

Materielle Fusionskontrolle nach der 8. GWB-Novelle

Würzburg, 19. Oktober 2012

Dr. Andreas Bardong, LL.M.

Bundeskartellamt

Referatsleiter Deutsche und
Europäische Fusionskontrolle (G4)



Bundeskartellamt

Von der 7. zur 8. GWB-Novelle

2



1

7. GWB-Novelle

Art. 101 AEUV
GVOs

2

8. GWB-Novelle

SIIEC-Test

§

2005

§

2012

Themenüberblick

3

- Schwerpunkt: Auswirkungen des SIEC-Test auf die Praxis des BKartA
- Sonstige Änderungen
 - Marktbeherrschungsvermutung
 - Zusagen
 - Bagatellmarktklausel

Disclaimer: Der Vortrag gibt ausschließlich die persönliche Meinung des Autors wieder.

Ziele der 8. GWB-Novelle

4

„[D]as GWB [soll] mit der 8. Novelle weiter modernisiert und optimiert sowie seine Durchsetzung noch effizienter gestaltet werden. Die Neuregelung zielt darauf ab, Unterschiede zwischen deutscher und europäischer Fusionskontrolle weiter zu verringern, um eine **weitgehend gleichlaufende Beurteilung von Fusionsvorhaben** auf deutscher und europäischer Ebene zu ermöglichen.“

„Darüber hinaus kann die deutsche Rechtsanwendungspraxis dadurch die **Entwicklungen in der Fusionskontrolle innerhalb und außerhalb der Europäischen Union besser mitgestalten**. Der SIEC-Test ist mittlerweile in den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union das häufigste materielle Prüfkriterium.“

Quelle: Begründung Regierungsentwurf

1. Auswirkungen des SIEC-Tests?

5

**Voll-
harmonisierung ?**

1 : 1

Bindung an KOM
Praxis/KOM Leitlinien?

Vorlage zum EuGH?

Bleiben Unterschiede?

**Unterstützung der
Ökonomisierung**

5. Preisanalyse: „Erhöhungs-Runde“

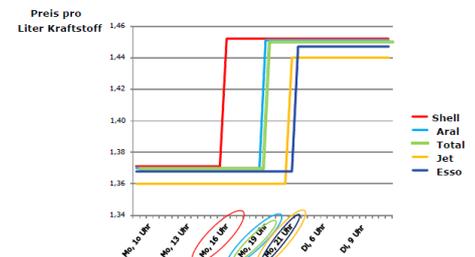


Bild © BKartA (SU Kraftstoffe)

**Erweiterung der
Interventionsbefugnis ?**

**Beschränkung der
Interventionsbefugnis ?**

a) Ökonomisierung

6

Unterstützung der Ökonomisierung

- Stärker orientiert auf Wirkungen
- Drei Beispiele
 - Stärkere Rolle des counterfactual [LF, vgl. auch *Libri*]
 - Berücksichtigung der wettbewerblichen Nähe von Wettbewerbern [LF, *Edeka/Tengelmann*]
 - Untersuchung der wirtschaftlichen Anreize (z.B. vertikale Fusionen) [LF, *Stihl/Zama; Unity/Kabel BW*]
- Ziel: Höhere Treffsicherheit
 - Weniger Typ 1 und Typ 2 Fehler

5. Preisanalyse: „Erhöhungsrunde“

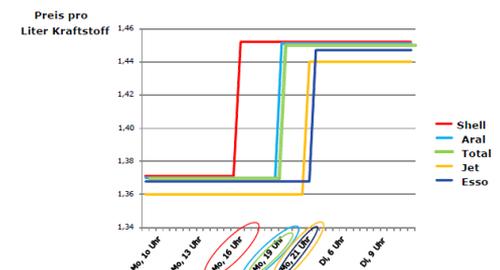


Bild ©BKartA (SU Kraftstoffe)

28.09.2011

b) Erweiterte Interventionsbefugnis?

7

- **Lücken-Fälle**
 - Unilaterale Effekte im engen Oligopol



Mind the gap?

