

25. NOV. 2011



EUROPÄISCHE KOMMISSION

Stellvertretender Generaldirektor zuständig für Fusionskontrolle

Brüssel, den **14 NOV. 2011** * 120917
COMP/02/II/cg

Herrn
Andreas Mundt
Präsident des
Bundeskartellamts
Kaiser-Friedrich-Straße 16
D-53113 Bonn
Fax: +49 228 94 99 400

**Betr.: Entwurf eines Leitfadens des Bundeskartellamts zur Marktbeherrschung
in der Fusionskontrolle**

Sehr geehrter Herr Präsident,

haben Sie vielen Dank für die Übersendung des Entwurfs eines Leitfadens des Bundeskartellamts zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle.

Gern mache ich von der Gelegenheit Gebrauch, Ihnen in der Anlage zu diesem Schreiben einige Anmerkungen zu diesem wichtigen Dokument aus Sicht der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission zu übermitteln.

Lassen Sie mich vorausschicken, dass wir dem Bundeskartellamt sehr zu dieser gelungenen Orientierungshilfe für Unternehmen gratulieren möchten. Ich bin überzeugt, dass der künftige Leitfaden einen wichtigen Beitrag zur Erhöhung der Transparenz im Hinblick auf die materielle Würdigung von Unternehmenszusammenschlüssen durch das Bundeskartellamt leisten wird. Darüber hinaus zeigt der Entwurf in eindrucksvoller Weise, welcher Grad an Übereinstimmung und Kohärenz in der materiellen Fusionskontrolle auf deutscher und europäischer Ebene bereits erreicht ist. Dies gilt ganz besonders für die ökonomischen Grundsätze und Methoden, die das Bundeskartellamt und die Europäische Kommission bei der Prüfung von Zusammenschlüssen anwenden.

Ich bin überzeugt, dass wir auf der Basis des künftigen Leitadens des Bundeskartellamts zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle sowie der Leitlinien der Kommission zur Prüfung horizontaler und nicht-horizontaler Zusammenschlüsse diese Kohärenz auch in Zukunft weiter vertiefen können. Hierzu werden die Arbeiten in der gemeinsamen Arbeitsgruppe Fusionskontrolle (Merger Working Group) der Kommission und der nationalen Wettbewerbsbehörden einen wichtigen Beitrag leisten.

Mit freundlichen Grüßen



Bernd LANGEHEINE

Anlage

Anmerkungen zum Entwurf eines Leitfadens zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle

Die Generaldirektion Wettbewerb gratuliert dem Bundeskartellamt zum Entwurf eines neuen Leitfadens zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle (im Folgenden: "Entwurf"). Wir verstehen das Dokument als wichtige Orientierungshilfe für Unternehmen in Fusionskontrollverfahren im Hinblick auf die materielle rechtliche Würdigung durch das Bundeskartellamt. Das Dokument fasst den aktuellen Stand der Praxis des Bundeskartellamtes und der deutschen Rechtsprechung in diesem Bereich zusammen. Dies stellt einen begrüßenswerten Schritt da, der die Transparenz in zukünftigen Fusionskontrollverfahren beim Bundeskartellamt erhöhen wird. Wir begrüßen ebenfalls, dass der Entwurf das hohe Maß an Konvergenz hinsichtlich der Kriterien, die die Europäische Kommission ("Kommission") und das Bundeskartellamt bei der Beurteilung der Auswirkungen von Zusammenschlüssen auf den Wettbewerb anlegen, anschaulich macht.

Letzteres zeigt sich vor allem bei:

- dem allgemeinen Ansatz zu einer verstärkten ökonomischen und wirkungsorientierten Analyse sowie
- den Kriterien für die Beurteilung koordinierter Effekte.

Wir möchten jedoch vorschlagen, die Analyse der unilateralen Effekte durch detailliertere Leitlinien für die Beurteilung von Zusammenschlüssen in differenzierten Produktmärkten zu stärken.

Wir glauben, dass die bisherigen Arbeiten der Arbeitsgruppe Fusionskontrolle (Merger Working Group) der Generaldirektion Wettbewerb und der nationalen Wettbewerbsbehörden wesentlich zu dem bereits erwähnten hohen Grad an Konvergenz beigetragen haben, und möchten das Bundeskartellamt darin bestärken, diese Bemühungen gemeinsam mit den anderen nationalen Wettbewerbsbehörden und der Generaldirektion Wettbewerb fortzusetzen.

