

Aktuelle Nachrichten
rund um Wettbewerbs-
ökonomie und -recht

Ausgabe 1,
Juli 2013

Competition Economics Newsflash

pwc

Diversion Ratios, UPP, GUPPI und IPR: Auswirkungen der Einführung des SIEC-Tests auf die Praxis

Nun ist sie da: die 8. GWB-Novelle. Nach dem sechs Monate andauernden Vermittlungsverfahren erzielten Bund und Länder am 5. Juni 2013 Einigung zu den Änderungen im Wettbewerbsrecht. Eine wesentliche dieser Änderungen stellt die Einführung des SIEC-Tests (SIEC – Significant Impediment to Effective Competition) als Untersagungskriterium in der deutschen Fusionskontrolle dar. Aus ökonomischer Sicht ist der SIEC-Test dem bis dato angewandten Marktbeherrschungstest überlegen. Anstelle von bloßen Marktanteilen ist die tatsächliche wettbewerbliche Nähe der Fusionspartner ausschlaggebend für die rechtliche Beurteilung des Fusionsvorhabens. Das dem SIEC-Test zugrunde liegende Konzept der Diversion Ratios sowie drei bereits in anderen Jurisdiktionen häufig verwendete Analysetechniken zur Identifikation unilateraler Effekte – Upward Pricing Pressure (UPP), Gross Upward Pricing Pressure Index (GUPPI) und Illustrative Price Rise (IPR) – werden in diesem Beitrag näher beschrieben.

Fusionskontrolle nach der 8. GWB-Novelle

Im Rahmen der Fusionskontrolle wird mit der Einführung des SIEC-Tests als Untersagungskriterium eine Angleichung des deutschen an das europäische Wettbewerbsrecht vorgenommen. Die Teilharmonisierung soll eine weitgehend gleichlaufende Beurteilung von Fusionsvorhaben auf nationaler und europäischer Ebene ermöglichen. Vorteile sind die Verringerung von Transaktionskosten für Unternehmen, die Erleichterung grenzübergreifender Kooperationen zwischen den Wettbewerbsbehörden sowie die flexible Erfassung aller Zusammenschlüsse, die sich potenziell negativ auf den Wettbewerb auswirken können. Insbesondere dient die Neuordnung der Fusionskontrolle dazu, den Wettbewerbsschutz in Deutschland zu optimieren und Schwächen, die der Marktbeherrschungstest bei der Bewertung von Zusammenschlüssen mit sich brachte, zu überwinden.

Schließung der Anwendungslücke im Marktbeherrschungstest

Gegen den Marktbeherrschungstest wurde vielfach hervorgebracht, er könne bei Fusionen von Anbietern unterschiedlicher Produkte nicht sämtliche wettbewerbsschädigenden Konstellationen erfassen. Insbesondere berücksichtigt der Marktbeherrschungstest als rein marktstrukturbasiertes Prüfverfahren schon konzeptionell keine wettbewerbshemmenden Auswirkungen, die auch bei einer Fusion von (nach dem Zusammenschluss) nicht marktbeherrschenden Unternehmen entstehen können. Mithin besteht die Gefahr der fälschlichen Freigabe eines tatsächlich wettbewerbsschädlichen Fusionsvorhabens (*under-enforcement*). Die praktische Bedeutung dieser sogenannten Gap Cases wird unter anderem an den Fällen T-Mobile Austria/tele.ring¹ und Linde/BOC²

¹ EC: COMP/M.3916 – T-Mobile Austria/tele.ring, 2006.

ersichtlich. Indes setzt der SIEC-Test das Vorhandensein einer marktbeherrschenden Stellung als Untersagungskriterium nicht voraus. Vielmehr stellt er auf die tatsächlichen Auswirkungen der Fusion auf die Wettbewerbsintensität des Marktes ab.