Foto © <http://www.oldskoolman.de>

Erweiterung der Interventionsbefugnis ?

Lückenfälle???	Z.B.
T-Mobile/tele.ring	M.3916
Linde/BOC	M.4141
Novartis/Hexal	M.3751
Western Digital/ Hitachi	M.6203
H 3 G/Orange Austria	M.6497

c) Beschränkte Interventionsbefugnis?

8

- Zusätzliche Anforderungen aus SIEC-Test für Regelbeispiel Marktbeherrschung?
 - Spürbarkeit?
 - Ausschließlich Konsumentenwohlfahrt?
 - Berücksichtigung von Effizienzen?



**Beschränkung der
Interventionsbefugnis ?**

Marktbeherrschung als Regelbeispiel

9

„Die Ergänzung des Untersagungstatbestands führt nicht zu Rechtsunsicherheit. Die Untersagungsvoraussetzung der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, die seit Einführung der deutschen Fusionskontrolle 1973 das alleinige Prüfkriterium war, gilt ebenso weiter wie die dazu ergangene Entscheidungspraxis der Gerichte, etwa zur Frage, wann eine marktbeherrschende Stellung durch einen Zusammenschluss verstärkt wird. **Die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung stellt stets eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs dar** (Marktbeherrschung als Regelbeispiel).“

Quelle: Begründung Regierungsentwurf

Marktbeherrschung als Regelbeispiel

10

- **Wortlaut:**
 - „Zusammenschluss, der [...], insbesondere von dem zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt“
- **Historisch:**
 - siehe oben (Begründung)
- **Systematisch:**
 - Regelbeispiele in § 19 Abs. 4 GWB werden genauso ausgelegt
- **Teleologisch:**
 - Angleichung an SIEC-Test aus FKVO bei Fortgeltung der Rechtsprechung zur Marktbeherrschung

Deutsche Vorlagen zum SIEC-Test an EuGH?

11



- Entscheidungserheblich bei Auslegung (autonomer) nationaler Vorschriften?
 - *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato/ETI* (EuGH, Urteil vom 11.12.2007, C-280/06) und *Dzodzi* (EuGH, Urteil vom 18.10.1990, C-297/88 und C-197/89)
 - *vs. Kleinwort Benson*
- Vollharmonisierung?
 - Wortlaut
 - Systematische Einbettung (Abwägungsklausel, Ministererlaubnis, etc.)
 - Intention des Gesetzgebers und Begründung
 - Gewisser Spielraum für nationale Rechtsordnung, keine Vollharmonisierung



Foto © Gerichtshof der Europäischen Union

Konvergenz vs. Besonderheiten

12

Bundeskartellamt

**Leitfaden
zur Marktbeherrschung
in der Fusionskontrolle**

29. März 2012

5.2.2004 LE Amtsblatt der Europäischen Union C 31/15

Leitfaden zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsempfehlung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (2004/C 31/03)

1. HINTERGRUND

- Gemäß Artikel 2 der Verordnung Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (1) (nachfolgend „Fusionskontrollverordnung“) hat die Kommission Zusammenschlüsse im Anwendungsbereich der Fusionskontrollverordnung daraufhin zu beurteilen, ob sie mit dem Gemeinsamen Markt zu vereinbaren sind. Hierzu muss sie gemäß Artikel 2 Absätze 1 und 2 ermitteln, ob ein Zusammenschluss einen wirksamen Wettbewerb spürbar behindern würde, insbesondere als Ergebnis der Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung im Gemeinsamen Markt oder einem wesentlichen Teil davon.
- Deshalb muss die Kommission jede erhebliche Behinderung eines wirksamen Wettbewerbs berücksichtigen, die als Folge der Zusammenschlüsse zu erwarten ist. Die Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung ist die wichtigste Form einer solchen Schädigung der Wettbewerbs. Der Begriff der beherrschenden Stellung wurde bei der Annahme der Verordnung Nr. 4064/89 des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (nachfolgend „Verordnung Nr. 4064/89“) wie folgt definiert:

