Entwicklung der materiellen Fusionskontrollpraxis in Deutschland 2004 – 2009

Andreas Fuchs

Institut für Handels- und Wirtschaftsrecht
Universität Osnabrück

Marktbeherrschungs- und SIEC-Test – eine Bestandsaufnahme

Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht beim BKartA

Bonn, 24.9.2009

I. Ausgangspunkt und Fragestellungen (1)

- Unterschiede bei der materiellen Reichweite des Marktbeherrschungs- und des SIEC-Tests
  - Schutzlücke bei nicht-koordinierten Effekten im Oligopol (?)
  - Strukturbetrachtung versus wirkungsorientierte Analyse
  - Bedeutung von Effizienzen und anderen Abwägungstatbeständen

I. Ausgangspunkt und Fragestellungen (2)

- Anforderungen an die Nachweistiefe und Beweislastverteilung
  - Praktische Relevanz der Vermutungstatbestände des § 19 Abs. 3 GWB
  - Feststellung einer kollektiven Marktbeherrschung
  - Anforderungen an die Darlegung der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung
  - Nachweis negativer Wettbewerbswirkungen bei konglomeraten Zusammenschlüssen

I. Ausgangspunkt und Fragestellungen (3)

- Schleichende Angleichung von Marktbeherrschungs- und Wettbewerbsbehinderungstest?
  - Explizite Bezugnahme auf Entscheidungen europäischer Gerichte
  - Vermehrte Berücksichtigung konkreter Wettbewerbswirkungen im Rahmen der Marktstrukturanalyse?
  - Stärkere ökonomische Fundierung der deutschen Fusionskontrolle?

II. Materielle Reichweite des Untersagungstatbestands (1)

- Nicht koordinierte Effekte im Oligopol
  - Theoretische Plausibilität, aber geringe praktische Relevanz der Schutzlücke
  - Reichweite des Drittwirkungsansatzes im Rahmen des Marktbeherrschungstests ungeklärt
    - Ausführungen des BKartAs und des OLG Düsseldorf im Fall E.ON/Stadtwerke Eschwege
    - Keine Stellungnahme des BGH

II. Materielle Reichweite des Untersagungstatbestands (2)

- Strukturbetrachtung versus wirkungsorientierte Analyse
  - Wichtige konzeptionelle Unterschiede:
    - Gefährdungstatbestand vs. Marktergebnistest
    - Erfassung jeglicher Verstärkungseffekte oder Begrenzung auf die *erhebliche* Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen durch den Zusammenschluss bei vorh. Marktbeherrschung
    - Marktanteilsbezogene Vermutungstatbestände (§ 19 Abs. 3 GWB) vs. Einzelfallanalyse
    - „efficiency offense" vs. „efficiency defense"

II. Materielle Reichweite des Untersagungstatbestands (3)

- Entwicklungen in der dt. Anwendungspraxis
  - Rücknahme der Auslegungsgrundsätze des BKartAs zur Fusionskontrolle vom Juli 2005
  - Ansätze zur stärkeren ökonomische Fundierung der Anwendung des Marktbeherrschungstests, z.B. in den Fällen
    - Phonak/ReSound (2007)
    - EDEKA/Tengelmann (2008)
    - Intermedia/H&B (2008)
  - Nicht immer Ausführungen zur Wahrscheinlichkeit des Ausnutzens der festgestellten Verhaltensspielräume

II. Materielle Reichweite des Untersagungstatbestands (4)

- Anforderungen an die Verstärkungswirkung bei bestehender Marktbeherrschung
  - „Sliding scale"-Ansatz des BGH, zuletzt bestätigt in E.ON/Stadtwerke Eschwege (2008)
  - Teilweise abweichende Terminologie in einzelnen Entscheidungen des BKartAs, z.B.
    - Einschränkung des vor dem Zus. bestehenden Restwettbewerbs „in signifikantem Maße" (*Schneider/Classen*, 2004)
    - „signifikante Abschwächung noch bestehenden Wettbewerbs" (*Phonak/ReSound*, 2007)

II. Materielle Reichweite des Untersagungstatbestands (5)

- Bedeutung von Effizienzen und anderen Abwägungstatbeständen
  - Keine Anwendung einer *efficiency defense* in der Praxis des BKartAs festzustellen
  - Prüfung von Verbesserungen auf anderen Märkten im Rahmen der Abwägungsklausel
    - Vgl. insbes. LBK Hamburg/Mariahilf (2007)

