

Auszug aus Hauptgutachten XVII (2006/2007)

Kapitel IV

Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen und Zusammenschlusskontrolle

1. Missbrauchsaufsicht
 2. Zusammenschlusskontrolle
 3. Europäische Fusionskontrolle
-

Inhaltsverzeichnis

Kapitel IV: Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen und Zusammenschlusskontrolle	217
1. Missbrauchsaufsicht.....	217
1.1 Überblick über die Amtspraxis.....	217
1.2 Missbräuchliche Abschottung eines Sekundärmarktes.....	217
1.3 Unbillige Behinderung abhängiger Unternehmen im Vertikalverhältnis.....	220
1.4 Angebote unter Einstandspreis.....	222
1.5 Verstoß gegen das Boykottverbot auf dem regulierten Glücksspielmarkt.....	225
1.6 Missbrauchsaufsicht im Energiesektor.....	227
1.6.1 Langfristige Gaslieferverträge.....	227
1.6.2 Einpreisung von CO ₂ -Zertifikaten.....	228
2. Zusammenschlusskontrolle.....	230
2.1 Statistischer Überblick.....	230
2.2 Formellrechtliche Verfahrenstatbestände.....	233
2.2.1 Allgemeine Umsatzschwelle und Verbundklausel.....	233
2.2.1.1 Keine Sonderrolle bei Beteiligung von Unternehmen der öffentlichen Hand.....	233
2.2.1.2 Fallpraxis des Bundeskartellamtes für den Krankenhaussektor.....	234
2.2.2 Inlandsbegrenzung der Bagatellmarktklausel.....	236
2.2.3 Aufgreifkriterien bei Auslandszusammenschlüssen.....	238
2.2.4 Überlagerung des Wettbewerbsrechts durch konkurrierende Normen.....	240
2.3 Marktabgrenzung	241
2.3.1 Die Marktabgrenzung bei Krankenhausfusionen.....	241
2.3.1.1 Sachliche Marktabgrenzung auf Krankenhausmärkten.....	242
2.3.1.2 Räumliche Marktabgrenzung auf Krankenhausmärkten.....	244
2.3.2 Marktabgrenzung im Energiesektor.....	246
2.3.3 Marktabgrenzung im Lebensmitteleinzelhandel.....	248
2.4 Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.....	249
2.4.1 Prüfung der Wettbewerbsbedingungen.....	249
2.4.1.1 Wettbewerb durch Randanbieter bei Laserquellen im Verfahren Coherent/Excel.....	250
2.4.1.2 Oligopolistische Marktbeherrschung im Fall Phonak/GN ReSound.....	252
2.4.1.3 Potenzieller Wettbewerb im Luftverkehr.....	253
2.4.1.4 Untersagung des Erwerbs eines nachgelagerten Unternehmens durch ein Mitglied eines Duopols.....	254
2.4.2 Kausalität für die Veränderung der Wettbewerbsbedingungen.....	255
2.4.2.1 Sanierungsfusion im Krankenhaussektor.....	256
2.4.2.2 Kausalität bei der Untersagung eines Zusammenschlusses im Lotteriewesen.....	256

2.4.3	Freigabe von Zusammenschlüssen unter Anwendung der Abwägungsklausel.....	259
3.	Europäische Fusionskontrolle.....	263
3.1	Einführung.....	263
3.2	Zuständigkeit.....	265
3.2.1	Ausschließliche Zuständigkeit der Europäischen Kommission.....	266
3.2.2	Umsatzzurechnung im Luftverkehr.....	267
3.2.3	Zuständigkeit und Abhilfemaßnahmen.....	268
3.3	Marktabgrenzung.....	269
3.3.1	Traditionelle Marktuntersuchung und ökonometrische Verfahren.....	269
3.3.2	„Wettbewerbsdruck“.....	272
3.3.3	Angebotssubstituierbarkeit.....	274
3.3.4	Räumliche Marktabgrenzung.....	275
3.4	Wettbewerbliche Würdigung.....	277
3.4.1	Marktanteile und Marktführerschaft.....	278
3.4.1.1	Marktanteilsermittlung.....	278
3.4.1.2	Aussagekraft von Marktanteilen.....	279
3.4.1.3	Keine Marktführerschaft.....	280
3.4.2	Ökonomische Analysen und „theories of harm“.....	283
3.4.2.1	Ökonomische Analysen.....	283
3.4.2.2	„Theories of harm“.....	285
3.4.3	Dynamische Betrachtung.....	285
3.4.4	Kapazitäten und Anbieterwechsel.....	286
3.4.5	Koordinierte Effekte.....	289
3.4.6	Konglomerate Aspekte/Portfolio-Effekte.....	292
3.5	Effizienzen.....	293
3.6	Abhilfemaßnahmen.....	297
3.6.1	Veräußerungszusagen.....	299
3.6.2	Abbau von Marktzutrittsschranken im Energiebereich.....	299
3.6.3	Abbau von Marktzutrittsschranken durch Slot-Abgabe.....	300
3.6.4	Verhaltensorientierte Abhilfemaßnahmen.....	302
3.6.5	Leitlinien zu Abhilfemaßnahmen.....	304
3.7	Rechtsprechung.....	305
3.7.1	Schneider Electric/Kommission.....	305
3.7.2	Impala/Kommission.....	307
3.7.3	easyJet/Kommission.....	309
3.8	Reformen.....	310

Kapitel IV

Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen und Fusionskontrolle

1. Missbrauchsaufsicht

1.1 Überblick über die Amtspraxis

453. Die Missbrauchsaufsicht stellt anders als die Fusionskontrolle ein rechtliches Instrumentarium für eine Verhaltenskontrolle von Unternehmen dar, die bereits eine marktbeherrschende bzw. marktmächtige Stellung innehaben. Da angenommen wird, dass der Verhaltensspielraum marktmächtiger Unternehmen nicht mehr ausreichend durch den Wettbewerb kontrolliert wird, ist das Bundeskartellamt damit beauftragt, missbräuchliches Verhalten der als marktbeherrschend erkannten Unternehmen zu unterbinden. Anders als im Fusionskontrollverfahren, bei dem Zusammenschlüsse im Vorhinein einer Ex-ante-Meldepflicht unterliegen, muss das Kartellamt auf einen Missbrauch zunächst aufmerksam werden, um wettbewerbsbeschränkendes Verhalten ex post unterbinden zu können. Die unterschiedlichen Missbrauchstatbestände und die oftmals schwierige Abgrenzung zu gewöhnlichen Wettbewerbsparametern erschweren den Nachweis des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung und erklären die im Vergleich zur Fusionskontrolle geringere Anzahl durchgeführter Verfahren durch das Bundeskartellamt. Der Schwerpunkt der im Berichtszeitraum durchgeführten Verfahren lag dabei weiterhin auf Behinderungstatbeständen.

454. Traditionell stellt der Energiesektor einen Schwerpunkt der Arbeiten des Bundeskartellamtes in der Missbrauchsaufsicht dar. Im Berichtszeitraum hat dabei die Novellierung des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) auf die Amtspraxis Einfluss genommen. Mitte 2005 begann die Bundesnetzagentur mit der Regulierung der Gas- und Elektrizitätsnetze nach den Vorschriften des novellierten EnWG. Damit entfällt die Zuständigkeit des Bundeskartellamtes, Missbrauchsfälle beim Netzzugang und Netzanschluss nach nationalem Recht gemäß § 111 EnWG zu ahnden. Der Schwerpunkt der Kartellamtstätigkeit liegt nunmehr in den nicht regulierten Beschaffungs-, Erzeugungs- und Absatzmärkten. Das Bundeskartellamt hat wegen des Verdachts des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung unter anderem Verfahren gegen langfristige Gaslieferverträge mit Weiterverteilern und gegen die Berücksichtigung bestimmter Kostenelemente auf der Grundlage des CO₂-Emissionshandels bei der Strompreisbildung geführt.

455. In der Berichtsperiode ist es auch über den Energiesektor hinaus zu einer Reihe erwähnenswerter Verfahren gekommen. Eine wesentliche Aufgabe des Bundeskartellamtes lag dabei in der Durchsetzung des Untereinstandspreisverbotes gemäß § 20 Abs. 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Der Preismissbrauch im Einzelhandel findet besondere Aufmerksam-

keit, da die gesetzlichen Grundlagen mit Wirkung vom 22. Dezember 2007 für den Verkauf von Lebensmitteln nochmals deutlich verschärft wurden. Bereits unter der alten Norm ist es nur vereinzelt zu einer Anwendung des Untereinstandspreisverbotes gekommen, da sich in der Verfahrenspraxis bei der Ermittlung der Einstandspreise deutliche Schwierigkeiten ergaben, die sich in der abgelaufenen Berichtsperiode insbesondere im Verfahren gegen den Drogerieartikelhändler Rossmann gezeigt haben. Der Fall befindet sich zur Zeit im Beschwerdeverfahren beim Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf. Von ihm wird eine Signalwirkung für die Einzelhandelsbranche erwartet.

456. In einem weiteren Verfahren rügte das Bundeskartellamt die unbillige Behinderung abhängiger Unternehmen, welche erstmals im Rahmen eines Franchisesystems festgestellt wurde. Der hier festgestellte Preis-Kosten-Scheren-Effekt war zudem ebenfalls Gegenstand einer Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, was die Beweisführung des Bundeskartellamtes in ähnlich gelagerten Missbrauchsfällen zukünftig deutlich vereinfachen soll. Ebenfalls zum ersten Mal wurde ein Mietsystem zur Abschottung eines Sekundärmarktes als Missbrauch geahndet. Die Einschränkung von Wettbewerb auf Märkten für Verbrauchs- oder Ersatzgüter zu einem Sekundärprodukt stellt eine in zahlreichen Wirtschaftsbranchen verbreitete Preissetzungsstrategie dar.

1.2 Missbräuchliche Abschottung eines Sekundärmarktes

457. Im Februar 2006 schloss das Bundeskartellamt ein Missbrauchsverfahren gemäß § 19 GWB und Artikel 82 EGV gegen die Soda-Club GmbH ab.¹ Das Verfahren ist vor allem deshalb von Bedeutung, da das Bundeskartellamt erstmals ein Mietsystem als Behinderungsmissbrauch auf einem Sekundärmarkt ahndete. Der Missbrauch betraf den Markt für Besprudelungsgeräte mit CO₂-Zylindern. Die Geräte dienen Endverbrauchern dazu, Leitungswasser mit Kohlensäure zu versetzen, um auf diese Weise Sprudelwasser herzustellen. Während die Besprudelungsmaschinen eine langfristige Haltbarkeit aufweisen, wird das notwendige Kohlenstoffdioxid in austauschbaren Zylindern verschiedener Größen aus Aluminium oder Stahl gelagert, die nach dem Verbrauch wiederbefüllt werden können. Zur Befüllung bringt der Kunde den leeren Zylinder zu einem Händler, der diesen gegen einen gefüllten Zylinder austauscht. Dabei sind Zylinder von Soda-Club mit denen der Wettbewerber grundsätzlich austauschbar, sofern sie die gleiche Kapazität besitzen.

¹ BKartA, Beschluss vom 9. Februar 2006, B3 – 39/03, WuW/E DE-V 1177.

458. Der Austausch der Leerzylinder geschieht entweder bei Soda-Club-Vertragshändlern oder bei freien Händlern. Dabei verwendet Soda-Club ein anderes Vertriebssystem für seine Zylinder als seine Wettbewerber. Während Soda-Club seine Zylinder an den Kunden vermietet und dafür einen im Voraus zu entrichtenden einmaligen Mietbetrag verlangt, vertreiben die Wettbewerber Kaufzylinder innerhalb eines Tauschpools. Das Mietsystem macht es möglich, dass die Zylinder von Soda-Club rechtlich im Eigentum des Herstellers verbleiben. Deshalb war es diesem möglich, die Befüllung eigener Zylinder durch Fremdunternehmen zu untersagen. In der Praxis führte das dazu, dass Soda-Club-Vertragshändler sowohl Mietzylinder als auch Kaufzylinder gegen Soda-Club-Mietzylinder tauschten.

Freie Händler hingegen waren nicht berechtigt, Soda-Club-Mietzylinder anzunehmen bzw. diese befüllen zu lassen. Da sich jedoch überproportional viele Soda-Club-Zylinder im Umlauf befanden, sahen sich viele freie Händler gezwungen, auch Soda-Club-Zylinder zurückzunehmen. Diese Soda-Club-Zylinder wurden in der Regel von Händlern oder Abfüllunternehmen gelagert. Soda-Club verweigerte anschließend die Rücknahme dieser Zylinder. Die Mietzylinder wurden gegen Kaufzylinder ausgetauscht, wodurch sich die freien Händler zu Ersatzinvestitionen – ohne Entschädigung – gezwungen sahen.

Das Bundeskartellamt weist in seinem Beschluss auf die marktbeherrschende Stellung von Soda-Club auf dem Abfüllmarkt hin, die sich insbesondere in einem Marktanteil von 70 Prozent niederschlägt. Aus diesem Grund laufen bei Soda-Club weniger Kaufzylinder an als Mietzylinder von Soda-Club bei den Wettbewerbern. Das Bundeskartellamt schließt daraus, dass der Bestand an Zylindern, die angeblich im Eigentum von Soda-Club stehen, in marktverstopfender Weise wächst. Gleichzeitig entstehen den Wettbewerbern zusätzliche Lagerungs- und Stilllegungskosten.

459. Das Bundeskartellamt sieht in der Ausgestaltung des Mietsystems eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung, die sich unter Berufung auf das Eigentumsrecht auch nicht sachlich rechtfertigen lässt. Das Mietsystem sei in diesem Falle keine Vertriebsform, die zum Vorteil der Verbraucher geschaffen wurde. Es diene nach Auffassung des Amtes offensichtlich allein dazu, Wettbewerber von Soda-Club aus dem Markt zu verdrängen bzw. Marktzutrittsbarrieren für neue Wettbewerber zu errichten. Dies zeige sich insbesondere daran, dass sich der Unterschied des Mietsystems der Soda-Club-Zylinder im Vergleich zum System der Kaufzylinder lediglich darin äußere, dass Soda-Club den Verbrauchern die theoretische Möglichkeit einräumt, die Mietzylinder zu einem späteren Zeitpunkt zurückzugeben. Diese Möglichkeit spiele aber im realen Marktprozess eine unbedeutende Rolle, da die Rückgabeoption an die Bedingung gekoppelt ist, dass der Kunde sowohl Kaufbeleg als auch das dem Zylinder beiliegende Zertifikat über die Nutzungsdauer aufbewahrt und den Zylinder darüber hinaus bei demjenigen Händler zurückgibt, der ihm den Zylinder verkauft hat. Auf den Mietpreis wurde zudem die Nut-

zungszeit angerechnet, weshalb davon auszugehen sei, dass die Transaktionskosten der Rückgabe für den Endverbraucher den geringen Restwert in der Praxis fast immer übersteigen. De facto entspreche der Mietpreis eines Soda-Club-Zylinders daher dem Kaufpreis eines Zylinders der Wettbewerber. Ein regelmäßiger Mietzins, wie bei regulären Mietverhältnissen üblich, wurde nicht erhoben.

460. Das Bundeskartellamt hat Soda-Club untersagt, Wettbewerber daran zu hindern, Soda-Club-Mietzylinder entgegenzunehmen oder sie unter Beachtung der gesetzlichen Vorschriften zu befüllen bzw. befüllen zu lassen. Zudem muss Soda-Club auf seinen Mietzylindern darauf hinweisen, dass diese unter Beachtung der gesetzlichen Vorschriften nicht allein von Soda-Club befüllt werden dürfen. Gegen diesen Beschluss hat Soda-Club Beschwerde vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf eingereicht. Das Gericht bestätigte im März 2007 im Wesentlichen den Beschluss des Bundeskartellamtes.² Im März 2008 bestätigte auch der Bundesgerichtshof den Beschluss.³ Im Beschwerdeverfahren erhob Soda-Club unter anderem Einwände gegen die sachliche Marktabgrenzung. Der Befüllmarkt sei um den Produktmarkt für gebrauchsfertiges Sprudelwasser zu erweitern, da sowohl die Befüllung eines Kohlensäurezylinders als auch fertiges Sprudelwasser dazu dienen, den Bedarf an Trinkwasser zu decken. Das Oberlandesgericht hob hervor, dass es sich beim Bedarfsmarktkonzept um ein Hilfskriterium zur sachlichen Marktabgrenzung handele. Ziel der Marktabgrenzung sei aber die Ermittlung der Wettbewerbskräfte, denen sich die beteiligten Unternehmen zu stellen hätten. Demnach sei das Bedarfsmarktkonzept nicht mechanisch, sondern zweckbezogen angewendet worden, um im konkreten Fall die Wettbewerbskräfte zu ermitteln. Unter Anwendung dieser Rechtsgrundsätze stelle der Angebotsmarkt für die Befüllung von Kohlensäurezylindern einen eigenen Teilmarkt dar. Der Bundesgerichtshof (BGH) stellte in seiner Entscheidung vor allem den Lock-in-Effekt bei der Entscheidung für ein Befüllsystem und den damit verbundenen Erwerb von Betriebsmitteln heraus. Ein anderes System, hier in Form des gebrauchsfertigen Sprudelwassers, stelle in der Regel keine Bezugsalternative für das Betriebsmittel dar.

461. Die Monopolkommission schließt sich dem Urteil der Gerichte an. Der Gesamtmarkt ist nach ihrer Auffassung in drei Ebenen zu unterteilen: den Markt für das Grundsystem, den Markt für die CO₂-Zylinder und den Markt für die Befüllung dieser Zylinder. Der Missbrauch ist darin zu sehen, dass Soda-Club versucht, durch das Vertriebssystem seiner Zylinder seine marktbeherrschende Stellung auf den Befüllmarkt zu übertragen. Die wettbewerbsbeschränkende Wirkung geht daher von der Voraussetzung aus, dass sich durch das Mietsystem die marktbeherrschende Stellung von Soda-Club auf dem Zylindermarkt festigt. Auf diese Weise befinden sich in grö-

² OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. März 2007, VI-Kart 5/06 (V), WuW/E DE-R 1935.

³ BGH, Beschluss vom 4. März 2008, KVR 21/07.

ßerem Maße Soda-Club-Zylinder im Umlauf als solche der Wettbewerber. Sowohl Soda-Club als auch die Wettbewerber müssen für rücklaufende Zylinder des jeweils anderen Vertriebssystems kontinuierlich Ersatzinvestitionen leisten. Aufgrund des hohen Marktanteils der Mietzylinder sind die daraus entstehenden Kosten pro Austauschzylinder für die Wettbewerber höher. Entziehen sich die freien Händler diesen Kosten dadurch, dass sie Soda-Club-Zylinder nicht mehr annehmen, dann verlieren sie zunehmend Kunden und es kommt sukzessive zu der marktverstopfenden Wirkung mit Soda-Club-Zylindern, die das Kartellamt festgestellt hat. Das von Soda-Club angewandte Mietsystem führt somit zu einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Abfüllmarkt für CO₂-Zylinder. Die marktbeherrschende Stellung auf beiden Märkten wird daher künstlich durch die Ausgestaltung des Mietsystems erzeugt. Allein durch die Abkehr von dem durch das Mietsystem erzeugten Befüllverbot kann die wettbewerbsbeschränkende Wirkung aufgehoben werden.

462. Der Missbrauch kann auch unter dem Aspekt gesehen werden, dass es sich um einen Fall der Kontrolle von Sekundärmärkten handelt. Die Verknüpfung der Märkte wird durch eine Kopplung des Sekundärproduktes an das Primärprodukt erreicht. Bei dem Markt für Zylinder handelt es sich um einen Sekundärmarkt zum Markt für Bsprudelungsgeräte, während der Markt für die Abfüllung dieser Zylinder ein Sekundärmarkt zum Zylindermarkt selbst ist. Die Soda-Club-Bsprudelungsgeräte spielen für den Missbrauchstatbestand jedoch nur eine vernachlässigbare Rolle, weshalb in diesem Fall die letzteren Märkte für Zylinder und deren Abfüllung mit CO₂ relevant sind. An dieser Stelle liegt ein Vergleich dieses Falles mit anderen Fällen der Kontrolle von Sekundärmärkten nahe, um die Frage zu beantworten, ob durch das vorliegende Missbrauchsverfahren Auswirkungen auf andere Märkte zu erwarten sind, beispielsweise auf den Sekundärmärkten für Rasierklingen oder Druckerpatronen. In der Diskussion um die ökonomischen Wirkungen der Kontrolle von Sekundärmärkten steht dabei die Frage im Mittelpunkt, ob aus der Marktbeherrschung in bestimmten Situationen tatsächlich negative Wohlfahrtseffekte resultieren.⁴ Dazu wird vorausgesetzt, dass mehrere Anbieter auf dem Primärmarkt im Wettbewerb stehen, jedoch eine Monopolstellung für das eigene System auf den Sekundärmärkten besitzen. Unter der Annahme, dass es unterschiedliche Nutzergruppen gibt, die das Sekundärgut in unterschiedlicher Menge konsumieren, bestünde dann die Möglichkeit, eine wohlfahrtsverbessernde Situation zu erreichen, wenn sich der Gesamtpreis von Primär- und Sekundärprodukt nach konsumierter Menge und damit nach der vorhandenen Nachfrageelastizität differenzieren ließe. Das Sekundärprodukt als Verbrauchsgut dient dabei als Zähler für die Nutzungsmenge und damit der Selbstselektion der Kunden in Gruppen zwischen Viel- und Wenignutzern. Durch die Monopolstellung auf den Sekundärmärkten ist es den Anbietern nun möglich, die De-

ckungsbeiträge anstelle über das Primärprodukt nun über das Sekundärprodukt zu erwirtschaften. Vielnutzer zahlen damit entsprechend ihrer Nachfrageelastizität einen höheren, Wenignutzer einen geringeren Gesamtpreis. Die Prämisse führt im Modell dazu, dass Kunden mit geringer Nutzungshäufigkeit verstärkt in die Lage versetzt werden das Gut zu nutzen, während die Nachfrage beim Kundensegment hoher Nutzungsintensität durch den höheren Preis nicht oder nur gering zurückgeht. Ein mögliches Beispiel wären die Segmente der Privat- und Geschäftskunden.

Die vorausgegangene Betrachtung impliziert jedoch, dass der Wettbewerb auf dem Primärmarkt Einschränkungen durch eine nicht vollständig homogene Güterstruktur unterliegen muss oder Besonderheiten bei Marktstruktur und Produktionsfunktion vorliegen.

Die Monopolkommission hält es im Grundsatz für sinnvoll, in Missbrauchsfällen, welche die Kontrolle von Sekundärmärkten betreffen, zukünftig auch solche ökonomischen Überlegungen stärker einzubeziehen. Hier sind jedoch die Voraussetzungen im Einzelfall zu beachten. Zur Erzielung einer wohlfahrtsverbessernden Situation ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob auf dem Primärmarkt ein Wettbewerb preisdifferenzierender Systemanbieter stattfindet, die jeweils eine marktbeherrschende Stellung auf dem Sekundärmarkt besitzen. In einem zweiten Schritt ist abzuwägen, ob Plausibilitätsüberlegungen dafür sprechen, dass sich die Nachfrage nach der Nutzungsintensität segmentieren lässt und das Wenignutzersegment im Besonderen preiselastisch reagiert.

463. Im vorliegenden Fall des Missbrauches bei Bsprudelungsgeräten liegen diese Voraussetzungen nach Ansicht der Monopolkommission jedoch nicht vor. Ein Wettbewerb preisdifferenzierender Systemanbieter von Zylindern und CO₂-Abfüllern existiert nicht. Demgegenüber hat Soda-Club eine marktbeherrschende Stellung auf dem Zylindermarkt. Da zwischen Primär- und Sekundärmarkt, anders als in anderen Fällen, keine technische Verbindung besteht, nutzt Soda-Club das Mietsystem, um eine eigentumsrechtliche Kopplung herzustellen, die allerdings nur für Soda-Club selbst gilt. Dieses Verhalten führt somit allein zu dem beschriebenen Effekt, dass Soda-Club in die Lage versetzt wird, eine marktherrschende Stellung auf dem Primärmarkt zu erlangen und diese auf den Sekundärmarkt zu übertragen, indem es den Wettbewerbern höhere Kosten in Form von höheren Ersatzinvestitionen aufbürdet.

464. Im Beschwerdeverfahren war zunächst strittig, ob die Rechtsbeschwerde der Beteiligten eine aufschiebende Wirkung für die Entscheidung des Bundeskartellamtes entfaltet. § 64 Abs. 1 GWB regelt, in welchen Fällen von Beschwerden eine aufschiebende Wirkung ausgeht. Eindeutig war nach der alten Fassung der Vorschrift, dass die Beschwerde gegen Verfügungen gemäß § 32 in Verbindung mit §§ 19 bis 21 GWB aufschiebende Wirkung hat, während Artikel 82 EGV nicht erwähnt ist. Angesichts des eindeutigen Wortlauts des § 64 GWB sah sich der Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf nicht imstande, den Geltungsbereich der Norm im Wege einer

⁴ Vgl. Bechtold, S., Die Kontrolle von Sekundärmärkten, Baden Baden 2007, S. 28 ff.

Analogie zu erweitern. Die Rechtsbeschwerde von Soda-Club bezüglich der aufschiebenden Wirkung hatte Erfolg. Der Bundesgerichtshof hält die analoge Heranziehung des § 64 Abs. 1 Nr. 1 GWB für geboten, da vielfach schwierige Rechts- und Tatfragen und teilweise weitreichende Wirkungen bei Missbrauchsverfahren nach Artikel 82 EGV ebenso wie bei Verfahren nach § 19 GWB vorliegen. Zudem würde die Vorschrift, Verfahren nach den §§ 19 bis 21 GWB hätten aufschiebende Wirkung, zumindest immer dann ins Leere laufen, wenn wegen einer Beeinträchtigung zwischenstaatlichen Handels eine Abstellungsverfügung des Kartellamtes auch auf Grundlage des Artikel 82 EGV ergehen muss. Eine unterschiedliche Regelung des Suspensiveffekts von Beschwerden je nachdem, ob sich die angefochtene Verfügung auf das autonome deutsche Recht oder auf das europäische Recht stütze, sei jedoch auch gemeinschaftsrechtlich nicht angezeigt. Die Anwendung von Artikel 81 und Artikel 82 EGV sei auch dann gewährleistet, wenn die Bestimmungen über das Kartellverwaltungs- und über das gerichtliche Verfahren den Bestimmungen des europäischen Rechts nicht vollständig nachgebildet seien. Eine Klage gegen eine Verfügung der Europäischen Kommission nach Artikel 82 EGV hat keine aufschiebende Wirkung. Der wirksamen Durchsetzung der Wettbewerbsregeln des Vertrags könne jedoch auch dadurch genügt werden, dass die Kartellbehörde nach § 65 Abs. 1 GWB die sofortige Vollziehung anordnet. Hier ist fraglich, ob der Bundesgerichtshof dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) nicht nach Artikel 234 EGV die Frage hätte vorlegen müssen, ob die Verordnung 1/2003 an dieser Stelle nicht nach Sinn und Zweck eine Gleichbehandlung durch nationale Gesetze gebietet. Mit der letzten Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen zum 22. Dezember 2007 wurde die Rechtslage vereinfacht, da nun zukünftig die aufschiebende Wirkung gegen Verfügungen, die sich gegen einen Missbrauch nach §§ 19 bis 21 und § 29 GWB richten, vollständig entfällt. Solche Verfügungen sind künftig von Gesetzes wegen sofort vollziehbar.

1.3 Unbillige Behinderung abhängiger Unternehmen im Vertikalverhältnis

465. Im Mai 2006 hat das Bundeskartellamt eine Missbrauchsverfügung gegen die Praktiker Baumärkte GmbH erlassen.⁵ Das Verfahren betrifft das Verhalten von Praktiker gegenüber seinen Franchisenehmern. Es handelt sich dabei um das erste behördliche Missbrauchsverfahren, in dem das Vertikalverhältnis von Franchisegeber und -nehmer kartellrechtlich untersucht wird. Bisherige Urteile zu diesem Verhältnis gehen immer auf zivilrechtliche Prozesse zurück.

466. Die Praktiker AG ist in Deutschland mit ihren Baumärkten nach Verkaufsfläche der zweitgrößte Anbieter in der Baumarktbranche. Der Vertrieb von Baumarktsortimenten erfolgt über zwei Schienen (duales Vertriebssystem). Zum einen betreibt die Praktiker AG in

Deutschland rd. 290 eigene Filialen als Regiebetriebe, die überwiegend unter dem Namen „Praktiker“, teilweise auch von einer Tochtergesellschaft und unter dem Namen „TopBau-Center“ geführt werden. Zum anderen fungiert die Praktiker Baumärkte GmbH, eine weitere Tochtergesellschaft der Praktiker AG, als Franchisegeberin gegenüber rd. 20 unabhängigen Franchiseunternehmen, die die Bezeichnung „extra Bau & Hobby-Markt“ führen. Das beanstandete Verhalten betrifft die Praxis der Praktiker Baumärkte GmbH in ihrer Funktion als Franchisegeberin. Praktiker ist Normadressat der in § 20 Abs. 1 GWB geltenden Verbote. Zwar ist das Unternehmen auf dem relevanten Großhandelsmarkt für Bau- und Heimwerkerbedarf nicht marktbeherrschend, es ist aber ein marktstarkes Unternehmen im Sinne des § 20 Abs. 2 Satz 1 GWB gegenüber seinen Franchisenehmern. Dies ergibt sich bereits aus der bestehenden Bezugspflicht der Franchisenehmer.

467. Einige Franchisenehmer von Praktiker hatten die Verpflichtung, 100 Prozent ihrer Waren vom Franchisegeber zu beziehen. Gleichzeitig weigerte sich Praktiker, die von ihm erzielten Einkaufsvorteile an seine Franchisenehmer weiterzugeben. Vielmehr forderte Praktiker Bezugspreise für die gelieferten Waren, die nicht nur gelegentlich über den Preisen liegen, zu denen Praktiker-Regiebaumärkte diese Waren an Endkunden abgeben. Das Bundeskartellamt erläutert dies am Beispiel dreier Produkte – Mauer- und Putzmörtel, Zementmörtel und Betonestrich –, deren Endverkaufspreis in Praktiker-Baumärkten unter dem Einkaufspreis der Franchisenehmer lag. Das Bundeskartellamt stellt daher fest, dass dieses Vorgehen als erhebliche Behinderung zu werten ist, da die Betätigungsmöglichkeiten der Franchisenehmer auf diese Weise erheblich eingeschränkt würden.

468. An dieser Stelle unterscheidet das Bundeskartellamt zwischen zwei wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen. An erster Stelle stellt die Nichtweitergabe erzielter Einkaufsvorteile nach Ansicht des Amtes eine unbillige Behinderung dar, wenn die Franchisenehmer gleichzeitig aufgrund einer 100-prozentigen Bezugspflicht an den Franchisegeber gebunden sind. Die Nichtweitergabe von Einkaufsvorteilen ist isoliert von der Alleinbezugsvereinbarung noch nicht als unbillige Behinderung zu werten.⁶ Für missbräuchlich erachtet das Bundeskar-

⁵ BKartA, Beschluss vom 8. Mai 2006, B9 – 149/04, WuW/E DE-V 1235.

⁶ Die Bezugspflicht fällt nach der Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen (Vertikal-GVO) unter die Freistellung nach Artikel 81 Abs. 3 EGV. Demnach sind die in vertikalen Vereinbarungen enthaltenen Verpflichtungen nur dann nicht freigestellt, wenn sie sowohl über 80 Prozent der Einkäufe des Abnehmers betreffen als auch für eine Dauer von mehr als fünf Jahren vereinbart werden. Vgl. § 2 Abs. 2 GWB und Artikel 1 lit. b, Artikel 5 lit. a der Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission vom 22. Dezember 1999 über die Anwendung von Artikel 81 Abs. 3 des Vertrags auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. EG Nr. L 336 vom 29. Dezember 1999, S. 21. Die Nichtweitergabe von Einkaufsvorteilen stellt isoliert ebenfalls keine unbillige Behinderung dar. Eine Weiterleitung dieser Rabatte ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Fall Sixt nicht verpflichtend. Vgl. BGH, Urteil vom 2. Februar 1999, WuW/E BGH 264 = NJW 1999, 2671, 2675, „Preisbindung durch Franchisegeber (Sixt)“.

tellamt allerdings die Koppelung einer 100-prozentigen Bezugspflicht mit einer Nichtweitergabe von Einkaufsvorteilen. Durch die 100-prozentige Bezugsbindung ist es dem Franchisenehmer nicht möglich, selbst mit Lieferanten möglicherweise günstigere Kondition auszuhandeln. Er profitiert jedoch auch nicht mittelbar von den Verhandlungen des Franchisegebers, weil dieser die von ihm erzielten Einkaufsvorteile eben nicht weiterleitet. Im Resultat wird der Franchisenehmer dadurch im Horizontalverhältnis behindert. Zum einen gegenüber den Praktiker-Regiebetrieben, zum anderen gegenüber anderen Franchisenehmern von Praktiker, die nur eine 80-prozentige Bezugspflicht haben, und gegenüber dritten Anbietern.

469. An zweiter Stelle führt das Amt die sog. Preis-Kosten-Schere zwischen Franchise- und Regiebetrieben als wettbewerbsbeschränkendes Verhalten an. Die Praxis von Praktiker, gegenüber seinen Franchisenehmern deutlich höhere Preise zu fordern, als es bei Berücksichtigung der nachträglich erzielten Konditionen der Fall wäre, führe dazu, dass Praktiker in der Lage sei, in seinen Regiebetrieben mit geringeren Kosten zu kalkulieren. Denn konzernintern könnten bei der Ermittlung der Einkaufspreise für die entsprechenden Produkte die dafür gewährten Rabatte in den Regiebetrieben berücksichtigt werden. Der Wettbewerb zwischen Franchise- und Regiebetrieben werde auf diese Weise verzerrt. Ob diese Preis-Kosten-Schere auch dann eine unbillige Behinderung darstellen würde, wenn die Praktiker-Regiebaumärkte und die Franchisenehmer auf unterschiedlichen räumlichen Märkten tätig wären, lässt das Bundeskartellamt offen. Es weist jedoch darauf hin, dass zumindest in zwei Fällen ein Franchisebetrieb auf dem gleichen regionalen Absatzmarkt als Anbieter tätig ist wie ein Praktiker-Regiebetrieb; in fünf weiteren Fällen kann nach Ansicht des Amtes ebenfalls davon ausgegangen werden, dass die betroffenen Franchisebetriebe in aktuellem Wettbewerb mit zumindest einem Praktiker-Regiebaumarkt stehen. Unbillig behindert nach § 20 Abs. 1 GWB werden damit zumindest diese Franchisebetriebe. Praktiker bestritt, dass sich in den vom Bundeskartellamt aufgeführten Fällen die Absatzgebiete ihrer Franchise- und Regiebetriebe überschneiden. Das Unternehmen verweist dabei auf Angaben über die Postleitzahl des Wohnortes von Kunden, die sie durch Befragungen an der Kasse zum Zwecke eines gezielteren Marketings erhoben hat. Diese Angaben deuten auf ein relativ kleines Einzugsgebiet der jeweiligen Baumärkte hin. Das Bundeskartellamt geht dagegen von räumlichen Märkten mit einem Radius von 30 km bzw. 30 Autominuten um den Verkaufsstandort aus. Im Lebensmitteleinzelhandel grenzt es Märkte in ständiger Praxis als Kreise mit einem Radius von 20 km bzw. 20 Autominuten um ein jeweiliges Oberzentrum einer Region ab. Da es sich bei Baumarktartikeln um höherwertige Gebrauchsgüter handle, sei die Bereitschaft, größere Entfernungen in Kauf zu nehmen, entsprechend größer als im Lebensmitteleinzelhandel, daher die Annahme eines etwas größeren räumlichen Marktes.

470. Gegen den Vorwurf der unbilligen Behinderung wendet Praktiker ferner ein, es biete seinen Franchisenehmern an, sich einem Dauerniedrigpreisprogramm

anzuschließen. In diesem Fall verpflichten sich die Franchisenehmer dazu, den von Praktiker empfohlenen Endkundenpreis zu übernehmen. Im Gegenzug gewährt Praktiker nachträglich Zuschüsse zum Verkaufspreis. Praktiker hält die durch die negative Preisspanne von Nettoeinkaufs- und Verkaufspreis bedingte Behinderung für sachlich gerechtfertigt. Durch die Zuschussregelung verbleibe für Franchisenehmer, die sich dem Dauerniedrigpreisprogramm anschließen, eine positive Marge. Das Dauerniedrigpreisprogramm stelle sicher, dass die betreffenden Artikel zu marktgerechten Preisen im Wettbewerb angeboten werden können. Das Bundeskartellamt hält dies nicht für eine sachliche Rechtfertigung einer Behinderung, da Praktiker dieses Ziel auch ohne eine Behinderung der Franchisenehmer erreichen könnte. Insbesondere sei dies durch die Gewähr niedrigerer Bezugspreise möglich. Zudem weist das Amt darauf hin, dass die Erstattungsregelung in dem Interessenkonflikt zwischen Franchisegeber und -nehmer nicht als berücksichtigungsfähiges Interesse geltend gemacht werden kann, da es sich um eine Regelung handelt, die gegen § 1 GWB verstößt. Das Kartellverbot des § 1 GWB umfasst Beschränkungen der Preisbildungsfreiheit des Franchisenehmers⁷ und damit auch die faktische Verpflichtung, an einem Dauerniedrigpreisprogramm mit vom Franchisegeber vorgegebenen Preisen teilzunehmen. Auf der Grundlage von § 20 Abs. 1 GWB können jedoch Interessen, deren Durchsetzung von der Rechtsordnung missbilligt wird, keine Berücksichtigung finden.⁸ Im Übrigen liegt die Behinderung nach Ansicht des Kartellamtes im Kern in der Preis-Kosten-Schere zwischen dem Verkaufspreis bestimmter Produkte in den Praktiker-Regiebaumärkten und dem Einkaufspreis der Franchisenehmer von Praktiker. Wegen der Praxis, Franchisenehmer im Prinzip dazu zu verpflichten, sich ihrem Dauerniedrigpreisprogramm anzuschließen, behält sich das Bundeskartellamt vor, ein Verfahren nach § 1 GWB einzuleiten.

471. Im Januar 2008 hat das Oberlandesgericht Düsseldorf den Beschluss des Bundeskartellamtes aufgehoben.⁹ Gegen den Beschluss wurde Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof eingereicht. Das Urteil steht noch aus. Das Oberlandesgericht sieht das Verhalten von Praktiker als rechtmäßig an. In einem Franchisesystem sei auch eine 100-prozentige Bezugsbindung bei einer Vertragslaufzeit von bis zu fünf Jahren nicht unverhältnismäßig, da der Franchisegeber auf diese Weise Identität und Vertriebsorganisation schütze. Es verweist hierzu auf die Regelungen der Vertikal-GVO. Zudem hätte Praktiker ein berechtigtes Interesse daran, die sich bei Lieferanten ergebenden Einkaufsvorteile nicht vollständig weiterzugeben. Vielmehr könnte die Spanne zwischen dem tatsächlichen Einkaufspreis von Praktiker und dem Weiterverkaufspreis auch geeignet sein, die Leistung als Großhändler bzw. Weiter-

⁷ Bahr, in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. 1, 10. Aufl., München 2006, Anhang zu §§ 1 und 2 GWB, Rn. 218.

⁸ Schultz, in: Langen/Bunte, a. a. O., § 20, Rn. 127.

⁹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. Januar 2008, VI-Kart 11/06 (V).

verkäufer abzugelten, die der Franchisegeber zusätzlich erbracht hat. Dem Verhalten von Praktiker stellt das Gericht die sich daraus ergebende Wettbewerbsbeschränkung gegenüber. Im Horizontalverhältnis sieht das Oberlandesgericht insbesondere die Behinderung gegenüber dritten Baumärkten als nicht belegt an. Es sei nicht möglich, allein aus dem Erfahrungsschatz des Bundeskartellamtes abzuleiten, dass andere bundesweit tätige Baumarktunternehmen mit ähnlichen Einkaufspreisen kalkulieren wie Praktiker und damit die höheren Einkaufspreise der Franchisenehmer gegenüber Dritten zu einem Wettbewerbsnachteil führen. Eine Behinderung sieht das Gericht eher hinsichtlich des Wettbewerbsverhältnisses zwischen Praktiker-Regiebetrieben und den Franchisenehmern, wenn diese im gleichen räumlich relevanten Markt aktiv sind. Es lässt in seinem Beschluss letztendlich offen, in welchem Umfang durch das Bundeskartellamt vergleichsweise Netto-Einkaufspreise ermittelt werden müssten, um den Nachweis eines möglichen Wettbewerbsnachteils zu erbringen. Das Oberlandesgericht stellt jedoch fest, dass allgemeine Plausibilitätsabwägungen als Nachweis nicht ausreichen. Es sieht das Verhalten von Praktiker im Rahmen der wettbewerbslich bestimmten Interessenabwägung daher insgesamt nicht als unbillig im Sinne von § 20 GWB an.

472. Die Monopolkommission hält es für sachgerecht, die Auswirkungen des Verhaltens eines Franchisegebers im Vertikalverhältnis auf den Wettbewerb sowohl in Bezug auf das Verhältnis Franchisenehmer zu Regiebetrieben als auch auf das Verhältnis Franchisenehmer zu Dritten zu untersuchen. Zunächst ist dabei der Aspekt der Nichtweitergabe von Einkaufsvorteilen bei gleichzeitiger Bezugsbindung durch den Franchisegeber zu beachten. Es erscheint aus ökonomischer Sicht leistungsgerecht, dass der Franchisegeber in seiner Funktion als Großhändler für seine Leistung eine Vergütung verlangt. Die nicht vollständige Weitergabe der Einkaufsvorteile führt unter dieser Prämisse erst zu direkten Anreizen für den Großhändler, Einkaufsvorteile überhaupt auszuhandeln. Die Monopolkommission schließt sich daher dem Oberlandesgericht in der Sache an, dass eine nicht vollständige Weitergabe der Einkaufsvorteile gerechtfertigt sein kann. Problematisch ist jedoch, dass die Vergütung der Großhändlerleistung selbst nicht am Markt gehandelt wird, sondern durch die Alleinbezugsvereinbarung im Wesentlichen durch den Franchisegeber selbst vorgegeben wird. Der Franchisegeber entscheidet daher alleine über den Preis seiner Leistung und muss sich dabei im Innenverhältnis zu seinem Franchisenehmer nur dann einer Disziplinierung durch Markt und Wettbewerb aussetzen, wenn dritte Baumärkte im räumlich relevanten Markt aktiv sind. Besteht Preiswettbewerb durch Dritte, so kann der Franchisegeber allerdings kein Interesse daran haben, den Franchisenehmer im Wettbewerb deutlich zu behindern. Er kann daher auf die Weitergabe von Einkaufsvorteilen nur insoweit verzichten, als er damit verbleibende Renten auf der Einzelhandelsebene abschöpfen kann. Die möglichen Nachteile auf das Wettbewerbsgeschehen zwischen Franchisenehmer und Dritten bei Nichtweitergabe der Einkaufsvorteile schätzt die Monopolkommission daher

als gering ein, auch da gerade unter Baumärkten intensiver Wettbewerb wahrzunehmen ist.

Problematischer stellt sich die Situation in Bezug auf das Wettbewerbsverhältnis Franchisenehmer und Regiebetriebe dar. Hier hat der Franchisegeber die Möglichkeit, die Wettbewerbssituation durch die nicht vollständige Weitergabe von Konditionen an die Franchisenehmer zugunsten seiner Regiebetriebe zu beeinflussen. Stehen in einem räumlich relevanten Markt alleine Franchisenehmer und Regiebetriebe im Wettbewerb, kann es zu einer monopolgleichen Anhebung der Endverkaufspreise kommen. Anders als im Fall einer Essential Facility ist die Handelsebene allerdings nicht vor der Konkurrenz Dritter geschützt. Selbst wenn keine dritten Anbieter im gleichen räumlich relevanten Markt aktiv sind, ist damit zu rechnen, dass eine durch den Franchisegeber ausgelöste Preissetzung Newcomer in den Markt lockt. In begrenztem Maße ist daher auch der potenzielle Wettbewerb geeignet, in einem solchen Falle die Nutzung einer Preis-Kosten-Schere zu verhindern.

473. Der Aspekt einer möglichen Preis-Kosten-Schere ist im Rahmen der letzten Änderung des GWB als Regelbeispiel einer unbilligen Behinderung aufgenommen worden. Gemäß dem geänderten § 20 Abs. 4 Satz 2 Nr. 3 GWB¹⁰ liegt eine unbillige Behinderung nun insbesondere dann vor, wenn ein Unternehmen von kleinen oder mittleren Unternehmen, mit denen es auf dem nachgelagerten Markt beim Vertrieb von Waren oder gewerblichen Leistungen im Wettbewerb steht, für deren Lieferung einen höheren Preis fordert, als es selbst auf diesem Markt anbietet. Die Monopolkommission erachtet die Änderung nur begrenzt für sinnvoll, da zwar der Franchisenehmer gegenüber den Regiebetrieben des Franchisegebers nunmehr besser gestellt wird, der Franchisegeber aber auch bei paritätischer Preissetzung die im Markt verbleibenden Renten auf der Großhandelsebene abschöpfen kann. Preiswettbewerb zwischen Franchisenehmern und Regiebetrieben ist daher nur eingeschränkt zu erwarten. Der Missbrauchsnachweis durch das Bundeskartellamt wird auf diese Weise zwar deutlich vereinfacht, da dieser nunmehr bereits an einzelnen Produktbeispielen festgestellt werden kann. Es ist jedoch zu befürchten, dass auch effizienzsteigernde Praktiken nunmehr untersagt werden.

1.4 Angebote unter Einstandspreis

474. Im Berichtszeitraum ist es erneut zu einem Einschreiten der Kartellbehörde wegen eines Verstoßes gegen das Untereinstandspreisverbot des § 20 Abs. 4 GWB gekommen. Das Untereinstandspreisverbot war mit der sechsten Novelle in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen aufgenommen worden. Bereits in ihren letzten Hauptgutachten hat sich die Monopolkommission kritisch mit dem Untereinstandspreisverbot auseinandergesetzt.

¹⁰ Die Änderung von § 20 Abs. 3 und 4 GWB durch das Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels vom 18. Dezember 2007 wird gemäß Artikel 1a, Artikel 3 Satz 2 des Gesetzes zum 1. Januar 2013 wieder zurückgenommen und ist damit zunächst auf fünf Jahre befristet.

gesetzt. Am 22. Dezember 2007 ist zudem das „Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels“ in Kraft getreten, durch das sich das Verbot des Angebotes unter Einstandspreis bei Lebensmitteln weiter verschärft.¹¹ Der geänderte § 20 Abs. 4 GWB enthält nun ein Regelbeispiel, in welchem für Lebensmittel im Sinne des § 2 Abs. 2 des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuches nun auch das gelegentliche Angebot unter Einstandspreis als unbillige Behinderung definiert wird. Ein Regelbeispiel für das Untereinstandspreisverbot bei Lebensmitteln wurde auch für die sachliche Rechtfertigung aufgenommen. Nur bei drohendem Verderb, drohender Unverkäuflichkeit oder ähnlich schweren Fällen sei ein solches Angebot im Lebensmitteleinzelhandel gerechtfertigt. Im Folgenden soll auf zwei Fälle des Berichtszeitraumes eingegangen werden, welche das Bundeskartellamt noch unter der alten Rechtslage geprüft hat.

475. Das erste hier betrachtete Verfahren betraf Dirk Rossmann als vertretungsberechtigtes Organ der nebenbetroffenen Dirk Rossmann GmbH, die unter dem Markennamen „Rossmann“ eine Kette von Drogeriemärkten betreibt. Gegen das Unternehmen wurde bereits im Jahre 2002 ein Bußgeldverfahren wegen Verstoßes gegen § 20 Abs. 4 GWB abgeschlossen. Damals stellte das Kartellamt fest, dass ein Kombinationsangebot für Fotoarbeiten in einem Zeitraum von drei Monaten unter dem Einstandspreis gelegen hatte.¹² Im aktuellen Verfahren handelt es sich um die Abgabe von 55 typischen Drogerieartikeln unter Einstandspreis im Jahre 2005.¹³ Das beanstandete Verhalten betrifft Cremes, Shampoos, Spülmittel und weitere Produkte der Hersteller Beiersdorf, Garnier, L'Oréal, Schwarzkopf & Henkel, Henkel, Unilever und Galaxo Smith Kline. Das Bundeskartellamt stellt dazu zunächst fest, dass Rossmann Normadressat gemäß § 20 Abs. 4 GWB ist, da es gegenüber kleinen und mittleren Wettbewerbern über eine überlegene Marktmacht auf dem sachlich relevanten Absatzmarkt für Drogeriewaren verfügt. Die überlegene Marktmacht drücke sich vor allem dadurch aus, dass 1 125 Rossmann-Filialen etwa 4 150 inhabergeführte Drogerien gegenüberstehen, die durchschnittlich einen um ein Vielfaches geringeren Jahresumsatz erzielen. Zur Feststellung, ob gegen das Untereinstandspreisverbot verstoßen wurde, wertete das Bundeskartellamt die in der Regel zweiwöchentlich erscheinende bundesweit einheitliche Prospektwerbung von Rossmann aus. Das Amt stellte fest, dass 55 beworbene Produkte in insgesamt 267 Fällen unter dem Einstandspreis angeboten wurden. In 85 Prozent der Fälle, in denen die Produkte beworben wurden, lagen die Angebote unter Einstandspreis, der dabei zu maximal 33,23 Prozent unterschritten wurde.

