

BGH, Beschluss vom 20.04.2010 - KVR 1/09

Leitsätze:

1. Zur Fortsetzungsfeststellungsbeschwerde in Fusionskontrollsachen nach Aufgabe des Zusammenschlussvorhabens.

a) Unter dem Gesichtspunkt der Präjudizierung kann sich das erforderliche Fortsetzungsfeststellungsinteresse nicht mehr ergeben, wenn sich die Marktverhältnisse bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung in der Rechtsbeschwerdeinstanz so wesentlich geändert haben, dass die Begründung der erledigten Untersagungsverfügung keine prägende Bedeutung für die Prüfung eines künftigen Zusammenschlussvorhabens mehr haben kann (Fortführung von BGHZ 174, 179 - Springer/ProSieben).

b) Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der erledigten Untersagungsverfügung ist der Zeitpunkt der Erledigung des Verfahrens in der Hauptsache.

2. Die Anmeldung eines Zusammenschlussvorhabens kann bis zum Erlass einer verfahrensabschließenden Verfügung grundsätzlich jederzeit zurückgenommen werden.

3. a) Ähnlich große Marktanteile sind nicht schon als solche ein Indiz für eine Binnenwettbewerb ausschließende enge Reaktionsverbundenheit marktstarker Unternehmen; über längere Zeit unveränderte Marktanteile können jedoch im Rahmen der erforderlichen Gesamtwürdigung als für ein marktbeherrschendes Oligopol sprechender Umstand berücksichtigt werden.

b) Besteht trotz ungünstiger Strukturmerkmale tatsächlich Wettbewerb unter den als Mitglieder eines Oligopols in Betracht kommenden Unternehmen, so kann dieser nicht allein deshalb als unwesentlich angesehen werden, weil eine hohe Markttransparenz jedem Unternehmen eine kurzfristige Reaktion auf Wettbewerbsvorstöße der anderen ermöglicht.

GWB §§ 19 Abs. 3 Satz 2, 40 Abs. 1, 71 Abs. 2

Vorinstanz: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.11.2008 – Kart 8/07

Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley) ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Kartellrecht, Versicherungs-, Gesellschafts- und Regulierungsrecht an der Georg-August-Universität Göttingen

Anmerkung: 1. Problembeschreibung: Ausgangspunkt der BGH-Entscheidung ist der durch das Bundeskartellamt (WuW 2007, 492) untersagte Zusammenschluss der schweizerischen Phonak Holding AG mit dem Geschäftsbereich Hörgeräte (GN ReSound) der dänischen GN Store Nord A/S. Phonak hatte das Vorhaben aufgegeben, nachdem der Versuch gescheitert war, beim OLG Düsseldorf einstweiligen Rechtsschutz gegen die Untersagung zu erlangen (WuW DE-R 1023). Die Rechtsbeschwerde gegen die Untersagung wurde jedoch als Fortsetzungsfeststellungsbegehren weitergeführt, zunächst vergeblich (OLG Düsseldorf WuW DE-R 2477 = NJOZ 2009, 3154), vor dem BGH aber letztlich mit Erfolg (WuW DE-R 2905).

Der Fall wirft – neben dem Aspekt des Fortsetzungsfeststellungsinteresses (dazu Leitsatz 1) unter anderem folgende Fragen auf: Nachdem die erste Anmeldung vom 5. 12. 2006 zurückgenommen und das Vorhaben am 13. 12. 2006 erneut angemeldet worden war, stellte sich die Frage, ob die Zustellung des Monatsbriefes am 13. 1. 2007 noch fristgerecht erfolgt war. Die Marktabgrenzung war insbesondere mit Blick auf die gespaltenen Vertriebswege für Hörgeräte problematisch. Unklar war ferner, welche Anforderungen an die Widerlegung der Oligopolvermutung zu stellen sind. Schließlich stand zur Diskussion, ob das BKartA bei der Annahme von Zusagen über ein Ermessen verfügt. In den beiden letztgenannten Punkten war der BGH anderer Ansicht als BKartA und OLG Düsseldorf, was letztlich zur Feststellung der Rechtswidrigkeit der Untersagungsentscheidung geführt hat.

2. Rechtliche Würdigung: Nach § 40 Abs. 1 GWB muss das BKartA den Anmeldern binnen Monatsfrist ab Eingang der vollständigen Anmeldung mitteilen, dass es in das Hauptverfahren eingetreten ist (sog. Monatsbrief); sonst geht es seiner Untersagungskompetenz verlustig. Vorliegend war die Monatsfrist am 13. 1. 2007 verstrichen, wenn man auf die erste Anmeldung am 5. 12. 2006 abstellt. Das OLG Düsseldorf hatte die Rücknahme dieser Anmeldung für unwirksam erachtet, weil § 40 Abs. 1 S. 1 GWB nicht zur Disposition der Unternehmen stehe. Es hatte dann aber eine telefonische Mitteilung des BKartA vom 10. 12. 2007 als „Monatsbrief“ gelten lassen (vgl. WuW DE-R 2480 f.). Der BGH erklärte diese Auffassung zu Recht für im Ansatz unzutreffend und betonte die Geltung der Dispositionsmaxime. Zwar ist dem OLG Düsseldorf darin beizupflichten, dass der „Monatsbrief“ an keine Form gebunden ist, doch spricht nichts dagegen, die Rücknahme der Anmeldung als wirksam zu betrachten und den Fristlauf des § 40 Abs. 1 S. 1 GWB erst mit der zweiten Anmeldung beginnen zu lassen. Die Fristen des § 40 GWB sind, wie auch der BGH betont hat (Tz. 27), kein Selbstzweck. Sie dienen dem Interesse der Zusammenschlussbeteiligten an einer zügigen Entscheidung. Es steht den Unternehmen daher frei, durch Rücknahme der Anmeldung auf diesen Schutz zu verzichten.

