

E.CA Economics

Materielle Fusionskontrolle: Leitfaden und 8. GWB-Novelle

Berlin, 18. Oktober 2012

Studienvereinigung Kartellrecht

Dr. Rainer Nitsche
www.e-ca.com

Agenda

...für eine Diskussionsgrundlage

8. GWB Novelle: Wichtige geplante Novellierungen bei der materiellen Fusionskontrolle

Aussagen im Leitfaden zum „Marktbeherrschungstest“

Leitfaden und Test in der Wirkungsanalyse

Bewertung und Meinung

Wichtige geplante Novellierungen bei der materiellen Fusionskontrolle

Änderung im Wortlaut gemäß Referentenentwurf

alt

- Ein Zusammenschluss, von dem zu erwarten ist, dass er eine **marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt**, ist vom Bundeskartellamt zu untersagen, es sei denn,... (Marktbeherrschungstest)
- Marktbeherrschungsvermutung: MA > 33%

neu

- Ein Zusammenschluss, durch den **wirksamer Wettbewerb erheblich behindert** würde, insbesondere von dem zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, ist ... (EBWW-Test)
- Marktbeherrschungsvermutung: MA > 40%

- **Anders als FKVO aber beibehalten:** Vermutungstatbestände, Effizienzen, Abwägungsklausel, wettbewerblich erheblicher Einfluss, Ministererlaubnis

Hier Fokus auf die Einführung des neuen Tests

Begründung im Referentenentwurf

- Angleichung an europäische FKVO
- Schutzlücke
- zweifelsfreie flexible und damit optimale Erfassung aller potenziell wettbewerblich kritischen Fälle

...und verteidigend: keine Rechtsunsicherheit, keine Änderung allg. Tendenz ökonomischer Ausrichtung

Zunächst Schwerpunkt auf die „optimale Erfassung“ und Frage, ob angesichts des Leitfadens überhaupt Änderungsbedarf besteht

Aussagen im Leitfaden (März 2012) zum „Marktbeherrschungstest“

Marktbeherrschung wird im Leitfaden bereits „ökonomisch“ interpretiert

- Marktbeherrschung = Marktmacht über kritischer Schwelle
- Marktmacht = Preis höher als bei vollkommener Konkurrenz
 - Besondere Verhaltensspielräume
- Zweck: 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 langfristigen Interessenwahrung
 - Je stärker der Wettbewerb bereits geschädigt ist, um so schützenswerter ist der Restwettbewerb

Leitfaden identifiziert drei Arten von Zusammenschlusswirkungen (Schadenstheorien)

- **Einseitig:** ein einzelnes Unternehmen verfügt über zu viel Marktmacht: Preis hoch*
- **Gemeinsam:** implizite Koordinierung im Binnenwettbewerb (Airtours im Innenverhältnis): Preis hoch*
- **Indirekt:** Abschottung (vertikal), Kopplung/Bündelung, Portfolio, Ressourcen (bei Konglomerat)

Das macht aus wirtschaftswissenschaftlicher Perspektive bereits viel Sinn...

...aber passen Marktbeherrschungstest und Schadenstheorien gut zusammen?

*Hier und im Folgenden auch stellvertretend für „Menge, Qualität, Auswahl, Innovationen runter“

Behandlung einseitige Wirkungen im Leitfaden und den Tests

Marktbeherrschungstest greift einseitige Wirkungen bei Einzelmarktbeherrschung ab...

- Ein einzelnes Unternehmen verfügt über zu viel Marktmacht: Preis hoch

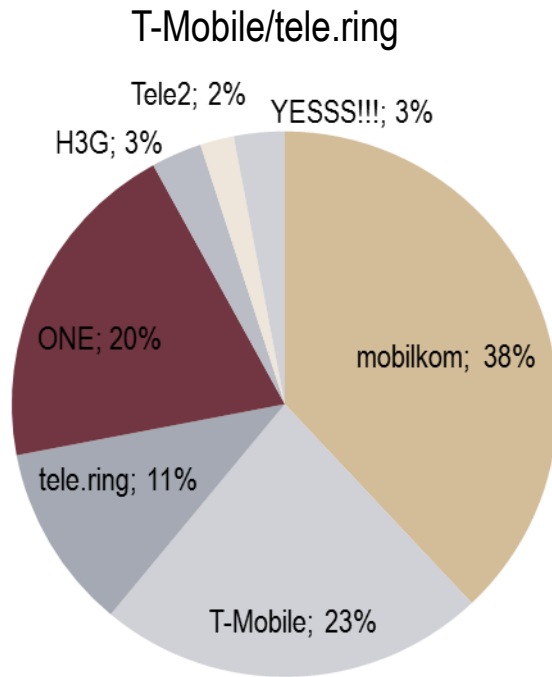
...aber die Logik gilt auch ohne Einzelmarktbeherrschung

