

Julius-Maximilians-Universität Würzburg

Vorlesung Prof. Dr. Florian Bien

Neuer Leitfaden des Bundeskartellamts zur Beurteilung der Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle

Würzburg, 10. Januar 2012

Dr. Andreas Bardong, LL.M.

Bundeskartellamt

Referatsleiter Deutsche und
Europäische Fusionskontrolle (G4)



Bundeskartellamt

Themenüberblick

2

Schwerpunkte

- Konzept des Leitfadens / Konzept Marktbeherrschung
- Horizontale Fusionen im Leitfaden

Disclaimer

Persönliche Meinung des Vortragenden. Nicht notwendigerweise die Position des BKartAs.

Leitfaden Marktbeherrschung

3

Welche Themen behandelt der Leitfaden?	
JA: Grundsätzliches zum Konzept der Marktbeherrschung	NEIN: Formelle Fusionskontrolle
JA: Prüfkonzept für verschiedene Fusionstypen	NEIN: Marktabgrenzung
JA: Kausalität	NEIN: Doppelprüfung Gemeinschaftsunternehmen
JA: Abwägungsklausel	NEIN: Verpflichtungszusagen

Internationaler Kontext

4



Dt. Leitfaden im Vergleich

5

Leitfaden BKartA, 2011	Unterschiede	Gemeinsamkeiten
Leitlinien Kommission 2004, 2008	Zwei Leitlinien: horizontale LL und nicht horizontale LL	Marktabgrenzung nicht einbezogen, remedies nicht einbezogen
Guidelines US DoJ/FTC Aug 2010	Marktabgrenzung, typische Beweismittel einbezogen; mehr Fallbei- spiele in Commentary	Remedies nicht einbezogen-; interessant: Minderheits- beteiligungen
UK OFT, CC Sep 2010	Marktabgrenzung einbezogen	Remedies nicht einbezogen, Konzept der rivalry ähnlich
lignes directrices Frankreich 2009	Komplettpaket: Markt- abgrenzung, formelle Fusionskontrolle, remedies	

Gliederung/Aufbau Leitfaden

6

Einleitung (6 S.)		
Horizontale Fusionen (41 S.)	Einzelmarktbeherrschung	Kollektive Marktbeherrschung
Vertikale Fusionen (9 S.)	Einzelmarktbeherrschung	Kollektive Marktbeherrschung
Konglomerate Fusionen (8 S.)	Einzelmarktbeherrschung	Kollektive Marktbeherrschung
Kausalität (4 S.)		
Abwägungsklausel (6 S.)		

Q&A

7

Was ist eine horizontale Fusion?
vertikale Fusion?
konglomerate Fusion?

Fusionstypen

8

- Horizontale Fusion: z.B. Edeka/Trinkgut (LF Rn. 16) (2010)
Freigabe mit Nebenbestimmungen
- Vertikale Fusion: z.B. E.on/Stadtwerke (LF Rn. 17) Eschwege (2003)
Untersagung
- Konglomerate Fusion: z.B. Springer/ ProSieben (LF Rn. 17) - SAT 1
Untersagung

Gliederung/Aufbau Leitfaden

9

Einleitung (6 S.)		
Horizontale Fusionen (41 S.)	Einzelmarktbeherrschung	Kollektive Marktbeherrschung
Vertikale Fusionen (9 S.)	Einzelmarktbeherrschung	Kollektive Marktbeherrschung
Konglomerate Fusionen (8 S.)	Einzelmarktbeherrschung	Kollektive Marktbeherrschung
Kausalität (4 S.)		
Abwägungsklausel (6 S.)		

Einleitung Leitfadens

10

- Zielsetzung des Leitfadens (Rn. 1)

Dieses Dokument erläutert den **analytischen Ansatz, nach dem das Bundeskartellamt Zusammenschlüsse beurteilt**. In diesen sind neben ökonomischen Erkenntnissen insbesondere die Fallpraxis und die Erfahrung des Bundeskartellamtes sowie die Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf und des Bundesgerichtshofs eingeflossen. Nicht in jedem Fusionskontrollfall spielen sämtliche dargestellten Kriterien eine Rolle oder haben die gleiche Bedeutung. Im Einzelfall kann auch eine Weiterentwicklung des hier dargelegten Konzeptes geboten sein. Insofern erhebt der Text weder einen Anspruch auf Vollständigkeit, **noch bindet er die Beschlussabteilungen** in ihren Einzelfallentscheidungen.

Q&A

11

Warum macht man einen Leitfaden?
Wer ist die richtige Zielgruppe?

