Wettbewerb, Öffentliche
Aufträge und Verbraucher

Stellungnahme

Zum Merkblatt „Inlandsauswirkungen in der Fusionskontrolle“ des Bundeskartellamts

Dokumenten Nr.
D 0632

Datum
30. Januar 2014

Das Bundeskartellamt hat am 5. Dezember 2013 den Entwurf eines Merkblatts „Inlandsauswirkungen in der Fusionskontrolle“ für eine öffentliche Konsultation vorgelegt. Das Bundeskartellamt verfolgt mit dem Merkblatt das Ziel, Zusammenschlüsse, die keine signifikanten Auswirkungen in Deutschland haben, nicht prüfen zu müssen und damit den bürokratischen Aufwand zu verringern.

Aus Sicht des BDI ist die Absicht des Bundeskartellamts, mit diesem Merkblatt Unternehmen die Einschätzung zu erleichtern, ob ein Zusammenschluss das Kriterium der ausreichenden Inlandsauswirkungen erfüllt, ausdrücklich zu befürworten. Auch dass im Gegensatz zum EU-Fusionskontrollregime am Kriterium der ausreichenden Inlandsauswirkungen des Zusammenschlusses als weitere notwendige Voraussetzung neben dem Erreichen der Umsatzschwellen festgehalten wird, bewerten wir als äußerst positiv.

Allerdings erscheint uns das Kriterium der ausreichenden Inlandsauswirkungen im Merkblatt zum Teil etwas zu breit interpretiert. Dies gilt insbesondere für die maßgebliche Bedeutung, die das Bundeskartellamt möglichen Spillover-Effekten zwischen den Muttergesellschaften bei fehlender oder nur marginaler Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens auf Inlandsmärkten beimisst. Diese werden der Realität in einem Unternehmen, das auf vielen verschiedenen Märkten tätig ist, nicht ganz gerecht (siehe dazu unter 1.).

Darüber hinaus könnte das Merkblatt noch etwas klarer gestaltet werden, um den Unternehmen die Selbsteinschätzung zu erleichtern. In seiner derzeitigen Form dürfte das Merkblatt zumindest für einen großen Teil der Zielgruppe nicht ganz einfach verständlich und handhabbar sein (siehe dazu unter 2.).

Manche der eher vagen Kriterien sollten zudem so weit wie möglich konkretisiert werden, um eine zutreffende Selbsteinschätzung der Unternehmen zu ermöglichen (siehe dazu unter 3.).

Was die Verfahrensfragen betrifft, befürwortet der BDI ausdrücklich die Möglichkeit, Fragen der Inlandsauswirkung vorab in informellen Kontakten mit dem BKartA zu diskutieren, hofft aber, dass diese informellen Kontakte nicht automatisch mit der Aufforderung zu einer vorsorglichen Anmeldung verbunden werden (siehe dazu unter 4.).

Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.
Mitgliedsverband
BUSINESSEUROPE

Telekontakte
T: +493020281408
F: +493020282408
Internet
www.bdi.eu
E-Mail
U.Suchsland@bdi.eu

1. Keine Überbewertung von Spillover-Effekten

Gemäß Merkblatt hängt sowohl bei reinen Auslands-Gemeinschaftsunternehmen als auch bei Gemeinschaftsunternehmen mit geringer Tätigkeit im Inland die Bewertung ausreichender Inlandsauswirkungen maßgeblich von möglichen Spillover-Effekten zwischen den Muttergesellschaften des Gemeinschaftsunternehmens ab.

Hierbei differenziert das BKartA zwischen Spillover-Effekten auf dem sachlich relevanten Markt des Gemeinschaftsunternehmens bzw. diesem Markt vor- oder nachgelagerten Märkten und Spillover-Effekten auf anderen Inlandsmärkten, die keine Verbindung zum sachlich relevanten Markt des Gemeinschaftsunternehmens haben.

Die praktische Anwendung und Ermittlung dieser Kriterien ist in einem Unternehmen mit einem breiten Produktportfolio mit erheblichem Aufwand und – insbesondere was Märkte ohne jede Verbindung zum sachlich relevanten Markt des Gemeinschaftsunternehmens betrifft – mit einer gewissen Restunsicherheit verbunden. In Fällen, in denen zwei breit aufgestellte Muttergesellschaften ein Gemeinschaftsunternehmen gründen, ist eine Feststellung, ob die Muttergesellschaften auf irgendeinem gänzlich anderen Produktmarkt gegebenenfalls auch nur potentiell in Wettbewerb treten könnten, in der Praxis kaum zu leisten. Die Unternehmen können und wollen zur bloßen Klärung der Frage, ob ausreichende Inlandsauswirkungen vorliegen und eine Anmeldepflicht in Deutschland besteht, nicht ihre unternehmensweiten Strategiepläne offen nebeneinanderlegen.

