

Zusammenschluss BWB/Z-4808

Brau Union AG/Fohrenburg Beteiligungs-AG (26 Kt 1/20x)

Fallbericht

**Freigabe des Zusammenschlusses mit Verpflichtungszusagen
in Phase 2 nach § 17 Abs 2 S 2 KartG**

Wegfall des Durchführungsverbots mit 26.8.2020

Impressum

Medieninhaber, Verleger und Herausgeber:

Bundswettbewerbsbehörde, Radetzkystraße 2, 1030 Wien

Gesamtumsetzung: Bundswettbewerbsbehörde

Wien, 2018. Stand: Mai 2018

Copyright und Haftung:

Auszugsweiser Abdruck ist nur mit Quellenangabe gestattet, alle sonstigen Rechte sind ohne schriftliche Zustimmung des Medieninhabers unzulässig.

Es wird darauf verwiesen, dass alle Angaben in dieser Publikation trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr erfolgen und eine Haftung der Bundswettbewerbsbehörde und der Autorin/des Autors ausgeschlossen ist. Rechtausführungen stellen die unverbindliche Meinung der Autorin/des Autors dar und können der Rechtsprechung der unabhängigen Gerichte keinesfalls vorgreifen.

Rückmeldungen: Ihre Überlegungen zu vorliegender Publikation übermitteln Sie bitte an wettbewerb@bwb.gv.at.

Inhalt

1 Zusammenfassung	4
1.1 Zusammenschlussvorhaben	4
1.2 Verfahrensgang	4
2 Marktabgrenzung	5
3 Marktstellung	5
4 Wettbewerbliche Effekte	6
5 Verpflichtungszusagen	10

1 Zusammenfassung

1.1 Zusammenschlussvorhaben

- (1) Die Brau Union AG („Brau Union“, „Anmelderin“) mit Sitz in Linz hat am 13.2.2020 den geplanten Erwerb von ca 62,94% der Anteile an und alleinige Kontrolle über die Fohrenburg Beteiligungs-Aktiengesellschaft („Fohrenburg“, „Zielunternehmen“, gemeinsam die „Zusammenschlussparteien“) mit Sitz in Bludenz angemeldet. Die Brauerei Fohrenburg verfügt über einen integrierten Getränkegroßhändler, die Fohrenburg s'Fäscht GmbH.
- (2) Der Zusammenschluss betrifft die Herstellung und den Vertrieb von Bier an den Lebensmitteleinzelhandel und an die Gastronomie, sowie den Getränkegroßhandel.

1.2 Verfahrensgang

- (3) Die Bundeswettbewerbsbehörde hat bereits in der Pränotifikationsphase umfangreiche Marktbefragungen eingeleitet und diese in der Phase 1 fortgesetzt. Die Erhebungen der Bundeswettbewerbsbehörde ergaben insbesondere Bedenken in Hinblick auf eine mögliche Abschottung konkurrierender Brauereien vor Gastronomiekunden, eine mögliche Abschottung konkurrierender Getränkegroßhändler von den Bieren der Brau Union/Heineken Gruppe sowie möglicher Verdrängungsstrategien gegenüber konkurrierenden Brauereien.
- (4) Die Bundeswettbewerbsbehörde hat in der Phase 1 Auflagenverhandlungen mit der Anmelderin geführt, die letztlich jedoch ergebnislos blieben. Die Bundeswettbewerbsbehörde und der Bundeskartellanwalt haben deshalb am 12.3.2020 gem § 11 KartG beim Kartellgericht die Prüfung des Zusammenschlusses beantragt.
- (5) Das Kartellgericht hat einen gerichtlichen Sachverständigen mit der Erstellung eines wettbewerbsökonomischen Gutachtens beauftragt. Durch das Gutachten konnten insbesondere Bedenken in Hinblick auf mögliche Abschottungsstrategien ausgeräumt werden. In Bezug auf mögliche Verdrängungsstrategien wurde vom Sachverständigen festgestellt, dass konkurrierende Brauereien zwar massive Bedenken gegen das Zusammenschlussvorhaben hegen, sich aber nicht konkret verdrängungsgefährdet sehen. Auf Basis dessen wurde eine Verdrängungsabsicht nicht erkannt.
- (6) Grundsätzlich ist festzuhalten, dass in der Rechtsprechung bei der Beurteilung möglicher Verdrängungsstrategien ein strenger Maßstab angelegt wird (vgl dazu bereits OGH, 23.6.1997, 16 Ok 6/97 und 12.10.2016, 16 Ok 9/16h wonach die Zusammenschlusskontrolle strukturpolitischen Zielen und nicht dem Schutz einzelner Wettbewerber dient).
- (7) Nach Auffassung der Bundeswettbewerbsbehörde und des Bundeskartellanwaltes konnten Bedenken in Hinblick auf mögliche wettbewerbswidrige