Kontext – Zielgruppe?

12



Zielsetzung Leitfaden

13



„Den Unternehmen und ihren juristischen oder ökonomischen Beratern soll der Leitfaden als Orientierungshilfe dienen. Auf seiner Grundlage lässt sich besser einschätzen, welche Prüfungsschwerpunkte im Fusionskontrollverfahren zu erwarten sind. Dies können die Unternehmen bereits in ihrer Anmeldung berücksichtigen. Sie können so auch besser einschätzen, inwiefern ihr Vorhaben in der Bewertung des Bundeskartellamts Wettbewerbsprobleme aufwerfen könnte.“

Pressestelle
Klausurleiter@bka
53113 Bonn
Tel.: 02280490-246711
Fax: 02280490-143
www.bundeskartellamt.de
21. Juli 2011

Bundeskartellamt – Fusionskontrolle

Neuer Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle

Bonn, 21. Juli 2011: Das Bundeskartellamt hat heute den Entwurf eines „Leitfadens zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle“ zur Stellungnahme vorgelegt.

Der Leitfaden ist eine wichtige Orientierungshilfe für Unternehmen. Auf seiner Grundlage lässt sich besser einschätzen, welche Prüfungsschwerpunkte im Fusionskontrollverfahren zu erwarten sind. Der aktualisierte Leitfaden soll das Vorgängerdokument, das im Jahr 2000 unter dem Titel „Auslegungsgrundsätze zur Prüfung von Marktbeherrschung“ veröffentlicht worden war, ersetzen.

Das Bundeskartellamt entscheidet Jahr für Jahr über rund 1000 Zusammenschlussvorhaben von Unternehmen. Im Rahmen der Fusionskontrolle prüft die Behörde, ob durch einen Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird. Der Leitfaden stellt dar, anhand welcher Kriterien das Bundeskartellamt bemisst, ob ein Vorhaben auf wettbewerbliche Bedenken stößt oder freigegeben werden kann.

Im Vergleich zu den früheren Auslegungsgrundsätzen rückt der neue Leitfaden die notwendige Gesamtbetrachtung der Marktverhältnisse stärker in den Mittelpunkt. Es geht dabei nicht um die Bearbeitung einer Checkliste einzelner Kriterien. Die Prüfung ist vielmehr auf die Frage fokussiert, was sich durch den Zusammenschluss an den Marktverhältnissen ändert und ob dies

Q&A

14

Was ist Marktbeherrschung?

Einleitung Leitfaden

15

- Konzept Marktbeherrschung:
 - § 19 Abs. 2 GWB
 - Verbindung zum ökonomischen Konzept der Marktmacht (wenn „kritische Schwelle“ der Marktmacht überschritten ist)
 - „in nennenswerter Weise unabhängig von Reaktionen seiner Wettbewerber, Kunden und Lieferanten“
 - Kein Nachweis einer Beeinträchtigung der Gesamt- oder Konsumentenwohlfahrt erforderlich.
 - „konkrete Gefährdungslage“ ausreichend

Q&A

16

Warum Fusionskontrolle?

Einleitung Leitfaden

17

■ Warum Fusionskontrolle (Rn. 2-3)

„ Fusionskontrolle kann einen maßgeblichen Beitrag dazu leisten, **Wettbewerbsbeschränkungen durch Unternehmenskonzentration zu verhindern**.

Der Bedeutung der Fusionskontrolle steht dabei nicht entgegen, dass **die meisten Fusionen keine wettbewerblichen Probleme aufwerfen** und einige Fusionen im Gegenteil wettbewerblich positive Impulse setzen.