476. Die Ermittlungen des Bundeskartellamts zeigen, dass der Einstandspreis des Artikelsortimentes systema-

tisch unterschritten wurde. Das Amt sieht somit den Missbrauchstatbestand des „nicht nur gelegentlichen“ Angebotes unter Einstandspreis als erfüllt an, da in diesem Fall auf das Sortiment an Drogerieartikeln insgesamt abzustellen sei. Auch wenn man auf einzelne Produktgruppen oder Produkte abstellen wolle, zeigen die Ermittlungen, dass die Artikel einzelner Serien immer wieder zu Untereinstandspreisen angeboten wurden. In seiner Bekanntmachung Nr. 124/2003 erläutert das Amt, dass es Angebote, die mindestens drei Wochen andauern, nicht mehr als nur gelegentliche Werbeaktion einstuft.¹⁴ Auch eine sachliche Rechtfertigung dafür, dass Rossmann nicht zuzumuten sei, sich in der beschriebenen Situation an das Untereinstandspreisverbot zu halten, existiert nach Ansicht des Bundeskartellamtes nicht. Als solche lässt das Bundeskartellamt nicht gelten, dass Rossmann sich mit seinem Verhalten nur gegen die Niedrigpreisstrategien der engsten Wettbewerber, Schlecker und dm-Drogeriemarkt, gewehrt habe.

477. Rossmann hat Beschwerde gegen die Kartellamtsentscheidung eingelegt. Eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf steht noch aus. Ein wesentlicher Streitgegenstand sowohl im Missbrauchs- als auch im Beschwerdeverfahren war die umfangreiche Berechnung des Nettoeinstandspreises der einzelnen Waren durch das Bundeskartellamt. Gemäß seiner Bekanntmachung Nr. 124/2003 zieht das Amt zur Kalkulation zunächst den Listeneinkaufspreis heran und subtrahiert von diesem alle preiswerten Konditionen, die ihren rechtlichen Grund in den zwischen den Lieferanten und dem Abnehmer geschlossenen Beschaffungsverträgen haben. Das Bundeskartellamt geht grundsätzlich davon aus, dass alle vereinbarten Konditionen dem Absatz der Waren des Herstellers bzw. Lieferanten dienen, und rechnet diese anteilig auf den Abnahmepreis der einzelnen Produkte an. Auch wenn bestimmte Konditionen nur für die Förderung eines einzelnen Produktes für befristete Verkaufsaktionen oder einzelne Vertriebsschienen vereinbart wurden, werden diese prozentual nach ihrem Umsatzwert auf alle Produkte umgelegt, um Manipulationsmöglichkeiten vorzubeugen. Eindeutige Zuordnungen von Fördermaßnahmen zu bestimmten Artikeln können allerdings im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung Berücksichtigung finden.

478. Wesentliches Objekt der Auseinandersetzung mit Rossmann war die Anrechnung der Werbekostenzuschüsse. Diese wurden gemäß der zuvor genannten Vorgehensweise durch das Bundeskartellamt anteilig auf den Umsatz der Produktgruppen eines Zulieferers angerechnet. Rossmann hingegen argumentierte, dass der Werbekostenzuschuss nur zur Verkaufsförderung der tatsächlich beworbenen Produkte gezahlt worden sei und daher auch nur für diese Produkte berücksichtigt werden müsse. Dies senke die Einstandspreise genau bei den in Rede stehenden Artikeln, die in Verkaufsprospekten beworben wurden. Das Bundeskartellamt hingegen verschloss sich einer spezifischen Zurechnung der Werbekostenzuschüsse

¹¹ Dito.

¹² Vgl. Monopolkommission, Wettbewerb im Schatten „Nationaler Champions“, Hauptgutachten 2002/2003, Baden-Baden 2005, Tz. 550 ff.

¹³ BKartA, Beschluss vom 6. Februar 2007, B9 – 167/05.

¹⁴ Vgl. BKartA, Bekanntmachung Nr. 124/2003 zur Anwendung des § 20 Abs. 4 Satz 2 GWB vom 4. August 2003.

sowohl bei der Berechnung der Nettoeinstandspreise als auch bei der Abwägung einer sachlichen Rechtfertigung. Die Berücksichtigung der Interessen von Handelsunternehmen an einer Verkaufsförderung bestimmter Produkte durch produktbezogene Boni und Ähnliches könne zwar im Rahmen einer Interessenabwägung berücksichtigt werden; in diesem Falle aber bedürfe es einer Vorgabe der Hersteller, dass die Werbekostenzuschüsse auch tatsächlich für die Bewerbung konkreter Produkte einzusetzen seien. Da eine solche Vorgabe in den Jahresvereinbarungen nicht enthalten sei, akzeptierte das Bundeskartellamt die Zurechnung der Werbekostenzuschüsse zu einzelnen Produkten nicht.

479. Die Monopolkommission ist der Ansicht, dass die Berechnung des Nettoeinstandspreises in diesem Fall beispielhaft für die generellen Probleme bei der Operationalisierung des Untereinstandspreisverbotes steht. Die Berechnung des Nettoeinstandspreises anhand von Rechnungspreisen ist nicht ohne weiteres möglich, da gewährte Rabatte ein ähnliches Zuordnungsproblem aufweisen, wie die Zurechnung von Gemeinkosten zu verschiedenen Kostenträgern in der betriebswirtschaftlichen Kostenrechnung. Dementsprechend muss hier zwischen einer Auslegung der Vorschrift abgewogen werden, welche deren Durchsetzbarkeit überhaupt gestattet, und einer Anwendung, welche dem konkreten Einzelfall gerecht wird.

480. Nach Meinung der Monopolkommission ist nicht von der Hand zu weisen, dass auch solche Werbekostenzuschüsse, die auf den Umsatz berechnet werden, den Nutzenanteil der Hersteller an der Verkaufsförderung bestimmter Produkte widerspiegeln. Der Werbekostenzuschuss bzw. dessen Höhe setzt sich von Herstellerseite aus zwei Bestandteilen zusammen, wozu erstens der erwartete erhöhte Absatz für die beworbenen Produkte und zweitens der erwartete dadurch ebenfalls gesteigerte Absatz der Marke oder Produktserie zu zählen sind. Aufseiten des Händlers dient der Werbekostenzuschuss der Refinanzierung sowohl der Werbemaßnahme als auch des günstigeren Angebotspreises für die beworbenen Produkte. Eine exakte Zurechnung der wertmäßigen Anteile des Werbekostenzuschusses zu beworbenen und nicht beworbenen Produkten ist jedoch mangels exakter Quantifizierbarkeit unmöglich. Dies führt zu einer Situation, in der zwischen grundsätzlich suboptimalen Möglichkeiten der generellen Zurechnung und Nichtzurechnung zu einzelnen Produkten zu entscheiden ist. Auf der einen Seite schränkt die sachliche Zurechnung der Werbekostenzuschüsse zu einzelnen Produkten die Durchsetzbarkeit des § 20 Abs. 4 GWB erheblich ein, da auf diese Weise Gestaltungsspielräume für die Berechnung der Einstandspreise geschaffen werden. Die Nichtzurechnung schafft hingegen die Problematik einer den Zweck der Norm eventuell überschreitenden Eingriffsintensität. Die Frage, welcher Verfahrensweise hier sachlich gefolgt werden sollte, ist daher nicht eindeutig zu beantworten. In Anbetracht diesen Abwägungserfordernisses hält es die Monopolkommission für geboten, in einer freien Gesellschaft dem Betroffenen die Entscheidung zuzubilligen, wie ein

solcher, ihm gewährter Rabatt sachlich zugerechnet werden muss.

Vor dem Hintergrund dieser Problematik ist die Anwendungspraxis des Bundeskartellamtes zu beurteilen. Das Amt unterscheidet zwischen der Berechnung der Nettoeinstandspreise, bei der alle Konditionen ungeachtet jeglicher Zweckbindungen nach ihrem prozentualen Umsatzanteil auf die bezogenen Produkte aufgeteilt werden, und der anschließenden sachlichen Rechtfertigung, welche fakultativ auch die Zuordnung der Rabatte zu einzelnen Produkten berücksichtigt. Ermöglicht die Kartellbehörde allerdings die grundsätzliche Anrechnung des Werbekostenzuschusses auf bestimmte Produkte im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung, so sollte diese auch dann erfolgen, wenn die zu bewerbenden Produkte nicht konkret in den Jahresvereinbarungen mit den Lieferanten festgelegt sind. Zwar wird der Rabatt auf alle Produkte eines Lieferanten umgelegt und nicht ausschließlich auf die beworbenen Artikel. Darüber hinaus werden auch die zu bewerbenden Produkte nicht im Detail in der Jahresvereinbarung aufgeführt, sondern es werden lediglich im groben Umfang Niveau und Rahmen etwaiger Werbemaßnahmen abgesteckt und damit dem Händler Freiräume für die Umsetzung der Werbemaßnahmen für bestimmte Artikel gelassen. Dennoch ist davon auszugehen, dass die Auswahl der beworbenen Produkte durch den Händler den gleichen Zweck erfüllt wie die Festlegung bestimmter zu bewerbender Artikel in den Jahresvereinbarungen. Im Verständnis eines selbstdurchsetzenden Vertrages kann der Hersteller davon ausgehen, dass der Händler auch solche Produkte bewirbt, an denen auch der Hersteller ein Interesse hat, da andernfalls die Vereinbarung in Zukunft gekündigt würde. Insofern wäre es unter dieser Voraussetzung sachlich gerechtfertigt, den Werbekostenzuschuss auf die beworbenen Produkte umzulegen.

481. Ein weiteres Verfahren in Bezug auf das Untereinstandspreisverbot wurde im Oktober 2007 gegen die Netto Marken-Discount GmbH & Co oHG abgeschlossen.¹⁵ Das Tochterunternehmen der EDEKA-Gruppe ist überwiegend im Süden und Osten Deutschlands im Lebensmitteleinzelhandel tätig und betreibt dort etwa 1 200 Filialen. Das beanstandete Verhalten betraf das Angebot von weniger als 20 Milchprodukten, die in bestimmten Zeiträumen des Jahres 2006 und 2007 unter Einstandspreis angeboten wurden. Die Netto Marken-Discount ist Normadressat des § 20 Abs. 4 GWB, da sie gemeinsam mit der Konzernmutter EDEKA über mehrere Tausend Filialen im ganzen Bundesgebiet verfügt. Das Bundeskartellamt weist darauf hin, dass der Tatbestand „kleine und mittlere Unternehmen“ relativ zu sehen ist. Im Gegensatz zum Gesamtumsatz der EDEKA-Gruppe sieht das Amt daher Unternehmen mit einem Jahresumsatz unter 100 Mio. Euro bereits als „kleine und mittlere Unternehmen“ an, denen EDEKA auch aufgrund der Finanzkraft und Sortimentsbreite überlegen ist.

¹⁵ BKartA, Beschluss vom 25. Oktober 2007, B9 – 77/07, WuW/E DE-V 1481.

482. Die Unterschreitung der Einstandspreise lag bei einem Produkt bei knapp 40 Prozent, bei weiteren Produkten zwischen 3 und 17 Prozent. Das Bundeskartellamt stellt fest, dass auch bei geringen Unterschreitungen der Einstandspreise von 1 ct ein Verstoß gegen das Untereinstandspreisverbot vorliegt. Der verfahrensbevollmächtigte EDEKA-Verband bestreitet nicht, Untereinstandspreise genommen zu haben. Strittig war allerdings, ob das Vorgehen zu ahnden ist, da es sich um wechselnde Produkte handelte, die innerhalb von zehn Wochen in fünf Wochen unter dem Einstandspreis verkauft wurden. Das Bundeskartellamt stellt klar, dass es sich damit nicht um ein nur gelegentliches Angebot handelt. Nach Auffassung des Amtes und entsprechend seiner Bekanntmachung Nr. 124/2003 komme es bei der Auslegung der Tatbestandsmerkmale nicht darauf an, dass stets dasselbe Produkt nicht nur gelegentlich angeboten würde. Vielmehr sei das gesamte Sortiment gemeint, da die Regelung darauf abziele, eine bestimmte Unternehmensstrategie zu verhindern. Aus diesem Grunde sei relevant, dass Angebote im gleichen räumlich relevanten Markt für drei oder mehr Wochen innerhalb eines halben Jahres nicht auf oder über dem Einstandspreis liegen, da das Angebot der Marke sonst als besonders günstig wahrgenommen würde und Wettbewerber verdrängt würden.

483. Durch die Änderung des § 20 Abs. 4 GWB im Zuge des „Gesetzes zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels“ ist die Beschränkung auf gelegentliche Angebote unter dem Einstandspreis im Lebensmittelhandel weggefallen. Damit wurde das Untereinstandspreisverbot weiter verschärft. Die Monopolkommission hat sich in einem Sondergutachten bereits kritisch mit der Gesetzesänderung auseinandergesetzt.¹⁶ Marktmächtige Einzelhandelsketten im Sinne der Norm sind gerade im Lebensmittelsektor einem starken Preiswettbewerb ausgesetzt. Untereinstandspreise stellen daher kein Mittel gegen kleinere und mittlere Wettbewerber dar, sondern zeigen sich lediglich als ein Marketinginstrument gegenüber direkten, ähnlich großen Wettbewerbern. Eine solche Eckpreisstrategie ist daher – generell wie auch am Beispiel des Lebensmitteleinzelhandels – als ein Wettbewerbsparameter zu sehen, der Nutzen stiftet, indem er die Wettbewerbsintensität erhöht und auf diese Weise Freiheitsgrade für den Kunden schafft und Monopolrenten reduziert. Im Sinne eines Behinderungsmissbrauchs können Untereinstandspreise aber auch geeignet sein, Wettbewerber aus dem Markt zu drängen, um im Anschluss Preissetzungsspielräume zu erzeugen. Im Einzelhandel sind Untereinstandspreise als gezielte Verdrängungsstrategie jedoch nur begrenzt wirksam, da in den meisten Fällen aufgrund geringer Marktzutrittsbarrieren der Eintritt neuer Wettbewerber erfolgen wird. Im Verhältnis zu kleineren Wettbewerbern ist daher nicht allein auf den Preiswettbewerb abzustellen. Große Marktakteure sind auch ohne das Untereinstandspreisverbot, insbesondere auf-

grund ihrer überlegenen Einkaufsmacht, häufig in der Lage, deutlich günstigere Preise zu setzen als kleine und mittlere Wettbewerber. Letztere scheiden somit vor allem dann aus dem Markt aus, wenn sie es nicht schaffen, durch andere Wettbewerbsparameter wie Nähe, Service und Beratung den Preisfaktor zu kompensieren. Eine Auslegung von Angeboten unter Einstandspreis als missbräuchlich ist daher aus ordnungspolitischer Sicht nicht generalisierend möglich. Demzufolge lehnt die Monopolkommission das Per-se-Verbot, Untereinstandspreise zu setzen, ab.

484. Die durch den Gesetzgeber intendierte Zielsetzung, vor allem kleinere und mittlere Wettbewerber zu schützen, ist auch im Hinblick auf die bestehende Fallpraxis des Bundeskartellamtes zweifelhaft. Im den Fall Rossmann betreffenden Drogerieartikelmarkt existieren mehrere große Wettbewerbsketten, denen inhabergeführte Drogerien gegenüberstehen. Angesichts niedriger Preise der Drogeriemarktketten hat sich ein Teil dieser Drogerien bereits auf Parfümerieartikel oder Reformhausartikel spezialisiert. Schätzungsweise 400 bis 500 Drogerien bieten ein breites Sortiment an, welches die typischerweise in einem Drogeriemarkt angebotenen Waren abdeckt.¹⁷ Diesen Händlern stehen mehr als 11 000 Schlecker-Märkte, etwa 1 100 Rossmann-Filialen, mehr als 900 dm-Drogeriemärkte und über 400 Filialen der Drogeriemarktkette Müller gegenüber. Der Wettbewerb zwischen einer Drogerie und ihrem nächstliegenden Wettbewerber ist daher oftmals durch die Konkurrenz zweier Drogeriemarktketten gekennzeichnet. Deren Filialen sind von der Schutzwirkung des Untereinstandspreisverbotes somit deutlich stärker begünstigt als die eigentlich intendierten kleineren Wettbewerber.

1.5 Verstoß gegen das Boykottverbot auf dem regulierten Glücksspielmarkt

485. Gegenstand eines Missbrauchs- und Kartellverfahrens waren die Lotteriegesellschaften der deutschen Bundesländer, die im Deutschen Lotto- und Totoblock gemeinsam organisiert sind.¹⁸ Neben einem Verstoß gegen das Kartellverbot wurde den Beteiligten auch der Missbrauch von Marktmacht durch Verstoß gegen das Boykottverbot des § 21 GWB und gegen das Missbrauchsverbot des Artikel 82 EGV vorgeworfen. Das Verfahren wurde im August 2006 mit einer Untersagungsverfügung abgeschlossen.

486. In Deutschland ist die Veranstaltung von Lotterien und Wettbetrieben durch private Anbieter nur stark eingeschränkt möglich. Die Aufgabe, ein ausreichendes Glücksspielangebot sicherzustellen, wird daher durch die Bundesländer wahrgenommen. Der am 1. Juli 2004 in Kraft getretene Lotteriestaatsvertrag regelte bis Ende 2007 zu diesem Zweck die ordnungspolitischen Rahmenbedingungen des Glücksspielwesens. Der Vertrag schrieb ein striktes Regionalitätsprinzip in § 5 Abs. 3 Lotterie-

¹⁶ Vgl. Monopolkommission, Preiskontrollen in Energiewirtschaft und Handel? Zur Novellierung des GWB, Sondergutachten 47, Baden-Baden 2007.

¹⁷ BKartA, Beschluss vom 6. Februar 2007, B9 – 167/05, S. 12.

¹⁸ BKartA, Beschluss vom 23. August 2006, B10 – 148/05, WuW/E DE-V 1251.

staatsvertrag vor, wonach es den Bundesländern ohne weitere Zustimmung allein im eigenen Land gestattet war, Glücksspiele zu vertreiben oder vertreiben zu lassen. Mit der Durchführung der Glücksspiele ist in jedem Bundesland eine Lottogesellschaft beauftragt. Die Landeslottogesellschaften sind aus Gründen der Gewinnpoolung und zur Vereinheitlichung des Spielangebotes im Deutschen Lotto- und Totoblock zusammengeschlossen. In § 2 des Blockvertrages der deutschen Lotto- und Totounternehmen vereinbarten die Gesellschafter, Lotterien und Sportwetten jeweils nur in dem Bundesland zu vertreiben, in dem sie eine Genehmigung haben. Durch die aufgeführten Regelungen in Lotteriestaatsvertrag und Blockvertrag wurde erreicht, dass die Bundesländer auch ihr Gebietsmonopol zur Veranstaltung von Glücksspielen wahren konnten. Das staatliche Monopol auf Glücksspiele und Sportwetten war im März 2006 auch Gegenstand eines Verfahrens vor dem Bundesverfassungsgericht. Die Richter urteilten, dass ein staatliches Monopol für Sportwetten mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit des Artikel 12 Abs. 1 GG nur dann vereinbar ist, wenn es konsequent am Ziel der Bekämpfung von Suchtgefahren ausgerichtet ist.¹⁹ Durch das Urteil des Bundesverfassungsgerichtes zur Verfassungskonformität des Wettmonopols waren die Länder aufgefordert, die bestehenden Regelungen zu überarbeiten. Zum 1. Januar 2008 ist nunmehr der Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Kraft getreten, der den zuvor gültigen Lotteriestaatsvertrag ersetzte.

487. Anlass des 2006 abgeschlossenen Verfahrens beim Bundeskartellamt waren die Pläne des gewerblichen Spielevermittlers Jaxx, ein Netz terrestrischer Annahmestellen in Supermärkten und Tankstellen aufzubauen. Bisher wurden die verschiedenen von den Lottogesellschaften angebotenen Spiele terrestrisch nur über Lotto-Annahmestellen, meist Kioske, vertrieben, die eine spezielle Lizenz der in ihrem Land zuständigen Lottogesellschaft besaßen. Bereits seit Anfang der 1980er Jahre sind in Deutschland zudem gewerbliche Organisatoren von Spielgemeinschaften tätig, die Spielaufträge im Postversand und durch Call-Center akquirieren und an die Lottogesellschaften vermitteln. Ende der 1990er Jahre wurden gewerbliche Spielevermittler auch verstärkt im Internet aktiv. Da allerdings nur ca. 5 Prozent der Umsätze im Lotto durch gewerbliche Vermittler generiert werden, ist deren Marktanteil bisher noch gering geblieben.²⁰ Die lizenzierten Lotto-Annahmestellen, die bisher ausschließlich den terrestrischen Vertrieb von Lotterien übernommen haben, vermitteln die von ihnen angenommenen Spielscheine ausschließlich an die jeweilige Landeslottogesellschaft weiter. Die gewerblichen Vermittler versuchen dagegen, die bei ihnen eingehenden Spielscheine an diejenige Lottogesellschaft weiterzuvermitteln, die die höchste Vermittlungsgebühr zahlt. Durch die von gewerblichen Spielevermittlern im gesamten Bundesgebiet akquirierten Spielscheine wird daher faktisch das beste-

hende Gebietskartell überwunden. Demzufolge existieren nun zwei Kontrahierungswege (vgl. Abbildung IV.1). Gegenüber dem klassischen Transaktionenstrom A agieren im Transaktionenstrom B die gewerblichen Spielevermittler als Intermediäre, über die Spielverträge zwischen Spielern und Lottogesellschaften aus verschiedenen Bundesländern vermittelt werden. Aus diesem Grunde haben die Länder zur Aufteilung der Einnahmen den am 1. Juli 2004 in Kraft getretenen „Staatsvertrag über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen des Deutschen Lotto- und Totoblocks erzielten Einnahmen“ (Regionalisierungsstaatsvertrag) geschlossen. Die Einnahmen aus gewerblicher Vermittlung werden danach abzüglich der auf sie entfallenden Gewinnausschüttung weitgehend regionalisiert, indem sie in Relation zu den von den Lotteriegesellschaften abseits der gewerblichen Spielevermittlung erzielten Umsätze aufgeteilt werden.

488. Die Landeslottogesellschaften waren in der Vergangenheit bereits mehrfach bemüht, den zwischen ihnen durch bundesweit agierende gewerbliche Spielevermittler entstehenden Wettbewerb einzuschränken. In einem Kartellverfahren aus dem Jahre 1995 hatte das Bundeskartellamt den Lottogesellschaften bereits untersagt, gewerbliche Spielevermittler von der Spielteilnahme auszuschließen.²¹ Mit der geplanten Ausweitung der Vermittlungsaktivitäten gewerblicher Spielevermittler auf den terrestrischen Bereich beschloss der Rechtsausschuss des Deutschen Lotto- und Totoblocks am 25./26. April 2005, seine Gesellschafter aufzufordern, durch terrestrische Spielevermittlung erzielte Umsätze gewerblicher Spielevermittler nicht mehr anzunehmen. Am 23. August 2006 schloss das Bundeskartellamt ein Verfahren gegen dieses Vorgehen mit einer Unterlassungsverfügung ab. Das Amt wertete dieses Vorgehen zum einen als Kartell und ahndete somit einen Verstoß gegen § 1 GWB und Artikel 81 EG, zum anderen auch als eine missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch die Aufforderung zum Boykott und damit um einen Verstoß gegen § 21 Abs. 1 GWB und Artikel 82 EGV. Mit der Untersagungsverfügung wendet sich das Bundeskartellamt auch gegen § 2 des Blockvertrages der deutschen Lotto- und Totounternehmen, die von Landeslottogesellschaften veranstalteten Lotterien und Sportwetten nur in ihrem jeweiligen Bundesland zu vertreiben, und die damit verbundene Aufteilung des räumlich relevanten Marktes. Des Weiteren verstoße auch der Regionalisierungsstaatsvertrag gegen das Kartellrecht, da dieser den Wettbewerb um die Leistungen gewerblicher Spielevermittler beschränkt. Eine Beschwerde der Betroffenen gegen den Beschluss blieb vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf in den wesentlichen Teilen erfolglos. Am 8. Juni 2007 bestätigte das Oberlandesgericht sowohl die Verstöße gegen § 1 GWB und Artikel 81 EGV als auch den Vorwurf des Boykotts.²² Den Lottogesellschaften ständen keine billigen Gründe zur Seite, die terrestrisch erzielten Spielumsätze der gewerblichen Spielevermittler zurück-

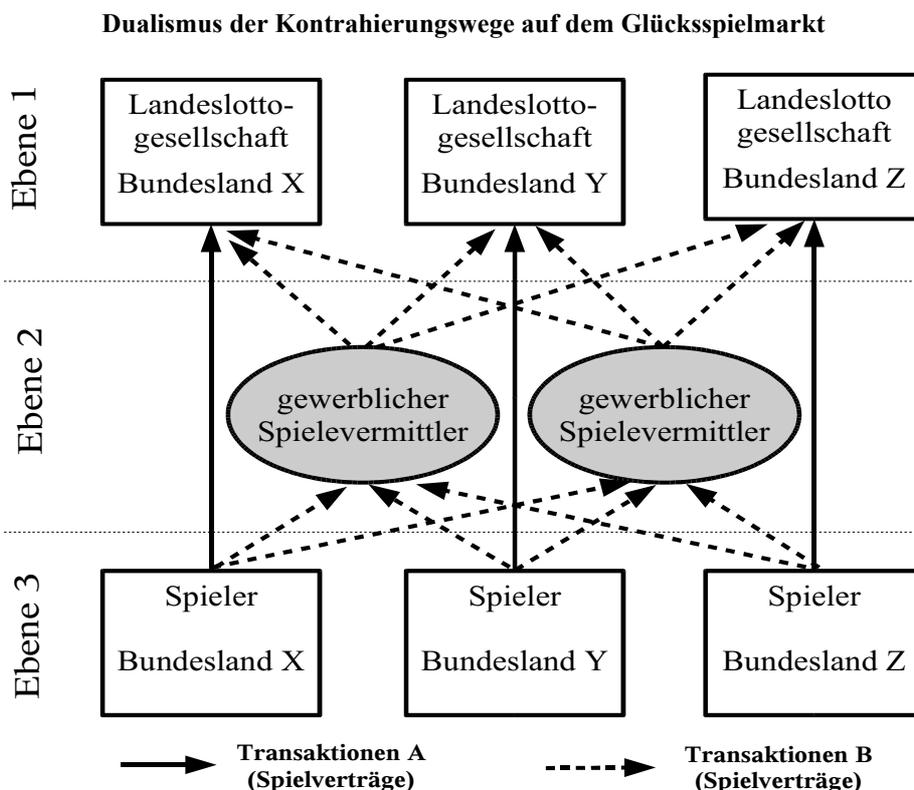
¹⁹ BVerfG, Urteil vom 28. März 2006, 1 BvR 1054/01, BVerfGE 115, 276.

²⁰ Stand 2004, Quelle: Bundeskartellamt.

²¹ Vgl. BKartA, Beschluss vom 22. November 1995, B8 – 127/95, WuW/E BKartA 2849 „Gewerbliche Spielgemeinschaften“.

²² OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. Juni 2007, VI-Kart 15/06 (V).

Abbildung IV.1



Quelle: Eigene Darstellung

zuweisen. Allerdings beschränkte das Oberlandesgericht den Untersagungsanspruch auf den Fortbestand des bis dato geltenden Lotterierechts. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes und des Europäischen Gerichtshofes seien Beschränkungen der gewerblichen Spielvermittlung nicht grundsätzlich verboten, wenn diese der Bekämpfung der Spiel- und Wertsucht, dem Schutz der Spieler vor betrügerischen Machenschaften, irreführender Werbung oder der Abwehr von Gefahren aus mit dem Glücksspiel verbundener Folgekriminalität dienen. Ab dem Zeitpunkt eines neuen kartellrechtlichen Prüfungs. Durch das Inkrafttreten des neuen Glücksspielstaatsvertrages zum 1. Januar 2008 hat sich die rechtliche Situation damit auch hinsichtlich der Kartell- und Missbrauchstatbestände erneut geändert. Gleichzeitig befindet sich das Verfahren in der Rechtsbeschwerde vor dem Bundesgerichtshof.

489. Die Monopolkommission hält die Anwendung der Vorschriften des GWB durch das Bundeskartellamt im vorliegenden Fall nach geltendem Kartellrecht für korrekt, weist jedoch auf bestehende Zielkonflikte hin. Sowohl im Falle der Missbrauchsentscheidung als auch hinsichtlich des kartellrechtlichen Vorgehens gegen die getroffenen Verträge zielt das Handeln des Bundeskartell-

amtes darauf ab, die Wettbewerbsbeschränkungen im Glücksspielwesen abzubauen. Vor dem Hintergrund der besonderen ordnungsrechtlichen Situation im Glücksspielsektor ist der Nutzen einer Anwendung des Wettbewerbsrechts jedoch zu hinterfragen. Indem das Bundeskartellamt auf einem sehr wettbewerbsarmen Markt den Restwettbewerb schützt, der durch gewerbliche Spielvermittler entfacht wird, begünstigt es wettbewerbliches Handeln wie Erhöhungen der Ausschüttungsquote oder Vervielfältigung der Glücksspielformen. Solche wettbewerblichen Initiativen führen tendenziell zu einer Vermehrung des Glücksspiels, die durch die staatlich gewollte und rechtlich verankerte Monopolisierung des Glücksspiels aber gerade vermieden werden soll, wie dies auch vom Bundesverfassungsgericht festgestellt wurde. Zudem besteht die Gefahr, dass durch den Eingriff des Bundeskartellamtes nicht der Verbraucher profitiert, sondern lediglich Monopolrenten von öffentlichen zu privaten Anbietern verschoben werden.

1.6 Missbrauchsaufsicht im Energiesektor

1.6.1 Langfristige Gaslieferverträge

490. Wie bereits im Sechzehnten Hauptgutachten und im aktuellen Sondergutachten zum Energiemarkt der Mo-

nopolkommission ausgeführt, hat das Bundeskartellamt gegen 15 Unternehmen der Ferngasebene Verfahren wegen des Verdachts des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung eingeleitet.²³ Die Verfahren richten sich gegen die Praxis langfristiger Gaslieferverträge, die die Ferngasunternehmen mit den Weiterverteilern abgeschlossen haben. Aufgrund ihrer Kombination von langfristiger Lieferbindung und hoher Vertriebsbedarfsdeckung verschließen sie auf Dauer die Märkte für neue Marktteilnehmer. Eine einvernehmliche Lösung zwischen dem Kartellamt und den Ferngasunternehmen scheiterte im Herbst 2005 am Widerstand von E.ON Ruhrgas. Daraufhin erließ das Kartellamt im Januar 2006 eine Untersagungsverfügung mit der Begründung, dass die fraglichen Verträge gegen § 1 GWB sowie Artikel 81 und Artikel 82 EGV verstoßen würden. E.ON Ruhrgas wurde aufgefordert, diesen Verstoß spätestens mit Ablauf des Gaswirtschaftsjahres 2005/2006 abzustellen. Die Verfügung sah zudem unter anderem für einen Zeitraum von vier Jahren vor, dass Verträge eine Laufzeit von vier Jahren nicht überschreiten dürfen, wenn sie über 50 bis 80 Prozent des gesamten Bedarfs decken. Bei einer Bedarfsdeckung über 80 Prozent (Quasigesamtbedarfsdeckung) ist eine maximale Laufzeit von bis zu zwei Jahren vorgesehen.

491. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat die Position des Bundeskartellamtes bestätigt.²⁴ Die Verfahren gegen weitere Ferngasunternehmen konnten abgeschlossen werden, nachdem diese im Rahmen von Verpflichtungszusagen gemäß § 32b GWB ihren Vertragsbestand kartellrechtskonform angepasst und sich verpflichtet hatten, auch bei der künftigen Vertragsgestaltung nur kartellrechtskonforme Verträge abzuschließen.

492. Die Monopolkommission begrüßt die Entscheidung des Bundeskartellamtes und den Beschluss des Oberlandesgerichtes. Langfristige Gaslieferverträge mit Quasigesamtbedarfsdeckung stellen ein erhebliches Wettbewerbshindernis auf dem Gasmarkt dar und unterbinden den Zutritt neuer Wettbewerber. Sie haben damit das Potenzial, die mit der Liberalisierung des Gassektors einhergehende Wettbewerbszielsetzung zu unterlaufen. Ihre Untersagung stellt daher ein wirksames Instrument der Wettbewerbsförderung dar.

493. Es stellt sich allerdings die Frage, ob die Wettbewerbsförderung durch ein Entgegenwirken gegen die Marktverschlusswirkung hier in einem Zielkonflikt zu den Wirkungen auf die Anreizstruktur der Ferngasunternehmen steht. Der Abschluss von langfristigen Gaslieferverträgen ermöglicht es den Unternehmen, ihre spezifischen und kapitalintensiven Investitionen abzusichern. Sie neutralisieren ihr eigenes Risiko, welches aus dem

Abschluss von langfristigen, auf der Basis von take-or-pay geschlossenen Verträgen mit den Gasfördergesellschaften resultiert, durch den spiegelbildlichen Abschluss von langfristigen Verträgen mit den Weiterverteilern. Doch auch weiterhin besteht die Möglichkeit, dass langfristige Verträge abgeschlossen werden, wenn die gehandelten Mengen kumulativ unter 50 bis 80 Prozent der Gesamtbedarfsmenge bleiben. Es wird folglich ein Anreiz gesetzt, mehr langfristige Verträge mit geringeren Volumina abzuschließen. Im Rahmen der Vertragsverhandlungen kommen mehr potenzielle Vertragspartner zusammen, als dieses zuvor der Fall war. Die Unternehmen können damit ihre Investitionen weiterhin absichern. Die Verträge entfalten zwar ebenso eine marktverschließende Wirkung, dennoch gehen von ihnen auch positive Effekte aus, die zu begrüßen sind. Ein weiteres Absenken der Schwelle würde diesen Effekt sicherlich noch verstärken.

494. Das Bundeskartellamt befristet seine Untersagung bis zum 30. September 2010. Dadurch entstehen bis zu zwei mögliche Termine, an denen Gasliefermengen im Wettbewerb neu vergeben werden können.²⁵ Die Unternehmen sind gezwungen, neue Verträge zum 30. September 2006 abzuschließen, um der Verpflichtung durch das Bundeskartellamt nachzukommen. Im Falle der höchstzulässigen prozentualen Bedarfsdeckung ist ein Vertragszeitraum von zwei Jahren vorgesehen. Dies würde bedeuten, dass zum 30. September 2008 die zunächst geschlossenen Verträge auslaufen und die Unternehmen neue Verträge aushandeln müssten. Würde es sich wiederum um Zweijahresverträge handeln, fällt der Ablauf des Vertrages mit der Befristung der Untersagung durch das Kartellamt zusammen. Das Vorgehen des Bundeskartellamtes entspricht dem § 32 Abs. 2 GWB, der eine Verhältnismäßigkeit zwischen Verstoß gegen Wettbewerbsrecht und wirksamer Abstellung der Zuwiderhandlung festschreibt. Die Monopolkommission rät, dass das Bundeskartellamt nach Ablauf der Frist sehr sorgfältig prüft, ob der Abschluss langfristiger Gaslieferverträge vor dem Hintergrund der dann gültigen Marktsituation als wettbewerbswidrig einzustufen ist.

1.6.2 Einpreisung von CO₂-Zertifikaten

495. Nach ersten Untersuchungen hatte das Bundeskartellamt bereits im Herbst 2005 ein Missbrauchsverfahren gegen die beiden Unternehmen E.ON und RWE eingeleitet. Den Unternehmen wurde vorgeworfen, die Einführung des CO₂-Zertifikatehandels dazu zu nutzen, ihre Industriestrompreise anzuheben. Nach Anhörungen und weiteren Ermittlungen hat die Wettbewerbsbehörde das Verbundunternehmen RWE im Dezember 2006 abgemahnt. Das Bundeskartellamt sieht in der Einpreisung der unentgeltlich ausgegebenen CO₂-Zertifikate einen Missbrauch im Sinne von § 19 Abs. 1 in Verbindung mit

²³ Vgl. Monopolkommission, Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor!, Hauptgutachten 2004/2005, Baden-Baden 2006, Tz. 413 ff.; dies., Strom und Gas 2007: Wettbewerbsdefizite und zögerliche Regulierung, Sondergutachten 49, Baden-Baden 2008, Tz. 555 ff.

²⁴ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 4. Oktober 2007, VI-2 Kart 1/06 (V).

²⁵ BKartA, Beschluss vom 13. Januar 2006, B8 – 113/03, WuW/E DE-V 1147, 1162 „E.ON/Ruhrgas“.

§ 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB und einen Verstoß gegen Artikel 82 EGV. Das Unternehmen RWE ist Normadressat des Missbrauchsverbots, weil es gemeinsam mit E.ON eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von § 19 Abs. 2 GWB besitzt.²⁶ RWE ist dabei der größte CO₂-Emittent auf dem deutschen Strommarkt und versorgt einen deutlich höheren Anteil an Industriekunden als E.ON.

496. Das Amt geht davon aus, dass die von RWE geforderten Industriepreise in 2005 missbräuchlich waren, weil in den Preisen die Opportunitätskosten aus den unentgeltlich zugeteilten CO₂-Zertifikaten einkalkuliert wurden. Beanstandet wird dabei die Überwälzung von mehr als 25 Prozent der Opportunitätskosten. Das Bundeskartellamt stützt seine Argumentation auf die Erkenntnis, dass Opportunitätskosten im Prinzip in die betriebsinterne Kalkulation einfließen. Gleichwohl habe die kartellrechtliche Prüfung ergeben, dass die durchgesetzten Strompreise, bezogen auf den CO₂-Zertifikatehandel, in erheblichem Maß als missbräuchlich zu bezeichnen seien. Nach Auffassung des Kartellamtes weichen die von RWE geforderten Preise von solchen ab, die sich bei wirksamem Wettbewerb gebildet hätten. Zudem handele es sich bei den unentgeltlich zugeteilten CO₂-Zertifikaten nur in geringem Umfang tatsächlich um echte Opportunitätskosten, da selbst für die zum Einsatz kommenden Grenzkraftwerke kaum alternative Verwendungsmöglichkeiten für die CO₂-Zertifikate vorgelegen hätten.

497. Das Verfahren wurde eingestellt, weil RWE Zusagen machte, die das Bundeskartellamt als geeignet ansah, um die in der Abmahnung geäußerten Bedenken des Amtes auszuräumen. Mit der Einstellung des Verfahrens verzichtet das Bundeskartellamt darauf, die Preisgestaltung von RWE hinsichtlich des Gesichtspunktes der Überwälzung von Opportunitätskosten, die unter Berufung auf unentgeltliche CO₂-Zertifikatzuteilung geltend gemacht werden, bis Ende 2012 kartellrechtlich zu verfolgen. Bisher hat sich das Bundeskartellamt mit der Preisgestaltung von RWE befasst. Im laufenden Verfahren gegen E.ON werden noch Gespräche geführt.

498. Die Monopolkommission begrüßt prinzipiell die Anstrengungen des Bundeskartellamtes, einem möglichen missbräuchlichen Verhalten des marktmächtigen Duopols aus E.ON und RWE nachzugehen. Auch sie ist – wie im aktuellen Sondergutachten zur Energiewirtschaft erörtert – der Auffassung, dass der Stromgroßhandelsmarkt nicht durch wirksamen Wettbewerb gekennzeichnet ist.²⁷ Ein überhöhtes Preisniveau lässt sich jedoch nicht anhand der Einpreisung der CO₂-Zertifikate nachweisen. Die Einpreisung der Zertifikate ist aus ökonomischer Sicht nicht nur möglich, sondern für die Funktionsfähigkeit des CO₂-Zertifikatehandels auch zwingend notwendig. Die Strompreisbildung folgt den ökonomischen Grundregeln des Grenzkostenprinzips und der Op-

portunitätskosten. Die Grenzkosten sind die Kosten, die bei der Erzeugung einer zusätzlichen Einheit Strom entstehen. Da Mengenschwankungen im Stromverbrauch in der Regel über eine schwankende Auslastung bzw. das Zu- und Abschalten von Kraftwerken ausgeglichen werden, wird die letzte Einheit Strom fast ausschließlich in Gas- oder Kohlekraftwerken, die einen hohen CO₂-Ausstoß haben, produziert (Merit Order). Die für die Produktion von Strom benötigte Menge an Zertifikaten kauft ein stromerzeugendes Unternehmen entweder am Markt für CO₂-Zertifikate oder es verwendet die ihm kostenlos zugeteilten Zertifikate. Im ersten Fall steigen die Grenzkosten der Produktion einer Einheit Strom um den Kaufpreis der Zertifikate. Im zweiten Fall entstehen dem Unternehmen Opportunitätskosten in Höhe der entgangenen Einnahmen für den Verkauf der Zertifikate. Da der für die Höhe der Kosten relevante Preis für die Zertifikate in beiden Fällen identisch ist, entsprechen die im zweiten Fall entstehenden Opportunitätskosten in ihrer Höhe genau den ansonsten tatsächlich entstandenen Kosten. Die Kosten der zusätzlichen Produktion steigen entsprechend ebenfalls um den Kaufpreis für die benötigten Zertifikate. Dieses gilt unabhängig davon, ob der Anbieter die Zertifikate im Emissionshandel erworben oder kostenlos zugeteilt bekommen hat. Der Anstieg der Grenzkosten schlägt sich bei gleichbleibender Nachfrage wiederum in einer entsprechenden Erhöhung des Strompreises nieder. Diese Preiserhöhung ist nicht missbräuchlich. Vielmehr ist sie auf eine Erhöhung der Grenzkosten im Rahmen der Merit Order zurückzuführen. Daher ist nicht einsichtig, warum lediglich 25 Prozent der Opportunitätskosten eingepreist werden sollten.

499. Missbräuchlich sind Preise nach § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB dann, wenn sie von denjenigen abweichen, die sich in einem wirksamen Wettbewerb eingestellt hätten. Die Monopolkommission geht davon aus, dass sich gerade bei einem wirksamem Wettbewerb die Erhöhung der Grenzkosten im Strompreis niederschlägt. Würde ein Unternehmen auf die Einpreisung der kostenlos zugeteilten Zertifikate verzichten, würde es beim Verkauf einer identischen Menge Strom weniger verdienen als seine Wettbewerber. Die Nachfrage nach dem Strom dieses einen Unternehmens würde ansteigen. Befriedigen könnte es die Nachfrage aber nur, wenn es mehr produziert, wozu wiederum der Erwerb zusätzlicher Zertifikate, die über die Menge der kostenlos zugeteilten hinaus geht, erforderlich wird. Um diese Zertifikate dann wiederum bezahlen zu können, steigt der Strompreis. Als Reaktion darauf würde die Nachfrage sinken und die zusätzliche Produktion obsolet. Der Verzicht auf eine Einpreisung kostenlos zugeteilter Zertifikate ist demnach betriebswirtschaftlich nicht sinnvoll. Der Auffassung des Bundeskartellamtes, dass die Einpreisung ein Indikator für Marktmacht ist, kann nicht zugestimmt werden. Die klassische Oligopoltheorie zeigt vielmehr, dass Marktmacht typischerweise zu weniger Einpreisung führt als vollkommener Wettbewerb. Diese Aussage gilt unabhängig davon, dass das Preisniveau im Oligopol in aller Regel höher ist als bei funktionsfähigem Wettbewerb. Der Vergleich mit wirksamem Wettbewerb zeigt, dass unter den gegebenen

²⁶ Vgl. dazu auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6. Juni 2007, VI-2 Kart 7/04 (V), WuW/E DE-R 2093, 2095 „E.ON/Eschwege“.

²⁷ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 49, a. a. O., Tz. 224.

Umständen eine Einpreisung des Zertifikatswertes nicht missbräuchlich ist. Fraglich ist auch, wie eine Durchsetzung der Nichteinpreisung erzielt werden sollte. Faktisch fände eine Preisregulierung statt, die einer Forderung nach mehr Wettbewerb zuwiderläuft. Darüber hinaus gibt die Monopolkommission zu bedenken, dass bei einer Nichteinpreisung die umweltpolitisch gewünschte Lenkungswirkung ausbleiben würde.

500. Ein Argument des Bundeskartellamtes ist, dass die Einführung des CO₂-Zertifikatehandels in anderen Industrien nicht zu einer derartigen Erhöhung der Preise geführt hat und die Divergenzen nicht mit Unterschieden in der Elastizität der Nachfrage erklärt werden können. Die Monopolkommission ist der Meinung, dass sich die vom Kartellamt herangezogenen Märkte Zucker, Kalk, Zement und Mineralöl nur bedingt mit dem Strommarkt vergleichen lassen. Zunächst ist festzuhalten, dass nicht auf all diesen Märkten intensiver Wettbewerb herrscht und auch schon wiederholt Zweifel an der Intensität des Wettbewerbs aufgekommen sind, so dass fraglich ist, inwieweit sie als Referenzmaßstab dienen können oder sollen. Ein Teil der Produkte wird weltweit gehandelt und produziert. Steigt der Preis für eines der Produkte in Ländern, in denen für die Emission von CO₂ mit der Abgabe von Zertifikaten bezahlt werden muss, haben die Nachfrager die Möglichkeit, die Produkte aus anderen Ländern zu beziehen. Auch die Produzenten können ihre Produkte in Ländern herstellen, in denen die Produktion nicht mit Kosten für CO₂-Zertifikate belastet wird. Dieses ist im Strommarkt nicht der Fall. Die Möglichkeit abzuwandern besteht nicht. Darüber hinaus ist zumindest bei Zucker, Kalk und Zement die Nachfrageelastizität kurzfristig²⁸ sehr viel höher als bei Strom. Eine höhere Elastizität steht dafür, dass Preiseffekte durch Mengenreduktionen beschränkt werden. Auch können die Nachfrager durch Lagerbestände ihren Handlungsspielraum erweitern, was wiederum bei dem Gut Strom nicht der Fall ist. Daher hätte sich nach Ansicht der Monopolkommission angeboten, statt eines sachlichen einen räumlichen Vergleichsmarkt, wie den vergleichsweise wettbewerblich organisierten britischen Strommarkt,²⁹ heranzuziehen. Hierbei hätte sich gezeigt, dass eine Einpreisung aus Unternehmenssicht eine durchaus rationale Strategie darstellt, die sich im Wettbewerb ergibt. Darüber hinaus bleibt unbestritten, dass eine Änderung der Opportunitätskosten nicht auf jedem Markt die Preise in gleichem Umfang verändert. Im Übrigen ist auch unstrittig, dass eine Einpreisung ausscheidet, wenn CO₂-Zertifikate nicht veräu-

ßerlich sind, z. B. weil der Inhaber sie zur Bedienung bestehender gesetzlicher oder vertraglicher Lieferverpflichtungen benötigt und der Inhaber zugleich auch keine zusätzlichen CO₂-Zertifikate zur Erfüllung der Verpflichtungen zukaufen muss. Ist jedoch in Lieferverträgen eine Orientierung an Börsenpreisen fixiert, so ist eine Einpreisung der CO₂-Zertifikate unstrittig, sofern diese Kosten auch in den Börsenpreisen enthalten sind.

501. Die Tatsache, dass im Jahr 2005 in den am Emissionshandel teilnehmenden Ländern deutlich weniger Zertifikate gebraucht als ausgegeben wurden, hat zwischenzeitlich zu starken Einbrüchen der Preise für CO₂-Zertifikate geführt. Bei funktionsfähigem Wettbewerb sollte sich der Preisabfall auch auf die Strompreise auswirken. Die Erhöhung der Strompreise im Jahr 2005 ist auf steigende Grenzkosten der Produktion von Strom durch die Einführung des Emissionshandelssystems zurückzuführen und daher nicht missbräuchlich. Erst dann, wenn das Absinken der Preise für CO₂-Zertifikate nicht zu einer entsprechenden Senkung der Strompreise führt, kann ein Missbrauch vermutet werden. Durch die kostenlose Ausgabe der Zertifikate und die parallele Einführung des Handels mit Zertifikaten steigen zwangsläufig die Gewinne der Produzenten, was zwar verteilungspolitisch nicht begrüßt werden mag, allerdings keinen Missbrauch im Sinne des Kartellrechts darstellt. Sind diese nicht erwünscht, so bietet sich eine Versteigerung der Zertifikate an. Die Monopolkommission sieht einen Handlungsbedarf hinsichtlich der weiteren Ausgestaltung des Emissionshandelssystems. Tatsächlich ist auch vorgesehen, dass im zweiten nationalen Allokationsplan die Energieerzeuger deutlicher belastet werden, als es im ersten nationalen Allokationsplan der Fall war.

2. Zusammenschlusskontrolle

2.1 Statistischer Überblick

502. Die Fusionskontrollstatistik des Bundeskartellamtes weist für den Berichtszeitraum 2006/2007 der Monopolkommission einen deutlichen Anstieg der Fallzahlen gegenüber den Vorjahren auf (vgl. Tabelle IV.1). Die Zahl der vollzogenen Zusammenschlüsse stieg von 2 541 im letzten auf 3 303 in diesem Berichtszeitraum. Hierbei ist zu beachten, dass das Bundeskartellamt Vollzugsanzeigen seit Inkrafttreten der siebten GWB-Novelle am 1. Juli 2005 nicht mehr im Bundesanzeiger bekannt macht. Der Vollzug von Zusammenschlüssen wird dem Bundeskartellamt weiterhin angezeigt, aber nicht mehr statistisch aufbereitet. Daher wurde die Statistik der angezeigten vollzogenen Zusammenschlüsse nicht mehr fortgeführt und seit dem Berichtszeitraum 2005/2006 des Bundeskartellamtes auf die Zahl der Anmeldungen abgestellt. Um einen Bruch in der Berichterstattung zu vermeiden und die Vergleichbarkeit zur Vorperiode zu gewährleisten, wurden die entsprechenden Vollzugsanzeigen letztmalig für den aktuellen Berichtszeitraum 2006/2007 der Monopolkommission durch das Bundeskartellamt im Rahmen einer Sonderauswertung erhoben. Aufgrund der Einstellung der Statistik ist die Zahl der ausgewiesenen angezeigten Zusammenschlüsse jedoch nur bedingt aussagekräftig.

²⁸ Hier wird das erste Jahr nach Einführung der CO₂-Zertifikate betrachtet. Daher werden die längerfristig wahrscheinlichen Reaktionen wie die Verringerung der Nachfrage durch Anbieterwechsel oder Reduktion von verbrauchsintensiven Haushaltsgeräten und Produktionsanlagen keinen Einfluss haben.