Verdrängungsstrategien und eine daraus resultierende Schädigung der Marktstruktur jedoch nicht vollständig ausgeräumt werden.

- (8) Die Bundeswettbewerbsbehörde ist daher erneut in Auflagenverhandlungen mit der Anmelderin eingetreten. Am 26.8.2020 hat die Anmelderin der Bundeswettbewerbsbehörde und dem Bundeskartellanwalt angeboten, sich zur Einhaltung von Auflagen zu verpflichten, um die Zurückziehung der Prüfungsanträge der Amtsparteien zu erreichen (§ 17 Abs 2 Satz 2 KartG).
- (9) Da die vorgeschlagenen Auflagen von der Bundeswettbewerbsbehörde und dem Bundeskartellanwalt als geeignet erachtet wurden, um die vorliegenden Wettbewerbsprobleme zu beseitigen, haben die Amtsparteien ihre Prüfungsanträge in mündlicher Verhandlung vor dem Kartellgericht zurückgezogen. Das Kartellgericht hat die Einstellung des Zusammenschlussprüfverfahrens verkündet und die Verfahrensbeteiligten haben einen Rechtsmittelverzicht ausgesprochen.

2 Marktabgrenzung

- (10) Die Marktabgrenzung wurde im kartellgerichtlichen Verfahren von den Verfahrensbeteiligten außer Streit gestellt. Der Zusammenschluss betrifft die relevanten Märkte für die Herstellung und den Vertrieb von Bier
- a. an den Lebensmitteleinzelhandel (LEH) in Österreich,
 - b. an Gastronomiekunden (HORECA-Kunden)¹ in Tirol, sowie
 - c. an Gastronomiekunden (HORECA-Kunden) in Vorarlberg.
- (11) Des Weiteren betrifft der Zusammenschluss die relevanten Märkte für den Getränkegroßhandel in einem Radius von 70 Straßenkilometern um den Standort der Brauerei Fohrenburg in Bludenz (exklusive der Nachbarländer Schweiz, Liechtenstein und Deutschland) mit
- a. Bier,
 - b. sonstigen alkoholischen Getränken,
 - c. alkoholfreien Getränken, sowie
 - d. den Vollsortiments-Getränkegroßhandel.

3 Marktstellung

- (12) Nach eingehender Prüfung der Marktanteilsberechnung in der Phase 1 wurden die Marktanteile im kartellgerichtlichen Verfahren von den Verfahrensbeteiligten außer Streit gestellt.

¹ Hotels, Cafés, Restaurants.

