

# FIW Brüsseler Informationstagung

## Spannungsverhältnis zwischen europäischer und deutscher Fusionskontrolle?

20.10.2010

Dr. Andreas Bardong LL.M.

Bundeskartellamt  
Referatsleiter dt. und  
europ. Fusionskontrolle



# 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

---

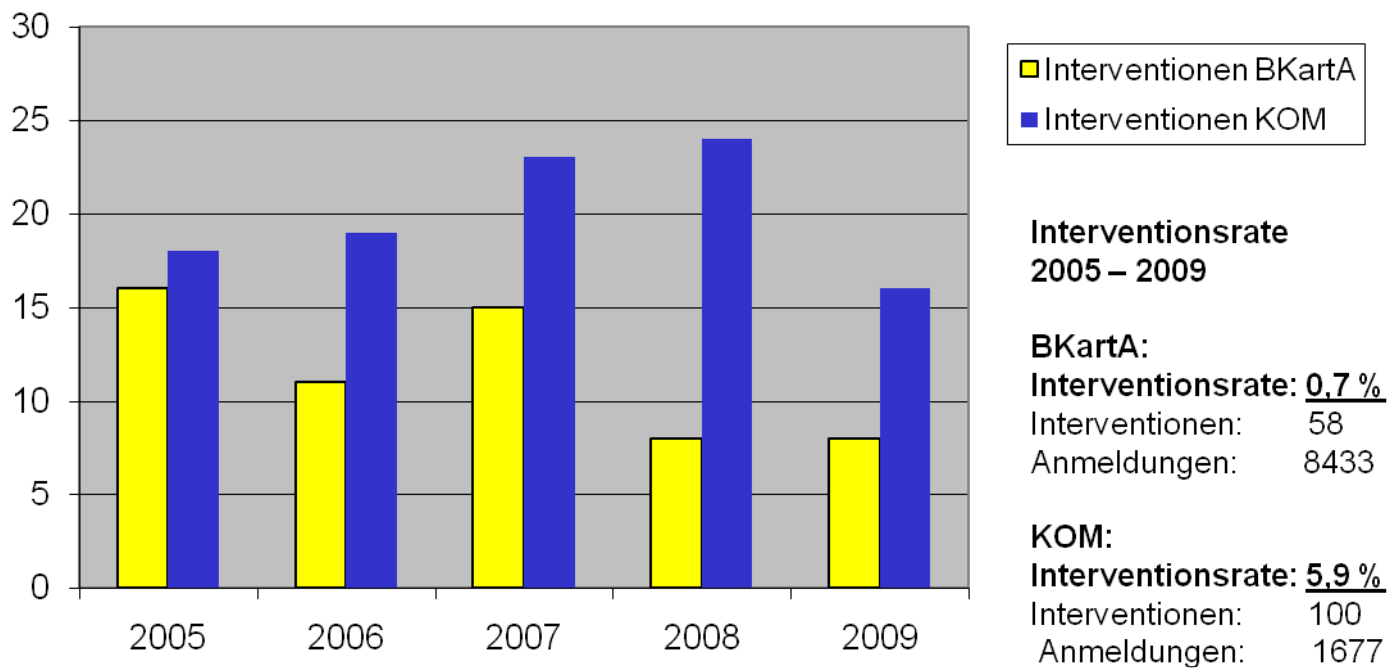
*Der Vortrag gibt die persönliche Meinung des Autors wieder, die nicht mit der Position des Bundeskartellamts übereinstimmen muss. Natürlich wird das Bundeskartellamt in keiner Weise durch die vorgetragenen Positionen gebunden.*