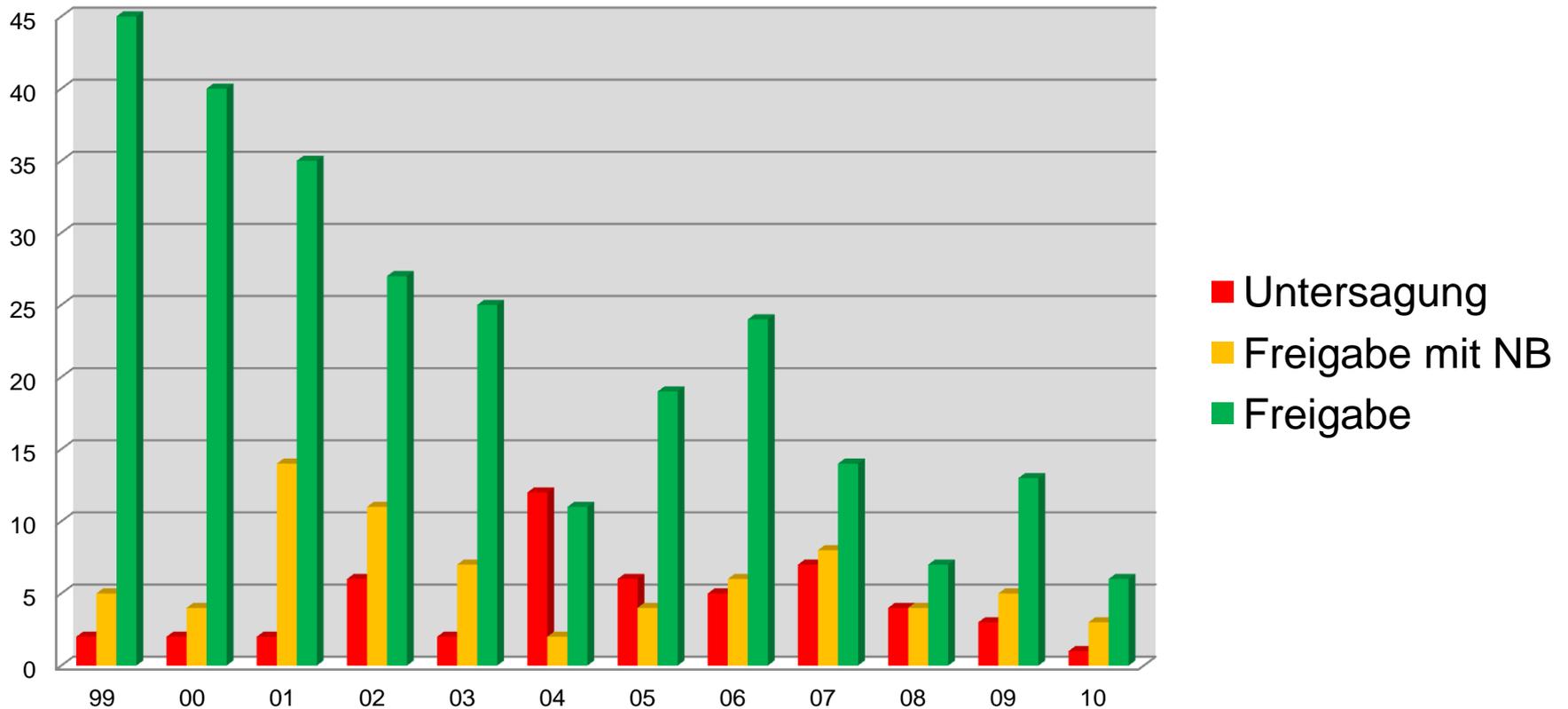
Da Zusammenschlüsse jedoch die **Marktstruktur** verändern, können sie einen wesentlichen Einfluss auf das **Wettbewerbsverhalten** der Unternehmen und die **Marktergebnisse** haben.“

„In den meisten Fällen verfügen Unternehmen in konzentrierten Märkten über ein höheres Maß an Marktmacht als Unternehmen, deren Märkte durch eine Vielzahl starker Wettbewerber geprägt sind. Marktmacht eröffnet einem Unternehmen **Verhaltensspielräume gegenüber Wettbewerbern, Abnehmern oder Zulieferern**, die das Marktergebnis negativ beeinflussen können: Sie kann zu **überhöhten Preisen, verminderter Menge, Qualität und Vielfalt sowie zu geringerer Innovationsdynamik** führen. Das gilt nicht nur auf der Ebene der Endkunden, sondern auch auf der Ebene der Unternehmenskunden. Die zunächst nur für Unternehmenskunden unmittelbar spürbaren Nachteile der Marktmacht können sich auf allen nachgelagerten Wertschöpfungsstufen auswirken und dann letztlich auch dem Endverbraucher schaden.

