

# Wettbewerbspolitik

Jürgen Stehn

Im Bereich der Wettbewerbspolitik stand im Berichtszeitraum die Verabschiedung der Reform der EU-Fusionskontrolle im Mittelpunkt des Interesses.

## Die EU-Fusionskontrolle: Ein Überblick

Aufgrund eines langjährigen Widerstandes der deutschen und der britischen Regierung, die eine wettbewerbspolitische Kompetenzerweiterung der EU-Kommission verhindern wollten, wurde eine europäische Fusionskontrolle erst am 21. Dezember 1989 mit der „Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen“ beschlossen, die am 21. September 1990 in Kraft trat. Nach dieser Verordnung müssen alle Zusammenschlussvorhaben mit gemeinschaftsweiter Bedeutung, an denen Unternehmen mit einem Weltumsatz von mehr als 5 Mrd. Euro und einem Euro-Umsatz von mehr als 250 Mio. Euro beteiligt sind, bei der Kommission angemeldet werden (Art. 1 Abs. 2). Wenn die beteiligten Unternehmen im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil dieses Marktes einen Anteil von mehr als 25 % besitzen, hat die Kommission die Möglichkeit, die Fusion zu untersagen. Dabei hat sie abzuwägen zwischen der zu erwartenden Beeinträchtigung des Wettbewerbes und den möglichen Effizienzgewinnen, die durch die Fusion erzielt werden können.

Im Frühjahr 1997 wurden – erneut nach zähen Verhandlungen mit deutschem und britischem Widerstand – zusätzliche Aufgreifschwelle definiert. Neben den bisherigen Zusammenschlüssen müssen nach der neuen Verordnung zukünftig auch Fusionen bei der EU-Kommission angemeldet werden, wenn sie mindestens drei Mitgliedstaaten betreffen, die fusionierenden Unternehmen einen Weltmarktumsatz von zusammen mindestens 2,5 Mrd. Euro aufweisen, jedes einzelne Unternehmen einen EU-Umsatz von mindestens 100 Mio. Euro erzielt, und wenn in jedem betroffenen Mitgliedstaat mindestens zwei der fusionierenden Unternehmen einen gemeinsamen Umsatz von 25 Mio. Euro tätigen. Diese recht komplizierten Aufgreifkriterien spiegeln zum einen den Kompromisscharakter der neuen Regelung wider, sind zum anderen jedoch auch Ausdruck des Bestrebens, die nationalen Kartellbehörden von Mehrfacharbeiten zu entlasten. Denn bei Zusammenschlüssen von Unternehmen aus drei oder mehr Mitgliedstaaten, die unter die allgemeinen Aufgreifschwelle der EU fielen, mussten bisher die Kartellbehörden aller betroffenen Länder separate Untersuchungsverfahren einleiten.

## Die jüngste Reform der EU-Fusionskontrolle

Die jüngste Reform der EU-Fusionskontrolle, die insbesondere durch drei Aufhebungsurteile des Europäischen Gerichts Erster Instanz im Jahre 2002 angestoßen wurde, trat am 1. Mai 2004 in Kraft. Sie zielt darauf ab, die Gesetzesgrundlagen und die Entscheidungspraxis der EU-Fusionskontrolle mehr als bisher an wirtschaftswissenschaftlichen Theorien und empirischen („ökonometrischen“) Methoden zu orientieren, um so die Analyse von Fusionsfällen nachvollziehbar und berechenbar zu machen. Am auffälligsten wird diese Neuausrichtung,

die häufig auch als „more economic approach“ bezeichnet wird, an den veränderten Kriterien für die Untersagung eines Unternehmenszusammenschlusses.