²⁹ So liegt der HHI in Großbritannien als einzigem Land in Europa nicht im bedenklichen Bereich. Vgl. dazu European Commission, DG Competition Report on Energy Sector Inquiry, SEC(2006) 1724, 10 January 2007, Tz. 1007 sowie London Economics, Structure and Performance of Six European Wholesale Electricity Markets in 2003, 2004, 2005, February 2007, S. 15. Zu weiteren Konzentrationsmaßen und Vergleichen auch Monopolkommission, Sondergutachten 49, a. a. O., Tz. 174 ff.

Tabelle IV.1

Übersicht über die Anzahl der angezeigten und vollzogenen Zusammenschlüsse und der vom Bundeskartellamt ausgesprochenen Untersagungen, gegliedert nach Berichtszeiträumen der Monopolkommission

Jahr	Anzeigen vollzogener Zusammenschlüsse ¹	Angemeldete Zusammenschlüsse ¹	Zahl der Untersagungen
1973/1975	773		4
1976/1977	1.007		7
1978/1979	1.160		14
1980/1981	1.253		21
1982/1983	1.109		10
1984/1985	1.284		13
1986/1987	1.689		5
1988/1989	2.573		16
1990/1991	3.555	2.986	8
1992/1993	3.257	2.467	6
1994/1995	3.094	2.408	8
1996/1997	3.185	2.644	9
1998/1999	3.070	3.354	8
2000/2001	2.567	3.303	4
2002/2003	2.452	2.950	8
2004/2005	2.541	3.099	18
2006/2007	3.303	4.069	12
davon: 2006	1.514 ²	1.829	5
2007	1.789 ²	2.240 ³	7
Insgesamt	37.872	27.280	171

¹ Angaben in früheren Hauptgutachten basierten teilweise auf vorläufigen Erhebungen des Bundeskartellamtes. Diese wurden nunmehr durch offizielle Angaben des Bundeskartellamtes ersetzt.

² Sonderauswertung mit eingeschränkter Aussagekraft.

³ Vorläufiger Wert.

Quelle: Bundeskartellamt

Für die Interpretation der Zahlen und der Abweichungen der angemeldeten Zusammenschlüsse von den angezeigten vollzogenen Zusammenschlüssen sind die zeitlichen Abstände zu beachten, die zwischen dem Zeitpunkt, zu dem die Unternehmen einen Zusammenschluss beschließen, dem Zeitpunkt der Anmeldung des Vorhabens beim Bundeskartellamt, dem Zeitpunkt des tatsächlichen Vollzuges, dem Zeitpunkt der Anzeige des Vollzuges und – bei Fällen vor dem 1. Juli 2005 – der Bekanntmachung im Bundesanzeiger liegen können. Die Zeit zwischen tatsächlichem Vollzug und Bekanntmachung und damit der statistischen Erfassung eines Falles betrug laut Bundeskartellamt durchschnittlich drei bis sechs Monate.³⁰

503. Die Zahl der registrierten Neuanmeldungen ist im Vergleich zum letzten Berichtszeitraum gestiegen. Insgesamt wurden in den Jahren 2006 und 2007 4 069 Neuanmeldungen registriert, davon 1 829 im Jahre 2006 und 2 240 im Jahre 2007 (vgl. Tabelle IV.2). Im letzten Berichtszeitraum der Monopolkommission waren es nur 3 099 Neuanmeldungen gewesen. Die deutliche Steigerung bei der Zahl der Neuanmeldungen im aktuellen Berichtszeitraum könnte – wie auch im letzten Hauptgutachten festgestellt³¹ – auf die vermehrte Aktivität an den Börsen zurückzuführen sein.

504. Im vergangenen Berichtszeitraum hat das Bundeskartellamt 65 sog. Zweite-Phase-Fälle abgeschlossen, in mehr als der Hälfte der Fälle mit einer Freigabe ohne Auflagen und Bedingungen. Die Zahl der Freigaben mit

³⁰ Vgl. Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 2003/2004 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet, Bundestagsdrucksache 15/5790 vom 22. Juni 2005, S. 213.

³¹ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2004/2005, a. a. O., Tz. 431.

Auflagen und Bedingungen ist im Vergleich zum vorherigen Berichtszeitraum deutlich gestiegen, die Zahl der Untersagungen gesunken. In 15 Fällen wurde eine Freigabe unter Bedingungen und Auflagen erteilt, dafür gab es nur zwölf Untersagungen. Im letzten Berichtszeitraum hatte es nur sechs Freigaben unter Auflagen und Bedingungen, jedoch 18 Untersagungen gegeben.

505. Die Auswertung der beim Bundeskartellamt angemeldeten Unternehmenszusammenschlüsse nach Art des Zusammenschlusstatbestandes zeigt, dass die Hälfte aller

Zusammenschlüsse sowohl den Tatbestand des Kontroll- (§ 39 Abs. 2 GWB) als auch des Anteilerwerbs (§ 39 Abs. 3 GWB) erfüllen (vgl. Tabelle IV.3). Der reine Anteils- und der reine Kontrollerwerb spielen demgegenüber nur eine untergeordnete Rolle. Auch der Auffangtatbestand des wettbewerblich erheblichen Einflusses (§ 39 Abs. 2 GWB) wurde nur in sehr wenigen Fällen angewendet. Dabei handelte es sich jedoch überdurchschnittlich oft um wettbewerblich problematische Fälle, bei denen ein Hauptprüfverfahren eingeleitet und in einigen Fällen auch eine Untersagung ausgesprochen wurde.

Tabelle IV.2

Übersicht über den Stand der Zusammenschlusskontrolle 2006 und 2007

		2006	2007
I.	Fusionskontrolle (national)		
	Eingegangene Anmeldungen nach § 39 GWB	1.829	2.240
II.	Zweite-Phase-Fälle		
	Entscheidungen	35	30
	davon: Freigabe	24	14
	Freigabe mit Auflagen und Bedingungen	6	9
	Untersagung	5	7
	Rücknahme/Einstellung	4	12

Quelle: Bundeskartellamt

Tabelle IV.3

Art des Zusammenschlusstatbestandes der beim Bundeskartellamt zwischen 2005 und 2007 angemeldeten Unternehmenszusammenschlüsse

		2005	2006	2007 ¹
I.	Vermögenserwerb	435	422	
II.	Kontrollerwerb	1.029	1.253	
	davon: Anteilerwerb	737	928	
	durch Vertrag	110	121	
	Gemeinschaftsunternehmen	118	144	
	Veränderung der Kontrolle	64	60	
III.	Anteilerwerb	207	145	
	davon: Mehrheitserwerb	26	24	
	Minderheitserwerb	45	37	
	Gemeinschaftsunternehmen	136	84	
IV.	Wettbewerblich erheblicher Einfluss	16	9	
Insgesamt		1.687	1.829	

¹ Erhebung noch nicht vollständig abgeschlossen.

Quelle: Bundeskartellamt

2.2 Formellrechtliche Verfahrenstatbestände

2.2.1 Allgemeine Umsatzschwelle und Verbundklausel

506. § 35 GWB normiert im deutschen Fusionskontrollrecht, wann eine Transaktion anzumelden ist. Wichtigste Einflussgröße für den Umstand, ob das Bundeskartellamt die wettbewerblichen Wirkungen eines Falles zu prüfen hat, ist die Schwelle des gemeinsamen Umsatzes der beteiligten Unternehmen, der gemäß § 35 Abs. 1 Ziff. 1 GWB den Betrag von 500 Mio. Euro überschreiten muss. Der ökonomisch-institutionelle Zweck der Festsetzung von Umsatzschwellen, die notwendige Bedingung der Kontrollpflicht von Fusionsvorhaben sind, bedarf einer näheren Bestimmung, da nicht unmittelbar einsichtig ist, dass Wettbewerbsbeschränkungen von Unternehmen mit einem Umsatz unterhalb der Schwellenwerte einen geringeren oder weniger schädlichen Einfluss auf Wettbewerbsprozesse haben. Die letzte Erhöhung der Aufgreifschwelle in der sechsten GWB Novelle wurde durch den Gesetzgeber unter anderem damit begründet, dass Kartellamt und Unternehmen auf diese Weise eine Entlastung erfahren.³² Da den von der Allgemeinheit zu tragenden Kosten der Kartellbehörde sowohl eine Gebühr als auch eine gesamtwirtschaftliche Verbesserung im Hinblick auf die Verhinderung von wettbewerbsschädlicher Konzentration gegenübersteht, darf die gegenwärtige Personalstärke der Kartellbehörde nach Ansicht der Monopolkommission jedoch kein ökonomisches Argument für die Schwellenwerte darstellen. Vielmehr ist die Belastung von Staat und betroffenen Unternehmen durch die Transaktionskosten einer fusionskontrollrechtlichen Untersuchung mit den Kosten zu vergleichen, die der Volkswirtschaft bei einer schädlichen Beeinflussung der Wettbewerbsbedingungen entstehen. Das mögliche Schadensausmaß ergibt sich auch aus der Würdigung der Finanzkraft der beteiligten Unternehmen, die ein größerer Konzern als Akteur auf einem Markt aufbringen kann, um eine Verdrängungsstrategie gegen aktive wie potenzielle Konkurrenz umzusetzen. Gleichzeitig stellen die weitgehend fixen Transaktionskosten der Fusionskontrolle eine mit steigender Unternehmensgröße relativ sinkende Belastung dar. Vor diesem Hintergrund sind die angesetzten Umsatzschwellen ein Indikator für Unternehmensgröße. Sie sollen einen möglichst effizienten Punkt zum Ausgleich von Kosten und Nutzen einer fusionskontrollrechtlichen Untersuchung abbilden. Schwellenwerte sind daher als eine Heuristik zu verstehen. Sie sollen die Anwendung der Fusionskontrolle auf kritische Fälle begrenzen und gleichzeitig für die beteiligten Unternehmen im Voraus leicht zu ermitteln sein. Während sich der Ermittlungsaufwand dadurch reduzieren lässt, dass Umsatzschwellen ohne materiellrechtliche Marktdefinition und Marktanalyse auskommen, stellen einfach zu ermittelnde Schwellenwerte ein ökonomisch unscharfes Kriterium für das tatsächliche

wettbewerbsökonomische Gewicht einer Fusion dar. Natürlich kann daher bei der Verwendung einer Heuristik, wie die Aufgreifschwelle sie darstellen, im Einzelfall auch eine Fusion nicht erfasst werden, die trotz Nichterfüllung des Aufgreifkriteriums sehr wohl wettbewerbsschädlich ist. Dieser Fehler („underenforcement“) wäre durch den Verzicht auf Aufgreifschwelle zu vermeiden. Aus Sicht der Monopolkommission stünden jedoch die dadurch zusätzlich verursachten Kosten der erhöhten Rechtsunsicherheit und die administrativen Kosten nicht im angemessenen Verhältnis zu dem dadurch induzierten Nutzenzuwachs. Alternativ könnte dem Bundeskartellamt bei Fusionen unterhalb der Aufgreifschwelle ein Aufgreifermessen eingeräumt werden. Auch dies hält die Monopolkommission jedoch nicht für zweckmäßig, da die Nachteile (administrative Kosten und zusätzliche Rechtsunsicherheit) die Vorteile überwiegen würden.

507. Die Verbundklausel des § 36 Abs. 2 Satz 1 GWB stellt eine wesentliche Prämisse der Aufgreifschwelle der Zusammenschlusskontrolle dar, da sie eine Addition aller Umsätze aus Konzernbeziehungen bewirkt. Sie unterscheidet bei der Zurechnung von Umsätzen verschiedener Tochtergesellschaften eines Konzerns nicht zwischen branchenfremden und brancheneigenen Umsätzen. Eine solche Unterscheidung ist auch deshalb nicht zweckmäßig, da sie das größere Finanzpotenzial ignorieren würde, welches ein Mischkonzern durch branchenfremde Beteiligungen aufweist. Auch würde ein in mehreren Branchen tätiges Mehrproduktunternehmen benachteiligt, wenn es in Vergleich zu einem Unternehmen gestellt wird, das Teil einer diversifizierten Holding ist. Nicht zuletzt würde eine Unterscheidung schwerwiegende praktische Probleme bei der Operationalisierung einer getrennten Zurechnung hervorrufen. Bei der Prüfung der formellen Untersagungsvoraussetzungen besteht die praktische Relevanz der Verbundklausel zum einen darin, dass ein Zusammenschluss verbundener Unternehmen nicht kontrollpflichtig wird, da er dem Gesetz folgend nur eine Verschiebung von Unternehmensteilen innerhalb eines Konzernverbundes darstellt. Zum anderen haben verbundene Unternehmen einen verstärkenden Einfluss auf das Erreichen der Aufgreifschwelle des § 36 Abs. 1 Ziff. 1 GWB und die davon zentral abhängige Kontrollpflicht, da die zurechenbaren Umsätze der beteiligten Konzernunternehmen größer ausfallen. Um das Gewicht der Wettbewerbsbeschränkung heuristisch zu ermitteln, könnte auch gleich nur auf die Umsätze aus den relevanten Märkten abgestellt werden. Dies jedoch widerspricht dem Sinn einer einfachen Regel, da das Bundeskartellamt dann schon vor dem Aufgreifen eines Fusionsvorhabens eine Marktdefinition vornehmen müsste. Der ökonomische Sinn der Aufgreifschwelle liegt gerade auch darin, dass diese eine einfache Regel darstellen, die ein hohes Maß an Rechtssicherheit beinhaltet.

2.2.1.1 Keine Sonderrolle bei Beteiligung von Unternehmen der öffentlichen Hand

508. Zusammenschlüsse unter Beteiligung von Unternehmen, die ganz oder teilweise im Eigentum der öffentlichen Hand stehen oder die von ihr verwaltet oder betrie-

³² Vgl. Bundesregierung, Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Bundestagsdrucksache 13/9720 vom 29. Januar 1998, S. 42.

ben werden, sind gemäß § 130 Abs. 1 GWB ebenfalls von der Notifizierungspflicht der Zusammenschlusskontrolle erfasst. Die Beteiligung von Unternehmen der öffentlichen Hand im Falle kontrollpflichtiger Zusammenschlüsse findet sich häufig im Energiesektor, beispielsweise beim Anteilswerb privater Unternehmen an Stadtwerken oder im Bereich der öffentlichen Krankenhäuser. Auch im Berichtszeitraum hat das Bundeskartellamt mehrere Fälle mit Beteiligung von Unternehmen der öffentlichen Hand geprüft. Dabei ist auch für diese Zusammenschlüsse der Anwendungsbereich der Fusionskontrolle auf große Unternehmen begrenzt.

509. Insbesondere bei Zusammenschlüssen öffentlicher Krankenhäuser, die sich in Trägerschaft von Gebietskörperschaften befanden, wurden im Berichtszeitraum die Aufgreifschwelle erst durch die Annahme von Konzernbeziehungen erreicht, bei der die Gebietskörperschaft die Rolle der Konzernmutter einnimmt. Gemäß § 36 Abs. 2 Satz 1 GWB in Verbindung mit § 17 Abs. 1 AktG werden abhängige oder beherrschte Unternehmen, also solche, auf die unmittelbar oder mittelbar ein beherrschender Einfluss ausgeübt wird, GWB-rechtlich als eine Einheit angesehen. Von Unternehmen im Mehrheitsbesitz wird gemäß § 17 Abs. 2 AktG vermutet, dass dieses vom Mehrheitseigner abhängig ist. Kommt es zu Fusionen, bei denen mindestens ein Unternehmen einer Gebietskörperschaft zuzuordnen ist, werden – analog zu Konzernen des Privatrechts – regelmäßig auch etwaige andere Umsätze dieser Gebietskörperschaft mitberücksichtigt.

510. In ihrem Sondergutachten zum Antrag auf Ministererlaubnis im Zusammenschlussvorhaben Universitätsklinikum Greifswald/Kreis Krankenhaus Wolgast ist die Monopolkommission auf die praktischen Probleme eingegangen, die im Zuge der derzeit geltenden Regelung der Aufgreifkriterien im Vergleich zu der durch sie intendierten Zielsetzung entstehen können.³³

Die Monopolkommission hat darauf hingewiesen, dass die konzernmäßige Konsolidierung der Umsätze im Falle von Gebietskörperschaften qualitativ gegenüber privaten Unternehmen abzugrenzen ist. Sowohl die festgelegte Zielsetzung einer öffentlichen Gebietskörperschaft als auch die der mit ihr verbundenen Unternehmen und Anstalten des öffentlichen Rechts liegt in der Sicherstellung eines öffentlich-rechtlichen Auftrags. Auch wenn die entscheidenden Akteure hier möglicherweise auch andere Ziele verfolgen, sind öffentliche Unternehmen in Möglichkeiten und Handlungsstrategien nur bedingt mit den Gewinnmaximierungszielen eines privatrechtlichen Konzerns vergleichbar. Der Einfluss öffentlich-rechtlicher Beteiligungen auf die Wettbewerbsbeschränkung stellt sich daher tendenziell als schwächer dar als im Falle der Privatwirtschaft. Vice versa muss jedoch ebenfalls festgestellt werden, dass ein solcher Einfluss auch nicht grundsätzlich ausgeschlossen werden kann. Die Monopolkommission hält es daher nicht für sinnvoll, zukünftig

prinzipiell von einer konzernmäßigen Konsolidierung der Umsätze der öffentlichen Hand abzusehen. Der materiell anzustrebende Status einer Abschwächung des Gewichtes der Konzernbeziehungen bei Unternehmen der öffentlichen Hand ist jedoch ebenfalls nicht systematisch möglich. Würde man de lege ferenda annehmen, dass die Umsätze von über eine Gebietskörperschaft verbundenen Unternehmen in geringerem Maße berücksichtigt werden, so öffnete diese Maßnahme Gestaltungsspielräume zur Beeinflussung der kartellrechtlich relevanten Umsätze.

Eine Möglichkeit zur Differenzierung läge darin, § 36 Abs. 2 GWB dahingehend anzupassen, dass bei Unternehmen der öffentlichen Hand, die über eine öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaft verbunden sind, nur dann von einem Konzern auszugehen ist, wenn die Merkmale eines Konzerns gemäß § 18 Abs. 1 AktG erfüllt werden. Danach bilden ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen einen Konzern, wenn diese unter einheitlicher Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefasst werden.³⁴ Die Prüfung einer solchen Vorschrift durch das Bundeskartellamt setzt daher im Ergebnis eine einheitliche Leitung und damit eine zumindest formlose Koordination der Geschäftspolitik voraus. Die Monopolkommission kann eine entsprechende Gesetzesanpassung dennoch nicht empfehlen, da die rechtlichen Voraussetzungen der Aufgreifkriterien durch die Zusammenschlussbeteiligten ohne große Schwierigkeiten zu ermitteln sein sollen. Die Einführung eines materiellen Prüfkriteriums auf Tatbestandsebene würde hingegen zusätzliche Rechtsunsicherheit erzeugen.

2.2.1.2 Fallpraxis des Bundeskartellamtes für den Krankenhaussektor

511. Im Zusammenschlussverfahren Universitätsklinikum Greifswald/Kreis Krankenhaus Wolgast³⁵ betrachtete das Bundeskartellamt das Uniklinikum, entgegen seiner eigenen Darstellung, als ein durch seinen Inhaber, das Land Mecklenburg-Vorpommern, alleine beherrschtes Unternehmen, dessen Umsätze somit aus allen sachlichen und räumlichen Tätigkeitsgebieten gemäß § 36 Abs. 2 GWB zu berücksichtigen seien. Der Argumentation der Anmelderin, das Uniklinikum Greifswald sei eine sachlich und wirtschaftlich selbständige Anstalt des öffentlichen Rechts, folgte das Bundeskartellamt nicht. Das Land übe aufgrund seiner Trägerschaft gemäß § 17 AktG als Alleineigentümer in jedem Falle einen beherrschenden Einfluss aus. Eine wirtschaftliche Eigenständigkeit konnte das Klinikum nach Auffassung des Kartellamtes nicht nachweisen; vielmehr habe das Land weiterhin das Letztentscheidungsrecht über den Wirtschafts- und Stellenplan und könne durch seine Rechtssetzungs- und Satzungscompetenz die übertragenen Entscheidungskompetenzen jederzeit variieren. Demzufolge waren nach Ansicht des Bundeskartellamtes dem Erwerber alle Um-

³³ Vgl. Monopolkommission, Zusammenschlussvorhaben des Universitätsklinikums Greifswald mit der Kreis Krankenhaus Wolgast gGmbH, Sondergutachten 52, Baden-Baden 2008, Tz. 92.

³⁴ Zu einer solchen Auslegung der bestehenden Regelung vgl. KG Berlin, Beschluss vom 11. Januar 1993, Kart 26/92, WuW/E OLG 5151, 5163.

³⁵ BKartA, Beschluss vom 11. Dezember 2006, B3 – 1002/06, WuW/E DE-V 1407.

sätze von verbundenen Landesbetriebseinheiten zuzuordnen. Dazu zählte beispielsweise auch die landeseigene Staatslotterie, die mit einem Umsatz von deutlich über 100 Mio. Euro maßgeblich dazu beitrug, dass der Umsatz der Zusammenschlussbeteiligten oberhalb der Aufgreifschwelle des § 35 Abs. 1 GWB lag.

512. Am 7. Mai 2008 gab das Oberlandesgericht Düsseldorf einer Beschwerde der Betroffenen statt.³⁶ Der Zusammenschluss sei nicht von der Fusionskontrolle zu erfassen, weil er die allgemeine Aufgreifschwelle des § 35 Abs. 1 Nr. 1 GWB nicht erreiche. Das Gericht stimmte zwar der Auffassung des Bundeskartellamtes zu, dass das Uniklinikum ein vom Land Mecklenburg Vorpommern beherrschtes Unternehmen sei und daher von Konzernbeziehungen auszugehen ist. In Abgrenzung zur Auffassung des Bundeskartellamtes nahm das Oberlandesgericht jedoch an, dass die Umsätze der Landeslottogesellschaft nur abzüglich der Gewinnausschüttungen anzusetzen seien, da es sich bei diesen um eine Erlösschmälerung gemäß § 277 Abs. 1 HGB handele.

513. Der Annahme des Oberlandesgerichtes, bei der Umsatzermittlung des Landeslotteriebetriebes seien besondere Maßstäbe anzusetzen, kann die Monopolkommission sich nicht anschließen. Unter Beachtung der gegebenen Rechtslage ist für die Berechnung der Umsatzerlöse die Vorschrift des § 38 Abs. 1 GWB in Verbindung mit § 277 Abs. 1 HGB allein maßgeblich. Den Umsätzen sind daher alle Einnahmen zuzurechnen, die das Unternehmen aus dem Absatz von Lotterie- und Sportwettverträgen abzüglich der darauf zu entrichtenden Lotteriesteuern erzielt. Der im Handelsrecht gebräuchliche Tatbestand der Erlösschmälerung bezeichnet auf den Preis gewährte Rabatte wie Skonti oder Warenrücksendungen, die außerhalb des Einflusses des Handelstreibenden stehen, der diese Umsätze erzielt, und daher keine beeinflussbare Kostenposition darstellen. Die Gewinnausschüttungen im Lotteriespiel sind hierunter nicht zu subsumieren, denn sie sind ein direkter Angebotsparameter bei der Veranstaltung von Glücksspielen. Die Gewinnausschüttungsquote muss vom Veranstalter nicht als ein nicht beeinflussbarer Posten hingenommen werden, vielmehr ist sie ein bedeutsamer Wettbewerbsparameter zur Abgrenzung des eigenen Gewinnspiels gegenüber anderen Gewinnspielen. Sie unterliegt landesrechtlichen Regelungen und wird nur aufgrund des Zusammenschlusses der Landeslottogesellschaften im Deutschen Lotto- und Toto-Block bei gemeinsam ausgespielten Lotterien gemeinschaftlich bestimmt. Dies entzieht die Gewinnausschüttungsquote jedoch nicht dem Einfluss der Landesregierung bzw. der ihr gemäß § 38 Abs. 2 GWB zuzurechnenden Lottogesellschaft. Daher sind Gewinnausschüttungen als gewöhnliche Kostenpositionen bei der Veranstaltung von Glücksspielen zu behandeln und nicht als Erlösschmälerungen. Hilfsweise kann auch ein Vergleich zur Versicherungsbranche gezogen werden, für die gemäß § 38 Abs. 4 Satz 2 GWB die Prämieinnahmen des abgeschlossenen Geschäftsjahres maßgeblich sind.

Auch hier sieht das GWB explizit keine Erlösminderung hinsichtlich der Ausschüttungen aufgrund von Schadensfällen vor.

514. Auch im Zusammenschlussverfahren Kliniken Ludwigsburg-Bietigheim/Enzkreis-Kliniken³⁷ war die Zurechnung von Umsätzen verbundener Unternehmen der Gebietskörperschaften ausschlaggebend für das Erreichen der fusionskontrollrechtlichen Umsatzschwellen. Mehr als die Hälfte der den Zusammenschlussbeteiligten zuzurechnenden Umsätze entfiel etwa auf die Kreissparkasse Ludwigsburg. Darüber hinaus wurden bei den Beteiligten Umsätze beispielsweise im Bereich der Volkshochschule GmbH oder der Abfallwirtschaftsgesellschaft erzielt, die das Bundeskartellamt auch hier entgegen dem Vortrag der Anmelderin vollständig in die Umsatzberechnung der Zusammenschlussbeteiligten hat einfließen lassen. So bezieht das Bundeskartellamt alle Umsätze von durch die Gebietskörperschaften beherrschten Unternehmen in seine Berechnungen ein, die zum Zwecke des marktwirtschaftlichen Leistungsaustausches als Anbieter von Leistungen auf dem Markt auftreten. Es stellt damit klar, dass die bloße Rechtsform einer Anstalt des öffentlichen Rechts nicht im Widerspruch zur Unternehmenseigenschaft steht. Im Falle der Sparkasse sei der beherrschende Einfluss des Landkreises gemäß § 17 Abs. 1 AktG auch dadurch gegeben, dass infolge von § 15 des baden-württembergischen Sparkassengesetzes sowohl der Vorsitzende als auch weitere zwei Drittel der Mitglieder des Verwaltungsrates durch den Träger gestellt werden. Auf die tatsächliche Nutzung des Besetzungsrechts oder die Ausübung der Einflussmöglichkeit komme es indes nicht an.

515. Die Monopolkommission hält es für notwendig, eine Anpassung der Aufgreifkriterien davon abhängig zu machen, ob im allgemeinen Anwendungsfall genauere und ebenso einfach zu bestimmende Heuristiken denkbar sind. Entsprechend einer stärker ökonomischen Ausrichtung der Fusionskontrolle ist hier auch den besonderen wettbewerbspolitischen Anforderungen einzelner Branchen Rechnung zu tragen, wenn diese einer genaueren Erfassung möglicher Wettbewerbsbeschränkungen dienen kann.

Die Monopolkommission hat sich auch vor dem Hintergrund einer wettbewerbspolitischen Evaluation des Krankenhaussektors mit den Aufgreifkriterien für den Krankenhaussektor auseinander gesetzt. Wie in Kapitel V, Abschnitt 2, ausführlich dargestellt, handelt es sich beim Krankenhausmarkt um einen wettbewerbspolitisch sensiblen Regionalmarkt, der gegenüber anderen Märkten zudem durch hohe administrative Markteintrittsbarrieren gekennzeichnet ist. Derzeit hängt die fusionskontrollrechtliche Notifizierungspflicht von Krankenhausfusionen davon ab, ob diese entweder Teil eines sehr großen Konzerns sind, oder bei der Fusion mit Beteiligung öffentlich-rechtlicher Häuser, welche Unternehmensbeteiligungen die tragenden Gebietskörperschaften eingegangen

³⁶ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7. Mai 2008, VI-Kart 1/07 (V).

³⁷ BKartA, Beschluss vom 13. Dezember 2006, B3 –1003/06, WuW/E DE-V 1335.

sind. Demzufolge unterliegen viele Fälle genau dann einer Anmeldepflicht beim Bundeskartellamt, wenn die tragende Gebietskörperschaft gleichzeitig Träger einer Sparkasse, Lotto- oder Abfallentsorgungsgesellschaft ist, da andernfalls die Aufgreifschwelle des GWB nicht erreicht werden.³⁸ Es ist daher zu befürchten, dass bei einem Schwellenwert von 500 Mio. Euro systematisch auch Fusionen nicht aufgegriffen werden, die sehr wohl gravierende Wettbewerbsbeschränkungen bewirken. Daher ist für den Krankenhausesektor ein Absenken der Umsatzschwellen angemessen, um einen stärkeren Schutz vor nachhaltigen marktbeherrschenden Stellungen zu erreichen. Die Monopolkommission schlägt daher vor, die Berechnung der Umsatzerlöse auf diesem Markt anzupassen, indem § 38 GWB durch folgenden Absatz ergänzt wird:³⁹

„Für den Umsatz von Krankenhausunternehmen ist das Dreifache der Umsatzerlöse in Ansatz zu bringen.“

2.2.2 Inlandsbegrenzung der Bagatellmarktklausel

516. Im Berichtszeitraum hat die Anwendung der Bagatellmarktklausel des § 35 Abs. 2 Satz 2 GWB eine Konkretisierung erfahren. Mit dem sog. „Staubsaugerbeutel-Urteil“ hatte der Bundesgerichtshof im Jahr 2004 den Gelegenheiten zunehmender internationaler Wirtschaftsverflechtungen dadurch Rechnung getragen, dass er die Begrenzung des räumlich relevanten Marktes über den Geltungsbereich des GWB hinaus ausgeweitet hat.⁴⁰ In der siebten GWB-Novelle folgte der Gesetzgeber dieser Auffassung, indem er das GWB in § 19 Abs. 2 Satz 3 durch eine entsprechende Norm ergänzte. Unklar blieb jedoch, ob sich die Neuregelung allein auf die Anwendung materiellen Kartellrechts beschränkte oder ob auch formelle, den Anwendungsbereich der Fusionskontrolle regelnde Vorschriften von der Klausel betroffen waren. Die Unklarheit betraf somit die Bagatellmarktklausel, die die Anwendung der Fusionskontrolle ausschließt, wenn ein Markt betroffen ist, der eine gesamtwirtschaftlich geringe Bedeutung aufweist. Fraglich blieb auch, ob bei den zum Tragen kommenden Umsatzschwellen auf das Volumen des grenzüberschreitend abzugrenzenden Marktes abzustellen ist.⁴¹ Mit seiner Entscheidung im Zusammenschlussfall Sulzer/Kelmix/Werfo⁴² hat der Bundesgerichtshof nun auch in diesem Problembereich für eine Klärung gesorgt. Abweichend ist hier im Sinne dieser Kleinmarktgrenze nur auf die Umsätze auf dem Inlandsmarkt abzustellen.

³⁸ Ein durchschnittliches Krankenhaus hatte im Jahre 2005 einen Umsatz von etwa 29 Mio. Euro. Vgl. Statistisches Bundesamt; eigene Berechnung. Ohne die Annahme von Konzernbeziehungen verbleibt daher auch die Fusion mehrerer Krankenhäuser deutlich unterhalb der gemeinsamen Umsatzschwelle von 500 Mio. Euro.

³⁹ Vgl. Kapitel V, Tz. 810 ff.

⁴⁰ Vgl. BGH, Beschluss vom 5. Oktober 2004, KVR 14/03, WuW/E DE-R 1355.

⁴¹ Vgl. ausführlich Monopolkommission, Hauptgutachten 2004/2005, a. a. O., Tz. 456 ff.

⁴² BGH, Beschluss vom 25. September 2007, KVR 19/07, WuW/E DE-R 2133.

517. Die offene Frage um die Bagatellmarktklausel hat das Bundeskartellamt in mehreren Verfahren innerhalb des Berichtszeitraums beschäftigt. Im März 2006 untersagte es die Übernahme des deutschen Unternehmens Pedex durch das amerikanische Chemieunternehmen DuPont.⁴³ Pedex war Teil der Coronet-Gruppe. Sowohl Pedex als auch Coronet hatten im Juli 2005 Insolvenzantrag gestellt. Das Zusammenschlussverfahren betraf den Markt für Monofilamente im Oral-Care-Bereich. Dabei handelt es sich um eine bestimmte Art von Kunststoffstäben, die zur Produktion von Zahnbürsten eingesetzt werden. Das Bundeskartellamt untersagte den Zusammenschluss aufgrund der sehr hohen Marktanteile der Beteiligten im sachlich relevanten Markt und der Erfordernis speziellen Know-hows beim Markteintritt potenzieller Wettbewerber. Streitpunkt war allerdings, ob der Zusammenschluss überhaupt gemäß § 39 Abs. 1 GWB anmeldepflichtig war, da der für das Vorhaben vom Bundeskartellamt abgegrenzte sachlich relevante Markt die Bagatellmarktgrenze des § 35 Abs. 2 Satz 2 GWB nur unter Berücksichtigung der europaweiten Umsätze überschritten hatte. Im Beschwerdeverfahren hat das Oberlandesgericht Düsseldorf im Dezember 2006 die Entscheidung des Bundeskartellamtes unter Bezugnahme auf die Inlandsbeschränkung der Bagatellmarktklausel aufgehoben.⁴⁴ Nach der Ankündigung des Bundeskartellamtes, gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts in die Rechtsbeschwerde zu gehen, wurde das Unternehmen Pedex anderweitig verkauft.

Unmittelbar nach der Entscheidung des Oberlandesgerichts zogen die Beteiligten im Zusammenschlussverfahren Sulzer/Kelmix/Werfo die Anmeldung des Zusammenschlusses zurück und zeigten gleichzeitig dessen Vollzug an. Sulzer, Tochterunternehmen der Schweizer Sulzer AG, hatte zuvor im August 2006 den geplanten mehrheitlichen Erwerb von Anteilen der Kelmix Holding AG, der Werfo AG und der Mold AG angemeldet. Die Kelmix Holding ist ihrerseits ein Unternehmen der Mixpac-Gruppe. Das Volumen des sachlich betroffenen Marktes überschritt nur unter Berücksichtigung der Auslandsumsätze die Bagatellmarktschwelle. Da das Bundeskartellamt an seiner Rechtsauffassung hinsichtlich der Bagatellmarktfeststellung bis zur Klärung durch den Bundesgerichtshof festhielt, hatte es ein Entflechtungsverfahren gegen die Unternehmen eingeleitet. Im Februar 2007 untersagte das Bundeskartellamt den Zusammenschluss, da der Anteilerwerb an Mixpac durch Sulzer zu einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von Mixpac auf dem Markt für die Herstellung von Kartuschen, Mischern und Austraggeräten für Zweikomponenten-Material für die medizinische Anwendung führe.⁴⁵ Gleichzeitig begründete der Zusammenschluss auch eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für die genannten Komponenten

⁴³ BKartA, Beschluss vom 15. März 2006, B3 – 136/05, WuW/E DE-V 1247.

⁴⁴ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. Dezember 2006, VI-Kart 10/06 (V), WuW/E DE-R 1881.

⁴⁵ BKartA, Beschluss vom 14. Februar 2007, B5 – 10/07, WuW/E DE-V 1340.

für Industrieanwendungen. Das Bundeskartellamt stellte fest, dass die Bagatellmarktgrenze zwar für die Inlandsumsätze auf beiden relevanten Einzelmärkten nicht überschritten sei. Es sei jedoch auf die unter einer ökonomischen Betrachtungsweise räumlich relevanten Märkte abzustellen, die hier mindestens europaweit abzugrenzen seien. Zumindest aber seien die Umsätze auf beiden relevanten Märkten zu addieren, da es sich um benachbarte Märkte handle. Die Verfahrensbeteiligten haben gegen den Beschluss des Bundeskartellamtes Beschwerde eingebracht. Das Oberlandesgericht Düsseldorf entschied daraufhin, anlehnend an seinen Beschluss im Verfahren Dupont/Pedex, dass die Bagatellmarktklausel nur auf die Inlandsumsätze Anwendung finden soll und hob die Entscheidung des Bundeskartellamtes damit auf.⁴⁶ Auch sei das Marktvolumen der beiden sachlich relevanten Märkte für die Anwendung der Klausel in diesem Fall nicht zu addieren, da diese sowohl in sachlicher Hinsicht als auch unter Berücksichtigung ihrer Marktstruktur nicht genügend Übereinstimmungen aufweisen. Mit Beschluss vom 25. September 2007 hat der Bundesgerichtshof die Beschränkung der Bagatellmarktklausel auf Inlandsumsätze nun erstmals höchstrichterlich bestätigt.

518. Der Bundesgerichtshof begründete die festgelegten Schwellenwerte explizit mit dem Sinn und Zweck der Bagatellmarktregelung. Dieser sei darin zu sehen, Vorhaben, die einen gesamtwirtschaftlich unbedeutenden Markt betreffen, von der Fusionskontrolle auszunehmen. Bei der Festsetzung der für tolerabel erachteten Maximalgröße von Bagatellmärkten habe sich der Gesetzgeber an der relativen Bedeutung solcher Märkte im Verhältnis zur inländischen Gesamtwirtschaft orientiert. Eine Einbeziehung europäischer oder gar weltweiter Märkte würde dazu führen, dass Zusammenschlüsse auf Märkten geprüft und untersagt werden, die einen im Inland unbedeutenden Markt betreffen. Auch die Entscheidung des Beschwerdegerichts, die Märkte seien für die Anwendung der Bagatellmarktklausel nicht zusammenzufassen, sei rechtlich plausibel und lasse keinen erheblichen Rechtsfehler erkennen. Sowohl die Anbieter- als auch die Nachfragerstruktur seien auf beiden Märkten völlig unterschiedlich. Zudem gebiete die Zusammenfassung der Umsätze für die Anwendung der Bagatellmarktklausel das Vorliegen einer möglichen Produktumstellungsflexibilität auf beiden relevanten Märkten. Diese sei aber nur begrenzt gegeben.

519. Die Monopolkommission begrüßt die Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Begrenzung der Bagatellmarktschwelle auf die Inlandsumsätze. Eine faktische Herabsetzung der Schwelle durch die Berücksichtigung von Auslandsumsätzen im Zuge der Neuregelung in § 19 Abs. 2 Satz 3 GWB war nach Ansicht der Monopolkommission nicht geboten.⁴⁷ Die Bagatellmarktschwelle stellt einen Indikator für das Gewicht der Wettbewerbsbeschränkung dar, der die Funktion der übrigen Umsatz-

schwelen, nur Zusammenschlüsse von gesamtwirtschaftlicher Bedeutung der Fusionskontrolle zu unterwerfen, deutlich präzisiert. Die Situation, in der die an einem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen zwar erhebliche Umsätze erzielen, die Wettbewerbsbeschränkung aber nur in einem vergleichsweise kleinen und gesamtwirtschaftlich weniger bedeutenden inländischen Markt stattfindet, kann somit durch diese Ausnahmeregelung zusätzlich erfasst werden. Anders als in der materiellen Frage der ökonomisch richtigen Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes ist bei Bagatellmärkten daher auf die gesamtwirtschaftliche Bedeutung in der Bundesrepublik Deutschland abzustellen. Demzufolge dient die Auslegung des Bundesgerichtshofs dazu, den Status, den der Gesetzgeber bei der Festlegung der Bagatellmarktschwelle intendiert hat, weiterhin beizubehalten.

520. Zu einer anderen Bewertung kommt die Monopolkommission hinsichtlich der eingeschränkten Zusammenfassung von Umsätzen aus mehreren sachlich relevanten Märkten. Es erscheint folgerichtig, auch in dieser Frage eine zweckbezogene Anwendung des § 35 Abs. 2 Satz 2 GWB vorzunehmen. Eine geringe gesamtwirtschaftliche Bedeutung kann sich nach Ansicht der Monopolkommission nur auf die Relation der möglichen schädlichen gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen eines Zusammenschlusses zu den Transaktionskosten des Kontrollverfahrens beziehen. Die Auswirkungen eines Zusammenschlusses addieren sich jedoch, wenn mehrere sachlich relevante Märkte betroffen sind. Selbst wenn man bei der Frage nach der wirtschaftlichen Bedeutung darauf abstellen wollte, welche Auswirkungen ein Zusammenschluss auf mehreren Märkten bei einzelnen Nachfragergruppen hat, so ist für die Zusammenfassung mehrerer sachlich relevanter Märkte allein ausschlaggebend, ob diese die gleichen Nachfragergruppen bedienen. Die übereinstimmenden Entscheidungen von Oberlandesgericht und Bundesgerichtshof werfen auch insoweit Fragen auf, als eine anbieterseitige Produktumstellungsflexibilität als Bedingung für die Zusammenfassung der Märkte im Rahmen der Bagatellmarktklausel genannt wird. Die Produktumstellungsflexibilität wird seit der Entscheidung des Bundesgerichtshofs im Falle National Geographics II allerdings auch als zusätzliches Kriterium für die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes herangezogen.⁴⁸ In den meisten Fällen schließt eine Abgrenzung verschiedener sachlich relevanter Märkte das Vorhandensein einer erheblichen Produktumstellungsflexibilität daher aus. Setzt man diese für die Addition der Umsätze bei der Prüfung der Bagatellmarktklausel voraus, dann scheidet die Additionsregel schon aus logischen Gründen aus, so dass die Bagatellmarktschwelle durch Addition nicht erreicht werden kann. Damit werden die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen, die sich aus einem Zusammenschluss auf verschiedenen Märkten ergeben, aber tendenziell unterbewertet. Die Monopolkommission empfiehlt dem Gesetzgeber daher, die Bagatellmarktklausel dahingehend zu konkretisieren, dass die Zusammenfassung mehrerer Inlandsmärkte explizit in die Norm aufgenommen wird.

⁴⁶ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5. März 2007, VI-Kart 3/07 (V), WuW/E DE-R 1931.

⁴⁷ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2004/2005, a. a. O., Tz. 457.

⁴⁸ BGH, Beschluss vom 16. Januar 2007, WuW/E DE-R 1925, 1928.

2.2.3 Aufgreifkriterien bei Auslandszusammenschlüssen

521. Gemäß § 130 Abs. 2 findet das GWB Anwendung auf alle Wettbewerbsbeschränkungen, die sich im Geltungsbereich des Gesetzes auswirken, auch wenn sie außerhalb des Geltungsbereichs des Gesetzes veranlasst werden. Aus diesem Grund unterliegen auch Zusammenschlüsse von Unternehmen der deutschen Fusionskontrolle, deren Sitz oder Geschäftsleitung sich im Ausland befindet, deren Geschäftstätigkeit jedoch Auswirkungen in der Bundesrepublik Deutschland hat. Hintergrund dieser Vorschrift ist das Problem, dass die inländische Wettbewerbsordnung durch eine Wettbewerbsbeschränkung im Ausland im gleichen Maße gefährdet sein kann wie durch eine solche, die im Inland veranlasst wurde. Aus diesem Grund normieren die Aufgreifkriterien des GWB auch für ausländische Unternehmen, wann ein Zusammenschluss der Notifizierungspflicht bei der deutschen Kartellbehörde unterliegt.

522. Im Berichtszeitraum hat das Bundeskartellamt über mehrere Zusammenschlussvorhaben entschieden, deren beteiligte Unternehmen ihren Sitz im Ausland hatten. Dazu zählten auch die Fälle Du Pont/Pedex und Sulzer/Kelmix/Werfo, bei denen das Bundeskartellamt die Zusammenschlüsse im März 2007 bzw. Februar 2007 zunächst untersagte, die Auslegung der Bagatellmarktklausel durch Oberlandesgericht und Bundesgerichtshof aber dazu führte, dass die Beschlüsse nachträglich aufgehoben wurden.⁴⁹ Die beiden relevanten Betriebsstätten der im Verfahren Sulzer/Kelmix/Werfo betroffenen Unternehmen befanden sich in der Schweiz und es war keine Niederlassung oder Produktionsstätte in Deutschland vorhanden. Die Zusammenschlussbeteiligten in diesem Verfahren erzielten auf den sachlich relevanten Märkten in Deutschland aber Umsätze von 10 bis 20 Mio. Euro, bei einem europaweiten Gesamtumsatz von 30 bis 40 Mio. Euro. Im Verfahren beim Bundeskartellamt vertraten die Zusammenschlussbeteiligten die Auffassung, die Gefahr einer Wettbewerbsbeschränkung sei „nur als abstrakt einzustufen“. Ferner reiche das Erfüllen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 36 Abs. 1 GWB nicht aus, um eine konkrete Inlandswirkung hervorzurufen, wie sie der § 130 Abs. 2 GWB fordert. Nach Ansicht des Bundeskartellamtes genügt hingegen allein die Eignung der Wettbewerbsbeschränkung, den inländischen freien Wettbewerb zu beeinträchtigen. Die Umsatzzahlen zeigten zudem, dass der Schwerpunkt des Zusammenschlusses in Europa ganz eindeutig in Deutschland liege.

523. Im Oktober 2006 untersagte das Bundeskartellamt das Zusammenschlussverfahren der amerikanischen Unternehmen Coherent und Excel.⁵⁰ Das Verfahren betraf die Entwicklung, Herstellung und den Vertrieb von Lasern. Beide Unternehmen erzielten gemeinsame Umsätze von weltweit 527,2 Mio. Euro und somit etwas oberhalb der Aufgreifschwelle von 500 Mio. Euro gemäß § 35

Abs. 1 Ziff. 1 GWB. Auf dem europäischen Markt wurde ein relevanter Anteil der Umsätze in Deutschland erzielt. Während das amerikanische Department of Justice die Fusion freigab, untersagte das Bundeskartellamt den Zusammenschluss, da dieser auf dem sachlich relevanten Teilmarkt für sog. RF sealed-off CO₂ Laser zur Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung der Beteiligten führe. Das Bundeskartellamt hatte in diesem Fall für seine materielle Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse auf die Auswirkung auf weltweiten Märkten abgestellt.

524. Im August 2007 untersagte das Bundeskartellamt den Erwerb der italienischen CVS Ferrari durch die finnische Cargotec Corporation.⁵¹ Beide Unternehmen produzieren und vertreiben Fahrzeuge für den Containertransport. Die Cargotec-Gruppe erzielte weltweit Umsatzerlöse von mehr als 2 Mrd. Euro. Auf die EU entfallen davon 1 Mrd. Euro, auf Deutschland 150 Mio. Euro. CVS Ferrari erzielte weltweite Umsätze zwischen 50 und 100 Mio. Euro, davon mehr als 30 Mio. Euro in der EU und weniger als 10 Mio. Euro in Deutschland. Damit erfüllt der Zusammenschluss die Aufgreifkriterien des GWB. In der materiellen Prüfung grenzte das Bundeskartellamt sieben sachlich relevante Teilmärkte ab, von denen nach Ansicht des Amtes in zweien eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird. Der räumlich relevante Markt wurde europaweit abgegrenzt. Zum Zeitpunkt des Untersagungsbeschlusses des Bundeskartellamtes hatten bereits die Wettbewerbsbehörden in Spanien und Österreich über das Verfahren entschieden. In beiden Ländern haben die Behörden den Zusammenschluss freigegeben. Während der Beschluss der österreichischen Wettbewerbsbehörde nicht zugänglich war, hat die spanische Behörde offensichtlich stärker auf die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf dem spanischen Markt abgestellt. Dort wurden auf den vom Bundeskartellamt sachlich abgegrenzten Märkten keinerlei Umsätze erzielt.

525. Ebenfalls untersagt hat das Bundeskartellamt den Zusammenschluss zweier Hörgerätehersteller, des schweizerischen Unternehmens Phonak mit dem dänischen Unternehmen GN ReSound.⁵² Die Umsätze der Beteiligten lagen deutlich oberhalb der Aufgreifschwelle. Die Zusammenschlussbeteiligten haben im Laufe des Verfahrens jedoch vorgetragen, dass das Zielunternehmen nur einen geringen Teil seiner Umsätze in Deutschland erwirtschaftete. Ergänzend führten die Beteiligten an, dass die Fusion in anderen Jurisdiktionen nicht anmeldepflichtig sei oder aber dort bereits freigegeben wurde. Auch sei in Deutschland der Vorrang allgemeiner Regeln des Völkerrechts auch bei der Anwendung des Auswirkungsprinzips gemäß § 130 Abs. 2 GWB zu beachten. Entsprechend sei die Anwendung des innerstaatlichen Rechts auf die Auswirkungen im Inland zu begrenzen. Bei nicht teilbaren Zusammenschlüssen in einen inländischen und einen ausländischen Teil entfalle in Konsequenz aber die Untersagungsbefugnis für den gesamten Fall. Das Bun-

⁴⁹ Vgl. auch Tz. 517.

⁵⁰ BKartA, Beschluss vom 26. Oktober 2006, B7 – 97/06, WuW/E DE-V 1325.

⁵¹ BKartA, Beschluss vom 24. August 2007, B5 – 51/07, WuW/E DE-V 1442.

⁵² BKartA, Beschluss vom 13. Dezember 2006, B3 – 578/06, WuW/E DE-V 1365.

deskartellamt verweist im Gegenzug auf die hohe Inlandswirkung des Zusammenschlussvorhabens. Etwa 20 Prozent ihrer Umsatzerlöse in der EU erzielen die Unternehmen in Deutschland. Insgesamt stelle Deutschland den zweitgrößten Hörgerätemarkt weltweit dar. Scheiterte die Anwendung des GWB daran, dass die betroffenen Unternehmen ihren Sitz im Ausland haben oder auf einem weltweiten Markt agieren, sei den Unternehmen die Instrumentalisierung des Völkerrechts gegen die Anwendung nationaler Wettbewerbsvorschriften jederzeit möglich.