- Beste Reaktion des fusionierten Unternehmens ändert sich
- Kurzfristiger Anreiz Menge zu reduzieren und Preis zu erhöhen
- Preisanstieg erhöht die Marge auf einer größeren Produktionsmenge
- Mengenverluste an Wettbewerber bleiben jetzt intern

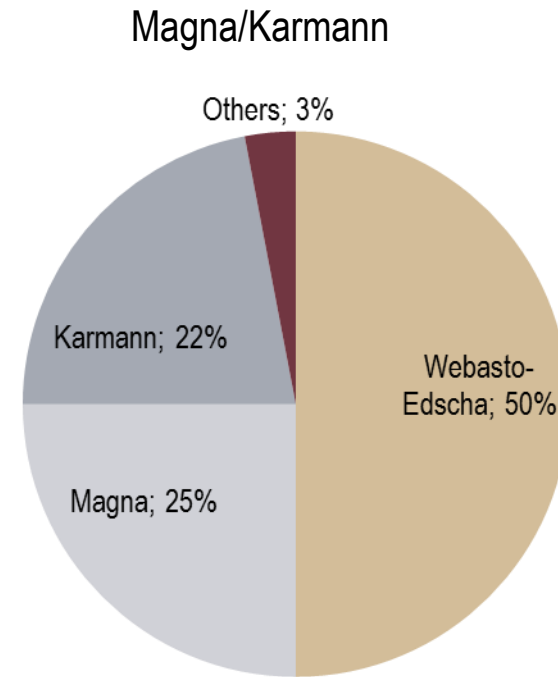
- Kritik am Leitfaden: Wirkungsmechanismus wird nicht vertieft erläutert
- Begründet Schutzlücke

Neuer Test ein Schritt nach vorne – auch Leitfaden schließt die Lücke im alten Test nicht

Einseitige Wirkungen: Zwei Lückenfälle



Abhilfemaßnahme: Verkauf von Spektrum



Untersagung auf Basis koordinierter Effekte...

Argumente gegen die Lücke ziehen nicht

Einseitige Wirkungen: Marktanteile und Schutzzweck

Auch Leitfaden zeigt die Fälle, in denen Marktanteile wenig aussagen

- Geringer Zusammenhang wenn
 - Bietermarkt (MVA Von Roll/Alstom: 67%)
 - Zweiseitiger Markt (Gelbe Seiten: 100% NMA)
 - Differenzierte Produkte (Gefrierpizza Dr. Oetker/Unilever: 78%Marken, 48% alle)
- Behandlung oft auch mit Einzelmarktbeherrschungskonzept möglich
- Aber wenn Marktanteile geringe Aussagekraft haben, dann gilt dies auch für ein Kriterium, dass an den Marktanteilen hängt
- Hier sind die 2010er US Horizontal Merger Guidelines weiter: analysis need not start with market definition...

Neuer Test könnte Fokussierung auf Marktanteile weiter verringern

Behandlung koordinierte Wirkungen im Leitfaden und den Tests

Leitfaden greift kollusive Wirkungen über gemeinsame Marktbeherrschung ab (Airtours)...

- Preise sind höher als die kurzfristig beste Reaktion (Kollusion)
- Kann nur aufgrund der Angst vor dem Zusammenbruch/Strafe aufrechterhalten werden
- Preisanstieg nur, wenn ein Wandel in der Funktionsweise - von unkoordiniert zu koordiniert
- Intuition: Fusion kann Wahrscheinlichkeit von Kollusion erhöhen (oder bestehende absichern)
- Airtours-Diskussion hat kollektive Marktbeherrschung auf obige Logik reduziert (ohne dies: einseitige Wirkungen)

...aber nur für den „Binnenwettbewerb“

- Häufiger Quell von Ver(w)irrung: Koordinierung von zwei von vier großen Anbietern ist unwahrscheinlich
- Kein Auffangbecken für Lückenfälle
- Gefährdungslage reicht (gut, da es um Wahrscheinlichkeiten geht)
- (Ein Glück kein „parallel accomodating conduct“ der 2010er US Horizontal Merger Guidelines)
- In der Brüsseler Anwendung des **EBWW-Test** ist „Airtours“ implementiert

Zuordnung kollektive Marktbeherrschung und koordinierte Wirkungen im EBWW-Test ggfs klarer

Behandlung „indirekte“ Wirkungen im Leitfaden und den Tests

Die Zeiten der efficiency offense sind weitgehend vorbei...