Vor der jüngsten Reform der EG-Fusionskontrollverordnung wurde ein Unternehmenszusammenschluss dann untersagt, wenn anzunehmen war, dass den fusionierenden Unternehmen daraus eine marktbeherrschende Stellung erwächst. Als „marktbeherrschend“ wurde in der Regel das Unternehmen mit dem größten Marktanteil angesehen. Die reformierte Verordnung schreibt dagegen das Verbot von Zusammenschlüssen vor, „durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde, insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung“.<sup>1</sup> Der Hauptgrund für die Änderung des Zulassungskriteriums war die Absicht des Gesetzgebers, eine Lücke im Bereich des Marktbeherrschungskriteriums zu schließen.<sup>2</sup> Der neue materiellrechtliche Prüfungsmaßstab soll auch solche Unternehmenskonzentrationen aufgreifen, durch die das fusionierte Unternehmen zwar keinen deutlichen Marktanteilsvorsprung gegenüber den Konkurrenten erlangt, aber dennoch in die Lage versetzt wird, unilateral – d.h. ohne sein Verhalten mit den Wettbewerbern explizit oder stillschweigend abzustimmen – seine Preise zu erhöhen. Ob solche Preiserhöhungsspielräume bestehen, kann im Hinblick auf den Einzelfall häufig nur mit Hilfe empirischer Analysen bestimmt werden, die auf einschlägigen ökonomischen Modellen beruhen. Aus diesem Grund könnte man die Neuausrichtung der EU-Fusionskontrolle statt „more economic approach“ auch als „more quantitative approach“ charakterisieren. Denn auch den bisherigen Prüfungsverfahren lagen ökonomische Modelle und Regeln zugrunde. Die Horizontalen EG-Fusionsleitlinien erläutern die Vorgehensweise der Kommission: „Bei der Bewertung der wettbewerblichen Auswirkungen eines Zusammenschlusses vergleicht die Kommission die Wettbewerbsbedingungen, die sich aus der angemeldeten Fusion ergeben, mit den Bedingungen, wie sie ohne den Zusammenschluss herrschen würden.“<sup>3</sup> Auch die so genannte Kontrollgruppenanalyse basiert auf der Analyse einschlägiger Daten im Rahmen empirischer, ökonomischer (ökonomischer) Modelle und lässt daher den „more quantitative approach“ als sinnvoll erscheinen.

### Hintergrund und Bewertung der Reform

„Unilaterale“ oder „nicht-koordinierte Auswirkungen auf den Wettbewerb“ beschreiben die Möglichkeit, dass ein Unternehmenszusammenschluss zu erhöhten Preisen des fusionierten Unternehmens (und möglicherweise auch seiner Wettbewerber) führen könnte, ohne dass es dazu einer Preisabsprache oder einer stillschweigenden Vereinbarung zwischen den konkurrierenden Unternehmen bedürfte. Potential für nicht-koordinierte Effekte ist dann gegeben, wenn sich enge Rivalen zusammenschließen und/oder wenn die verbleibenden Firmen infolge von Kapazitätsbeschränkungen daran gehindert sind, Wettbewerbsdruck auf das fusionierte Unternehmen auszuüben.

Warum führt eine Fusion enger Konkurrenten zu höheren Preisen? Wenn eine Firma ihre Preise erhöht, werden manche Kunden zu Konkurrenten wechseln, während andere die höheren Preise bezahlen. Gewinnmaximierende Firmen erhöhen ihre Preise so lange, bis der

1 Artikel 2(3) der Verordnung des Rates (EG) Nr. 139/2004 vom 20.01.2004 zur Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Offizielles Amtsblatt L 24, 29.01.2004, S. 1-22 („Neue EG-Fusionsverordnung“).

2 Der 25. Erwägungsgrund der Neuen EG-Fusionskontrollverordnung erläutert, dass das Konzept der „erheblichen Behinderung des wirksamen Wettbewerbs“ als Erweiterung des Marktbeherrschungskriteriums interpretiert werden solle.

3 Vgl. Horizontale EG-Fusionsleitlinien, Rdn. 9.

Gewinnverlust infolge von Kundenabwanderung den Gewinnzuwachs von Verkäufen zu höheren Preisen an verbleibende Kunden übersteigt. Vor dem Zusammenschluss werden beide fusionierenden Unternehmen dadurch an Preiserhöhungen gehindert, dass Kunden zu dem jeweiligen engen Rivalen und anderen Konkurrenten abwandern würden.

