schadensvermutung

Nach § 33 a Abs. 2 S. 1 GWB wird widerleglich vermutet, dass ein Kartell einen Schaden verursacht. Die Vermutung erstreckt sich auf das Bestehen eines Schadens und dessen Verursachung durch den Kartellrechtsverstoß. Die Höhe des verursachten Schadens bleibt hingegen von der Vermutung unberührt.³

1. Was ist ein Kartell?

Die Vermutung ist nur bei Verstößen in Form von Kartellen im Sinne von § 33 a Abs. 2 S. 2 und 3 GWB (fast gleichlautend mit Art. 2 Nr. 14 SE-RL) anwendbar. Kartelle sind Absprachen oder abgestimmte Verhaltensweisen zwischen zwei oder mehr Wettbewerbern zwecks Abstimmung ihres Wettbewerbsverhaltens auf dem Markt oder Beeinflussung der relevanten Wettbewerbsparameter. Dazu sollen „unter anderem“ Preis- und Konditionenabsprachen, Quoten-, Gebiets-/Markt- und Kundenaufteilungen und „sonstige“ gegen andere Wettbewerber gerichtete wettbewerbschädigende Maßnahmen zählen.

Zumindest nach dem sehr weiten Wortlaut⁴ sind von dieser Legaldefinition letztlich alle von Wettbewerbern begangenen Kartellrechtsverstöße in Form von rechtswidrigen wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen erfasst. Denn die aufgezählten besonders schwerwiegenden Kartellrechtsverstöße, die landläufig mit der Bezeichnung „Kartell“ verbunden werden, sind nur einige „unter anderen“. Der Richtlinienggeber macht jedoch den Ausnahmecharakter der Vorschrift deutlich. In Erwägungsgrund 47 wird es für angebracht gehalten, die Vermutung „auf Kartelle zu beschränken, da diese durch ihren geheimen Charakter die Informationsasymmetrie verstärken und es dem Kläger erschweren, die für den Nachweis des Schadens erforderlichen Beweise zu beschaffen“. Zu einer ausweitenden Auslegung des Begriffs „Kartell“ besteht folglich kein Anlass. Im Gegenteil ist für die Ausnahmenvorschrift eine restriktive Auslegung in dem Sinne angebracht, dass mit den Regelbeispielen⁵ wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen in Form von Kartellen im Grundsatz umfassend definiert sind.⁶ Aufgrund von Erwägungsgrund 47 könnte es sogar angezeigt sein, die Vermutung nur in Fällen geheimer Absprachen anzuwenden. Im Einzelfall wären dann etwa kartellrechtswidrige Einkaufsvereinbarungen, Produktionsvereinbarungen oder gemeinsame Vermarktungen ausgeschlossen, die für jedermann ersichtlich durchgeführt werden. Dagegen wird die Anwendung der Vermutung gerechtfertigt sein, wenn aktuelle oder zukünftige, nach den Umständen geheime Preisinformationen nicht-öffentlich ausgetauscht

* Dr. Alexander Fritzsche, LL.M. (Michigan) ist Rechtsanwalt in der Sozietät Gleiss Lutz in Frankfurt am Main.

- 1 BGBl. I v. 8.6.2017, S. 1416. Vorausgegangen waren der Referententwurf des BMWi vom 1.7.2016 („RefE“, abrufbar unter https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/M-O/neunte-gwb-novelle.pdf?__blob=publicationFile&v=2, abgerufen am 3.10.2017) und der Regierungsentwurf („RegE“, BR-Drs. 606/16). Mit Vorschlägen und Änderungen im Gesetzgebungsverfahren befassen sich die Stellungnahme des Bundesrates und die Gegenäußerung der Bundesregierung in BT-Drs. 18/10650, Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie in BT-Drs. 18/11446, die unverändert angenommen wurde (BR-Drs. 207/17).
- 2 Vom 26.11.2014, über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. L 349 v. 5.12.2014, S. 1.
- 3 RegE, BR-Drs. 606/16, S. 57; s. auch Erwägungsgrund 47 der SE-RL.
- 4 Kritisch *Gronemeyer/Slobodenjuk*, DB 2017, 1010, 1011; *Kahlenberg/Heim*, BB 2016, 1863, 1866.
- 5 Zwischen den Formulierungen „insbesondere“ im RefE und „unter anderem“ im RegE kann insoweit kein Unterschied bestehen (anders offenbar *Kersting/Preuß*, WuW 2016, L3 f.). Für die Bildung neuer Fallgruppen besteht weder Bedürfnis noch Spielraum. Der begrenzte Ausnahmecharakter ergibt sich klar aus Erwägungsgrund 47 der SE-RL.
- 6 So zur Richtlinie *Brömmelmeyer*, NZKart 2016, 2, 3.