„Die wirtschaftliche Machtposition eines oder mehrerer Unternehmen, die diese in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihnen die Möglichkeit verschaffen, sich ihren Konkurrenten, ihren Kunden und letztlich den Verbrauchern gegenüber in einem wesentlichen Umfang unabhängig zu verhalten.“ (2)
- Zur Auslegung des Begriffs der Marktbeherrschung im Rahmen der Verordnung Nr. 4064/89 hat der Gerichtshof darauf hingewiesen, dass die in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs zu verhindern, nicht als „Zusammenschlüsse im engeren Sinne“ zu verstehen sind, sondern als „Zusammenschlüsse im weiteren Sinne“, die die Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung eines einzelnen Unternehmens durch einen Zusammenschluss wie die übliche Grundlage für die Feststellung, dass ein Zusammenschluss zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führen würde. Außerdem wurde dieser Begriff auch auf die gemeinsame Marktbeherrschung in einem oligopolisierten Markt angewandt, so zu erwarten, dass der meisten Fälle von Unternehmens- oder Unternehmenszusammenschlüssen mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar die Festlegung von Marktbeherrschung zugrunde liegen wird. Dieser Begriff ist somit ein wichtiger Anhaltspunkt für die Beurteilung der Frage, inwiefern ein Zusammenschluss geeignet ist, einen wirksamen Wettbewerb spürbar zu behindern, und ob eingetragene werden

2. ÜBERBLICK

- Ein wirksamer Wettbewerb abhängt von Verbrauchern Vorteile, zum Beispiel in Form niedriger Preise, hochwertiger Produkte oder großer Auswahl an Waren und Dienstleistungen und Innovationen. Mit der Fusionskontrolle verbundenen Gemeinschaftszusammenschlüssen, die getrennt wären, den Verbrauchern diese Vorteile vorzuziehen, indem die Marktmacht der Unternehmen spürbar erhöht wird. Darüber hinaus können die Fusionskontrollverfahren eines oder mehrerer Unternehmen, Gewinn bringen die Preise zu erhöhen, den Absatz, die Auswahl oder Qualität der Waren oder Dienstleistungen zu verringern, die Innovationen einzuschränken oder die Wettbewerbsparameter auf andere Weise zu beeinflussen. Im Folgenden ist der Ausdruck „erhebliche Preise“ häufig ein Kriterium für die wettbewerblichen Arten der Schädigung des Wettbewerbs aufgrund eines Unternehmens (3). Speziell sollten die auch Käufer können Marktmacht ausüben. Aus Gründen der Klarheit wird der Begriff überwiegend auf die Anbieter bezogen und bei den Kunden von „Nachfragemacht“ gesprochen.

Amtsblatt der Europäischen Union 18.10.2008

Leitfaden zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsempfehlung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (2004/C 31/03)

1. HINTERGRUND

Der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (1) (nachfolgend die „Zusammenschlussverordnung“) ist ein Zusammenschluss wirksamen Wettbewerb insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung im Gemeinsamen Markt oder einem wesentlichen Teil davon.

Hierbei muss die Kommission Zusammenfassungen bewerten (2), wenn diese in wesentlichen relevanten Märkten tätig sind (3). Derartige Zusammenschlüsse sind in der Regel in zwei Kategorien unterteilt: horizontale Zusammenschlüsse und vertikale Zusammenschlüsse.

Horizontale Zusammenschlüsse betreffen Unternehmen, deren Tätigkeit weder ein oder in ähnlichen relevanten Märkten tätig sind (4). Vertikale Zusammenschlüsse betreffen Unternehmen, deren Tätigkeit weder ein oder in ähnlichen relevanten Märkten tätig sind (5). Vertikale Zusammenschlüsse sind in zwei Kategorien unterteilt: horizontale Zusammenschlüsse und vertikale Zusammenschlüsse.

Horizontale Zusammenschlüsse betreffen Unternehmen, deren Tätigkeit weder ein oder in ähnlichen relevanten Märkten tätig sind (6). Vertikale Zusammenschlüsse betreffen Unternehmen, deren Tätigkeit weder ein oder in ähnlichen relevanten Märkten tätig sind (7). Vertikale Zusammenschlüsse sind in zwei Kategorien unterteilt: horizontale Zusammenschlüsse und vertikale Zusammenschlüsse.

