

FIW Brüsseler Informationstagung

Spannungsverhältnis zwischen europäischer und deutscher Fusionskontrolle?

20.10.2010

Dr. Andreas Bardong LL.M.

Bundeskartellamt
Referatsleiter dt. und
europ. Fusionskontrolle



Bundeskartellamt

Gliederung

- Ist die deutsche Fusionskontrolle strenger als die europäische?
- Gibt es Anpassungsbedarf?
- Wie gut funktioniert die Zusammenarbeit des BKartA mit der EU Kommission und den anderen nationalen Wettbewerbsbehörden?

Disclaimer

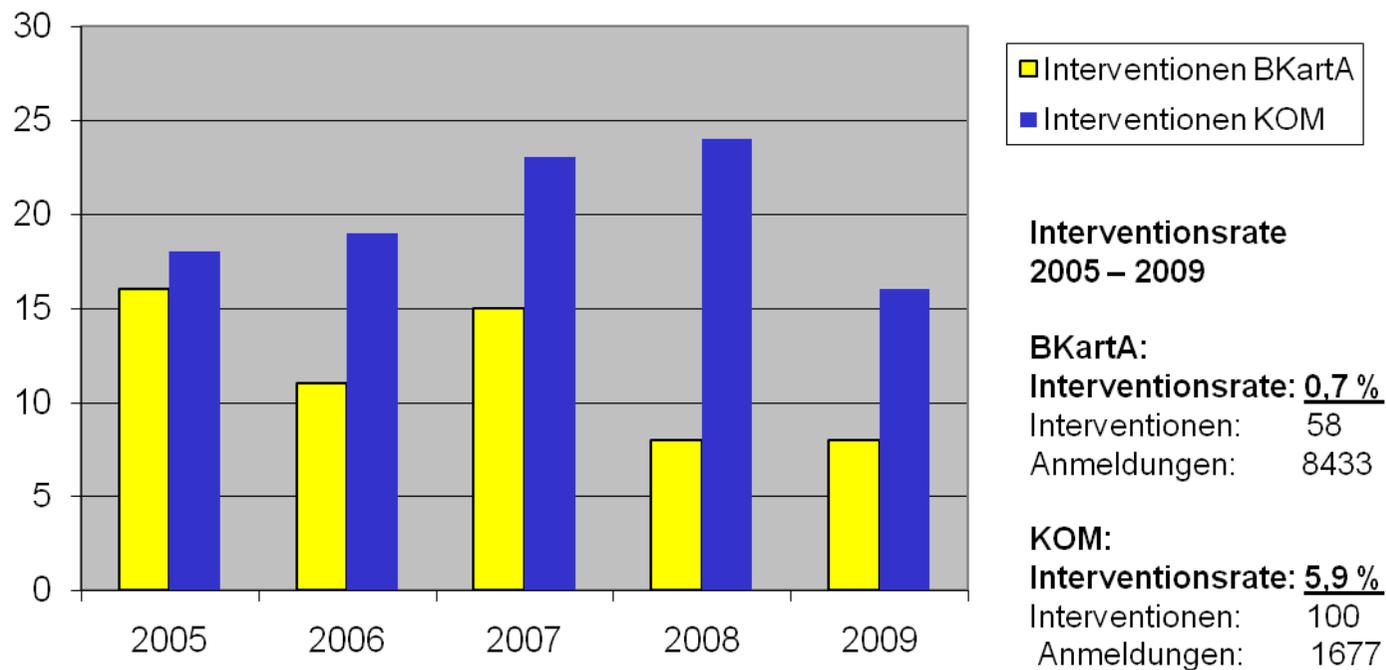
Der Vortrag gibt die persönliche Meinung des Autors wieder, die nicht mit der Position des Bundeskartellamts übereinstimmen muss. Natürlich wird das Bundeskartellamt in keiner Weise durch die vorgetragenen Positionen gebunden.

Ist die deutsche Fusionskontrolle strenger?

- EU: weniger Untersagungen
- EU: mehr Interventionen (Untersagung + Freigabe mit Nebenbestimmungen)
- Das gilt absolut und im Verhältnis zu den Fallzahlen