Zunehmende Ökonomisierung

Schon vor der Einführung des SIEC-Tests war bei verschiedenen Entscheidungen des Bundeskartellamts eine zunehmende ökonomische Fundierung des Marktbeherrschungstests zu beobachten.³ Vor dem Hintergrund der Angleichung an das Untersagungskriterium der EU-Kommission erwarten wir, dass für das Bundeskartellamt die Notwendigkeit, ökonomische Analysen in stärkerem Umfang in seine Entscheidungspraxis miteinzubeziehen, noch einmal steigen wird. Eine weniger struktur-, dafür aber stärker wirkungsbasierte Beurteilung von Fusionsvorhaben spiegelt sich im sogenannten More Economic Approach der deutschen Fusionskontrolle wider. Dieser Ansatz wird durch die Einführung des SIEC-Tests noch einmal unterstrichen.

Im Fokus des SIEC-Tests stehen dabei zwei Aspekte: Welche wettbewerbliche Nähe besteht zwischen den Fusionsparteien und welche preiserhöhenden Tendenzen gehen mit einem Zusammenschluss einher? Nachfolgend werden Diversion Ratios als Ausdruck einer solchen Wettbewerbsnähe sowie drei Testverfahren zur Beurteilung des vermuteten Preisdrucks infolge einer Fusion erläutert. Diese sind der „Upward Pricing Pressure“-Test, der „Gross Upward Pricing Pressure Index“-Test sowie der „Illustrative Price Rise“-Test.

Diversion Ratios (DRs) als Ausdruck der wettbewerblichen Nähe

DRs – zu Deutsch Umlenkungskennziffern – geben wieder, auf welche Bezugsquellen Nachfrager in welchem Maße ausweichen (würden), wenn für den ursprünglichen Anbieter eine hypothetische Preiserhöhung unterstellt wird. DRs zeigen somit die wettbewerbliche Nähe eines Produkts zu Produkten anderer Anbieter auf. Das Substitutionsverhalten der Nachfrager und somit auch die DRs lassen sich verhältnismäßig einfach ermitteln, etwa auf Basis von Transaktionsdaten, Studien zu Verbraucherpräferenzen oder durch Verbraucherumfragen.⁴ DRs kamen beispielsweise im Fusionskontrollverfahren der Kommission in Sachen Ryanair/Aer Lingus⁵ zum Einsatz. Der Zusammenschluss wurde letztlich untersagt, da die Fusionspartner mittels DRs als größte Mitbewerber (*closest competitors*) identifiziert wurden und bei Fusion eine erhebliche Behinderung des wirksamen Wettbewerbs zu erwarten gewesen wäre.

Zur Erläuterung von DRs hier ein einfaches Zahlenbeispiel: Man stelle sich einen Markt mit drei ähnlichen Produkten A, B und C verschiedener Anbieter vor. Der Markt teilt sich zu gleichen Teilen auf die drei Anbieter auf, das heißt jeder Anbieter hat einen Marktanteil von einem Drittel. Annahmegemäß sinkt die Nachfrage für Produkt A bei einem geringen Preisanstieg (ca. 5 bis 10 Prozent) um 100 Einheiten. Diese nicht mehr durch das Produkt A befriedigte Nachfrage verteilt sich ferner zu 90 Einheiten auf Produkt B und lediglich zu 10 Einheiten auf Produkt C. Das Ausweichverhalten der Abnehmer korrespondiert nicht mit den Marktanteilen der Anbieter und offenbart eine offensichtlich erheblich engere Wettbewerbsbeziehung zwischen Produkt A und Produkt B als zwischen Produkt A und Produkt C; die DR_{AB} beträgt 90 Prozent, die DR_{AC} lediglich 10 Prozent. Bei einem einfachen Marktbeherrschungstest wäre diese engere Wettbewerbsbeziehung zwischen Produkt A und Produkt B nicht zum Vorschein gekommen.

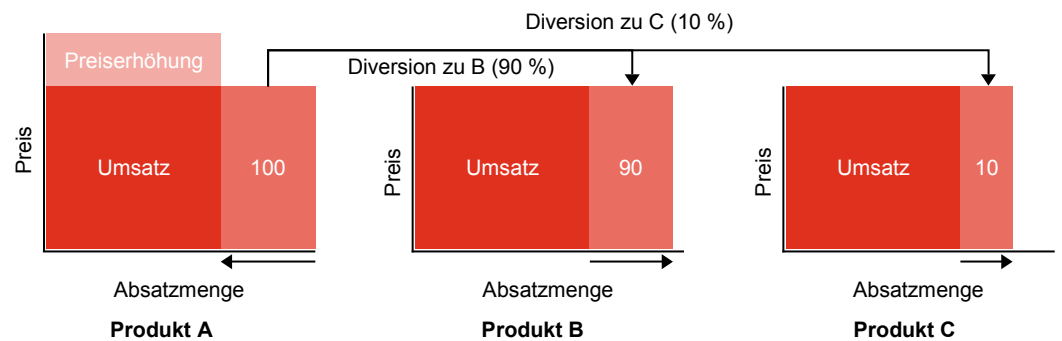
² EC: COMP/M.4141 – Linde/BOC, 2006.