526. Die Monopolkommission beurteilt die Anwendung des Auswirkungsprinzips durch das Bundeskartellamt positiv. Wettbewerbsbeschränkungen, die durch den Zusammenschluss international tätiger Unternehmen entstehen können, betreffen einen räumlich relevanten Markt, der das Territorium einer einzelnen Jurisdiktion deutlich überschreiten kann. Einzelne Jurisdiktionen haben nur bedingt Anreize, Wettbewerbsbeschränkungen zu bekämpfen, die sich alleine im Ausland auswirken. Würde die Zuständigkeit allein auf das Gebiet beschränkt, in welchem die betroffenen Unternehmen ihren Sitz haben, so bestünde kein ausreichender Schutz für den Wettbewerb auf anderen Märkten. Vielmehr können strategisch intendierte Wettbewerbspolitiken negative Externalitäten verursachen. Diesem Problem wirkt das Auswirkungsprinzip entgegen, indem ein Zusammenschluss dort anmeldepflichtig ist, wo er entsprechende Auswirkungen hervorruft. Aus diesem Grunde wurde der Grundsatz der extraterritorialen Anwendung des Kartellrechts auch in das deutsche GWB aufgenommen. Die Kollisionsnorm des § 130 Abs. 2 GWB ist völkerrechtlich auch – im Gegensatz zu früher – nicht mehr ernstlich umstritten. Das Auswirkungsprinzip ist als legitimes Anliegen des Auswirkungsstaates zwischenzeitlich anerkannt, gleichfalls wird jedoch ein qualifizierter Inlandsbezug gefordert, um dem völkerrechtlichen Nichteinmischungsverbot Rechnung zu tragen. Im deutschen Kartellrecht ist der Inlandsbezug insbesondere hinsichtlich der Aufgreifkriterien eines Zusammenschlusses gegeben. Zum einen legt § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB fest, dass mindestens ein beteiligtes Unternehmen mehr als 25 Mio. Euro Umsatzerlöse im Inland erzielt haben muss. Zum anderen setzt die Bagatellmarktklausel ein Mindestniveau für die Umsätze, die auf dem für den Zusammenschluss sachlich relevanten Markt im Inland erzielt werden müssen. Erfüllt ein Zusammenschluss die Aufgreifkriterien, so ist nach Meinung der Monopolkommission von einem ausreichenden Inlandsbezug auszugehen.

527. Das Auswirkungsprinzip wird des Öfteren dennoch kritisch beurteilt, da es auf globalisierten Märkten zu einer zunehmend restriktiven Hürde für internationale Zusammenschlüsse wird. Gemäß dem Auswirkungsprinzip muss ein Zusammenschluss in allen Jurisdiktionen zur Prüfung angemeldet werden, deren Märkte betroffen sind.⁵³ Die parallele Zuständigkeit für ein und denselben Fall führt zu einem multiplen Verfahrensaufwand für Be-

hörden und Beteiligte. Hinzu kommt, dass Ziele und Methoden unterschiedlicher Wettbewerbsbehörden sich nicht selten unterscheiden. Im Falle Coherent/Excel zeigte sich beispielsweise ein divergierendes Ermittlungsergebnis, obwohl das Bundeskartellamt den Markt weltweit abgegrenzt und dementsprechend nicht allein die Wettbewerbsbeschränkung auf dem deutschen, sondern auf dem weltweiten Markt geprüft hat. Dementsprechend ist es für die beteiligten Unternehmen ex ante schwieriger abschätzbar, ob ein Zusammenschluss genehmigt wird. Die Unternehmen treffen somit eine Entscheidung unter Unsicherheit. Dem Erwartungsnutzen einer Fusion stehen die eingesparten erwarteten Transaktionskosten als Kostenäquivalent gegenüber, was bei den betroffenen Unternehmen zu einer restriktiveren Durchführung auch von wettbewerblich unbedenklichen Fusionsvorhaben führt.

528. Die Monopolkommission weist demgegenüber darauf hin, dass die Tätigkeit von Unternehmen auf verschiedenen nationalen Märkten diese Unternehmen naturgemäß auch verschiedenen Rechtsordnungen aussetzt. Gleich ob es sich um Bilanzierungsvorschriften, geistiges Eigentum, Produkthaftung oder Steuerrecht handelt, den lokalen Regelungen ist Rechnung zu tragen, auch wenn dies zu Komplikationen aufgrund der Anwendung multipler Rechtsregeln führt. Die Lösung kann nicht darin bestehen, dass einzelne Jurisdiktionen generell auf die Anwendung und Durchsetzung ihres Rechts in grenzüberschreitenden Fällen verzichten. Die Monopolkommission sieht eine Lösung eher in einer stärkeren Koordination.

529. Was die Fusionskontrolle betrifft, so zielen einzelne Lösungsvorschläge darauf, die Aufgreifkriterien des deutschen Rechts anzupassen. Bereits die Beschränkung der Bagatellmarktklausel auf Inlandsumsätze diene nach Auffassung des Bundesgerichtshofs gerade dazu, eine vom Gesetz nicht gewollte uferlose Ausdehnung des internationalen Anwendungsbereichs der Sachnormen des GWB zu verhindern. Gerade ausländische Unternehmen dürften daher von der Anwendung der Bagatellmarktklausel profitieren, da durch die Beschränkung auf die Inlandsumsätze voraussichtlich eine geringere Zahl an Auslandsfusionen in Deutschland anmeldepflichtig werden. Problematisch an der Bagatellmarktklausel bleibt jedoch, dass diese nicht ohne eine Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes auskommt. Dieses Problem des materiellrechtlichen Prüfverfahrens wird damit in das eigentlich formellrechtliche Verfahren der Anmeldevoraussetzungen verlagert. Von den zwei oben genannten Aufgreifkriterien, welche den qualifizierten Inlandsbezug eines Auslandszusammenschlusses in Deutschland indizieren, ist eines daher an ex ante nur unscharf zu ermittelnde Voraussetzungen geknüpft, welche die Unsicherheit bzw. das Abstimmungserfordernis mit der Kartellbehörde bei den betroffenen Unternehmen erhöhen.

Es bleibt daher diskutabel, ob die aufgezeichnete Funktion der Bagatellmarktschwelle beispielsweise durch eine zweite Inlandsumsatzschwelle ersetzt oder ergänzt werden könnte, da rein quantitative Aufgreifkriterien von den Zusammenschlussbeteiligten im Voraus leicht zu ermit-

⁵³ Dies gilt analog für Kooperationen.

teln sind. Eine solche Schwelle, bei der mindestens zwei Unternehmen jeweils entsprechende Umsätze im Inland erzielt haben müssen, sieht beispielsweise auch das EU-Recht in Artikel 1 Abs. 2 lit. b FKVO vor. Der Einführung einer solchen Schwelle ins deutsche Kartellrecht stehen aus Sicht der Monopolkommission jedoch qualifizierte Bedenken gegenüber. So hat die Monopolkommission in ihrem Elften Hauptgutachten bereits darauf hingewiesen, dass die Einführung einer solchen Schwelle dazu führen kann, dass der Zusammenschluss zwischen einem bedeutenden ausländischen Unternehmen, welches im Inland noch nicht tätig ist, und dem Marktführer in Deutschland nicht der Kontrollpflicht unterliegen.⁵⁴ Auch wenn dieser Fall vergleichsweise selten vorliegen mag, muss doch darauf hingewiesen werden, welche Wirkung die Ausweitung der bisherigen Inlandsumsatzschwelle von 25 Mio. Euro gemäß § 35 Abs. 1 Ziff. 2 GWB hätte, wenn die Grenze von mindestens zwei Unternehmen überschritten sein müsste. In diesem Fall wäre beispielsweise nur einer der untersagten Auslandszusammenschlüsse Coherent/Excel, Cargotec/CVS Ferrari und Phonak/GN ReSound in Deutschland kontrollpflichtig gewesen, obwohl in allen Fällen das Bundeskartellamt eine Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung erkannt hat, die im Inland zudem keinen Bagatellmarkt betrifft. Auch bei Festsetzung eines geringeren Schwellenwertes von 15 Mio. Euro, hätte einer der untersagten Zusammenschlüsse nicht der Anmeldepflicht unterlegen. Die Monopolkommission geht daher davon aus, dass die Einführung einer zweiten Inlandsumsatzschwelle Zusammenschlüsse aus der Kontrollpflicht entlassen würde, die zu einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung im Inland beitragen könnten. Dass dieser Nachteil durch den Vorteil geringerer Transaktionskosten und, bei gleichzeitigem Verzicht auf die Bagatellmarktgrenze, höherer Rechtssicherheit aufgewogen werden kann, ist nach Ansicht der Monopolkommission nach derzeitigem Stand nicht ohne weiteres plausibel. Die Monopolkommission hält es daher für den günstigeren Weg, eine Lösung der skizzierten Probleme auf multilateraler Ebene anzustreben. Denkbar wären beispielsweise eine stärkere Zusammenarbeit internationaler Kartellbehörden bei grenzüberschreitenden Fusionen oder die Einrichtung einer internationalen Stelle, welche die Zuständigkeiten nationaler Kartellbehörden koordiniert.

2.2.4 Überlagerung des Wettbewerbsrechts durch konkurrierende Normen

530. Im Berichtszeitraum wurde von den Beteiligten verschiedener Zusammenschlüsse vorgebracht, dass das GWB aus bestimmten Gründen des Gemeinwohls bzw. der Überlagerung durch andere, höherrangige Rechtsnormen nicht zur Anwendung kommen dürfe. So war im Verwaltungsverfahren des Bundeskartellamtes im Fall Rhön-Klinikum AG/Kreiskrankenhäuser Bad Neustadt,

Mellrichstadt, das am 10. März 2005 zu einer Untersagung führte, strittig, ob die Vorschriften des § 69 SGB V das materielle deutsche Kartellrecht vollständig verdrängen. Nachdem das Bundeskartellamt eine Untersagung ausgesprochen hatte, stellten die Zusammenschlussbeteiligten parallel zum Beschwerdeverfahren auch einen Antrag auf Ministererlaubnis gemäß § 42 GWB. Die Monopolkommission stellte in ihrem Sondergutachten hierzu fest, dass der § 69 SGB V den wettbewerblichen Ausnahmehereich auf die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen zu den Krankenhäusern beschränkt und Fusionen mehrerer Leistungserbringer entsprechend den Aufgreifkriterien des GWB der Kontrollpflicht unterliegen.⁵⁵ Durch Rechtsprechung wurde diese Ansicht zwischenzeitlich gefestigt. So wies das Oberlandesgericht Düsseldorf am 11. April 2007 eine Beschwerde gegen den Beschluss des Bundeskartellamtes zurück.⁵⁶ Mit Entscheidung vom 16. Januar 2008 bestätigte auch der Bundesgerichtshof höchstrichterlich die Anwendung des Wettbewerbsrechts bei Zusammenschlüssen öffentlicher Krankenhäuser.⁵⁷

531. Die genannten Entscheidungen stellen klar, dass weder die Regelungen des Sozialrechts über die gesetzliche Krankenversicherung noch die Bestimmungen zur Krankenhausfinanzierung die Fusionskontrolle ausschließen. Damit war auch eine Streitfrage aus dem Zusammenschlussverfahren LBK Hamburg/Krankenhaus Mariahilf geklärt.⁵⁸ Dort ging einer durch das Bundeskartellamt untersagten Übernahme ein Planungsprozess zur Zusammenlegung der beteiligten Krankenhäuser durch die hamburgische Krankenhausplanung voraus. Die Anmelderin sah das Betreiben der Planungsbehörde rechtlich durch das Krankenhausfinanzierungsgesetz (KHG) untermauert, wonach es Aufgabe der Behörde sei, eine wirtschaftliche Versorgung der Bevölkerung sicherzustellen. Zu diesem Zweck könne es erforderlich sein, die Aufnahme bestimmter Leistungen in den Krankenhausplan auf einen oder zwei mögliche Anbieter zu beschränken bzw. das Angebot zu spezialisieren. Das Nebeneinander zweier Rechtsmaterien führe dazu, dass auf planungsrechtliche Regelungen zurückzuführende Entscheidungen nicht Gegenstand einer fusionskontrollrechtlichen Prüfung sein könnten. Das Kartellamt hatte hingegen die Meinung vertreten, dass es sich bei den rechtlichen Grundlagen der Krankenhausplanung und -finanzierung nicht um eine Lex specialis zum GWB handle. Im Anschluss an die

⁵⁴ Vgl. Monopolkommission, Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs, Hauptgutachten 1994/1995, Baden-Baden 1996, Tz. 990.

⁵⁵ Vgl. Monopolkommission, Zusammenschlussvorhaben der Rhön-Klinikum AG mit den Kreiskrankenhäusern des Landkreises Rhön-Grabfeld (Kreiskrankenhaus Bad Neustadt/Saale sowie Kreiskrankenhaus Mellrichstadt), Sondergutachten 45, Baden-Baden 2006, Tz. 88 ff.

⁵⁶ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. April 2007, VI-Kart 6/05 (V), WuW/E DE-R1958.

⁵⁷ BGH, Beschluss vom 16. Januar 2008, KVR 26/07.

⁵⁸ BKartA, Beschluss von 6. Juni 2007, B3 – 6/07, WuW/E DE-V 1407. Seit April 2007 führt das Unternehmen „LBK Hamburg GmbH“ den Namen „Asklepios Kliniken Hamburg GmbH“. Da diese Namensänderung nach Eröffnung des Fusionskontrollverfahrens vollzogen wurde, lautet die Untersagungsverfügung des Bundeskartellamtes noch auf den ursprünglichen Unternehmensnamen. Nachfolgend wird an dieser Stelle für den Antragsteller der neue Name „Asklepios“ verwendet.

Untersagungsentscheidung hat Asklepios mehrere Verfahren angestrengt. Neben dem Beschwerdeverfahren vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf, dessen Entscheidung derzeit noch aussteht, hat der Konzern ein zivilrechtliches Verfahren angestrengt und einen Antrag auf Ministererlaubnis gestellt, der allerdings zwischenzeitlich zurückgezogen wurde.

532. Im Sondergutachten zum Ministererlaubnisverfahren hat sich die Monopolkommission zu einer Verdrängung des Wettbewerbsrechts durch das Krankenhausplanungsrecht geäußert.⁵⁹ Mit Blick auf die gegenwärtige rechtliche Situation ist festzuhalten, dass die Bundesländer nach § 6 KHG Krankenhauspläne und Investitionsprogramme aufstellen, um eine bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen, eigenverantwortlich wirtschaftenden Krankenhäusern zu gewährleisten und zu sozial tragbaren Pflegesätzen beizutragen. Hierbei muss gemäß § 1 Abs. 2 KHG die Vielfalt der Krankenhaussträger beachtet werden. Nähere Bestimmungen treffen nach § 6 Abs. 4 KHG die Bundesländer. Von einer Einschränkung wettbewerbsrechtlicher Grundsätze ist im Krankenhausfinanzierungsgesetz des Bundes nicht die Rede, im Gegenteil: § 1 Abs. 2 KHG bringt den Wettbewerbsgedanken auch hier zum Tragen. Die Krankenhausgesetze der Länder und die darauf beruhenden Krankenhauspläne sind Landesrecht und können ein Bundesgesetz nicht verdrängen.⁶⁰ Folglich setzt das Wettbewerbsrecht als vorrangiges Bundesrecht dem Krankenhausplanungsrecht als nachrangigem Landesrecht Grenzen, innerhalb derer die Krankenhausplanung gestaltend tätig werden kann. Es gibt keinen Vorrang des Krankenhausplanungsrechts vor dem Wettbewerbsrecht, vielmehr verhält es sich umgekehrt. Ein am Krankenhausfinanzierungsgesetz ausgerichteter Krankenhausplanungsprozess wäre durch die wettbewerbsrechtliche Untersagung eines Fusionsvorhabens auch nicht gefährdet, da er Fusionsvorhaben – in Erfüllung der Ziele des Krankenhausfinanzierungsgesetzes – nur vorbehaltlich einer wettbewerbsrechtlichen Prüfung unterstützen kann.

533. Eine Überlagerung des Wettbewerbsrechts wurde auch im Zusammenschlussverfahren Region Hannover/Klinikum Region Hannover vorgebracht, das am 13. Dezember 2006 durch das Bundeskartellamt freigegeben wurde.⁶¹ Der Zusammenschluss betraf die Krankenhäuser des ehemaligen Landkreises Hannover und der Stadt Hannover, welche durch die kommunale Neuordnung mit der Region Hannover einem neuen gemeinsamen Träger unterstellt wurden. Grundlage ist das Gesetz über die Region Hannover vom 5. Juni 2001, was gemäß § 8 Abs. 4 vorsieht, dass die Region Hannover die Trägerschaft über die kommunalen Krankenhäuser in ihrem Gebiet übernimmt. Mit Wirkung vom 1. Januar 2005 wurden die gemeinsamen Regionskrankenhäuser zudem in die Klini-

kum Region Hannover GmbH eingebracht, die nunmehr die Geschäfte sämtlicher Häuser führt. Sowohl die Beteiligten als auch das niedersächsische Ministerium für Inneres und Sport hatten den Zusammenschluss erst nachträglich angemeldet, da sie aufgrund der Umstände des Zusammenschlusses davon ausgingen, dass eine Anmeldepflicht nicht bestehe. Das Bundeskartellamt stellte hingegen fest, dass auch ein gesetzlich angeordneter Zusammenschluss § 37 GWB unterliegt. Zudem bestehe kein Vorrang öffentlichen Organisationsrechts, da hier nicht die kommunalrechtliche Neuordnung, sondern lediglich der bei den Krankenhäusern eingetretene Trägerwechsel für die Zusammenschlusskontrolle von Bedeutung sei. Hier handele es sich um eine unternehmerische Strukturmaßnahme, die gemäß § 130 Abs. 1 GWB der Fusionskontrolle unterliege. Auch die kommunale Selbstverwaltungsgarantie gemäß Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG schränke den Anwendungsbereich des GWB nicht ein, da die Vorschriften zur Fusionskontrolle wie bei allen allgemeinen Gesetzen allein den Rahmen vorgeben, in dem das Recht der Selbstverwaltung ausgeübt werden kann. Die Monopolkommission stimmt dieser Rechtsauffassung zu und macht sie sich zu eigen.

2.3 Marktabgrenzung

2.3.1 Die Marktabgrenzung bei Krankenhausfusionen

534. Auf den Berichtszeitraum entfallen mehrere Zusammenschlüsse von Krankenhäusern, die beim Bundeskartellamt in die zweiten Prüfphase gegangen sind.⁶² In zwei Fällen sprach das Amt Untersagungen aus. Das Bundeskartellamt befasst sich erst etwa seit dem Jahre 2003 mit Krankenhausfusionen und war seither aufgefordert, für die Charakteristika des Marktes adäquate Prüfungsstandards zu entwickeln. Eine besondere Aufmerksamkeit fällt dem vom Bundeskartellamt angewendeten System der Marktabgrenzung zu. Seitdem das Amt Krankenhausfusionen prüft, hat es ein eigenes System für eine adäquate Abgrenzung des sachlich und räumlich relevanten Marktes entwickelt und kontinuierlich erweitert. Da die Marktabgrenzung als ein erster Schritt zur Erfassung der Marktmacht in der Lage ist, das Ergebnis des Marktbeherrschungstests entscheidend zu beeinflussen, stellt sie eines der Kernprobleme bei der Prüfung von Krankenhauszusammenschlüssen dar. Sowohl in sachlicher als auch in räumlicher Hinsicht ergeben sich bei der Abgren-

⁵⁹ Vgl. Monopolkommission, Zusammenschlussvorhaben der Asklepios Kliniken Hamburg GmbH mit der Krankenhaus Mariahilf gGmbH, Sondergutachten 52, Baden-Baden 2008, Tz. 62 ff.

⁶⁰ Vgl. Artikel 31 GG: „Bundesrecht bricht Landesrecht“.

⁶¹ BKartA, Beschluss vom 13. Dezember 2006, B3 – 1001/06.

⁶² BKartA, Beschluss vom 6. Juni 2006, B10 – 24/06 „Marienhaus GmbH/Krankenhaus Ottweiler, Kinderklinik Kohlhof“; dass., Beschluss vom 7. September 2006, B3 – 1000/06 „Helios/Humaine“; dass., Beschluss vom 11. Dezember 2006, B3 – 1002/06 „Universitätsklinikum Greifswald/Kreis Krankenhaus Wolgast“; dass., Beschluss vom 13. Dezember 2006, B3 – 1003/06, WuW/E DE-V 1335 „Kliniken Ludwigsburg-Bietigheim/Enzkreis-Kliniken“; dass., Beschluss vom 13. Dezember 2006, B3 – 1001/06 „Klinikum Region Hannover“; dass., Beschluss vom 10. Mai 2007, B3 – 587/06 „Klinikum Region Hannover/Landeskrankenhaus Wunstorf“; dass., Beschluss vom 6. Juni 2007, B3 – 587/06, WuW/E DE-V 1407 „LBK/Mariahilf“.

zung von Krankenhausmärkten besondere Schwierigkeiten, auf die im Folgenden eingegangen werden soll.

2.3.1.1 Sachliche Marktabgrenzung auf Krankenhausmärkten

535. In seiner bisherigen Entscheidungspraxis nimmt das Bundeskartellamt ausschließlich den Gesamtmarkt für Krankenhausdienstleistungen, im Weiteren auch Krankenhausmarkt genannt, als sachlich relevanten Markt an. Dabei handele es sich um den Markt für stationäre Krankenhausdienstleistungen, die von den Krankenhäusern gegenüber ihren Patienten erbracht werden. Das Bundeskartellamt bezieht sich dabei ausdrücklich allein auf akutstationäre Leistungen, die von Plankrankenhäusern erbracht werden. Dabei schließt das Amt ambulante ärztliche Dienstleistungen ebenso wenig in den sachlich relevanten Markt mit ein wie Leistungen von Rehabilitationseinrichtungen oder Kliniken, die ihre Leistungen ausschließlich privat abrechnen. Es erfolgt auch keine zusätzliche Differenzierung des Krankenhausmarktes hinsichtlich der Breite oder Tiefe des Angebots. Eine Abweichung von diesem Vorgehen hat das Bundeskartellamt im Berichtszeitraum erstmals im Zusammenschlussverfahren Klinikum Region Hannover/Landeskrankenhaus Wunstorf in Bezug auf Klinikzusammenschlüsse mit psychiatrischem Schwerpunkt gezeigt. Bisher wurden psychiatrische Abteilungen von Allgemeinkrankenhäusern, trotz diverser regulativer Unterschiede zu somatischen Fachbereichen, in den Krankenhausmarkt mit einbezogen. In diesem Fall betraf die Übernahme jedoch mit dem Landeskrankenhaus Wunstorf eine rein psychiatrische Landesklinik. Das Bundeskartellamt änderte damit erstmals seine Praxis der sachlichen Marktabgrenzung bei Klinikzusammenschlüssen und grenzte den Markt für stationäre psychiatrische Krankenhausdienstleistungen ab.

536. Hintergrund des Zusammenschlusses war die Entscheidung des Landes Niedersachsen aus dem Mai 2006, acht seiner psychiatrischen Fachkrankenhäuser zu veräußern. Im Januar 2007 gab das Land Niedersachsen bekannt, dass die Region Hannover⁶³ den Zuschlag für die Niedersächsische Landesklinik Wunstorf erhält. Die Region Hannover verfügt lediglich über ein Krankenhaus, welches in der psychiatrischen Behandlung tätig ist, die Fachklinik für Psychiatrie und Psychotherapie Langenhagen (KfPP). Eine Marktabgrenzung, die dem bisherigen Verfahren bei Krankenhauszusammenschlüssen entsprochen hätte und allgemein den Markt für stationäre Krankenhausdienstleistungen beträfe, wäre dem Erwerber insofern entgegengekommen, als dem geringen Marktanteil einer psychiatrischen Fachklinik auf dem großen Markt für vollstationäre Krankenhausleistungen vermutlich eine deutlich geringere Bedeutung zugekommen wäre. Dazu hat die Anmelderin vorgetragen, dass in den somatischen

Krankenhäusern der Region Hannover jährlich 1 700 somatische Fälle abgerechnet werden, deren Einordnung in das Abrechnungssystem aber vom Grundsatz einen psychiatrischen Hintergrund vermuten ließen. Demgegenüber stehen 2 500 Fälle in der psychiatrischen Spezialklinik der Anmelderin. Somit seien die Märkte nicht voneinander zu trennen. Dem hält das Bundeskartellamt jedoch entgegen, dass es sich bei solchen Fällen meist um Suchtmittelentgiftungen und vergleichbare Fälle handele, in denen eine somatische Behandlung neben der psychiatrischen erforderlich ist. Diese Behandlungen ersetzen aber keine nachfolgenden psychiatrischen Behandlungen des Patienten. Grundsätzlich seien die Leistungen somatischer Krankenhäuser überwiegend nicht mit denen psychiatrischer Krankenhäuser austauschbar, weshalb beide Märkte getrennt zu sehen seien. Darüber hinaus weisen auch die Aufnahme zur stationären Behandlung (Einweisung), der Krankheitsverlauf, die Behandlungsweise und die offenbar daraus folgenden sehr unterschiedlichen Abrechnungsmodalitäten (keine Fallpauschalen) gegenüber dem stationären Bereich auf einen sachlich getrennten Markt für psychiatrische und psychotherapeutische Leistungen hin. Am 10. Mai 2007 erteilte das Bundeskartellamt dem Zusammenschluss die Freigabe unter der Nebenbestimmung, dass mindestens 36 vollstationäre Planbetten und 14 teilstationäre Behandlungsplätze der KfPP reduziert und an einen Erwerber in der Region Hannover übergeben werden. Zwischenzeitlich wurden die Betten an die Burghof-Klinik Rinteln verkauft. Das Bundeskartellamt gab daraufhin am 21. August 2007 grünes Licht für den Zusammenschluss.

537. Die Praxis der bisherigen Marktabgrenzung des Bundeskartellamtes zeigt damit auch innerhalb des Krankenhausmarktes eine situationsbezogene Auslegung. Das Bundeskartellamt nimmt die Besonderheiten der psychiatrischen Versorgung zum Anlass, bei der Übernahme einer psychiatrischen Fachklinik den sachlich relevanten Markt einzuschränken. Eine Untergliederung des sachlich relevanten Marktes im Falle des Zusammenschlusses von Allgemeinkrankenhäusern hat das Amt allerdings bisher stets abgelehnt. Hier führen die Charakteristika der Krankenhausversorgung insbesondere unter der Nutzung bekannter Marktabgrenzungskonzepte zu umstrittenen Ergebnissen. So stellen Krankenhäuser ein heterogenes Angebot an Gesundheitsdienstleistungen zur Verfügung. Das Angebot dient der Diagnostik, Behandlung und Pflege einer Vielzahl unterschiedlicher Krankheiten und Unfallfolgen. Die qualitative Spreizung des Behandlungsbedarfs auf der Nachfrageseite und die Vielzahl der möglichen Behandlungsmethoden auf der Angebotsseite erschwert die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes nach dem Bedarfsmarktkonzept. Aus diesem Grund sind diverse Alternativen für die sachliche Marktabgrenzung denkbar. Darunter fiele sowohl ein sehr weitgehender Untersuchungsbereich, bei dem alle von Ärzten angebotenen medizinischen Leistungen erfasst werden, als auch eine Aufteilung in verschiedene sachlich relevante Teilmärkte zur Behandlung einzeln bestimmter gesundheitlicher Einschränkungen. Diese Frage wird insbesondere seit der Entscheidung des Oberlandesgerichts Düs-

⁶³ Unternehmensrechtlich handelte es sich um die eigens zum Zwecke des Zusammenschlusses gegründete „Kliniken Region Hannover Wunstorf GmbH“, die 100-prozentige Tochter der „Kliniken Region Hannover GmbH“ ist. Deren alleiniger Träger ist die Region Hannover.

seldorf im Fall Rhön Klinikum AG intensiv diskutiert.⁶⁴ Fraglich ist, ob bei Zusammenschlüssen von Krankenhäusern die jeweiligen Fachbereiche als einzelne Märkte abgegrenzt werden müssen, wie das Gericht in seiner Entscheidung nahe legt, oder ob man von einem Gesamtmarkt ausgehen kann.

538. Im Falle des angemeldeten Zusammenschlussvorhabens des Universitätsklinikums Greifswald mit dem Kreiskrankenhaus Wolgast grenzte das Bundeskartellamt erneut einen einheitlichen Markt für stationäre Krankenhausdienstleistungen ab.⁶⁵ Die Anmelderin aus Greifswald war hingegen der Auffassung, dass das Krankenhaus auf dem speziellen Markt für Universitätskliniken agiere, der bundesweit abzugrenzen sei. Aufgrund des besonderen Schwerpunktes universitärer Forschung und Lehre und der Vorhaltung modernster Behandlungstechnik seien Universitätskliniken nicht mit Allgemeinkrankenhäusern austauschbar. Das Bundeskartellamt hebt demgegenüber hervor, dass die Patientenversorgung zwar nur einen Teilbereich der Aufgaben eines Universitätsklinikums darstelle, dieser Bereich aber eben der wettbewerbsrechtlich relevante sei. Auf der Ebene der Patientenversorgung stehe aber auch ein Universitätsklinikum im Wettbewerb zu anderen Allgemeinkrankenhäusern.

539. Das Bundeskartellamt stützt seine Entscheidung, einen einheitlichen Markt für stationäre Krankenhausdienstleistungen abzugrenzen, im Wesentlichen auf eine empirische Studie, die es in Bayern durchgeführt hat. Hierbei wird anhand von nach dem DRG-System abgerechneten Fallpauschalen gezeigt, dass sowohl hinsichtlich der Tiefe des Angebots als auch der Versorgungspraxis einzelner Fachbereiche erhebliche Verflechtungen bestehen. Die Untersuchung zeigt, dass 82,7 Prozent aller in der Stichprobe erfassten Versorgungsfälle in Krankenhäusern Leistungen darstellen, welche bereits in Krankenhäusern der Regelversorgung behandelt werden können. Auch Maximalversorger behandeln zu 68,5 Prozent Fälle der Regelversorgung und stehen mit diesem Angebot in direkter Konkurrenz zu Häusern der Regelversorgung. Reziprok werden solche Fälle, welche das Kartellamt in erster Linie Maximalversorgern zurechnet, zu 46,8 Prozent von Krankenhäusern anderer Versorgungsstufen erbracht; allerdings darunter nur zu 11,6 Prozent in Häusern der Regelversorgung. Hinsichtlich der Behandlung einzelner Fallgruppen (DRG) in Fachabteilungen hat das Bundeskartellamt ermittelt, ob ein bestimmter Fall überwiegend in einer bestimmten Fachabteilung behandelt wird. Ergebnis der Untersuchung ist, dass allein in den Abteilungen Augenheilkunde sowie Gynäkologie und Geburtshilfe über 90 Prozent der behandelten Fälle auch tatsächlich überwiegend in dieser Fachabteilung behandelt werden, während bei acht weiteren Fachabteilungen unter 10 Prozent der dort behandelten Fälle tatsächlich allein dieser Fachabteilung zuzuordnen sind, sondern

zu einem signifikanten Anteil auch in anderen Abteilungen versorgt wurden.

540. Die Ergebnisse der Untersuchungen des Bundeskartellamtes belegen, dass die meisten Angebote von Krankenhäusern nicht trennscharf in Versorgungsstufen oder Fachbereiche untergliedert werden können. So berücksichtigt die Aufteilung nach Fachbereichen nicht, dass größere Krankenhäuser ihre Fälle spezialisierten Abteilungen zuordnen können, während kleinere Häuser diese in einer allgemeineren Abteilung, zum Beispiel Inneres oder Chirurgie, behandeln. Diese Annahme wird durch die Untersuchung des Bundeskartellamtes nun bestätigt. In ihrem Sechzehnten Hauptgutachten hat die Monopolkommission den Verzicht auf eine Aufteilung nach Fachbereichen tendenziell für zu ungenau erachtet.⁶⁶ Einer fachabteilungsspezifischen Marktabgrenzung sind jedoch, wie die Untersuchung des Bundeskartellamtes zeigt, enge Grenzen gezogen. Nach dem gegenwärtigen Erkenntnisstand kommt sie bislang nur für Abteilungen wie Gynäkologie und Geburtshilfe, Augenheilkunde und Psychiatrie in Betracht. Bei anderen Abteilungen sprechen die in Bayern gewonnenen Daten gegen eine fachabteilungsspezifische Marktabgrenzung. Ob sich diese Ergebnisse auf andere Regionen übertragen lassen, muss sich erweisen; Unterschiede zwischen Stadt und Land sind hier durchaus denkbar. Möglich ist auch die Abgrenzung von Spezialmärkten für einzelne Behandlungsarten oder beispielsweise bestimmten Behandlungsclustern innerhalb des Spektrums der DRG-Fallpauschalen, die eine genauere Abgrenzung der Teilmärkte des Krankenhausmarktes zulassen. Auf diese Weise könnten Unterschiede erfasst werden, wie beispielsweise bei Gelenktransplantationen, die auch in größeren Krankenhäusern ausgeführt werden, aber praktisch doch die Domäne von Spezialkliniken sind.

541. Zu einer anderen Einschätzung kommt die Monopolkommission bei der Abgrenzung des Marktes nach der Versorgungstiefe. Insbesondere in solchen Fällen, in denen ein Maximalversorger plant, ein kleines Haus der Regelversorgung zu übernehmen, oder auch beim Zusammenschluss zweier Fachkliniken erscheint es der Monopolkommission zu ungenau, sämtliche akutstationären Leistungen des DRG-Spektrums in die sachliche Marktabgrenzung mit einzubeziehen. Dementsprechend zeigt auch die Untersuchung des Bundeskartellamtes in Bayern, unter der Prämisse der dortigen Einstufung der Versorgungsstufen, dass bei einem Maximalversorger in einem Drittel der Versorgungsfälle explizit Leistungen erbracht werden, die über die Regelversorgung hinausgehen. Dementgegen ist nur in Einzelfällen davon auszugehen, dass ein Regelversorger Fälle höherer Versorgungsstufen behandelt. Eine Abgrenzung nach Versorgungsstufen bietet sich jedoch aufgrund deren ungenauer und nicht bundeseinheitlicher Abgrenzung und den deutlichen Überschneidungen nicht an. Demgegenüber schlägt die Monopolkommission vor, den Markt auf diejenigen

⁶⁴ OLG Düsseldorf vom 11. April 2007, VI Kart 6/05 (V), WuW/E DE-R 1958.

⁶⁵ BKartA, Beschluss vom 11. Dezember 2006, B3 – 1002/06.

⁶⁶ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2004/2005, a. a. O., Tz. 482 ff.

DRG-Fallgruppen abzugrenzen, in denen mindestens zwei der beteiligten Unternehmen im zuletzt erfassten Abrechnungsjahr eine gewisse Mindestzahl an Fällen abgerechnet haben. Da Krankenhäuser gemäß § 21 KHEntgG die DRG-Einzelfalldaten vorhalten müssen, um diese den Krankenkassen zur Verfügung zu stellen, dürfte die Ermittlung des notwendigen Datenmaterials, einer ersten Einschätzung zufolge, die praktische Umsetzung dieser Methode nicht deutlich erschweren. Eine solche Abgrenzung nach Fallgruppen, die sowohl Diagnose als auch Behandlungsform klassifizieren, birgt zwar weiterhin Potenzial für einzelne Ungenauigkeiten, erscheint aber nach Meinung der Monopolkommission auch hinsichtlich einer Abgrenzung nach dem Bedarfsmarktkonzept ein geeignetes Verfahren darzustellen.

2.3.1.2 Räumliche Marktabgrenzung auf Krankenhausmärkten

542. In Einklang mit der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes wird auch die räumliche Marktabgrenzung nach Maßgabe der gegebenen Austauschbeziehungen aus Sicht der Abnehmer vorgenommen. Um zu testen, ob die Austauschmöglichkeiten der Nachfrager aus objektiven Gründen regional begrenzt sind, nimmt das Bundeskartellamt daher für den Krankenhausmarkt eine individuelle Betrachtung der tatsächlichen Patientenströme vor. Dazu fragt das Amt in allen potenziellen Wettbewerbskrankenhäusern die Anzahl und Herkunft der Patienten ab. Aus den ermittelten Patientendaten erstellt es eine angebots- und eine nachfragerorientierte Statistik der Patientenströme nach Postleitzahlengebieten und verwendet die Werte dieser Analyse als Teil einer mehrdimensionalen Abgrenzung des wettbewerblich relevanten Raumes.

543. Um die gesammelten Daten statistisch aufzuarbeiten, so dass die Werte Rückschlüsse auf den räumlich relevanten Markt zulassen, fasst das Bundeskartellamt zunächst mehrere Postleitzahlengebiete um die an einem Fusionsvorhaben beteiligten Krankenhäuser zu regionalen Einheiten zusammen. Anschließend zeigt es in einer angebotsbezogenen Aufbereitung der erhobenen Daten, welcher Anteil der Patienten der befragten Krankenhäuser aus welchen der abgegrenzten Postleitzahlengebiete kommt. Eine Übereinstimmung bei den Einzugsgebieten der betroffenen Krankenhäuser und möglicher Wettbewerbskrankenhäuser gibt dem Amt einen Hinweis darauf, aus welchen Gebieten die Kliniken gemeinsam ihre Patienten akquirieren. Einen noch gewichtigeren Einfluss auf die räumliche Marktabgrenzung durch das Bundeskartellamt hat allerdings die nachfrageorientierte Marktanteilsbetrachtung der erhobenen Daten. Dabei erstellt das Kartellamt für jede der untersuchten Regionen eine Übersicht über die Marktanteile, welche die untersuchten Krankenhäuser in der jeweiligen Region erzielt haben. Das Bundeskartellamt ermittelt in diesem Zusammenhang auch die Eigenversorgungsquote eines Gebietes, die einen gewichtigen Hinweis für die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes darstellt. Dabei handelt es sich um den Marktanteil, den alle Krankenhäuser einer Region bei den Patienten in der gleichen Region erzielen. Eine hohe Ei-

genversorgungsquote deutet auf eine in sich geschlossene Versorgungsregion und damit auf einen eigenen räumlich relevanten Markt hin. Zur Ermittlung der Quote wird zunächst vom kleinsten abgegrenzten Gebiet um die betroffenen Krankenhäuser ausgegangen. Ist die Versorgungsquote anschließend nur gering, so muss das Gebiet hinsichtlich benachbarter Regionen ausgedehnt werden. Mit zunehmender Größe des Gebietes umfasst selbiges auch eine größere Zahl an Wettbewerbskrankenhäusern, weshalb eine geringe Selbstversorgungsquote durch die Gebietsausdehnung tendenziell ansteigt.⁶⁷

544. Die Berechnung der Selbstversorgungsquote hat bei den im Berichtszeitraum geprüften Zusammenschlüssen im räumlich relevanten Markt zu den in Tabelle IV.4 dargestellten Ergebnissen geführt. Das Bundeskartellamt nennt keinen fixen Wert für die Selbstversorgungsquote, bei der es einen räumlich relevanten Markt abgrenzt. Im Fall Klinikum Region Hannover hat das Bundeskartellamt eine Selbstversorgungsquote von 55 Prozent des Postleitzahlengebietes Nienburg als hoch, aber „nicht dominierend“ eingestuft. Somit reiche diese Quote nicht aus, um sich vom benachbarten Markt abzugrenzen. Im Zusammenschlussfall Universitätsklinikum Greifswald/Kreiskrankenhaus Wolgast zeigte sich, dass die Abgrenzung allein anhand der Eigenversorgungsquote nicht eindeutig sein kann. So grenzte das Bundeskartellamt zwar das Gebiet Greifswald und Umland als räumlich relevanten Markt ab; die Selbstversorgungsquote im Kerngebiet war dabei noch höher. Im Kerngebiet seinerseits betrug die Selbstversorgungsquote der Krankenhäuser im Gebiet Greifswald 88,9 Prozent während der Marktanteil des Kreiskrankenhauses Wolgast als einziges Krankenhaus in Wolgast selbst nur 58,1 Prozent betrug. Aus räumlicher Sicht hätte die zwischen Greifswald und Wolgast gelegene Fachklinik Karlsburg auch dem Wolgaster Gebiet zugeschlagen werden können. In diesem Fall hätten die Selbstversorgungsquoten der Gebiete Greifswald und Wolgast bei 84,4 und 66,1 Prozent gelegen, was eine Abgrenzung zweier regionaler Märkte allein hinsichtlich der Eigenversorgungsquote nicht mehr ausgeschlossen hätte.

545. Auf Krankenhausmärkten agieren sachlich und räumlich sehr heterogene Anbieter- und Nachfragergruppen, für die keine gleichermaßen adäquate Marktabgrenzung gewählt werden kann. Da die Leistung am Ort des Angebotes erbracht wird, spielen Wegüberwindungskosten, deren Gewicht je nach Behandlungsbedarf unterschiedlich ausfallen kann, für die Entscheidung der Nachfrager für ein Krankenhaus eine Rolle. Insofern stellt die Marktabgrenzung lediglich eine Heuristik dar, um die Ausweichmöglichkeiten von Nachfragergruppen auf räumlich relevanten Märkten abzubilden. Die zu diesem Zweck vom Bundeskartellamt auf dem Krankenhausmarkt angewendete Methode, zur Marktabgrenzung die Patientenbewegungen heranzuziehen, stellt eine Anlehnung an das ökonomische Konzept des Tests der Handels-

⁶⁷ Im Falle einer hohen Selbstversorgungsquote kann der Effekt auch gegenläufig sein, da durch die Gebietsausweitung auch zusätzliche Personen einbezogen werden, deren Präferenzen auch neue Wettbewerber außerhalb des vergrößerten Gebietes betreffen können.

ströme dar. Die Festlegung der kritischen Quoten ist jedoch sehr an die individuellen Gegebenheiten geknüpft und sollte im Krankenhaussektor daher in dieser Heuristik nicht durch feste Schwellenwerte erfasst werden. Die Monopolkommission begrüßt daher das Vorgehen des Bundeskartellamtes, nicht alleine auf allgemeingültige Grenzwerte für die Eigenversorgungsquote abzustellen, sondern die besonderen Gegebenheiten auf den Märkten und die Analyse einzelner Wanderungsbewegungen von Patienten in die Abgrenzung einfließen zu lassen. Erfahrungen aus den Vereinigten Staaten legen nahe, dass es bei einer mechanistischen Vorgehensweise leicht zu einer wenig adäquaten Abgrenzung von Krankenhausmärkten kommen kann.

546. Eine alternative Methodik, sich dem diffizilen Problem der Marktabgrenzung zu nähern, hat die Monopolkommission bereits in ihrem Sechzehnten Hauptgutachten vorgeschlagen.⁶⁸ Auf die hier beschriebene Weise ließe sich die Marktabgrenzung dadurch ermitteln, dass eine repräsentative Auswahl der Patienten der am Zusammenschluss beteiligten Kliniken befragt wird, in welcher Klinik sie sich hätten behandeln lassen, wenn es die Klinik, die sie besucht haben, nicht gegeben hätte. So erhält man die Alternative zu der gewählten Klinik. Je größer der Anteil der Patienten ist, der stattdessen in die Klinik

des anderen Zusammenschlussbeteiligten gegangen wäre, desto problematischer ist aus wettbewerblicher Sicht der Zusammenschluss. Mit dieser Vorgehensweise ließe sich auch die Abgrenzung unterschiedlicher sachlich relevanter Märkte in Form von verschiedenen Behandlungsformen verwirklichen, für die die Befragung durchgeführt wird.

547. Die räumliche Marktabgrenzung soll den Bereich des wettbewerbsrelevanten Wirkens der Zusammenschlussbeteiligten möglichst genau erfassen. Die Methodik des Bundeskartellamtes führt dabei im Falle von Krankenhausfusionen in der Regel zur Abgrenzung relativ kleiner Regionalmärkte. Eng abgegrenzte Märkte haben zur Folge, dass sich Zusammenschlüsse von Krankenhäusern aus fusionskontrollrechtlicher Sicht problematischer darstellen als beispielsweise bei einer bundesweiten Marktabgrenzung. Je enger der relevante Markt abgegrenzt wird, desto weniger Wettbewerbshäuser können dort aktiv sein und desto wahrscheinlicher wird es, dass der Zusammenschluss wettbewerbsbeschränkende Wirkungen mit sich bringt.⁶⁹ Aus diesem Grunde liegt es in der Regel im Interesse der Zusammenschlussbeteiligten, dass möglichst weite Märkte abgegrenzt werden. Vor dem Hintergrund der bisherigen Untersuchungen des

⁶⁸ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2004/2005, a. a. O., Tz. 483.

⁶⁹ Eine Ausnahme stellt der Fall dar, bei dem der Markt so eng abgegrenzt wird, dass letztlich zwei Monopolmärkte um jedes Krankenhaus herum entstehen.

Tabelle IV.4

Übersicht der Selbstversorgungsquoten bei Krankenhausfusionen

	Zusammenschluss¹	Selbstversorgungsquoten in den räumlich abgegrenzten Märkten
1.	Universitätsklinikum Greifswald/Kreis Krankenhaus Wolgast	Gebiet Greifswald und Umland: 89 % (Kerngebiet Greifswald: 92 %)²
2.	Kliniken Ludwigsburg-Bietigheim/Enzkreis-Kliniken	Gebiet Stuttgart: 85,7 % Gebiet Pforzheim: 79,4 % Gebiet Löschgau, Stuttgart, Heilbronn: 94 %
3.	Klinikum Region Hannover	Gebiet Hannover und Umland: 93 %
4.	LBK Hamburg/Krankenhaus Mariahilf	Gebiet Hamburg Harburg: ca. 70 % (Hamburg und südliches Umland: ca. 90 %)³

¹ Das Zusammenschlussverfahren Klinikum Region Hannover/Landeskrankenhaus Wunstorf ist nicht aufgeführt, da die räumliche Marktabgrenzung in diesem Fall hinsichtlich der regionalen Pflichtversorgungsgebiete für einzuweisende Patienten vorgenommen wurde. Für die Sektoren hat das Bundeskartellamt die Eigenversorgungsquoten nicht angegeben. Jedoch haben die Pflichtversorger der Zusammenschlussbeteiligten in den abgegrenzten Sektoren allein Marktanteile von jeweils ca. 72,5 Prozent und 77,5 Prozent erzielt. Im Zusammenschlussverfahren Marienhaus GmbH/Krankenhaus Ottweiler, Kinderklinik Kohlhof wurde die definitive räumliche Marktabgrenzung offen gelassen, da eine Marktbeherrschung auch ohne definitive Abgrenzung ausgeschlossen werden konnte. Im Verfahren Helios/Humaine konnte die detaillierte Aufschlüsselung des räumlich relevanten Marktes deshalb entfallen, da die Beteiligten eine Überschneidung durch strukturelle Änderungen noch im Laufe des Verfahrens ausschließen konnten.

² Das Bundeskartellamt hielt aufgrund der hohen Eigenversorgungsquote bereits den Kernmarkt Greifswald für den räumlich relevanten Markt. Um Auseinandersetzungen mit der Anmelderin zu vermeiden und da eine weitere Marktabgrenzung materiell zu dem gleichen Ergebnis führt, hat das Kartellamt jedoch die weitere Marktabgrenzung gewählt.

³ Obwohl das Bundeskartellamt den räumlich relevanten Markt „Hamburg Harburg 1“ abgegrenzt hat, hat es auch die Marktanteile in größeren Märkten bis einschließlich Hamburg und südliches Umland zu Grunde gelegt um zu zeigen, dass auch die Annahme eines größeren räumlich relevanten Marktes zum selben Ergebnis führt.

Quelle: Bundeskartellamt

Bundeskartellamt wird jedoch deutlich, dass Patienten in den meisten Fällen eine wohnortnahe Versorgung vorziehen. Insofern ist die Vorgehensweise des Bundeskartellamtes, oft kleine Regionalmärkte abzugrenzen, der gegenwärtigen Situation auf dem Krankenhausmarkt angemessen.

548. Eine Betrachtung der Wahlmotive der Patienten lässt es dabei vor allem als plausibel erscheinen, dass die Kosten der Wegüberwindung vom Wohnort zum Krankenhaus bei der Entscheidung für eine Klinik eine wesentliche Rolle spielen. Patienten werden nur dann ein weiter entferntes Krankenhaus aufsuchen, wenn der Nutzenmehrwert dieses Wettbewerbers diese Kosten übersteigt. Der Nutzenmehrwert von weiter entfernten Krankenhäusern muss aber für den Patienten hinreichend transparent sein, um von ihm bei seiner Entscheidung berücksichtigt zu werden. Dabei ist eine Entwicklung zu zunehmender Qualitätstransparenz auf dem Krankenhausmarkt zu beobachten, die sich nach Meinung der Monopolkommission weiter fortsetzen sollte.⁷⁰ In diesem Fall ist gleichfalls davon auszugehen, dass mit einem zunehmenden Qualitätswettbewerb zwischen Krankenhäusern auch ein größerer räumlich relevanter Markt für den Patienten erschlossen wird. Die Monopolkommission hält es daher für angebracht, bei der Abgrenzung von Regionalmärkten diese Entwicklung bereits dadurch vorwegzunehmen, dass in Grenzfällen der größere räumlich relevante Markt abgegrenzt wird.