Im Folgenden möchten wir noch auf einige einzelne Punkte näher eingehen:

Ökonomische / wirkungsorientierte Analyse

Wir begrüßen die verstärkte Konzentration des Entwurfs auf ökonomische Erkenntnisse und Konzepte. Wir glauben, dass dadurch die Kohärenz zwischen dem deutschen und dem europäischen System der Fusionskontrolle erhöht wird. Wir stellen fest, dass die angewendeten ökonomischen Konzepte weitestgehend im Einklang mit den Konzepten stehen, die den Leitlinien der Kommission zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse ("Mitteilung über horizontale Zusammenschlüsse")¹ und zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse ("Mitteilung über nichthorizontale Zusammenschlüsse")² zu Grunde liegen.

Der Entwurf beruht auf dem Konzept, dass Zusammenschlüsse zu einer dauerhaften strukturellen Veränderung des Marktes führen, und dass unter Berücksichtigung aller relevanten Faktoren (siehe Rn. 2, 9, 19, 20) zu überprüfen ist, ob diese Veränderung zur Begründung oder Verstärkung von Marktmacht führt. Solch ein analytischer Ansatz scheint dem wirkungsorientierten Ansatz, der in den Mitteilungen über horizontale und nichthorizontale Zusammenschlüsse verfolgt wird, sehr ähnlich, was ein weiteres wichtiges Element der Annäherung der deutschen und der europäischen Fusionskontrolle darstellt.

Wir begrüßen, dass der Entwurf keine "Checkliste" darstellen will, sondern eine Gesamtbewertung der vorhersehbaren Auswirkungen des Zusammenschlusses unter Berücksichtigung aller ausgleichenden Faktoren sowie möglicher Vergleichsszenarien fordert. Dieser Ansatz steht im Einklang mit der Praxis der Kommission und der Mitteilung über horizontale Zusammenschlüsse³.

¹ Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 31 vom 5.2.2004, S. 5.

² Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 265 vom 18.10.2008, S. 6.

³ Mitteilung über horizontale Zusammenschlüsse, Rn. 9, 13.

Horizontale Zusammenschlüsse: alleinige marktbeherrschende Stellung

Wir begrüßen, dass der Entwurf klarstellt, dass die im GWB verankerten gesetzlichen Marktbeherrschungsvermutungen nicht dazu führen, dass auf eine umfassende Beurteilung aller relevanten Faktoren verzichtet wird, sondern dass sie nur dann eingreifen, wenn nach einer umfassenden Untersuchung weder das Vorliegen noch das Fehlen einer marktbeherrschenden Stellung bewiesen werden kann (*non-liquet*) (Rn. 23). Wir würden in diesem Zusammenhang vorschlagen, dass der Entwurf sich noch deutlicher hinsichtlich des Konzepts der "sehr hohen (kombinierten) Marktanteile" als Indiz für eine marktbeherrschende Stellung (Rn. 29) äußert und diesen Begriff unter Berücksichtigung der deutschen und europäischen Rechtsprechung und Praxis⁴ im Hauptteil genauer definiert. Dadurch könnte die Transparenz dieses wichtigen Kriteriums weiter erhöht werden.

Darüber hinaus schlagen wir vor, in die Liste der Beispiele, wann Marktanteile nur bedingt aussagekräftig für das Bestehen von Marktmacht sein können (Rn. 31 ff.), ausdrücklich den Fall von differenzierten Produktmärkte aufzunehmen. Im Fall differenzierter Produktmärkte werden anhand der Marktanteile die Auswirkungen eines Zusammenschlusses oft über- bzw. unterbewertet, was unter anderem vom Grad der Substituierbarkeit der Produkte der fusionierenden Unternehmen abhängt. In diesem Zusammenhang schlagen wir vor, den Abschnitt zu "Kundenpräferenzen" (also dem Grad der Austauschbarkeit der - differenzierten - Produkte der fusionierenden Unternehmen im Hinblick auf die Verbraucherpräferenzen) weiter auszuführen, da dies im Hinblick auf die Untersuchung von Zusammenschlüssen in differenzierten Produktmärkten von besonderer Bedeutung ist. In dieser Hinsicht könnte es sinnvoll sein, in dem Entwurf weitere Beispiele für die Art der Beweise oder Tatsachen aufzuführen, die bei der Beurteilung der Wettbewerbsnähe hilfreich sein können. Insbesondere die kürzlich von der Kommission entschiedenen Fälle COMP/M.5644 Kraft Foods / Cadbury und COMP/M.5658 Unilever / Sara Lee Body Care könnten insoweit nützliche Anhaltspunkte liefern.