Exkurs: Statistik BKartA

18

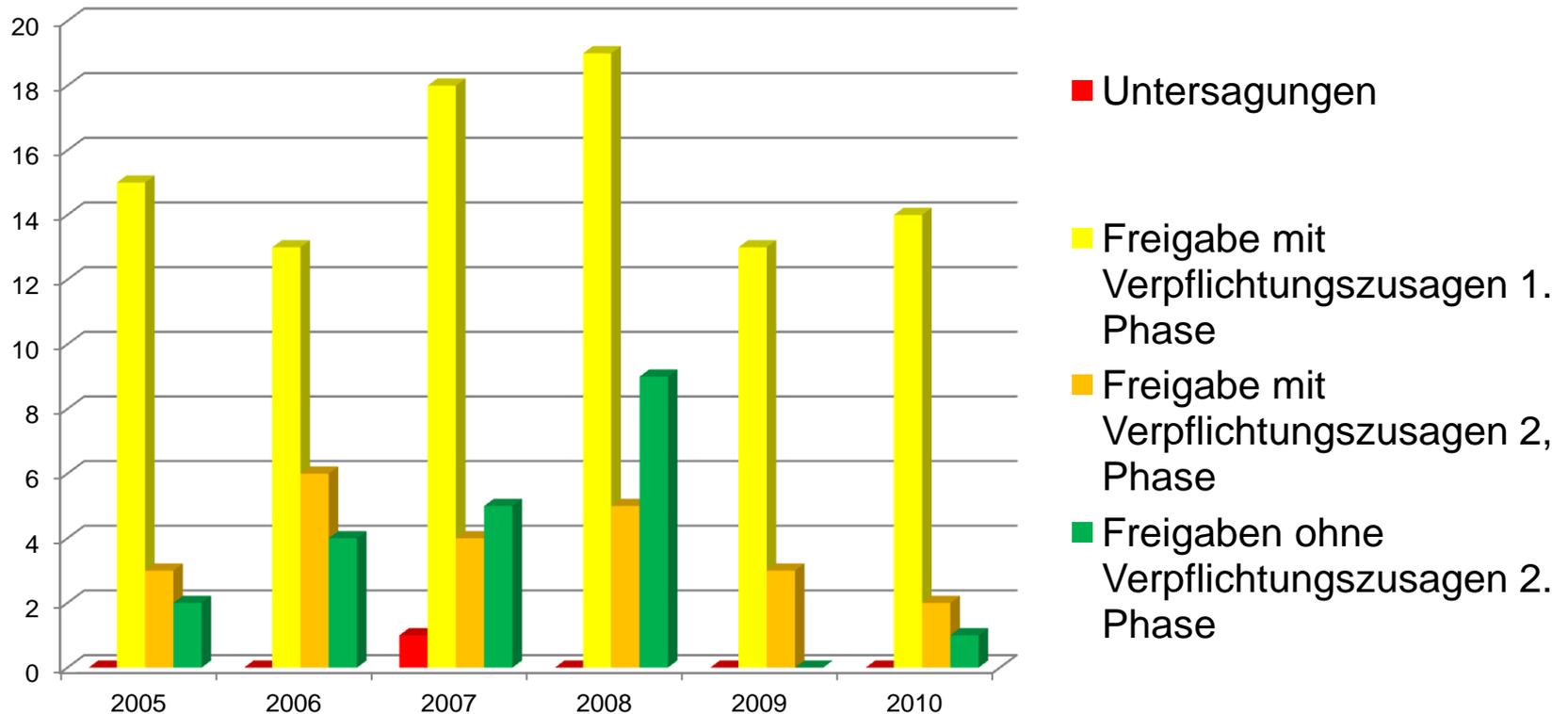
Entscheidungen BKartA 2. Phase 1999-2010