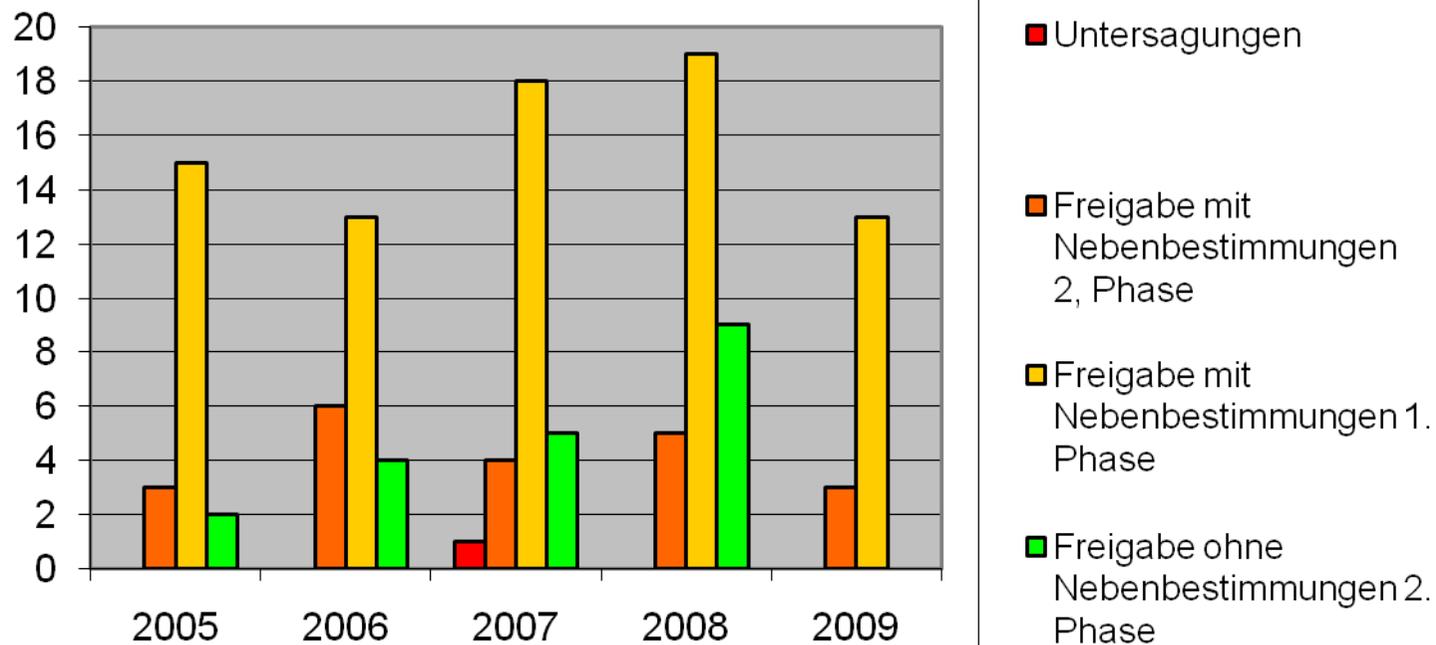
Ist die deutsche Fusionskontrolle strenger?

„Interventionen“ (=Untersagung/Freigabe mit Nebenbestimmungen) BKartA/KOM



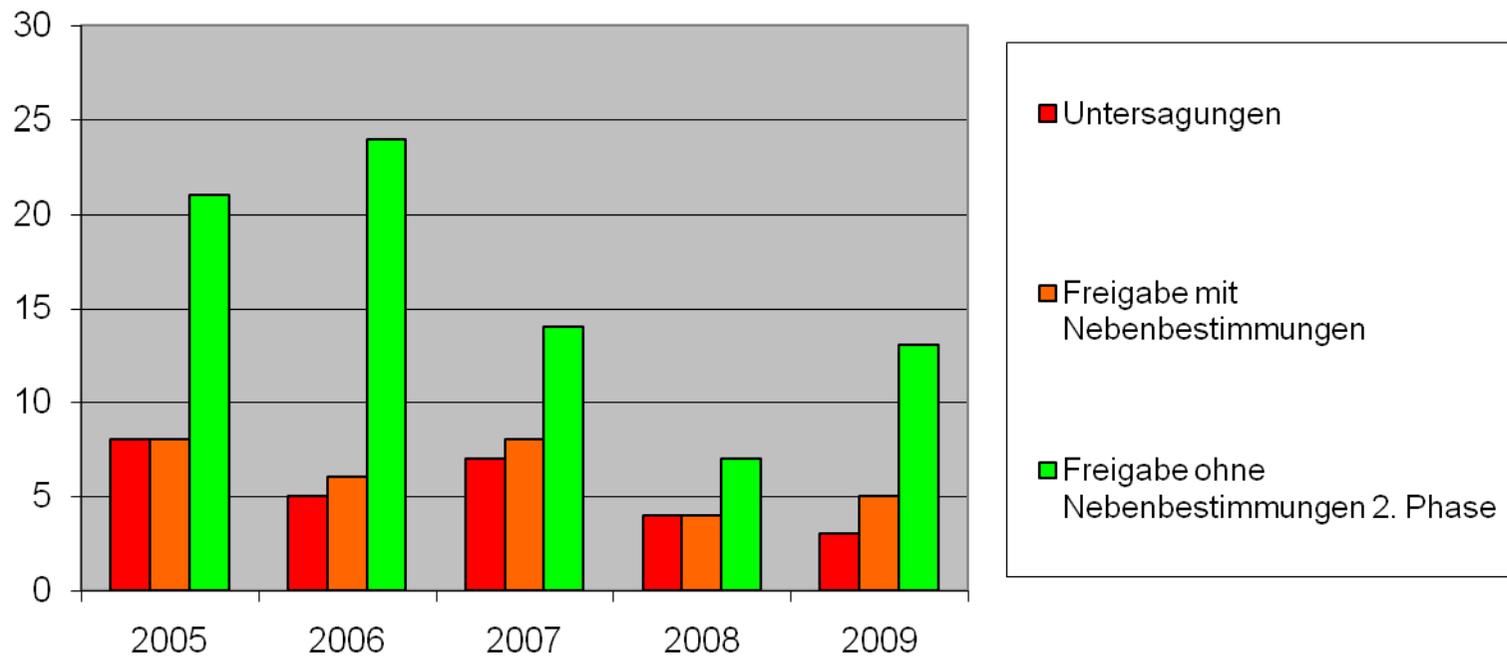
Ist die deutsche Fusionskontrolle strenger?