# Ist die deutsche Fusionskontrolle strenger?

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

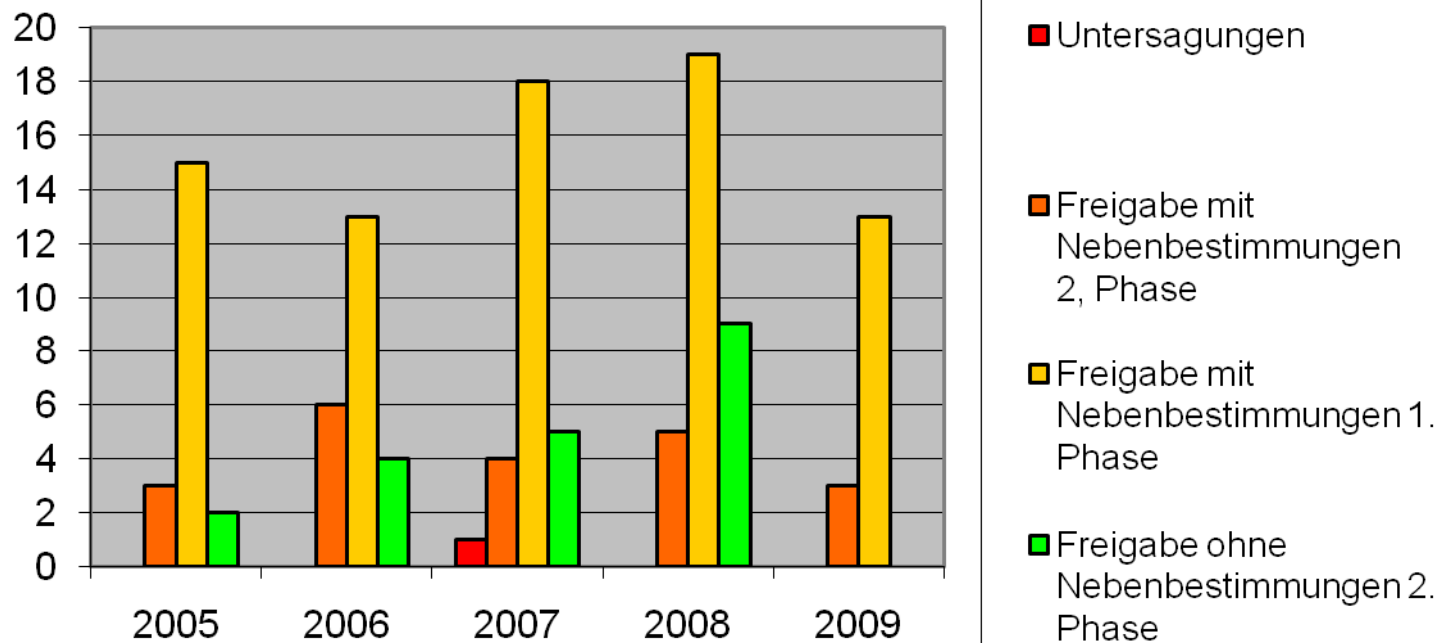
# Ist die deutsche Fusionskontrolle strenger?

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



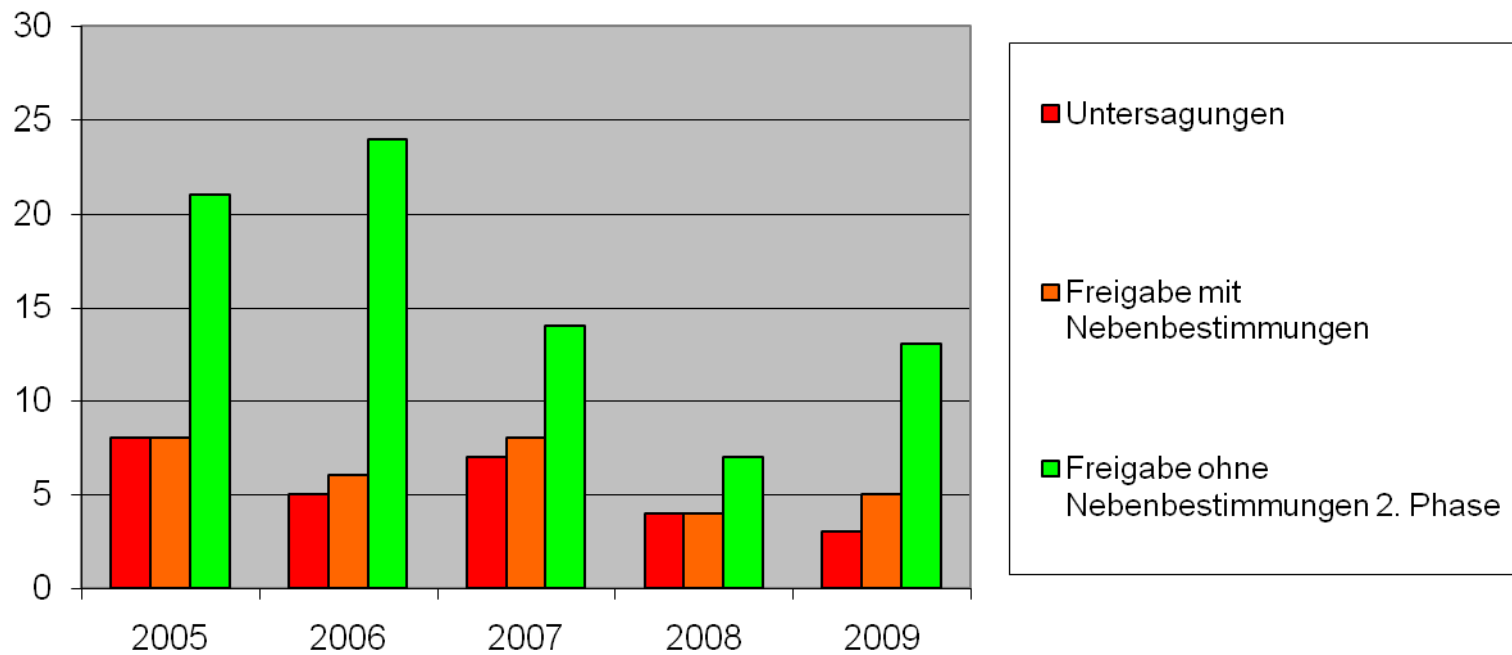
# Ist die deutsche Fusionskontrolle strenger?