Exkurs: Statistik KOM

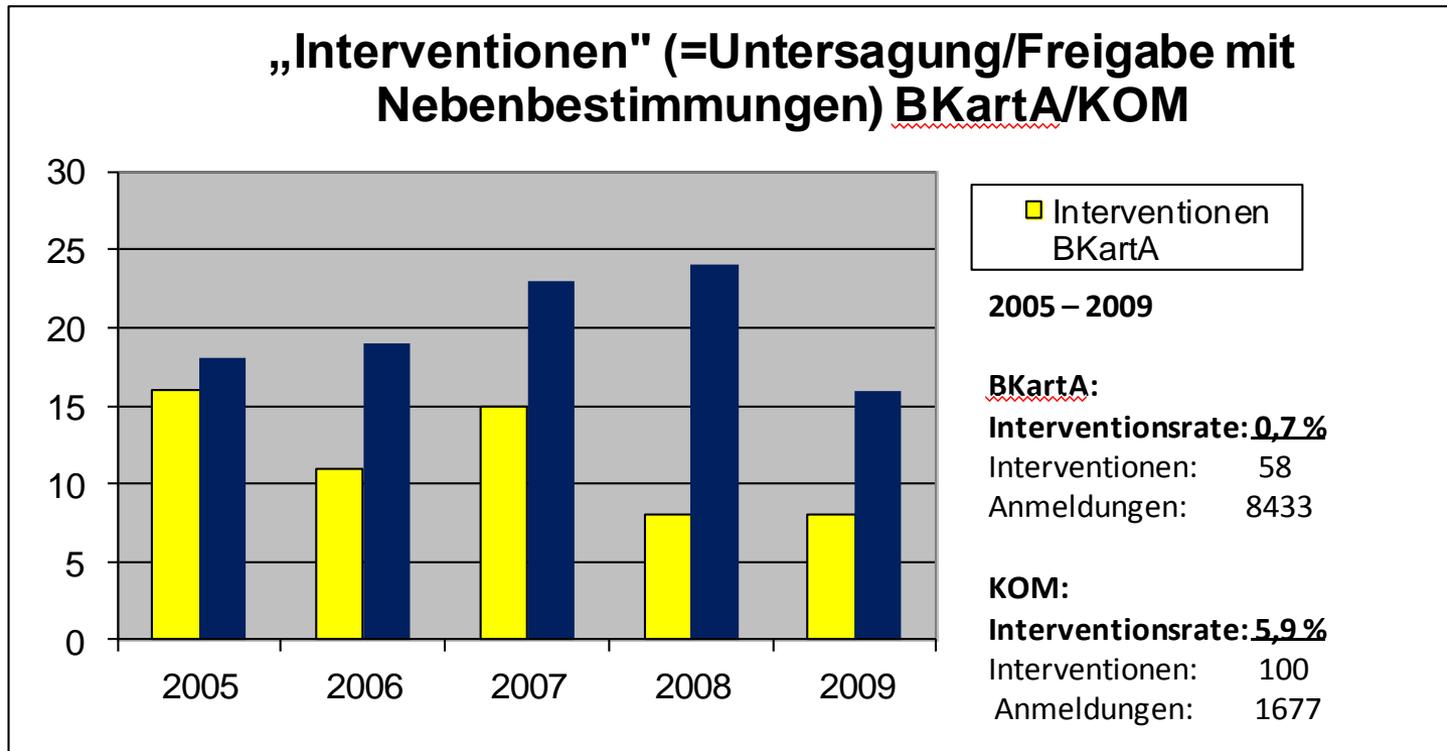
19

Kommission Entscheidungen 2. Phase und 1. Phase mit Verpflichtungszusagen



Exkurs: Interventionsrate D/EU

20



FAZIT: Die allermeisten Fusionen sind nicht problematisch!

Q&A

21

Welchem Leitbild folgt die deutsche Fusionskontrolle?

Einleitung Leitfaden

22

- „Leitbild“ (Rn. 4)

„Die Fusionskontrolle dient dem Zweck, den **Wettbewerb als funktionsfähigen Prozess zu schützen**. Damit dient der Schutz des Wettbewerbs gleichzeitig dem **Schutz von Konsumenteninteressen**, und zwar nicht im Sinne einer kurzfristigen, sondern einer dauerhaften und langfristigen Interessenwahrung. Es geht grundsätzlich nicht darum, einzelnen Wettbewerbern Vorteile zu verschaffen oder sie vor Wettbewerb zu schützen, sondern um die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs. Da es ohne aktuelle bzw. potentielle Wettbewerber jedoch auch keinen funktionsfähigen Wettbewerb gibt, kann der effektive Schutz des Wettbewerbs mit dem Schutz von Wettbewerbern zusammenfallen. Die Vorschriften der Fusionskontrolle dienen damit auch dazu, die **Freiheit des Wettbewerbs bzw. die Freiheit der Wettbewerber**, die an diesem Prozess teilnehmen, strukturell zu sichern.“

Q&A

23

Wie lautet der deutsche
Untersagungstest? Und welche
Marktsituationen sind zu vergleichen?

Einleitung Leitfaden

24

■ „counterfactual“ (Rn. 9 ff)

„ Zu Beginn der materiellen Prüfung in der Fusionskontrolle werden die **Marktverhältnisse vor dem Zusammenschluss** im Hinblick darauf beurteilt, welcher Grad an Marktmacht bzw. ob eine marktbeherrschende Stellung vorliegt. Im zweiten Schritt wird geprüft, ob **durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung (neu) entsteht oder (weiter) verstärkt** wird. Ermittelt wird also, ob durch die geänderte Marktstruktur veränderte Wettbewerbsvoraussetzungen vorliegen und ob und inwieweit diese die Verhaltensspielräume der Unternehmen beeinflussen. “

„Die Analyse beschränkt sich dabei nicht allein auf einen einfachen Vorher-Nachher-Vergleich bei als konstant unterstellten Rahmenbedingungen. In das zugrunde gelegte **Vergleichsszenario („counterfactual“), das die Situation ohne den Zusammenschluss** beschreibt, und die Prognose der zukünftigen Wettbewerbsbedingungen nach dem Zusammenschluss gehen auch für den Wettbewerb relevante Entwicklungen auf dem Markt ein, die unabhängig vom Zusammenschluss in näherer Zukunft zu erwarten sind.⁷ Daraus folgt, dass sich die Prognose auf einen überschaubaren Zeitraum beschränken muss, dessen Länge anhand der konkreten Umstände des betroffenen Marktes im Einzelfall zu bestimmen ist.“

Q&A

25

Gibt es in der deutschen Fusionskontrolle eine Spürbarkeitsschwelle?