Entscheidungen KOM (ohne 1. Phase Freigaben)



Ist die deutsche Fusionskontrolle strenger?

Entscheidungen BKartA (ohne 1. Phase Freigaben)



Ist die deutsche Fusionskontrolle strenger?

- Warum häufiger Untersagung statt Freigabe mit Verpflichtungszusagen bei BKartA?
 - Zu wenig Flexibilität für Verhaltenszusagen???
- Warum mehr Freigaben mit Nebenbestimmungen?
- Grund: Andere Fälle
 - EU: Größere Fälle = mehr Verhandlungsmasse.
 - D: Das Wettbewerbsproblem liegt oft dort, wo der Schwerpunkt des deals ist.
 - Keine Verbindung zum Verbot einer laufenden Verhaltenskontrolle bei Zusagen in D.

Ist die deutsche Fusionskontrolle strenger?

- Warum niedrigere Interventionsrate des BKartA? Und höhere Interventionsrate der KOM?
 - Ist SIEC-Test/KOM Prüfung schärfer?
- Bewertung:
 - Keine Verbindung zu SIEC-Test (Gap-Fälle sehr selten).
 - Größere Transaktionen, größere Unternehmen bei KOM
 - Höhere Fallzahl BKartA.
 - Vor diesem Hintergrund Interventionsrate im Ergebnis vergleichbare Größenordnung.

Ist die deutsche Fusionskontrolle strenger?

10

- Fazit: Fusionskontrolle von KOM und BKartA im Ergebnis vergleichbar.

Anpassungsbedarf?

- Koalitionsvertrag: „Übernahme von Elementen der europäischen Fusionskontrolle“
- Wo gibt es Unterschiede?
- Wo macht eine Anpassung Sinn?
- Welche Änderungen sind darüber hinaus sinnvoll?

Anpassungsbedarf?

I. Materielle Fusionskontrolle

- 8 Themenfelder

II. Formelle Fusionskontrolle

- 8 Themenfelder

Anpassungsbedarf?

I. Materielle Fusionskontrolle

Anpassungsbedarf?

1. **Materieller Test:** Marktbeherrschung vs. SIEC

- Unterschiede D/EU?
 - Im Ergebnis gering.
- Lücke füllen?
 - Geringe praktische Relevanz.
- Stärkere Ökonomisierung erzwingen?
 - Nicht notwendig. Passiert schon aus Eigeninitiative.

Ergebnis: SIEC Test könnte nützlich sein. Viel wichtiger als der Test sind aber die Regeln drum herum!

Anpassungsbedarf?

2. Marktbeherrschungsvermutungen

- Unterschiede D/EU?
 - EU: KOM HLL HHI Schwellen, EuGH Vermutung bei MA (>50%)
 - D: MA > 33,3% (EinzelMB), 50% 3er, 66,6% 5er Oligopol
- Wichtiger Anreiz, die Ermittlungen des BKartA zu unterstützen (Informationsasymmetrien).
- Wichtige Hilfestellung für Gerichtsverfahren, keine überzogenen Anforderungen an Nachweistiefe.
 - EU: Vergleichbares Anliegen, anderer Weg: Gerichte räumen der Kommission Einschätzungsspielraum ein bei der Bewertung von komplexen wirtschaftlichen Sachverhalten.

Ergebnis: Marktbeherrschungsvermutungen sollten beibehalten werden.

Anpassungsbedarf?

Beispiele HHI Werte nach Zusammenschluss

Kein Problem	HHI: < 1.000	10, 10, 10, 10, 10, 10, 10, 10, 10, 10 (HHI = 1.000)
Möglicherweise ein Problem	HHI: 1.000-2.000 (delta > 250)	30, 10, 10, 10, 10, 10, 10, 10 (HHI = 1.600)
Sehr wahrscheinlich ein Problem	HHI: > 2.000 (delta > 150)	40, 15, 10, 10, 5 (HHI = 2050)

Die HHI Werte in KOM LL sind im Ergebnis in vielen Fällen nicht weit von den deutschen Marktanteilsschwellenwerten entfernt.

Anpassungsbedarf?

3. Schutz des Restwettbewerbs

- Unterschiede D/EU?
 - Hohes Schutzniveau in D (z.B. BGH E.on/Eschwege).
 - LL KOM bieten auch Ansatzpunkt für „sliding scale“ Ansatz, aber in der Praxis Intervention oft erst ab qualifiziertem „Delta“.
- GWB hält andere Instrumente für das Ausfiltern von unbedeutenden Fusionen bereit: z.B. Bagatellmarktklausel.

