

Notwendigkeit der Revision der Zusammenschlusskontrolle

Das Ziel der Zusammenschlusskontrolle muss darin bestehen, erhebliche Beeinträchtigungen des wirksamen Wettbewerbs durch Fusionen zu verhindern. Diesem Anspruch genügt die im Kartellgesetz verankerte Strukturkontrolle mit Augenmerk auf das Kriterium Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nicht. Der folgende Beitrag skizziert den Revisionsbedarf der Zusammenschlusskontrolle aus ökonomischer Perspektive und konzentriert sich dabei primär auf die horizontalen Fusionen, welche aufgrund unilateraler Effekte auch unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle zu erheblichen Wettbewerbsbeschränkungen und schädlichen Effekten auf die schweizerische Volkswirtschaft führen können.¹



Die heute geltende Zusammenschlusskontrolle weist zwei zentrale Mängel auf: Erstens fehlt ein Eingreiffkriterium, welches die Untersagung eines Fusionsvorhabens unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle erlaubt. Und zweitens fehlt eine Effizienzrede, mit welcher die Zusammenschlussparteien eine Erhöhung ihrer Wettbewerbsfähigkeit durch Kostensenkungen im relevanten Markt geltend machen können.

Bild: Hannes Saxer

Unter Ökonomen besteht weitgehend Konsens darüber, dass horizontalen Fusionen² in oligopolistischen Industrien ein beträchtliches anti-kompetitives Potenzial innewohnt, welches in vielen Fällen zu einer Erhöhung der Marktmacht sowohl der Fusionsparteien als auch ihrer Konkurrenten führen kann.³ Diese eher skeptische Einschätzung stützt sich sowohl auf theoretische Argumente als auch auf empirische Evidenz.⁴ Im Gegensatz dazu werden in der Regel bei vertikalen Fusionen in der einschlägigen ökonomischen Literatur eher pro-kompetitive Effekte vermutet. Allerdings scheint sich

auch hier die Sicht durchzusetzen, dass die Möglichkeit strategischer vertikaler Integration zu Verhaltensweisen führen kann, welche bedeutende anti-kompetitive Effekte zeitigen.⁵

Im vorliegenden Beitrag⁶ wird zunächst begründet, weshalb eine Fusionskontrolle aus einer ökonomischen Perspektive nötig ist. Danach wird aufgezeigt, was die heute geltende Zusammenschlusskontrolle leistet. Weiter wird der Revisionsbedarf im geltenden Fusionskontrollrecht identifiziert und begründet. Abschliessend werden Revisionsvorschläge präsentiert.

Wann sind Fusionen zu verbieten?

Gründe für Fusionsvorhaben finden sich zahlreiche. Oft führen veränderte Rahmenbedingungen durch technologische oder organisatorische Innovationen, Veränderungen des regulatorischen Umfeldes oder Änderungen des Verhaltens der Nachfrager zu Fusionen.⁷ Unabhängig vom Anlass für das Zusammenschlussvorhaben resultiert beim Vollzug der Fusion eine Veränderung der



Dr. Daniel Halbheer
Oberassistent am Institut für Strategie und Unternehmensökonomik (ISU), Universität Zürich

- 1 Der Autor dankt Stefan Bühler, Inga Hefti und Frank Stüssli für die wertvollen Hinweise und Anregungen.
- 2 Eine horizontale Fusion bezeichnet den Zusammenschluss zweier (oder mehrerer) Unternehmen auf der gleichen Marktstufe.
- 3 Im Kartellgesetz wird eine Fusion – neben dem Kontrollenerwerb – unter dem Begriff des Unternehmenszusammenschlusses subsumiert. Im Folgenden werden die beiden Begriffe der Einfachheit halber synonym verwendet.
- 4 Vgl. Whinston (2006) und die dort angegebene Literatur.
- 5 Einen guten Überblick gibt Riordan (2008).
- 6 Dieser Beitrag basiert auf dem Bericht zur Zusammenschlusskontrolle zuhanden der Evaluationsgruppe Kartellgesetz. Vgl. Halbheer, Rutz und Wey (2008).
- 7 Vgl. Andrade, Mitchell und Stafford (2001) und Holmstrom und Kaplan (2001).

Marktstruktur. Letztere ergibt sich namentlich daraus, dass das eine Unternehmen in das andere integriert wird oder dass die beiden Unternehmen gemeinsam kontrolliert werden.