Einleitung Leitfadens

26

- **Ausmaß der Änderung (Rn. 11-14)**

- **Keine Spürbarkeitsschwelle, aber ... (Rn. 13)**

„Die auf eine veränderte Marktstruktur zurückzuführende Verringerung der Wettbewerbsintensität und der korrespondierende Marktmachtzuwachs müssen kein bestimmtes Ausmaß i.S. einer Spürbarkeit erreichen.¹⁰ Allerdings muss überhaupt eine **konkrete Verschlechterung der Wettbewerbsverhältnisse feststellbar** sein. Ob durch den Zusammenschluss Veränderungen bewirkt werden, die einen Marktmachtzuwachs bedeuten, hängt stets von den Marktverhältnissen im Einzelfall ab. Eine marktbeherrschende Stellung kann z.B. auch ohne Marktanteilsaddition verstärkt werden, wenn die bereits ein hohes Maß an Marktmacht vermittelnde Marktstellung auf andere Weise abgesichert oder verbessert und die Marktmacht so weiter gesteigert wird.“

- **Restwettbewerb besonders schützenswert (Rn. 12)**

„Der aus einem Zusammenschluss resultierende Zuwachs an Marktmacht wird umso kritischer beurteilt, je höher deren Ausmaß bereits vor dem geplanten Zusammenschluss ist. Denn je stärker der Wettbewerb bereits geschädigt ist, um so schützenswerter ist der verbleibende Restwettbewerb. Bei einer sehr niedrigen Wettbewerbsintensität und entsprechend stark ausgeprägter Marktbeherrschung kann auch ein sehr geringer prognostizierter Zuwachs an Marktmacht bereits als Verstärkungswirkung zu bewerten

Q&A

27

Welche Faktoren sind bei der Prüfung horizontaler Fusionen zu berücksichtigen?