Ergebnis: Hohes Schutzniveau des Restwettbewerbs sollte bei Testwechsel erhalten bleiben.

Anpassungsbedarf?

4. Berücksichtigung von Effizienzen?

- Unterschiede D/EU?
 - D: Zumeist keine Berücksichtigung möglich.
 - EU: LL KOM sieht Berücksichtigung vor, Anforderungen liegen aber hoch.
- Effizienzen bislang in EU noch nicht entscheidungserheblich geworden.
 - Auch ansonsten geringe praktische Bedeutung (UK OFT Global/GCap radio merger(2008), NL Krankenhausfall Zeeland (2009)).

Ergebnis: Auch bei Übernahme SIEC Test in D sollte auf Effizienzeinrede verzichtet werden.

Anpassungsbedarf?

5. Abschaffung der Abwägungsklausel?

- Unterschiede D/EU?
 - D: Wettbewerbliche Verbesserungen in anderen Märkten durch den Zusammenschluss werden berücksichtigt.
 - EU: Keine Entsprechung in der FKVO. Auch bei Effizienzen sind Verbesserungen in anderen Märkten nicht berücksichtigungsfähig.
- Wenige Fälle in D, aber sinnvoll.
 - Vgl. zuletzt BKartA KDG/Orion.

Ergebnis: Abwägungsklausel sollte beibehalten werden.

Anpassungsbedarf?

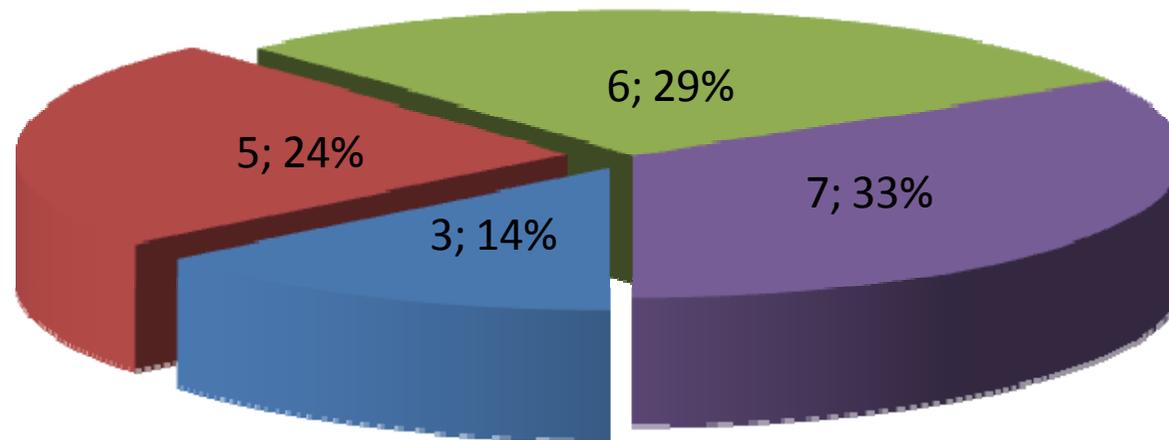
6. Abschaffung der Ministererlaubnis?

- Unterschiede D/EU?
 - D: Gesamtwirtschaftliche Vorteile oder überragendes Allgemeininteresse, politische Entscheidung des Wirtschaftsministers nach ausführlichem und transparentem Verfahren.
 - EU: Keine Entsprechung in der FKVO. Allerdings Letztentscheidungsrecht eines politischen Kollegialorgans.
- Praxis: Bisläng nur in wenigen (wenn auch nicht unwichtigen) Fällen zum Tragen gekommen.
- Vorteil: BKartA entscheidet allein auf wettbewerblicher Grundlage.
 - Sichert Unabhängigkeit. Bietet politisches Ventil.

Ergebnis: Ministererlaubnis sollte beibehalten werden.
Passt allerdings nicht bei Verweisung an D.

Anpassungsbedarf?

Ministererlaubnis 1974-2010



■ Erteilt ■ Erteilt mit Auflagen ■ Abgelehnt ■ Zurückgenommen

Anpassungsbedarf?

7. Integrierte Prüfung von GUs?

- Unterschiede D/EU?
 - D: Prüfung nach § 1 GWB ist nicht in das Fusionskontrollverfahren integriert (sogenannte „Doppelprüfung“).
 - EU: Prüfung nach Art. 2(4) FKVO innerhalb der Fristen des Fusionskontrollverfahrens (erfasst aber nur VollfunktionsGUs).
- Würde Fusionskontrollprüfung verzögern, alle Verträge müssten vorliegen.
- Oft schwierig, Verhaltenskoordinierung zwischen Muttergesellschaften vorab einzuschätzen. Nachträgliche Prüfung aus Sicht der Wettbewerbsbehörde die überlegene Lösung.

Ergebnis: Sogenannte „Doppelprüfung“ sollte beibehalten werden.

Anpassungsbedarf?