III. Nachweistiefe und Beweislastverteilung (1)

- Keine einheitliche Praxis des BKartAs:
  - Teils ausführl. Erörterung wahrscheinlicher Verhaltensweisen der Akteure i.R. einer detaillierten Marktanalyse, z.B.
    - Phonak/ReSound (2007) (BKartA)
  - Teils Berufung auf Erfahrungssätze
    - Asphaltmischwerke Langenthal (2007) (BKartA)
    - Radio TON (2006) (BGH)
  - Teils lediglich abstrakte Erwägungen über die Mögl. best. Verhaltensweisen
    - Springer/ProSiebenSat1 (2006)
  - Tendenziell steigende Nachweisanforderungen mit stärkerer Ökonomisierung der dt. Fusionskontrolle

III. Nachweistiefe und Beweislastverteilung (2)

- Aber: erhöhte praktische Relevanz der Oligopolvermutung in der Rspr. des OLG Düsseldorf
  - Cargotech (2008)
  - Phonak/ReSound (2008)
  - Springer/ProSiebenSat1 (2008)
  - Widerlegung selten, offenbar nur im Fall Humana/ Nordmilch (2009) (BKartA)
- Konterkariert eine stärker wirkungsbezogene Auslegung des Marktbeherrschungstests

III. Nachweistiefe und Beweislastverteilung (3)

- Feststellung einer kollektiven Marktbeherrschung
  - Annäherung der dt. an die europ. Praxis durch BGH E.ON/Stadtwerke Eschwege (2008)
  - Teilweise abweichend aber noch die Entscheidungspraxis von BKartA u. OLG Düsseldorf, vgl. z.B.
    - Cargotec (2008)
    - Springer/ProSiebenSat1 (2006)

III. Nachweistiefe und Beweislastverteilung (4)

- Anforderungen an die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung
  - Springer/ProSiebenSat1
    BKartA (2006), OLG Düsseldorf (2009): abstrakte Gefahr der neg. Beeinflussung der Wettbewerbsbedingungen genügt i.E.
  - Enger aber wohl BGH E.ON/Stadtwerke Eschwege (2008): „einige Wahrscheinlichkeit" aufgrund „rechtlicher oder tatsächlicher Umstände" (= *konkrete* Gefährdung wirks. Wettbewerbs?)

III. Nachweistiefe und Beweislastverteilung (5)

- Nachweis negativer Wettbewerbswirkungen bei konglomeraten Zusammenschlüssen
  - Springer/ProSiebenSat1
    BKartA (2006), OLG Düsseldorf (2009):
    bloße Mögl. zu cross-medialen Strategien genügt, keine Untersuchung der Wahrscheinlichkeit und unternehmerischen Rationalität bestimmter wettbewerbsschädlicher Verhaltensweisen, die durch den Zus. ermögl. oder erleichtert werden; keine Berücks. der Abschreckungswirkung von Art. 82 EG/§ 19 GWB
  - Klarer Widerspruch zu den Standards für die Beurteilung konglomerater Fusionen in der europ. Fusionskontrolle, z.B. Tetra Laval

IV. Vorläufiges Fazit und Ausblick (1)

- Reformbedarf in der materiellen Fusions-kontrolle?
  - Wechsel zum SIEC-Test nicht notwendig, aber zweckmäßig:
    - Spannungsverhältnis zum Binnenmarktziel durch unterschiedliche materielle Standards
    - Größere internat. Beachtung der dt. Anwendungspraxis
    - Unterstützung der eingeleiteten, aber noch nicht durch-gängig umgesetzten stärker ökonomisch fundierten An-wendungspraxis in der deutschen Fusionskontrolle
    - Faktischer Rechtfertigungsdruck bei Abweichungen von europäischer Praxis, aber keine rechtliche Bindung

IV. Vorläufiges Fazit und Ausblick (2)

- Suche nach Maß und Mitte zwischen (strukturorientiertem) Wirkungsansatz und (stärker wirkungsorientiertem) Strukturansatz in der materiellen Fusionskontrolle
  - Keine bloße abstrakte Gefährdung wirksamen Wettbewerbs, aber auch
  - keine Prognose bestimmter Marktergebnisse (z.B. Preiserhöhung um x% infolge der Fusion) sondern
  - Verständnis der „erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs" als (regelgeleitete) Identifizierung *konkreter Gefährdungslagen* mit wahrscheinlichen negativen Folgen *für den Wettbewerbsprozess*

IV. Vorläufiges Fazit und Ausblick (3)

- Gestaltungsmöglichkeiten
  - Aufgabe oder Modifikation der Vermutungstatbestände in § 19 Abs. 3 GWB?
  - Kodifizierung von Erfahrungsregeln?
- Vorschlag:
  Einführung eines um modifizierte Vermutungstatbestände bereicherten SIEC-Tests

Kontaktdaten:

Prof. Dr. Andreas Fuchs, LL.M.
Geschäftsführender Direktor
Institut für Handels- und Wirtschaftsrecht
Universität Osnabrück
Katharinenstr. 15
49078 Osnabrück
Tel. (0541) 969-6001
Fax (0541) 969-4517
E-Mail: afuchs@uos.de