

Leitfaden des Bundeskartellamts zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle

ANMERKUNGEN VON FRONTIER ECONOMICS

Frontier Economics begrüßt die Veröffentlichung des Bundeskartellamt-Leitfadens zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle. Das Dokument erläutert an vielen Stellen hilfreiche Details zum Vorgehen des Bundeskartellamts bei der Prüfung von Zusammenschlüssen und trägt so zur Rechtssicherheit für Unternehmen und ihre Berater bei.

Als Ökonomen unterstützen wir auch ausdrücklich die stärkere Verankerung des Leitfadens in der ökonomischen Theorie. Angesichts der fortschreitenden „Ökonomisierung“ der Fusionskontrolle auf europäischer und nationaler Ebene ist der Leitfaden ein wichtiger Schritt in die richtige Richtung. Nichtsdestotrotz sehen wir einige Bereiche, in denen Verbesserungen möglich wären.

- Die Diskussion koordinierter Effekte im Zusammenhang mit der gemeinsamen Marktbeherrschung im Leitfaden ist sehr ausführlich und detailliert. Gleichzeitig werden jedoch wichtige Bereiche, z.B. die Bewertung von nicht-preislicher Kollusion, nur unzureichend abgedeckt. Darüber hinaus wären aus unserer Sicht eine grobe Klassifizierung der behandelten Marktstrukturfaktoren und eine stärkere Verknüpfung der verschiedenen Faktoren mit den zugrundeliegenden ökonomischen Konzepten für die Anwender des Leitfadens hilfreich.
- Die Beschreibung der möglichen Auswirkungen vertikaler Zusammenschlüsse fokussiert aus unserer Sicht unnötig stark auf die möglichen negativen Auswirkungen solcher Fusionen. Detailliertere Informationen dazu, wie das Amt mögliche positive Effekte vertikaler Zusammenschlüsse bewerten würde und welche Informationen die Parteien vorlegen sollten, um mögliche Wettbewerbsbedenken zu entkräften, würden den Nutzen des Leitfadens für die Anwender unserer Meinung nach deutlich erhöhen.
- Letztlich fällt bei der Durchsicht des Leitfadens auf, dass die generelle Rolle und Bewertung von möglichen positiven Effekten eines Zusammenschlusses durch Effizienzen nur am Rande diskutiert wird. Hier wäre eine klare Darstellung der Position des Bundeskartellamts und der angewandten Bewertungsmaßstäbe zu begrüßen.

Im Gegensatz zur europäischen Rechtsprechung gilt in Deutschland weiterhin der Marktbeherrschungsansatz. Die Frage, ob der Fokus auf Marktbeherrschung statt auf eine „erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs“ („significant

impediment to effective competition“ oder SIEC) wie im europäischen Wettbewerbsrecht zu Bewertungsunterschieden und insbesondere zu einer möglichen „Kontrolllücke“ im deutschen Wettbewerbsrechts führen kann, wurde in den vergangenen Jahren bereits ausführlich diskutiert.¹ Das kürzlich veröffentlichte Eckpunktepapier des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie zur 8. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) plant nun umfassende Veränderungen in der deutschen Fusionskontrolle, insbesondere eine Vereinheitlichung des deutschen mit dem europäischen Ansatz und die Verankerung des SIEC-Tests im GWB. Entsprechend sehen wir in diesem Dokument von einer Kommentierung des Marktbeherrungsansatzes als momentanem Standard in der deutschen Fusionskontrolle ab.

Diskussion von koordinierten Effekten im Zusammenhang mit gemeinsamer Marktbeherrschung

Die Anreize und Möglichkeiten von Unternehmen, nach einer horizontalen Fusion implizite Koordination zu betreiben, werden vom Bundeskartellamt in Kapitel B.II. des Leitfadens behandelt. In weiten Teilen begrüßen wir die Darstellung des Leitfadens. Insbesondere die starke Orientierung an der ökonomischen Theorie und der EU-Fusionskontrollverordnung wird Bewertungsunterschieden vorbeugen. Nichtsdestotrotz zeigen wir im Folgenden zwei Bereiche auf, in denen wir Möglichkeiten zur Verbesserung sehen.