Horizontale Zusammenschlüsse betreffen Unternehmen, deren Tätigkeit weder ein oder in ähnlichen relevanten Märkten tätig sind (8). Vertikale Zusammenschlüsse betreffen Unternehmen, deren Tätigkeit weder ein oder in ähnlichen relevanten Märkten tätig sind (9). Vertikale Zusammenschlüsse sind in zwei Kategorien unterteilt: horizontale Zusammenschlüsse und vertikale Zusammenschlüsse.

Hohe Konvergenz, Analyserahmen fast identisch (schon vor dem Testwechsel)

Bindung an Urteile EuGH/KOM Leitlinien?

13

- Orientierung an europäischer Entscheidungspraxis
 - Ähnlich wie Übernahme Kontrollerwerb
 - Z.B. BGH E.on/Stadtwerke Eschwege (Bezugnahme auf EuG Airtours)
- Keine automatische Bindung an Europäische Entscheidungspraxis



Foto © Europäische Kommission

Konvergenz vs. Besonderheiten

14

- Welche Unterschiede bleiben?
 - Spürbarkeit vs. Wahrnehmbarkeit
 - Alleiniger Maßstab Konsumentenwohl-
fahrt
vs. Konsumentenwohlfahrt
+ Schutz des Wettbewerbsprozesses
+ Wettbewerbsfreiheit
 - Berücksichtigung von Effizienzen



Foto © BKartA



Foto © Europäische Kommission

Spürbarkeit vs. Wahrnehmbarkeit

15

■ BKartA Leitfaden Marktbeherrschung

■ Keine Spürbarkeitsschwelle, aber ... (Rn. 13)

„Die auf eine veränderte Marktstruktur zurückzuführende Verringerung der Wettbewerbsintensität und der korrespondierende Marktmachtzuwachs müssen kein bestimmtes Ausmaß i.S. einer Spürbarkeit erreichen.¹⁰ Allerdings muss überhaupt eine **konkrete Verschlechterung der Wettbewerbsverhältnisse feststellbar** sein. Ob durch den Zusammenschluss Veränderungen bewirkt werden, die einen Marktmachtzuwachs bedeuten, hängt stets von den Marktverhältnissen im Einzelfall ab. Eine marktbeherrschende Stellung kann z.B. auch ohne Marktanteilsaddition verstärkt werden, wenn die bereits ein hohes Maß an Marktmacht vermittelnde Marktstellung auf andere Weise abgesichert oder verbessert und die Marktmacht so weiter gesteigert wird.“

■ Restwettbewerb besonders schützenswert (Rn. 12)

„Der aus einem Zusammenschluss resultierende Zuwachs an Marktmacht wird umso kritischer beurteilt, je höher deren Ausmaß bereits vor dem geplanten Zusammenschluss ist. Denn je stärker der Wettbewerb bereits geschädigt ist, um so schützenswerter ist der verbleibende Restwettbewerb. Bei einer sehr niedrigen Wettbewerbsintensität und entsprechend stark ausgeprägter Marktbeherrschung kann auch ein sehr geringer prognostizierter Zuwachs an Marktmacht bereits als Verstärkungswirkung zu bewerten sein.“

Konsumentenwohlfahrt + x ?