8. Verhaltenszusagen auch bei dauernder Verhaltenskontrolle?

- Unterschiede D/EU?
 - D: Nicht bei laufender Verhaltenskontrolle (§ 40 Abs. 3 S.2 GWB).
 - EU: Rechtstechnisch keine entsprechende Einschränkung. Aber Zusagen müssen wirksam sein.
- Keine wesentlichen Unterschiede in der Zusagenpraxis.
 - Verhaltenszusagen, die zu dauerhaften Verhaltenskontrolle führen würden, normalerweise nicht ausreichend wirksam. Daher auch von KOM nicht akzeptiert (z.B. Preisobergrenze, Bsp. Fall KLM/Martinair Ende 2008, Vorschlag in erster Phase zurückgewiesen.).
 - Zugangsverpflichtungen, Slot-Abgabe, Ausschreibung von Leistungen, Lizenzierung von Schutzrechten, Einräumung von Sonderkündigungsrechten und ähnliche Verhaltenszusagen werden auch vom BKartA akzeptiert. Bislang wurde keine Entscheidung des BKartA wegen Verstoß gegen § 40 Abs. 3 S.2 GWB aufgehoben.
- Rechtsänderung würde Zusagenverhandlungen verzögern und wettbewerblichen Rückschritt bedeuten.

Ergebnis: Regelung sollte unbedingt beibehalten werden.

Anpassungsbedarf?

II. Formelle Fusionskontrolle

Anpassungsbedarf?

1. Angleichung der Zusammenschlusstatbestände?

- Unterschiede D/EU?
 - EU: Kontrollerwerb, Fusion, Gründung VollfunktionsGU.
 - D: Vermögenserwerb, Anteilserwerb, auch nichtkontrollierende Minderheitsanteile ab 25%, Zusammenschlussfiktion der Muttergesellschaften, wettbewerblich erheblicher Einfluss.
- Kontrollerwerb = „Goldstandard“???
- Zusätzlich Anteils- und Vermögenserwerb höhere Rechtssicherheit. Kontrollerwerb als Auffangtatbestand ausreichend.
- Kontrolle von Minderheitsbeteiligungen sinnvoll (bei Wettbewerbern Dämpfung des Wettbewerbsverhältnisses ohne die Vorteile einer Integration).
 - Vgl. ökonomische Studie der OFT (2010), US Merger Guidelines (2010), vgl. auch KOM Grünbuch Merger Review (2001).
- D steht damit nicht allein
 - Vgl. z.B. UK, Österreich, USA, Kanada, Australien, Japan, Korea.

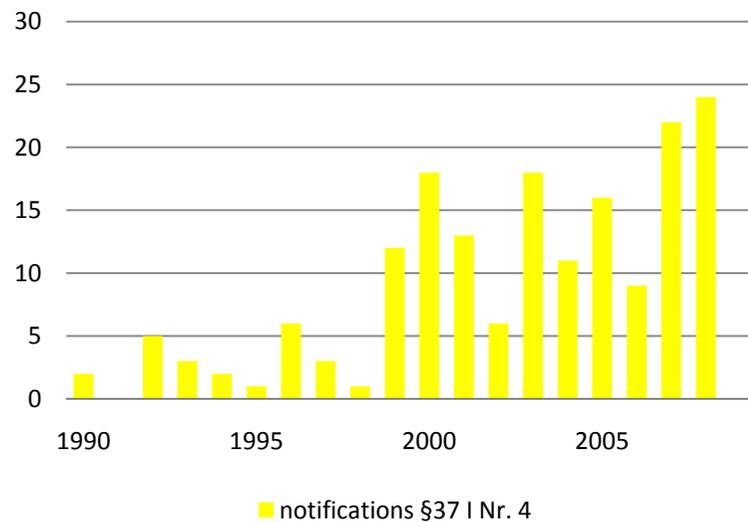
Anpassungsbedarf?

- Wettbewerblich erheblicher Einfluss
 - Verwaltungspraxis und Rechtsprechung hat klare Kontouren für den Zusammenschlusstatbestand herausgearbeitet.
 - Wichtige Funktion als Auffangtatbestand, vgl. z.B. E.on/Eschwege (vertikale Integration in der Energiebranche: Erzeuger/Stadtwerke).
- Wenige Fälle (rd. 20/Jahr), aber hohe Quote problematischer Fälle.
- Parallele Vorschrift UK: „material influence“ (z.B. Untersagung BSkyB/ITV)

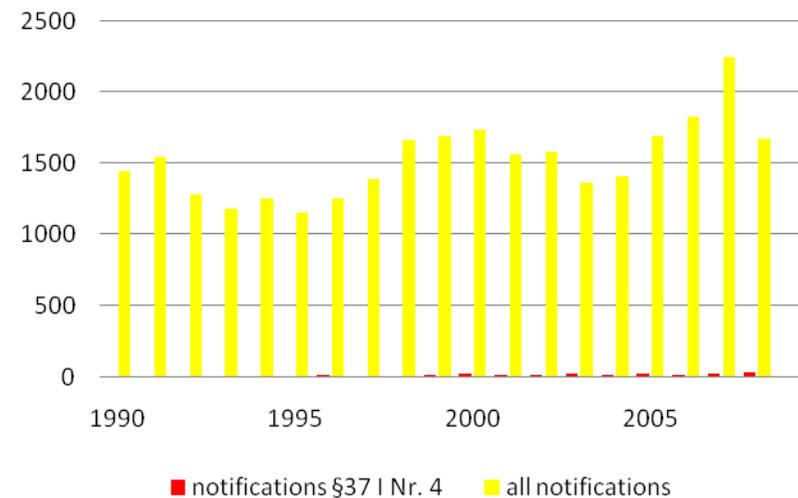
Ergebnis: Zusammenschlusstatbestände beibehalten.

