

Stellungnahme

Entwurf eines Leitfadens zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle

Der Bundesverband der Deutschen Industrie repräsentiert 38 Mitgliedsverbände mit über 100.000 Industrieunternehmen und ca. 8 Millionen Beschäftigten. 98% der Unternehmen sind kleine und mittlere. Mit der Stellungnahme beteiligen wir uns an der Konsultation des Bundeskartellamtes zum Entwurf eines Leitfadens zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle.

Dokumenten Nr.
D 0462

Datum
21. September 2011

Seite
1 von 7

1. Einleitung

Das Bundeskartellamt hat am 21. Juli 2011 den Entwurf eines neuen Leitfadens zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle veröffentlicht. Der neue Leitfaden soll im Herbst 2011 finalisiert werden und das Vorgängerdokument „Auslegungsgrundsätze zur Prüfung von Marktbeherrschung“ aus dem Jahr 2000 ersetzen. Der Bundesverband der Deutschen Industrie e.V. (BDI) dankt dem Bundeskartellamt für die Möglichkeit, zu dem Entwurf des Leitfadens Stellung zu nehmen.

Die Veröffentlichung eines aktualisierten Leitfadens zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle wird durch den BDI begrüßt. Leitfäden sind ein grundsätzlich sehr gut geeignetes Mittel, um die Transparenz und Vorhersehbarkeit von Bundeskartellamtsentscheidungen zu erhöhen. Der Entwurf des Leitfadens zur Marktbeherrschung stellt eine gut lesbare und übersichtliche Zusammenfassung der aktuellen Praxis des Bundeskartellamtes dar und bietet eine wichtige Orientierungshilfe im Bereich der Fusionskontrolle. Begrüßt wird auch die branchenübergreifende Analyse der relevanten Rechtsprechung. Im Folgenden möchten wir dennoch einige Anregungen für den Leitfaden geben, die aus unserer Sicht die Rechtssicherheit und

**Bundesverband der
Deutschen Industrie e.V.**
Mitgliedsverband
BUSINESSEUROPE

Telekontakte
T: 0032 2 792 1005
F: 0032 2 792 1010

Internet
www.bdi.eu

E-Mail
n.rossmann@bdi.eu

Vorhersehbarkeit der Entscheidungen des Bundeskartellamtes für die Unternehmen noch weiter verstärken würden.

Das Bundeskartellamt erklärt in seiner Presseerklärung vom 21. Juli 2011, dass der Entwurf des Leitfadens einen Beitrag zur anstehenden 8. GWB-Novelle darstellt, da er den aktuellen deutschen Praxisstand zum Marktbeherrschungstest zusammenfasst. Die im August 2011 veröffentlichten Eckpunkte zur 8. GWB-Novelle sehen für den Bereich der Fusionskontrolle eine weitere Angleichung der Beurteilungsmaßstäbe an das europäische Fusionskontrollrecht vor. Im Bereich von § 36 Abs. 1 GWB soll statt ausschließlichem Abstellen auf die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ein Zusammenschluss unter dem Aspekt einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs (sogenannter „SIEC-Test“) untersucht werden. Zudem sollen in § 19 Abs. 3 GWB die Vermutungsschwellen für Marktbeherrschung angehoben werden.

Der BDI würde es begrüßen, wenn der Leitfaden nicht nur einen Diskussionsbeitrag im Rahmen der 8. GWB-Novelle darstellen würde, sondern den Unternehmen auch langfristig Sicherheit bei der Beurteilung von Zusammenschlüssen bietet. Daher wäre es hilfreich, wenn das Bundeskartellamt die durch die Novelle zu erwartenden Neuerungen in stärkerem Maße in den Leitfaden integrieren würde. Zu diesem Zweck könnte die endgültige Finalisierung des Leitfadens auch zunächst ausgesetzt und die weiteren Entwicklungen bei der 8. GWB-Novelle abgewartet werden.

Ergänzend wäre es hilfreich, wenn das Bundeskartellamt zur Veranschaulichung der Aussagen weitere konkrete Fallbeispiele mit Verweisen auf entsprechende Entscheidungen des Bundeskartellamtes und der Rechtsprechung in dem Leitfaden erläutern würde. Hilfsweise wären auch fiktive Fallbeispiele nützlich. Erfahrungsgemäß erleichtern es solche Fallbeispiele den Rechtsanwendern erheblich, den von ihnen zu beurteilenden Fall einzuordnen.