Wir nehmen zur Kenntnis, dass die Diskussion über gegengewichtige Faktoren wie potentieller Wettbewerb, Marktzutrittschranken (einschließlich Marktaustrittsschranken), Randsubstitution

⁴ Siehe die Mitteilung über horizontale Zusammenschlüsse, Rn. 17.

und Nachfragemacht weitgehend mit der Mitteilung über horizontale Zusammenschlüsse im Einklang steht. Wir begrüßen die Kohärenz mit der europäischen Fusionskontrolle und die Detailliertheit des Entwurfs in Bezug auf einige der Kriterien. Allerdings könnte es nützlich sein, weitere Kriterien in größerem Detail zu entwickeln, möglicherweise mit einem Verweis auf EU-Rechtsprechung und Praxis, da hier im Grunde die gleichen Kriterien bei der Beurteilung angewendet werden⁵. Darüber hinaus könnten in den Entwurf folgende Konstellationen aufgenommen werden: einmal die Situation, dass die Kunden aufgrund weniger echter Alternativen auf dem Markt beschränkte Möglichkeiten haben, den Anbieter zu wechseln, zum anderen die Auswirkungen eines Zusammenschlusses in einer Branche, in der Kunden aus Gründen der Versorgungssicherheit Abnehmer mehrerer Anbieter sein müssen⁶.

Gemeinsame Marktherrschaft

Wir begrüßen sehr, dass die diskutierten Kriterien – die Möglichkeit zur Koordinationserzielung, Transparenz, ein glaubhafter Sanktionsmechanismus, das Fehlen von Außenwettbewerb – weitgehend mit denen für koordinierte Wirkungen in der Mitteilung über horizontale Zusammenschlüsse übereinstimmen.

Vertikale Zusammenschlüsse

Wir begrüßen, dass der Entwurf für vertikale Zusammenschlüsse im Wesentlichen den gleichen Ansatz wie die Mitteilung über nicht-horizontalen Zusammenschlüsse verfolgt. Es könnte sinnvoll sein, die Kohärenz mit der europäischen Praxis durch einen Hinweis auf die Mitteilung über nicht-horizontalen Zusammenschlüsse sowie kürzlich von der Kommission entschiedene Fälle noch deutlicher hervorzuheben⁷. Darüber hinaus könnte noch klarer erläutert werden (Rn. 146 f.), dass neben der Fähigkeit und dem Anreiz zur Abschottung in einem dritten Schritt der

⁵ Siehe z.B. COMP/M. 5658 Unilever/Sara Lee Body Care (Nachfragemacht); COMP/M.1882 Pirelli/BICC (Nachfragemacht); COMP/M.4439 Ryanair/Air Lingus (potentieller Wettbewerb); COMP/M.3687 Johnson&Johnson/Guidant (Marktzutrittsbeschränken); COMP/M. 2256 Philips/Agilent (Keine Kapazitätsbeschränkungen, Wahrscheinlichkeit des Markteintritts).

⁶ Siehe die Mitteilung über horizontale Zusammenschlüsse, Rn. 31.

⁷ Z.B. COMP/M.5406 IPI/CMAN Ferrostaal.

Analyse auch die zu erwartenden Gesamtauswirkungen auf den wirksamen Wettbewerb beurteilt werden.

Einrede der Sanierungsfusion ("failing firm defence")

Wir begrüßen, dass die ersten beiden Kriterien der Einrede der Sanierungsfusion (dass das erworbene Unternehmen ohne den Zusammenschluss aus dem Markt ausscheiden würde und dass es keine wettbewerblich weniger schädliche Alternative zu dem Zusammenschluss gibt) mit denen der Mitteilung über horizontale Leitlinien übereinstimmen. Hinsichtlich des dritten Kriteriums, dass "die Marktposition des erworbenen Unternehmens auch ohne den Zusammenschluss im Wesentlichen dem erwerbenden Unternehmen zufallen (würde)", stellt der Entwurf klar, dass Insolvenz keine vorzugswürdige Alternative darstellt und der Zusammenschluss daher nicht zu untersagen ist, wenn die Insolvenz aller Wahrscheinlichkeit nach zum Ausscheiden des Zielunternehmens aus dem Markt führen würde (Rn. 179). Dies ist auch der Ansatz, den die Mitteilung über horizontale Zusammenschlüsse verfolgt.

Schlussfolgerung

Insgesamt begrüßen wir den Entwurf sehr, da er die Transparenz hinsichtlich der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung durch das Bundeskartellamt erhöht und zur Harmonisierung und Kohärenz der deutschen und der europäischen Fusionskontrolle beiträgt.