Anpassungsbedarf?

Anmeldungen § 37 I Nr. 4



Anmeldungen insgesamt

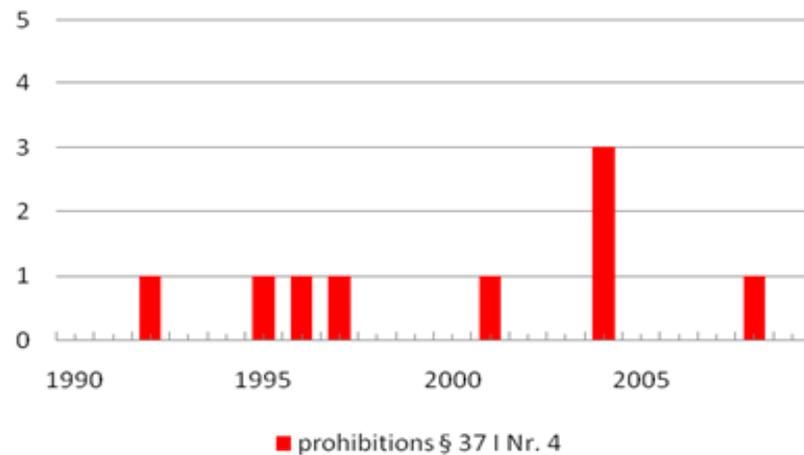


- **Wettbewerblich erheblicher Einfluss:**

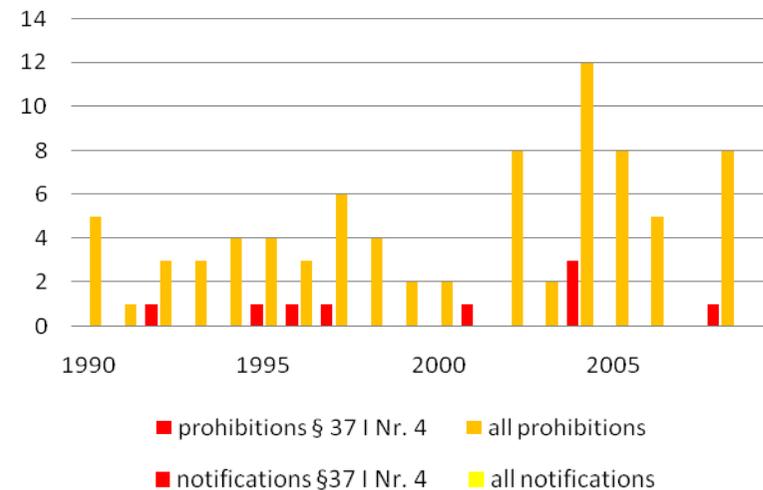
**0,6 % der Anmeldungen
11 % der Untersagungen**

Anpassungsbedarf?

Untersagungen § 37 I Nr. 4



Untersagungen insgesamt



- Wettbewerbslich erheblicher Einfluss:

0,6 % der Anmeldungen

11 % der Untersagungen

Anpassungsbedarf?

2. Schwellenwerte erhöhen?

- Unterschiede D/EU?
 - Anpassung an EU macht hier keinen Sinn, es geht gerade um Arbeitsteilung zwischen EU und MS.
- Anpassung an andere MS, Drittstaaten?
 - Ziel: Möglichst viele problematischen Fälle erfassen, bei handhabbarer Gesamtzahl der Anmeldungen.
 - Local nexus (ICN Merger RPs).
 - Verfahrenskontext in D beachten: schlanke Anmeldung, schlankes Verfahren in einfachen Fällen
 - Wichtig: Schwellenwerte als Gesamtpaket betrachten.

Anpassungsbedarf?

Land	Umsätze weltweit	Fallzahl 2009
China (Zweite Alternative)	1,1 Mrd. € (alle zus.)	?
Polen (eine Alternative)	1 Mrd. € (alle zus.)	144
Deutschland	500 Mio. € (alle zus.)	1.000
Dänemark (Erste Alternative)	500 Mio. € (alle zus.)	11
Schweiz (eine Alternative)	366 Mio. € (alle zus.)	26
Finnland	350 Mio. € (alle zus.)	19
Österreich	300 Mio. € (alle zus.) und 5 Mio. € (für je 2 Untern.)	54
Dänemark (eine Alternative)	237 Mio. € (alle zus.)	11
Russland	235 Mio. € (alle zus.) und 6 Mio. € (Buchwert target)	5.869
Frankreich	150 Mio. € (alle zus.)	137
Griechenland (pre-merger)	150 Mio. € (alle zus.)	89

Anpassungsbedarf?