2.3.2 Marktabgrenzung im Energiesektor

549. Bereits im letzten Hauptgutachten hat die Monopolkommission das Revisionsverfahren zum Fall E.ON/Eschwege erneut angesprochen.⁷¹ Im Berichtszeitraum führte das Bundeskartellamt nun eine umfangreiche Datenerhebung zu den Strommärkten in Deutschland durch, um darauf basierend seine bisherige Marktabgrenzung zu modifizieren und in das Verfahren einzubringen. Die Notwendigkeit dazu sah das Bundeskartellamt insbesondere in der zunehmenden Bedeutung des Stromhandels. Am 6. Juni 2007 wurde die Beschwerde der Beteiligten gegen die Verfügung des Bundeskartellamtes vom Oberlandesgericht Düsseldorf zurückgewiesen und die neue Marktabgrenzung des Bundeskartellamtes in vollem Umfang bestätigt.⁷²

550. Bis dato unterschied das Kartellamt im Stromsektor die bundesweiten Märkte für Stromweiterverteiler und für Stromgroßkunden sowie den regional abgegrenzten Endkundenmarkt. Der Stromhandel wurde durch diese Marktabgrenzung nicht explizit erfasst. Aufbauend auf der Marktanalyse geht das Bundeskartellamt von den spezifischen Eigenschaften des Produktes Strom aus, die ursächlich dafür sind, dass die Struktur des Stromsektors

von der anderer Märkte divergiert. Nunmehr unterscheidet das Amt die drei grundsätzlichen Marktstufen Erzeugung, Distribution und Endkunden. Darauf aufbauend hat das Kartellamt entsprechend dem Bedarfsmarktkonzept zwei Endkundenmärkte und diverse Zwischenmärkte, auf denen die Nachfrager nicht zum eigenen Verbrauch nachfragen, definiert.⁷³

551. Die Monopolkommission sprach sich in ihrem letzten Hauptgutachten für eine Modifizierung der früheren Marktabgrenzung im Stromsektor aus, weil sie diese für nicht mehr zeitgemäß hielt, und verwies diesbezüglich auf den Ansatz der Europäischen Kommission.⁷⁴ Die Monopolkommission begrüßt grundsätzlich das neue Vorgehen des Bundeskartellamtes, stimmt allerdings nicht der Auffassung des Amtes zu, dass die in der modifizierten Marktabgrenzung skizzierten Stufen und die daraus abgeleiteten Märkte das gesamte „freie, nicht präventiv regulierte“ Marktgeschehen abbilden. So bleibt beispielsweise der Regelenergiemarkt völlig unbeachtet. Die Monopolkommission ist der Meinung, dass der Regelenergiemarkt in die Marktabgrenzung einbezogen werden sollte, da auch dieser sich grundsätzlich wettbewerblich gestalten lässt.⁷⁵ Darüber hinaus hätte das Bundeskartellamt nach Ansicht der Monopolkommission die Wettbewerbswirkungen auf der Distributionsstufe differenzierter betrachten sollen. Im Gegensatz zum Bundeskartellamt misst die Monopolkommission der wettbewerblich organisierten Distributionsstufe zumindest eine eingeschränkte positive Wettbewerbswirkung auf den Endkundenmarkt zu. Durch die am Markt vorhandenen zahlreichen Strombezugsalternativen erhalten auch kleinere Handelsunternehmen die Möglichkeit, sich mit günstigen Endprodukten am Markt zu positionieren. Würde der Wettbewerb auf dieser Stufe hingegen ausbleiben, bestünde die Möglichkeit, dass die Endkundenpreise durch zusätzliche Preisaufschläge (double mark-up) auf der Distributionsstufe erhöht würden.

552. Darüber hinaus ist aus Sicht der Monopolkommission kritisch zu sehen, dass das Bundeskartellamt seine Analysen nicht durch die Anwendung quantitativer ökonomischer Verfahren gestützt hat. Die Monopolkommission hätte ein solches Vorgehen sehr begrüßt, weil die ökonomische Fundierung der Modifizierung einer zuvor etablierten Marktabgrenzung, insbesondere in einem wichtigen Markt der Grundversorgung, zu einer hohen Akzeptanz führen und die Glaubwürdigkeit der Ergebnisse stützen kann. Auch geht sie davon aus, dass eine solche Untersuchung bei der Abgrenzung der sachlich und räumlich relevanten Märkte zu neuen Erkenntnissen geführt hätte und die wirkenden Wettbewerbskräfte in ihrer Komplexität hätten abgebildet werden können. Die Abgrenzung von Märkten bedarf der Analyse sämtlicher wirkender Wettbewerbskräfte, daher ist eine Untersuchung sowohl der Nachfragesubstituierbarkeit als auch der Angebotssubstituierbarkeit und des potenziellen

⁷⁰ Vgl. Kapitel V, Tz. 819 ff.

⁷¹ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2004/2005, a. a. O., Tz. 519 ff.; BKartA, Beschluss vom 12. September 2003, B 8 –21/03, WuW/E DE-V 823.

⁷² OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6. Juni 2007, VI-2 Kart 7/04 (V), WuW/E DE-R 2094.

⁷³ Vgl. dazu im Detail Monopolkommission, Sondergutachten 49, a. a. O., Tz. 131 ff.

⁷⁴ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2004/2005, a. a. O., Tz. 520.

⁷⁵ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 49, a. a. O., Tz. 145 f.

Wettbewerbs erforderlich. Der hypothetische Monopolistentest⁷⁶ vermag die Aussagen zur Nachfrage- und zur Angebotssubstituierbarkeit zu beleuchten, wohingegen das Bundeskartellamt in seinen Untersuchungen durch die Anwendung des Bedarfsmarktkonzepts lediglich auf die Nachfragesubstituierbarkeit abgestellt hat.

553. Im Rahmen des hypothetischen Monopolistentests wäre zum Beispiel die Frage zu erörtern, ob ein hypothetischer Monopolist auf dem Markt für den erstmaligen Absatz von Strom auch über eine Monopolstellung auf allen oder einigen weiteren Märkten der Distributionsstufe verfügen muss, um eine 5 bis 10-prozentige Preiserhöhung profitabel zu machen. Auch wenn hier Bedarfsmarktkonzept und hypothetischer Monopolistentest nach Ansicht der Monopolkommission vermutlich zu einem identischen Ergebnis kommen würden und der Markt für den erstmaligen Absatz von Strom als maßgeblicher Markt der Distributionsstufe anzusehen wäre, muss dennoch betrachtet werden, dass das Bedarfsmarktkonzept nicht einbezieht, welche Wettbewerbswirkungen von den Händlern ausgehen, und nicht relevant ist, ob Strom vom Stromerzeuger oder einem Händler auf einer nachgelagerten Stufe bezogen wird, so dass Händler und Stromerzeuger einen gemeinsamen relevanten Markt bilden würden.

554. Weiterhin könnte geprüft werden, ob und inwiefern unabhängige Weiterverteiler als Nachfrager auf dem Markt für den erstmaligen Stromabsatz auf eine Preiserhöhung des hypothetischen Monopolisten reagieren würden. Denkbar wäre, dass sie auf eine Preiserhöhung mit dem Bau eigener Stromerzeugungskapazitäten und damit dem Verzicht des Bezugs von Strom reagieren würden. In diesem Fall würde sich eine Preiserhöhung langfristig nicht auszahlen und ein potenzieller Wettbewerb durch Eigenerzeugung würde disziplinierend wirken. Die unabhängigen Weiterverteiler müssten demselben Markt zugerechnet werden wie die aktuellen Erzeuger. Der sachlich relevante Markt wäre damit weiter abzugrenzen.

555. Weiterer Untersuchungspunkt wäre die räumliche Abgrenzung des Strom-Großkundenmarktes und die Überprüfung, ob es sich tatsächlich um einen nationalen Markt handelt und nicht nur um einen Markt, der nach Regelzonen abzugrenzen ist. Darüber hinaus ließe sich überprüfen, ob die Märkte für Kleinkunden und Großkunden tatsächlich getrennte Märkte sind. Die Monopolkommission hat bereits dargelegt, dass zwischen den beiden Märkten asymmetrische Substitutionsbeziehungen bestehen, die dazu führen, dass, je nachdem ob der Wettbe-

werb um Kleinkunden oder um Großkunden analysiert werden soll, divergierende Marktdefinitionen gelten würden.⁷⁷

556. Erschwert werden die Analysen im Rahmen des hypothetischen Monopolistentests dann, wenn der originäre Wettbewerbspreis nicht bekannt ist und die Preise bereits in der Ausgangssituation des Gedankenexperiments erhöht sind. Die Monopolkommission weist darüber hinaus darauf hin, dass die Operationalisierung des hypothetischen Monopolistentests einen deutlichen zusätzlichen Aufwand verlangt, insbesondere dann, wenn ergänzende Marktdatenerhebungen erforderlich werden. Die Monopolkommission regt daher an, dass die Kapazitäten des Bundeskartellamts diesbezüglich ausgerichtet werden.

557. Zu den Fusionskontrollfällen, in denen das Bundeskartellamt die vom Oberlandesgericht Düsseldorf bestätigte Marktabgrenzung angewandt hat, zählen das ebenfalls langwierige Revisionsverfahren RWE/Saar Ferngas sowie das Verfahren RWE/Stadtwerke Krefeld Neuss.⁷⁸ In beiden Fällen waren sowohl der Strom- als auch der Gasmarkt betroffen. Bei der Marktabgrenzung im Gassektor folgte das Bundeskartellamt seiner bisherigen Praxis. Die Monopolkommission vertritt die Meinung, und stimmt hierbei mit dem Bundeskartellamt überein, dass es zwar Anzeichen⁷⁹ für einen Änderungsbedarf dieser Marktabgrenzung gibt, aber dennoch die Entwicklung der tatsächlichen Marktverhältnisse abgewartet werden sollte. Allerdings sieht die Monopolkommission auch hier die Option, die aktuelle Marktabgrenzung mithilfe quantitativer Verfahren zu überprüfen. So wäre zum Beispiel für die aktuell kontrovers diskutierte Abgrenzung eines einheitlichen Wärmemarktes ein zusätzlicher Erkenntnisgewinn zu erwarten.⁸⁰

⁷⁶ Der hypothetische Monopolistentest, der identisch ist mit dem aus den USA stammenden SSNIP-Test, ist ein gedankliches Experiment, welches die Auswirkungen einer hypothetischen Preiserhöhung auf die Gewinnsituation des Anbieters betrachtet. Es wird die Frage gestellt, ob die Nachfrager als Reaktion auf eine angenommenen Erhöhung der Preise im Bereich von 5 bis 10 Prozent auf verfügbare Substitute ausweichen würden. Dabei wird auch berücksichtigt, ob potenzielle Konkurrenten aufgrund der hypothetischen Preiserhöhung ihr Angebot umstellen würden (Angebotsstabilität). Ist die Substitution so groß, dass durch den damit einhergehenden Absatzrückgang eine Preiserhöhung nicht mehr einträglich wäre, so werden in den relevanten Markt so viele weitere Gebiete einbezogen, bis kleine Erhöhungen der relativen Preise einen dauerhaften Gewinn einbringen würden.

⁷⁷ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 49, a. a. O., Tz. 153 ff.

⁷⁸ BKartA, Beschluss vom 12. März 2007, B8 – 62/06; dass., Beschluss vom 23. Oktober 2007, B8 – 93/07.

⁷⁹ Dazu zählen zum Beispiel die Reduktion der Marktgebiete, die Einführung des Zweivertragsmodells als neues Netzzugangsmodell sowie die Erwartungen an die Entwicklung eines funktionsfähigen Großhandels. Vgl. BKartA, Beschluss vom 23. Oktober 2007, B8 – 93/07 „RWE/Stadtwerke Krefeld Neuss“.

⁸⁰ Das Bundeskartellamt hat sich bis dato gegen einen einheitlichen Wärmemarkt auf der Endkundenstufe ausgesprochen und sich diesbezüglich auf höchstrichterliche Rechtsprechung bezogen. Vgl. dazu BGH, Urteil vom 9. Juli 2002, KZR 30/00, WuW/E DE-R 1006 „Fernwärme für Börsen“. Jüngst hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs zur Monopolstellung als Voraussetzung für die analoge Anwendbarkeit des § 315 BGB die Ansicht vertreten, dass es dabei auf den sog. Wärmemarkt unter Einschluss aller übrigen für die Wärmeerzeugung geeigneten Energieträger wie Öl, Strom, Kohle, Fernwärme etc. ankomme. Vgl. BGH, Urteil vom 13. Juni 2007, VIII ZR 36/06, WuW/E DE-R 2243 „Gaspreis“. Die Literatur steht der Übertragung dieser Auffassung auf das Kartellrecht kritisch gegenüber und auch die Monopolkommission äußerte sich bis dato eher abwartend; vgl. dazu Monopolkommission, Sondergutachten 49, a. a. O., Tz. 416. Das Oberlandesgericht Celle hat im Januar 2008 als erstes Kartellgericht entschieden, dass für die Endkundenversorgung nicht auf den Gasmarkt, sondern auf den Wärmemarkt abzustellen sei; vgl. dazu OLG Celle, Beschluss vom 10. Januar 2008, 13 VA1/07 (Kart), WuW/E DE-R 2249 „Stadtwerke Uelzen“. Im Februar folgte ein Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main mit der gleichen Aussage; vgl. dazu OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 19. Februar 2008, 11 U 12/07 (Kart).

558. Das Bundeskartellamt argumentiert, dass durch den Kauf einer Gastherme oder einer Ölheizung eine starke Bindung an ein Heizsystem hervorgerufen wird. Nachfrager, die sich einmal für ein Heizsystem entschieden haben, können dieses zumindest nicht kurzfristig wechseln, weil bei einem Wechsel des Heizenergieträgers die Anschaffungskosten zu versunkenen Kosten würden. Nach Meinung des Amtes gehören die substitutiven Energieträger aufgrund der hohen Wechselkosten daher nicht dem relevanten Markt an. Die Monopolkommission sieht diese Lock-in-Effekte bzw. die Systemgebundenheit an den Energieträger, ist aber der Meinung, dass durchaus Substitutionseffekte entstehen können und nicht zwangsläufig davon ausgegangen werden muss, dass kein einheitlicher Wärmemarkt existiert. Entscheidend ist darüber hinaus nicht nur, dass es überhaupt Kunden gibt, die nicht wechseln wollen, sondern vielmehr, wie groß dieser Teil des Marktes ist. Auch wenn nur ein Teil der Kunden noch nicht „gefangen“ ist, kann dieser Bereich disziplinierend wirken.⁸¹ Solange ein Unternehmen nämlich auf die Erweiterung seines Kundenstamms angewiesen ist, muss es sich im Wettbewerb Unternehmen stellen, die andere Energieträger anbieten. Das Verhalten des Unternehmens gegenüber Kunden, die den Energieträger nur unter Inkaufnahme versunkener Kosten wechseln könnten, wird dadurch kontrolliert. Darüber hinaus gibt die Monopolkommission zu bedenken, dass die Verwendung der Marktabgrenzung auch abhängig davon sein sollte, welcher wettbewerbspolitischen Maßnahme sie als Grundlage dient.

559. Falls man sich für dafür entscheidet, harte Elemente der Strukturpolitik, wie z. B. eine eigentumsrechtlich Entflechtung, ins Kartellrecht aufzunehmen, empfiehlt die Monopolkommission ein sehr sensibles Vorgehen bei der Abgrenzung des relevanten Marktes. Ein strukturpolitisches Element, welches einen erheblichen Eingriff in die privaten Eigentumsrechte der Unternehmen darstellen kann, bedarf nach Ansicht der Monopolkommission einer umfassenden Analyse sämtlicher Wettbewerbskräfte und daher einer Erweiterung über die sehr enge Marktabgrenzung hinaus. Es lassen sich Anzeichen dafür finden, dass der Gasmarkt ein wachsender Markt ist und die beteiligten Unternehmen die Gewinnung von Neukunden anstreben. Die Gewinnung von Neukunden kann nur dadurch erfolgen, dass Kunden von anderen Heizenergieträgern hin zum Gas wechseln. Folglich lässt sich ein Wettbewerbsdruck zwischen den Energieträgern unterstellen und eine disziplinierende Wirkung auf den Preis kann erwartet werden. Um den Wechsel hin zum Heizenergieträger Gas attraktiv zu machen, müssen die Gasversorgungsunternehmen zu einem Preis anbieten, der wettbewerbsfähig ist. Sie sind demnach in ihrem Preissetzungsspielraum beschränkt. Hier muss allerdings bedacht werden, dass der Gaspreis nur zu einem geringen Prozentsatz von den Unternehmen selbst beeinflusst werden kann und damit nie ein absoluter Wettbewerbspreis

sein kann, was zum einen auf die spezielle Struktur des Gasmarktes zurückzuführen ist und zum anderen auf die Kopplung des Gaspreises an den Ölpreis. Hier könnten auch die Gründe vermutet werden, warum die Europäische Kommission, wie bereits ausführlich im Einleitungskapitel erörtert,⁸² beabsichtigt, für den Gasmarkt keine Entflechtungsvorschriften vorzusehen. Für die Marktabgrenzung im Rahmen der Fusionskontrolle und der Missbrauchsaufsicht sieht die Monopolkommission nach bisherigem Erkenntnisstand eine tendenziell enge Marktabgrenzung als hinreichend und den aktuellen Marktgegebenheiten entsprechend an. Auch sähe sie andernfalls die Anwendung der §§ 19 und 29 GWB und die Erreichung der Voraussetzungen ihrer Anwendbarkeit als problematisch an.

2.3.3 Marktabgrenzung im Lebensmitteleinzelhandel

560. Ende Dezember 2007 hatten EDEKA und Tengelmann die Absicht angemeldet, ihre deutschen Lebensmittel-Discountketten, „Netto“ bzw. „Plus“, in einem Gemeinschaftsunternehmen zusammenzuführen. Die Unternehmen haben darüber hinaus eine Kooperation beim Einkauf für ihr Supermarktgeschäft vereinbart. Das Bundeskartellamt mahnte das Zusammenschlussvorhaben Anfang April 2008 ab. Dabei zeichnete sich bereits ab, dass das Amt hinsichtlich der sachlichen Marktabgrenzung bei diesem Zusammenschluss eine neue Segmentierung des Lebensmittelmarktes zugrunde legen könnte. Zum Abschluss dieses Gutachtens war der Ausgang des Verfahrens allerdings noch offen.

561. Nach derzeitigem Stand der Ermittlungen des Bundeskartellamtes würde EDEKA mit der Tengelmann-Tochter Plus einen nach dem eigenen Vertriebskonzept engen Wettbewerber übernehmen und die regionale und bundesweite Marktabdeckung erheblich erweitern. Der Zusammenschluss führt auf den meisten der 100 untersuchten regionalen Teilmärkte zu einer marktbeherrschenden Stellung mit erheblichen Abständen zu den nachfolgenden Wettbewerbern. Bereits vor dem Zusammenschluss ist EDEKA mit einem Marktanteil von 25 Prozent Marktführer im gesamten deutschen Lebensmitteleinzelhandel. Dieser Markt hat sich in den letzten Jahren erheblich konzentriert. Die sechs größten Anbieter, nämlich EDEKA, die Schwarz-Gruppe, Aldi, REWE, Metro und Tengelmann, haben einen Marktanteil von ca. 90 Prozent. Die verbleibenden 10 Prozent des Marktvolumens teilen sich etwa 100 weitere Anbieter.⁸³ Die Übernahme würde die hohe Konzentration weiter fördern. Die hohe Konzentration führt nach Meinung des Bundeskartellamtes zu einer zunehmenden Abhängigkeit der Nachfrager von immer weniger Anbietern.

562. Das Zusammenschlussvorhaben sieht die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens vor, an dem EDEKA zu 70 Prozent und Tengelmann zu 30 Prozent

⁸¹ Vgl. Monopolkommission, Die Missbrauchsaufsicht über Gas- und Fernwärmeunternehmen: Wettbewerb zwischen Systemen im Wärmemarkt, Sondergutachten 21, Baden-Baden 1991, Tz. 11 ff.

⁸² Vgl. Tz. 53 im Einleitungskapitel dieses Gutachtens.

⁸³ Diese und die folgenden Markt- und Geschäftszahlen sind aktuellen Presseberichten entnommen.

beteiligt sind. Das Unternehmen würde einen Umsatz von über 11 Mrd. Euro erwirtschaften, davon stammen ca. 7 Mrd. Euro von den 2 900 Filialen von Plus und ca. 4,1 Mrd. Euro von den 1 300 Netto-Märkten. Damit wäre EDEKA der drittgrößte Anbieter im deutschen Lebensmittel-discount. Führend sind Aldi mit 24,3 Mrd. Euro Umsatz und Lidl mit 14,3 Mrd. Euro Umsatz. Der REWE-Discounter Penny wäre nach dem Zusammenschluss viertgrößter Anbieter. Dass das Bundeskartellamt in dem Zusammenschluss eine erhebliche Verbesserung der Wettbewerbsposition der EDEKA-Gruppe sehen könnte, ist darin begründet, dass es den Zusammenschluss von Netto und Plus überwiegend als einen Zusammenschluss von Markenanbietern wertet und das entstehende Gemeinschaftsunternehmen deutlich stärker in Konkurrenz zu herstellermarken-orientierten Anbietern, sog. Soft-Discountern wie Penny oder Vollsortimentern wie REWE oder Kaufland, sieht als in Konkurrenz zu handelsmarken-orientierten Anbietern, sog. Hard-Discountern wie Aldi, Norma oder – mit Einschränkungen – Lidl. Das Amt differenziert die verschiedenen Vertriebs-schienen im Lebensmitteleinzelhandel nach den Kriterien Sortimentsbreite (Anzahl der Produkte), Sortimentstiefe (Anzahl der Marken pro Produkt und Anteil der Hersteller- bzw. Handelsmarken), Warenpräsentation sowie Verkaufsfläche in folgende Segmente:

- SB-Warenhäuser bieten ein warenhausähnliches Sortiment und eine Vielzahl von Lebensmitteln verschiedener Marken an, wobei der Anteil der Herstellermarken sehr hoch und der Anteil der Handelsmarken sehr viel geringer ist. Die Verkaufsflächen liegen in der Regel über 5 000 m².
- Vollsortimenter bieten eine Vielzahl von Lebensmitteln verschiedener Marken an. Der Anteil der Herstellermarken ist sehr hoch, Handelsmarken machen nur einen kleinen Anteil aus. Das Bundeskartellamt unterscheidet nach der Größe der Geschäfte sog. Verbrauchermärkte mit Verkaufsflächen zwischen 1 500 und 5 000 m², große Supermärkte mit 800 bis 1 500 m², Supermärkte mit 400 bis 800 m² und SB-Geschäfte mit weniger als 400 m² Verkaufsfläche.
- Discounter bieten eine begrenzte Auswahl an Produkten zu niedrigen Preisen an. Das Bundeskartellamt differenziert ferner zwischen Hard-Discountern und Soft-Discountern. Hard-Discountern haben eine sehr einfache Ladenausstattung, dauerhafte Tiefpreise, eine geringe Sortimentsbreite und -tiefe und führen fast ausschließlich Handelsmarken, d. h. nur wenige Herstellermarken. Soft-Discountern haben ebenfalls eine einfache Ladenausstattung, führen aber ein etwas breiteres Sortiment und mehr Marken, insbesondere mehr Herstellermarken als Hard-Discountern.

563. Dem Bundeskartellamt zufolge besteht Wettbewerbsdruck vonseiten der Hard-Discountern im Wesentlichen über die Preissetzung im Bereich der Handelsmarken. Davon seien die Soft-Discountern und insbesondere die Vollsortimenter mit einem großen Anteil an Herstellermarken und anderen Konzepten hinsichtlich Qualität, Service, Verkaufsflächen und Werbung weitgehend unab-

hängig. Ein engeres Wettbewerbsverhältnis hat das Amt dagegen zwischen den Vertriebs-schienen Soft-Discount und Vollsortiment festgestellt. Die Feststellung, dass zwischen den Vertriebs-schienen im deutschen Lebensmitteleinzelhandel ein stark abgestuftes Wettbewerbsverhältnis besteht, hat das Bundeskartellamt bisher jedoch noch nicht dazu bewegt, jeweils getrennte sachlich relevante Märkte abzugrenzen. In diesem Zusammenhang wurde darauf hingewiesen, dass die Endverbraucher ihre Einkäufe in der Regel in Geschäften mehrerer Vertriebs-schienen tätigen und dass die Anbieter EDEKA, REWE und Tengelmann ein zweigleisiges Vertriebskonzept verfolgen und sowohl im Vollsortiment als auch im Soft-Discountbereich vertreten sind. Auch die Schwarz-Gruppe verfolgt ein zweigleisiges – wenn auch gebrochenes – Vertriebskonzept mit dem Vollsortimenter Kaufland und der Unternehmenstochter Lidl, die nach Definition des Bundeskartellamtes eher zwischen den Bereichen Soft- und Hard-Discount einzuordnen ist. Die Feststellung des stark abgestuften Wettbewerbsverhältnisses hat das Amt dazu veranlasst, die Marktmachtwächse der EDEKA-Gruppe infolge des Zusammenschlusses im Soft-Discount-Bereich wesentlich schwerwiegender zu bewerten, als dies bei einer globalen Betrachtung des Wettbewerbs unter den Lebensmittel-Discountern und den Anbietern anderer Vertriebs-schienen erfolgt wäre, und hierauf aufbauend eine Abmahnung auszusprechen.

564. Die Monopolkommission weist darauf hin, dass bisher keine hinreichend fundierten unabhängigen Studien vorliegen, welche die These des Bundeskartellamtes von einem stark abgestuften Wettbewerbsverhältnis der Vertriebs-schienen im deutschen Lebensmitteleinzelhandel stützen. Eine kritische Würdigung der Vorgehensweise des Bundeskartellamtes kann erst im Anschluss an den endgültigen Beschluss erfolgen. Insbesondere die Bewertung des Wettbewerbspotenzials verbleibender und zukünftiger Wettbewerber in den Segmenten Soft-Discount und Vollsortiment erfordert dazu aus Sicht der Monopolkommission eine genaue Betrachtung.

2.4 Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung

2.4.1 Prüfung der Wettbewerbsbedingungen

565. Bei der Prüfung der Wettbewerbsbedingungen stellt das Bundeskartellamt traditionell auf verschiedene strukturelle Kriterien ab, die dazu beitragen sollen, mögliche Auswirkungen des Zusammenschlusses innerhalb einer Gesamtwürdigung einzuschätzen. Ein wichtiges Kriterium für die Beurteilung der Marktstellung der an einem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen ist nach wie vor der addierte Marktanteil der beteiligten Unternehmen. Im deutschen Kartellrecht ist dieser die Grundlage für die Vermutungstatbestände des § 19 Abs. 3 GWB, bei denen eine marktbeherrschende Stellung der beteiligten Unternehmen angenommen wird. Aufgrund des Marktanteils alleine kann jedoch die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nicht festgestellt werden, weshalb andere Kriterien ebenfalls für die Gesamtwürdigung relevant sind. Hier sind gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 2

GWB neben strukturellen Kriterien auch wettbewerbsrelevante Verhaltensweisen zu berücksichtigen. Das Bundeskartellamt ist in seinen Entscheidungen um eine umfassende Würdigung aller Wettbewerbswirkungen eines Zusammenschlusses bemüht. Es stellt sich allerdings die Frage, ob ein stärkeres Gewicht auf den Einsatz ökonomischer Modelle gelegt werden sollte, um die Beschlüsse des Bundeskartellamtes weiter zu fundieren. Einige der Beschlüsse im Berichtszeitraum sollen nachfolgend näher betrachtet werden.

2.4.1.1 Wettbewerb durch Randanbieter bei Laserquellen im Verfahren Coherent/Excel

566. Am 25. Oktober 2006 untersagte das Bundeskartellamt den Zusammenschluss der beiden amerikanischen Unternehmen Coherent und Excel, die beide in der Entwicklung von Laser- bzw. Präzisionsoptikprodukten tätig sind.⁸⁴ Das Zusammenschlussverfahren war neben Deutschland nur in den Vereinigten Staaten anmeldepflichtig und wurde von der dortigen Wettbewerbsbehörde freigegeben. In der Prüfung durch das Bundeskartellamt war vor allem die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes sehr aufwendig, da sich die Lasertechnologien hinsichtlich Nachfragergruppen und verschiedenen Leistungsstufen nicht trennscharf unterscheiden ließen. Das Bundeskartellamt grenzte den sachlich relevanten Markt für sealed-off RF CO₂ Laser⁸⁵ bis 600 W und den Markt für Ultrafast-Laser ab. Während die Beteiligten insbesondere für den ersteren Markt mehrfach andere Varianten zur Abgrenzung vorschlugen, die zuletzt die Märkte für sealed-off RF CO₂ Laser unter und über 100 W betrafen, entschied sich das Bundeskartellamt vor allem aufgrund der nicht mehr eindeutig abgrenzbaren Nachfragergruppen für die genannte Marktabgrenzung. So werden die sealed-off RF CO₂ Laser vornehmlich zur Bearbeitung von Nichtmetallen eingesetzt, wobei eine exakte Trennung einzelner Bereiche nicht möglich ist. Bei den Beteiligten handelt es sich um die wichtigsten Hersteller auf dem sachlich abgegrenzten Markt, deren Marktanteile bereits die Vermutungsschwelle für oligopolistisches Parallelverhalten überschritten haben. Das Bundeskartellamt stellte jedoch fest, dass der Markt durch starken Preiswettbewerb gekennzeichnet ist. Mit einem Zusammenschluss hätten die Beteiligten nach Ansicht des Bundeskartellamtes jedoch eine überragende Marktstellung mit großem Marktanteilsabstand zum nächsten Verfolger erlangt. Daher hat das Bundeskartellamt den Zusammenschluss aufgrund der Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt für sealed-off RF CO₂ Laser bis 600 W untersagt. Der zweite abgegrenzte Markt für Ultrafast-Laser hat hingegen keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken verursacht.

⁸⁴ BKartA, Beschluss vom 24. August 2008, B5 – 51/07.

⁸⁵ Bei sealed-off RF CO₂ Lasern handelt es sich um vergleichsweise kleinere Laserquellen, bei denen sich das Gasmedium in einer geschlossenen Röhre befindet (sealed-off) und indirekt mit Hochfrequenzenergie (radio frequency = RF) angetrieben wird.

567. Die unterschiedliche Beurteilung des Zusammenschlusses zwischen Bundeskartellamt und Department of Justice erscheint auch deshalb auffällig, da sich das Bundeskartellamt bei der Marktabgrenzung auf einen weltweiten Markt bezogen hat und somit nicht allein von den eventuell divergierenden Wettbewerbswirkungen in Deutschland ausgeht. Die Monopolkommission erkennt vor allem in der technologischen Abgrenzung der Lasertypen und in der Einschätzung des Wettbewerbs durch Randanbieter die möglichen Gründe für die unterschiedliche Bewertung. Zu diesem Zweck können sealed-off RF CO₂ Laser in die Segmente für Laser unter und über 100 W differenziert werden.

568. Für die obere Leistungsklasse für Laser zwischen 100 und 600 W steht dabei vor allem die Frage im Raum, ob die Unterschiede der Produkte der Zusammenschlussbeteiligten beide zu nächsten Wettbewerbern machen. Laut dem Vortrag der Beteiligten muss hier vielmehr zwischen Lasern unterschieden werden, die mit einem gepulsten, und solchen, die mit einem konstanten Strahl arbeiten. In dem genannten Leistungsbereich produziert nur Coherent gepulste Laser, während die Excel Tochter Synrad Laser mit einem konstanten Strahl herstellt.⁸⁶ Beide Laserarten seien nicht austauschbar. Daher seien beide Unternehmen hier nicht nächste Wettbewerber und die Addition der Marktanteile infolgedessen wenig aussagekräftig. Das Bundeskartellamt wertet jedoch die von den Beteiligten vorgelegten Unterlagen völlig anders. So ist nach Meinung des Amtes eine weitgehende Austauschbarkeit der Laser beider Beteiligten für die Nachfrager gegeben. Die Preise beider Laserarten unterscheiden sich nicht und bis zu einem bestimmten Grade seien auch die Laser beider Beteiligten pulsbar. Allenfalls ein kleiner Bereich der Modellpalette von Coherent sei in der Lage, eine extrem hohe Pulsleistung zu generieren, so dass nur in einem sehr engen Feld signifikante Unterschiede im Anwendungsbereich zu Lasern von Synrad bestehen.

569. Für die Beurteilung des Wettbewerbs bei Lasern der unteren Leistungsklasse ist die Bewertung der addierten Marktanteile bei der Gesamtwürdigung der Wettbewerbsbedingungen als ein wesentlicher Punkt zu sehen. Daraus allein lässt sich aber noch keine Aussage über den Verhaltensspielraum eines Unternehmens ableiten. So können Randanbieter dafür sorgen, dass auch ein dominantes Unternehmen seine Marktmacht nicht vollständig nutzen kann und bei zunehmenden Marktzutritten sogar in seinem Bestand als solches gefährdet ist. Können kleine Wettbewerber im Markt auch nur geringe Mengen zu Preisen anbieten, die unterhalb des Preises des dominanten Unternehmens liegen, dann ziehen diese Unternehmen einen Teil der Nachfrage weg. Dem dominanten Unternehmen bleibt die sog. (Residual-)Nachfrage, um seine Preissetzung zu optimieren. Dies führt zu einem Preis, der unterhalb des Monopolpreises liegt. Zusätzliche Markteintritte weiterer Randanbieter nehmen dem domi-

⁸⁶ Die Pulsbarkeit von Lasern betrifft die Möglichkeit, für kurze Momente deutlich höhere Spitzenleistungen zu erreichen.

nanten Unternehmen anhaltend Nachfrage ab. Der Marktanteil des großen Unternehmens sinkt in diesem Fall stetig. Entscheidend für die Zahl der Marktzutritte sind die Durchschnittskosten der kleinen Hersteller im Vergleich zu denen des dominierenden Unternehmens. Liegen die Durchschnittskosten des dominierenden Unternehmens deutlich unter denen von kleinen Herstellern, dann finden die Marktzutritte schnell ein Ende. Damit Marktzutritte generell möglich sind, ist darüber hinaus notwendig, dass keine wesentlichen Markteintrittsbarrieren den Markteintritt für Randanbieter erschweren.

570. Im Zusammenschlussverfahren Coherent/Excel sind verschiedene Auffälligkeiten zu erkennen, die dafür sprechen, dass die ökonomische Theorie des Randwettbewerbs zur Analyse der Marktprozesse für den Markt der Leistungsklasse unter 100 W geeignet sein könnte. So ist der Markt neben den beiden großen Anbietern, den Zusammenschlussbeteiligten, auch durch eine größere Zahl kleinerer Randanbieter gekennzeichnet, die größtenteils erst in den vergangenen Jahren in den Lasermarkt der Leistungsklasse unter 100 W eingetreten sind. Jeder dieser kleineren Wettbewerber weist dabei für sich allein nur geringe Marktanteile auf. Eine genauere Analyse der Marktanteilsentwicklung im Zeitablauf konnte das Bundeskartellamt aufgrund der eingeschränkten Datenbasis nicht vornehmen; in einer Fußnote wird jedoch darauf hingewiesen, dass die Umsätze der Beteiligten nur moderat gestiegen seien, das Marktvolumen allerdings ebenso. Dabei geht das Amt allerdings von dem abgegrenzten Gesamtmarkt für sealed-off RF CO₂ Laser bis 600 W aus, in dem der durch Randanbieter gekennzeichnete Bereich nur einen Teilmarkt bildet. Außerdem schätzt das Bundeskartellamt die Wettbewerbssituation auf dem Markt so ein, dass dieser, trotz der gewichtigen Position der Zusammenschlussbeteiligten, von starkem Preiswettbewerb gekennzeichnet ist.

Während die zunehmenden Marktzutritte im unteren Leistungssegment relativ geringe Marktzutrittsschranken erwarten lassen, geht das Bundeskartellamt von relativ hohen Barrieren für Newcomer aus. Dazu zieht das Amt vor allem die traditionellen Kriterien zur Bewertung von Markteintrittsbarrieren heran. Vor allem Reputation und Finanzkraft der Beteiligten werden so hoch eingeschätzt, dass Marktzutritte von neuen Anbietern erschwert werden. Hohe Hürden seien zudem die Entwicklungszeit von 18 bis 24 Monaten und die Kosten für die Entwicklung sowie die notwendigen Produkttests, die mit Kosten von 2 bis 3 Mio. Euro verbunden seien. Dass die Marktzutritte der Vergangenheit zu belegen scheinen, dass die aufgeführten Markteintrittsschranken offenbar keine wesentliche Barriere für Newcomer darstellen, erkennt das Bundeskartellamt nicht als Nachweis für wesentlichen potenziellen Wettbewerb an, da es sich ausschließlich um kleinere Unternehmen handele, die bisher nur zu geringen Stückzahlen fertigen und nicht ohne weiteres auf Massenproduktion umstellen könnten. Mit Marktzutritten, die die Marktposition der Beteiligten wesentlich relativieren könnten, sei daher nicht zu rechnen.

571. Die Monopolkommission hält die Auswirkungen des Randwettbewerbs im Beschluss des Bundeskartellamtes, entgegen den normativen Vorgaben des § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB, für unzureichend berücksichtigt. Anders als es das Bundeskartellamt in seinem Beschluss darstellt, zeigt die ökonomische Theorie, dass auch der Marktzutritt vieler kleinerer Wettbewerber dazu geeignet sein kann, den Verhaltensspielraum eines dominanten Unternehmens deutlich einzuschränken. Das Bundeskartellamt orientiert sich in seinem Beschluss sehr an der traditionellen Vorgehensweise, verschiedene Kriterien des Marktbeherrschungstests sukzessive abzutesten. Die Monopolkommission ist jedoch der Meinung, dass hier vor allem den Faktoren, welche die Kraft des Randwettbewerbs bestimmen, besondere Beachtung zufallen sollte. Die losgelöste Analyse verschiedener Kriterien für den Markteintritt ist nach Ansicht der Monopolkommission nur bedingt dazu geeignet, die tatsächliche Entscheidungssituation eines potenziellen Wettbewerbers abzubilden, die von der Relation der Kosten zum erwarteten Erfolg des Markteintritts abhängt. Liegen empirische Erkenntnisse darüber vor, dass Marktzutritte durch kleinere Wettbewerber in zurückliegenden Zeiträumen erfolgt sind, so ist in der Analyse vor allem darauf abzustellen, ob es Hinweise darauf gibt, dass den Marktzutritten der Vergangenheit weitere kleinere Anbieter folgen können und diese in ihrer Angebotsweite auch nicht auf bestimmte Kundensegmente oder Absatzräume beschränkt bleiben. Diese können entscheidenden Einfluss auf den Preiswettbewerb in diesem Segment haben. Neben einer auf den Randwettbewerb gerichteten Analyse der Marktzutrittsbarrieren ist daher für die Kraft des Randwettbewerbs vor allem zu prüfen, ob das dominante Unternehmen aufgrund deutlich geringerer Durchschnittskosten den Zustrom zusätzlicher Randanbieter mittelfristig begrenzen kann. In diesem Zusammenhang sind vor allem mögliche Größenvorteile der Beteiligten zu untersuchen.

572. Im vorliegenden Fall bleibt jedoch zu berücksichtigen, dass es sich bei dem Aspekt des Randwettbewerbs vor allem um sealed-off RF CO₂ Laser niedriger Leistungsstärken bis 100 W handelt. Bei Lasern über 100 W spielt hingegen der Randwettbewerb bisher keine Rolle und kann somit die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung auch nicht potenziell entkräften. Die hier nach Meinung der Beteiligten angebrachte sachliche Trennung der Produkte von Coherent und Synrad konnte das Bundeskartellamt mit einer fundierten Analyse von Nachfragergruppen und Produkttechnologien überzeugend widerlegen. Da das Kartellamt den sachlich relevanten Markt jedoch aufgrund der nicht identifizierbaren Trennung der Nachfragergruppen einheitlich für sealed-off RF CO₂ Laser bis 600 W abgegrenzt hat, sind die Auswirkungen der beschriebenen Vorgehensweise in der Gesamtwürdigung abzuwägen. Bei den sealed-off RF CO₂ Lasergruppen unterschiedlicher Leistungsstufen handelt es sich um Substitutionsketten, bei denen eine grundsätzliche Nichtabgrenzbarkeit der Nachfragergruppen am unteren und oberen Ende nicht ausgeschlossen ist. Im vorliegenden Fall geht die Monopolkommission daher davon aus, dass im Rahmen einer Gesamtbetrachtung

auch die Annahme laufender Marktzutritte von Randanbietern im unteren Leistungssegment nicht dazu geführt hätte, die Marktmacht der Zusammenschlussbeteiligten auf der gesamten Angebotsbreite wirksam zu disziplinieren.

2.4.1.2 Oligopolistische Marktbeherrschung im Fall Phonak/GN ReSound

573. Die Monopolkommission hat in ihrem letzten Hauptgutachten darauf hingewiesen, dass bei der Prüfung monopolistischer Marktbeherrschung stärker die strategischen Möglichkeiten zu beachten sind, die eine Veränderung der Oligopolstruktur nach sich ziehen könnte.⁸⁷ Dafür ist es insbesondere erforderlich, nicht alleine Marktstrukturkriterien zur Analyse heranzuziehen, sondern auch Verhaltensspielräume zu betrachten, die sich den Unternehmen mit dem Zusammenschluss eröffnen. Ein Zustand kollektiver Marktbeherrschung wird um so wahrscheinlicher, je höher die Markttransparenz und je ähnlicher die Strukturen der im Markt verbliebenen Unternehmen sind, da eine implizite Abstimmung auf diese Weise begünstigt wird. Als wesentliche Merkmale eines marktbeherrschenden Oligopols gelten zudem, seit der durch den Europäischen Gerichtshof geprägten Rechtsprechung, neben einer hohen Markttransparenz auch wirksame Sanktionsmechanismen und das Fehlen eines gegengewichtigen Außenwettbewerbs.

574. Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum den Zusammenschluss des schweizerischen Hörgeräteherstellers Phonak mit dem dänischen Unternehmen GN ReSound untersagt, der nach Meinung des Amtes zu einer Entstehung eines marktbeherrschenden Oligopols geführt hätte.⁸⁸ Phonak gehört zusammen mit SAT (Siemens Audiologische Technik) und Oticon zu den drei gewichtigen Anbietern von Hörgeräten, die in Deutschland zusammen einen Marktanteil von über 80 Prozent halten. Der Marktanteil von SAT bewegt sich dabei etwa 10 bis 15 Prozent über den beiden ähnlich positionierten Konkurrenten. Dahinter existieren mehrere Verfolger, wobei substanziell nur die Unternehmen GN ReSound und Widex (Marktanteil je 5 bis 10 Prozent) in einem überschaubaren Zeitraum relevantes Wettbewerbspotenzial besitzen.

575. Das Bundeskartellamt untersucht in seinem Beschluss die gegenwärtige Situation auf dem abgegrenzten sachlich und räumlich relevanten deutschen Markt für die Herstellung und den Vertrieb von Hörgeräten an den Hörgeräteakustikhandel. Den Untersuchungen des Bundeskartellamtes zufolge liegt ein wesentliches Charakteristikum des Marktes in der Verflechtung der Anbieter über verschiedene Verbände, Gemeinschaftsunternehmen und durch Patenttausch. Alle Hersteller, die den Absatzkanal über den Hörgeräteakustiker nutzen, sind auch Mitglieder des Zentralverbandes Elektrotechnik und Elektronikindustrie e.V. (ZVEI), dem zweimonatlich Angaben über

Absatzzahlen und Umsätze der Hersteller gemeldet werden. Die Zuordnung dieser Angaben zu sechs Preissegmenten ist Grundlage der Produktklassen für Hörgeräte in Deutschland. Durch die Daten aus diesem Meldesystem verfügen die Hersteller über eine einheitlich hohe Markt- bzw. Preistransparenz. Die Hersteller haben auch ein Gemeinschaftsunternehmen (HIMPP) gegründet, welches alle wesentlichen Grundlagenpatente hält, ohne die eine Herstellung von Hörgeräten faktisch nicht möglich ist. Es existieren weitere Gemeinschaftsunternehmen, welche die Schnittstellensoftware zur Anpassung der Hörgeräte von Mitgliedsunternehmen an die Messungen des Hörgeräteakustikers ermöglichen, und diverse Lizenz- und Crosslizenzabkommen, welche zu einer starken Verflechtung der Hersteller beitragen. Parallelentwicklungen können zudem über eine Patentdatenbank, die bei HIMPP hinterlegt ist, frühzeitig erkannt werden und werden für gewöhnlich schon bald gegenseitig lizenziert.

576. Bei der Prüfung von Struktur und Verhaltensaspekten stellt das Bundeskartellamt die bestehende Verflechtung der Marktteilnehmer durch gemeinsame Patentpools und Lizenzierungen als einen wesentlichen Anhaltspunkt für gleichgerichtetes Verhalten heraus. Als Folge der institutionellen Zusammenarbeit in den genannten Gemeinschaftsunternehmen und im Rahmen des ZVEI-Meldesystems verfügt die Anbieterseite über eine hohe Markttransparenz im Bezug auf Preis- und Produktentwicklungen. Gleichzeitig wird die enge Zusammenarbeit zwischen den Unternehmen auch als eine wesentliche Markteintrittsschranke hervorgehoben. Die am Markt etablierten Unternehmen können einem potenziellen Newcomer glaubhaft ernstzunehmende Wettbewerbsnachteile androhen. Das Kartellamt sieht somit die Tendenz zu einer strategischen Marktabstimmung und verweist zudem auf den empirischen Umstand, dass es im untersuchten Marktsegment in den vergangenen zehn Jahren keinerlei Marktzutritte gegeben habe.

Das Bundeskartellamt untersucht auch den Innovationswettbewerb. Aus Sicht des Amtes verlaufen die Phasen von geringen Vorstößen und deren Verfolgung jedoch möglichst gleichgerichtet und ohne die Absicht, größere und dauerhafte Wettbewerbsvorsprünge zu erzielen. Dafür spricht die gemeinsame Nutzung der Grundlagenpatente über HIMPP, die hohe Innovationstransparenz durch die HIMPP-Patentdatenbank und die kurzfristige Lizenzierung neuer Patente für die Wettbewerber. Die Wettbewerbsvorstöße haben nach Auffassung des Amtes einen kalkulierbar zyklischen Charakter und werden durch die zeitversetzte Einführung neuer Produkte regelmäßig neutralisiert.

Kritisch betrachtet das Bundeskartellamt auch die einheitliche Auffassung der Hersteller, dass der Preis auf dem Markt nur einen untergeordneten Wettbewerbsparameter darstellt. Nach Auffassung des Kartellamtes führt die durch das ZVEI-Meldesystem gegebene hohe Preistransparenz auf der Anbieterseite offensichtlich zu einer wirksamen Disziplinierung des Preiswettbewerbs. Das Kartellamt verdeutlicht in der Entscheidung, dass insbesondere die drei marktmächtigen Unternehmen genau die

⁸⁷ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2004/2005, a. a. O., Tz. 645 ff.

⁸⁸ BKartA, Beschluss vom 13. Dezember 2006, B3 – 578/06, WuW/E DE-V 1365.

sechs Preissegmente des Meldesystems bedienen und in den vergangenen Jahren keine signifikanten Preisvorstöße gewagt haben. Das Preissetzungsverhalten weist eine eher gleichgerichtete Tendenz auf, die allein von GN ReSound als einzigem preisaktivem Verfolger gelegentlich durchbrochen wird.

Aufgrund der asymmetrischen Informationsverteilung auf dem Endkundenmarkt, orientieren sich Verbraucher im Wesentlichen an den Empfehlungen der Hörgeräteakustiker. Die Preissetzung ist zudem aufgrund der späten Endpreisfeststellung nach der endgültigen Einmessung des Hörgerätes für den Kunden völlig intransparent. Die Händler können somit sehr hohe Margen kalkulieren. Wesentlicher Preiswettbewerb, der sich auf den Herstellermarkt übertragen könnte, besteht daher nicht. Die Händlerseite selbst ist weitgehend polypolistisch strukturiert. Von einer gegengewichtigen Nachfragemacht kann somit nach Auffassung des Kartellamtes nicht ausgegangen werden.

577. Die geplante Akquisition des Verfolgers GN ReSound durch den Oligopolisten Phonak hätte die Wirkung eines zusätzlich erhöhten Konzentrationsgrades des Oligopolverbundes. Darüber hinaus sprechen mehrere weitere Merkmale für eine Ausweitung der Marktmacht des Oligopols nach einer Übernahme. So würde mit GN ReSound der einzige preisaktive Wettbewerber vom Markt verschwinden, der darüber hinaus noch über ein eigenständiges Patentportfolio verfügt. Das Bundeskartellamt hebt hervor, dass sich die Bedingungen für ein gleichgerichtetes Verhalten durch die Reduzierung der Wettbewerber weiter verbessern und sich vice versa die Gefahr eines konsequenten wettbewerbliehen Vorstoßes verringert. Im Ergebnis hat das Amt den Zusammenschluss untersagt, da dieser zu einer Entstehung eines marktbeherrschenden Oligopols führe.

578. Die Monopolkommission begrüßt die ausführliche Analyse der Wettbewerbsbedingungen im Oligopolverbund im vorliegenden Fall. Zur Prüfung der marktbeherrschenden Stellung hat das Bundeskartellamt neben den Marktanteilen auch wesentliche Struktur- und Verhaltensaspekte untersucht und Rückkopplungen zwischen den Parametern von Marktstruktur, Marktverhalten und Marktergebnis ausführlich gewürdigt. Die Entscheidung stützt sich auch nicht alleine auf die strukturellen Marktanteilsvermutungen. Es konnte somit überzeugend dargelegt werden, dass der bestehende Oligopolverbund über eine hohe Markttransparenz verfügt, wirksame Sanktionsmechanismen besitzt und eine disziplinierende Nachfragemacht als Gegengewicht hier nicht existiert.

579. Aus dem Beschluss wird allerdings nicht klar, wieso erst die Integration von GN ReSound in das bestehende Oligopol die marktbeherrschende Stellung begründen soll. Vielmehr stellt das Bundeskartellamt in seiner detaillierten Analyse ausführlich dar, dass bereits vor dem Zusammenschluss deutliche Anzeichen für eine Marktabstimmung und nachhaltiges Parallelverhalten gegeben sind. Daher erscheint es der Monopolkommission hier widersprüchlich, die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung erst dann anzunehmen, wenn auch der letzte

kleinere preisaktive Wettbewerber in das Oligopol integriert wurde. Ohne dass dies die Entscheidung im Ergebnis verändern würde, liegt in Konsequenz der Analyse des Bundeskartellamtes vielmehr eine Verstärkung der gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung des Oligopols vor.