³ Andreas Fuchs: Entwicklung der materiellen Fusionskontrollpraxis in Deutschland 2004–2009. Marktbeherrschungs- und SIEC-Test – eine Bestandsaufnahme, 2009.

⁴ Carl Shapiro: Mergers with Differentiated Products, in: Antitrust, Spring 1996.

⁵ European Commission, Case No. COMP/M.4439 – Ryanair/Aer Lingus, 27. Juni 2007.

Abb. 1 Diversion Ratios nach einer 5- bis 10-prozentigen Preiserhöhung von Produkt A



Die durch die DRs ermittelbare Information ist bedeutsam für die Beurteilung der Fusionsvorhaben. So wäre eine Fusion der Anbieter A und C deutlich weniger wettbewerbskritisch einzustufen als eine zwischen den Anbietern A und B. Die Abnehmer würden mit dem Anbieter B ihre „beste“ Ausweichalternative behalten und die Möglichkeit des Anbieters A, nach der Fusion die Preise unilateral und profitabel anzuheben, wäre entsprechend beschränkt. Eine Fusion zwischen Anbieter A und B indes würde zu einer Internalisierung des Mengenabflusses von 90 Prozent infolge einer Preisanhebung des Anbieters A führen. Preisanhebungen wären sehr wahrscheinlich die Folge und ein Zusammenschluss wäre entsprechend zu untersagen.

DRs sind sehr informativ und geben Aufschluss über die wettbewerbliche Nähe der Fusionspartner sowie der übrigen Marktanbieter zueinander. Gleichwohl genügen sie als Teststandard nicht. Um beurteilen zu können, ob bzw. in welchem Umfang eine Fusion tatsächlich auch zu unerwünschten Preiseffekten führen wird, werden sogenannte Pricing-Pressure-Tests genutzt. Drei dieser Testvarianten, bei denen die DRs integraler Bestandteil sind, werden in den folgenden Absätzen erläutert.

„Upward Pricing Pressure“-Test (UPP-Test)

Mittels des UPP-Tests wird geprüft, ob eine Fusion tendenziell mit einer Preiserhöhung oder Preissenkung für ein betrachtetes Produkt einhergehen wird. Hierbei werden je Fusionspartner entgegengesetzte Effekte saldiert: einerseits der Anreiz zur unilateralen Preisanhebung, der auf der teilweisen Internalisierung von Mengenabflüssen durch den anderen Fusionspartner beruht, und andererseits der Anreiz zur Preissenkung, der durch fusionsbedingte Effizienzzuwächse begründet sein kann.

Berechnungsgrundlage des UPP sind die oben beschriebenen DRs, die absolute Marge je Absatzeinheit des jeweils anderen Fusionspartners sowie die Senkung der Kosten je Absatzeinheit, die mit fusionsbedingten Effizienzgewinnen (z. B. positiven Skalenerträgen) einhergehen kann. Für den hypothetischen Anbieter A, dessen Vorhaben zum Zusammenschluss mit einem Anbieter B beurteilt werden soll, lässt sich der UPP wie folgt bestimmen (analog kann auch der UPP für Produkt B berechnet werden):

Formel

$$UPP_A \text{ (in €)} = DR_{AB} \cdot \text{Stückmarge}_B \text{ (in €)} - \text{Stückkostenrückgang}_A \text{ (in €)}$$

Beurteilung

bei $UPP_A > 0$ folgt Untersagung; bei $UPP_A \leq 0$ folgt Freigabe

Beispiel

$DR_{AB} = 0,9$; Stückmarge = 10 €; Stückkostenrückgang = 5 €
 $UPP_{AB} = 4$ €, folglich Untersagung