Land	Umsätze weltweit	Fallzahl 2009
Korea	1 x 128 Mio. € (1 x 1,28 Mrd. € bei Überkreuzverflechtung) 1 x 13 Mio. € (jew. Umsatz oder Assets)	425
Niederlande	113 Mio. € (alle zus.)	90
USA (eine Alternative)	1 x 92 Mio. €, 1 x 9,2 Mio. €	1.397
Slowakei (Erste Alternative)	46 Mio. € (für 1 Unternehmen)	36
Slowakei (Zweite Alternative)	46 Mio. € (alle zus.)	36
Irland	2 x 40 Mio. € (zusätzl. geschäftl. Aktivität in Irland notw.)	27
Rumänien	10 Mio. € (alle zus.)	?
Zypern	2 x 3,4 Mio. € (zusätzl. geschäftl. Aktivität in Zypern notw.)	33 (2008)
VK, BEL, IT, SP, PORT, GR (post-merger), SWE, NOR, ESTL, POL (eine Alternative), HUN (ausländische Unternehmen), JAP, US (eine Alternative), BRA (CAN), ISR	0 €	

Anpassungsbedarf?

Land	Umsätze Inland 1	Umsätze Inland 2	Fallzahlen 2009
Dänemark (Erste Alternative)	500 Mio. €	keine	11
Italien	472 Mio. € (alle zus.) oder 47 Mio. € (target)	keine	503
Schweiz	366 Mio. €	73 Mio. €	26
Kanada	285 Mio. € (assets oder Umsätze [Inland + Export + Import])	50 Mio. € (assets in Kanada oder Umsatz dieser assets)	207
Spanien (Erste Alternative)	240 Mio. € (alle zus.) 60 Mio. €	60 Mio. €	74
Spanien (Zweite Alternative)	30% Marktanteil (target)	Keine	74
China (Erste Alternative)	216 Mio. € (alle zus.) 43 Mio. €	43 Mio. €	?
Japan	174 Mio. € (Erwerber)	44 Mio. € (target)	983
Brasilien (Erste Alternative)	170 Mio. €	keine	SDE: 476 SEAE: 471 CADE: 460

Anpassungsbedarf?

Land	Umsätze Inland 1	Umsätze Inland 2	Fallzahlen 2009
Brasilien (Zweite Alternative)	20% Marktanteil	keine	SDE: 476 SEAE: 471 CADE: 460
Portugal	150 Mio. € (alle zus.) 2 Mio. €	2 Mio. €	52
Portugal	30% Marktanteil		52
Dänemark (Zweite Alternative)	120 Mio. € (alle zus.) 13,4 Mio. €	13,4 Mio. €	11
Belgien	100 Mio. € (alle zus.) 40 Mio. €	40 Mio. €	7
Schweden	107 Mio. € (alle zus.) 21 Mio. €	21 Mio. €	43
Vereinigtes Königreich	80 Mio. € (target)	Keine	66
Tschechien (Erste Alternative)	61 Mio.€ (alle zus.) 10 Mio. €	10 Mio. €	40
Tschechien (Zweite Alternative)	61 Mio. € (+ ww Umsatz 61 Mio. d. merging Party)	Keine	40

Anpassungsbedarf?

Land	Umsätze Inland 1	Umsätze Inland 2	Fallzahlen 2009
Ungarn	54 Mio. € (alle zus.) 1,8 Mio. €	1,8 Mio. €	36
Frankreich	50 Mio. €	50 Mio. €	137
Polen	50 Mio. €	10 Mio. € (target)	144
China (Zweite Alternative)	43 Mio. €	43 Mio. €	?
Irland	40 Mio. €	Keine	27
Lettland	35 Mio. € (alle zus.) 2 Mio. €	2 Mio. €	12
Slowenien (Erste Alternative)	35 Mio. € (alle zus.)	1 Mio. € (target)	18
Slowenien (Zweite Alternative im Falle JV)	35 Mio. € (alle zus.) 1 Mio. €	1 Mio. €	18
Österreich	30 Mio. € (alle zus.)	Keine	54
Israel (Erste Alternative)	30 Mio. € (alle zus.) 2 Mio. €	2 Mio. €	157
Israel (Zweite Alternative)	nach Fusion 50% Marktanteil	Keine	157

Anpassungsbedarf?

Land	Umsätze Inland 1	Umsätze Inland 2	Fallzahlen 2009
Israel (Dritte Alternative)	Mehr als 50% Marktanteil (Monopolist)	Keine	157
Niederlande	30 Mio. €	30 Mio. €	90
Deutschland	25 Mio. €	5 Mio. €	1.0000
Finnland	20 Mio. €	20 Mio. €	19
Slowakei (Erste Alternative)	19 Mio. €	Keine	36
Griechenland	15 Mio. €	15 Mio. €	89
Slowakei (Zweite Alternative)	14 Mio. €	14 Mio. €	36
Bulgarien (Erste Alternative)	13 Mio. € (alle zus.) 1,5 Mio. €	1,5 Mio. €	?
Bulgarien (Zweite Alternative)	13 Mio. € (alle zus.) 1,5 Mio. € (target)	Keine	?
Türkei	13 Mio. € (alle zus.)	Keine	144
Türkei	25% Marktanteil	Keine	144

Anpassungsbedarf?