Die neu entstandene Marktstruktur bietet veränderte ökonomische Anreize zur Revision des statischen Verhaltens und öffnet Raum für dynamische Verhaltensanpassungen der Firmen.⁸ *Statische Anpassungsreaktionen* unilaterale Effekte – resultieren auf der einen Seite aus der *Elimination des direkten Wettbewerbs* zwischen den Fusionsparteien und beinhalten die nicht-kooordinierten Anpassungsreaktionen der Konkurrenten auf die neue Marktsituation. Als Folge dieser Gleichgewichtseffekte ergeben sich typischerweise höhere Preise am Markt, welche *ceteris paribus* zu höherer Marktmacht führen (anti-kompetitiver Effekt). Auf der anderen Seite können *synergiebedingte Effizienzverbesserungen* der Fusionsparteien durch Kostensenkungen einen gegenläufigen Effekt sowohl auf die Preise wie auch auf die Marktmacht ausüben (pro-kompetitiver Effekt). *Dynamische Verhaltensanpassungen* hingegen können in besseren Möglichkeiten zu (stillschweigend) kollusivem Verhalten zwischen den Fusionsparteien und ihrer Konkurrenten begründet sein. Als Folge dieser koordinierten Effekte und der damit verbundenen Erhöhung der Marktmacht kann in vielen Fällen eine langfristige Schädigung des wirksamen Wettbewerbs resultieren.

Aus ökonomischer Perspektive sind die erwarteten Veränderungen der Marktmacht aufgrund unilateraler und/oder koordinierter Effekte entscheidend, um zu prognostizieren, wie sich der wirksame Wettbewerb durch das Fusionsvorhaben ändern wird. Aber was ist eigentlich unter dem Begriff Marktmacht in diesem Kontext zu verstehen? In der einschlägigen ökonomischen Literatur wird die Marktmacht einer Firma durch die Abweichung des Preises von den Grenzkosten relativ zum Preis – dem sogenannten Lerner-Index – gemessen.⁹ Die firmenspezifische Marktmacht hängt unter anderem von Marktstrukturvariablen wie der Firmenzahl – als Indikator für die Wettbewerbsintensität – und der verwendeten Technologie der Firmen – d.h. ihrer Kostenstruktur – ab. Aus den Lerner-Indizes für die firmenspezifische Marktmacht lässt sich ein Index für die (marktspezifische) Marktmacht konstruieren, welcher von der Marktkonzentration – gemessen durch den Herfindahl-Hirschman-Index – abhängt. Je konzentrierter die Marktanteilsverteilung der Firmen ist, desto höhere Werte nimmt dieser Index an.¹⁰ Wichtig zu erwähnen ist in

diesem Zusammenhang, dass Marktmacht per se ein neutraler Begriff ist. Nicht neutral hingegen ist die Veränderung der Marktmacht: Führt eine Fusion zu einer erheblichen Erhöhung der Marktmacht, so resultiert typischerweise eine Verschlechterung der Wettbewerbsverhältnisse im relevanten Markt, weshalb das Fusionsvorhaben zum Schutze des Wettbewerbs aus der ökonomischen Perspektive zu verbieten ist.

Die bestehende Zusammenschlusskontrolle ...

Die im Kartellgesetz verankerte Zusammenschlusskontrolle schreibt vor, unter welchen Voraussetzungen Unternehmen ein Zusammenschlussvorhaben vor dem Vollzug den Wettbewerbsbehörden melden müssen (Aufgreifkriterien).¹¹ Besteht aufgrund des Erreichens bestimmter Umsatzschwellen Meldepflicht, so entscheiden die Wettbewerbsbehörden in einer Vorprüfung, ob Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung vorliegen, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann (Eingreifkriterien).¹² Ist dies nicht der Fall, so wird die Fusion als unbedenklich beurteilt und das Verfahren eingestellt. Andernfalls wird eine vertiefte Prüfung vorgenommen, wobei untersucht wird, ob der Zusammenschluss als unbedenklich einzustufen, unter Bedingungen und (zeitlich befristeten) Auflagen zuzulassen oder unzulässig und daher zu untersagen ist.

Allfällige Bedingungen und/oder Auflagen sollen zu einer Abänderung des Fusionsvorhabens führen, so dass es mit den gesetzlichen Bestimmungen vereinbar ist. Solche Bedingungen und Auflagen können in strukturellen Massnahmen wie auch in Verhaltensmassnahmen bestehen. In der Praxis setzen Bedingungen oftmals bei der partiellen Veräusserung von Unternehmensteilen an, während Auflagen typischerweise gewisse Verhaltensweisen der Zusammenschlussparteien nach Vollzug der Fusion einschränken oder erzwingen.

