

## **Die 8. GWB-Novelle und neuere ökonomische Entwicklungen in der Fusionskontrolle**

30. Januar 2013

# Hintergrund

2

- Die 8. GWB-Novelle bringt **wichtige Änderungen in der Fusionskontrolle** (wenn sie kommt).
- Aktueller Stand des **Gesetzgebungsprozesses**
  - Regierungs-Entwurf vom Mai 2012 (*BT-Drucks. 17/9852*)
  - Verabschiedet mit Änderungen vom Bundestag am 18.10.2012 (*BT-Drucks. 17/11053*)
  - Anrufung des Vermittlungsausschusses durch den Bundesrat am 23.11.2012 (*BR-Drucks. 641/12 (B)*)
  - Auf Tagesordnung für Vermittlungsausschuss-Sitzung am 29.1.2013

*Die Folien und der mündliche Vortrag stellen persönliche Auffassungen des Vortragenden dar, die nicht notwendigerweise der Position des Bundeskartellamts entsprechen.*

# Gliederung

3

- *Die Fusionskontrolle in der 8. GWB-Novelle:*  
Welche Neuerungen sind vorgesehen?  
Was bleibt erhalten?
  
- *Folgerungen aus der GWB-Novelle:*  
Weitere Verfeinerung des Prüfungsansatzes  
Erfassung von unilateralen Effekten  
Verhältnis zur EU-Fusionskontrolle
  
- *Effektive Integration von ökonomischer Analyse:*  
Standards für ökonomische Gutachten des Bundeskartellamts
  
- *Zusammenfassung und Dokumente*

# *Die Fusionskontrolle in der 8. GWB-Novelle: Welche Neuerungen sind vorgesehen?\**

4

- **Wechsel des Untersagungskriteriums** (§ 36 Abs. 1 GWB Neu)
  - Erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs (SIEC-Test)
  - Marktbeherrschung als Regelbeispiel
- Zuordnung der – unveränderten – **Bagatellmarktklausel** zur materiellen Prüfung (§ 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 GWB Neu)
- Anhebung der Marktanteilsschwelle für die **Vermutung von Einzelmarktbeherrschung** von 33 1/3 % auf 40 % in § 18 Abs. 4 GWB Neu

\* Bezug genommen wird durchweg auf die vom BT am 18.10.2012 verabschiedete Fassung der Gesetzesnovelle.

# Wortlaut des § 36 Absatz 1 GWB Neu (1. Teil)

5

„Ein Zusammenschluss, durch den wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde, insbesondere von dem zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, ist vom Bundeskartellamt zu untersagen.

Dies gilt nicht, wenn

1. die beteiligten Unternehmen nachweisen, dass durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und diese Verbesserungen die Behinderung des Wettbewerbs überwiegen oder
2. die Untersagungs Voraussetzungen des Satzes 1 auf einem Markt vorliegen, auf dem seit mindestens fünf Jahren Waren oder gewerbliche Leistungen angeboten werden und auf dem im letzten Kalenderjahr weniger als 15 Millionen Euro umgesetzt wurden oder“

# *Die Fusionskontrolle in der 8. GWB-Novelle: Welche Neuerungen sind vorgesehen?*

6

- **Zusammenrechnungsklausel** in § 38 Abs. 5 S. 3 GWB Neu
- Fristhemmung bei nicht rechtzeitigen / nicht vollständigen **Auskünften** von beteiligten Unternehmen in § 40 Abs. 2 GWB Neu
- Automatische Fristverlängerung um einen Monat bei erstmaligen **Zusagenvorschlägen** gemäß § 40 Abs. 2 GWB Neu
- Lockerung der **Pressefusionskontrolle**
  - Erhöhung der **Aufgreifschwellen** (Multiplikator 8 statt bisher 20) in § 38 Abs. 3 GWB Neu
  - Spezielle Vorschrift zur **Sanierungsfusion** (§ 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 GWB Neu)

# Wortlaut des § 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 GWB Neu (2. Teil)

7

„Dies gilt nicht, wenn

[...]