Horizontale Fusionen

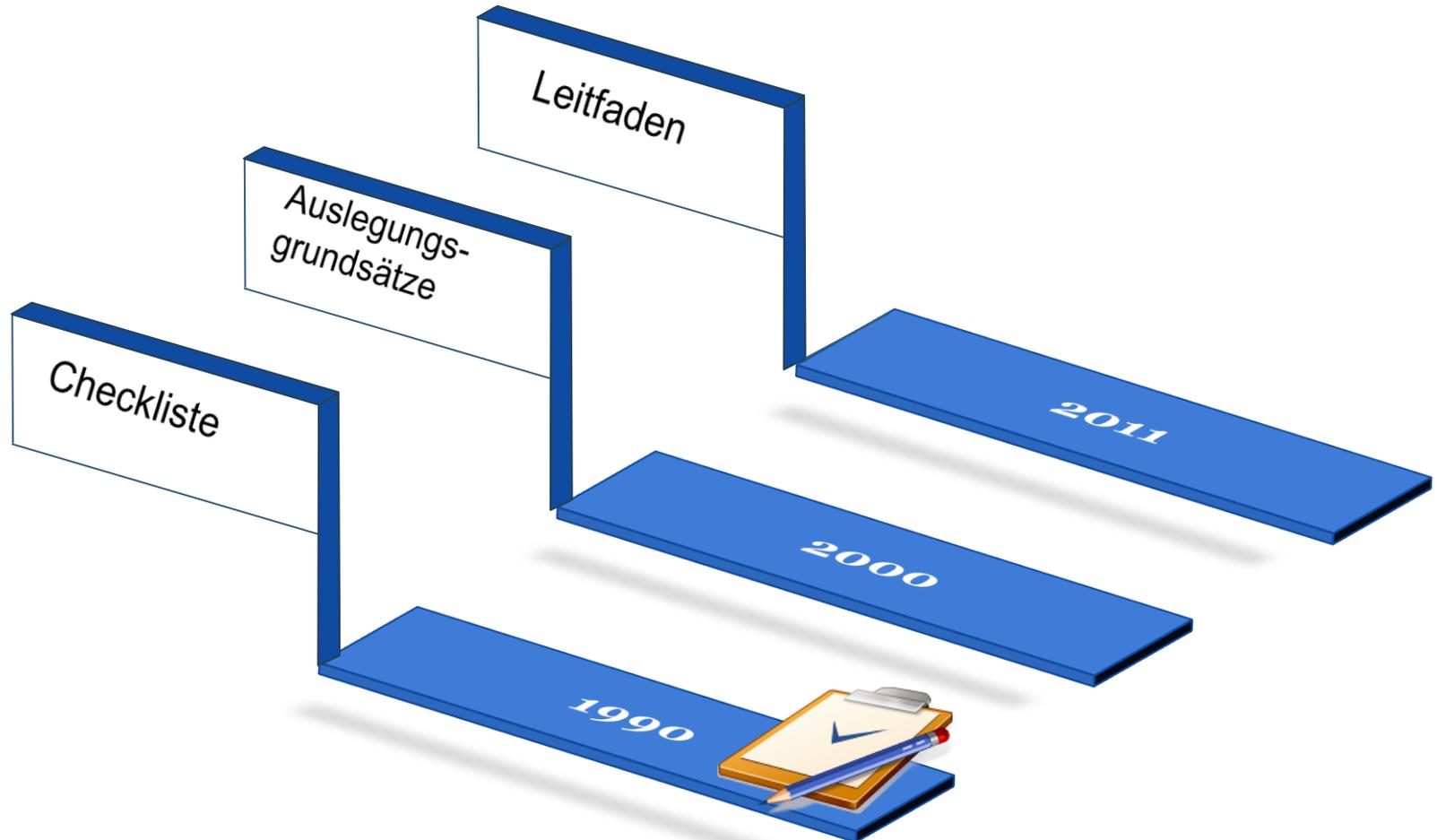
28

■ Gliederung

I. Einzelmarktbeherrschung	7
■ 1. Marktanteile und Konzentration	8
■ 2. Weitere Wettbewerbsfaktoren im relevanten Markt	14
■ a) Kapazitäten und Kapazitätsbeschränkungen	14
■ b) Kundenpräferenzen und Wechselkosten	15
■ c) Gewerbliche Schutzrechte und Know-How	16
■ d) Marktphase	17
■ e) Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten	17
■ f) Verflechtungen mit anderen Unternehmen	19
■ g) Finanzielle Ressourcen	19
■ 3. Wettbewerbsfaktoren außerhalb des relevanten Marktes	21
■ a) Potentieller Wettbewerb und Marktzutrittsschranken	21
■ b) Randsubstitution	28
■ 4. Gegengewichtige Nachfragemacht	29 "