... und ihre Mängel

Die heute geltende Zusammenschlusskontrolle weist zwei zentrale Schwachpunkte und Mängel auf.

Erstens fehlt ein Eingreifkriterium, welches die Untersagung eines Fusionsvorhabens unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle erlaubt. Beim Vergleich internationaler Regelwerke zur Fusionskontrolle fällt auf, dass der Marktbeherrschungstest der schweizerischen Zusammenschlusskontrolle als Untersa-

8 Vgl. Bühler und Halbheer (im Druck) für eine einfache Darstellung ökonomischer Effekte horizontaler Fusionen.
 9 Nach dieser Definition verfügen Firmen bei perfekter Konkurrenz über keine Marktmacht, da der Preis gleich den Grenzkosten und damit der Lerner-Index Null ist. In oligopolistischen Industrien hingegen verfügen die Firmen typischerweise über einen gewissen Grad an Marktmacht. Für eine ausführliche Diskussion des Begriffs Marktmacht sei verwiesen auf Motta (2004).
 10 Der Herfindahl-Hirschman-Index ergibt sich aus der Summe der quadrierten Marktanteile aller sich im relevanten Markt befindenden Firmen. Für eine gegebene Firmenzahl nimmt der Index umso höhere Werte an, je asymmetrischer die Verteilung der Marktanteile ist.
 11 Kartellgesetz, Art. 9 Abs. 1.
 12 Kartellgesetz, Art. 10 Abs. 2 lit. a.
 13 Kartellgesetz, Art. 4 Abs. 2.
 14 Fusionsvorhaben, welche zu einer Begründung oder Verstärkung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung führen, können indes heute schon untersagt werden.
 15 Kartellgesetz, Art. 10 Abs. 2 lit. b.
 16 Significant Impediment of Effective Competition.
 17 Vgl. Neven und Röller (2005).

gungskriterium äusserst tolerant ist. Dieses Faktum ist insofern problematisch, als dass viele Zusammenschlussvorhaben auch unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle – als Folge der Erhöhung der Marktmacht – erhebliche wettbewerbsschädigende Effekte mit sich bringen können.

Die Ursache für eine fehlende Untersagungsmöglichkeit resultiert aus dem Zwang, auf Marktbeherrschung rekurren zu müssen. Gemäss Kartellgesetz sind einzelne oder mehrere Firmen marktbeherrschend, wenn sie sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können.¹³ Einzelmarktbeherrschung kann gemäss dieser Formulierung folglich nur dann vorliegen, wenn die Marktmacht sehr hoch ist, was wiederum eine hohe Konzentration der Marktanteilverteilung voraussetzt. Aus ökonomischer Perspektive ist dies unbefriedigend, weil ein Zusammenschluss die firmenspezifische Marktmacht der Fusionsparteien – und damit die Marktmacht – in vielen Fällen erheblich erhöhen kann, ohne dass die Voraussetzungen für eine Einzelmarktbeherrschung gemäss Kartellgesetz gegeben sind. Somit ist es nicht möglich, mit der geltenden Fusionskontrolle ein Zusammenschlussvorhaben aufgrund unilateraler Effekte unterhalb der Schwelle der Einzelmarktbeherrschung zu untersagen.¹⁴

Zweitens fehlt eine Effizienzeinrede, mit welcher die Zusammenschlussparteien eine Erhöhung ihrer Wettbewerbsfähigkeit durch Kostensenkungen im relevanten Markt geltend machen können. Von solchen Kostensenkungen könnte in vielen Fällen ein pro-kompetitiver Effekt erwartet werden, welcher sich in einer Reduktion der Marktmacht widerspiegeln würde. Die geltende Zusammenschlusskontrolle sieht zwar vor, dass eine Fusion zugelassen werden kann, wenn sie zu einer Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt führt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung auf dem betroffenen Markt überwiegt.¹⁵ Unabhängig davon, wie sinnvoll dieses Instrument in der Praxis ist, sollten in der revidierten Zusammenschlusskontrolle vor allem Effizienzverbesserungen im betroffenen Markt angerechnet werden können.

Halten wir fest: Die reine Strukturkontrolle mit Augenmerk auf das Kriterium Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung erlaubt es nicht, Fusionen aufgrund unilateraler Effekte unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle zu untersagen. Damit kann das Ziel der Zusammenschlusskontrolle, volkswirtschaftlich schädliche Auswirkungen von Fusionen auf

den wirksamen Wettbewerb zu verhindern, nicht erreicht werden.