3. die marktbeherrschende Stellung eines Zeitungs- oder Zeitschriftenverlags verstärkt wird, der einen kleinen oder mittleren Zeitungs- oder Zeitschriftenverlag übernimmt, falls nachgewiesen wird, dass der übernommene Verlag in den letzten drei Jahren einen erheblichen Jahresfehlbetrag im Sinne des § 275 Absatz 2 Nummer 20 des Handelsgesetzbuchs hatte und er ohne den Zusammenschluss in seiner Existenz gefährdet wäre. Ferner muss nachgewiesen werden, dass vor dem Zusammenschluss kein anderer Erwerber gefunden wurde, der eine wettbewerbskonformere Lösung sichergestellt hätte.“

# *Die Fusionskontrolle in der 8. GWB-Novelle: Was bleibt erhalten?*

8

## **Zentrale materielle Regelungen**

- Regelbeispiel **Marktbeherrschung** in § 36 Abs. 1 S. 1 GWB Neu
- **Marktbeherrschungsvermutungen** in § 18 Abs. 4 bis 7 GWB Neu
- **Abwägungsklausel** in § 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 GWB Neu
- **Ministererlaubnis** in § 42 GWB

# Aus der Begründung zum RegE (*BT-Drucks. 17/9852*)

9

## □ Zum Regelbeispiel Marktbeherrschung:

„Die Ergänzung des Untersagungstatbestands führt nicht zu Rechtsunsicherheit. Die Untersagungsvoraussetzung der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, die seit Einführung der deutschen Fusionskontrolle 1973 das alleinige Prüfkriterium war, gilt ebenso weiter wie die dazu ergangene Entscheidungspraxis der Gerichte, etwa zur Frage, wann eine marktbeherrschende Stellung durch einen Zusammenschluss verstärkt wird. Die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung stellt stets eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs dar (Marktbeherrschung als Regelbeispiel). Untersagungen werden voraussichtlich auch in Zukunft überwiegend anhand dieses Kriteriums erfolgen.“ (S. 28, „Zu Nummer 20“)

# *Die Fusionskontrolle in der 8. GWB-Novelle: Was bleibt erhalten?*

10

## **Wichtige Teile des formalen Rechtsrahmens**

- **Zusammenschlusstatbestände** in § 37 Abs. 1 GWB
- Verpflichtende **Angaben bei Anmeldung** lt. § 39 Abs. 3 GWB
- Allgemeine **Aufgreifschwelle**n gemäß § 35 Abs. 1 GWB
- **Fristenregime** gemäß § 40 Abs. 1 und 2 GWB

Fazit: Die GWB-Novelle bringt **wichtige Änderungen** in der Fusionskontrolle, insb. den Wechsel des Untersagungskriteriums. Gleichzeitig bleiben große Teile des **materiellen und formalen Rechtsrahmens** unverändert.

# Gliederung

11

- *Die Fusionskontrolle in der 8. GWB-Novelle:*  
Welche Neuerungen sind vorgesehen?  
Was bleibt erhalten?
- ***Folgerungen aus der GWB-Novelle:***  
Weitere Verfeinerung des Prüfungsansatzes  
Erfassung von unilateralen Effekten  
Verhältnis zur EU-Fusionskontrolle
- *Effektive Integration von ökonomischer Analyse:*  
Standards für ökonomische Gutachten des Bundeskartellamts
- *Zusammenfassung und Dokumente*

# *Folgerungen aus der GWB-Novelle:* Weitere Verfeinerung des Prüfungsansatzes

12

- Bereits unter dem Marktbeherrschungs-Test **gestiegene Bedeutung von Effekten**
  - Stärkere Ausrichtung der Prüfung auf ökonomische **Schadenstheorien**
  - Anwendung von **neuen ökonomischen Konzepten**
  - Ausweitung der **Ermittlungen**
  - **Leitfaden zur Marktbeherrschung** als sichtbarer Ausdruck des verfeinerten Prüfungsansatzes
  
- Abwägung zwischen **Nutzen vertiefter Analysen** und **Effektivität der Kartellrechtsanwendung**