Es ist zunächst auffallend, dass sich das Bundeskartellamt bei der Diskussion der gemeinsamen Marktbeherrschung sehr ausführlich verschiedenen Marktstrukturfaktoren widmet, die implizit koordiniertes Verhalten begünstigen oder überhaupt erst ermöglichen könnten. Allerdings ist die Diskussion nicht vollständig. So fokussiert sich der Leitfaden z.B. sehr stark auf kollusives Verhalten im Hinblick auf Preise, befasst sich jedoch nur am Rande mit der Möglichkeit nicht-preislicher Kollusion. Firmen können sich implizit aber nicht nur auf Preise, sondern beispielsweise auch auf Mengen oder Kapazitäten² einigen. Gerade in Märkten, in denen Kapazitäten einen entscheidenden Einfluss auf den Wettbewerb haben (z.B. Luftfahrt, Tourismus, Chemie oder Papier),

¹ So hat sich der Arbeitskreis Kartellrecht z.B. im Rahmen seiner Tagung am 24. September 2009 umfassend mit dem Thema beschäftigt. Siehe auch die Beiträge externer Sachverständiger zu dieser Fachtagung, z.B. Säcker, F.J. (2010), „Entwicklung der europäischen Praxis aus deutscher Sicht und Bindungswirkung der europäischen Praxis bei Übernahme des SIEC-Tests in deutsches Recht“, *Wirtschaft und Wettbewerb*, Heft 4, Seiten 370-377.

² Für eine Diskussion der Bewertung von Kapazitäten bei impliziter Kollusion siehe beispielsweise Kühn, K. U. und J. Van Reenen, (2008) „Capacity constraints and irreversible investments: defending against collective dominance in UPM Kymmene/Norske Skog/Haindl“, Centre for Economic Performance, London School of Economics and Political Science, London, UK. Für experimentelle Evidenz von impliziter Kollusion bei Mengenwettbewerb siehe Suetens, Sigrid und Jan Potters (2007), „Bertrand colludes more than Cournot“, *Experimental Economics* (10), Seiten 71–77.

könnte kollusives Verhalten im Hinblick auf nicht-preisliche Faktoren eine wichtige Rolle spielen. Entsprechend wären ausführlichere Hinweise, wie das Bundeskartellamt solche Fälle bewerten würde, wünschenswert.³

Darüber hinaus fehlt im Leitfaden aus unserer Sicht eine klare Einordnung der verschiedenen Faktoren, die implizite Kollusion fördern oder verhindern könnten (z.B. Zahl der Anbieter und Verteilung der Marktanteile, Transparenz, Markteintrittsschranken etc.), in den Gesamtzusammenhang. Die ausführliche Diskussion der verschiedensten Faktoren erweckt den Eindruck, dass alle Aspekte nahezu gleichberechtigt nebeneinander stehen. Zwar erläutert das Amt in Randziffer 85, dass es eine Gewichtung der „*einzelnen Marktstrukturfaktoren [...] entsprechend ihrer Bedeutung im konkreten Markt*“ vornehmen wird, und dass „*[a]bhängig von den jeweiligen Marktverhältnissen [...] einzelne Faktoren auf einem Markt kaum relevant sein [können], während sie auf einem anderen Markt ausschlaggebend für das Ergebnis der Gesamtwürdigung sind.*“ Dieser Hinweis erscheint uns allerdings nur wenig aussagekräftig und nicht konkret genug. Der Leser wird in der Bewertung und dem Zusammenspiel der einzelnen Faktoren im Leitfaden wenig geleitet, was zu Verunsicherung führen könnte. Eine grobe Klassifizierung der einzelnen Kriterien und deren Verknüpfung mit den zugrundeliegenden ökonomischen Konzepten wären aus unserer Sicht hilfreich. Beispielsweise ist es aus ökonomischer Sicht unwahrscheinlich, dass in einem Markt mit vielen Marktteilnehmern und ohne Marktzutrittsschranken stabile implizite Kollusion auftritt. Eine Prüfung weiterer Faktoren wie Symmetrie der Anbieter oder Nachfragemacht wäre in einem solchen Fall unnötig und würde die Gesamteinschätzung nicht grundlegend ändern.