Revisionsvorschläge

Eingreifkriterien

Auf der Ebene der Eingreifkriterien sind folgende Änderungen der Fusionskontrolle nötig:

- *Erstens ist zur Beurteilung der Wirkungen einer Fusion auf den wirksamen Wettbewerb der bestehende Marktbeherrschungstest durch einen SIEC-Test¹⁶ zu ersetzen.* Demnach ist ein Unternehmenszusammenschluss immer dann zu untersagen, wenn dieser zu einer erheblichen Behinderung des wirksamen Wettbewerbs führt. Um das Ausmass der Wettbewerbsbehinderung feststellen zu können, ist der bestehende Prüfungsprozess-Standard «volkswirtschaftlich und sozial schädliche Auswirkungen» in der Fusionskontrolle explizit durch einen Konsumentenwohlfahrts-Standard zu ersetzen. Mithilfe dieses alternativen Standards können die Auswirkungen von Fusionen direkt an den zu erwartenden – implizit negativen und positiven – Preiswirkungen beurteilt werden. Eine Implementierung eines *Konsumentenwohlfahrts-Standards* würde auch mit den Empfehlungen der einschlägigen ökonomischen Literatur übereinstimmen, welche in der Fusionskontrolle eine Orientierung an den Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Konsumenten propagiert.¹⁷ Die Voraussetzungen für erhebliche Wettbewerbsbehinderungen könnten beispielsweise so festgesetzt werden, dass sie erfüllt sind, wenn eine Fusion zu höheren Preisen (und damit zu höherer Marktmacht) und als Folge davon zu einer erheblichen Reduktion der Konsumentenwohlfahrt führt – unabhängig davon, ob die Erhöhung der Marktmacht Folge unilateraler oder koordinierter Effekte ist.
- *Zweitens ist eine Effizienzeinrede einzuführen*, welche bei der Beurteilung der Wettbewerbswirkungen eines Zusammenschlusses nachweislich fusionsspezifische und überprüfbare Effizienzgewinne auf dem relevanten Markt berücksichtigt. Entscheidend bei der Ausgestaltung der Effizienzeinrede ist, dass diese Effizienzvorteile zeitnah und durch die Wahl des Konsumentenwohlfahrts-Standards bei den Konsumenten anfallen müssen.

Eine Implementierung dieser beiden Revisionsvorschläge als Gesamtpaket würde die schweizerische Zusammenschlusskontrolle mit einem zeitgemässen Instrumentarium

Literatur

- Andrade, Gregor, Mark Mitchell und Erik Stafford (2001), New Evidence and Perspective on Mergers, *Journal of Economic Perspectives* 15, S. 103–120.
- Bühler, Stefan und Daniel Halbheer (im Druck), Ökonomische Grundlagen und Grundbegriffe, in: Marc Amstutz und Mani Reinert (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Kartellgesetz*, Basel, Helbing und Lichtenhahn Verlag.
- Halbheer, Daniel, Samuel Rutz und Simon Wey (2008), Forschungsbericht Zusammenschlusskontrolle, in: Evaluationsgruppe Kartellgesetz, *Projektbericht P17 der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG*, Bern.
- Holmstrom, Bengt und Steven N. Kaplan (2001), Corporate Governance and Merger Activity in the United States: Making Sense of 1980s and the 1990s, *Journal of Economic Perspectives* 15, S. 121–144.
- Kühn, Kai-Uwe (2008), The Coordinated Effects of Mergers, in: Paolo Buccirossi (Hrsg.), *Handbook of Antitrust Economics*, Cambridge, MIT Press, S. 105–144.
- Mariuzzo Franco, Patrick Paul Walsh und Ciara Whelan (2007): Merger Control in Differentiated-Product Industries, in: Jay Pil Choi (Hrsg.), *Recent Developments in Antitrust: Theory and Evidence*, Cambridge, MIT Press, S. 187–213.
- Motta, Massimo (2004), *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Neven, Damien und Lars-Hendrik Röller (2005), Consumer Surplus vs. Welfare Standard in a Political Economy Model of Merger Control, *International Journal of Industrial Organization* 23, S. 665–668.
- Riordan, Michael H. (2008), Competitive Effects of Vertical Integration, in: Paolo Buccirossi (Hrsg.), *Handbook of Antitrust Economics*, Cambridge, MIT Press, S. 145–182.
- Whinston, Michael D. (2006), *Lectures on Antitrust Economics*, Cambridge, MIT Press.

ausstatten und verhindern, dass Fusionen zugelassen werden müssen, welche zu erheblichen Wettbewerbsbeschränkungen und schädlichen Effekten für die Konsumenten führen. Zudem würde dies eine Harmonisierung der Zusammenschlusskontrolle mit jener der EU bedeuten. Daraus könnten sich vielfältige Vorteile – insbesondere der Rückgriff auf eine bestehende Rechtsprechung und ein grosses Expertenwissen – ergeben.