# *Folgerungen aus der GWB-Novelle:* Weitere Verfeinerung des Prüfungsansatzes

13

- **Fallbeispiele aus der Entscheidungspraxis des BKartA:**
  - **Analyse der wettbewerblichen Nähe** im Fall B2-333/07 - Edeka/Tengelmann (LEH)
  - **Analyse von Ausschreibungsdaten** im Fall B9-84/09 - Webasto/Edscha (Cabrio-Dachsysteme)
  - **Kundenwechselanalyse** im Fall B3-187/11 - Akzo/Metlac (Metallverpackungsbeschichtungen)
- Zunahme von ökonomischen (Partei-) **Gutachten**
  - Fälle mit Beteiligung ökonomischer Gutachter in jüngster Zeit u.a.
    - B4-51/11 - Haspa/KSK Lauenburg (Finanzdienstleistungen)
    - B7-109/10 - Liberty/Kabel BWKabel-TV (Kabel-TV)
    - B2-64/12 - Ratos/Pernod Ricard (Aquavit)

# *Folgerungen aus der GWB-Novelle: Erfassung von unilateralen Effekten*

14

- Unter dem SIEC-Test zweifelsfreie **Erfassung von unilateralen Effekten** bei horizontalen Fusionen ohne Marktbeherrschung
  - insb. auf **engen Oligopolmärkten** (2 bis 5 Anbieter)
  - **Lücke** unter dem MB-Test - „gap cases“ (?)
  - Je nach Konstellation spezifische **Grundlage für unilateralen Effekt** und **Ermittlungsanforderungen**
    - (1) Differenzierte Produkte / Preiswettbewerb
    - (2) Ausschreibungsmärkte
    - (3) Homogene Produkte / Mengenwettbewerb
- Bspw. **UPP-Analyse** bei Konstellation (1)

# Aus der Begründung zum RegE (*BT-Drucks. 17/9852*)

15

## □ Zur „Reichweite“ des neuen Untersagungskriteriums:

„Das Untersagungskriterium der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs ermöglicht eine zweifelsfreie, flexible und damit optimale Erfassung aller potentiell wettbewerblich kritischen Fälle. Das gilt etwa für **komplexe Oligopolsachverhalte** oder für die **Erfassung nicht koordinierten beziehungsweise unilateralen Verhaltens einzelner Unternehmen** (zum Beispiel Preissetzungsmöglichkeiten eines Unternehmens nach einem Zusammenschluss, ohne dass es zugleich eine marktbeherrschende Marktposition innehat). Die Einführung des SIEC-Tests erlaubt eine Untersagung auch in den **wenigen wettbewerblich schädlichen Konstellationen, in denen die Voraussetzungen der Einzelmarktbeherrschung nicht erfüllt sind.**“ (S. 28, „Zu Nummer 20“)

# *Folgerungen aus der GWB-Novelle:* Weitere Verfeinerung des Prüfungsansatzes

16

## □ **Vertikale und konglomerate Fusionen**

- Bei **vertikalen Fusionen** z. B. zweistufige Prüfung:
  - (1) **Möglichkeit** und
  - (2) **Anreize** für eine Abschottungsstrategie
- Übereinstimmung mit **wettbewerbsökonomischer Forschung** und mit **Anwendungspraxis in anderen Jurisdiktionen**
- Bereits im Leitfaden zur Marktbeherrschung enthalten
- Raum für **Effizienzverteidigung im Einzelfall?**
- Bedeutung der **Erheblichkeitsschwelle?**

# *Folgerungen aus der GWB-Novelle: Verhältnis zur EU-Fusionskontrolle*

17

□ Mit der 8. GWB-Novelle ist **weitere Angleichung** intendiert,  
... aber weiterhin **keine vollständige Harmonisierung**.

- Wichtige Unterschiede in materieller und formaler Hinsicht bleiben bestehen.
- Explizite Äußerung in Begründung zum Regierungs-Entwurf (*BT-Drucks. 17/9852*):

„Die Neuregelung zielt darauf ab, **Unterschiede zwischen deutscher und europäischer Fusionskontrolle weiter zu verringern**, um eine **weitgehend gleichlaufende Beurteilung** von Fusionsvorhaben auf deutscher und europäischer Ebene zu ermöglichen.“

(S. 17, „Ziele des Gesetzes“)

# *Folgerungen aus der GWB-Novelle: Verhältnis zur EU-Fusionskontrolle*

18

## □ **Konsequenzen**

- Fortgeltung der umfangreichen deutschen **Rechtsprechung**
- **Keine Bindungswirkung** von Bekanntmachungen / Leitlinien der KOM und Rechtsprechung der europäischen Gerichte
- Keine **Vorlagefähigkeit** vor dem EuGH
- Aber natürlich (weiterhin) **wechselseitige Beeinflussung!**

Fazit: Unter dem SIEC-Test ist die **weitere Verfeinerung des Prüfungsansatzes** zu erwarten, insb. die Erfassung von **unilateralen Effekten**. Eine vollständige Harmonisierung mit der **EU-Fusionskontrolle** ist damit gleichwohl nicht verbunden.