Es wäre aus unserer Sicht daher hilfreich, wenn das Bundeskartellamt eine grundsätzliche Klassifizierung der Marktstrukturkriterien, beispielsweise in Anlehnung an Rey⁴, zumindest in Erwägung ziehen würde. Rey unterteilt die Kriterien zur Prüfung der Wahrscheinlichkeit kollusiven Verhaltens in notwendige, wichtige und andere Kriterien. Eine ähnliche Klassifizierung im Leitfaden würde die Bewertungskriterien des Bundeskartellamts transparenter machen und könnte Unternehmen und ihren Beratern den Gebrauch des Leitfadens deutlich erleichtern.

³ Ein weiterer Aspekt, der im Leitfaden bei der Diskussion gemeinsamer Marktbeherrschung nicht diskutiert wird, ist die Relevanz von Netzwerkeffekten bzw. Clubeffekten. Netzwerkeffekte treten auf, wenn der Nutzen eines Produktes für den Verbraucher umso höher ist, je mehr andere Kunden dieses Produkt ebenfalls verwenden. Typische Beispiele sind Mobiltelefone, PC-Betriebssysteme oder auch soziale Netzwerke. In Märkten, in denen Netzwerkeffekte auftreten, können die Gewinne durch Abweichen von einer impliziten Kollusion gerade bei noch wachsenden Märkten sehr hoch sein, Bestrafungsmöglichkeiten sind dagegen in der Regel eingeschränkt. Damit wird die Aufrechterhaltung implizit kollusiven Verhaltens in solchen Märkten aus ökonomischer Sicht erschwert.

⁴ Rey (2003) “Collective Dominance and the telecommunications industry” in *The Economics of Antitrust and Regulation in Telecommunications*, P. Buigues et P. Rey eds, Edward Elgar.

Diskussion der möglichen Auswirkungen vertikaler Zusammenschlüsse

Die Diskussion möglicher Auswirkungen vertikaler Zusammenschlüsse im Leitfaden entspricht in weiten Teilen den Leitlinien der Europäischen Kommission zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse. Dies ist zunächst zu begrüßen.

Bei genauerer Durchsicht fällt jedoch auf, dass das Amt in diesem Abschnitt des Leitfadens ein eher pessimistisches Bild der möglichen Auswirkungen vertikaler Zusammenschlüsse zeichnet und vor allem darauf hinweist, welche Probleme sich aus solchen Fusionen ergeben könnten. Zwar wird in der Einleitung von Abschnitt C angemerkt, dass vertikale Fusionen weniger direkt auf den Wettbewerb einwirken als horizontale Zusammenschlüsse und zu Effizienzsteigerungen führen können, die auch für Abnehmer und Verbraucher von Vorteil sein können. Durch die Vermeidung von doppelten Preisaufschlägen können vertikale Zusammenschlüsse außerdem eine preisdämpfende Wirkung haben.⁵ Diese Formulierungen sind jedoch deutlich vorsichtiger und allgemeiner gehalten als die entsprechenden Abschnitte der EU-Leitlinien. So enthalten die EU-Leitlinien zum Beispiel folgende, deutlich stärkere Aussage: „*Nichthorizontale Fusionen geben in der Regel weniger Anlass zu Wettbewerbsbedenken als horizontale Fusionen.*“⁶

Darüber hinaus beschreiben die EU-Leitlinien weitaus detaillierter als der Leitfaden des Bundeskartellamts, in welcher Form mögliche Effizienzgewinne durch nichthorizontale Fusionen bei der Bewertung eines Zusammenschlusses berücksichtigt werden sollten.⁷ Entsprechende Ergänzungen wären aus unserer Sicht auch im Leitfaden des Bundeskartellamts hilfreich. Dies würde Unternehmen und ihren Beratern genauere Hinweise darauf geben, wie das Amt bestimmte Zusammenhänge bewerten würde und welche Informationen die Parteien zu den positiven Auswirkungen eines vertikalen Zusammenschlusses vorbringen sollten, um mögliche Wettbewerbsbedenken entkräften zu können. Zum Beispiel wäre es hilfreich, wenn das Amt genauer erläutern würde, welche Informationen es zu erwarteten Kostensenkungen oder zur Vermeidung doppelter Gewinnaufschläge nach der Fusion benötigen würde, um diese als positive Wirkung der Transaktion zu akzeptieren. Dies erscheint umso wichtiger als sich bei vertikalen Fusionen die potenziellen negativen Auswirkungen eines Zusammenschlusses (z.B. eine Verstärkung der Position der fusionierenden Parteien) auch aus Aspekten ergeben können, die sich tendenziell positiv für Verbraucher auswirken (z.B. der Wegfall von doppelten Gewinnaufschlägen).