(13) Während die Brau Union mit Abstand die größte Brauerei Österreichs ist, kam es durch den Zusammenschluss zu vergleichsweise geringen Marktanteilsadditionen:

- a. Die Brau Union ist Marktführer in der Herstellung und dem Vertrieb von Bier an den LEH, Brauerei Fohrenburg ist dort jedoch kaum präsent.
- b. Auch in der Herstellung und dem Vertrieb von Bier an HORECA Kunden in Tirol ist die Brau Union Marktführer, während die Brauerei Fohrenburg dort kaum präsent ist.
- c. Umgekehrt ist die Brauerei Fohrenburg im Vertrieb von Bier an HORECA Kunden in Vorarlberg stark vertreten. Die Brau Union war in Vorarlberg bislang kaum präsent. Die Marktanteilsadditionen liegen deutlich unter 10%.
- d. Auch im Getränkegroßhandel in einem Radius von 70 Straßenkilometern um den Standort der Brauerei Fohrenburg in Bludenz (exklusive der Nachbarländer Schweiz, Liechtenstein und Deutschland) ist die Brauerei Fohrenburg stark vertreten. Auch die Brau Union ist – aufgrund ihrer Präsenz im Tiroler Oberland und der Arlberg Region – in diesem Einzugsgebiet vertreten. Auch auf diesem Bereich ergibt sich jedoch eine Marktanteilsaddition von weniger als 10%.

(14) Auf Basis der außer Streit gestellten Marktanteile ergibt sich, dass die Zusammenschlussparteien auf den relevanten Märkten

- a. Herstellung und Vertrieb von Bier an den LEH in Österreich, und
- b. Herstellung und Vertrieb von Bier an HORECA-Kunden in Tirol, sowie
- c. Getränkegroßhandel mit Bier in einem Radius von 70 Straßenkilometern um den Standort der Brauerei Fohrenburg in Bludenz (exklusive der Nachbarländer Schweiz, Liechtenstein und Deutschland),
bereits vor dem Zusammenschluss marktbeherrschend waren.

(15) Am Markt für die Herstellung und den Vertrieb von Bier an HORECA-Kunden ist die Marktbeherrschungsvermutung des § 4 Abs 2 Z 1 KartG erst nach Durchführung des Zusammenschlusses erfüllt.

4 Wettbewerbliche Effekte

(16) Auf Basis umfassender Erhebungen und einer Befragung konkurrierender Brauereien, Getränkegroßhändler und von den Zusammenschlussparteien beliefeter Gastronomiebetriebe hat die Bundeswettbewerbsbehörde in der Phase 1 eine Reihe von Schadenstheorien geprüft:

- a. Preisanstiege (oder Verschlechterungen der Qualität) durch einseitige oder koordinierte Wirkungen konnten insbesondere aufgrund der geringen Marktanteilsadditionen ausgeschlossen werden;²
- b. Rückmeldungen von Marktteilnehmern ergaben mögliche Bedenken in Hinblick auf eine Abschottung konkurrierender Brauereien und Getränkehersteller von den Kunden sowie eine mögliche Abschottung unabhängiger Getränkegroßhändler von den Produkten des fusionierten Unternehmens.³
- c. Rückmeldungen aus dem Markt und interne Dokumente der Brau Union ergaben zudem Bedenken in Hinblick auf eine mögliche Verdrängung konkurrierender Brauereien.⁴

(17) Im kartellgerichtlichen Verfahren wurden im Wesentlichen die Schadenstheorien der Bundeswettbewerbsbehörde, sowie eine mögliche Abschottung konkurrierender Brauereien von den Inputfaktoren (Kronkorken, Flaschen, Hopfen etc) geprüft. Die Untersuchung kommt – so wie die Bundeswettbewerbsbehörde – zum Ergebnis, dass der Zusammenschluss zu keinen unmittelbaren Preisanstiegen durch einseitige oder koordinierte Wirkungen führt. Auch die geprüften Abschottungsstrategien wurden verworfen. In Zusammenhang mit einer möglichen Abschottung konkurrierender Brauereien vor den HORECA-Kunden wurde darauf hingewiesen, dass alle (Vorarlberger) Brauereien Bier im Direktvertrieb an HORECA-Kunden liefern und damit nicht auf einen Vertrieb über Fohrenburg s’Fäscht angewiesen seien.