# Gliederung

19

- *Die Fusionskontrolle in der 8. GWB-Novelle:*  
Welche Neuerungen sind vorgesehen?  
Was bleibt erhalten?
- *Folgerungen aus der GWB-Novelle:*  
Weitere Verfeinerung des Prüfungsansatzes  
Erfassung von unilateralen Effekten  
Verhältnis zur EU-Fusionskontrolle
- ***Effektive Integration von ökonomischer Analyse:***  
Standards für ökonomische Gutachten des Bundeskartellamts
- *Zusammenfassung und Dokumente*

# *Effektive Integration von ökonomischen Analysen:* Gesamtkontext

20

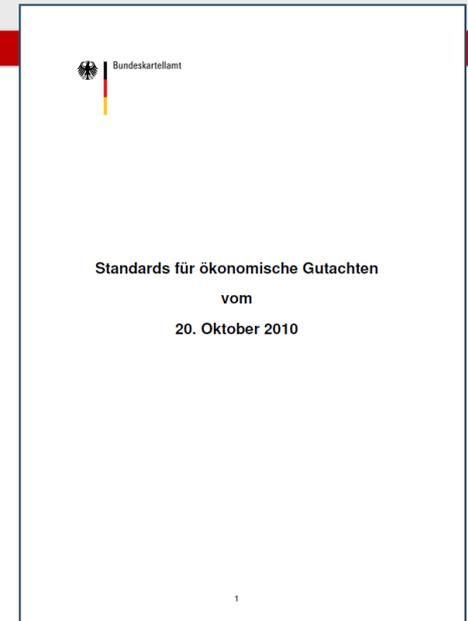
- **Ökonomische Analysen** in der Kartellrechtsanwendung
  - **Komplementarität** von theoretisch-konzeptionellen und quantitativen Analysen
  - Stets Teil der **Gesamtwürdigung** des konkreten Einzelfalls
- Vertiefte ökonomische Analyse / komplexe Methodik bietet sich i.d.R. nur für **zentrale Aspekte der Schadenstheorie** an.
- **Vielzahl von Methoden** speziell für quantitative Analysen
  - Für die Auswahl gilt: „As **simple as possible**,  
... but **not simpler than possible!**“
  - Entscheidend: Relevanz, Datenverfügbarkeit, Kosten/Nutzen-Verhältnis

# Effektive Integration von ökonomischen Analysen: Standards für ökonomische Gutachten

21

## □ **Standards** des Bundeskartellamts

- auf Basis der Erfahrungen mit zuvor eingereichten Gutachten
- Anlehnung an „peer review“ im Bereich der Wissenschaft
- Faire und effiziente Einbindung in das jeweilige Verfahren



## □ **Zentraler Anknüpfungspunkt: Beweiswürdigung**

„Argumente, Ergebnisse und Schlussfolgerungen aus Gutachten, die diesen Standards nicht genügen, können je nach Grad der Abweichung im Rahmen der Beweiswürdigung nur entsprechend nachrangig oder gar nicht berücksichtigt werden.“ (*BKartA-Standards, S. 2*)

# *Effektive Integration von ökonomischen Analysen:* Standards für ökonomische Gutachten

22

## **Materielle Anforderungen**

- **Relevanz** / Bezug zur kartellrechtlichen Fragestellung
- **Auswahl** eines geeigneten Modelltyps bzw. einer geeigneten Methode
- **Robustheit** der Ergebnisse (theoretisch und empirisch)
- Vorrang für **etablierte** / **getestete** Theorien und Methoden

## **Formale Anforderungen**

- **Vollständigkeit** (inkl. Dokumentation) und **Transparenz**

# *Effektive Integration von ökonomischen Analysen:* Standards für ökonomische Gutachten

23

## **Formale Anforderungen** (Forts.)

- Nachvollziehbarkeit / **Replizierbarkeit**
- Präsentation / **Verständlichkeit** (u.a. executive summary)
- **Zeitpunkt des Einreichens**
  - Je umfangreicher / komplexer eine Analyse ist, desto früher sollte sie in Verfahren eingebracht werden.
  - „Überraschungs-Gutachten“ zahlen sich in der Regel nicht aus!