16

■ BKartA Leitfaden Marktbeherrschung

■ Leitbild BKartA (Rn. 4)

„Die Fusionskontrolle dient dem Zweck, den **Wettbewerb als funktionsfähigen Prozess zu schützen**. Damit dient der Schutz des Wettbewerbs gleichzeitig dem Schutz von Konsumenteninteressen, und zwar nicht im Sinne einer kurzfristigen, sondern einer dauerhaften und langfristigen Interessenwahrung. Es geht grundsätzlich nicht darum, einzelnen Wettbewerbern Vorteile zu verschaffen oder sie vor Wettbewerb zu schützen, sondern um die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs. Da es ohne aktuelle bzw. potentielle Wettbewerber jedoch auch keinen funktionsfähigen Wettbewerb gibt, kann der effektive Schutz des Wettbewerbs mit dem Schutz von Wettbewerbern zusammenfallen. Die Vorschriften der Fusionskontrolle dienen damit auch dazu, die **Freiheit des Wettbewerbs bzw. die Freiheit der Wettbewerber**, die an diesem Prozess teilnehmen, strukturell zu sichern.“

■ Leitbild Kommission, Horizontalleitlinien (Rn. 8)

„Ein wirksamer Wettbewerb erbringt den Verbrauchern Vorteile, zum Beispiel in Form niedriger Preise, hochwertiger Produkte, einer großen Auswahl an Waren und Dienstleistungen und Innovation. Mit der Fusionskontrolle verhindert die Kommission Zusammenschlüsse, die geeignet wären, den Verbrauchern diese Vorteile vorzuenthalten, indem die Marktmacht der Unternehmen spürbar erhöht würde.“

20.11.2011

Berücksichtigung von Effizienzen?

17

- **FKVO (29. Erwägungsgrund)**

„Um die Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf den Wettbewerb im Gemeinsamen Markt bestimmen zu können, sollte begründeten und wahrscheinlichen Effizienzvorteilen Rechnung getragen werden, die von den beteiligten Unternehmen dargelegt werden. Es ist möglich, dass die durch einen Zusammenschluss bewirkten Effizienzvorteile die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb, insbesondere den möglichen Schaden für die Verbraucher, ausgleichen, so dass durch den Zusammenschluss wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben, insbesondere durch Begründung oder Stärkung einer beherrschenden Stellung, nicht erheblich behindert würde. Die Kommission sollte Leitlinien veröffentlichen, in denen sie die Bedingungen darlegt, unter denen sie Effizienzvorteile bei der Prüfung eines Zusammenschlusses berücksichtigen kann.“

- **8. GWB-Novelle?**

- **BKartA Leitfaden Marktbeherrschung**

„Im Ausnahmefall kann auch ein Zusammenschluss, der eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, positive wettbewerbliche Auswirkungen haben. Effizienzgewinne und sonstige positive Auswirkungen von Zusammenschlüssen können – jedenfalls teilweise – im Rahmen von Abwägungsklausel¹⁹ (§ 36 Abs. 1 HS 2 GWB) und Ministererlaubnis²⁰ (§ 42 GWB) berücksichtigt werden. „

20.11.2011

... Berücksichtigung von Effizienzen?

18

▪ ... BKartA Leitfaden Marktbeherrschung

.... Darüber hinaus – insbesondere im Hinblick auf den Markt, auf dem Wettbewerbsprobleme identifiziert wurden – sieht das GWB im Rahmen des Marktbeherrschungstests aber keine Rechtsgrundlage für die Berücksichtigung von Effizienzen vor, soweit sie nicht unmittelbar wettbewerbliche Auswirkungen haben. Gegen eine weitergehende Berücksichtigung von Effizienzen spricht insbesondere auch der für ihre Darlegung und Prüfung erforderliche hohe Ressourcenaufwand für die Zusammenschlussbeteiligten und die Wettbewerbsbehörde. Im Hinblick auf die Erfahrungen anderer Wettbewerbsbehörden bei der Berücksichtigung von Effizienzen und dem bislang geringen Einfluss auf das Prüfungsergebnis erscheint der mit einer stärkeren Berücksichtigung von Effizienzen verbundene Nutzen im Vergleich zu den damit verbundenen zusätzlichen hohen Transaktionskosten außer Verhältnis zu stehen. Weiterhin sind Effizienzvorteile durch einen Zusammenschluss in der Praxis oft nicht verlässlich feststellbar. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber bei der höheren Eingriffsschwelle für Fusionen (im Vergleich zu wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen), jedenfalls beim Marktbeherrschungstest, die zu erwartenden Effizienzen bereits pauschal berücksichtigt hat. “