(18) Ein Fokus der Ermittlungen im kartellgerichtlichen Verfahren lag somit auf der Frage, ob der Zusammenschluss die Fähigkeit sowie den Anreiz zu horizontalen Verdrängungsstrategien seitens der Brau Union begründen oder verstärken würde. Dabei wurde insbesondere die Fähigkeit und der Anreiz geprüft, andere in der Belieferung von HORECA-Kunden tätige Brauereien derart zu schwächen, dass diese langfristig verdrängungsgefährdet wären.

(19) In Bezug auf mögliche Verdrängungsstrategien wurde vom Sachverständigen festgestellt, dass konkurrierende Brauereien zwar massive Bedenken gegen das Zusammenschlussvorhaben hegen, sich aber nicht konkret verdrängungsgefährdet sehen.

(20) Nach Auffassung der Bundeswettbewerbsbehörde und des Bundeskartellanwaltes konnten Bedenken in Hinblick auf mögliche

² Zur Prüfung einseitiger und koordinierter Wirkungen, vgl Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Abl C 31/03, 2004 (*Horizontal-LL*), Rz 24ff und 39ff.

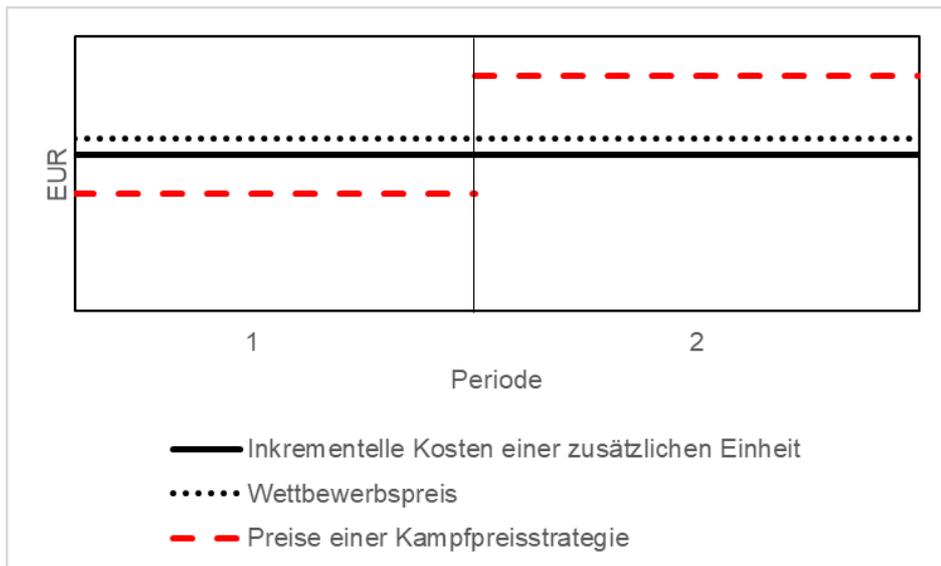
³ Zur Prüfung möglicher Abschottungsstrategien vgl Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (*Nicht-horizontal-LL*), Abl C 265/07, 2008, Rz 29ff.

⁴ Nach den *Horizontal-LL* (Rz 36) können Zusammenschlüsse „einen wirksamen Wettbewerb spürbar behindern, indem sie das fusionierte Unternehmen in eine Lage versetzen, in der es die Fähigkeit und den Anreiz hat, das Wachstum kleinerer Unternehmen und potenzieller Wettbewerber zu erschweren oder die Wettbewerbsfähigkeit anderer Unternehmen auf sonstige Weise einzuschränken.“

wettbewerbswidrige Verdrängungsstrategien und eine daraus resultierende Schädigung der Marktstruktur jedoch nicht vollständig ausgeräumt werden.