- Leitfaden diskutiert Verdrängungswirkungen vor allem im Kontext von vertikalen und konglomeraten Fusionen:
 - Abschottung (vertikal), Kopplung/Bündelung, Portfolio, Ressourcen (bei Konglomerat)
- Aber: Es fehlt die klare Aussage, dass für die klassischen einseitigen Wirkungen Finanzkraft irrelevant ist
- Klare Trennung von Verdrängungsbedenken und Preiserhöhungsbedenken war ein traditionelles Problem in der deutschen Fusionskontrolle (vgl. Diskussion zur efficiency offence)

...was nicht heißt, dass Verdrängungsbedenken irrelevant sind

- Beispiel von Predation
 - Kontrolle vieler Märkte kann zu Predation führen (Reputationseffekte und Finanzkraft)
 - Kurzfristig nicht optimales Verhalten zur Verdrängung (oft kurzfristig gut für Verbraucher)
 - Gewinn nach erfolgreicher Verdrängung (schlecht für Verbraucher)
- Marktbeherrschung im Zielmarkt nicht erforderlich

EBWW-Test eröffnet Chance Verdrängungs- und Preiserhöhungsbedenken klarer zu trennen

Unterschiede zwischen den Schadenstheorien

	Einseitig	Koordiniert	Indirekt
Preiswirkung	Hoch (kont.)	Ggfs hoch	Ggfs Runter dann hoch
Symmetrie	Unwahrscheinlicher	Wahrscheinlicher	Geringe Relevanz
Effizienzwirkung	Positiv	Unklar	Unklar/negativ
Transp./Bestrafung...	Keine Relevanz	Wahrscheinlicher	Geringe Relevanz
Finanzkraft/Multimarkt	Keine Relevanz	Manchmal wahrscheinlicher	Wahrscheinlicher

- **Beweisführung** und **Abhilfemaßnahmen** anders
- Mehrere Wirkungen **parallel** möglich

Benennung der Schadenstheorie wichtig – wenn hier noch mehr Klarheit in die Spruchpraxis käme...

Leitfaden oder Leitknäuel?

Nächste Überarbeitung beschränkt sich auf Änderungen am EBWW-Test...

- Leitfaden hilfreich und mit vielfältig klareren Formulierungen und Einordnungen (als Fallpraxis, als Vorgänger)
- Es gibt immer was zu nölen:
 - Wirkungsmechanismen nicht ausreichend erklärt
 - Altlasten (Verhaltensspielraum) mitgeschleppt
 - Zuordnung von Untersuchungsfeldern und Schadenstheorie nicht immer klar
 - Unterscheidung von Binnen- und Außenwettbewerb oft nicht hilfreich
- Leitfaden löst nicht alle Probleme des Marktbeherrschungstests

Leitfaden!

Novelle Fortschritt oder Rückschritt?

Vom Marktbeherrschungstest zum EBWW-Test: Gegen die Gegenargumente

- **Keine oder irrelevante Lücke** - Entspricht nicht meiner Erfahrung (Achtung: nicht nur versagte Untersagung relevant), Verdrehung der Worte zur Erweiterung des Marktbeherrschungskonzepts erscheint auch keine Lösung
- **Angleichung nur teilweise oder in falsche Richtung** – Da die Richtung stimmt, ist die Angleichung sinnvoll
- **Liefert Ökonomisierung Vorschub** – Zwei Antworten: (1) Prima, da dies die Kontrolle mit Blick auf den Kontrollzweck „wirksamer Wettbewerb“ verbessert (2) Die Sinnhaftigkeit komplexer empirischer Methoden ist eine getrennte Debatte
- **Rechtssicherheit dahin** – Totschlagargument. Aber angesichts der Kombination aus volatiler Spruchpraxis und Brüsseler Referenzfällen nicht überzeugend

- Für mich ist eine saubere Unterscheidung der Schadenstheorien in der Argumentation zentral – der neue Test erleichtert dies

Fortschritt!

Bei Diskussionsbedarf

Was sich nicht geändert hat – erste ungesicherte Gedanken

- **Vermutungstatbestände** – Vermutung in Fällen, in denen die Aussagekraft von Marktanteilen gering ist, unsinnig
- **Effizienzen** – „...untersagen, es sei denn, die beteiligten Unternehmen weisen nach, dass durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und diese Verbesserungen die Nachteile der Behinderung des Wettbewerbs überwiegen“. (Grenz-)kostenreduktion verbessert die Wettbewerbsbedingungen...
- **Abwägungsklausel** – Solange restriktiv genutzt ok
- **Wettbewerblich erheblicher Einfluss** – Debatte wird auch in Europa geführt. Erhebliche Behinderung weniger wahrscheinlich aber möglich
- **Ministererlaubnis** – Mixed results... Wenn es den Druck nimmt...

Was meinen Sie?

Vielen Dank!

Rainer Nitsche

Managing Director
nitsche@e-ca.com
+49 30 212 31-70 20

E.CA Economics

Schlossplatz 1
10178 Berlin

Tel.: +49 30 212 31 - 7009
Fax: + 49 30 212 31 - 7099

info@e-ca.com
www.e-ca.com