



Legal Update
April 2012

Das Bundeskartellamt veröffentlicht neuen Leitfaden zur Fusionskontrolle

Hintergrund

Am 29. März 2012 hat das Bundeskartellamt einen neuen Leitfaden zur Fusionskontrolle („Leitfaden“) veröffentlicht. Der Leitfaden ersetzt die Auslegungsgrundsätze zur Prüfung von Marktbeherrschung des Bundeskartellamtes aus dem Jahr 2000. Ein erster Entwurf der Leitlinien war bereits im Juli 2011 im Rahmen einer Konsultation veröffentlicht worden.

Die Leitlinien legen die wesentlichen Prinzipien des Bundeskartellamtes zur Bewertung von Zusammenschlüssen, d.h. der Analyse, ob eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, dar. Die Leitlinien sollen zur Unterstützung von Unternehmen und Beratern die Vorgehensweise des Bundeskartellamtes bei der Prüfung von Zusammenschlüssen erläutern, wobei die Leitlinien nicht als Checkliste an Punkten verstanden werden sollten, die auf jeden einzelnen Fall anzuwenden sind. Die Leitlinien spiegeln vornehmlich die gegenwärtige Praxis wider; es steht nicht zu erwarten, dass es zu Änderungen in der Praxis des Bundeskartellamtes kommen wird.

Die Leitlinien sollen nach Inkrafttreten der 8. GWB-Novelle und entsprechender neuer Fallpraxis überarbeitet werden. Die Gesetzesänderungen werden voraussichtlich Anfang 2013 in Kraft treten. Vorgesehen ist u.a. eine Abschaffung des Marktbeherrschungstests in seiner derzeit geltenden Form und die Einführung des „significant impediment to effective competition“-Test (erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs), der in der EU und in den meisten Mitgliedstaaten angewandt wird.

Inhalt

Der Leitfaden betont die Bedeutung der Gesamtbetrachtung der Marktverhältnisse für die Feststellung der Auswirkungen eines Zusammenschlusses. Das Bundeskartellamt stellt klar, dass die materielle Beurteilung über die Betrachtung von Marktanteilen hinaus eine umfassende ökonomische Analyse erfordert.

Marktanteile bleiben jedoch als Indikator für die Marktmacht eines Unternehmens ein wichtiges Kriterium. Gem. § 19 Abs. 3 GWB gilt die Vermutung, dass ein Unternehmen ab einem Marktanteil von 33,3% eine marktbeherrschende Stellung innehat (diese Schwelle soll im Rahmen der 8. GWB-Novelle auf 40% angehoben werden). Das Bundeskartellamt muss jedoch auch bei Erreichen der Schwelle eine umfassende Marktuntersuchung vornehmen. Die Vermutung greift nur dann, wenn das Bundeskartellamt im Rahmen der Marktuntersuchung keine Nachweise für das Vorliegen oder das Nichtvorliegen einer Marktbeherrschung findet. Die Leitlinien stellen zudem klar, dass auch ein geringer Zuwachs an Marktmacht eine marktbeherrschende Stellung verstärken kann, wenn die Wettbewerbsintensität gering und die Marktbeherrschung stark ausgeprägt ist. Weder die Verschlechterung des Wettbewerbs noch der Marktmachtzuwachs müssen einen bestimmten Grad an Spürbarkeit erreichen. Es muss aber eine konkrete Verschlechterung der Wettbewerbsverhältnisse feststellbar sein. Je nach Marktstruktur kann eine marktbeherrschende Stellung sogar ohne Marktanteilszuwachs verstärkt werden.

Anders als die EU Kommission knüpft das Bundeskartellamt keine Vermutungen an das Vorliegen eines bestimmten HHI-Indexes (Herfindahl-Hirschman-Index), der den Konzentrationsgrad eines Marktes misst.¹

Abgesehen von den Marktanteilen untersucht das Bundeskartellamt andere Wettbewerbsfaktoren in den relevanten Märkten, darunter Kapazitäten und Kapazitätsbeschränkungen, Kundenpräferenzen und Wechselkosten, gewerbliche Schutzrechte und Know-How, die Marktphase, Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten, Verflechtungen mit anderen

¹ Der HHI wird durch die Summe des Quadrates der jeweiligen Marktanteile sämtlicher Unternehmen in einem Markt berechnet.

Unternehmen sowie finanzielle Ressourcen. Andere Prüfungspunkte sind weiterhin potentieller Wettbewerb, Marktzutrittsschranken, Randsubstitution und gegenseitige Nachfragemacht.