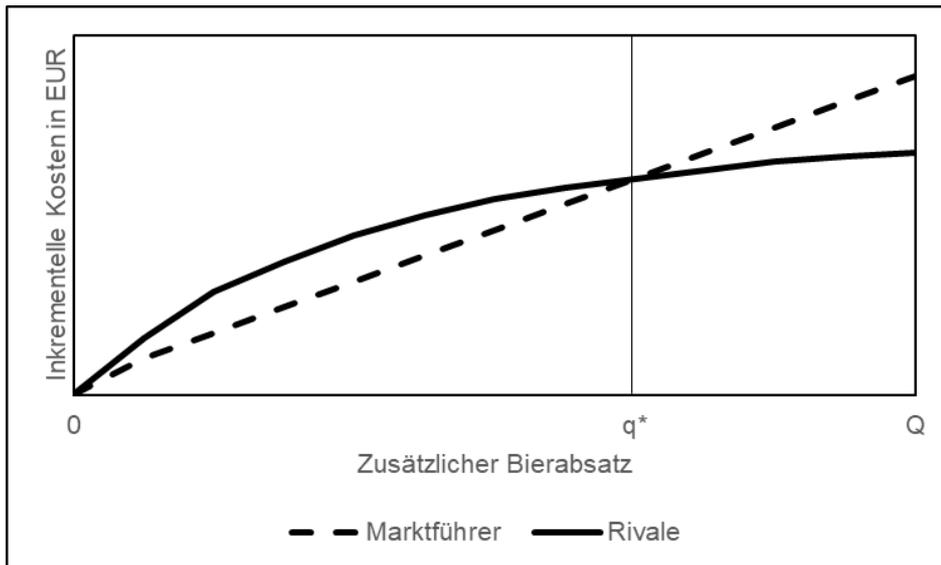
- (21) Wettbewerbswidrige Verdrängung geht im Regelfall einher mit der Inkaufnahme kurzfristiger Gewinneinbußen mit dem Ziel Konkurrenten zu schwächen, um langfristig dank gesteigerter Marktmacht höhere Gewinne zu erzielen. Wettbewerber führten hierbei regelmäßig die Rabattaktionen der Brau Union im LEH als Beispiel für Verdrängung mit Hilfe einer Kampfpreisstrategie an. Konkurrernde Brauereien hätten aufgrund der unterlegenen Finanzkraft keine gleichwertige Möglichkeit eine solche Strategie längerfristig umzusetzen.

Abbildung 1: Schematische Darstellung Kampfpreisstrategie



- (22) **Abbildung 1** stellt schematisch das Preisverhalten einer Kampfpreisstrategie dar. Das dargestellte Unternehmen sichert sich in der ersten Periode die Nachfrage durch Preise unter den inkrementellen Kosten. Dabei werden Verluste eingefahren. Nach erfolgreicher Verdrängung des Rivalen wird die Nachfrage in der zweiten Periode zu Preisen deutlich über den inkrementellen Kosten bedient. Die Literatur spricht dabei in der ersten Phase von einem „*sacrifice*“ (Opfer), das erbracht wird, und in der zweiten Phase von „*recoupment*“ (Ausgleich von Verlusten bzw. entgangenen Gewinnen). Der im Vergleich dazu in **Abbildung 1** dargestellte Wettbewerbspreis würde immer bei oder etwas über den inkrementellen Kosten liegen.

Abbildung 2: Beispielhafte Kostenstruktur



- (23) Ein solche in **Abbildung 1** dargestellte Kampfpreisstrategie kann für ein marktstarkes Unternehmen insbesondere auch dann reizvoll sein, wenn es einem effizienten Rivale durch das Angebot unter Kosten in der „sacrifice“-Phase genügend Nachfrage entzieht um es vom Markt (oder wesentlichen Teilen desselben) zu verdrängen, sodass der Rivale seine Effizienzvorteile nicht realisieren kann. Eine derartige Kostenstruktur ist beispielhaft in **Abbildung 2** dargestellt. Der Marktführer und ein Rivale stehen im Wettbewerb um einen maximal möglichen zusätzlichen Bierabsatz Q . Dabei hat der Marktführer einen inkrementellen Kostenvorteil gegenüber dem rivalisierenden Unternehmen solange dieses keine zusätzliche Bierabsatzmenge größer q^* erreicht. Es gilt daher für die Kostenfunktionen des Marktführers (C_I) und des Rivalen (C_R), dass