Von der Checkliste zum Leitfaden

29



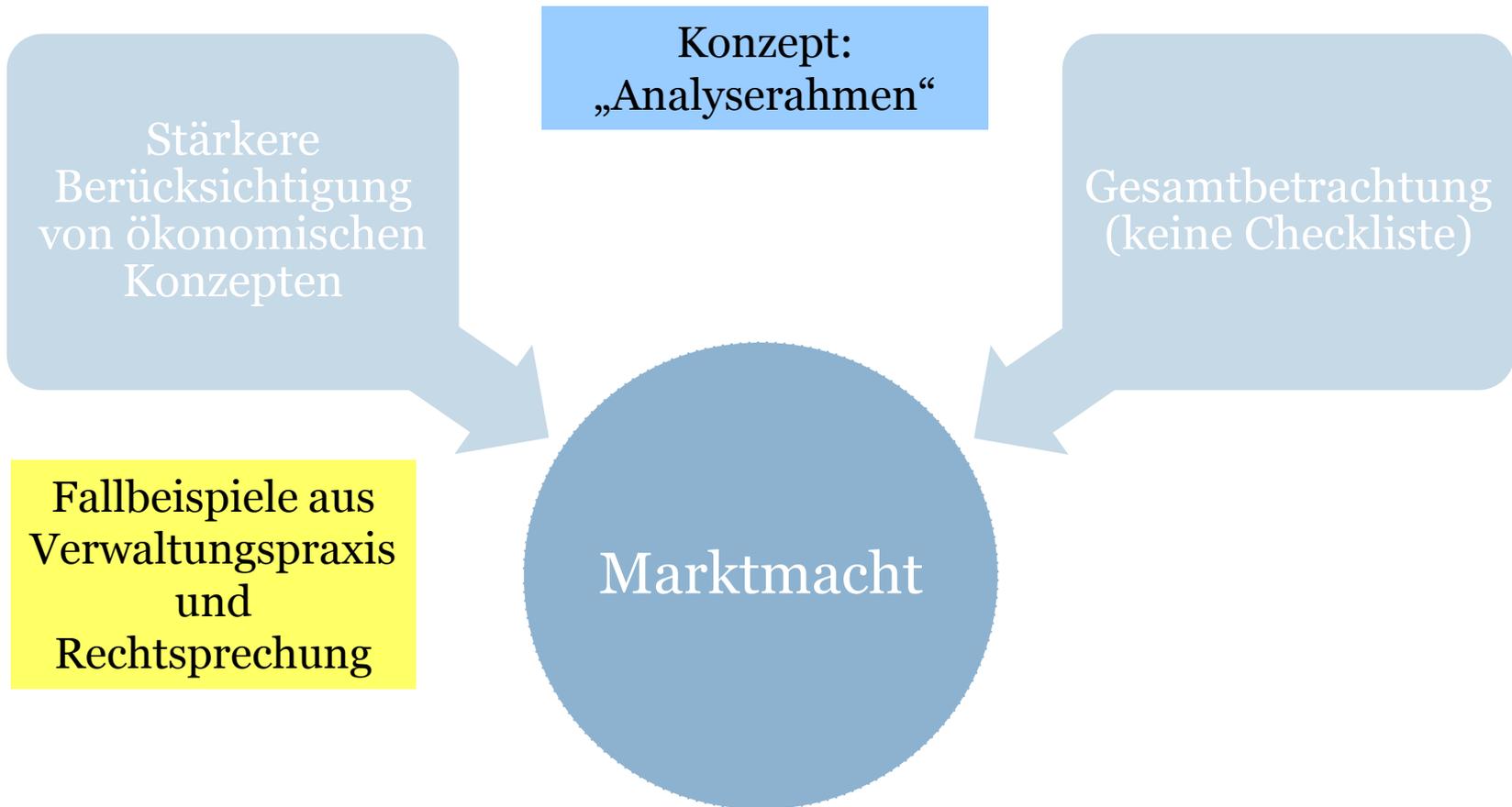
Q&A

30

Welche Bedeutung haben die unterschiedlichen Bezeichnungen der Dokumente?

Trends

31



Chronologischer Ablauf

1
Vorbereitung
Entwurf

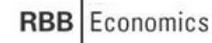
2
21. Juli 2011:
Veröffentlichung
Entwurf

3
Bis Ende
September 2011:
Konsultation

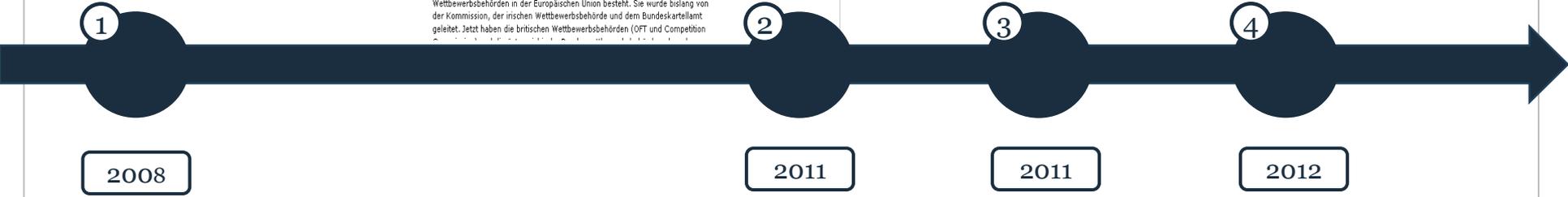
4
Frühjahr 2012:
Veröffentlichung
Endversion



Linklaters



STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT E.V.



Stellungnahmen

33



EUROPEAN
COMMISSION



MARKENVERBAND



BDI

Bundesverband der
Deutschen Industrie e.V.



Linklaters



Defending Liberty
Pursuing Justice



STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT E.V.

Blick in die Zukunft

34

- 8. GWB Novelle
 - Eckpunkte
 - Referentenentwurf
- SIEC-Test
 - Aktualisierung der Auslegungsgrundsätze in zwei Schritten
 - Erstens: Stand der Praxis Marktbeherrschung (Leitfaden 2012)
 - Nach Einführung des Tests: Was ändert sich durch Testwechsel (Leitfaden 2.0)

Leitfaden Marktbeherrschung

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Dr. Andreas Bardong, LL.M.

Bundeskartellamt



Referatsleiter Deutsche und
Europäische Fusionskontrolle (G4)