Land	Umsätze Inland 1	Umsätze Inland 2	Fallzahlen 2009
Litauen	9 Mio. € (alle zus.) 1,4 Mio. €	1,4 Mio. €	42
Estland	6,4 Mio. € (alle zus.) 1,9 Mio. €	1,9 Mio. €	18
Norwegen	6 Mio. € (alle zus.) 2,4 Mio. €	2,4 Mio. €	294
Rumänien	4 Mio. €	4 Mio. €	?
Zypern	3,4 Mio.€ (alle zus.)	Keine	33 (2008)
Australien	Keine (nach Fusion 20% Marktanteil)	keine	348

Anpassungsbedarf?

- Weltweite Umsatzschwelle in D vergleichsweise hoch – verringern?
- Inlandsumsatzschwelle in manchen Ländern höher
- 2. Inlandsumsatzschwelle erhöhen?
 - Kriterium: problematische Fälle erfassen, bei vertretbarem Aufwand für die Kartellbehörde und operablen Anmeldekriterien.
 - 5 Mio. starke Reduzierung der Anmeldezahlen bei geringem wettbewerblichem Schaden (geschätzt minus 1/3 + Finanzkrise).
 - Höhere Inlandsumsatzschwelle würde eine deutlich höhere Zahl von Untersagungsfällen aus der Fusionskontrolle entlassen, bei einem geringeren Effekt auf die Anmeldezahlen.
 - In D: keine ex-post Kontrolle von Fusionen unterhalb der Anmeldeschwelle (wie z.B. in USA, Kanada, Australien).
- Ergebnis: Kein Anpassungsbedarf bei Schwellenwerten.

Anpassungsbedarf?

3. Bagatellmarktklausel abschaffen?

- Unterschiede D/EU?
 - In der EU keine vergleichbare Regelung.
- Problem: Schwierigkeiten bei der Anwendung im Einzelfall.
 - Zu Komplex für Anmeldevoraussetzung.
- Vorteil: De Minimis Schwelle für Wettbewerbsprobleme von geringer Bedeutung.
- Lösung: Bagatellmarktklausel zurück in materielle Fusionskontrolle verschieben.

Anpassungsbedarf?

39

4. Zivilrechtliche Unwirksamkeit bei Verstoß gegen das Vollzugsverbot

- Heilung durch nachträgliche Prüfung?
- Unterschiede D/EU?
 - EU: nachträgliche Anmeldung möglich. Heilung ergibt sich schon aus Wortlaut von Art. 7 Abs. 4 FKVO.
 - D: Nach Rechtsauffassung des BKartA (TB 2007/2008 S. 21) hat Einstellung des Entflechtungsverfahrens ebenfalls heilende Wirkung (teleologische Reduktion von § 41 Abs. 1 S. 2 GWB). Bislang soweit ersichtlich keine Rspr. dazu.
- Ergebnis: Klarstellung könnte hilfreich sein.

Anpassungsbedarf?

40

5. Weitere Diskussionspunkte

- Übernahme der Zusammenrechnung von Fusionen nach Art. 5 Abs.2 Uabs.2 FKVO?
- Übernahme Regelung zu Vollzugsverbot bei öffentlichen Übernahmeangeboten (Art. 7 Abs.2 FKVO)?
- Fristen: Berechnung nach Werktagen/Verlängerung bei Vorlage von Verpflichtungszusagen?
- Keine Anpassung der Pflichtangaben an FormCO.

Zusammenarbeit KOM/BKartA/NCAs

41

- Verweisungen
- Verstärkte Zusammenarbeit zwischen nationalen Behörden in parallelen Fusionsfällen

Zusammenarbeit KOM/BKartA/NCAs

42

- Verweisungen an KOM nach Art. 4(5)
- Verweisungen an KOM nach Art. 22
 - z.B. Procter & Gamble/Sara Lee.
- Verweisungen an MS nach Art. 9
 - z.B. ProSiebenSat1/RTL Interactive vs. Deutsche Bahn/Arriva.
- Verweisungen an MS nach Art. 4(4)

Zusammenarbeit KOM/BKartA/NCAs

43

- Verstärkte Zusammenarbeit zwischen nationalen Wettbewerbsbehörden
 - ECA Mitteilungen (nach Anmeldung) schon seit 2001.
 - ad hoc working group on mergers, u.a. Erfahrungsaustausch und Fortentwicklung der Zusammenarbeit.
 - Stärkere Synchronisierung der Anmeldungen der Zusammenschlussbeteiligten wäre hilfreich!
 - Einräumung von waivern durch Zusammenschlussparteien sollte zum Standard werden, um Zusammenarbeit zu ermöglichen.

FIW Brüsseler Informationstagung

44

Spannungsverhältnis zwischen
europäischer und deutscher
Fusionskontrolle?

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!



Bundeskartellamt

Dr. Andreas Bardong LL.M.

Bundeskartellamt

Referatsleiter dt. und
europ. Fusionskontrolle