RBB Economics

Anmerkungen zum Entwurf des "Leitfadens zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle"

RBB Economics, 22 September 2011

1. Einleitung

Das Bundeskartellamt hat am 21. Juli 2011 den Entwurf eines "Leitfadens zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle" zur Stellungnahme vorgelegt. Der Leitfaden beschreibt das Prüfkonzept des Bundeskartellamtes bei Unternehmenszusammenschlüssen und ist dazu gedacht, den Unternehmen und ihren juristischen oder ökonomischen Beratern als Orientierungshilfe zu dienen. Zudem soll der Leitfaden einen Beitrag zur Diskussion im Rahmen der 8. GWB-Novelle liefern, im Zuge welcher das Untersagungskriterium möglicherweise demjenigen der europäischen Fusionskontrolle angeglichen werden sollte¹.

¹ In diesem Falle könnte, anstelle des Marktbeherrschungstes, dann auch in der deutschen Fusionskontrolle das Kriterium einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs (,significant impediment to effective competition', kurz: SIEC) Anwendung finden.

Die tatsächlichen Auswirkungen auf die Entscheidungspraxis sind fraglich

Im Vergleich zu den früheren Auslegungsgrundsätzen rückt der neue Leitfaden die notwendige Gesamtbetrachtung der Marktverhältnisse stärker in den Mittelpunkt. Dabei wird insbesondere Tendenz hin zu ökonomischen Analysen und weg vom traditionellen. marktstrukturorientierten Ansatz des Bundeskartellamts deutlich. Auch entspricht die Anwendung der ökonomischen Schadenstheorien, die der im Leitfaden beschriebenen Definitionen der Marktbeherrschung sowie der vorgestellten Methode zur Bewertung der einzelnen Sachverhalte zugrunde liegen, der europäischen Praxis. Dies ist aus unserer Sicht begrüßenswert, insofern es den Beginn einer Entwicklung hin zu einer mehr wirkungsorientierten Entscheidungspraxis darstellt.

Allerdings erscheint es unwahrscheinlich, dass der neue Leitfaden eine Veränderung der Entscheidungspraxis des Bundeskartellamts signalisiert. So bestehen große Teile des Leitfadens aus einer Zusammenfassung des gegenwärtigen Vorgehens des Bundeskartellamts, und präsentieren die bisherige Entscheidungspraxis der Behörde in einem sehr positiven Licht. Im Vergleich zur europäischen Praxis ist das im Entwurf des Leitfadens beschriebene (sowie in der Vergangenheit zu beobachtende) Vorgehen des Bundeskartellamts relativ stark auf den Erhalt der bestehenden Marktstruktur fokussiert.

Dies schlägt sich insbesondere in der Definition des Sinn und Zwecks der Fusionskontrolle nieder: der Leitfaden definiert, im Einklang mit der bisherigen Praxis, den "Schutz des Wettbewerbs als funktionsfähigen Prozess" als Ziel der Fusionskontrolle. Insbesondere gibt der Leitfaden vor, dass bereits eine veränderte Marktstruktur (bzw. ein Zuwachs des Marktanteils) ausreicht, und diese Veränderung nicht tatsächlich spürbar sein muss. Hiermit gibt der Leitfaden eine wesentlich geringere Schwelle für etwaige Interventionen vor, als dies in der europäischen Praxis der Fall ist.