Der UPP-Test ist intuitiv verständlich. Eine Preiserhöhung für das Produkt A ist umso lukrativer, je höher der Anteil des Mengenrückgangs für Produkt A ist, der dem Fusionspartner B zufließt. Ferner ist eine Preiserhöhung umso gewinnbringender, je höher die Stückmarge für Produkt B ist, da infolge der unilateralen Preisanhebung für Produkt A mehr Produkte B verkauft werden. Die DR sowie die Marge des Fusionspartners wirken sich somit positiv auf den Anreiz zur Preisanhebung aus. Demgegenüber wird der Anbieter für Produkt A die Preise nach der Fusion umso stärker senken können, je höher die auf Effizienzgewinne zurückführbaren Kostensenkungen sind. Sofern der Anreiz zur Preissenkung den Anreiz zur Anhebung überwiegt und der UPP kleiner als null ausfällt, wäre die Fusion nach den Maßstäben des UPP-Tests freizugeben. Überwiegt indes der Preisanhebungsanreiz und ist der UPP somit größer als null, so bekräftigt dies den Fusionsvorbehalt (dies trifft für das angeführte Beispiel zu).

Auch wenn die tatsächliche wettbewerbliche Nähe der Fusionspartner – anders als im Marktbeherrschungstest – Berücksichtigung findet, sollen zwei Nachteile des UPP-Tests nicht unerwähnt bleiben. Zum einen lassen sich kostensenkende Effizienzgewinne infolge der Unternehmensfusion und somit der Anreiz zur Preissenkung selten *ex ante*, sondern allenfalls nach Umsetzung des Fusionsvorhabens beziffern. Die Praktikabilität des UPP-Tests ist somit eingeschränkt. Zum anderen kann mittels UPP-Test zwar eine Indikation gewonnen werden, ob es nach der Fusion zu Preisanhebungen kommt. Ob es sich jedoch um geringfügige oder erhebliche Preisanpassungen handeln wird, kann der UPP-Test nicht ermitteln. Angesichts dieser Nachteile finden die nachfolgenden Testansätze in der gegenwärtigen Beurteilungspraxis von Fusionsverfahren mehr Beachtung.

„Gross Upward Pricing Pressure Index“-Test (GUPPI-Test)

Der GUPPI-Test ist eine Variante des UPP-Tests. Allerdings werden Effizienzeffekte einer Fusion nicht explizit berücksichtigt. Dafür jedoch drückt der GUPPI, der für beide an der Fusion beteiligten Unternehmen bestimmt wird, den jeweiligen Anreiz einer Preisanhebung auch seiner Höhe nach aus, nämlich als Prozentsatz der Ex-ante-Preise vor der Fusion. Dies lässt eine Beurteilung der Erheblichkeit etwaiger Preissteigerungspotenziale im Rahmen eines Fusionskontrollverfahrens zu. Die formale Schreibweise des GUPPI lautet in Bezug auf die beispielhaften Fusionsparteien A und B wie folgt (analog kann auch der GUPPI für Produkt B berechnet werden):

Formel

$$\text{GUPPI}_A \text{ (in \%)} = \text{DR}_{AB} \cdot \text{Gewinnmarge}_B \text{ (in \%)} \cdot \frac{\text{Preis}_B \text{ (in €)}}{\text{Preis}_A \text{ (in €)}}$$

Beurteilung

bei $\text{GUPPI}_A > 10 \%$ folgt Untersagung; bei $\text{GUPPI}_A < 5 \%$ folgt Freigabe

Beispiel

$\text{DR}_{AB} = 0,9$; $\text{Gewinnmarge}_B = 20 \%$; $\text{Preis}_B = 10 \text{ €}$; $\text{Preis}_A = 10 \text{ €}$
 $\text{GUPPI}_A = 18 \%$, folglich Untersagung

Man kann den GUPPI_A als zusätzlichen Gewinn mit Produkt B im Verhältnis zum Umsatzrückgang von Produkt A interpretieren. Es ist offensichtlich, dass der zusätzliche Gewinn mit Produkt B umso größer ausfällt, je höher die DR_{AB} und die Gewinnmarge des Produkts B ist. Bei hohen DRs – wie etwa auch in dem angeführten Beispiel – und hohen Gewinnmargen der Produkte des Fusionspartners ist eine Genehmigung des Fusionsverfahrens unwahrscheinlich (auch in dem angeführten Beispiel kommt es bei einer DR von 90 Prozent zur Untersagung).