Selbst wenn auf einem bestimmten Produktmarkt aktueller oder potentieller Wettbewerb zwischen den beiden Muttergesellschaften bestehen sollte, wirkt sich die Gründung oder der Erwerb eines in einer völlig anderen Sparte tätigen Gemeinschaftsunternehmens zumindest nach unserer Erfahrung nicht auf die Intensität des Wettbewerbsverhältnisses zwischen den Muttergesellschaften auf diesem Produktmarkt aus. Die verschiedenen Sparten agieren in großen Unternehmen typischerweise faktisch sehr unabhängig, haben ein eigenes Management, sind als eigenständige Profit-Center organisiert und nehmen insofern keine Rücksicht darauf, ob Entscheidungen, die für sie günstig sind, sich nachteilig auf den Partner des in einem ganz anderen Bereich tätigen Gemeinschaftsunternehmens auswirken könnten.

Dass das Gemeinschaftsunternehmen als „Scharnier“ zwischen den Muttergesellschaften wirkt und damit eine gegebenenfalls implizite Koordinierung zwischen ihnen auf einem gänzlich anderen Markt zur Folge haben könnte, auf dem sie sich als Wettbewerber gegenüberstehen, ist aus Sicht eines in verschiedenen Sparten tätigen Unternehmens somit nicht nur „seltener“ (wie das Bundeskartellamt in Rz. 21 des Merkblattes selbst einräumt), sondern eher fernliegend. Insofern erscheint uns die Bedeutung eines Wettbewerbsverhältnisses der Muttergesellschaften auf anderen Produktmärkten ohne jeden Bezug zum sachlich relevanten Markt des Gemeinschaftsunternehmens im Merkblatt überbewertet.

2. Anwendung der Schwelle von 10 Prozent gemeinsamen Marktanteils erst recht bei Wettbewerbsverhältnis der Muttergesellschaft in anderen Märkten ohne Bezug zum sachlich relevanten Markt des Gemeinschaftsunternehmens

Wenn die Muttergesellschaften als tatsächliche oder potentielle Wettbewerber auf demselben Produktmarkt wie das Gemeinschaftsunternehmen oder auf einem diesem vor-/nachgelagerten Markt tätig sind, soll es nach dem Merkblatt unterhalb einer Schwelle von 10 Prozent des gemeinsamen Marktanteils der Muttergesellschaften an der erforderlichen Mindestintensität der Spillover-Effekte fehlen (vgl. Merkblatt Rz. 20). Wenn dagegen die Muttergesellschaften Wettbewerber auf einem anderen Markt ohne jeden Bezug zum sachlich relevanten Markt des Gemeinschaftsunternehmens sind, werden – so legt es zumindest der Text des Merkblattes nahe – für die Prüfung der Mindestintensität andere Kriterien für maßgeblich erklärt (wirtschaftliche Bedeutung des Gemeinschaftsunternehmens für seine Mütter anhand einer Umsatzrelation oder der strategischen Bedeutung des Gemeinschaftsunternehmens, vgl. Merkblatt Rz. 21).

Der BDI regt an klarzustellen, dass die Marktanteilsschwelle von 10 Prozent auf dem „Spillover-Markt“ nicht nur für Spillover-Effekte auf dem sachlich relevanten Markt des Gemeinschaftsunternehmens bzw. einem vor- /nachgelagerter Markt, sondern erst recht auf solche Fälle anzuwenden ist, in denen sich die Muttergesellschaften auf einem anderen Markt ohne Bezug zum sachlich relevanten Markt des Gemeinschaftsunternehmens als Wettbewerber begegnen (wie es im Übrigen auch das Schaubild am Ende des Entwurfs nahe legt).

Eine durchgehende Anwendung der 10 Prozent-Markanteilsschwelle würde aus unserer Sicht nicht nur die Komplexität des Merkblattes reduzieren, sondern wäre auch stimmiger. Denn bei einer Tätigkeit der Muttergesellschaften auf einem Markt ohne Bezug zum Markt des Gemeinschaftsunternehmens erscheinen Spillover-Effekte noch fernliegender als bei einer Tätigkeit der Muttergesellschaften auf dem Markt des Gemeinschaftsunternehmens oder einem diesem vor- oder nachgelagerten Markt.