Der BDI würde es außerdem begrüßen, wenn der Leitfaden mehr spezifische und quantifizierbare „Safe Harbours“ enthalten würde, die den Unter-

nehmen in erhöhtem Maße Rechtssicherheit bieten. Eine solche Qualifizierung wäre an mehreren Stellen des Leitfadens möglich und hilfreich und würde die Entscheidungsfreiheit des Bundeskartellamtes, das sich eine eingehende Prüfung in Ausnahmefällen ja trotzdem vorbehalten kann, nicht einschränken.

2. Bewertung des Leitfadens im Einzelnen

a) Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, RN 13

Nach Auffassung des Bundeskartellamtes müssen die auf eine veränderte Marktstruktur zurückzuführende Verringerung der Wettbewerbsintensität und der korrespondierende Marktmachtzuwachs zwar kein bestimmtes Ausmaß im Sinne einer Spürbarkeit erreichen. Allerdings muss eine konkrete Verschlechterung der Wettbewerbsverhältnisse feststellbar sein. Diese Feststellung einer konkreten Verschlechterung führt letztlich aber doch zur Prüfung eines Spürbarkeitskriteriums. Um größere Rechtssicherheit zu gewährleisten schlägt der BDI vor, eine „Spürbarkeitsschwelle“ oder de minimis-Schwelle einzuführen, wie auch aus anderen Bereichen in der Fusionskontrolle und im Kartellrecht bekannt. Auf diese Weise könnten Zusammenschlüsse, die wegen Geringfügigkeit keine Auswirkungen auf die Marktstruktur haben werden, von einem „safe harbour“ profitieren. Den Befürchtungen des Amtes, dass durch eine Reihe von geringfügigen Zuerwerbem eine wettbewerbliche Strukturverschlechterung herbeigeführt wird, könnte dadurch begegnet werden, dass bei klaren Hinweisen auf eine entsprechende Abschottungsstrategie eine Ausnahmeregelung eingeführt wird.

b) Marktanteile und Konzentration, RN 29

Das Bundeskartellamt stellt in dem Entwurf des Leitfadens fest, dass niedrige Marktanteile grundsätzlich ein Indiz dafür sind, dass keine marktbeherrschende Stellung besteht. Allerdings schließen auch vergleichsweise moderate Marktanteile eine marktbeherrschende Stellung nicht in jedem Fall aus. Hierzu werden Fallbeispiele aus der Rechtsprechung genannt, in denen Marktanteile um 30 % in Rede standen. Unberücksichtigt bleibt dabei die in der Sektoruntersuchung Strom (Januar 2011) genannte Auffas-

sung des Bundeskartellamtes, nach der auch Anbieter mit Marktanteilen deutlich unter 20 % eine individuell marktbeherrschende Position erlangen können, wenn sie in relevanten Zeiträumen entscheidend zur Deckung der Nachfrage sind (sog. Pivotal-Supplier-Index). Dieser Ansatz des Bundeskartellamtes geht sogar weiter als die strengen Vermutungsregelungen in § 19 Abs. 3 GWB. Der BDI würde es begrüßen, wenn das Bundeskartellamt in seinem Leitfaden zu dieser Problematik Stellung nehmen würde. Es sollte klargestellt werden, dass neue ökonomische Ansätze (Pivotalität) keinesfalls für sich ausreichen um eine Marktbeherrschung abweichend zur gesetzlichen Lage zu begründen, sondern dass weitere Umstände (Marktverhalten, Wettbewerbsdruck, etc.) untersucht werden müssen.