Der Zusammenschluss jedoch ändert die Anreize, welche die Preissetzung der beiden Firmen bestimmen. Kundenverluste an den ehemaligen Rivalen führen nun nicht mehr zu Gewinnverlust für das kombinierte Unternehmen. Wenn zu erwarten ist, dass im Falle einer Preiserhöhung bei einem der fusionierten Unternehmen viele Kunden zu dem anderen überwechseln (das wird der Fall sein, wenn beide vor der Fusion „enge Rivalen“ waren), dann wird eine Preiserhöhung nach dem Zusammenschluss attraktiv sein.

Derartige nicht-koordinierte Auswirkungen auf den Wettbewerb sind schon möglich, sobald auch nur wenige Kunden von einer fusionierenden Partei zur anderen überwechseln. Das Ausmaß dieser Auswirkungen ist jedoch eine rein empirische Frage. Solange der Zusammenschluss nicht zu Effizienzsteigerungen oder neuen Produktpositionierungen führt oder die Firmen im Markt von potentiell Markteintritt bedroht sind, ist die Frage nicht ob, sondern um wie viel die Preise nach der Fusion angehoben werden. Weil das Ausmaß eines nicht-koordinierten Preisanstiegs davon abhängt, wie sehr die fusionierenden Firmen vor dem Zusammenschluss gegenseitig ihre Preissetzungsspielräume eingeschränkt haben, konzentriert sich die empirische Analyse häufig darauf, festzustellen, ob die betreffenden Firmen enge Konkurrenten sind oder nicht. Zusätzlich ist es oft von Interesse, den wettbewerblichen Einfluss von Konkurrenten zu quantifizieren, deren Produkte, Preise und Produktionskapazitäten geeignet sein könnten, etwaige nicht-koordinierte Auswirkungen zu begrenzen.

Art und Differenzierung derartiger Analysen hängen von dem zur Verfügung stehenden Datenmaterial ab. Im Falle von Konsumgütermärkten können häufig Scannerdaten verwendet werden, die an den Registrierkassen von Einzelhandelsfilialen generiert werden. Solche Information eignet sich für die Berechnung der Eigen- und Kreuzpreiselastizitäten der Nachfrage, die Aufschluss darüber geben, wie Konsumenten ihre Einkaufsgewohnheiten an relative Preisänderungen anpassen. Eine derartige ökonometrische Analyse erlaubt es, zu quantifizieren, in welchem Ausmaß die Marken der fusionierenden Parteien für den Verbraucher substituierbar sind. Mit derselben Methode können auch Marken von Drittfirmen identifiziert werden, die ähnlich nahe Substitute darstellen.

In zahlreichen Industrien wird der Wettbewerb in Versteigerungen, Ausschreibungen oder Verhandlungsprozessen ausgetragen. In diesen Fällen können Daten zu den Preisgeboten der verschiedenen Konkurrenten und zu gewonnenen oder verlorenen Aufträgen wertvolle Einblicke in die Wettbewerbsdynamik geben. Viele Krankenhäuser kaufen zum Beispiel medizinische Geräte durch Ausschreibungsverfahren, die aus mehreren Angebotsrunden und Offerten und Gegenofferten bestehen. Mit geeigneter Information über die verschiedenen Kunden, die Geräte, die in ihren Krankenhäusern bereits im Gebrauch sind, sowie über erfolgreiche und abgelehnte Produktofferten kann ermittelt werden, ob die fusionierenden Parteien einander oft in Ausschreibungen als Konkurrenten gegenüberstanden und in welchem Ausmaß die Preisofferten einer Firma von der Teilnahme der anderen am Wettbewerb beeinflusst wurden.

Die oben beschriebenen Methoden können in der Praxis sehr kompliziert und aufwendig sein. Sie erfordern häufig die Erhebung von Originaldaten, ökonometrische Analyse und die Spezifizierung eines ökonometrischen Modells, das in der Lage ist, die Preisbildung vor und nach der Fusion wirklichkeitsnah zu beschreiben.

Daher wird vereinzelt darauf hingewiesen, dass die Neuausrichtung der EU-Fusionskontrolle zu einer Erhöhung des Verwaltungsaufwands und zu einer Verzögerung der Prüf-

verfahren durch die Europäische Kommission führen wird.<sup>4</sup> Dieser Mehraufwand für die EU-Kommission ist nicht von der Hand zu weisen. Aber gerade die im Jahre 2002 erfolgten Aufhebungsurteile des Europäischen Gerichts Erster Instanz, die den Anstoß zur Neuausrichtung gaben, verdeutlichen, dass eine Verstärkung der empirischen, aber auch der ökonomischen Basis der EU-Prüfverfahren unumgänglich und sinnvoll ist. Denn die bisherige empirische Praxis, die Rechtmäßigkeit von Fusionen überwiegend anhand einfacher ökonomischer Regeln zu beurteilen, wird – wie oben dargelegt – vielen Einzelfällen nicht gerecht und verringert angesichts der Gefahr eines späteren Aufhebungsurteils die Rechtssicherheit für die betroffenen Unternehmen.

Auch aus anderen Gründen erscheint ein „more quantitative approach“ als unumgänglich. Gemeinsam mit der britischen Regierung hat die Bundesregierung stets die Befürchtung geäußert, dass eine weite Zuständigkeit der Kommission für die europäische Fusionskontrolle zu einer Vermischung von wettbewerbspolitischen und industriepolitischen Interessen führen könnte. Stein des Anstoßes ist insbesondere die so genannte „französische Klausel“ in der Fusionskontrollverordnung, nach der die Kommission verpflichtet ist, bei ihrer Beurteilung von Fusionen auch deren Wirkungen auf „die Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts“ zu beachten (Art. 2 Abs. 1b EGV). Es ist a priori kaum zu beurteilen, inwieweit diese Befürchtung gerechtfertigt ist. Auch von den Vertretern einer strikten Wettbewerbspolitik wird durchaus akzeptiert, dass eine rein an Wettbewerbskriterien ausgerichtete Fusionskontrolle politisch kaum durchsetzbar wäre. Zielkonflikte sind immer möglich und lassen sich nicht durch geänderte institutionelle Regelungen vermeiden. Bei der europäischen Fusionskontrolle müssen diese Konflikte jedoch innerhalb eines einzigen Entscheidungsprozesses gelöst werden (einstufiges Verfahren), während etwa nach deutschem Kartellrecht die wettbewerbsrechtliche Prüfung durch das Kartellamt erfolgt und die Berücksichtigung gesamtwirtschaftlicher Aspekte dem Bundeswirtschaftsminister im Rahmen der Ministererlaubnis vorbehalten bleibt (zweistufiges Verfahren). Sowohl die Bundesregierung als auch die Monopolkommission haben immer wieder gefordert, auch im EU-Recht ein zweistufiges Verfahren einzuführen, und zwar dadurch, dass einem neu zu errichtenden, unabhängigen europäischen Kartellamt die wettbewerbsrechtliche und der Kommission die gesamtwirtschaftliche Beurteilung von Fusionen übertragen wird.

Ein „more quantitative approach“ kann ein gut geeigneter Ersatz für ein solches zweistufiges Verfahren sein, da er die ökonomischen Kosten einer Fusion anhand konkreter Zahlen transparent machen würde. Industrieökonomische Argumente müssten schon sehr durchschlagend sein, um sich gegen konkrete Ergebnisse ökonometrischer Untersuchungen durchsetzen zu können. Auch aus dieser Sicht erscheint die Neuausrichtung der EU-Fusionskontrolle in die richtige Richtung zu gehen.

### Weiterführende Literatur

Oliver Budzinski / Arndt Christiansen: Aktuelle Reformen in der Europäischen Wettbewerbspolitik. *WiSt*, 34 (2005), Heft 3, S. 165-168.

Doris Hildebrand: Der „more economic approach“ in der Wettbewerbspolitik. *Wirtschaft und Wettbewerb*, 55 (2005), Heft 5, S. 513-520.

Paul Hofer, u.a.: Empirische Methoden in der Europäischen Fusionskontrolle. *Wirtschaft und Wettbewerb*, 55 (2005), Heft 2, S. 155-168.

---

<sup>4</sup> Vgl. Arndt Christiansen: „Ökonomisierung“ der EU-Fusionskontrolle. *Wirtschaft und Wettbewerb* 55 (2005), Heft 3, S. 285-293.