Der Aspekt der Marktabgrenzung war durch Besonderheiten des Hörgerätemarktes gekennzeichnet. Diese werden auf zwei verschiedenen Wegen – teils über Hörgeräteakustiker, teils auf dem sog. „verkürzten Versorgungsweg“ direkt über die HNO-Ärzte – an die Patienten vertrieben. Das warf die Frage nach der Existenz zweier, nach Vertriebswegen unterschiedener Märkte auf. Der BGH bejahte diese Frage und stellte insoweit zu Recht auf die Perspektive der Hörgeräteakustiker als Nachfrager ab. Der BGH stellte fest, dass die Hörgeräteakustiker – auch wenn dies theoretisch möglich gewesen wäre – keine Produkte von Herstellern bezögen, die auch direkt über HNO-Ärzte vertrieben. Dass sich daran etwas ändern würde, wenn die Zusammenschlussbeteiligten ihre Preise im Sinne des SSNIP-Tests geringfügig,

aber dauerhaft erhöhen würden, sei nicht zu erwarten, da es für die Hörgeräteakustiker ökonomisch vernünftiger sei, Hörgeräte nur bei Herstellern zu beziehen, die ihrerseits ausschließlich über den Fachhandel vertrieben (Tz. 41 ff.). Entscheidend für die Marktabgrenzung ist demnach nicht das theoretisch mögliche, sondern das tatsächlich in der Vergangenheit geübte und aufgrund rationaler ökonomischer Überlegungen wahrscheinlich auch in Zukunft fortgesetzte Verhalten der Nachfrager. Diese Argumentation lässt einen vernünftig dosierten, in der Realität verankerten „more economic approach“ erkennen.

Mit Blick auf die Widerlegung der Oligopolvermutung wird der „realitätsbezogene“ Ansatz des BGH noch deutlicher. Der BGH erklärte die Marktanteile als solche (einschließlich ihrer Symmetrie) in Bezug auf die Feststellung einer Reaktionsverbundenheit für irrelevant; ausschlaggebend sei vielmehr die Symmetrie der Unternehmen in Bezug auf Strukturmerkmale wie Produktpalette, Technologien und Kostenstruktur (Tz. 65); dass diese Strukturmerkmale auch mit Blick auf eine hohe Markttransparenz eine enge Reaktionsverbundenheit erwarten ließen, reiche ebenfalls noch nicht aus, um einen Ausschluss wesentlichen Binnenwettbewerbs zu begründen. Erforderlich sei vielmehr, dass – anders als im vorliegenden Fall – auch tatsächlich kein wesentlicher Binnenwettbewerb stattfinde (Tz. 72). Vorliegend wertete der BGH u.a. die tatsächlich aufgetretenen Marktanteilsverschiebungen, die uneinheitliche Konditionengestaltung, die hohe Zahl von Patenten und steigende Ausgaben von Forschung und Entwicklung als Indizien für einen wesentlichen Konditionen- und Innovationswettbewerb und betonte, das OLG Düsseldorf habe insoweit den tatsächlichen Wettbewerbsverhältnissen aus Rechtsgründen ein zu geringes Gewicht zugemessen (Tz. 76).

Schließlich trat der BGH auch der Auffassung des OLG Düsseldorf entgegen, das BKartA habe nach pflichtgemäßem Ermessen darüber entscheiden dürfen, ob es eine Zusage Phonaks annehmen wolle, die darauf gerichtet war, ein Kreuzlizenzierungsabkommen mit Wettbewerbern bei Freigabe des Zusammenschlusses zu beenden. Der BGH betonte demgegenüber, eine Freigabe unter einer Nebenbestimmung sei nur zulässig, aber auch geboten, wenn dadurch die Verschlechterung der Marktstruktur wirksam verhindert werden könne; ein Ermessen des BKartA bestehe insoweit nicht (Tz. 90). Diese Klarstellung ist zu begrüßen, zumal sie dem europäischen Ansatz entspricht, nach welchem die Kommission ebenfalls über kein Ermessen verfügt, wenn die Zusagen geeignet sind, die Wettbewerbsbeschränkung zu vermeiden (vgl. Art. 8 Abs. 2 FKVO 139/2004).

3. Praktische Folgen: Der BGH hat mit seiner Phonak-Entscheidung die Messlatte für die Untersagung von Unternehmenszusammenschlüssen in bereits vergleichsweise hoch konzentrierten Märkten tendenziell höher gelegt. Andererseits hat er unterstrichen, wie wichtig es ist, dass Prognosen nicht nur theoretisch fundiert, sondern auch mit der ökonomischen Realität vereinbar sind. Diese – auch in Bezug auf den Aspekt der Entscheidungsfristen erkennbare – pragmatische Linie ist in Zeiten zunehmenden „Theoretisierens“ im Lichte des „more economic approach“ ein beruhigendes Signal.