Auf die in § 19 GWB verankerten Marktbeherrschungsvermutungen nimmt der Leitfaden an verschiedenen Stellen Bezug (z.B. in Randnummern 23, 83, 88). Der BDI möchte hier seine bereits vorgebrachte Forderung nach einer ersatzlosen Streichung der Marktbeherrschungsvermutungen wiederholen. Diese Vermutungen sind aus unserer Sicht schematisch und für die Feststellung von Marktbeherrschung praktisch ohne Bedeutung. Es fehlt schon an entsprechenden Erfahrungssätzen, die als Grundlage für solche Vermutungen dienen. So konnte bis heute nicht nachgewiesen werden, dass den Vermutungen des § 19 Abs. 3 GWB regelmäßig oder typischerweise Marktbeherrschungstatbestände entsprechen. Trotzdem enthalten sie de facto eine Beweislastumkehr zu Lasten der Unternehmen, aufgrund derer vor schnell Marktbeherrschung unterstellt werden kann. Im Übrigen stehen sie weiteren europäischen Harmonisierungsansätzen im Wege. Hilfsweise begrüßen wir die in den Eckpunkten zur 8. GWB-Novelle angekündigte Anhebung der bisherigen Marktbeherrschungsschwellen.

Das Bundeskartellamt könnte in seinem Leitfaden deutlich hervorheben, dass die bestehenden Marktanteilsschwellen in der Regel zu niedrig sind, als dass sie bereits für sich genommen den Tatbestand einer Marktbeherrschung begründen könnten.

c) Marktphase, RN 43

In Randnummer 43 führt das Bundeskartellamt aus, dass die Wettbewerbsbedingungen auch durch die Marktphase, also die Entwicklungsstufe des Marktes, beeinflusst werden. Dabei führt es aus, dass bei jungen, noch in der Experimentierphase befindlichen Märkten eine marktbeherrschende Stellung regelmäßig insbesondere dann in Betracht kommt, wenn der Markt durch den Zusammenschluss bereits in der Entstehungsphase dauerhaft vermachtet wird. Eine Vermachtung junger Märkte schon in der Entstehungsphase wird jedoch in den seltensten Fällen gegeben sein. Das Kartellrecht sollte keine falschen, innovationshemmenden Anreize setzen. Es entspricht dem Innovationswettbewerb, dass ein Unternehmen, das zuerst ein neues Produkt auf den Markt bringt, für einen überschaubaren Zeitraum eine starke Stellung am Markt innehat, bis die anderen Wettbewerber mit vergleichbaren Wettbewerbsprodukten nachziehen.

d) Außenwettbewerb, RN 108

Bei der Bewertung von Außenwettbewerb sollten nicht nur Einflüsse von Wettbewerbern im selben Markt, sondern auch Einflüsse aus anderen Märkten berücksichtigt werden. Dies gilt auch für regulierte Märkte. Wie der EuGH anerkannt hat (EuGH, 23.04.1991, C-41/90, Slg. 1991, I-1997 - Höfner und Elsner) haben auch Tätigkeiten von Anbietern, deren Marktverhalten gesetzlich bestimmt ist, wettbewerblichen Charakter. Das Bundeskartellamt sollte daher in seinen Leitfaden aufnehmen, dass auch Wettbewerbseinflüsse aus regulierten Märkten den Wettbewerb auf einem benachbarten Markt spürbar verschärfen können.

e) Vertikale Zusammenschlüsse, RN 125

Der Entwurf des Leitfadens erkennt zu Recht an, dass vertikale Fusionen im Vergleich zu horizontalen Fusionen weniger direkt auf den Wettbewerb einwirken, da sie die Anzahl der aktuellen Wettbewerber in einem Markt nicht reduzieren. Aus Sicht des BDI wäre eine noch klarere Stellungnahme des Bundeskartellamts angebracht. Der Leitfaden sollte deutlicher hervorheben, dass bei vertikalen und konglomeraten Zusammenschlüssen geringere Anforderungen an den Nachweis von Effizienzen zu stellen sind als im Bereich horizontaler Fusionen.

f) Abschottung von Einsatzfaktoren, RN 133 ff

In Randnummer 133 des Leitfadens erklärt das Bundeskartellamt im Zusammenhang mit der Diskussion der Abschottung von Einsatzfaktoren („Input foreclosure“) bei vertikalen Fusionen zu Recht, dass nur die Abschottung von einem wesentlichen Vorprodukt Wettbewerbsprobleme auslösen kann. Laut Randnummer 135 kann das integrierte Unternehmen seine Wettbewerber durch eine Preiserhöhung für ein Vorprodukt umso weniger schädigen je geringer der Anteil des betreffenden Vorprodukts an den Gesamtkosten ist. Hier wäre es hilfreich, wenn das Bundeskartellamt eine spezifische Schwelle nennen würde, unterhalb derer keine Abschottungseffekte zu erwarten sind, z.B. wenn die Kosten des Grundstoffs weniger als 30% des Preises des Endprodukts ausmachen.