Die Besonderheit der deutschen Gesetzgebung hinsichtlich der gesetzlichen Vermutungsregelung verstärkt diese Tendenz noch weiter: dadurch, dass bereits ab einer Marktanteilsschwelle von 33% (Einzelmarktbeherrschung) bzw. 50%/66% (gemeinsame Marktbeherrschung) die widerlegbare Vermutung der Marktbeherrschung greift, gibt es eine starke Tendenz zur Intervention bei jeglichen Zusammenschlussvorhaben, die diese (formalistischen) Kriterien erfüllen. Schliesslich liegt, sobald diese Marktanteilsschwellen überschritten werden, die Beweislast effektiv bei den Unternehmen, und führt ein fehlender Nachweis der Nicht-Existenz der Marktbeherrschung in diesen Fällen zu einer Ablehnung des Zusammenschlussvorhabens. Vergleicht man dieses Vorgehen mit der europäischen Praxis, die im Regelfall bei einem Marktanteil von unter 40% eine Einzelmarktbeherrschung als unwahrscheinlich erachtet, wird deutlich dass die Entscheidungspraxis des Bundeskartellamts fast automatisch interventionistischer ist als ihr europäischer Gegenpart. Dies bedingt ein zunehmendes Risiko von sogenannten ,false-positives', d.h. der Untersagung tatsächlich unbendenklicher Zusammenschlussvorhaben.

Vor diesem Hintergrund ist es fraglich, wie sich der zunehmende Fokus auf die Gesamtbetrachtung der Marktverhältnisse auf die zukünftige Entscheidungspraxis des Bundeskartellamts auswirken wird. So besteht aus unserer Sicht das Risiko, dass die

Einführung einer Gesamtbetrachtung der Marktverhältnisse nicht zu einer Harmonisierung der deutschen Entscheidungspraxis mit der europäischen Praxis führt, sondern vielmehr zu einer Ausweitung der Divergenz führt: Angesichts der Tatsache, dass der neue Leitfaden keine Abkehr von der marktstrukturorientierten Entscheidungspraxis des Bundeskartellamts darstellt, erscheinen Interventionen einzig auf der Basis der Marktanteile der Unternehmen auch in Zukunft möglich bzw. wahrscheinlich. In diesem Falle würde der zunehmende ökonomische Fokus allenfalls dienen. auch Zusammenschlussvorhaben Marktanteilsschwelle verstärkt zu untersuchen. Um aber tatsächlich einen Schritt hin zu einer europäischen Harmonisierung und einer wirkungsorientierten Entscheidungspraxis zu leisten, müsste das Bundeskartellamt den Ansatz der Gesamtbetrachtung der Marktverhältnisse vor allem dazu nutzen, um Zusammenschlussvorhaben, die die Vermutungsregelung auslösen, zumindest in Einzelfällen nach ausführlicher Prüfung verstärkt zu genehmigen. Bleibt eine solche Entwicklung jedoch aus, gäbe der verstärkte ökonomische Fokus dem Bundeskartellamt einzig ein weiteres Werkzeug an die Hand, um auch solche Zusammenschlussvorhaben abzuweisen, die bislang im marktstrukturorientierten Ansatz keine Bedenken hervorgerufen haben. In diesem Falle würde die Entscheidungspraxis des Bundeskartellamts noch weiter von der europäischen Praxis divergieren, zumindest was den Grad des Interventionismus betrifft.

Auch eine mögliche Einführung des SIEC-Tests im Rahmen der 8. GWB-Novelle ist vor diesem Hintergrund kritisch zu beurteilen: soweit es nicht gleichzeitig zu einer Abkehr von marktstrukturorientierten Ansatz inklusive der Vermutungsregelung kommt, besteht das Risiko, dass eine derartige Novelle zu einer noch interventionistischeren Entscheidungspraxis sowie weniger Rechtssicherheit für die Unternehmen führt. Sollten der SIEC-Test parallel zur Vermutungsregelung eingeführt werden, gäbe auch er dem Bundeskartellamt eine weitere Option an die Hand um Zusammenschlussvorhaben abzuweisen, während das derzeit für Unternehmen bestehende Problem Beweislast-Umkehrung der Marktanteilsschwellen nach wie vor Bestand hätte. Um einen tatsächlichen Schritt hin zu einer europäischen Harmonisierung und einer wirkungsorientierten Entscheidungspraxis zu leisten, wäre neben der Einführung des SIEC-Test allerdings eine Abschaffung oder zumindest eine Revision der Vermutungsregelung nötig.