Aufgreifkriterien

Sollte diese Revision auf der Stufe der Eingreifkriterien zustande kommen, bietet sich gleichzeitig eine Modifikation auf der Ebene der Aufgreifkriterien an. Dabei müssen die heute im Kartellgesetz festgesetzten hohen *Schwellenwerte* (bezogen auf die Umsätze) *auf ein tieferes und international vergleichbares Niveau abgesenkt* werden. Dadurch kann das Risiko, dass anti-kompetitive Fusionen vollzogen werden, deutlich reduziert werden. Offensichtlich entsteht mit der Reduktion der Schwellenwerte ceteris paribus ein höherer Aufwand sowohl für fusionswillige Unternehmen als auch für die Wettbewerbsbehörden. Diesem höheren Aufwand kann mit der gleichzeitigen Einführung von so genannten *Safe-Harbor-Regeln* entgegen gewirkt werden. Anhand dieser Regeln könnten Marktkonzentrationschwellen festgesetzt werden, unterhalb derer eine erhebliche Behinderung des wirksamen Wettbewerbs durch eine Fusion mit hoher Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden kann.¹⁸

Vorteil einer Kombination von Umsatz- und Marktkonzentrationschwellen

Worin liegt der Vorteil einer Kombination von Umsatz- und Marktkonzentrationschwellen? Umsatzschwellen dienen dazu, Zusammenschlüsse zu erfassen, von welchen eine bestimmte wirtschaftliche Bedeutung erwartet werden kann. Im Gegensatz dazu liefern Marktanteile und insbesondere die Marktkonzentration wichtige Anhaltspunkte über die Marktstruktur und die Stellung der fusionswilligen Unternehmen und ihrer Konkurrenten. Eine Kombination von tiefen Umsatzschwellen und relativ grosszügigen Safe-Harbor-Regeln in Bezug auf die Marktkonzentration könnte bewirken, dass insbesondere Fusionen im teilweise stark konzentrierten Binnenmarkt der Kontrolle der Wettbewerbsbehörden unterworfen sind, was aus einer wettbewerbspolitischen Sicht zu begrüssen wäre. Gleichzeitig könnten aber Zusammenschlussvorhaben umsatzstärkerer Firmen in weniger stark konzentrierten Märkten, in welchen deshalb bessere Wettbewerbsverhältnisse vermutet werden können,

von der Prüfung durch die Wettbewerbsbehörden befreit werden.

Fazit

Aus ökonomischer Perspektive ist die Zusammenschlusskontrolle ein wichtiges Instrument, um volkswirtschaftliche schädliche Auswirkungen von Fusionen auf den wirksamen Wettbewerb zu verhindern. Die Notwendigkeit, mit dem heute geltenden kartellrechtlichen Instrumentarium auf Marktbeherrschung rekurren zu müssen, ist zum Schaden des Wettbewerbs und der schweizerischen Volkswirtschaft, weil Fusionen unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle aufgrund unilateraler Effekte nicht untersagt werden können.

Um den wirksamen Wettbewerb besser schützen zu können, ist ein SIEC-Test in Verbindung mit einem Konsumentenwohlfahrts-Standard und einer Effizienzeinrede einzuführen. Damit könnten Fusionsvorhaben bereits aufgrund einer erheblichen Behinderung des wirksamen Wettbewerbs untersagt werden, ohne Notwendigkeit einer Untersagung, wenn gleichzeitig hinreichend grosse Effizienzgewinne vorliegen. Eine Umsetzung dieser Revisionsvorschläge würde nicht zu einem radikalen Richtungswechsel in der Politik bei der Beurteilung von Zusammenschlussvorhaben führen, da der bisher verwendete Marktbeherrschungstest als ein Beispiel für eine erhebliche Behinderung des wirksamen Wettbewerbs in der Definition des SIEC-Tests enthalten ist. Der Schutz des wirksamen Wettbewerbs könnte noch weiter verbessert werden, wenn auch die Aufgreifkriterien mittels einer Reduktion der umsatzbezogenen Schwellenwerte und der gleichzeitigen Einführung von Safe-Harbor-Regeln in Bezug auf die Marktkonzentration revidiert würden. ■

¹⁸ Ein Überblick der Safe-Harbor-Regeln in unterschiedlichen Regelwerken findet sich in Mariuzzo, Walsh und Whelan (2007).