Bei der Prüfung des Vorliegens von Anreizen zur Marktabschottung von Einsatzfaktoren und Kunden (Randnummern 136 f und 142 f) führt das Bundeskartellamt aus, dass das fusionierte Unternehmen bei der Entscheidung über eine Abschottungsstrategie zwischen den Gewinnen im vorgelagerten Markt, auf die es bei der Durchführung der Abschottungsstrategie verzichte, und den zusätzlichen Gewinnen auf dem nachgelagerten Markt abwäge. Diese Abwägungsvorgänge beinhalten eine außerordentlich komplexe Quantifizierung und Gegenüberstellung verschiedener Faktoren wie insbesondere Gewinnspannen und Marktanteilen auf mehreren betroffenen Märkten sowie der Auswirkungen von Reaktionen von Kunden und Wettbewerbern auf die alternativen Strategien des Unternehmens. Aus unserer Sicht wird der geschilderte Abwägungsvorgang jedoch in der Praxis nur in den seltensten Fällen und dann auch nur eingeschränkt stattfinden. Zum einen wird es in der Vielzahl der Fälle bereits den Unternehmen selbst an den für die Abwägung notwendigen Informationen fehlen. Zum anderen setzen sich konglomerate Unternehmen in der Regel aus einer Vielzahl von Geschäftsbereichen zusammen, die jeder ein eigenes „Profit Center“ bilden. Keiner dieser Geschäftsbereiche wird ohne weiteres eine Strategie wählen, bei der er selbst auf Gewinne verzichtet, in der Hoffnung, dass ein anderer Geschäftsbereich dafür höhere Gewinne erzielen wird. Hinzu kommt, dass die „Profit Center“-Struktur für börsennotierte Unternehmen auch durch die

Kapitalmärkte abgesichert wird. Dort werden konglomerate Unternehmen sehr kritisch betrachtet und mit einem Konglomeratsabschlag belegt. Jeglicher Verdacht auf eine Unternehmensstrategie, bei der eigene Unternehmensbereiche vor externen Unternehmen unsachgemäß bevorzugt werden, wird von den Kapitalmärkten mit einem weiteren Konzernabschlag sanktioniert. Aus diesen Gründen wird eine Abwägung, wie in dem Leitfaden geschildert, nur im Ausnahmefall stattfinden und auch dann nur in sehr eingeschränkter Form. Hierauf sollte in dem Leitfaden hingewiesen werden.

g) Zugang zu vertraulichen Unternehmensinformationen, RN 144 f

In dem Leitfaden weist das Bundeskartellamt auf das Risiko hin, dass bei einer vertikalen Fusion der Wettbewerb dadurch beeinträchtigt werden könnte, dass ein Unternehmen durch die vertikale Integration Zugang zu vertraulichen Informationen über die vor- oder nachgelagerten Aktivitäten von Wettbewerbern erlangt.

Das beschriebene Risiko des Zugangs zu vertraulichen Unternehmensinformationen ist aus Sicht des BDI nur gering. Denn zum einen dürften vertrauliche wettbewerbsrelevante Informationen, die ein Unternehmen durch eine vertikale Fusion erlangt, sehr schnell so veraltet sein, dass sie schon bald keine wettbewerbsliche Bedeutung mehr entfalten. Zum anderen sind die möglichen Gegenstrategien der Wettbewerber zu berücksichtigen. Ein Unternehmen, das durch eine vertikale Fusion seines Wettbewerbers zum Kunden dieses Wettbewerbers geworden ist, wird diesen Zustand, soweit er ihm einen Wettbewerbsnachteil zufügt, sehr schnell zu beenden wissen. Das zum Kunden des Wettbewerbers gewordene Unternehmen wird entweder zu einem alternativen Lieferanten wechseln oder – in wettbewerbsfördernder Weise – einen alternativen Lieferanten aufbauen. Das fusionierende Unternehmen verliert daher regelmäßig Kunden des erworbenen Unternehmens („Kannibalisierungseffekte“). Der Wettbewerb entfaltet so also Selbstheilungskräfte, die auch bei der fusionskontrollrechtlichen Analyse berücksichtigt werden müssen.