$$C_I(q) - C_I(0) < C_R(q) - C_R(0) \quad \text{wenn } q < q^*, \text{ sowie}$$

$$C_I(q) - C_I(0) > C_R(q) - C_R(0) \quad \text{wenn } q > q^*.$$

- (24) Eine wesentliche Rolle kommt somit in der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung eines derartigen Verhaltens der Frage der relevanten Kosten und der Kostendeckung zu. Es mangelt dabei regelmäßig an einer transparenten Darstellung der zur kartellrechtlichen Bewertung notwendigen Informationen in Bezug auf konkrete Rabattaktionen bzw ein konkretes Angebot (ua relevante variable und produktfixe Kosten, Verteilung von Gemeinkosten, angebotsspezifische Deckungsbeiträge).
- (25) Die Erhebungen der Bundeswettbewerbsbehörde haben ergeben, dass die strukturellen Eigenschaften des Biermarktes die Umsetzung einer Kampfpreisstrategie begünstigen. In der Herstellung und dem Vertrieb von Bier spielen Skaleneffekte im Zusammenhang mit Herstellungs-, Vertriebs- und Logistikkosten eine wichtige Rolle. Diese können eine wesentliche Ursache für Kostenunterschiede sein, wie sie in **Abbildung 2** dargestellt werden. Das Herausfallen einzelner Kunden aus der Lieferkette kann die durchschnittlichen Kosten eines ansonsten effizienten Wettbewerbers deutlich erhöhen und in seiner Wettbewerbsfähigkeit entscheidend schwächen.

(26) In diesem Zusammenhang hat die Bundeswettbewerbsbehörde Hinweise untersucht, dass die Brau Union Gaststätten erwerben oder pachten könnte, um in bestimmten Regionen ihre Marktstellung zu stärken. Die betreffenden Gaststätten wären für eine Belieferung durch konkurrierende Brauereien nicht mehr verfügbar. Dies hätte einen direkten Einfluss auf die Dichte des Vertriebsnetzes konkurrierender Brauereien und damit auf deren Logistikkosten. Dadurch könnte sich der Wettbewerbsdruck auf die Brau Union in besonders umkämpften Gebieten zum Schaden der Verbraucher verringern.

5 Verpflichtungszusagen

(27) Die Brau Union hat der Bundeswettbewerbsbehörde und dem Bundeskartellanwalt angeboten, sich zur Einhaltung von Auflagen zu verpflichten, um im Gegenzug die Zurückziehung der Prüfungsanträge gemäß § 17 Abs 2 Satz 2 KartG zu erreichen.

(28) Die von den Verfahrensbeteiligten für verbindlich erklärten Auflagen sind dem Fallbericht als **Beilage ./A** angeschlossen. Diese Auflagen zielen auf die Ausräumung der verbleibenden Bedenken ab. Insbesondere adressieren sie die Bedenken hinsichtlich Rabattaktionen im LEH (vgl Rz 20-23) sowie den Erwerb oder die Pachtung von Gaststätten in besonders umkämpften Regionen (vgl Rz 24).

(29) Des Weiteren soll im Rahmen der Auflagen der bereits bestehenden Marktbeherrschung auf einigen relevanten Märkten (Rz 13) Rechnung getragen werden, indem auch Übernahmen kleinerer Brauereien mit Umsätzen unterhalb der Aufgriffsschwellen der österreichischen Zusammenschlusskontrolle in den nächsten Jahren verhindert werden.

Bundswettbewerbsbehörde

Radetzkystraße 2, 1030 Wien

+43 1 245 08 - 0

wettbewerb@bwb.gv.at

bwb.gv.at