2.4.1.3 Potenzieller Wettbewerb im Luftverkehr

580. Unter den deutschen Luftfahrtgesellschaften ist es in der Berichtsperiode zu einer Konsolidierung gekommen. So hat die deutsche Fluggesellschaft Air Berlin in den Jahren 2006 und 2007 mehrere Zusammenschlüsse angemeldet. Eine Freigabe ohne Auflagen erteilte das Bundeskartellamt am 7. August 2007 der Übernahme der LTU.⁸⁹ Am 6. September 2006 hatte das Amt bereits der Übernahme aller Anteile der dba Luftfahrtgesellschaft durch Air Berlin zugestimmt.⁹⁰ Kurz nach der LTU-Akquisition hat Air Berlin zudem angekündigt, mit Condor einen weiteren deutschen Flugdienstleister übernehmen zu wollen, an dem zur Zeit noch mehrheitlich das Touristik-Unternehmen Thomas Cook AG beteiligt ist. Seit Ende 2007 prüft das Bundeskartellamt dieses Fusionsvorhaben. Bis zur Fertigstellung dieses Gutachtens stand eine Entscheidung der Kartellbehörde noch aus.

581. Im Übernahmeverfahren Air Berlin/LTU grenzte das Bundeskartellamt den Markt für das Angebot von Ferienflügen in Urlaubsregionen ab, da die beteiligten Unternehmen hier überschneidende Fluglinien besitzen. Im Inland bestünden hingegen lediglich marginale Überschneidungen, die keine wettbewerbliehen Bedenken hervorrufen. Ferner stellt das Amt heraus, dass es, analog zu der Übernahme der dba, der stärkeren Position auf dem Inlandsmarkt im Hinblick auf ein Gegengewicht zum Marktführer Lufthansa sogar positiv gegenübersteht. Bei der sachlichen Marktabgrenzung unterscheidet das Bundeskartellamt nicht mehr zwischen einem Markt für Linienflüge und einem Markt für Charterflüge, da Chartergesellschaften dazu übergegangen sind, einen relevanten Anteil ihrer Sitzplatzkapazitäten am Markt für Linienflüge anzubieten. Die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf das Teissegment der Charterflüge wird jedoch in der Prüfung der Wettbewerbsbedingungen weiterhin gewürdigt. Bei der Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes stellte das Bundeskartellamt, in Einklang mit der Praxis der Europäischen Kommission beim Zusammenschluss von Fluggesellschaften, auf die sich überschneidenden Flugstrecken ab. Ein wesentlicher Teil dieser Verbindungen betraf in diesem Fall Flüge des Mittelstreckenbereiches, vornehmlich in den Mittelmeerraum.

582. Bei der Würdigung der Wettbewerbsverhältnisse konnte das Bundeskartellamt mehrere Strecken als unbedenklich einstufen und unterzog anschließend drei Zielregionen einer genaueren Prüfung. Dabei handelte es sich um Verbindungen zu den Balearen, zu den Kanaren und

⁸⁹ BKartA, Beschluss vom 7. August 2007, B9 – 67/07.

⁹⁰ BKartA, Beschluss vom 6. September 2006, B9 – 96/06.

zum spanischen Festland. Auf diesen Routen erreichen die Beteiligten hohe Marktanteile, die auf den einzelnen Relationen zwischen 40 und 90 Prozent liegen. Die Freigabeentscheidung begründet das Bundeskartellamt damit, dass trotz des hohen Marktanteils teilweise Wettbewerb auf Parallelstrecken möglich sei und zudem die sehr niedrigen Marktzutrittschranken dafür Sorge tragen würden, dass ständiger Wettbewerbsdruck durch konkurrierende Fluggesellschaften bestehe. Das Bundeskartellamt sieht einen wichtigen Hinweis niedriger Barrieren für den Markteintritt in den auf den meisten betroffenen Zielflughäfen nach wie vor vorhandenen freien Slots. Der Markt zeige eine hohe Flexibilität der aktiven Anbieter, die jederzeit in der Lage sind, auf einzelnen Strecken mit ihren Wettbewerbern in Konkurrenz zu treten. Es sei zudem zu berücksichtigen, dass Einzelstrecken eine sehr enge Marktabgrenzung darstellen und Ausweichmöglichkeiten zu berücksichtigen sind, die hier teilweise vorliegen. Im Charterflugverkehr schätzt das Bundeskartellamt die Nachfragemacht der Reiseveranstalter zudem als hoch ein, da nach Ansicht des Amtes genügend Ausweichmöglichkeiten bestehen.

583. Die Monopolkommission stellt fest, dass das Bundeskartellamt seine Freigabe in diesem Fall in hohem Maße auf den potenziellen Wettbewerb gestützt hat. Hintergrund ist, dass Marktzutrittschranken für bestehende Fluggesellschaften relativ gering sind, da sie relativ kurzfristig Kapazitäten umlenken können, sofern auf den Flughäfen freie Slots zur Verfügung stehen. Vor allem aus diesem Grund sieht das Kartellamt vergleichsweise geringe wettbewerbspolitische Probleme auch auf solchen Strecken, die nach dem Zusammenschluss vermutlich zunächst eine hohe Konzentration aufweisen. Hier ist jedoch zu monieren, dass das Bundeskartellamt mit dem Argument des potenziellen Wettbewerbs im Flugverkehr sehr generalisierend vorgeht, ohne eine detailliertere Prüfung der Wettbewerbssituation der Zusammenschlussbeteiligten, beispielsweise über einen Vergleich von Preisanalysen anhand von Zeitreihen, anzustellen. Nach Meinung der Monopolkommission sind auch die Eintrittswahrscheinlichkeiten potenzieller Wettbewerber infolge der zunehmend engeren Marktstruktur genauer zu beachten und lassen sich nicht alleine darauf reduzieren, dass freie Slots zur Verfügung stehen. So hat die Europäische Kommission in ihrer Untersagung des Zusammenschlusses Ryan Air/Aer Lingus den potenziellen Wettbewerb unter anderem danach differenziert, ob mögliche Konkurrenten auf den Abflug- oder Zielflughäfen der betroffenen Strecken bereits eine Basis unterhalten. Gerade im Linienverkehr schätzt die Kommission die Markteintrittsbarrieren deutlich höher ein, wenn neue Wettbewerber erst eine neue Flugbasis errichten müssen oder nur Punkt-zu-Punkt-Verkehre anbieten können. Schränkt man die Möglichkeiten im Endkundengeschäft auf die bestehenden Anbieter mit größeren Kapazitäten ein, so werden die kritischen Strecken neben den Beteiligten nur durch Condor und TUIfly bzw. auf einzelnen Relationen auch durch Germanwings und Easyjet bedient, die im Hinblick auf die Möglichkeiten potenziellen Wettbewerbs hier kurzfristig Kapazitäten umlenken könnten. Hier ist nach

Ansicht der Monopolkommission erforderlich, in stärkerem Maße mögliche versunkene Kosten zu prüfen, die neuen Wettbewerbern beim Aufbau einer Verbindung und deren Etablierung auf den nachgelagerten Märkten entstehen, freie Flugzeugkapazitäten der verbliebenen Wettbewerber abzubilden und einen Vergleich zu mittelfristig erzielbaren Anteilen am Marktvolumen anzustellen.

Die angekündigte Übernahme von Condor durch Air Berlin stellt das Bundeskartellamt nun vor das Problem, dass auf einzelnen Relationen voraussichtlich hohe Marktanteile von den Zusammenschlussbeteiligten erreicht werden, die einerseits wettbewerbsrechtlich bedenklich sind, denen aber andererseits erneut die für den Flugverkehr üblichen und nach Ansicht des Bundeskartellamtes vermutlich geringen Markteintrittsbarrieren gegenüberstehen. Gleichzeitig führt eine Akquisition zu einer weiteren Verengung der Marktstruktur. Die Monopolkommission empfiehlt daher grundsätzlich eine tiefer gehende Analyse der Kosten und Möglichkeiten des Markteintritts potenzieller Wettbewerber vorzunehmen, wenn ein hoher Konzentrationsgrad auf Verbindungen zwischen einzelnen Gebieten vorliegt. Auf diese Weise können feinere Kriterien zur Abgrenzung vorgenommen werden, die auch eine Einstufung in zukünftigen Kontrollverfahren erleichtern. Können die wettbewerbspolitischen Bedenken nicht vollständig ausgeräumt werden, so sind die Besonderheiten bei Bedingungen und Auflagen im Luftverkehr zu beachten.⁹¹

2.4.1.4 Untersagung des Erwerbs eines nachgelagerten Unternehmens durch ein Mitglied eines Duopols

584. Im Rahmen der Untersagung des Beteiligungserwerbs der zum E.ON-Konzern gehörigen EAM Energie AG an den Stadtwerken Eschwege GmbH hat das Bundeskartellamt die Einschätzung abgegeben, dass es sich bei E.ON und RWE um ein marktmächtiges Duopol handelt und die vier Verbundunternehmen E.ON, RWE, EnBW und Vattenfall über eine marktbeherrschende Stellung beim Angebot von Strom verfügen.⁹² Diese Einschätzung wurde vom Oberlandesgericht Düsseldorf bestätigt und damit eine Grundsatzentscheidung getroffen.⁹³ E.ON und RWE sind auf den abgegrenzten bundesweiten Strommärkten nach Auffassung des Bundeskartellamtes und des Oberlandesgerichtes Düsseldorf gemeinsam marktbeherrschend im Sinne von § 19 Abs. 2 GWB, weil dort zwischen diesen beiden Unternehmen gemäß § 19 Abs. 2 Satz 2 GWB ein wesentlicher Wettbewerb nicht besteht und weil sie insofern in ihrer Gesamtheit die Voraussetzungen der überragenden Marktstellung nach § 19 Abs. 2 GWB erfüllen. Aufgrund der relevanten Marktstrukturfaktoren und des tatsächlichen Wettbewerbsge-

⁹¹ Mögliche Probleme mit Abhilfemaßnahmen im Luftverkehr, die sich aus der Abgabe von freien Slots ergeben, werden in Abschnitt 3.6.3 diskutiert.

⁹² BKartA, Beschluss vom 12. September 2003, B 8 – 21/03, WuW/E DE-V 823.

⁹³ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6. Juni 2007, VI-2 Kart 7/04 (V), WuW/E DE-R 2094.

schehens besteht zwischen E.ON und RWE kein Binnenwettbewerb. In Anbetracht der Marktverhältnisse, der weitgehend übereinstimmenden unternehmensbezogenen Strukturmerkmale der Duopolmitglieder, der Produkthomogenität, der Markttransparenz und der geringen Preiselastizität der Stromnachfrage sind preisliche Vorstöße eines Duopolmitglieds nicht zu erwarten. Es wurde deutlich, dass es für die Betrachtung einer Verstärkungswirkung dieser Stellung nicht ausreicht, allein die Wettbewerbswirkungen einer einzelnen Minderheitsbeteiligung zu untersuchen, sondern die Wirkung sämtlicher Minderheitsbeteiligungen in ihrer Gesamtheit von Bedeutung ist.

585. Die Monopolkommission begrüßt diese Entscheidung, weil sie einer weiter fortschreitenden vertikalen Konzentration im Stromsektor entgegenwirkt. Die Strategie der beiden großen Verbundunternehmen E.ON und RWE, sukzessive Stadtwerksbeteiligungen hinzuzukaufen, schottet die Märkte ab und baut die Marktmacht der Konzerne aus. Darüber hinaus sieht die Monopolkommission in Gemeinschaftsbeteiligungen der beiden Konzerne eine erhöhte Gefahr für ein gleichgerichtetes nichtwettbewerbliches Verhalten. Darüber hinaus resultieren aus der vertikalen Integration der vier Verbundunternehmen erhebliche Marktzutrittschranken, die verhindern, dass sich ein potenzieller Wettbewerber auf dem Strommarkt etablieren kann, der nicht alle relevanten Marktstufen abdeckt. Die Monopolkommission hat in ihrem Sondergutachten zur Energiewirtschaft herausgestellt, dass eine der Hauptursachen für die erheblichen Wettbewerbsdefizite auf dem Strommarkt auf der Erzeugerebene zu finden ist.⁹⁴ Auf der Erzeugerebene sind neben den vier Verbundunternehmen, die die Stufe dominieren, alle Versorgungsunternehmen, die über eigene Energieversorgungskapazitäten verfügen, vertreten. Dies sind insbesondere die Stadtwerke. Darüber hinaus werden die Stromimporte dieser Stufe zugerechnet, sind aber aufgrund eines Nettoexports aktuell von geringer Bedeutung. Gerade die Stadtwerke verfügen folglich über Erzeugungskapazitäten, die grundsätzlich nicht den Verbundunternehmen zuzurechnen sind. Eine Beteiligung würde den Verbundunternehmen ermöglichen, ihren Einfluss auch auf diese Kapazitäten geltend zu machen, und wird daher von der Monopolkommission insbesondere für diese Stufe als sehr kritisch gesehen.

586. Diese Erkenntnisse hat das Bundeskartellamt auch im Fall RWE/Saar Ferngas angewandt und wiederholt, dass durch eine Beteiligung an Weiterverteilern das im Sinne von § 36 GWB marktbeherrschende Duopol verstärkt würde.⁹⁵ Das Bestreben der RWE Energy AG, Anteile in Höhe von 76,88 Prozent an der Saar Ferngas AG zu erwerben, wurde, entsprechend dem begründeten Antrag von RWE, zur Prüfung an das Bundeskartellamt verwiesen. Die Wettbewerbsbehörde hat dieses Vorhaben abgemahnt und mit Beschluss vom 12. März 2007 untersagt, nachdem die von RWE angebotenen Zusagen

als nicht ausreichend bewertet worden waren. Saar Ferngas ist ein regionales Ferngasunternehmen, das Stadtwerke und Regionalversorger im Saarland und in Rheinland-Pfalz mit Erdgas beliefert. Sowohl RWE als auch Saar Ferngas verfügen über Beteiligungen an Stadtwerken und Regionalversorgern in diesen Gebieten sowie an anderen Ferngasunternehmen.

587. Das Bundeskartellamt gelangte zu dem Prüfungsergebnis, dass die relevanten Gasmärkte auch weiterhin deutlich gegen Wettbewerb von außen abgeschottet sind. Das Zusammenschlussvorhaben hätte nach Auffassung des Amtes zunächst zu einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von Saar Ferngas auf dem Markt für die Belieferung von Weiterverteilern mit Gas geführt. Saar Ferngas hätte darüber hinaus erstmals über RWE Einfluss auf das Abnahmeverhalten von RWE-Konzernbetrieben sowie von RWE-Stadtwerksbeteiligungen erhalten. Außerdem hätte sie den Einfluss bei denjenigen Stadtwerken maßgeblich ausweiten können, an denen sowohl Saar Ferngas als auch RWE Anteile halten. Auf den jeweils lokalen Märkten für die Belieferung von Gasgroßkunden der RWE-Konzernunternehmen und den Stadtwerken mit RWE-Beteiligung wäre die marktbeherrschende Stellung dadurch verstärkt worden, dass hier der potenzielle Wettbewerb durch Saar Ferngas als vorgelagertem Versorger zumindest abgeschwächt worden wäre. Auch im Strombereich hätte das Vorhaben zur Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung, die RWE hier gemeinsam mit E.ON zukommt, geführt, da RWE hier den bereits bestehenden Stromabsatz gegenüber einer Reihe von Stadtwerken hätte absichern können. RWE hatte mehrere Veräußerungsangebote gemacht, mit denen eine Reihe der festgestellten Verschlechterungswirkungen neutralisiert worden wären. Allerdings reichten die Zusagen aus Sicht des Bundeskartellamtes nicht aus, um die verbleibenden zusammenschlussbedingten Wettbewerbsbeeinträchtigungen an anderer Stelle im Wege der Abwägungsklausel des § 36 Abs. 1 2. Halbsatz GWB zu überwiegen. Gegen den Beschluss wurde Beschwerde eingereicht.

588. Darüber hinaus sind nach Auskunft des Bundeskartellamtes vertrauliche Gespräche zu geplanten Zusammenschlussprojekten im Gassektor zwischen den Unternehmen und dem Bundeskartellamt geführt worden. Diese Projekte hätte zu einer Verschlechterung der Marktverhältnisse im Gassektor und einer Verstärkungswirkung geführt und wurden im Anschluss an die geführten Gespräche aufgegeben.

2.4.2 Kausalität für die Veränderung der Wettbewerbsbedingungen

589. Bei seiner materiellen Prüfung eines Zusammenschlusses muss das Bundeskartellamt feststellen, ob durch den Zusammenschluss die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung herbeigeführt wird, also ob der Zusammenschluss ursächlich für die Veränderung der Wettbewerbsbedingungen ist. Ob die Kausalität im Einzelfall vorliegt, ist dabei vom Bundeskartellamt durch den Vergleich hypothetischer Situatio-

⁹⁴ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 49, a. a. O., Tz. 224.

⁹⁵ BKartA, Beschluss vom 12. März 2007, B8 – 62/06, WuW/E DE-V 1357.

nen mit und ohne Zusammenschluss festzustellen. Bei der Kausalität handelt es sich um ein grundsätzliches Prinzip der Rechtsordnung. Ob die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch einen Zusammenschluss herbeigeführt wird, ist vor allem zweifelhaft bei der Sanierungsfusion.⁹⁶ Ein Zusammenschluss zur Sanierung eines oder mehrerer Unternehmen ist im GWB nicht explizit geregelt, sondern wird nach aktueller Verwaltungspraxis des Bundeskartellamtes im Schwerpunkt unter der Kausalität eines Zusammenschlusses geprüft. Eine Sanierungsfusion erfüllt somit nicht den Tatbestand des § 36 Abs. 1 GWB und ist demzufolge freizugeben, wenn die Merkmale fehlender Ursächlichkeit im Einzelfall vorliegen. Im Falle der Sanierungsfusion lassen sich drei Merkmale typisieren, mittels derer sich die fehlende Kausalität bestimmen lässt. Das sanierungsbedürftige Unternehmen darf ohne den Zusammenschluss nicht überlebensfähig sein, es darf kein anderer Erwerber in Frage kommen und bei einem Ausscheiden des betroffenen Unternehmens aus dem Markt müssen dessen Marktanteile unmittelbar auf den Erwerber übergehen. Einem Zusammenschluss zur Sanierung eines Unternehmens, welcher zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung beiträgt, sind somit enge Grenzen gesetzt.

2.4.2.1 Sanierungsfusion im Krankensektor

590. Das Bundeskartellamt hat im Fall LBK Hamburg/Krankenhaus Mariahilf geprüft, ob der Tatbestand einer Sanierungsfusion erfüllt ist. Nach Auffassung der Anmelderin handele es sich bei der Übernahme des Hauses um die Übernahme eines vor der Insolvenz stehenden Unternehmens, da das Haus Mariahilf bereits seit Jahren defizitär arbeite. Im Jahr 2005 sei das Bilanzergebnis trotz Notlagentarifvertrag weiterhin schlecht gewesen. Auch habe Mariahilf einen erheblichen Patientenschwund zu verzeichnen. Die Trägerin von Mariahilf habe sich daher entschlossen, das Krankenhaus entweder an einen Dritten zu veräußern, der das Haus in ihrem Sinne weiterführe, oder in letzter Konsequenz den Versorgungsauftrag nicht mehr wahrzunehmen.

591. Die Voraussetzungen einer Sanierungsfusion lägen vor, wenn das Krankenhaus Mariahilf voraussichtlich in Kürze aus dem Markt ausscheiden würde, gegenüber der Anmelderin kein alternativer und weniger wettbewerbschädlicher Erwerber in Betracht käme und die Marktanteile von Mariahilf nach einem Ausscheiden aus dem Markt unmittelbar auf den LBK Hamburg übergängen. In diesem Fall wäre der Zusammenschluss nicht kausal für die Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung gemäß § 36 Abs. 1 GWB. Das Bundeskartellamt verwies jedoch darauf, dass das Krankenhaus Mariahilf in den Jahren 2004 und 2005 ein gering positives Betriebsergebnis bei einer hohen Eigenkapitalquote erzielte. Dabei sei auch auf eigenkapitalähnliche Positionen, wie etwa ein „Gesellschafterdarlehen“, zurückzugreifen. Dieses Ergebnis

sei zwar auch auf den Notlagentarifvertrag zurückzuführen, der die Personalkosten für einen beschränkten Zeitraum limitiert; gleichwohl seien auch Umstrukturierungen erforderlich, die möglicherweise ein nachhaltigeres Ergebnis nach sich ziehen könnten. Die Anmelderin hätte zudem nicht den Nachweis erbracht, dass es keine alternativen Erwerber gebe, sondern sich darauf gestützt, dass dieser Nachweis in der besonderen Situation ausnahmsweise entbehrlich sei. Das Kartellamt hatte gleichzeitig aber Ermittlungen darüber angestellt, ob ein alternativer Erwerber in Betracht käme, und ist dabei auf ein erstes Interesse eines Konkurrenten gestoßen. Aufgrund der Situation, dass sich ein weiterer Konkurrent der Anmelderin im räumlich relevanten Regionalmarkt befindet, geht das Bundeskartellamt zudem davon aus, dass die Marktanteile nicht vollkommen auf den Konkurrenten übergängen.

592. Die Monopolkommission begrüßt die strenge Auslegung der Kausalitätsprüfung durch das Bundeskartellamt im Rahmen einer Sanierungsfusion. Der bloße Verdacht eines Sanierungsfalles beim betreffenden Unternehmen reicht nicht aus, um eine fehlende Kausalität zu begründen. Der Nachweis, dass eine Übernahme des sanierungsbedürftigen Unternehmens durch einen weniger wettbewerbsschädlichen Erwerber nicht möglich ist, kann nur in Form einer Ausschreibung nachgewiesen und nicht durch allgemeine Überlegungen auf Vermutungsbasis ersetzt werden.

2.4.2.2 Kausalität bei der Untersagung eines Zusammenschlusses im Lotteriewesen

593. Die Prüfung der Kausalität spielte zudem im Zusammenschlussverfahren Land Rheinland-Pfalz/Lotto Rheinland-Pfalz⁹⁷ eine wesentliche Rolle. Am 29. November 2007 hat das Bundeskartellamt dem Land Rheinland-Pfalz untersagt, 51 Prozent der Anteile an der Lotto Rheinland-Pfalz GmbH zu übernehmen. Hintergrund des versuchten Anteils- und Kontrollerwerbs waren die Rahmenbedingungen im deutschen Glücksspielrecht. Bisher stellt jedes Bundesland innerhalb seiner Landesgrenzen ein eigenes Lotterie- und Wettangebot bereit.⁹⁸ Zur Erfüllung dieser Aufgabe existiert in jedem Bundesland eine mit der Durchführung von Lotterien betraute Lottogesellschaft, die zum überwiegenden Teil die Rechtsform einer juristischen Person des Privatrechts hat. Zudem sind die Bundesländer an einer länderübergreifenden Staatslotterie beteiligt, der Süd- bzw. Nordwestdeutschen Klassenlotterie. Das Land Rheinland-Pfalz hält einen Anteil von 6 Prozent an der Süddeutschen Klassenlotterie (SKL). Andere Veranstalter von Lotterien und Sportwetten bedurften gemäß § 6 des maßgebenden Lotteriestaatsvertrages (LStV) der Erlaubnis, die gemäß § 7 LStV nur unter engen Voraussetzungen erteilt werden darf. Die Einnahmen aus den vom Staat durchgeführten Lotterien und

⁹⁶ Vgl. Bunte, H.-J., Kartellrecht, München 2003, S. 268.

⁹⁷ BKartA, Beschluss vom 29. November 2007, B6 – 158/07, WuW/E DE-V 1517.

⁹⁸ Vgl. hierzu auch die Missbrauchsverfügung des Bundeskartellamtes im Falle Deutscher Lotto- und Totoblock; Tz. 485 ff.

Sportwetten werden in vielen Landeshaushalten, teilweise zweckgebunden, der Sportförderung und ähnlichen gesellschaftlichen Zwecken zugeleitet.

594. Das Land Rheinland-Pfalz hat als einziges Bundesland seine Aufgabe an ein privatrechtliches Unternehmen übertragen, an welchem es selbst nicht beteiligt ist. § 2 Ziff. 1 des rheinland-pfälzischen Landesgesetzes über das öffentliche Glücksspiel (a.F.) gibt dem Land die Möglichkeit, die Sicherstellung eines ausreichenden Glücksspielangebots durch ein betrautes Unternehmen durchführen zu lassen. Zu diesem Zweck hat das Land Rheinland-Pfalz eine Konzession an die Lotto Rheinland-Pfalz vergeben, die im Gegenzug eine Konzessionsabgabe zwischen 17,33 und 25 Prozent des Spieleinsatzes zahlen muss. Die zuständige Behörde kann während der Laufzeit der Konzession sowohl höhere Konzessionsabgaben als auch Abgaben auf den Überschuss festsetzen. Die Anteile der Lotto Rheinland-Pfalz GmbH liegen zu je 40 Prozent beim Sportbund Rheinland e.V. und beim Sportbund Pfalz e.V. und zu 20 Prozent beim Sportbund Rheinhessen e.V. Mit dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Glücksspielmonopol haben die Bundesländer das betreffende Recht neu gefasst. Zum 1. Januar 2008 ist der Staatsvertrag zum Glücksspielwesen (Glücksspielstaatsvertrag, GlStV) in Kraft getreten. § 10 GlStV normiert die Aufgabe der Länder, ein ausreichendes Glücksspielangebot sicherzustellen. Greifen sie dafür auf privatrechtliche Gesellschaften zurück, so muss eine mittelbare oder unmittelbare maßgebliche Beteiligung juristischer Personen des öffentlichen Rechts vorliegen. Eine Ausnahme besteht auch hier gemäß § 25 Abs. 3 GlStV für das Land Rheinland-Pfalz, das weiterhin die Möglichkeit behält, seine Aufgabe durch ein betrautes Unternehmen wahrnehmen zu lassen.

Im März 2007 wies die EU-Kommission das Land Rheinland-Pfalz darauf hin, dass die Erlaubnis für einen privaten Lotterie- und Sportwettenbetreiber de facto diskriminierend sei, wenn diese ohne eine öffentliche Ausschreibung erteilt würde. Nach Auffassung des rheinland-pfälzischen Ministeriums der Finanzen müsste der Lotto Rheinland-Pfalz daher die Konzession entzogen werden, um diese anschließend auszuschreiben. Eine mögliche Übernahme der Konzession durch eine andere privatrechtliche Gesellschaft infolge des Ausschreibungsverfahrens schloss das Land Rheinland-Pfalz jedoch aus. In der Neufassung des Landesglücksspielgesetzes, welche der rheinland-pfälzische Landtag am 14. November 2007 beschlossen hat, ist die Übernahme der Veranstaltung von Lotterien durch das Land Rheinland-Pfalz zum 1. Januar 2009 vorgesehen. Der Lotto Rheinland-Pfalz möge man sich nur dann bedienen, wenn das Land daran eine Mehrheit besitzt. Eine solche Mehrheitsbeteiligung wurde demzufolge als zu bevorzugende Möglichkeit gesehen, den rechtlichen Anforderungen Genüge zu tun.

595. Das Bundeskartellamt hat das Zusammenschlussvorhaben des Landes Rheinland-Pfalz mit der Lotto Rheinland-Pfalz im November 2007 untersagt, da es zu einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der Lotto Rheinland-Pfalz in Rheinland-Pfalz und zu einer

Verstärkung marktbeherrschenden Stellungen der Lottogesellschaften in Baden-Württemberg, Bayern, Hessen, Sachsen und Thüringen auf den Lottomärkten in den jeweiligen Ländern führen würde. Dabei wird ein Szenario, das von einem Inkrafttreten des Glücksspielstaatsvertrages ausgeht, von einem Szenario unterschieden, in welchem der Lotteriestaatsvertrag seine Gültigkeit beibehält.⁹⁹ In beiden Fällen hebt das Bundeskartellamt die strukturelle Verbindung des Landes Rheinland-Pfalz zur SKL hervor. Die Verbindung begründe die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der Lotto Rheinland-Pfalz. Nach einem Zusammenschluss würden mögliche Interessengegensätze zwischen den Trägerländern der SKL mit der jeweiligen Landeslottogesellschaft wegfallen. Es liege nahe, dass die Trägerländer der SKL das Verhältnis von Klassenlotterie und Landeslottogesellschaften auf den jeweiligen Landeslotteriemärkten im Hinblick auf Lotterierprodukte, Vertrieb, Werbung etc. so austarieren werden, dass ein weitgehend wettbewerbsloser Zustand bestände. Erst der unmittelbare Einfluss des Landes Rheinland-Pfalz auf die Geschäftspolitik der Lotto Rheinland-Pfalz wäre ursächlich für diese strukturelle Verbindung, da Rheinland-Pfalz bisher das einzige Land sei, das aufgrund des Konzessionsmodells nicht in das bestehende Interessengeflecht der Lottogesellschaften einbezogen sei. Es ergäbe sich somit in Rheinland-Pfalz ein Marktanteilszuwachs der marktbeherrschenden Lotto Rheinland-Pfalz durch den Verbund mit der SKL von zusätzlichen 5 bis 10 Prozent. Zudem sei zu erwarten, dass die Trägerländer der SKL auch ihre Interessen bei den Landeslottogesellschaften koordinieren. Potenzieller und tatsächlicher Wettbewerb der Landeslottogesellschaften untereinander würde somit geschwächt. Der Zusammenschluss führe demnach ebenfalls zu einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung bei den anderen Landeslottogesellschaften, zu denen eine Verbindung über die SKL besteht.

596. Eine besondere Relevanz kommt in diesem Fall der Kausalitätsprüfung zu. Eine Prognose der zukünftigen Situation ohne den Zusammenschluss müsste den Fall berücksichtigen, dass das Land Rheinland-Pfalz ohne die Fusion die Veranstaltung von Lotteriespielen zum 1. Januar 2009 auf eine Eigengesellschaft überträgt, um seinem Auftrag laut Landesglücksspielgesetz (n. F.) gerecht zu werden. Eine aus diesem Zusammenhang möglicherweise nicht vorhandene Kausalität des Zusammenschlussvorhabens für die Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung schließt das Bundeskartellamt jedoch aus. Zum einen weist es darauf hin, dass die bisherige Situation noch bis zum 1. Januar 2009 weiterbestehen könne. Zum anderen sei auch danach keine fehlende Kausalität gegeben. Das Bundeskartellamt zog dabei zur Prüfung der Kausalität die Grundsätze einer Sanierungsfu-

⁹⁹ Der Glücksspielstaatsvertrag ist auch Gegenstand eines laufenden Vertragsverletzungsverfahrens der Europäischen Kommission. Die Europäische Kommission sieht in den Regelungen des Staatsvertrages mehrere mögliche Verstöße gegen das europäische Gemeinschaftsrecht. Insbesondere die erheblichen Einschränkungen privater Vermittlung verstößt nach Ansicht der Kommission gegen die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs.

sion heran. Danach sei die Lotto Rheinland-Pfalz bei diesem Szenario auch ohne den Zusammenschluss weiterhin lebensfähig, da sie beispielsweise als gewerblicher Spielevermittler für Lotterien- und Sportwetten der anderen Landeslottogesellschaften auftreten könne. Unter der Annahme, dass die Lotto Rheinland-Pfalz jedoch nicht überlebensfähig wäre, sei zudem nicht nachgewiesen, dass es keine anderen Erwerber als Alternative zum Land Rheinland-Pfalz gäbe. Schließlich sei auch nicht mit hinreichender Sicherheit festgestellt worden, dass das Marktpotenzial der Lotto Rheinland-Pfalz bei deren Ausscheiden aus dem rheinland-pfälzischen Lotteriemarkt auf den neu zu gründenden Eigenbetrieb des Landes Rheinland-Pfalz überginge, da diesem Know-how und Infrastruktur der Lotto Rheinland-Pfalz fehlten. Im Ergebnis wäre von einer Kausalität des Zusammenschlusses auszugehen.

597. Die Monopolkommission räumt der Prüfung der Kausalität in diesem Fall einen hohen Stellenwert ein, da der Erwerber hier sowohl mit als auch ohne den Zusammenschluss in die Lage versetzt wird, zukünftig als einziger Veranstalter von Lotterien und Sportwetten aus Rheinland-Pfalz aufzutreten. Dementsprechend erscheint es notwendig, der Frage besondere Aufmerksamkeit zu schenken, welche Veränderungen der Wettbewerbsbedingungen in einem kausalen Zusammenhang zu dem Zusammenschlussvorhaben stehen. Abweichend zur Prüfung des Bundeskartellamtes hält es die Monopolkommission nicht für adäquat, in diesem Fall allein auf die typisierten Merkmale einer Sanierungsfusion zur Bestimmung der Kausalität abzustellen. Die Sanierungsfusion stellt einen häufigen, aber nicht den einzig möglichen Fall der Prüfung der Kausalität dar. Ein Zusammenschluss zum Zwecke der Sanierung nimmt eine Entwicklung der Wettbewerbsbedingungen vorweg, die auch ohne die Fusion aufgrund des betriebswirtschaftlichen Zustandes des sanierungsbedürftigen Unternehmens eingetreten wäre. Demzufolge liegt ein wesentlicher Teil der Prüfung in der Aufgabe festzustellen, ob das betroffene Unternehmen tatsächlich Sanierungsbedürftigkeit aufweist bzw. ob allein der Zusammenschlussbeteiligte für eine Übernahme in Frage käme. Im Falle der Lotto Rheinland-Pfalz erscheint es jedoch allein aufgrund der gegebenen gesetzlichen Umstände als zwingend, dass die Gesellschaft bei einer Untersagung der Übernahme aus dem sachlich relevanten Markt für die Veranstaltung von Lotterien vollständig ausscheidet. Sowohl der Fortbestand des Unternehmens in Funktion eines gewerblichen Spielevermittlers als auch die Wirkung des Ausscheidens aus dem sachlich relevanten Markt der Spielveranstalter auf die Wettbewerbsbedingungen sind jedoch ungewiss und könnten somit zu einem Ergebnis führen, dass die Kausalität begründet. Dies ist für den Einzelfall zu prüfen und stellt einen sachlichen Unterschied zu einer Sanierungsfusion dar.

598. Nach Ansicht der Monopolkommission ist die Kausalität hier durch eine begründete Prognose darüber zu prüfen, ob die vom Bundeskartellamt festgestellten Verstärkungswirkungen einer marktbeherrschenden Stellung auch im Falle einer Ausrichtung der Lotterien durch das Land Rheinland-Pfalz eintreten. Das vom Bundeskar-

tellamt vorgetragene Hauptargument für die Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung wird durch die strukturelle Verbindung zur SKL bedingt und dementsprechend auch durch die Verbindung zu den anderen Landeslottogesellschaften. Aus diesem Zusammenhang ergibt sich jedoch noch keine Kausalität des Fusionsvorhabens für die Veränderung dieser Wettbewerbsbedingungen, da auch ohne die Fusion eine strukturelle Verbindung zwischen den Landeslottogesellschaften hergestellt würde. Verstärkungswirkungen, die sich allein aus dieser strukturellen Verbindung zwischen Bundesland und Landeslottogesellschaft ergeben, sind daher nicht kausal für die Veränderung der Wettbewerbsbedingungen. Allerdings stellt das Bundeskartellamt heraus, dass die neu zu gründende Lottogesellschaft als Veranstalter auf dem Lotteriemarkt ein Newcomer sei, der nicht in gleichem Maße über Infrastruktur, Know-how und personelle wie sachliche Ressourcen verfüge, als dass man davon ausgehen könne, dass die Marktanteile der Lotto Rheinland-Pfalz ihr direkt zufließen würden. Andere Landeslottogesellschaften könnten selbst oder aber über gewerbliche Spielevermittler ihre Lotterierprodukte auf dem rheinland-pfälzischen Markt vertreiben. Der mögliche Fortbestand der Lotto Rheinland-Pfalz als gewerblichem Spielevermittler könnte nach Ansicht des Bundeskartellamtes ebenfalls Verstärkungswirkungen auf den Wettbewerb mehrerer Landeslottogesellschaften in Rheinland-Pfalz haben. Da gewerbliche Spielevermittler ihre Spielscheine nicht alleine an die landeseigene Lottogesellschaft abgeben, sondern an jene, die ihnen die höchste Provisionszahlung für die Vermittlung der Spielscheine verspricht, setzten sie die Landeslottogesellschaften indirekt in Wettbewerb um Kunden in anderen Bundesländern. Allerdings belegt das Bundeskartellamt seine Auffassung nicht durch weitere Untersuchungen.

599. Die Monopolkommission ist hingegen der Auffassung, dass der Eintritt dieses Szenarios eher unwahrscheinlich erscheint. Das Bundeskartellamt beschreibt, dass es sich bei den Landeslottogesellschaften um ein Unternehmens- und Interessengeflecht handelt, zwischen dem ein weitgehend wettbewerbsloser Zustand besteht. Es erscheint daher ohne weitere Untersuchungen nicht als wahrscheinlich, dass dieser Zustand allein durch den Neuaufbau einer Landeslottogesellschaft durchbrochen werde. Bei der Berücksichtigung der Rolle der Lotto Rheinland-Pfalz als möglichem Spielevermittler bleibt zudem zu beachten, dass der zum 1. Januar 2008 in Kraft getretene Glücksspielstaatsvertrag und die im Anschluss erlassenen Ausführungsgesetze der Bundesländer die Möglichkeit des terrestrischen Vertriebes von Lotterieverträgen durch Spielevermittler bisher de facto nicht zulässt. Die gegenwärtigen Kernkompetenzen der Lotto Rheinland-Pfalz liegen jedoch gerade im terrestrischen Vertrieb seiner Lotterierprodukte. Die Frage, ob Kausalität im vorliegenden Fall vorliegt, erscheint daher, anknüpfend an die Untersuchungen des Bundeskartellamtes, nicht eindeutig beantwortet. Die Monopolkommission regt daher an, in einem solchen Fall eine ausführlichere Prüfung durchzuführen.

2.4.3 Freigabe von Zusammenschlüssen unter Anwendung der Abwägungsklausel

600. Aufgrund der Abwägungsklausel kann das Bundeskartellamt einen Zusammenschluss erlauben, wenn auf einem der untersuchten Märkte zwar eine marktbeherrschende Position entsteht oder verstärkt wird, auf einem anderen Markt aber Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und diese die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen. Die Abwägungsklausel findet sich im zweiten Teil des § 36 Abs. 1 GWB. Nur Verbesserungen, die auf die Marktstruktur abzielen, können berücksichtigt werden, andere positive Auswirkungen bleiben unbeachtet. Ebenfalls unbedeutend sind die in Aussicht gestellten Verhaltensänderungen der Unternehmen. Die Unternehmen tragen für das Vorliegen der Voraussetzungen die Beweislast.

601. In seinem Beschluss vom 12. Oktober 2007 ist das Bundeskartellamt im Rahmen der Anwendung der Abwägungsklausel nach § 36 Abs. 1 Halbs. 2 GWB zu dem Ergebnis gekommen, dass die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt für Handelsplattformen zu einer Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen auf den nachgelagerten Märkten führen kann.¹⁰⁰ Der entsprechende Zusammenschluss wurde damit freigegeben. Thyssengas GmbH, E.ON Gastransport AG & Co. KG und die EWE Aktiengesellschaft beabsichtigten, Anteile des Stammkapitals an der trac-x Transport Capacity Exchange GmbH zu erwerben. Veräußerer dieser Anteile war die VNG-Verbundnetz Gas Aktiengesellschaft, die über ihre Tochtergesellschaft 100 Prozent der Anteile an der trac-x hielt. Laut § 14 der Gasnetzzugangsverordnung (GasNZV) waren die Netzbetreiber verpflichtet, bis zum 1. August 2006 eine gemeinsame elektronische Plattform für den Handel mit Sekundärkapazitätsrechten einzurichten, die alle Angebote gleichartiger Transportkapazität und Nachfragen nach Kapazität für dieselben Netze oder Teilnetze für die Nutzer der Plattform transparent machen muss. Die trac-x sollte der Umsetzung des § 14 GasNZV dienen. Der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch die Erhöhung von Marktzutrittsbarrieren hat das Kartellamt eine Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen durch die Vereinfachung der Kapazitätsbuchungen und eine Erhöhung der Bedeutung der trac-x entgegengestellt. Das Bundeskartellamt vertrat die Ansicht, dass Handelsplattformen sehr starke Netzwerkeffekte aufweisen, d. h. dass der Nutzen der Plattform sich für einen Konsumenten um so mehr erhöht, je mehr andere Konsumenten das gleiche oder ein kompatibles Gut nutzen.

602. Die Monopolkommission schließt sich der Argumentation an, dass sich der Zusammenschluss positiv auf die Anzahl der teilnehmenden Unternehmen auswirken wird und Transaktionsvolumen und Liquidität der trac-x erhöht werden können. Es ist zu begrüßen, dass das Bundeskartellamt die ökonomische Betrachtung der Netzwerk-

effekte vorgenommen hat. Handelsplattformen, auf denen spezifische Produkte, die nur für einen kleinen Anbieter- oder Nachfragerkreis interessant sind, sind durch starke Netzwerkeffekte geprägt. Märkte, die diesen starken Netzwerkeffekten unterliegen, haben eine ausgeprägte Tendenz zur Monopolisierung, da bei derartigen Märkten der Stellenwert der Liquidität hoch ist und Konzentrationsstendenzen dementsprechend die Liquidität auf der Handelsplattform vergrößern. Das Ziel des § 14 GasNZV wird durch den Zusammenschluss erreicht und der Wettbewerb auf dem Markt der Sekundärtransportkapazität, der bis dato nur einen geringen Stellenwert einnimmt, stimuliert. Aktuell prüft das Bundeskartellamt in einem separaten Verfahren, ob das Zusammenschlussvorhaben gegen § 1 GWB bzw. Artikel 81 EGV verstößt. Das Kartellamt betont in diesem Zusammenhang, dass kartellrechtliche Prüfung und Zusammenschlusskontrolle nicht deckungsgleich sind und die Inaussichtnahme einer Prüfung nach § 1 GWB bzw. Artikel 81 EGV nicht ausschließt, dass das Zusammenschlussvorhaben im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle freigegeben wird.

603. Die RWE Rhein-Ruhr AG hat dem Bundeskartellamt zwei Zusammenschlussvorhaben vorgetragen, die in einem Verfahren zusammengefasst wurden.¹⁰¹ Zum einen strebte RWE eine Beteiligung an der in Gründung befindlichen Stadtwerke Krefeld Neuss GmbH & Co KG¹⁰² und zum anderen eine Erhöhung des Anteils an den Stadtwerken Velbert GmbH an. Das Bundeskartellamt kommt in seiner wettbewerblichen Würdigung zu dem Ergebnis, dass die beiden Zusammenschlussvorhaben die Verstärkung bereits bestehender marktbeherrschender Stellungen sowohl im Strom- als auch im Gasbereich erwarten lassen. Es sind jedoch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen festzustellen, die mit der von RWE zugesagten Veräußerung der Beteiligung an der Wuppertaler Stadtwerke AG einhergehen. Diese sind in der Lage, die wettbewerblichen Nachteile der Marktbeherrschung, entsprechend der Abwägungsklausel nach § 36 Abs. 1 Halbs. 2 GWB, zu überwiegen. Im Rahmen der Abwägung bewertet das Bundeskartellamt das Einbringen der RWE-Kunden in die Stadtwerke Krefeld Neuss insofern als sehr positiv, als es sich um einen dekonzentrativen Vorgang handelt, der zu einer graduellen Verbesserung führt. Im Gasbereich wiegt der komplette Rückzug von RWE aus den Wuppertaler Stadtwerken höher als die graduelle Verstärkung des Einflusses auf die Stadtwerke Velbert. Auch quantitativ geht der Gasbezug der Wuppertaler Stadtwerke weit über den Gasbezug der Stadtwerke Velbert hinaus. Darüber hinaus wertet das Amt die Aufgabe einer Beteiligung eines Mitglieds des Oligopols auf dem Strommarkt an einem Stadtwerk, das über eigene Stromerzeugungskapazitäten verfügt, als ausgesprochen positiv.

¹⁰⁰ BKartA, Beschluss vom 12. Oktober 2007, B 8 – 59/07, WuW/E DE-V 1500 „trac-x“.

¹⁰¹ BKartA, Beschluss vom 23. Oktober 2007, B 8 – 93/07 „RWE/Stadtwerke Krefeld Neuss“.

¹⁰² Die Gründung der Stadtwerke Krefeld Neuss als Gemeinschaftsunternehmen der Stadtwerke Krefeld und der Stadtwerke Neuss ist vom Bundeskartellamt freigegeben worden; vgl. BKartA, Schreiben vom 27. Juli 2007, B 8 – 82/07.

604. Das Bundeskartellamt hat Vorhaben der E.ON Avacon, ihre Beteiligung an der WEVG Wasser- und Energieversorgungsgesellschaft GmbH Salzgitter aufzustoßen, unter aufschiebender Bedingung freigegeben.¹⁰³ E.ON Avacon hat zugesagt, seine Minderheitsbeteiligungen an zwei Stadtwerken (Stadtwerke Stendal und Stadtwerke Nienburg/Weser) zu verkaufen. Auch hier sieht das Bundeskartellamt im Rahmen seiner Abwägung den vollständigen Rückzug in Form der Veräußerung der Anteile an den Stadtwerken Stendal und den Stadtwerken Nienburg/Weser als qualitativ und quantitativ geeignet an, die wettbewerblich negativen Wirkungen mindestens zu kompensieren.

605. Mitte Dezember 2007 hat das Bundeskartellamt ein Fusionskontrollverfahren zu einem geplanten Zusammenschluss im Bereich der Breitbandkabelnetze eröffnet. Die Kabel Deutschland GmbH (KDG) hatte die Absicht angemeldet, sieben Tochtergesellschaften der Orion Cable zu übernehmen. Das Amt ist zu dem Ergebnis gekommen, dass der Zusammenschluss zu einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der KDG auf dem Einspeisemarkt, dem Signallieferungsmarkt und dem Endkundenmarkt führt. Die Unternehmen konnten jedoch nachweisen, dass der Zusammenschluss Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen auf den Märkten für Internet- und Telefoniedienste bewirkt, welche die wettbewerblichen Nachteile infolge des Zusammenschlusses auf den Kabelmärkten überwiegen. Das Bundeskartellamt gab den Erwerb daraufhin Anfang April 2008 unter Anwendung der Abwägungsklausel nach § 36 Abs. 1 Halbsatz 2 GWB frei. Interessant ist dieser Beschluss insofern, als die KDG bereits im Jahr 2004 bei Anmeldung von drei Zusammenschlussvorhaben mit den damaligen regionalen Kabelnetzgesellschaften ish, iesy und Kabel Baden-Württemberg (KBW) gegenüber dem Bundeskartellamt die Zusage gemacht hatte, die technischen Voraussetzungen für das Angebot von Internet- und Telefoniediensten über das Kabelnetz zu schaffen, und auf die Anwendung der Abwägungsklausel verwiesen hatte. Das Amt hielt diese Ankündigungen angesichts des damaligen Status quo des Netzausbaus durch KDG noch für zu unsicher, war dem Antrag deshalb nicht gefolgt und hatte das Vorhaben abgemahnt. Daraufhin zog KDG die Zusammenschlussvorhaben zurück.¹⁰⁴

606. KDG ist einer von drei regionalen Kabelnetzbetreibern in Deutschland. KDG betreibt Kabelnetze der Netzebene (NE) 3 in allen Regionen Deutschlands, außer in Hessen, Nordrhein-Westfalen und Baden-Württemberg, und versorgt rund 9 Millionen Haushalte.¹⁰⁵ Die erworbenen Unternehmen betreiben Kabelnetze überwiegend der NE 4 in Hamburg, Schleswig-Holstein, Mecklenburg-

Vorpommern, Niedersachsen, Bremen, Rheinland-Pfalz, Saarland und Bayern. Der Zusammenschluss betrifft insgesamt rund 1,2 Millionen Haushalte. Die Beziehungen der Marktteilnehmer über die verschiedenen von dem Zusammenschluss betroffenen Netzebenen und Märkte ist in Abbildung IV.2 dargestellt. Die Programmanbieter fragen bei den Kabelnetzbetreibern der NE 3 die Leistung der Einspeisung der Rundfunksignale ins Breitbandkabel nach. Räumlich werden die Einspeisemärkte durch die Netze der drei Regionalgesellschaften abgegrenzt. Die Kabelnetzbetreiber leiten die Signale zu den Übergabepunkten an den privaten Grundstücksgrenzen weiter. Bei dieser sog. Signallieferung werden sachlich zwei separate Märkte unterschieden, abhängig davon, ob zwischen dem NE 3-Betreiber und dem Endkunden noch ein Betreiber der NE 4 zwischengeschaltet ist oder nicht. Die NE 4 beinhaltet den Betrieb des Kabelnetzes im Gebäude des Empfängers. Unternehmen der NE 4 beziehen ihr Signal überwiegend von Anbietern der NE 3. Es gibt auch NE 4-Betreiber, die nach dem Aufbau einer Kabelkopfstation oder Satelliten-Gemeinschaftsanlage von der NE 3 unabhängig sind. In anderen Fällen existieren keine NE 4-Betreiber, dann bezieht der Endkunde das Signal direkt vom Betreiber der NE 3. Marktgegenseite auf den Endkundenmärkten sind Eigentümer, private Vermieter und Wohnungsbaugesellschaften. Eigentümer und private Vermieter holen in der Regel nur das Angebot des nächstliegenden NE 3-Betreibers ein, während Wohnungsbaugesellschaften die Versorgungsaufträge in Form sog. Gestattungsverträge bundesweit ausschreiben.