Da der GUPPI den Anreiz einer Preisanhebung infolge der Fusion in Prozent zum Ausdruck bringt, ist es für Wettbewerbsbehörden möglich, die Genehmigungsfähigkeit einer

Fusion anhand dieser (prozentualen) Preisanhebungstendenzen zu beurteilen. So wäre es im Sinne eines „Safe Harbour“ denkbar, Preisanhebungstendenzen von 5 bis 10 Prozent auf den Ex-ante-Preis zu tolerieren und eine Fusion nach den Maßstäben des GUPPI freizugeben. Höhere vermutete Anhebungen indes sollten zur Untersagung des Fusionsvorhabens führen. Ein Schwellenwert von 5 bis 10 Prozent ist jedoch nicht so zu verstehen, dass Preisanhebungen von 5 bis 10 Prozent grundsätzlich für unschädlich gehalten werden. Vielmehr wird bei Preisanhebungstendenzen von weniger als 5 bis 10 Prozent pauschal vermutet, dass nicht im Rahmen des GUPPI-Tests gemessene Effizienzgewinne durch die Fusion einer geringfügigen Preisanhebungstendenz entgegenwirken und es in Summe nicht zu einer fusionsbedingten Preiserhöhung kommen wird. Bei dem Schwellenwert von 5 bis 10 Prozent handelt es sich zudem um eine gängige Konvention (auch bekannt im Rahmen von Marktabgrenzungsanalysen mittels SSNIP-Test), andere Prozentwerte wären grundsätzlich jedoch ebenfalls denkbar. Unter anderem wurde der GUPPI von der Competition Commission als ausschlaggebender Indikator genutzt (z. B. Zipcar/Streetcar⁶).

„Illustrative Price Rise“-Test (IPR-Test)

Der IPR besitzt große Ähnlichkeit mit dem GUPPI. Das Ausmaß der hypothetischen Preiserhöhung, die durch einen Zusammenschluss herbeigeführt werden würde, wird als prozentualer Aufschlag auf die Ex-ante-Preise geschätzt. Mögliche Effizienzgewinne durch den Zusammenschluss schlagen sich indes – ebenso wenig wie beim GUPPI – in der Testkonzeption nieder. Der Kernunterschied gegenüber dem GUPPI – und in dieser Hinsicht auch gegenüber dem UPP – besteht darin, dass die Preise des jeweiligen Fusionspartners nicht als konstant vorausgesetzt werden, sondern sich infolge der Fusion anpassen können. So ist es bei Anbietern aus demselben Markt nicht unwahrscheinlich, dass die Preisanhebung eines Marktanbieters die Preissetzungsspielräume anderer Marktanbieter ebenfalls erhöht. Dieser Zusammenhang gilt in aller Regel auch zwischen den an dem Zusammenschluss beteiligten Fusionspartnern. Solche Feedback-Effekte einer Preiserhöhung eines Fusionspartners auf die Preise des anderen Fusionspartners sind in den IPR-Test integriert. Preisliche Interdependenzen der Fusionspartner rücken beim IPR-Test also stärker in den Fokus als beim UPP- oder beim GUPPI-Test.

Wie auch beim GUPPI muss beim IPR ein Schwellenwert der prozentualen Preisanhebung bestimmt werden („Safe Harbour“), dessen Unterschreitung die Freigabe und dessen Überschreitung die Untersagung des Fusionsvorhabens begründen können. Es bieten sich nach Konvention wieder 5 bis 10 Prozent als solch ein Schwellenwert an. IPR-Tests wurden von der Competition Commission (Sommerfield/Morrison⁷) und vom Office of Fair Trading genutzt (Co-op/Sommerfield⁸ und LOVEFILM/Amazon⁹).