Die für Märkte ohne Bezug zum Markt des Gemeinschaftsunternehmens genannten Kriterien der wirtschaftlichen Bedeutung des Gemeinschaftsunternehmens für die Muttergesellschaften anhand einer Umsatzrelation sowie die strategische Bedeutung des Gemeinschaftsunternehmens sollten als zusätzliche Kriterien für ausreichende Inlandsauswirkungen Anwendung finden, die nur dann zur Anwendung kommen, wenn die Schwelle von 10 Prozent gemeinsamen Marktanteils auf einem Markt ohne Bezug zum Markt des Gemeinschaftsunternehmens überschritten wird.

Zur besseren Handhabbarkeit dieser eher vagen Kriterien würden wir zumindest bei der Umsatzrelation für einen festen Wert plädieren. Beispielsweise könnte in dem Merkblatt eine Vermutung eingeführt werden, dass keine Spillover-Effekte zu erwarten sind, wenn die Umsätze des Gemeinschaftsunternehmens weniger als – beispielsweise – 1 bis 3 Prozent der Konzernumsätze der Mütter ausmachen.

3. Konkretisierung vager Kriterien soweit wie möglich

Auch andere im Merkblatt erwähnte Abgrenzungskriterien erscheinen eher vage und sollten unserer Ansicht nach so weit wie möglich konkretisiert werden, um den Unternehmen eine zutreffende Selbsteinschätzung zu ermöglichen.

Bei der Frage, ob ein Gemeinschaftsunternehmen nur marginal auf Inlandsmärkten tätig ist, wird neben einem Inlandsumsatz unterhalb der 5 Mio. €-Schwelle und einem Marktanteil unter 5 Prozent auch darauf abgestellt, ob „erhebliche Unternehmensressourcen“ wie z.B. gewerbliche Schutzrechte und Know-How auf das Gemeinschaftsunternehmen übertragen werden. Dabei wird nicht näher ausgeführt, wann ein auf das Gemeinschaftsunternehmen übertragenes Schutzrecht eine „erhebliche Unternehmensressource“ darstellen soll (vgl. Merkblatt Rz. 19).

Da dieser Fall in der Praxis nicht selten vorkommt, wäre es wünschenswert, diese „Erheblichkeit“ näher zu definieren (z.B. Erheblichkeit im Sinne von Bedeutung des Schutzrechts im Verhältnis zum gesamten Schutzrechteportfolio des übertragenden Unternehmens oder Bedeutung des Schutzrechts für die jeweilige Branche).

4. Verfahrensfragen

Das Merkblatt enthält auch den Hinweis, dass die Bewertung der Inlandsauswirkungen eines Zusammenschlusses im Einzelfall bei schwierigen Abgrenzungsfragen dahinstehen könne und nicht näher geprüft werden müsse, wenn der Zusammenschluss keine Wettbewerbsprobleme aufwerfe. In diesen Fällen müssten die Unternehmen jedoch den Zusammenschluss (vorsorglich) anmelden. Das Bundeskartellamt würde dann die wettbewerblichen Fragestellungen prüfen und die Frage der Inlandsauswirkungen offen lassen (Ziff. 22).

Der BDI befürwortet ausdrücklich die Möglichkeit, Fragen der Inlandsauswirkung vorab in informellen Kontakten mit dem Bundeskartellamt zu diskutieren. Aus unserer Sicht ist die Offenheit und Praktikabilität des Bundeskartellamts in solchen Gesprächen einer der großen Vorzüge des deutschen Fusionskontrollregimes. Der BDI würde es sehr begrüßen, wenn das Bundeskartellamts im Rahmen dieser Diskussionen auch weiterhin eine echte inhaltliche Einschätzung zur Frage der ausreichenden Inlandsauswirkungen abgeben und diese informellen Kontakte nicht automatisch mit der Aufforderung zu einer vorsorglichen Anmeldung verbinden würde.

Auch wenn Unternehmen in der Vergangenheit die Erfahrung gemacht haben, dass das Bundeskartellamt derartige Anmeldungen in der Regel schnell geprüft und freigegeben hat, nimmt allein schon die Zusammenstellung der erforderlichen Informationen und deren Abstimmung unter den beteiligten Muttergesellschaften einige Zeit in Anspruch. Eine Anmeldung sollte demgemäß nur dann erforderlich sein, wenn tatsächlich ausreichende Inlandsauswirkungen des Zusammenschlusses vorliegen.