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?

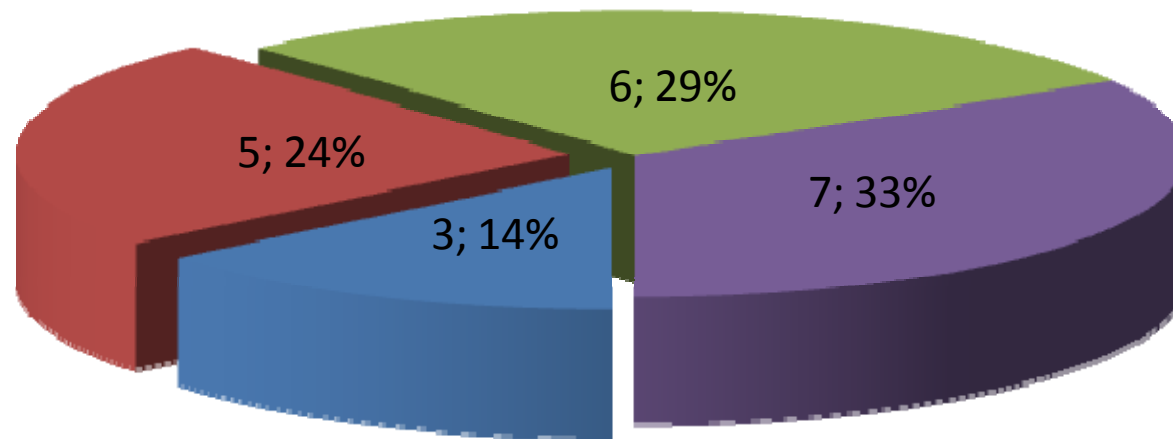
## 6. Abschaffung der Ministererlaubnis?

- 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: Bisher 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.

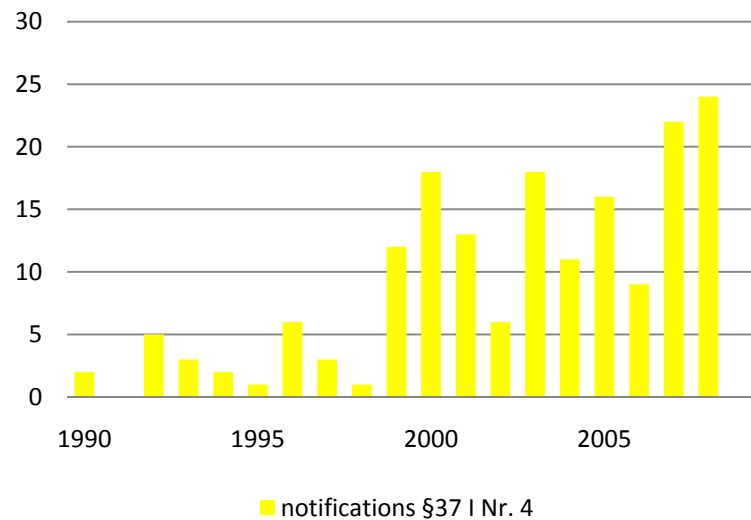
# Anpassungsbedarf?