607. Das Bundeskartellamt stellte fest, dass der Zusammenschluss zu einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der KDG auf dem Einspeisemarkt, dem Signallieferungsmarkt und dem Endkundenmarkt führe. Das Amt argumentiert im Folgenden, dass die KDG auf dem Markt für die analoge und digitale Einspeisung von Rundfunksignalen in das Breitbandkabelnetz über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, weil Endkunden, die über das Netz der KDG versorgt werden, nur über dieses Netz erreicht werden können. Nach dem Zusammenschluss wird KDG die Netzabschnitte der Orion-Gesellschaften, die ihr Signal bisher von konkurrierenden Anbietern oder über Kabelkopfstationen oder Satelliten-Gemeinschaftsanlagen bezogen, an das Kabelnetz der NE 3 anknüpfen. Durch die Reichweitenausdehnung und die Sicherung der bestehenden Reichweite führt der Zusammenschluss zu einer Verbesserung der Wettbewerbsposition und damit zur Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von KDG auf diesem Markt. Auf den Signallieferungsmärkten verfügt KDG mit einem Marktanteil von rund 90 Prozent in ihrem Netzgebiet über eine marktbeherrschende Stellung. Die vertikale Integration der sieben Orion-Gesellschaften mit KDG bedeutet eine weitere Verschlechterung der Wettbewerbsstrukturen, weil die Orion-Töchter als NE 4-Betreiber nach erfolgter Übernahme über ihren Vorlieferanten auf NE 3 nicht mehr entscheiden können. Ebenso ist die Stellung der KDG auf dem Endkundenmarkt marktbeherrschend. Im Wettbewerb um die Gestattungsverträge für die Versorgung von Mietwohnungen beschränken sich die drei Regionalgesellschaften typischerweise auf Angebote in ihrem eige-

¹⁰³ BKartA, Beschluss vom 19. Dezember 2007, B8 – 123/07.

¹⁰⁴ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2004/2005, a. a. O., Tz. 553 ff.

¹⁰⁵ Die beiden anderen regionalen Kabelnetzbetreiber sind Unitymedia mit 4,8 Millionen angeschlossenen Haushalten in Hessen und Nordrhein-Westfalen, im Juni 2005 hervorgegangen aus den Unternehmen ish und iesy, sowie KBW mit 2,3 Millionen angeschlossenen Haushalten in Baden-Württemberg.

nen Netzgebiet. Wettbewerb entsteht nur dort, wo sich größere NE 4- oder integrierte NE 3/4-Betreiber um diese Verträge bewerben und Stichleitungen von ihrem Netz zum neu zu versorgenden Areal legen. In den Fällen, in denen KDG um die Gestattungsverträge konkurrierende NE 4-Betreiber mit Rundfunksignalen beliefert, bestimmt KDG deren Leistungsangebot mit. Der Zusammenschluss bedeutet das Ausscheiden eines weiteren Wettbewerbers und damit eine weitere marktstrukturelle Verschlechterung zugunsten der Stellung der KDG.

608. Das Bundeskartellamt gab das Zusammenschlussvorhaben unter Anwendung der Abwägungsklausel nach § 36 Abs. 1 Halbs. 2 GWB dennoch frei, weil die beteiligten Unternehmen nachweisen konnten, dass der Zusammenschluss Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen auf den Märkten für Internet- und Telefoniedienste zur Folge haben wird, welche die wettbewerblichen Nachteile infolge des Zusammenschlusses für den Wettbewerb auf den Kabelmärkten überwiegen. Infolge des Zusammenschlusses wird die KDG in der Lage sein, über 800 000 Haushalten in ihrem Netzgebiet sog. breit- und schmalbandige Anschlüsse, d. h. Internet und Telefonie zusätzlich zum Rundfunksignal über das Breitbandkabel anzubieten („Triple Play“). Die Netze auf der vorgelagerten Stufe der NE 3 wurden durch die KDG größtenteils bereits ausgebaut. Durch den Zusammenschluss kann die KDG vorhandene Teilnetze zusammenführen und – ausgestattet mit der rechtlichen und technischen Verfügungsmacht über die NE 3 und 4 – alle weiteren erforderlichen Investitionen für das Angebot von Internet- und Telefoniediensten besser koordinieren. Die Verhältnisse auf dem Markt für Breitbandanschlussprodukte legen eine zeitnahe Fertigstellung des Netzbaus nahe, weil der Vorsprung der DSL-Technologie nur noch in der Expansionsphase des Marktes aufgeholt werden kann. Diese hält nach Ansicht des Bundeskartellamtes nur noch zwei bis drei Jahre an. Anschließend werde der Markt gesättigt sein. Das Amt hält die zeitnahe Vermarktung entsprechender Angebote durch KDG für möglich und vor dem Hintergrund der gegenwärtigen Wettbewerbsbedingungen auch für hinreichend wahrscheinlich. Ohne die Freigabe des Zusammenschlussvorhabens erwartet die Wettbewerbsbehörde vergleichbare Angebote überhaupt nicht oder erst zu einem späteren Zeitpunkt.

609. Bei den Verbesserungswirkungen infolge des Zusammenschlusses handelt es sich durch das Angebot von Internet- und Telefoniediensten über das Breitbandkabel um die Intensivierung von Infrastrukturwettbewerb, der von den Vorleistungen der auf den Telekommunikationsmärkten weiterhin marktbeherrschenden Deutschen Telekom AG (DTAG) nahezu unabhängig sein wird. Bis dato sind die meisten aktuellen Wettbewerber, speziell die sog. Reseller, die keine eigene Infrastruktur besitzen und die Anschlussprodukte der DTAG weitervermarkten, in erheblichem Umfang von den regulierten Vorleistungen der DTAG abhängig. Etwa 70 bis 80 Prozent der Wertschöpfung im Resale-Bereich verbleiben beim Betreiber der Infrastruktur, so dass die DTAG in jedem Fall an der Wertschöpfung ihrer Wettbewerber in großem Umfang teilhat.¹⁰⁶ Entscheidend für die Abwägung, ob und inwie-

weit der Zusammenschluss Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen auf den Märkten für Internet- und Telefoniedienste bewirkt, welche die wettbewerblichen Nachteile für den Wettbewerb auf den Kabelmärkten überwiegen, ist der Vergleich der gesamtwirtschaftlichen Bedeutung der betroffenen Märkte anhand ihrer Marktvolumina. Das Bundeskartellamt hat festgestellt, dass die Märkte für Internet- und Telefoniedienste mit einem Marktvolumen von mindestens 10 Mrd. Euro wesentlich größer als die Kabelmärkte sind, die lediglich 1 bis 2 Mrd. Euro Marktvolumen aufweisen.

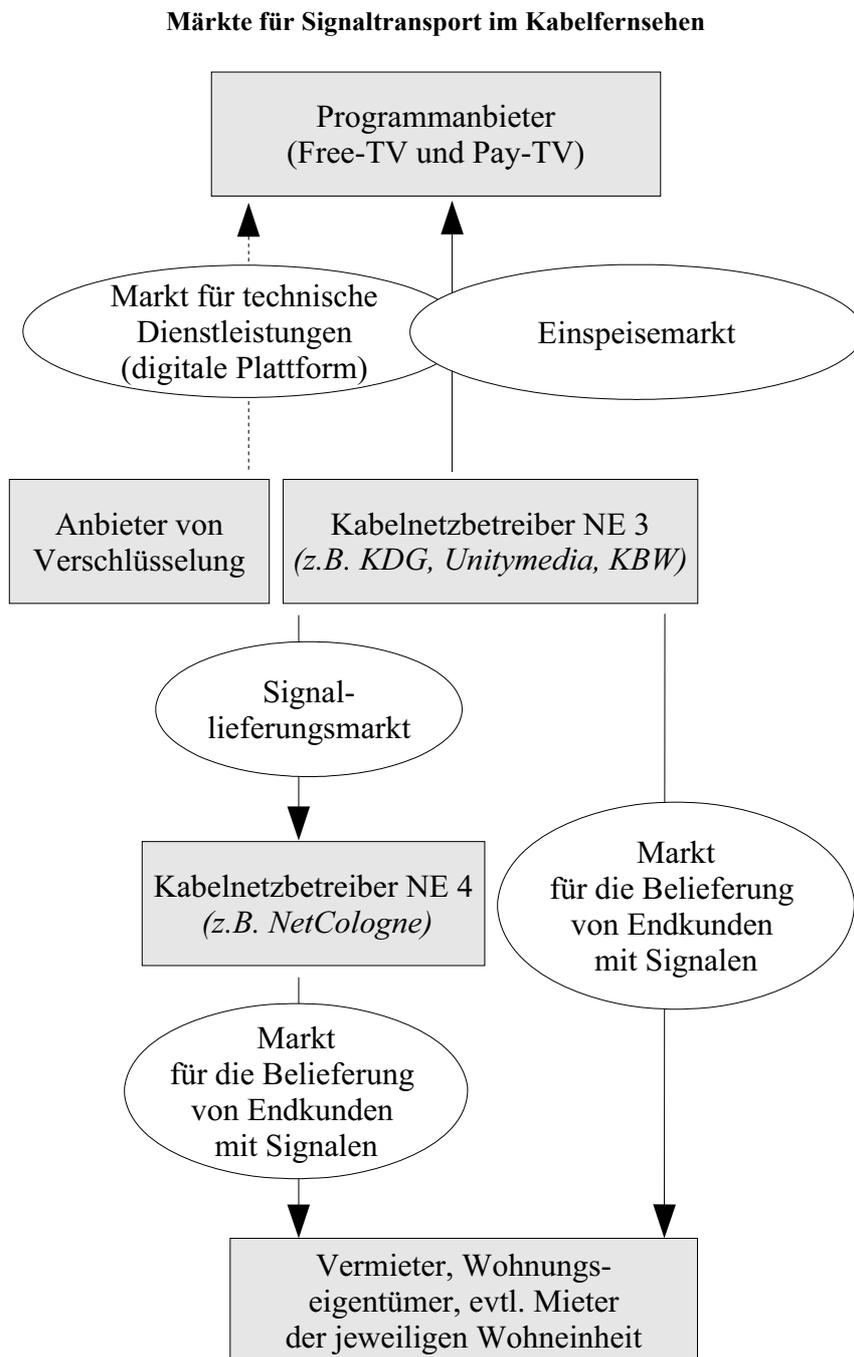
610. Von Bedeutung ist der Beschluss im Zusammenhang mit der Anwendung der Abwägungsklausel insofern, als die KDG bereits im Jahr 2004 bei Anmeldung des Vorhabens, die damals drei anderen regionalen Kabelnetzbetreiber ish, iesy und KBW zu übernehmen, gegenüber dem Bundeskartellamt die Zusage gemacht hatte, die technischen Voraussetzungen für das Angebot von Internet- und Telefoniediensten über das Kabelnetz zu schaffen, und auf die zu erwartenden Verbesserungswirkungen auf den betreffenden Märkten im Zusammenhang mit der Abwägungsklausel verwiesen hatte. Die Zusagen berücksichtigte das Bundeskartellamt unter anderem deshalb nicht, weil es sich nach Ansicht des Amtes um Investitions- und Verhaltenszusagen handelte, die einer laufenden Kontrolle bedurft hätten. Derartige Zusagen waren nach Ansicht der Wettbewerbsbehörde nicht mit dem Ziel zu vereinbaren gewesen, Wettbewerbsstrukturen auf anderen Märkten zu verbessern, ohne dass weitere über die Missbrauchsaufsicht hinausgehende Eingriffe erforderlich gewesen wären. Diese waren nach Ansicht des Bundeskartellamtes daher auch rechtlich nicht zulässig.¹⁰⁷ Sie folgte dem Antrag der KDG nicht und mahnte die drei Zusammenschlussvorhaben mit ish, iesy und KBW ab. KDG zog daraufhin die Anmeldungen zurück. Im aktuellen Verfahren vertrat das Bundeskartellamt die Ansicht, dass die Notwendigkeit für weitere Investitionen in die Netzinfrastruktur die Anwendung der Abwägungsklausel nicht prinzipiell ausschließe. Auch nach Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sei in diesem Zusammenhang nur maßgeblich, ob die Marktverhältnisse den Anbietern nahe legen, ihre Ressourcen so einzusetzen, dass das zugesagte Investitionsverhalten mit hinreichender Wahrscheinlichkeit erwartet werden kann.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Ein höherer Wertschöpfungsanteil verbleibt den Resellern erst mit dem Bitstromzugang, ein reguliertes Vorleistungsprodukt, das den alternativen Anbietern ermöglicht, auf die letzte Meile des marktbeherrschenden Anbieters und weitere Netzkomponenten (DSLAM und Konzentratornetz) mit individuellen Leistungsparametern zuzugreifen.

¹⁰⁷ Vgl. BKartA, Pressemeldung vom 22. September 2004, „Antrag bei Bundeskartellamt zur Übernahme von ish, KBW und iesy durch KDG zurückgenommen“; dass., Abmahnung im Verfahren KDG/KBW, B7 – 70/04, S. 64 f.; dass., Abmahnung im Verfahren KDG/ish, B7 – 80/04, S. 64 f.; dass., Abmahnung im Verfahren KDG/iesy, B7 – 90/04, S. 64 f.

¹⁰⁸ Vgl. z. B. BGH, Beschluss vom 8. Februar 1994, KVR 8/93, WuW/E BGH 2899, 2903 „Anzeigenblätter II“ zur Frage der Berücksichtigung eines Finanzkraftzuwachses bei einem Unternehmen, das diesen dann möglicherweise für Wettbewerbsimpulse auf einem Verbesserungsmarkt hätte verwenden können.

Abbildung IV.2



Quelle: Eigene Darstellung

611. Die Monopolkommission teilt die Prognose des Bundeskartellamtes, dass KDG den Ausbau ihrer Netze für das Angebot von Telekommunikationsdiensten rasch vorantreiben wird. Davon gehen positive Wettbewerbswirkungen auf den Märkten für Schmal- und Breitbandanschlüsse aus. Die Breitbandkabelnetze stellen eine wichtige alternative Infrastruktur für das Angebot von Telekommunikationsdiensten in Deutschland dar. Bisher ist der Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten ein überwiegend regulierungsbedingter Wettbewerb, abhän-

gig von der Gewährleistung des diskriminierungsfreien Zugangs zu Vorleistungsprodukten der Deutsche Telekom AG. Die mit dem Zusammenschluss einhergehende vertikale Integration der Unternehmen überwindet die historisch bedingte, politisch gewollte Trennung der NE 3 und 4, die sich als großes Hindernis bei der Aufrüstung des Kabelnetzes für das Angebot von Breitbanddiensten erwiesen hat. Die zu erwartenden Verschlechterungen der Marktstrukturen auf den Kabelmärkten bleiben nach Grad und Bedeutung hinter den zu erwartenden Verbesserungs-

wirkungen infolge des Zusammenschlusses auf den Märkten für Internet- und Telefoniedienste deutlich zurück.

Im Gegensatz zum Bundeskartellamt spricht sich die Monopolkommission dafür aus, den sachlich relevanten Markt für die Belieferung der Endkunden mit Rundfunksignalen weit abzugrenzen und auch alternative Übertragungswege wie Satellit, Terrestrik und IPTV über DSL-Verbindungen in den gemeinsamen Markt einzubeziehen.¹⁰⁹ Zwar können nicht alle Endkunden auf Satelliten-TV wechseln, wenn z. B. der Mietvertrag die Installation von Satellitenantennen verbietet oder bauliche Gegebenheiten die korrekte Ausrichtung der Antenne verhindern. Ebenso ist ein Wechsel zu DVB-T und IPTV über DSL mangels flächendeckender Verfügbarkeit nicht in allen Regionen Deutschlands möglich. Dass nicht alle Endkunden einen alternativen Bezugsweg für Rundfunksignale haben, bedeutet gleichwohl nicht, dass kein intermodaler Wettbewerb der Übertragungswege besteht, der die Möglichkeit missbräuchlicher Marktmachtausübung durch KDG beschränkt. Entscheidend ist, wie viele Endkunden die Möglichkeit eines Wechsels haben und alternative Übertragungswege nutzen können. Hiervon hängt ab, ob alternative Technologien eine disziplinierende Wirkung auf den Markt für die Belieferung von Endkunden mit Rundfunksignalen haben.

612. Die Monopolkommission sieht in der Abwägungsklausel ein sinnvolles Instrument bei der Beurteilung von Zusammenschlüssen.¹¹⁰ Die Klausel ermöglicht es dem Bundeskartellamt, neben den negativen Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf einem Markt auch seine positiven wettbewerblichen Effekte auf anderen Märkten zu berücksichtigen. Auf diese Weise können sämtliche für die Gesamtwürdigung des Zusammenschlusses erforderlichen Wettbewerbsbedingungen in die Beurteilung einbezogen werden. Von der Abwägungsklausel profitieren auch Transparenz und Nachvollziehbarkeit von fusionskontrollrechtlichen Entscheidungen. Dadurch, dass eine Beschränkung der positiven Aspekte auf die Marktstruktur und damit den wettbewerblichen Bereich vorliegt, wird den Wettbewerbsbehörden und Kartellgerichten mit der Abwägungsklausel kein unangemessen weiter Beurteilungsspielraum zugestanden.

3. Europäische Fusionskontrolle

3.1 Einführung

613. Der Berichtszeitraum 2006/2007 ist von einer besonders großen Zahl von Anmeldungen geprägt. Es wurden mit 758 Zusammenschlüssen mehr Fälle in Brüssel notifiziert als während der „Fusionswelle“ in den Jahren 2000/2001. Während des gegenwärtigen Berichtszeitraums hat sich die Anwendung des SIEC-Tests (significant impediment of effective competition, erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs) nachhaltig durchgesetzt. Das SIEC-Kriterium wurde in die Fusionskontroll-

verordnung (FKVO) aufgenommen, nachdem Zweifel aufgetreten waren, ob mit dem Marktbeherrschungstest tatsächlich sämtliche problematischen Fälle erfasst werden können. Zum Teil ging man von einer gewissen „Lücke“ bei der Behandlung nicht koordinierter Effekte im Oligopol aus. Mit dem Zusammenschluss T-Mobile Austria/Tele.ring wurde erstmals ein derartiger „Lücken“-Fall untersucht und nur unter Bedingungen und Auflagen erlaubt. Der Marktbeherrschungstest hat – im Rahmen des neuen Untersuchungskriteriums – allerdings weiterhin eine wesentliche Rolle gespielt. In einer ganzen Reihe von Zweite-Phase-Fällen prüfte die Europäische Kommission die Entstehung oder Verstärkung von Marktbeherrschung.

Grundsätzlich wurde während des Berichtszeitraums die zweistufige Prüfung – Marktabgrenzung auf der ersten Stufe, weitere wettbewerbliche Würdigung auf der folgenden Stufe – beibehalten. Im Rahmen der Marktabgrenzung hat die Europäische Kommission allerdings mehrmals neben der eigentlichen Marktdefinition den Wettbewerbsdruck, der von anderen, nicht in den Markt einbezogenen Produkten ausging, festgestellt und im weiteren Verlauf ihrer Bewertung berücksichtigt. In mehreren Verfahren wurden ökonomische Gutachten vonseiten der Parteien oder der Europäischen Kommission vorgelegt. Sie betrafen sowohl die Marktabgrenzung als auch Aspekte der weiteren wettbewerblichen Würdigung. Den verstärkten ökonomischen Ansatz hat die Kommission ferner weiterentwickelt, indem sie z. B. in der Entscheidung Travelport/Worldspan verschiedenen, möglicherweise wettbewerbsschädlichen Szenarien nachging. In einigen Fällen hat sich die Europäische Kommission darüber hinaus mit dem Effizienzzeinswand auseinandergesetzt, der mit der letzten FKVO-Reform in Erwägungsgrund 29 aufgenommen sowie in den Horizontal-Leitlinien¹¹¹ erläutert worden ist. Das Ergebnis der wettbewerblichen Analyse wurde dadurch allerdings in keinem Fall geändert.

614. In den Berichtszeitraum fiel darüber hinaus die Entscheidung des Gerichts erster Instanz (EuG) in dem Schadensersatzprozess Schneider Electric/Kommission.¹¹² Daneben hat das Gericht unter anderem seine Rechtsprechung zum Beweismaßstab bei gemeinsamer Marktbeherrschung weiterentwickelt.¹¹³ In legislativer Hinsicht sind die neuen Leitlinien zur Zuständigkeit sowie die Bekanntmachung über nichthorizontale Zusammenschlüsse zu nennen.¹¹⁴ Des Weiteren liegt der Ent-

¹⁰⁹ Vgl. Monopolkommission, Wettbewerbspolitik in Netzstrukturen, Hauptgutachten 1998/1999, Baden-Baden 2000, Tz. 649; dies., Hauptgutachten 2004/2005, a. a. O., Tz. 860 ff.

¹¹⁰ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2004/2005, a. a. O., Tz. 737.

¹¹¹ Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EG Nr. C 31 vom 5. Februar 2004, S. 5.

¹¹² EuG, Urteil vom 11. Juli 2007, Rs. T-351/03, Schneider Electric/Kommission.

¹¹³ EuG, Urteil vom 13. Juli 2006, Rs. T-464/04, Impala/Kommission, Slg. 2006, II-2289.

¹¹⁴ Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Zusammenschlüssen, 10. Juli 2007, http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/draft_jn.html; Mitteilung der Kommission, Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, 28. November 2007, <http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/nonhorizontalguidelines.pdf>.

wurf einer Bekanntmachung zu Abhilfemaßnahmen vor.¹¹⁵

615. Während des Berichtszeitraums wurden laut Statistik der Europäischen Kommission insgesamt 758 Zusammenschlussvorhaben in Brüssel angemeldet. Auf das Jahr 2006 entfielen 356 Notifizierungen, die restlichen 402 Anmeldungen erfolgten 2007. Im Vergleich zu dem vorangegangenen Berichtszeitraum mit 562 Fällen stieg die Zahl der Anmeldungen um fast 200, d. h. um circa 35 Prozent. Die Fallzahlen übertreffen selbst die „Fusionswelle“ in den Jahren 2000 und 2001, in denen immerhin schon 665 Vorhaben notifiziert worden waren.

616. Im Berichtszeitraum erfolgten neun Anträge der Mitgliedstaaten gemäß Artikel 9 FKVO auf Verweisung an die nationalen Wettbewerbsbehörden. Die Europäische Kommission gab den Anträgen jeweils zweimal teilweise und vollständig statt. In einem Fall verweigerte die Kommission die Verweisung.¹¹⁶ Die Mitgliedstaaten haben sieben Mal von der Möglichkeit des Artikel 22 FKVO Gebrauch gemacht und eine Verweisung an die Brüsseler Wettbewerbsbehörde beantragt. Davon waren fünf Anträge erfolgreich, einen Antrag lehnte die Europäische Kommission ab.

Mit der letzten Reform der Fusionskontrollverordnung erlangten die zusammenschlussbeteiligten Unternehmen die Befugnis, selbst die Verweisung ihres Vorhabens zu beantragen. Nach Artikel 4 Abs. 4 FKVO können sie um die Abgabe eines Falles, der ursprünglich in die Zuständigkeit der Europäischen Kommission fallen würde, an einen Mitgliedstaat bitten. Artikel 4 Abs. 5 FKVO eröffnet hingegen die Möglichkeit, einen ursprünglich nationalen Fall in die Zuständigkeit der Europäischen Kommission zu verlagern. Den betroffenen Mitgliedstaaten steht jeweils ein Vetorecht zu, mit dem der Wechsel der Zuständigkeit verhindert werden kann. Während des Berichtszeitraums haben die Parteien 18 Anträge auf Verweisung an eine nationale Wettbewerbsbehörde gestellt. Die Mitgliedstaaten und die Europäische Kommission kamen derartigen Ersuchen 18 Mal vollständig und einmal teilweise nach. Die Übertragung der Zuständigkeit wurde in keinem Fall verweigert. Fast verdoppelt hat sich die Zahl der Anträge nach Artikel 4 Abs. 5 FKVO. Während die Zusammenschlussparteien im letzten Berichtszeitraum 48 Anträge auf Verweisung an die Europäische Kommission gestellt haben, stieg die Zahl in den Jahren 2006/2007 auf 89 an. In ebenfalls 89 Fällen wurde die Übertragung der Zuständigkeit akzeptiert, nur in zwei Fällen wurde sie abgelehnt.

¹¹⁵ Draft revised Commission Notice on remedies acceptable under the Merger Regulation, 24. April 2007, http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/merger_remedies.html.

¹¹⁶ Die Zahl der während des Berichtszeitraums eingegangenen Anträge nach Artikel 9 FKVO muss nicht mit der Zahl der im Berichtszeitraum getroffenen Entscheidungen nach Artikel 9 FKVO übereinstimmen. Zum Teil beziehen sich Entscheidungen auf Anträge aus dem vorigen Berichtszeitraum, zum Teil werden die in 2007 gestellten Anträge erst in 2008 entschieden. Dasselbe gilt auch für Anträge nach Artikel 22 sowie 4 Abs. 4 und 5 FKVO.

617. Aus den genannten Zahlen ergibt sich, dass die von den Mitgliedstaaten ausgehenden Artikel 9-Anträge nochmals an Bedeutung verloren haben. Im Vergleich zum vorigen Berichtszeitraum mit elf Verweisungsersuchen ging die Zahl weiter zurück. Die Zahl der Ersuchen der Mitgliedstaaten nach Artikel 22 FKVO ist mit sieben hingegen leicht gestiegen (2004/2005: 5 Anträge). Dies gilt auch für die Fälle, in denen die Parteien um Verfahrensabgabe an die Mitgliedstaaten gebeten haben (2004/2005: 16 Anträge, 2006/2007: 18 Anträge). Stark gestiegen ist hingegen die Zahl der Anträge nach Artikel 4 Abs. 5 FKVO, nämlich von 48 auf 89. Offenbar nehmen immer mehr Unternehmen die Möglichkeit wahr, die Prüfung ihrer Vorhaben von Brüssel vornehmen zu lassen, obwohl sie die Umsatzschwellen des Artikel 1 FKVO nicht erreichen. Auffällig ist in diesem Zusammenhang zudem, dass die Mitgliedstaaten trotz der Häufigkeit dieser Verweisungsanträge kaum von ihrem Vetorecht Gebrauch machen: Nur in zwei Fällen wurde eine Verweisung abgelehnt. Dies ist um so erstaunlicher vor dem Hintergrund, dass der Verweisungstatbestand des Artikel 4 Abs. 5 FKVO noch im Gesetzgebungsverfahren auf teilweise erheblichen Widerstand der nationalen Wettbewerbsbehörden gestoßen war.

618. In der ersten Verfahrensphase traf die Europäische Kommission 722 Entscheidungen. In keinem Fall kam es zu einer Ablehnung der Brüsseler Zuständigkeit nach Artikel 6 Abs. 1 lit. a FKVO. In 691 Fällen verneinte die Europäische Kommission ernsthafte wettbewerbliche Bedenken und schloss das Verfahren mit einer Entscheidung nach Artikel 6 Abs. 1 lit. b FKVO ohne Bedingungen und Auflagen ab. 31 Zusammenschlussvorhaben führten zu erheblichen Wettbewerbsproblemen und wurden nur unter Zusagen erlaubt. Im Verhältnis zum vorigen Berichtszeitraum ist die Zahl der bedingungslosen Freigaben leicht gestiegen, die Zahl der Genehmigungen unter Bedingungen und Auflagen leicht gefallen.

619. Vermehrt hat die Europäische Kommission das vereinfachte Verfahren genutzt. Während diese Verfahrensart im letzten Berichtszeitraum 214 Mal zur Anwendung kam, waren in den Jahren 2006/2007 schon 445, also mehr als doppelt so viele Fälle betroffen. Selbst unter Berücksichtigung der stark gestiegenen Gesamtzahl von Anmeldungen lässt sich noch eine beträchtliche Ausbreitung des vereinfachten Verfahrens feststellen. In der vermehrten Anwendung des vereinfachten Verfahrens dürfte das Bestreben der Europäischen Kommission zum Ausdruck kommen, ihre Ressourcen vorrangig auf die schwierigeren Fälle zu konzentrieren und im Gegenzug unproblematische Vorhaben schnell zu beenden. Angesichts der gestiegenen Fallzahlen ist diese Tendenz zwar durchaus nachvollziehbar, allerdings bleibt zu bedenken, dass die Zunahme der Fälle auch auf die von der Europäischen Kommission initiierten Zuständigkeitsregeln des Artikel 1 Abs. 3 und Artikel 4 Abs. 5 FKVO zurückgehen. Hier tritt ein gewisses Spannungsverhältnis zwischen dem Bestreben nach erweiterten Zuständigkeiten einerseits und den begrenzten personellen Ressourcen andererseits zutage, die einen zügigen Verfahrensabschluss in einer Vielzahl der Fälle erfordern. Angesichts dieses

Spannungsverhältnisses ist darauf zu achten, dass problematische Fälle auch künftig nicht allein aus Personal- oder Zeitmangel als unbedenklich eingestuft und im vereinfachten Verfahren abgehandelt werden.

620. In 28 Fällen hat die Europäische Kommission die zweite Verfahrensphase gemäß Artikel 6 Abs. 1 lit. c FKVO eröffnet. Im Vergleich zum vorigen Berichtszeitraum mit 18 derartigen Entscheidungen ist die Zahl deutlich angestiegen. Erhöht hat sich auch die Zahl der Freigaben ohne Bedingungen und Auflagen, nämlich von vier in den Jahren 2004/2005 auf neun in 2006/2007. In den Fällen Sea-Invest/EMO-EKOM, Cargill/Degussa Food Ingredients, Ineos/BP Dormagen, Glatfelder/Crompton, Thales/Finmeccanica/AAS/Telespazio, Travelport/Worldspan, AAE/Lentjes und Syniverse/BSG ergingen die Verfügungen nach Artikel 8 Abs. 1 der Verordnung 139/2004.¹¹⁷ Die Entscheidung Sony/BMG wurde noch auf der Grundlage von Artikel 8 Abs. 2 der Verordnung 4064/89 erlassen. Erstmals hatte die Europäische Kommission das Vorhaben im Jahr 2004 untersucht und eine Freigabe ohne Bedingungen und Auflagen erlassen. Nachdem das Gericht erster Instanz diese Entscheidung aufgehoben hatte, musste die Kommission das Verfahren erneut durchführen. Da es für die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf den Tag des Vertragsabschlusses zwischen den Parteien ankommt, blieb die Verordnung 4064/89 maßgebend. Die neue Prüfung führte ebenfalls zu einer bedingungslosen Freigabe nach Durchführung der zweiten Verfahrensphase.

Die Europäische Kommission erließ im gegenwärtigen Berichtszeitraum zehn Entscheidungen gemäß Artikel 8 Abs. 2 der Verordnung 139/2004. Sie genehmigte die Fälle Omya/Huber, Dong/Elsam/Energi E2, T-Mobile Austria/Tele.ring, Inco/Falconbridge sowie Gaz de France/Suez, Metso/Aker Kvaerner, JCI/Fiamm, Universal Music Group/BMG Music Publishing, SFR/Télé2 und Kronospan/Constantia nur unter Bedingungen und Auflagen.¹¹⁸ Im Verhältnis zum vorigen Berichtszeitraum mit sieben bedingten Entscheidungen blieb die Zahl in etwa gleich.

621. Lediglich in einem Verfahren – Ryanair/Aer Lingus – sprach die Europäische Kommission eine Untersagung aus. Im Vergleich zum letzten Berichtszeitraum ist damit die Zahl der Untersagungen zwar gleich geblieben – mit ENI/EDP/GDP wurde damals ebenfalls nur eine Verbotsverfügung ausgesprochen. Im Verhältnis zu den Jahren 2004/2005 liegen in den Jahren 2006/2007 allerdings ca. 200 zusätzliche Notifizierungen vor. Die Gesamtzahl der Untersagungen seit Beginn der europäischen Fusionskontrolle stieg damit von 19 auf 20. Daneben wurden im vorliegenden Berichtszeitraum insgesamt 16 Anmeldungen zurückgenommen. Eine solche Rücknahme erfolgte zwölf Mal in der ersten und vier Mal in der zweiten Verfahrensphase. In den Jahren 2004/2005

waren es annähernd genauso viele, nämlich 14 Rücknahmen.

622. Die Tatsache, dass immerhin 16 Anmeldungen zurückgenommen worden sind, lässt auf eine gewisse Vorfeldwirkung der europäischen Fusionskontrolle schließen. Diese wird wahrscheinlich auch dafür sorgen, dass bestimmte offensichtlich wettbewerblich problematische Zusammenschlussvorhaben gar nicht erst angemeldet werden. Dennoch bleibt festzustellen, dass die Zahl der Untersagungen auf anhaltend niedrigem Niveau verharrt. Dies dürfte auch auf eine Tendenz der Europäischen Kommission zurückzuführen sein, bei festgestellten Wettbewerbsbeeinträchtigungen eher auf Freigabeentscheidungen unter Bedingungen und Auflagen zu setzen als Verbote auszusprechen. Die Verhängung strenger Abhilfemaßnahmen wird möglicherweise als gleichwertig zum Erlass von Untersagungsentscheidungen angesehen. Gerade vor dem Hintergrund der Erfahrungen mit der begrenzten Wirksamkeit von Bedingungen und Auflagen in der Fusionskontrollpraxis muss diese Annahme jedoch stark bezweifelt werden. Eine Studie der Europäischen Kommission aus dem Jahr 2005 kam zu dem Ergebnis, dass nur knapp über die Hälfte der untersuchten Abhilfemaßnahmen wirksam waren.¹¹⁹ Positiv kann in diesem Zusammenhang lediglich stimmen, dass die Europäische Kommission in dem im April 2007 veröffentlichten Entwurf einer überarbeiteten Mitteilung zu Abhilfemaßnahmen eine Reihe von Vorkehrungen getroffen hat, um die Effektivität von Zusagen zu erhöhen. Dazu gehören umfangreiche Informationspflichten seitens der Parteien sowie die vermehrte Anwendung von sog. Upfront-Buyer- und Fix-it-first-Lösungen.¹²⁰

3.2 Zuständigkeit

623. Die Zuständigkeitsverteilung zwischen der Europäischen Kommission einerseits und den nationalen Wettbewerbsbehörden andererseits ergibt sich in erster Linie aus Artikel 1 Abs. 2 und Abs. 3 FKVO. Nach Artikel 1 Abs. 2 FKVO ist die Zuständigkeit der Europäischen Kommission eröffnet, wenn ein weltweiter Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen zusammen von mehr als 5 Mrd. Euro und ein gemeinschaftsweiter Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen von jeweils mehr als 250 Mio. Euro erzielt werden. Außerdem dürfen die beteiligten Unternehmen nicht jeweils mehr als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Gesamtumsatzes in ein und demselben Mitgliedstaat erzielen. Artikel 1 Abs. 3 FKVO sieht als subsidiäre Zuständigkeitsregelung folgende Voraussetzungen vor: Der weltweite Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen muss zusammen mehr als 2,5 Mrd. Euro betragen, der Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen in mindestens drei Mitgliedstaaten jeweils 100 Mio. Euro übersteigen, in jedem von mindestens drei dieser Mitgliedstaaten muss der Gesamtumsatz

¹¹⁷ Die Entscheidungen AAE/Lentjes und Syniverse/BSG waren zum Zeitpunkt des Redaktionsschlusses noch nicht veröffentlicht.

¹¹⁸ Die Entscheidung JCI/Fiamm war zum Zeitpunkt des Redaktionsschlusses noch nicht veröffentlicht.

¹¹⁹ Merger Remedies Study, DG Competition, European Commission, October 2005, http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/studies_reports/study_reports.html. Vgl. hierzu Monopolkommission, Hauptgutachten 2004/2005, a. a. O., Tz. 701 ff.

¹²⁰ Vgl. Tz. 765 ff.

von mindestens zwei beteiligten Unternehmen jeweils mehr als 25 Mio. Euro betragen und der gemeinschaftsweite Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen jeweils 100 Mio. Euro übersteigen. Außerdem gilt auch insoweit die Zwei-Drittel-Regelung. Die Zuständigkeit der Europäischen Kommission kann sich daneben aus einer Verweisung nach Artikel 4 Abs. 5 oder nach Artikel 22 FKVO ergeben. Eine Verweisung nach Artikel 4 Abs. 5 FKVO resultiert aus einem Antrag der Zusammenschlussparteien, während eine Verweisung nach Artikel 22 FKVO auf Initiative eines oder mehrerer Mitgliedstaaten erfolgt.

624. Betrachtet man die Zweite-Phase-Verfahren im gegenwärtigen Berichtszeitraum, ergibt sich für die Begründung der Zuständigkeit Brüssels folgendes Bild:¹²¹ Aufgrund des Artikel 1 Abs. 2 FKVO fallen die sieben Zusammenschlussvorhaben Sea-Invest/EMO-EKOM, Thales/ Finmeccanica/AAS/Telespazio, Sony/BMG sowie T-Mobile Austria/Tele.ring, Inco/Falconbridge, Gaz de France/Suez und SFR/Télé2 in den Zuständigkeitsbereich der Europäischen Kommission. Für vier Fälle ist die Europäische Kommission gemäß Artikel 1 Abs. 3 FKVO zuständig, nämlich Cargill/Degussa Food Ingredients sowie Dong/Elsam/Energie E2, Universal/ BMG Music Publishing und Ryanair/Aer Lingus. Nach Artikel 22 FKVO gelangten die zwei Verfahren Glatfelder/Crompton und Omya/Huber auf Antrag der Mitgliedstaaten in die Jurisdiktion der Europäischen Kommission. In den drei Fällen Travelport/Worldspan, Metso/Aker Kvaerner und Kronospan/Constantia wurde die Zuständigkeit Brüssels durch einen Antrag der Parteien gemäß Artikel 4 Abs. 5 FKVO eröffnet.

625. Die Zuständigkeit der nationalen Wettbewerbsbehörden folgt in erster Linie aus den mitgliedstaatlichen Regelungen und wird durch die Artikel 1 Abs. 2 und 3 FKVO begrenzt. Die nationalen Wettbewerbsbehörden sind auch dann zuständig, wenn ein Zusammenschlussvorhaben zwar ursprünglich gemeinschaftsweite Bedeutung hatte, aber auf Betreiben der Parteien (Artikel 4 Abs. 4 FKVO) oder eines Mitgliedstaates (Artikel 9 FKVO) verwiesen wird. Im gegenwärtigen Berichtszeitraum hat die Europäische Kommission 18 Verfahren gemäß Artikel 4 Abs. 4 FKVO vollständig, einen weiteren Fall nur teilweise an die nationalen Wettbewerbsbehörden abgegeben. Auf der Grundlage von Artikel 9 FKVO wurden zwei Verfahren – TCCC/CCHBC/Traficante und Carrefour/Ahold Polska – vollständig an die italienische und die polnische Wettbewerbsbehörde verwiesen. In den Fällen Aggregate Industries/Foster Yeoman und Alfa Acciai/Cronimet/Remondis/TSR Group kam es zur teilweisen Verfahrensabgabe an das Vereinigte Königreich und Deutschland. Soweit die Zuständigkeit für diese Vorhaben bei der Europäischen Kommission verblieb, erließ sie Entscheidungen nach Artikel 6 Abs. 1 lit. b FKVO. Den Verweisungsantrag Bulgariens in dem Fall AIG Ca-

pital Partners/Bulgarian Telecommunications Company beschied die Europäische Kommission abschlägig und führte die Prüfung selbst durch. Sie beendete das Verfahren ebenfalls mit einer Entscheidung nach Artikel 6 Abs. 1 lit. b FKVO.

3.2.1 Ausschließliche Zuständigkeit der Europäischen Kommission

626. Nach Artikel 21 Abs. 2 FKVO ist die Europäische Kommission ausschließlich dafür zuständig, die wettbewerbsrechtlichen Auswirkungen von Zusammenschlüssen mit gemeinschaftsweiter Bedeutung zu beurteilen. Gemäß Artikel 21 Abs. 3 FKVO wenden die Mitgliedstaaten ihr nationales Wettbewerbsrecht nicht auf derartige Zusammenschlüsse an. Nach Abs. 4 der Vorschrift sind die Mitgliedstaaten jedoch befugt, geeignete Maßnahmen zum Schutz anderer berechtigter Interessen zu treffen, sofern die Interessen mit den allgemeinen Grundsätzen und den übrigen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts vereinbar sind. Als berechtigte Interessen in diesem Sinn gelten gemäß Artikel 21 Abs. 4 FKVO die öffentliche Sicherheit, die Medienvielfalt und die Aufsichtsregeln. Alle Maßnahmen zum Schutz anderer Interessen sind der Europäischen Kommission mitzuteilen, die innerhalb von 25 Arbeitstagen entscheiden muss, ob das geltend gemachte Interesse mit den allgemeinen Grundsätzen und den sonstigen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts vereinbar ist. In den Verfahren E.ON/Endesa und Enel/Acciona/Endesa hat die Europäische Kommission insgesamt drei Entscheidungen wegen Verstoßes gegen Artikel 21 FKVO erlassen.

627. Am 16. März 2006 hat E.ON sein Vorhaben, Endesa im Wege eines öffentlichen Übernahmeangebots zu erwerben, in Brüssel angemeldet. Am 25. April 2006 genehmigte die Europäische Kommission den Zusammenschluss in der ersten Verfahrensphase ohne Bedingungen und Auflagen. Einige Tage, nachdem E.ON sein Angebot für Endesa bekannt gegeben hatte, erließ die spanische Regierung ein Gesetz, mit dem die Aufsichtsbefugnisse der Energieregulierungsbehörde CNE ausgeweitet wurden. In Anwendung dieses Gesetzes machte die CNE den Zusammenschluss E.ON/Endesa von einer Reihe von Auflagen abhängig und verpflichtete E.ON unter anderem zur Veräußerung bestimmter Vermögenswerte. Daraufhin erließ die Europäische Kommission im September 2006 eine Verfügung nach Artikel 21 FKVO gegen Spanien. Die spanische Regierung habe gegen Artikel 21 FKVO verstoßen, weil die Entscheidung der CNE ohne vorherige Unterrichtung und ohne Billigung der Europäischen Kommission erlassen worden sei. Außerdem werde der Zusammenschluss von einer Reihe von Auflagen abhängig gemacht, die den Bestimmungen des EG-Vertrags über den freien Kapitalverkehr und die Niederlassungsfreiheit zuwiderliefen. Aufgrund dieser Entscheidung war Spanien verpflichtet, die Auflagen unverzüglich aufzuheben.

Im November 2006 legte das spanische Ministerium für Industrie, Tourismus und Handel im Rahmen des verwaltungsrechtlichen Rechtsbehelfsverfahrens gegen die Ent-

¹²¹ Bei Redaktionsschluss waren 17 Zweite-Phase-Verfahren veröffentlicht. In der Entscheidung Ineos/BP Dormagen macht die Europäische Kommission keine Angaben zur Zuständigkeit.

scheidung der CNE neue Auflagen fest. Nach Auffassung der Europäischen Kommission waren auch diese geänderten Auflagen unvereinbar mit den Bestimmungen des EG-Vertrags über den freien Kapitalverkehr und die Niederlassungsfreiheit. Daneben wurde ein Verstoß gegen die Regel des freien Warenverkehrs konstatiert. Die Europäische Kommission erließ daraufhin im Dezember 2006 eine zweite Verfügung nach Artikel 21 FKVO. Spanien wurde eine Frist bis zum 19. Januar 2007 eingeräumt, um die geänderten Auflagen aufzuheben.

Im März 2007 vereinbarten die italienische Enel und die spanische Acciona, die gemeinsame Kontrolle über Endesa zu übernehmen und ein gemeinsames Angebot für die Endesa-Aktien abzugeben, die sich noch nicht in ihrer Kontrolle befanden. Anfang April einigten sich Enel, Acciona und E.ON darauf, dass Enel und Endesa bestimmte Rechte und Vermögenswerte auf E.ON übertragen. Im Juli 2007 genehmigte die Europäische Kommission das Vorhaben Enel/Acciona/Endesa in der ersten Verfahrensphase ohne Bedingungen und Auflagen. Ebenfalls im Juli 2007 knüpfte die CNE den Zusammenschluss an bestimmte Bedingungen, die im Oktober zum Teil geändert wurden. Die geänderten Bedingungen unterschieden sich nicht wesentlich von denen, die an den Zusammenschluss E.ON/Endesa geknüpft waren. Die Europäische Kommission erließ daraufhin im Dezember 2007 eine weitere Verfügung nach Artikel 21 FKVO, die wiederum auf der fehlenden Unterrichtung und Zustimmung der Europäischen Kommission sowie den Verstößen gegen die Grundsätze des freien Kapital- und Warenverkehrs und der Niederlassungsfreiheit beruhte.

628. Der geschilderte Fall macht die Gefahr industriepolitischer Einflussnahme seitens der Mitgliedstaaten in besonders gravierender Weise deutlich. Spanien hatte vor dem Angebot durch E.ON bereits die Übernahme Endesas durch das ebenfalls spanische, in Katalonien ansässige Unternehmen Gas Natural genehmigt. Diese Genehmigung war erfolgt, obwohl die spanische Wettbewerbsbehörde sich gegen den Zusammenschluss ausgesprochen hatte. Die spanische Regierung hatte das Vorhaben dennoch offen unterstützt und die Schaffung eines nationalen Energiechampions favorisiert. Zur Begründung führte die spanische Regierung Gemeinwohlgründe sowie den Schutz eines strategischen Wirtschaftszweigs an. Insbesondere hätte das zusammengefasste Unternehmen nach Ansicht der Regierung als erstes integriertes Gas- und Stromunternehmen Spaniens über eine größere Verhandlungsmacht verfügt.

Selbst mehrere Entscheidungen der Europäischen Kommission nach Artikel 21 FKVO sowie die Einleitung von zwei Vertragsverletzungsverfahren konnten die spanische Regierung nur wenig beeindrucken. Um so bedauerlicher ist es nach Auffassung der Monopolkommission, dass die spanische Regierung sich mit ihrem Plan, einen aus ihrer Sicht unliebsamen Zusammenschluss zu verhindern, durchsetzen konnte. Schon allein die durch staatliche Maßnahmen hervorgerufene Verzögerung erschwerte E.ON den Erwerb von Endesa. Die Verzögerung verschaffte außerdem Acciona und Enel die Möglichkeit des

Aktienkaufs, der in einem gemeinsamen Angebot zum Erwerb von Endesa mündete. Dabei ist der vorliegende Fall bei weitem nicht das einzige Beispiel für Versuche politischer Einflussnahme seitens nationaler Regierungen. Hier sei nur daran erinnert, dass in Frankreich die Versorger GdF und Suez fusionierten, um den Erwerb von Suez durch die italienische Enel zu verhindern. Über politische Einflussnahme wurde während des Berichtszeitraums ferner in den Zusammenschlüssen Mittel/Arcelor sowie Abertis/Autostrade berichtet.

629. Die Monopolkommission lehnt mitgliedstaatliche Eingriffe in die ausschließliche Zuständigkeit der Europäischen Kommission bei Zusammenschlussfällen strikt ab. Sie wendet sich nachdrücklich gegen eine nationale Politik, die die Bildung von inländischen Champions fördert und die Belange der Wettbewerbspolitik gegenüber industriepolitischen Interessen zurückstellt.¹²² Sie erinnert in diesem Zusammenhang daran, dass derartige Eingriffe letztlich zulasten der Verbraucher, im vorliegenden Fall insbesondere der spanischen Energiekunden, gehen. Nach Auffassung der Monopolkommission ist es von essenzieller Bedeutung zu gewährleisten, dass für alle Unternehmen, deren Zusammenschlussvorhaben in die Zuständigkeit der Europäischen Kommission fallen, dieselben Regeln gelten. Die Monopolkommission unterstützt deshalb ausdrücklich die Maßnahmen, welche die Europäische Kommission im vorliegenden Fall getroffen hat. Nach Auffassung der Monopolkommission sollte die Europäische Kommission alle ihr zu Gebote stehenden Mittel und Sanktionen ausschöpfen, um Spanien zur Rücknahme der ausgesprochenen Auflagen zu bewegen und damit auch ein Zeichen im Hinblick auf andere Mitgliedstaaten zu setzen.¹²³

3.2.2 Umsatzzurechnung im Luftverkehr

630. Ryanair meldete am 30. Oktober 2006 sein Vorhaben in Brüssel an, die alleinige Kontrolle über Aer Lingus zu übernehmen.¹²⁴ Die beteiligten Unternehmen sind Fluggesellschaften, die Kurzstrecken-Linienflüge anbieten und jeweils über eine große, wichtige Basis am Dubliner Flughafen verfügen. Die Zuständigkeit der Europäischen Kommission nach Artikel 1 Abs. 2 FKVO war ausgeschlossen, weil die Parteien die erforderliche 5 Mrd. Euro-Umsatzgrenze nicht erreichten. Für die Anwendung des Artikel 1 Abs. 3 FKVO war entscheidend, ob die Umsätze der Zusammenschlussbeteiligten zusammen in mindestens drei Mitgliedstaaten mehr als 100 Mio. Euro und einzeln in mindestens drei dieser Mitgliedstaaten mehr als 25 Mio. Euro betragen. Ob diese Voraussetzungen erfüllt waren, hing von der örtlichen Zuordnung der auf Hin- und Rückflügen erzielten Umsätze ab. Laut Artikel 5 Abs. 1 FKVO umfasst der in der Gemeinschaft oder einem Mitgliedstaat erzielte Umsatz den Umsatz, der mit

¹²² Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 1 ff.

¹²³ Der EuGH hat im März 2008 entschieden, dass Spanien mit den gegen E.ON verhängten Auflagen gegen Artikel 21 FKVO verstoßen hat; Urteil vom 6. März 2008, Rs. C-196/07.

¹²⁴ Vgl. Tz. 692 ff., 757 ff.

Waren und Dienstleistungen in der Gemeinschaft oder diesem Mitgliedstaat erzielt wurde. Nach der Mitteilung der Kommission über die Berechnung des Umsatzes richtet sich der Ort des Umsatzes danach, wo sich der Kunde zur Zeit der Transaktion befindet.¹²⁵ Der Umsatz ist dem Standort des Kunden zuzuordnen, da in den allermeisten Fällen dort der Vertrag zustande kommt, der entsprechende Umsatz erzielt wird und Wettbewerb mit anderen Anbietern stattfindet.