Stärken und Schwächen der Pricing-Pressure-Tests

Die konzeptionellen Vorteile der jeweiligen Tests sind in nachfolgender Tabelle noch einmal zusammenfassend veranschaulicht:

⁶ Competition Commission: A report on the completed merger between Zipcar Inc. and Streetcar Limited, 2010.

⁷ Competition Commission: Sommerfield plc/Wm Morrison Supermarkets plc: A Report on the Acquisition by Sommerfield plc of 115 Stores from Wm Morrison Supermarkets plc, 2005.

⁸ Office of Fair Trading: Anticipated Acquisition by Co-operative Group Limited of Sommerfield Limited, 2008.

⁹ Office of Fair Trading: Anticipated Acquisition of the Online DVD Rental Subscription Business of Amazon Inc. by LOVEFILM International Limited, 2008.

Stärken und Schwächen der Pricing-Pressure-Tests

Vorteile	UPP-Test	GUPPI-Test	IPR-Test	Marktbeherrschungstest
tatsächliche Wettbewerbsnähe der Fusionspartner als Beurteilungsmaßstab für das Fusionsvorhaben	+	+	+	-
Schließung der Anwendungslücken	+	+	+	-
Ausweis der Höhe vermuteter Preisanhebungen	-	+	+	-
Beachtung von Preisinterdependenzen der Fusionspartner	-	-	+	-
Berücksichtigung von Effizienzgewinnen durch die Fusion	+	-	-	-

Schlussbemerkungen

Ob die Einführung des SIEC-Tests in der deutschen Fusionskontrolle eine grundlegende Änderung in der Entscheidungspraxis des Bundeskartellamts mit sich bringen wird, bleibt abzuwarten. Es ist jedoch zu vermuten, dass sich angesichts der geringen Zahl bekannter Gap Cases sowie einer ohnehin beobachtbaren Ökonomisierung der Fusionskontrolle des Amtes kein essenzieller Wandel einstellen wird. Gleichwohl ist der SIEC-Test samt der dargestellten Pricing-Pressure-Tests aus ökonomischer Sicht deutlich gehaltvoller, konsistenter und valider als der Marktbeherrschungstest. Strukturbasierte Betrachtungen sind somit zwar nicht als obsolet aufzufassen, auswirkungsbasierte Analysen nach der SIEC-Konzeption samt der Pricing-Pressure-Tests sind allerdings eine essenzielle und unter ökonomischen Gesichtspunkten begrüßenswerte Weiterentwicklung in der deutschen Fusionskontrolle.

Ihre Ansprechpartner**RA Andreas Klasen**

Tel.: +49 40 6378-2178
andreas.klasen@de.pwc.com

Dipl.-Vw. Hannes Beth

Tel.: +49 30 2636-2178
hannes.beth@de.pwc.com

Dr. Wolfgang Nothhelfer

Tel.: +49 30 2636-1366
wolfgang.nothhelfer@de.pwc.com

Dipl.-Vw. Cora-Marie Pinter

Tel.: +49 30 2636-1479
cora-marie.pinter@de.pwc.com

Bestellung und Abbestellung

Wenn Sie den *Competition Economics Newsflash* bestellen möchten, senden Sie bitte eine leere E-Mail mit der Betreffzeile „Bestellung“ an SUBSCRIBE_CompEtion_Economics_Newsflash@de.pwc.com

Wenn Sie den *Competition Economics Newsflash* abbestellen möchten, senden Sie bitte eine leere E-Mail mit der Betreffzeile „Abbestellung“ an UNSUBSCRIBE_CompEtion_Economics_Newsflash@de.pwc.com

Die Beiträge dieser Publikation sind zur Information unserer Mandanten bestimmt. Für die Lösung einschlägiger Probleme greifen Sie bitte auf die angegebenen Quellen oder die Unterstützung unserer Büros zurück. Meinungsbeiträge geben die Auffassung der einzelnen Autoren wieder.

© Juli 2013 PricewaterhouseCoopers Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft. Alle Rechte vorbehalten.

„PwC“ bezeichnet in diesem Dokument die PricewaterhouseCoopers Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, die eine Mitgliedsgesellschaft der PricewaterhouseCoopers International Limited (PwCIL) ist. Jede der Mitgliedsgesellschaften der PwCIL ist eine rechtlich selbstständige Gesellschaft.