Aus den Leitlinien ergibt sich ferner, dass das Bundeskartellamt möglichen Effizienzgewinnen, die ein Zusammenschluss nach sich ziehen kann, skeptisch gegenübersteht. Nach Ansicht des Bundeskartellamtes kann ein Zusammenschluss, der eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, nur in Ausnahmefällen positive Auswirkungen auf den Wettbewerb haben. Abgesehen von einer Berücksichtigung im Rahmen der Abwägungsklausel des § 36 Abs. 1, 2. HS GWB und der Ministererlaubnis aus § 42 GWB bietet das Gesetz keine Rechtsgrundlage für die Berücksichtigung von Effizienzen, soweit sie nicht unmittelbar wettbewerbliche Auswirkungen haben. Zudem sei der Aufwand für die Darlegung und Prüfung für die Unternehmen und die Behörde unverhältnismäßig hoch. Effizienzgewinne seien überdies häufig nicht verlässlich feststellbar.

Fazit

Die Klarstellung des Bundeskartellamtes, dass es seine Prüfungspraxis in den letzten Jahren zu einer stärker wirtschaftlich ausgerichteten Betrachtungsweise und einer umfassenden Untersuchung der Marktverhältnisse verlagert hat, ist zu begrüßen. Diese Entwicklung wird mit der zu erwartenden Einführung des SIEC-Tests, die die deutsche Fusionskontrolle der Praxis der EU Kommission und anderer Wettbewerbsbehörden annähern wird, fortgeführt. Die

Tatsache, dass die Leitlinien weniger als ein Jahr vor dem geplanten Inkrafttreten der 8. GWB-Novelle veröffentlicht werden, scheint anzudeuten, dass keine wesentlichen Änderungen in der Praxis des Bundeskartellamtes zu erwarten sind. Die Leitlinien selbst stellen in diesem Zusammenhang klar, dass der Marktbeherrschungstest ein wichtiges Element des SIEC-Tests sein wird.

Wenn Sie Fragen haben, können Sie sich gern mit der Autorin Isabel Simon in Verbindung setzen oder mit einem der folgenden Kontakte:

Mayer Brown EU Antitrust & Competition Group:

Kiran Desai

Partner, Brussels
Tel: +32 2 502 5517
kdesai@mayerbrown.com

Gillian Sproul

Partner, London
Tel: +44 20 3130 3313
gsproul@mayerbrown.com

Nathalie Jalabert Doury

Partner, Paris
Tel: +33 1 53 53 43 43
njalabertdoury@mayerbrown.com

Jens Peter Schmidt

Partner, Brussels
Tel: +32 2 502 5517
jpschmidt@mayerbrown.com

Mayer Brown is a global legal services organisation advising many of the world's largest companies, including a significant portion of the Fortune 100, FTSE 100, DAX and Hang Seng Index companies and more than half of the world's largest banks. Our legal services include banking and finance; corporate and securities; litigation and dispute resolution; antitrust and competition; US Supreme Court and appellate matters; employment and benefits; environmental; financial services regulatory & enforcement; government and global trade; intellectual property; real estate; tax; restructuring, bankruptcy and insolvency; and wealth management.

OFFICE LOCATIONS AMERICAS: Charlotte, Chicago, Houston, Los Angeles, New York, Palo Alto, Washington DC
ASIA: Bangkok, Beijing, Guangzhou, Hanoi, Ho Chi Minh City, Hong Kong, Shanghai, Singapore
EUROPE: Brussels, Düsseldorf, Frankfurt, London, Paris
TAUIL & CHEQUER AVOGADOS in association with Mayer Brown LLP: São Paulo, Rio de Janeiro
ALLIANCE LAW FIRM: Spain (Ramón & Cajal)

Please visit our web site for comprehensive contact information for all Mayer Brown offices. www.mayerbrown.com

Mayer Brown is a global legal services provider comprising legal practices that are separate entities (the "Mayer Brown Practices"). The Mayer Brown Practices are: Mayer Brown LLP and Mayer Brown Europe-Brussels LLP, both limited liability partnerships established in Illinois USA; Mayer Brown International LLP, a limited liability partnership incorporated in England and Wales (authorised and regulated by the Solicitors Regulation Authority and registered in England and Wales number OC 303359); Mayer Brown, a SELAS established in France; Mayer Brown JSM, a Hong Kong partnership and its associated entities in Asia; and Tauil & Chequer Advogados, a Brazilian law partnership with which Mayer Brown is associated. "Mayer Brown" and the Mayer Brown logo are the trademarks of the Mayer Brown Practices in their respective jurisdictions.

© 2012. The Mayer Brown Practices. All rights reserved.