⁵ Leitfaden, Rz. 125-127.

⁶ Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (2008/C 265/07), Rz. 11.

⁷ *Ibid.*, Rz. 53-57 und 77.

Generelle Nichtberücksichtigung von Effizienzen im Leitfaden

Im Zuge der Ökonomisierung der Fusionskontrolle hat die Europäische Kommission im Jahr 2004 die Effizienzeinrede eingeführt. Die sich zusammenschließenden Unternehmen haben die Möglichkeit zu argumentieren, dass potenzielle Schäden für den Verbraucher durch Effizienzsteigerungen ausgeglichen würden. Für die Effizienzeinrede gilt es kumulativ nachzuweisen, dass die resultierenden Effizienzen sehr wahrscheinlich, als unmittelbare Folge der Fusion und in nachweisbarer Form eintreten. Außerdem müssen Effizienzen zumindest teilweise an die Verbraucher weitergegeben werden.⁸

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) berücksichtigt positive Wirkungen eines Zusammenschlusses im Rahmen des § 36 Abs. 1, 1. Alt. GWB ebenfalls.⁹ Die darin geforderte „*Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen*“ kann unter anderem durch zusammenschlussbedingte Effizienzvorteile erzielt werden.

Das Bundeskartellamt berücksichtigt mögliche Effizienzvorteile durch einen Zusammenschluss in seinem Leitfaden aus unserer Sicht allerdings nur unzureichend. Lediglich in Randziffer 186 des Abschnitt F zur Abwägungsklausel ist vermerkt, dass die Anwendung der Klausel nur dann rechters ist, wenn die abzuwägenden (positiven) wettbewerblichen Auswirkungen auf einem anderen Markt als dem durch den Zusammenschluss direkt betroffenen eintreten. Ist dies nicht der Fall, dann seien „*Verbesserungen bereits bei der Beurteilung darüber zu berücksichtigen, ob eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird.*“ Im Abschnitt des Leitfadens zur Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung wird allerdings nicht auf mögliche Verbesserungen der Marktbedingungen durch Effizienzgewinne eingegangen.

Es ist uns bewusst, dass die Bewertung von Effizienzen in einem auf dem Marktbeherrschungsansatz basierenden Fusionskontrollsystem nicht unproblematisch ist. Denn Effizienzen, die z.B. zu Kostenvorteilen für die fusionierenden Parteien führen, verbessern die Position des neu entstehenden Unternehmens und könnten damit streng genommen eine marktbeherrschende Stellung verstärken oder entstehen lassen. Genau aus diesem Grund wäre jedoch eine Diskussion der Bewertungsmaßstäbe des Bundeskartellamts bei Effizienzen im Leitfaden aus unserer Sicht von großem Mehrwert.

⁸ Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Formblatt CO zur Anmeldung eines Zusammenschlusses gemäß Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates, Anhang 1, Abschnitt 9.3 i – iv.

⁹ Siehe zum Beispiel Entscheidung des Bundeskartellamts im Fall Iesy (Apollo)/Ish (B7 – 22/05 - Rz. 203ff.).

Frontier Economics Limited in Europe is a member of the Frontier Economics network, which consists of separate companies based in Europe (Brussels, Cologne, London & Madrid) and Australia (Brisbane, Melbourne & Sydney). The companies are independently owned, and legal commitments entered into by any one company do not impose any obligations on other companies in the network. All views expressed in this document are the views of Frontier Economics Limited.

Leitfaden des Bundeskartellamts zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle