

---

# Die Bedeutung der Nachfragemacht bei der Anwendung des SIEC-Tests unter Berücksichtigung der Ergebnisse der Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel

RA Dr. Michael Esser / Prof. Dr. Frank P. Maier-Rigaud, 4. Dezember 2014

# Nachfragemacht und SIEC-Test – „Status quo und Thesen“

---

1. Bisherige Prüfung der Nachfragemacht differenziert nach Händler- und Herstellerzusammenschlüssen
  - i. Händlerzusammenschlüsse
    - Nachfragemacht kann zur Entstehung / Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf *Beschaffungsmärkten* führen
    - Verstärkung von Nachfragemacht auf *Beschaffungsmärkten* geht in der Praxis fast immer mit einer Verstärkung von Marktmacht auf *Absatzmärkten* einher
  - ii. Herstellerzusammenschlüsse:
    - Gegengewichtige Nachfragemacht des Handels (countervailing buyer power)
  
2. Juristische und ökonomische Kriterien für Berücksichtigung von Nachfragemacht bei Anwendung des SIEC-Tests sind noch zu entwickeln

# Nachfragemacht und SIEC-Test – „Status quo und Thesen“

---

3. Absatzseitige Kriterien des SIEC-Tests (europäische Praxis) sind auf Nachfragemacht grds. übertragbar, müssen aber adaptiert und ergänzt werden
4. Auswirkungen auf einem Beschaffungsmarkt sind zusammen mit Rückwirkungen auf nachgelagerten Absatzmärkten zu analysieren
5. Nach bisheriger Entscheidungspraxis dürfte das BKartA den Nachweis konkreter negativer Auswirkungen auf nachgelagerten Absatzmärkten in der Analyse berücksichtigen, voraussichtlich aber nicht in jedem Einzelfall für erforderlich erachten
6. In kritischen Fällen des Zuwachses von Nachfragemacht sollte das BKartA mögliche Schadenstheorien ökonomisch fundieren und – je nach Konzentrationsgrad des Marktes – nachweisen, dass die Bedingungen für deren Eintritt gegeben sind

# Agenda

---

- I. Bestandsaufnahme: Nachfragemacht in der Fusionskontrolle**
- II. Zur Anwendung des SIEC-Tests auf Beschaffungsmärkten**
- III. Zu möglichen Schadenstheorien bei Zuwachs von Nachfragemacht, insb. nach den Ergebnissen der Sektoruntersuchung LEH**
- IV. Nachweisanforderungen für eine Untersagung auf Beschaffungsmärkten?**
- V. Zusammenfassung**



Freshfields Bruckhaus Deringer

**NERA**  
ECONOMIC CONSULTING

---

# Bestandsaufnahme: Nachfragemacht in der Fusionskontrolle



# I. Bestandsaufnahme: Nachfragemacht in der Fusionskontrolle

---

- Nachfragemacht = Fähigkeit eines Unternehmens, einseitig Bezugskonditionen für Vorprodukte zu beeinflussen
- In Fällen substantieller Marktanteile auf Beschaffungs- und Absatzseite bedingen sich eine Zunahme von Nachfragemacht und Marktmacht
- Herstellerfusionen
  - Nachfragemacht des Handels als countervailing buyer power
- Handelsfusionen
  - Absatzmärkte
    - Verstärkung von Nachfragemacht auf *Beschaffungsmärkten* geht in der Praxis fast immer mit einer Verstärkung von Marktmacht auf den nachgelagerten *Absatzmärkten* einher
  - Beschaffungsmärkte
    - Zuwachs von Nachfragemacht auf *Beschaffungsmärkten* als Untersagungsgrund; BKartA: EDEKA / trinkgut (2010), B2-52/10
      - Insb. diese Fallgruppe wirft für den SIEC-Test offene Fragen auf



Freshfields Bruckhaus Deringer

**NERA**  
ECONOMIC CONSULTING

---

# Zur Anwendung des SIEC-Tests auf Beschaffungsmärkten



## II. 1. SIEC-Test auf Absatzmärkten

---

- Vorab: Grundsätzliche Folgen der Einführung des SIEC-Tests
  - Fokus auf ergebnisorientierter Auswirkungsanalyse
  - Offene Fragen für die Anwendung des SIEC-Tests im deutschen Recht, insb. Marktbeherrschung als Regelbeispiel
  - Untersagungsmöglichkeiten unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle bei sog. nicht-koordinierten („unilateralen“) Effekten („gap cases“)
- Fallgruppen auf Absatzmärkten aus juristischer und ökonomischer Sicht
  - Ausgangsfrage: Preiserhöhungsdruck für Fusionsparteien oder sonstige Marktakteure aufgrund Beseitigung wichtigen Wettbewerbsdrucks
  - Verengung der Spitzengruppe
  - Fusion naher Wettbewerber (close competitors)
  - Eliminierung eines aufstrebenden, (preis-)aggressiven Wettbewerbers (sog. Maverick) / Ausscheiden einer wichtigen wettbewerblichen Kraft
  - In der Praxis: Gesamtbetrachtung



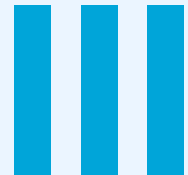
## II.2. Übertragung der absatzseitigen Kriterien?

---

- Allgemeine Aussagen der Sektoruntersuchung
  - Konzept der unilateralen Effekte auf Beschaffungsmärkte übertragbar
  - Grds. könne schon Analyse eines einzigen betroffenen Beschaffungsmarkts ausreichen, um Untersagungs Voraussetzungen zu prüfen
- Aber: Konkrete juristische und ökonomische Kriterien für die Anwendung des SIEC-Tests auf Beschaffungsmärkten sind erst noch zu entwickeln
  - Absatzseitige Kriterien grds. übertragbar, müssen aber adaptiert / ergänzt werden
  - Keine isolierte Betrachtung von Wirkungen auf Beschaffungsmärkte; vielmehr kurz- und langfristige Rückwirkungen auf nachgelagerte Absatzmärkte zu berücksichtigen
  - Grds. sind die Methoden, die zur Analyse herangezogen werden, vergleichbar
- Mögliche Schadenstheorien hat das BKartA in der Sektoruntersuchung LEH thematisiert

---

# Zu möglichen Schadenstheorien bei Zuwachs von Nachfragemacht, insb. nach den Ergebnissen der Sektoruntersuchung LEH



### III. 1. Traditionelle Sichtweise zu Nachfragemacht

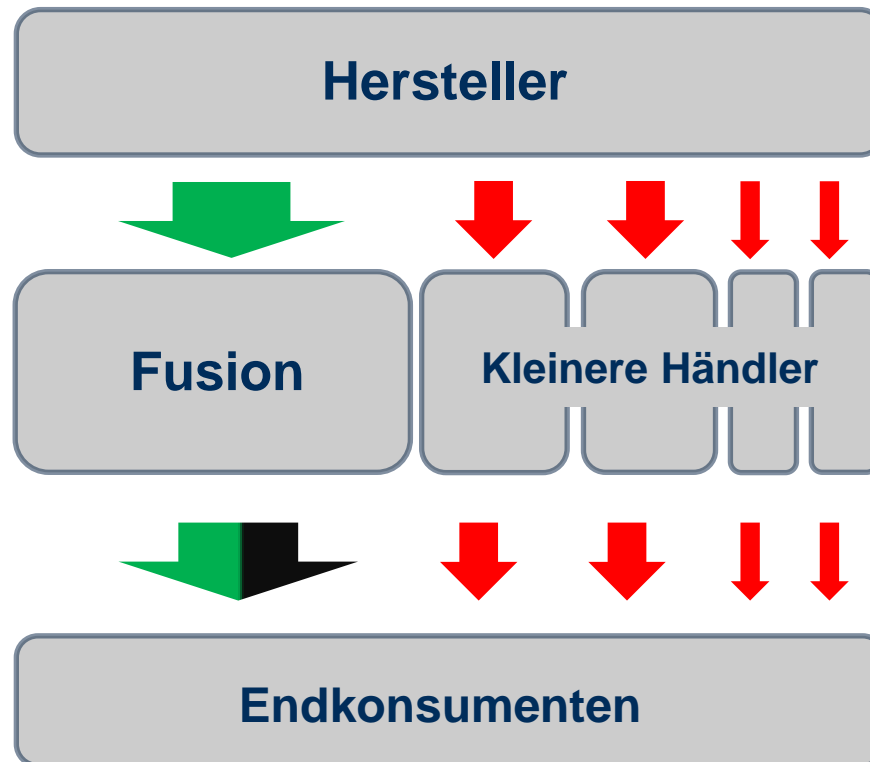
---

- Händlerfusion kann zu Reduktion der Ausweichmöglichkeiten für Hersteller sowie Endverbraucher führen (eingeschränkte Wahlmöglichkeiten der jeweiligen Marktgegenseite)
- Im Allg. führt erhöhte Konzentration auf vertikal eingebettetem Markt zu (erhöhtem) doppeltem Preisaufschlag (double marginalization)
- Nachfragemacht kann zu negativen Wirkungen für Konsumenten auf Absatzmärkten führen, wenn absatzseitig gewisse Marktmacht besteht
- Positive Würdigung von „countervailing power“ in der Praxis v.a. bei Herstellerfusionen; insb. bei Händlerfusionen Effekt nicht eindeutig und potentiell im Widerspruch zur double marginalization

## III. 2. „Wasserbetteffekt“ – Entstehung

---

- Einleitung und juristische Einordnung
- Entstehung des (mittelbaren) Wasserbetteffekts



- Wasserbetteffekt ohne pass-on (z. B. Satisficing)?

### III. 3. Spiraleffekt - Grundgedanke und Mechanismus

---

- Einleitung und juristische Einordnung
- Nachfragemacht verstärkt sich selbst
- Entstehung des Spiraleffekts
  - Aufgrund von Händlerfusion entsteht Nachfragemacht
  - Nachfragemacht führt zu besseren Beschaffungskonditionen
  - Fusionierte Händler profitieren von besseren Beschaffungskonditionen mehr als kleinere Händler (Wasserbetteffekt)
  - Marktkonzentration nimmt über weitere Fusionen zu

## III. 4. Auswirkungsanalyse unter dem SIEC Test

---

- Kurzfristig
  - Bei „pass-on“ eventuell positiv für Konsumenten
  - Effekt insgesamt von Literatur als nicht eindeutig angesehen
- Mittelfristig
  - Schlechtere Konditionen für kleinere Händler im Beschaffungsmarkt
  - Preiserhöhungen der kleinen Händler im Absatzmarkt
  - Höheres Preisniveau im Absatzmarkt und damit Rückgang der Konsumentenrente
  - Anreize zu Konzentration auf Herstellerseite
- Langfristig
  - Zunahme von Marktaustritten (Abnahme von Markteintritten) von Händlern (wegen geringeren Margen) und damit erhöhte Händlerkonzentration
  - Erhöhte Konzentration auch auf Herstellerseite
  - Negative Auswirkungen auf Innovationsdynamik (Hold-up Problem)

## III. 5. Positive Auswirkungen, insb. Effizienzgewinne

---

- Ausgangsfrage: Führt der Zusammenschluß zu Effizienzgewinnen und inwieweit sind diese fusionskontrollrechtlich zu berücksichtigen?
- Rechtliche Einordnung
- Ökonomische Grundlagen – Effizienzgewinne im Beschaffungsmarkt
  - Verkürzung Lieferwege
  - Wegfall von Lagerstätten
  - Größere Investitionsanreize durch höhere Margen
  - Größere Händler sind verlässlichere Partner für Hersteller / Lieferanten

---

# Nachweisanforderungen für eine Untersagung auf Beschaffungsmärkten?

IV



## IV. Nachweisanforderungen für eine Untersagung?

---

- Juristische Vorfrage: Nachweis konkreter negativer Auswirkungen?
  - BKartA sieht (in der Sektoruntersuchung und in der Entscheidungspraxis) den Schutz des Wettbewerbsprozesses als Leitbild
  - Auf dieser Grundlage dürfte das BKartA den Nachweis konkreter negativer Auswirkungen auf nachgelagerten Absatzmärkten einbeziehen aber nicht in jedem Fall für erforderlich erachten
  - In kritischen Fällen müssten aber mögliche Schadenstheorien ökonomisch fundiert werden; und – je nach Konzentrationsgrad – müsste das BKartA nachweisen, dass die Bedingungen für deren Eintritt vorliegen
- Ökonomische Vorfrage: kurzfristige vs. langfristige Betrachtung?
  - Bedeutung kurzfristiger Effekte in der ökonomischen Analyse
  - Bedeutung langfristiger Effekte
  - Wettbewerb als Entdeckungsverfahren

## IV. Nachweisanforderungen für eine Untersagung?

---

- Beweismaß: keine grds. Änderungen durch SIEC-Test
  - BGH (Haller Tagblatt): „allgemein für die Prognose nach § 36 GWB geltender Maßstab“ → Verstärkung von Marktbeherrschung ist „aufgrund konkreter Anhaltspunkte“ mit „einiger Wahrscheinlichkeit“ zu erwarten
  - a.A.: hohe Wahrscheinlichkeit
- Abgestuftes Verhältnis von SIEC- und Marktbeherrschungstest; differenzierte Ermittlungs- und Begründungsanforderungen
  - i. Marktbeherrschung oberhalb der Vermutungsschwellen (§ 18 Abs. 4 bis 6 GWB)
  - ii. Marktbeherrschung unterhalb der Vermutungsschwellen (§ 18 Abs. 1 und Abs. 3 GWB)
  - iii. Anwendung SIEC-Test (unter Berücksichtigung der Kriterien von § 18 Abs. 3 GWB / ökonomisch fundierter Schadenstheorien)

---

# Zusammenfassung



# V. Mögliche Fallgruppen und Schadenstheorien

Einzelmarktbeherrschung auf  
Beschaffungsmärkten  
(§ 18 Abs. 3, Abs. 4 GWB)

Gemeinsame Marktbeherrschung  
auf Beschaffungsmärkten  
(§ 18 Abs. 5, Abs. 6 u. 7 GWB)

Fusion naher Wettbewerber auf  
Beschaffungsmärkten (ggf. SIEC)

Ausscheiden eines wettbewerblich  
wichtigen Nachfragers (ggf. SIEC)

## Potentielle wettbewerbliche Wirkungen von Nachfragemacht

### Negativ:

Doppelte  
Marginalisierung  
Wasserbetteffekt  
Spiraleffekt  
Marktverschließung  
“Hold up”-  
Problematik

### Positiv:

Effizienzgewinne  
(Berücksichtigung?)  
Gegengewichtige  
Nachfragemacht

Auf jeder Stufe differenzierte  
Ermittlungs- und  
Begründungsanforderungen

# Vielen Dank!

---

This material is provided by the international law firm Freshfields Bruckhaus Deringer LLP (a limited liability partnership organised under the law of England and Wales) (the UK LLP) and the offices and associated entities of the UK LLP practising under the Freshfields Bruckhaus Deringer name in a number of jurisdictions, and Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP, together referred to in the material as 'Freshfields'. For regulatory information please refer to [www.freshfields.com/support/legalnotice](http://www.freshfields.com/support/legalnotice).

The UK LLP has offices or associated entities in Austria, Bahrain, Belgium, China, England, France, Germany, Hong Kong, Italy, Japan, the Netherlands, Russia, Singapore, Spain, the United Arab Emirates and Vietnam. Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP has offices in New York City and Washington DC.

This material is for general information only and is not intended to provide legal advice.

© Freshfields Bruckhaus Deringer LLP 2014