- 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)

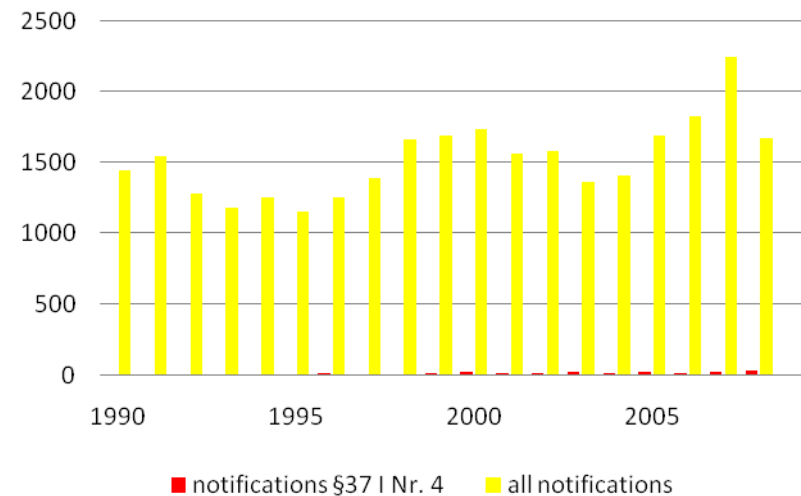
Ergebnis: Zusammenschlusstatbestände beibehalten.

# Anpassungsbedarf?

## Anmeldungen § 37 I Nr. 4



## Anmeldungen insgesamt

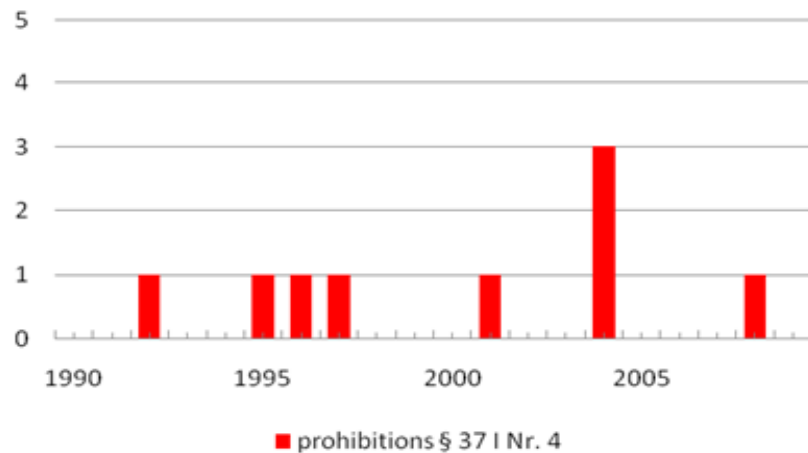


- **Wettbewerblich erheblicher Einfluss:**

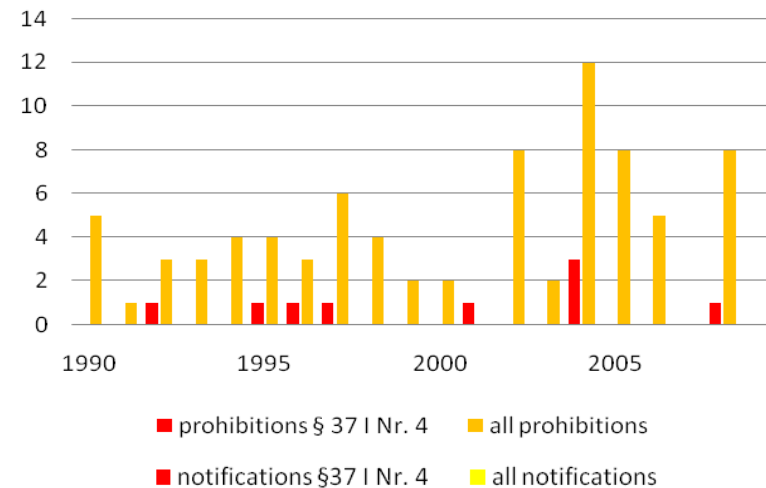
**0,6 % der Anmeldungen  
11 % der Untersagungen**

# 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
<b>Deutschland</b>	<b>500 Mio. € (alle zus.)</b>	<b>1.000</b>
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
<b>Deutschland</b>	<b>25 Mio. €</b>	<b>5 Mio. €</b>	<b>1.0000</b>
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