3. Der neue Leitfaden erhöht die Transparenz nicht spürbar

Eines der Ziele, die das Bundeskartellamt mit der Veröffentlichung des neuen Leitfadens verfolgt, ist die Erhöhung der Transparenz seiner Entscheidungspraxis. So hofft das Bundeskartellamt, dass im Zuge der Publizierung Unternehmen "auch besser einschätzen [können], inwiefern ihr Vorhaben in der Bewertung des Bundeskartellamts Wettbewerbsprobleme aufwerfen könnte."

Aus unserer Sicht wird dieses Ziel nicht erreicht. Auf Grund der im Gesetz verankerten Vermutungsregelung ab bestimmten Marktanteilsschwellen kommt der Berechnung der Marktanteile, und somit der Definierung des relevanten Marktes, in der deutschen Entscheidungspraxis entscheidende Bedeutung bei. Während die Berechnung der Marktanteile auf dem betroffenen relevanten Markt jedoch detailliert im Leitfaden beschrieben wird, geht der Leitfaden nicht näher auf die entscheidende Frage der Abgrenzung des relevanten Marktes ein.

So lange Unternehmen jedoch keine Leitlinien betreffend der Marktabgrenzung haben, die das Bundeskartellamt in der Beurteilung eines Zusammenschlussvorhabens anwendet, ist es ihnen auch nicht möglich, die Bewertung des Vorhabens durch das Bundeskartellamt verlässlich einzuschätzen. Immerhin sind durchaus Fälle denkbar, in denen abhängig von der getroffenen Marktabgrenzung die Beurteilung eines Zusammenschlussvorhabens zwischen einer Anwendung der Vermutungsregelung sowie der Erlaubnis ohne detaillierte Untersuchung aufgrund von geringen Marktanteilen schwanken könnte. Die Frage, welches dieser beiden Szenarien zutrifft, wirkt sich erheblich auf die Chancen eines positiven Bescheids für das Zusammenschlussvorhaben seitens des Bundeskartellamts aus.

Zudem sind, auf Grund der relativ niedrigen Interventionsschwelle der deutschen Entscheidungspraxis in Kombination mit der Vermutungsregelung, verschiedene Szenarien denkbar, in denen Zusammenschlussvorhaben sehr hohe Hürden zu nehmen haben. So stehen beispielsweise Unternehmen, sobald die Definition des relevanten Marktes ergibt dass die drei größten Unternehmen einen Marktanteil von 50% oder mehr haben, auf Grund der Vermutungsregelung in der Bringschuld zu beweisen, dass eine stillschweigende Kollusion nach dem Zusammenschluss nicht möglich ist. Ebenso liegt die Beweislast automatisch bei Unternehmen, die einen Marktanteil von 33% oder mehr auf dem relevanten Markt erreicht haben, selbst wenn das Zusammenschlussvorhaben nur einen (potentiellen) Wettbewerber auf einem benachbarten Markt betrifft. In beiden Fällen sehen sich Unternehmen, möglicherweise einzig auf Grund der gewählten Definition des relevanten Marktes, mit der Notwendigkeit konfrontiert, einen negativen, und somit schwierig zu erbringenden, Beweis zu führen.

Zusammenfassend muss daher festgestellt werden, dass der Frage der Marktabgrenzung in einer marktstrukturorientierten Entscheidungspraxis noch entscheidendere Bedeutung als in einer wirkungsorientierten Entscheidungspraxis zukommt. Um das erklärte Ziel einer erhöhten Transparenz, und somit einer erhöhten Rechtssicherheit der Unternehmen, zu erreichen, sollte das Bundeskartellamt unserer Meinung nach daher seinen Leitfaden um eine detaillierte Beschreibung seiner Praxis der Marktabgrenzung erweitern. Insbesondere wäre es aus unserer Sicht hilfreich, wenn das Bundeskartellamt der europäischen Praxis folgen würde und den SSNIP-Test explizit als die maßgebliche Methode vorgeben würde, die zur Interpretation der verschiedenen Indizien und Fakten sowie zur Abgrenzung des relevanten Marktes zu verwenden ist.