Fazit: Für die effektive Integration von ökonomischen Analysen, insb. von Parteigutachten, bestehen bestimmte **Anforderungen**, die in den Gutachten-Standards des BKartA niedergelegt sind.

# Gliederung

24

- *Die Fusionskontrolle in der 8. GWB-Novelle:*  
Welche Neuerungen sind vorgesehen?  
Was bleibt erhalten?
- *Folgerungen aus der GWB-Novelle:*  
Weitere Verfeinerung des Prüfungsansatzes  
Erfassung von unilateralen Effekten  
Verhältnis zur EU-Fusionskontrolle
- *Effektive Integration von ökonomischer Analyse:*  
Standards für ökonomische Gutachten des Bundeskartellamts
- *Zusammenfassung und Dokumente*

# Zusammenfassung

25

- Wichtige Änderungen in der Fusionskontrolle mit der 8. GWB-Novelle, v.a. der **Wechsel des Untersagungskriteriums**
  - Weitere **Verfeinerung des Prüfungsansatzes** zu erwarten
  - Zweifelsfreie Erfassung von unilateralen Effekten
- Gleichzeitig bleiben andere **wichtige Teile des Rechtsrahmens** der Fusionskontrolle nach dem GWB in ihrer bisherigen Form erhalten.
- Bleibende Herausforderung: sachgerechte **Integration von Ökonomie** in die Kartellrechtsanwendung
  - Gutachten-Standards des Bundeskartellamts

## *Hinweis auf relevante Dokumente*

26

*Bundeskartellamt*, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, März 2012, verfügbar unter [http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Publicationen/2012-03-29\\_Leitfaden\\_Endfassung\\_neu.pdf](http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Publicationen/2012-03-29_Leitfaden_Endfassung_neu.pdf).

*Bundeskartellamt*, Standards für ökonomische Gutachten vom 20. Oktober 2010, verfügbar unter [http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Merkblaetter/Merkblaetter\\_deutsch/Bekanntmachung\\_Standards\\_final.pdf](http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Merkblaetter/Merkblaetter_deutsch/Bekanntmachung_Standards_final.pdf).

## **Die 8. GWB-Novelle und neuere ökonomische Entwicklungen in der Fusionskontrolle**

30. Januar 2013

# **< Backup-Folien >**

# Beispiel für die Ermittlung wettbewerblicher Nähe

29

**Segmentierung** des deutschen LEH-Marktes anhand von qualitativen und quantitativen Kriterien im Fall B2-333/07 - Edeka/Tengelmann

- Kriterien v.a. Sortimentsbreite, Anteil Herstellermarken, Verkaufsfläche

	SB-Warenhäuser	Vollsortimenter	Soft-Discounter	Hard-Discounter
EDEKA		EDEKA-Vollsortimenter		
			Netto Marken-Discount	
Tengelmann-Gruppe		Kaiser's		
			Plus	
REWE		REWE		
			Penny	
Lidl/ Kaufland	Kaufland			
			Lidl	
Aldi				Aldi

(B2 - 333/07 - Edeka/Tengelmann, S. 45)

# Beispiel für die Analyse von Ausschreibungsdaten

30

## **Bieteranalyse** im Fall B9-84/09 - Webasto/Edscha

- 53 Ausschreibungen (in Europa) von 2002 bis 2009

**Tabelle 7: Begegnungen bei gewonnenen Ausschreibungen:**

Gebote von →	Edscha	Webasto	Magna	Karmann
bei Sieg Edscha	(1x allein)	3	13	1
bei Sieg Webasto	4	(3x allein)	6	2
bei Sieg Magna	8	5	(3x allein)	7
bei Sieg Karmann	4			(allein)

Magna jeweils engster Wettbewerber der Beteiligten

(B9 - 84/09 - Webasto/Edscha, S. 70)