2. Marktbeherrschungsvermutung

19

■ 33% auf 40% (Einzelmarktbeherrschung)

- „Anders als das europäische Recht enthält das GWB Vermutungstatbestände für die Einzel- und die Oligopol-Marktbeherrschung (§ 19 Absatz 3). Die gesetzlichen Marktbeherrschungsvermutungen erleichtern die Praxis der Fusionskontrolle und werden deshalb beibehalten. Allerdings gilt nach wie vor der Amtsermittlungsgrundsatz. Dieser schränkt im Verwaltungsverfahren die Umkehr der Beweislast in gewissem Umfang ein (Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 3. Dezember 2008 - VI-Kart 7/06 (V) Rn. 44). Reformbedarf besteht allerdings bei der Marktanteilsschwelle für die Einzelmarktbeherrschungsvermutung, da sie nicht mehr dem aktuellen Stand ökonomischer Erkenntnisse entspricht. Die Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes hat sich in diesem Punkt fortentwickelt.“

„Dabei wird die bisherige Schwelle der Einzelmarktbeherrschungsvermutung von einem Drittel maßvoll auf 40 Prozent angehoben, um das Gesetz an den Stand ökonomischer Erkenntnisse anzupassen und der Fortentwicklung der Praxis des Bundeskartellamtes Rechnung zu tragen. Die behördliche Praxis hat gezeigt, dass eine marktbeherrschende Stellung eines einzelnen Unternehmens mit einem Marktanteil von einem Drittel heute nur noch in Ausnahmefällen vorkommt.“(Begründung Regierungsentwurf)

3. Zusagen

20

- **Angleichung an Wortlaut FKVO**
- **GWB n.F.:** „Die Freigabe kann mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden, um sicherzustellen, dass die beteiligten Unternehmen den Verpflichtungen nachkommen, die sie gegenüber dem Bundeskartellamt eingegangen sind, um eine Untersagung abzuwenden.“
- **FKVO:** „Die Kommission kann ihre Entscheidung mit Bedingungen und Auflagen verbinden, um sicherzustellen, dass die beteiligten Unternehmen den Verpflichtungen nachkommen, die sie gegenüber der Kommission hinsichtlich einer mit dem Gemeinsamen Markt zu vereinbarenden Gestaltung des Zusammenschlusses eingegangen sind.“
- **Beibehaltung des Ausschlusses einer dauernden Verhaltenskontrolle**
- „Die Bedingungen und Auflagen dürfen sich nicht darauf richten, die beteiligten Unternehmen einer laufenden Verhaltenskontrolle zu unterstellen.““

4. Bagatellmarktklausel

21

- Zurück in die materielle Fusionskontrolle
 - „Die Bagatellmarktklausel (§ 35 Absatz 2 Nummer 2) nimmt Zusammenschlussvorhaben, die nur einen gesamtwirtschaftlich unbedeutenden Markt betreffen, sowohl von der Anmeldepflicht als auch von der materiellen Fusionskontrolle aus. Die Voraussetzungen der Anmeldepflicht sollten eindeutig und ohne größeren Ermittlungsaufwand anhand quantitativer Kriterien feststellbar sein. Dies ist bei der für die Bagatellmarktklausel erforderlichen Marktabgrenzung und der Ermittlung des Marktvolumens oft nicht der Fall. Deshalb wird die Bagatellmarktklausel, wie vor der 6. GWB-Novelle, der materiellen Fusionskontrolle zugeordnet (§ 36 Absatz 1 Nummer 2). “ (Begründung Regierungsentwurf)
- Bagatellmarkt?
- Abwägung Aufwand (i. Erg. Verringerung !)
 - Für exakte Marktabgrenzung und präzise Ermittlung des Marktvolumens
 - Für Anmeldung und Ermittlung, ob ein Wettbewerbsproblem zu erwarten ist

Materielle Fusionskontrolle nach der 8. GWB-Novelle

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Dr. Andreas Bardong, LL.M.

Bundeskartellamt



Referatsleiter Deutsche und
Europäische Fusionskontrolle (G4)