631. In früheren Entscheidungen zum Luftverkehr hatte die Europäische Kommission verschiedene Alternativen der Umsatzzurechnung erwogen. So war eine 50/50-Aufteilung der Umsätze auf den Abflug- und Ankunftsort ebenso in Betracht gezogen worden wie eine vollständige Zurechnung zu dem Ort des Ticketverkaufs. Die anfängliche Überlegung, Umsätze ausschließlich dem Ankunftsland zuzurechnen, hat die Europäische Kommission zwischenzeitlich wieder verworfen. Da die vorgeschlagenen Alternativen in früheren Fällen nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen geführt hätten, konnte die Wettbewerbsbehörde die genaue Zurechnung bislang offen lassen. In der jetzt vorliegenden Verfügung lehnt die Europäische Kommission eine Zurechnung der auf dem Hin- und Rückflug erzielten Umsätze ausschließlich zum Ankunftsland ab. Sie verwirft außerdem die von Aer Lingus vorgeschlagene Zuordnung ausschließlich zum Abflugland. Nach beiden Ansätzen wäre die Kommission für die fusionskontrollrechtliche Prüfung nicht zuständig gewesen. Die Wettbewerbsbehörde verneint daneben eine Zurechnung zum Verkaufsort, wie sie noch in der Mitteilung zur Umsatzberechnung vorgeschlagen wird. Zur Begründung führt die Europäische Kommission an, dass ein erheblicher Teil der Tickets beider Fluggesellschaften über das Internet erworben werde und der jeweilige Verkaufsort deshalb nicht feststellbar sei. Außerdem gelte beim Internetvertrieb in der Regel die Vermutung nicht, wonach der Verkaufsort und der Ort der Dienstleistungserbringung übereinstimmen. Die Europäische Kommission spricht sich schließlich dafür aus, entweder die Umsätze hälftig auf das Abflug- und das Ankunftsland aufzuteilen oder sie zwar dem Abflugland zuzuordnen, Hin- und Rückflug aber als zwei Flüge zu behandeln. Nach Auffassung der Europäischen Kommission spiegelt die hälftige Aufteilung den transnationalen Charakter der Dienstleistung wider und erlaubt eine einfache und rechtssichere Anwendung. Für die Zuordnung zum jeweiligen Abflugland bei Hin- und Rückflug spreche, dass die Kunden auch beide Flüge bei verschiedenen Anbietern buchen könnten. Nach beiden Alternativen ist die Europäische Kommission im vorliegenden Fall zuständig.

632. Die Monopolkommission lehnt beim Internetvertrieb – ebenso wie die Europäische Kommission – eine Zuordnung zum Ort des Vertragsschlusses als unpraktikabel und wenig sachgerecht ab. Oftmals werden den betroffenen Unternehmen die entsprechenden Daten nicht

oder nicht ohne weiteres zur Verfügung stehen. Zudem dürfte der Ort des Vertragsschlusses häufig nicht identisch mit dem Ort sein, an dem die erworbene Dienstleistung zu erbringen ist. Diese Auffassung kommt auch in der konsolidierten Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen zum Ausdruck, mit der die Mitteilung über die Umsatzberechnung im Juli 2007 abgelöst wurde.¹²⁶ Hiernach ist, sofern die fragliche Dienstleistung nicht über das Internet geliefert wird, der Ort für die Zurechnung zugrunde zu legen, an dem die charakteristische Handlung im Rahmen des Vertrags durchgeführt wird. Geht man vom Ort der Erbringung der Dienstleistung aus, erscheint eine ausschließliche Zuordnung zum Abflug- oder Ankunftsort nicht sinnvoll, denn bei einem Hin- und Rückflug wird die Dienstleistung an beiden Orten erbracht. Dieser Auffassung entsprechen beide von der Europäischen Kommission vertretenen Alternativen. Eine Entscheidung musste sie nicht treffen, weil im vorliegenden Fall beide Methoden zu demselben Ergebnis führten.

3.2.3 Zuständigkeit und Abhilfemaßnahmen

633. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat in seinem Urteil *Cementbouw/Kommission* wichtige Feststellungen zur Zuständigkeit der Europäischen Kommission getroffen.¹²⁷ Dem Urteil lag eine Entscheidung der Europäischen Kommission vom Juni 2002 zugrunde, mit der das Zusammenschlussvorhaben *Haniel/Cementbouw/JV (CVK)* nach Durchführung der zweiten Verfahrensphase nur unter Bedingungen und Auflagen genehmigt worden war. *Cementbouw* legte gegen die Entscheidung am 11. September 2002 Klage beim Gericht erster Instanz ein. Das Gericht folgte jedoch keinem der vorgebrachten Argumente und wies die Klage ab.¹²⁸ Am 3. Mai 2006 legte *Cementbouw* Rechtsmittel beim EuGH gegen das erstinstanzliche Urteil ein. Die Klägerin macht unter anderem geltend, die Zuständigkeit der Europäischen Kommission nach der Fusionskontrollverordnung werde nicht ausschließlich durch den Zusammenschluss in der Form, wie er angemeldet worden sei, sondern durch den tatsächlich vollzogenen Zusammenschluss begründet. Dies gelte für den Fall, dass die Parteien das Zusammenschlussvorhaben nach dessen Anmeldung geändert hätten, wobei solche Änderungen auch aus einem Zusagenvorschlag resultieren könnten.

634. Der Europäische Gerichtshof hat diese Argumentation – nach Auffassung der Monopolkommission zu Recht – verworfen. Zur Begründung führt der EuGH aus, dass die Fusionskontrollverordnung gemäß Artikel 21 FKVO auf einer exakten Verteilung der Zuständigkeiten zwischen den nationalen und den gemeinschaftlichen Behörden beruhe. Die Fusionskontrollverordnung enthalte darüber hinaus Bestimmungen wie Artikel 10 Abs. 1 und 2

¹²⁵ Mitteilung der Kommission über die Berechnung des Umsatzes im Sinne der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Zusammenschlüssen, ABl. EG Nr. C 66 vom 2. März 1998, S. 25, hier: S. 32, Rn. 45.

¹²⁶ Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, 10. Juli 2007, Rn. 196.

¹²⁷ EuGH, Urteil vom 18. Dezember 2007, Rs. C-202/06 P, *Cementbouw/Kommission*, Rn. 39.

¹²⁸ EuG, Urteil vom 23. Februar 2006, Rs. T-282/02, *Cementbouw/Kommission*, Slg. 2006, II-319.

FKVO, die darauf abzielten, die Dauer der fusionskontrollrechtlichen Verfahren aus Gründen der Rechtssicherheit und im Interesse der betroffenen Unternehmen zu begrenzen. Dieses Bemühen um Rechtssicherheit erfordere, dass sich die für die Prüfung eines konkreten Zusammenschlussvorhabens zuständige Behörde auf vorhersehbare Weise bestimmen lasse. Das Gebot der Zügigkeit, das die allgemeine Systematik der Fusionskontrollverordnung charakterisiere, erfordere zudem, dass die nach Artikel 1 Abs. 2 und 3 sowie Artikel 5 FKVO einmal begründete Zuständigkeit der Europäischen Kommission für einen bestimmten Vorgang nicht jederzeit wieder infrage gestellt oder ständig Änderungen unterworfen werden könne. Die Europäische Kommission verliere zwar ihre Zuständigkeit für die Prüfung eines Zusammenschlusses, wenn die beteiligten Unternehmen ihr Vorhaben vollständig aufgeben. Anders verhalte es sich jedoch, wenn die Beteiligten nur für einen Teil ihres Vorhabens Änderungen vorschlagen. Solche Vorschläge könnten nicht dazu führen, dass die Europäische Kommission zur Überprüfung ihrer Zuständigkeit gezwungen werde, da andernfalls die betreffenden Unternehmen den Ablauf des Verfahrens und die Wirksamkeit der vom Gesetzgeber gewollten Kontrolle erheblich stören könnten, indem sie die Kommission zwingen, ständig ihre Zuständigkeit statt die Sache materiell-rechtlich zu prüfen. Demgemäß müsse die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörde für die Prüfung eines Zusammenschlusses zu einem bestimmten Zeitpunkt für die gesamte Dauer des Verfahrens feststehen. Dieser Zeitpunkt hat nach Auffassung des EuGH in engem Zusammenhang mit der Anmeldung zu stehen.

3.3 Marktabgrenzung

635. Es fällt auf, dass die Europäische Kommission während des Berichtszeitraums in einer Reihe von Entscheidungen die Marktabgrenzung ausführlich behandelt und dabei detaillierter als früher auf die Nachfrage- und die Angebots substituierbarkeit eingeht. Bei der Marktdefinition wendet die Europäische Kommission verschiedene Analysemethoden an. Einerseits nimmt sie – wie etwa in den Fällen Cargill/Degussa Food Ingredients und Ineos/BP Dormagen – traditionelle Marktuntersuchungen vor, die im Wesentlichen in der Befragung von Wettbewerbern, Lieferanten und Nachfragern anhand von Fragebögen bestehen. Andererseits nutzt sie ökonomische Instrumente, z. B. in den Fällen Omya/Huber, Inco/Falconbridge und Sea-Invest/ EMO-EKOM, und zwar sowohl im Rahmen der sachlichen als auch der räumlichen Marktabgrenzung. Soweit ersichtlich, überwiegen selbst in den Zweite-Phase-Verfahren die Fälle, in denen die Marktabgrenzung auf der Grundlage einer traditionellen Marktuntersuchung vorgenommen wird. Es gibt aber auch Entscheidungen wie Omya/Huber, bei denen die Europäische Kommission die durchgeführte Anbieter- und Kundenbefragung um eine ökonomische Untersuchung ergänzt, oder Sea-Invest/EMO-EKOM, bei denen die quantitative Analyse im Vordergrund steht.

636. Bemerkenswert ist die Entwicklung hin zu einer weniger starren Marktabgrenzung, die im Berichtszeitraum zu erkennen ist. In mehreren Fällen – unter anderem

in den Entscheidungen Omya/Huber, Glatfelder/Crompton und Travelport/Worldspan – wird eine gewisse Aufweichung von Marktgrenzen sichtbar. In der Praxis definiert die Europäische Kommission zwar einen relevanten sachlichen Markt – oft unter explizitem Ausschluss bestimmter benachbarter Produkte. Gleichzeitig erklärt sie aber, dass von diesen benachbarten Produkten ein gewisser Wettbewerbsdruck auf die Zusammenschlussparteien ausgehe bzw. nicht ausgeschlossen werden könne und deshalb bei der weiteren wettbewerblichen Würdigung zu berücksichtigen sei.

3.3.1 Traditionelle Marktuntersuchung und ökonomische Verfahren

637. In dem Verfahren Glatfelder/Crompton, das die Europäische Kommission am 20. Dezember 2006 mit einer Freigabe ohne Auflagen gemäß Artikel 8 Abs. 1 FKVO abgeschlossen hat, wird die Marktdefinition nach der traditionellen Methode vorgenommen.¹²⁹ Auffällig ist, dass die Europäische Kommission gleich zu Beginn ihrer Entscheidung darlegt, welche Unternehmen und Institutionen befragt worden sind und Informationen geliefert haben. Im Mittelpunkt der Untersuchung steht die Herstellung von Vliesen, die für verschiedene Zwecke (z. B. Tee- und Kaffeefiltration, Batterieanwendungen) eingesetzt werden. Laut Angaben der Europäischen Kommission wurden Fragebögen an alle Lieferanten und Abnehmer von nassgelegten Vliesen, an Kunden, die solche Vliese zur Getränkefiltration verwenden, und an Kunden, die diese Vliese für Batterieanwendungen einsetzen, geschickt. Bei der Wettbewerbsbehörde seien Antworten von vier Lieferanten, von 16 Abnehmern aus dem Bereich der Getränkefiltration und von vier Batterieherstellern eingegangen. Außerdem wird angeführt, dass die Antworten sowohl von Klein- als auch von Großabnehmern stammen, wobei eine große Mehrheit der Großabnehmer geantwortet habe. Aus der Darstellung geht weiter hervor, dass die Europäische Kommission andere beteiligte Unternehmen, Lieferanten der Ausgangsstoffe, einen Hersteller von Ausrüstungen für die Vliesproduktion sowie eine unabhängige Zertifizierungsstelle befragt hat. Zudem wird berichtet, dass Glatfelder mehrfach Angaben – teilweise nach Aufforderung – nachgereicht hat.

638. Die Monopolkommission begrüßt die Bemühungen der Europäischen Kommission, ihre Informationsquellen transparenter zu gestalten. In den meisten Entscheidungen wird nur allgemein auf die Antworten der befragten Unternehmen und Institutionen verwiesen, ohne dass erkennbar wird, wer im Einzelnen befragt wurde und wer bzw. wie viele der Befragten geantwortet haben. Einige solcher Unklarheiten beseitigt die Europäische Kommission in der vorliegenden Entscheidung. Offen bleibt allerdings auch hier die genaue Zahl der befragten Lieferanten und Abnehmer und daraus folgend das Gewicht, das den konkret bezifferten, abgegebenen Antworten beizumessen ist. Künftige Entscheidungen sollten deshalb entsprechende Angaben enthalten. Ferner ist

¹²⁹ Vgl. Tz. 647 ff., 706 ff.

positiv zu bewerten, dass die Europäische Kommission im Rahmen der Marktabgrenzung genauer als in früheren Entscheidungen wiedergibt, dass zu bestimmten Fragen auch unterschiedliche Meinungen seitens der Wettbewerber oder Abnehmer vertreten wurden. Ein solches Vorgehen trägt in der Regel zu einem differenzierteren Bild und einer korrekteren Erfassung der Verhältnisse auf dem betroffenen Markt bei. So verneinten laut Entscheidungsbeurteilung beispielsweise neun der Befragten die Frage, ob Alternativmaterialien zur Herstellung nassgelegter Vliese in Betracht gezogen werden. Vier Befragte gingen jedoch von einem allgemeinen Trend zu Alternativmaterialien aus. Vor diesem Hintergrund stellt die Europäische Kommission fest, dass nassgelegte Vliese aus Alternativmaterialien zwar nicht zum relevanten sachlichen Markt gehören, aber einen gewissen Wettbewerbsdruck auf die Zusammenschlussparteien ausüben.

639. In der Entscheidung Inco/Falconbridge untersucht die Europäische Kommission den Markt für Nickelprodukte und grenzt diesen nach verschiedenen Endanwendungen – unter anderem für die Galvanisierungs- und Galvanoformungsindustrie, für die Edelstahlherstellung sowie für Superlegierungen – ab.¹³⁰ Zur Begründung führt sie im Wesentlichen die fehlende Nachfrage- und Angebotssubstituierbarkeit sowie unterschiedliche Preise an. Nach Erkenntnissen der Wettbewerbsbehörde werden die Preise für die meisten Nickelprodukte nach den Vorgaben der Londoner Metallbörse festgesetzt, wobei abhängig von den technischen Merkmalen und der vorgesehenen Endverwendung der Nickelprodukte eine gewisse Marge hinzugerechnet oder abgezogen wird. Die Europäische Kommission untersucht daneben die Korrelation zwischen den Preisauflagen für Nickel für die Galvanisierungs- und die Galvanoformungsindustrie einerseits und für Nickelprodukte zur Edelstahlherstellung andererseits. Sie nutzt dazu von den Parteien übermittelte Daten für den Zeitraum von Januar 2001 bis Dezember 2005 und kommt zu dem Ergebnis, dass der Koeffizient der Korrelation im Bereich $-0,020$ liegt. Dieser Bereich sei hinreichend nahe Null für die Annahme, dass zwischen den Preisauflagen bzw. -abschlägen kein statistisch signifikanter Zusammenhang bestehe und somit kein gemeinsamer sachlicher Markt existiere. Die Einwände der Zusammenschlussparteien überzeugen die Europäische Kommission zu Recht nicht. Insbesondere haben die Parteien keine Argumente dafür geliefert, dass trotz signifikanter Differenzen bei den Preisauflagen ein gemeinsamer Markt vorliegt. Soweit aus der öffentlichen Fassung der Entscheidung ersichtlich, hat die Europäische Kommission ferner ihre Analyse auf umfassenderes Datenmaterial gestützt als die Parteien. Schließlich hat Inco laut Entscheidung keine substantiierten Belege für die Darstellung vorgelegt, dass leistungsfähigere statistische Instrumente zu einem gegenteiligen Ergebnis führen würden.

640. In dem Verfahren Omya/Huber wird die herkömmliche sachliche Marktabgrenzung durch eine ausführliche

ökonomische Analyse ergänzt.¹³¹ Die Europäische Kommission hat mit Entscheidung vom 19. Juli 2006 den Erwerb des amerikanischen Unternehmens Huber durch die Schweizer Firma Omya in der zweiten Verfahrensphase unter Auflagen freigegeben. Der geplante Zusammenschluss wirkt sich auf die Herstellung und Lieferung von Industriemineralen für Füll- und Streichanwendungen in der Papierindustrie aus. Zu den hier betroffenen Industriemineralen für die Papierindustrie gehören insbesondere gemahlene Calciumcarbonate (GCC) und gefälltes Calciumcarbonat (PCC) sowie Gemische dieser beiden Produkte. Omya produziert eine breite Palette von Industriemineralen für verschiedene Wirtschaftszweige, wohingegen Huber lediglich PCC für Füllanwendungen anbietet. Weitere große Wettbewerber sind SMI und Imerys, kleiner sind Schaefer Kalk sowie Solvay.

641. Im Rahmen der sachlichen Marktabgrenzung geht die Europäische Kommission zunächst der Frage nach, ob Calciumcarbonate für Füll- und für Streichanwendungen demselben Markt angehören und verneint dies nach einer Überprüfung von Nachfrage- und Angebotssubstituierbarkeit. In einem weiteren Schritt untersucht sie, ob einerseits alle Calciumcarbonate für Füllstoffe und andererseits alle Calciumcarbonate für Streichpigmente jeweils einem Markt zuzurechnen sind. Um herauszufinden, ob GCC und PCC aus Nachfragesicht austauschbar sind, nimmt die Europäische Kommission bei Füllstoffen sowohl eine herkömmliche Marktuntersuchung als auch eine ökonomische Analyse vor. Die traditionelle Marktuntersuchung kommt laut Europäischer Kommission zu widersprüchlichen Belegen für die Austauschbarkeit von PCC und GCC. Für diese spreche, dass zahlreiche Kunden die ähnliche Qualität und die gegenseitige Substituierbarkeit der Produkte bestätigten. Mehrere Papierhersteller erklärten, dass sie im Falle eines signifikanten und dauerhaften Preisanstiegs für eines der Calciumcarbonate auf die jeweils andere Sorte umstellen würden. Die Europäische Kommission legt darüber hinaus Belege dafür vor, dass in der Vergangenheit einige Papierfabriken von der Verwendung von GCC zu PCC übergegangen sind. Sie folgert daraus, dass das Angebot von PCC für Füllstoffe einen gewissen Wettbewerbsdruck auf die Lieferanten von GCC ausübt. Andererseits stellt die Europäische Kommission fest, dass die tatsächlich wahrgenommene Substituierbarkeit in starkem Maß von der Erfahrung des Papierfabrikanten, den hergestellten Papiersorten und der eingesetzten technischen Ausrüstung abhängt. Ferner habe die Marktuntersuchung ergeben, dass eine Umstellung bei bestimmten Papiermaschinen nicht möglich sei. Eine Umstellung sei außerdem mit einigen Kosten verbunden und erfordere gegebenenfalls, eine Papiermaschine für eine bis mehrere Wochen anzuhalten. Die Kosten seien in der Praxis schwer abzuschätzen und fielen bei verschiedenen Maschinen unterschiedlich aus.

642. Um ihre Thesen bezüglich des Substitutionsverhaltens der Papierhersteller zu überprüfen, führt die Europäische Kommission eine ökonomische Studie durch. Sie

¹³⁰ Vgl. Tz. 675 ff., 693 ff., 737 ff.

¹³¹ Vgl. Tz. 664 ff.

greift dazu auf eine von ihr im Laufe des Verfahrens aufgebaute Datenbank zu. Diese enthält unter anderem Informationen darüber, welche Hersteller an welche Anbieter welche Mengen zu welchen Preisen geliefert haben bzw. nicht geliefert haben. Konkret nutzt die Europäische Kommission ein genestetes Logit-Modell, um die durchschnittliche Wahrscheinlichkeit zu ermitteln, mit der ein bestimmter Papierhersteller Calciumcarbonat bei einem bestimmten Lieferanten bezieht.¹³² Sie geht dabei von einem zweistufigen Entscheidungsprozess aus: Bei einer Preiserhöhung des bisherigen Lieferanten von PCC (GCC) betrachtet der Papierhersteller zunächst alternative Anbieter von PCC (GCC) und zieht erst danach auch Anbieter von GCC (PCC) in Betracht. Die dargestellten Semi-elasizitäten geben an, wie sich bei einer 1-prozentigen (gemeint ist wohl marginalen) Preiserhöhung die Wahrscheinlichkeit, bei einem bestimmten Lieferanten Calciumcarbonat zu beziehen, verändert. Die Europäische Kommission kommt z. B. zu dem Ergebnis, dass die Wahrscheinlichkeit, dass bei Omya GCC gekauft wird, um 19,48 Prozent sinkt, wenn Omya den Preis für GCC um 1 Prozent erhöht.¹³³ Die Wahrscheinlichkeit, dass stattdessen GCC vom Wettbewerber Imerys bezogen wird, steigt gleichzeitig um 6,3 Prozent. Die Wahrscheinlichkeit, dass Kunden auf PCC von Huber, SMI und Omya umsteigen, erhöht sich in den beiden ersten Fällen jeweils um 2,96 Prozent, im dritten Fall um 2,25 Prozent.

643. Laut Europäischer Kommission ergibt sich aus der Analyse, dass Füllstoff-PCC-Anlagen für derzeitige Käufer von GCC nicht so attraktiv sind wie Füllstoff-GCC-Anlagen. Werden die Preise für GCC angehoben, ist ein Wechsel zu einem der anderen GCC-Hersteller wesentlich wahrscheinlicher als der Wechsel zu PCC. Andererseits stellt sie fest, dass anhand der Ergebnisse der ökonomischen Betrachtung nicht ausgeschlossen werden kann, dass einige PCC-Anlagen durchaus eine realistische Alternative für derzeitige Abnehmer von Füllstoff-GCC darstellen und daher einen gewissen Wettbewerbsdruck auf Lieferanten von GCC für Füllstoffe ausüben. Bei einer Erhöhung der Preise für PCC ergibt sich hingegen, dass für die Kunden von Omya und SMI die bevorzugte Alternative die GCC-Anlagen von Omya sind. Die Kunden können aber als zweitbeste Wahl auf eine andere PCC liefernde Fabrik zurückgreifen. Für die PCC-Kunden von Huber hingegen ist die PCC-Anlage von Omya die bevorzugte Alternative. Zusammenfassend stellt die Europäische Kommission fest, dass zahlreiche Kunden PCC und GCC für Füllstoffe wegen sehr ähnlicher Merkmale prinzipiell als substituierbar ansehen, wenngleich die Fähigkeit und die Anreize der Kunden, Calciumcarbonate auszutauschen, wegen bestehender technischer

und wirtschaftlicher Hindernisse eingeschränkt sein könne. Sowohl die Marktuntersuchung als auch die ökonomische Analyse hätten ergeben, dass das Angebot von PCC einen gewissen Wettbewerbsdruck auf das Angebot von GCC ausübe und umgekehrt. Die Europäische Kommission hält es im Ergebnis für wahrscheinlicher, dass alle Calciumcarbonate für Füllstoffe demselben sachlich relevanten Markt angehören als dass GCC, PCC und Gemische separate Märkte darstellen.

644. Die Monopolkommission bewertet es prinzipiell positiv, wenn traditionelle Untersuchungsmethoden durch ökonomische Analysen ergänzt werden, weil dadurch Fehlerquellen aufgedeckt und die wettbewerbliche Einschätzung verbessert werden kann. Der vorliegende Fall gibt allerdings zu folgenden Anmerkungen Anlass. Zum einen weicht das Ergebnis der traditionellen Marktuntersuchung in gewisser Hinsicht von dem der ökonomischen Analyse ab, ohne dass die Europäische Kommission dies kommentiert. Aufgrund der traditionellen Marktuntersuchung entsteht der Eindruck, dass von PCC ein stärkerer Wettbewerbsdruck auf GCC ausgeht als von GCC auf PCC. Aus der ökonomischen Studie ergibt sich hingegen, dass GCC schwerer durch PCC zu ersetzen ist als umgekehrt, der Wettbewerbsdruck also eher von GCC auf PCC wirkt. Zum anderen vermisst der Leser die Angabe von Standardfehlern oder Signifikanzniveaus, um einschätzen zu können, mit welcher Wahrscheinlichkeit die Schätzung die wahren Werte ermitteln konnte. Darüber hinaus bleibt fraglich, ob an dieser Stelle der Entscheidung überhaupt eine ökonomische Analyse erforderlich war, denn die traditionelle Marktuntersuchung hatte bereits relativ eindeutige Ergebnisse zugunsten der Substituierbarkeit von GCC und PCC erbracht. Die von der Europäischen Kommission hierzu angeführten Gegenargumente erscheinen schwach. So sind mit einem Austausch der benutzten Rohstoffe regelmäßig gewisse Kosten verbunden, die Höhe dieser Kosten wird jedoch von der Europäischen Kommission nicht beziffert und bleibt daher vage. Der Leser kann nicht nachvollziehen, ob die erwähnten Kosten eine Substitution tatsächlich verhindern. Die Europäische Kommission macht ferner keinerlei nähere Angaben über Zahl und Bedeutung der Papiermaschinen, die ihrer Ansicht nach ungeeignet für eine Umstellung sind.

645. Die Frage, ob die Erstellung einer ökonomischen Studie unter den genannten Umständen sinnvoll ist, drängt sich vor allem vor dem Hintergrund der langen Verfahrensdauer im vorliegenden Fall auf. Nach Übermittlung der Verweisungsanträge durch die nationalen Wettbewerbsbehörden im April 2005 folgte die Anmeldung durch Omya im August 2005. Die abschließende Entscheidung erging erst ein knappes Jahr später im Juli 2006. Ursächlich dafür waren mehrere Auskunftsverlangen der Europäischen Kommission gemäß Artikel 11 Abs. 3 FKVO mit der Folge der Fristhemmung. Die Vermutung liegt nahe, dass die außergewöhnlich lange Verfahrensdauer mit der durch die Europäische Kommission vorgenommenen ökonomischen Analyse sowie dem dadurch verursachten Datenbedarf zusammenhängt. Gerade im vorliegenden Fall erscheint es indes zweifelhaft,

¹³² Das Logit-Modell schätzt die Beziehung zwischen einer diskreten abhängigen Variablen Y und einer oder mehreren unabhängigen Variablen X. Unterstellt wird eine kumulativ logistische Verteilungsfunktion. Die Regressionskoeffizienten geben Auskunft darüber, welchen Einfluss die unabhängigen Variablen auf den Eintritt des Ereignisses Y haben. Das „nested“ (geschachtelte) Logit-Modell ist eine Erweiterung, mit der Korrelationen zwischen alternativen Ereignissen abgebildet werden können.

¹³³ Kommissionsentscheidung, Rn. 174.

ob der Erkenntnisgewinn durch die vorgenommene Untersuchung und die mit ihr einhergehenden Nachteile für die betroffenen Unternehmen noch in einem ausgewogenen Verhältnis stehen.

3.3.2 „Wettbewerbsdruck“

646. Das Ergebnis der Marktabgrenzung in dem Fall Omya/Huber ist symptomatisch für eine Entwicklung der Entscheidungspraxis, die auch in anderen Zusammenschlussfällen erkennbar wird. In früheren Verfahren versuchte die Europäische Kommission regelmäßig, eine möglichst klare und trennscharfe Marktdefinition vorzunehmen. Diese war – insbesondere bei differenzierten Produkten – häufig angreifbar. Nunmehr scheint mehr das Bewusstsein in den Mittelpunkt gerückt zu sein, dass die Übergänge zwischen verschiedenen Produkten oft fließend sind, was eine strikte Abgrenzung erschwert. In diese Richtung weist die Schlussfolgerung der Europäischen Kommission im Verfahren Omya/Huber, wonach es „wahrscheinlicher“ sei, dass alle Füllstoff-Calciumcarbonate einen gemeinsamen Markt bilden, als dass es sich um verschiedene Teilmärkte handele. In anderen Entscheidungen grenzt die Europäische Kommission zwar nach vertiefter Prüfung bestimmte Produkte aus dem sachlich relevanten Markt aus. Sie bejaht im Anschluss daran aber einen „gewissen Wettbewerbsdruck“ oder eine „Wettbewerbsbeschränkung“, die von diesen Produkten auf die Zusammenschlussparteien ausgehen und bei der weiteren wettbewerblichen Würdigung zu berücksichtigen seien.

647. Am 20. Dezember 2006 gab die Europäische Kommission den Zusammenschluss Glatfelder/Crompton in der zweiten Verfahrensphase ohne Bedingungen und Auflagen frei.¹³⁴ Entgegen der Auffassung der Zusammenschlussparteien geht die Europäische Kommission von einem separaten Markt für nassgelegte Vliese für die Kaffee- und Teefiltration aus. Im Rahmen der Marktabgrenzung setzt sich die Europäische Kommission ausführlich mit den Aspekten der Nachfragesubstituierbarkeit und der Angebotssubstituierbarkeit auseinander. Nach Auffassung der Europäischen Kommission sind nassgelegte Vliese für die Tee- und Kaffeefiltration aus Nachfragesicht nicht durch andere Arten von nassgelegtem Vlies zu ersetzen. Die verschiedenen Endanwendungen erforderten vielmehr unterschiedliche Materialeigenschaften wie Durchlässigkeit, Dicke und Biegsamkeit. Nassgelegte Vliese für einzelne Anwendungen durchliefen ferner bei bestimmten Abnehmern ein Qualifizierungsverfahren, damit die Einhaltung von Qualitätsnormen für das Endprodukt sowie die Kompatibilität mit den Verarbeitungsmaschinen des Abnehmers sichergestellt seien. Nach den Ermittlungen der Europäischen Kommission unterscheiden sich nassgelegte Vliese für die Tee- und Kaffeefiltration von anderen Vliesen ferner dadurch, dass Erstere geschmacksneutral sein und die einschlägigen lebensmittelrechtlichen Anforderungen erfüllen müssen. Die Wettbewerbsbehörde verneint außerdem die

Nachfragesubstituierbarkeit zwischen verschiedenen Filtermaterialien. In der Befragung hatten lediglich vier Unternehmen einen allgemeinen Trend hin zu Alternativmaterialien wie Spinnvlies oder Nylongewebe bejaht, während neun Unternehmen einen solchen Trend negierten. Die Europäische Kommission ermittelt darüber hinaus technische und wirtschaftliche Schwierigkeiten bei dem Wechsel zu den genannten Alternativmaterialien.

648. Darüber hinaus lehnt die Europäische Kommission das Vorliegen von angebotsseitiger Substituierbarkeit ab. Ihren Ermittlungen zufolge sind einige der eingesetzten Papiermaschinen flexibel einsetzbar, die meisten dieser Maschinen sind jedoch für einen bestimmten Verwendungszweck ausgelegt und daher für die Produktion einer bestimmten Sorte nassgelegten Vlieses optimiert. Einige dieser Maschinen könnten nicht oder nur mit sehr hohen Investitionen umgerüstet werden. Selbst bei solchen Maschinen, die in der Lage sind, nassgelegtes Vlies für die Tee- und Kaffeefiltration herzustellen, aber gegenwärtig nicht dazu verwendet werden, seien beträchtliche Investitionen erforderlich. Außerdem dauere die Umrüstung etwa sechs Monate. Eine Umstellung sei daher nur für jene Hersteller einfach zu bewältigen und mit geringen Kosten verbunden, die über das notwendige Know-how und über geeignete Maschinen für die Herstellung dieser Vliesarten sowie über entsprechende Zertifizierungen und Qualifizierungen bei den einzelnen Abnehmern verfügten. Damit dürften die Hersteller gemeint sein, die bereits jetzt in der Produktion von Vliesen für die Tee- und Kaffeefiltration tätig sind und darüber hinaus andere Arten von Vliesen produzieren. Als Fazit stellt die Europäische Kommission fest, dass der Markt für nassgelegtes Vlies für die Tee- und Kaffeefiltration sachlich relevant ist. Daneben werde sie das Bestehen eines (wenn auch sehr niedrigen) Wettbewerbsdrucks durch Alternativmaterialien auf der Nachfrageseite sowie durch andere nassgelegte Vliese auf der Angebotsseite bei der wettbewerbsrechtlichen Würdigung berücksichtigen.

649. Nach Auffassung der Monopolkommission trägt die Europäische Kommission mit ihrem Vorgehen einerseits dem Umstand Rechnung, dass die Grenzen zwischen verschiedenen Produkten in aller Regel nicht starr, sondern fließend verlaufen. Auf der anderen Seite bleibt sie mit einem Kriterium wie „gewisser Wettbewerbsdruck“ oder „gewisse Wettbewerbsbeziehungen“ relativ vage und behält sich damit einen großen Spielraum bei der weiteren Bewertung des Zusammenschlusses vor. Abzuwarten bleibt, ob diese Vorgehensweise vor dem EuGH Bestand haben wird. Zweifelhaft ist das in Fällen, in denen die Europäische Kommission bei ihrer wettbewerblichen Würdigung auf das Kriterium der Marktbeherrschung abstellt. Die Frage nach der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung setzt die Definition eines sachlich und räumlich relevanten Marktes als klaren Bezugsrahmen voraus. Führt man an den Rändern dieses Marktes Toleranzmargen ein, muss man zumindest angeben, wie groß diese Margen sind. Auch die Feststellung einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs setzt Nachvollziehbarkeit der Entscheidung voraus. Wegen der unscharfen Konturen des SIEC-

¹³⁴ Vgl. Tz. 637 ff., 706 ff.

Tests sind die Stimmigkeit der Begründung und die Konsistenz des Verfahrens dort besonders wichtig. Sie liegen nur dann vor, wenn die Europäische Kommission innerhalb der jeweiligen Entscheidung konsistent argumentiert. Jedenfalls in den Fällen Glatfelder/Crompton und Travelport/Worldspan bestehen daran Zweifel.

650. In dem Fall Glatfelder/Crompton führt die Europäische Kommission im Rahmen der Marktabgrenzung aus, dass nur Hersteller, die bereits nassgelegte Vliese produzieren, ihre sonstigen Maschinen zur Vliesherstellung mit geringen Kosten umstellen können. In der wettbewerblichen Würdigung argumentiert die Europäische Kommission hingegen, dass kleinere bzw. potenzielle Hersteller von nassgelegten Vliesen für die Tee- und Kaffeefiltration über eine beträchtliche Kapazität für die Produktion von nassgelegten Vliesen verfügen, die ohne erhebliche Investitionen auf Anwendungen für Tee und Kaffee umgestellt werden könnte. Zumindest in Bezug auf die erwähnten potenziellen Hersteller von Tee- und Kaffeevliesen widerspricht diese Aussage der im Rahmen der Marktabgrenzung vorgenommenen Feststellung, wonach eine Umstellung nur für solche Produzenten einfach ist, die bereits Vliese für die Tee- und Kaffeefiltration herstellen.

651. Ein weiterer Widerspruch ergibt sich hinsichtlich der Feststellungen der Europäischen Kommission zu den Möglichkeiten des Wettbewerbers Ahlstrom, seine Kapazitäten zu erweitern. Im Rahmen der Marktabgrenzung stellt die Europäische Kommission fest, dass eine Umrüstung gerade für Wettbewerber wie Ahlstrom, die bereits in der Produktion von Vliesen für die Tee- und Kaffeefiltration aktiv sind, einfach zu bewerkstelligen sei. Legt man die Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes zugrunde, geht die Europäische Kommission bei der Beurteilung der Angebotssubstituierbarkeit von kleinen, dauerhaften Preissteigerungen nach dem Zusammenschluss aus.¹³⁵ Im Rahmen der wettbewerblichen Würdigung kommt die Europäische Kommission zwar ebenfalls zu dem Ergebnis, dass Ahlstrom in der Lage ist, neue Maschinen zu kaufen oder vorhandene Maschinen umzurüsten. Auf diese Weise könnten die vorhandenen Kapazitäten ausgedehnt und der Verhaltensspielraum von Glatfelder/Crompton eingeschränkt werden. Diese Feststellung wird allerdings mit der Aussage Ahlstroms belegt, eine Umrüstung sei wahrscheinlich, wenn die Zusammenschlussparteien den Preis um 10 bis 30 Prozent erhöhen. Eine Preissteigerung von 10 bis 30 Prozent kann aber nicht mehr als kleine Preiserhöhung, wie sie bei der Einschätzung im Rahmen der Marktabgrenzung zugrunde gelegt wurde, angesehen werden. Es ist daher unklar, wie die Europäische Kommission unter Berücksichtigung der Aussage Ahlstroms die Angebotsumstellungsflexibilität des Unternehmens bejahen konnte.

652. Zweifel an der Konsistenz der Argumentation bestehen auch in dem Verfahren Travelword/Worldspan, das

die Europäische Kommission am 21. August 2007 mit einer Entscheidung gemäß Artikel 8 Abs. 1 FKVO abgeschlossen hat.¹³⁶ Die Parteien betreiben elektronische Distributionssysteme für Reiseleistungen, sog. global distribution systems (GDS). Nach Auffassung der Europäischen Kommission agieren die GDS-Betreiber als Intermediäre bzw. Plattformbetreiber auf einem sog. zweiseitigen Markt. Auf der einen Marktseite beliefern Reiseanbieter wie Fluggesellschaften, Autovermieter und Hotels die GDS-Betreiber mit Informationen über die von ihnen angebotenen Produkte. Auf der anderen Marktseite fragen Reisebüros die genannten Informationen nach und haben so die Möglichkeit zu umfassenden Preis- und Konditionenvergleichen sowie Reservierungen und Buchungen. Bei der Prüfung der sachlichen Marktabgrenzung nennt die Europäische Kommission vier Alternativen zu etablierten GDS, die möglicherweise in den Markt einzubeziehen seien – sog. „GDS Entrants“, Metasuchmaschinen, „direct links“ sowie „supplier.com“. Die Einbeziehung der beiden erstgenannten Alternativen lehnt die Europäische Kommission zügig ab. Auch von den „direct links“ gehe derzeit kein Wettbewerbsdruck auf die GDS-Betreiber aus, sie gehörten demnach ebenfalls nicht zum relevanten sachlichen Markt.¹³⁷ Ausführlicher setzt sich die Europäische Kommission mit der Substituierbarkeit von GDS durch „supplier.com“ auseinander.

653. Als „supplier.com“ bezeichnet die Europäische Kommission die Internet-Webseiten der Reiseleistungsanbieter, mittels derer direkte Buchungen seitens der Endverbraucher vorgenommen werden können. Diese Webseiten hätten sich in den letzten Jahren deutlich vermehrt, gegenwärtig betrieben alle Anbieter ihre eigene Webseite. Im Jahr 2005 wurden im Durchschnitt 20 bis 30 Prozent der Flugbuchungen direkt verkauft, 2004 waren es noch 10 bis 20 Prozent. Nach Auffassung der Europäischen Kommission haben die Reiseanbieter starke Anreize, die Nutzung von eigenen Webseiten voranzutreiben. Durch den direkten Zugang zum Endverbraucher ergäben sich beispielsweise erhebliche Kostenvorteile für die Anbieter. Außerdem könnten konventionelle Fluggesellschaften auf diesem Weg mit Billigfluglinien konkurrieren, deren Hauptvertriebskanal das Internet sei. Allerdings stellt die Europäische Kommission auch fest, dass sämtliche Fluggesellschaften – mit Ausnahme der Billigflieger – einen erheblichen Teil ihres Angebots ausschließlich über GDS vertreiben können. Der Internetvertrieb dürfte bei fast jeder Fluggesellschaft „gedeckelt“ sein, die Grenze liege bei rund 20 Prozent der Gesamtbuchungen. Daraus schließt die Europäische Kommission, dass der Internetvertrieb für die überwiegende Mehrheit der Fluggesellschaften als partielles Substitut für GDS fungiere, ein weitaus größerer Teil der Leistungen aber ausschließlich

¹³⁵ Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. EG Nr. C 372 vom 9. Dezember 1997, S. 5.

¹³⁶ Vgl. Tz. 698 ff.

¹³⁷ Ein „direct link“ beruht auf einer Vereinbarung zwischen einem Anbieter von Reisedienstleistungen und einem Reisebüro. Er ermöglicht dem Reisebüro den direkten Zugang zu dem Buchungsbestand des Reiseanbieters sowie die direkte Buchung ohne Einschaltung des GDS.

unter Einschaltung von GDS-Betreibern verkauft werden könne.

654. Für die Reisebüros existieren hingegen keine Anreize, den Internetvertrieb zu fördern. Bei Direktbuchungen verlören die Reisebüros nicht nur die Anreizzahlung seitens des GDS-Betreibers, sondern eventuell auch eine Buchungsprovision seitens der Fluggesellschaft. Um diesen Verlust auszugleichen, müssten die Reisebüros von den Endkunden eine Gebühr erheben, was diese wiederum vermehrt dazu veranlasse, ihre Buchung selbst vorzunehmen. In der Befragung habe sich ergeben, dass die „supplier.com“ aus Sicht der Reisebüros nicht als Substitute für ein GDS angesehen werden. Es fehle an der Möglichkeit des Preis- und Leistungsvergleichs und somit an Vielseitigkeit und Komfort. Reisebüros buchten nur dann über ein „supplier.com“, wenn es keine Alternative gebe.

655. Dementsprechend lautet das Fazit der Europäischen Kommission im Rahmen der Marktabgrenzung: Da auf der einen Marktseite ein erheblicher Teil der Buchungen nur über ein GDS vertrieben werden könne und auf der anderen Marktseite die Substituierbarkeit zumindest sehr begrenzt sei, stellten auch die „supplier.com“ keinen Teil des betroffenen Marktes dar. Hinzu komme, dass „supplier.com“ Endverbraucher statt Reisebüros als Vertragspartner hätten. Der sachliche Markt im vorliegenden Fall wird daher als „Nur-GDS-Markt“ definiert. Nichtsdestoweniger betont die Europäische Kommission, dass insbesondere der schnelle Anstieg von „supplier.com“ gewisse Auswirkungen auf die Wettbewerbsbedingungen auf dem Markt für „Nur-GDS“ haben werde. Diese Auswirkungen würden im Anschluss analysiert.

656. Im Rahmen der folgenden Analyse untersucht die Europäische Kommission drei mögliche „theories of harm“. Besonders ausführlich setzt sich die Kommission mit der Theorie auseinander, wonach die Parteien durch den Zusammenschluss derart an Verhandlungsmacht gegenüber den Reisebüros gewinnen würden, dass sie diese starke Position auf ihr Verhältnis zu den Reiseanbietern übertragen und höhere Zahlungen von diesen verlangen könnten. Im Rahmen ihrer Beurteilung prüft die Europäische Kommission ausführlich die Verhandlungsposition der Reiseanbieter gegenüber den GDS-Betreibern, wobei der Entwicklung der „supplier.com“ eine ganz entscheidende Rolle beigemessen wird. Die Europäische Kommission setzt sich auf mehreren Seiten der Entscheidung mit der Frage auseinander, inwieweit gerade durch den Internetvertrieb Wettbewerbsdruck auf die Zusammenschlussparteien ausgeübt wird. Im Ergebnis stellt die Europäische Kommission fest, dass die Entwicklung und die Zunahme von „supplier.com“ die Bedingungen auf dem Markt für „Nur-GDS“ fundamental geändert haben. Sie verneint auf dieser Grundlage eine Gefahr von Preiserhöhungen seitens der Parteien nach dem Zusammenschluss.

657. Obwohl der Entscheidung im Ergebnis gefolgt werden kann, wirft die geschilderte Vorgehensweise der Europäischen Kommission Fragen auf. Insbesondere ist schwer nachzuvollziehen, dass die Europäische Kommis-

sion das Produkt „supplier.com“ nach ausführlicher Prüfung aus dem relevanten Markt ausnimmt, dasselbe Produkt im Rahmen der weiteren wettbewerblichen Würdigung aber als entscheidendes Argument für ausreichenden Wettbewerbsdruck auf die Zusammenschlussparteien anführt. Dieses Vorgehen ist vor allem deshalb schwer verständlich, weil gerade die Definition des relevanten Marktes Hinweise dafür erbringen soll, von welchen Produkten maßgeblicher Wettbewerbsdruck ausgeht. Vor diesem Hintergrund wäre eine Einbeziehung der „supplier.com“ in den relevanten sachlichen Markt möglicherweise vorzugswürdig gewesen. An dem vorliegenden Fall werden die Schwierigkeiten sichtbar, die mit einer zweistufigen Wettbewerbsanalyse – Marktabgrenzung einerseits und wettbewerbliche Beurteilung andererseits – im Einzelfall verbunden sein können.

3.3.3 Angebotssubstituierbarkeit

658. Aus der Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes geht hervor, dass die angebotsseitige Substituierbarkeit bei der Marktabgrenzung dann berücksichtigt werden kann, wenn sie sich genauso wirksam und unmittelbar auswirkt wie die Nachfragesubstituierbarkeit. Dies setze jedoch voraus, dass die Anbieter in Reaktion auf kleine, dauerhafte Änderungen bei den relativen Preisen in der Lage seien, ihre Produktion auf die relevanten Erzeugnisse umzustellen und sie kurzfristig auf den Markt zu bringen, ohne spürbare Zusatzkosten oder Risiken zu verursachen. Seien diese Voraussetzungen erfüllt, so üben die zusätzlich auf den Markt gelangenden Produkte auf das Wettbewerbsverhalten der beteiligten Unternehmen eine disziplinierende Wirkung aus. Eine angebotsseitige Substituierbarkeit werde hingegen bei der Marktdefinition nicht berücksichtigt, wenn sie erhebliche Anpassungen bei den vorhandenen Sachanlagen und immateriellen Aktiva, zusätzliche Investitionen, strategische Entscheidungen oder zeitliche Verzögerungen mit sich bringe. In derartigen Fällen seien die Auswirkungen der Angebotssubstituierbarkeit, wie in anderen Fällen des potenziellen Wettbewerbs auch, in einem späteren Stadium zu prüfen. Während des Berichtszeitraums hat sich die Europäische Kommission im Rahmen der Marktabgrenzung vermehrt mit Fragen der angebotsseitigen Substitution auseinandergesetzt. In mehreren Verfahren ist sie detailliert auf die Angebotsumstellungsflexibilität aktueller Wettbewerber eingegangen. Dies gibt Anlass zu einer Reihe von Bemerkungen.

659. Die Bekanntmachung der Europäischen Kommission bleibt relativ vage in Bezug auf die Kriterien, die vorliegen müssen, damit die angebotsseitige Substituierbarkeit im Rahmen der Marktabgrenzung berücksichtigt werden kann. Im Wesentlichen kommt es darauf an, dass die betroffenen Produkte ohne spürbare Zusatzkosten kurzfristig auf den Markt gebracht werden können. Im Umkehrschluss erfolgt keine Berücksichtigung der Angebotssubstituierbarkeit im Rahmen der Marktdefinition, wenn diese mit erheblichen Anpassungen oder zeitlichen Verzögerungen verbunden ist. Konkretere Angaben finden sich in der Bekanntmachung nicht. Entsprechend ungenau bleiben auch die Ausführungen der Europäischen

Kommission in ihren Entscheidungen. In dem Verfahren Omya/Huber macht die Europäische Kommission keinerlei nähere Angaben über Zahl und Bedeutung der Papiermaschinen, die ihrer Ansicht nach ungeeignet für eine Umstellung sind. Ferner wird die Höhe der Kosten, die bei einer Umstellung anfallen würden, nicht näher beziffert. In dem Verfahren Glatfelder/Crompton spricht die Wettbewerbsbehörde ohne weitere Details von „beträchtlichen Investitionen“, in der Entscheidung Inco/Falconbridge würde eine Umrüstung laut Kommission erhebliche Investitionen erfordern. In dem Verfahren Cargill/Degussa Food Ingredients geht die Europäische Kommission im Rahmen der wettbewerblichen Würdigung auf die Angebotsumstellungsflexibilität ein und kommt ohne nähere Erläuterung zu dem Ergebnis, dass diese ohne unerschwinglich hohe Kosten zu vollziehen sei. Mangels genauerer Angaben kann der Leser nicht nachvollziehen, ob der erforderliche Investitionsaufwand tatsächlich so hoch oder niedrig ist, dass bestimmte Produkte von dem sachlich relevanten Markt ausgenommen bzw. in ihn einbezogen werden sollten.

660. Selbst dort, wo die Europäische Kommission konkretere Ausführungen macht und die notwendigen Investitionen genau beziffert, sind ihre Schlussfolgerungen nicht ohne weiteres nachvollziehbar. Ohne zusätzliche Informationen wird nicht deutlich, ob die Anbieter bei einer nach dem Zusammenschluss erfolgenden Preiserhöhung bereit wären, eine Umrüstung ihrer Maschinen vorzunehmen. Insbesondere dürfte der Investitionsaufwand je nach Branche unterschiedlich sein, so dass die Angabe der absoluten Investitionshöhe keinen Schluss darauf zulässt, ob im Einzelfall eine angebotsseitige Substitution wahrscheinlich ist. Das Erkenntnisinteresse der Europäischen Kommission im Rahmen der Marktuntersuchung sollte deshalb nicht darauf gerichtet sein, welche absoluten Kosten bei einer Umrüstung anfallen würden. Zielführender wäre es, die Kosten der Umrüstung in Relation zu den sonstigen Kosten oder zu den auf dem betroffenen Markt erzielten Umsätzen bzw. Gewinnen zu setzen. Ferner könnte überprüft werden, ob es in der Vergangenheit zu Angebotsumstellungen gekommen ist. Hierbei sollten auch die Erfahrungen auf anderen räumlichen Märkten einbezogen werden.

661. In dem Verfahren Glatfelder/Crompton geht die Europäische Kommission im Rahmen der nachfrageseitigen Substitution nicht nur auf die Umstellungsflexibilität aktueller Wettbewerber ein, sondern prüft auch die Wahrscheinlichkeit von Markteintritten. Sie stellt fest, dass ein solcher Marktzutritt umfangreiche Investitionen – etwa 38 Mio. Euro – und relativ lange Vorlaufzeiten erfordere. Notwendig seien darüber hinaus ein Zertifizierungsverfahren, das etwa vier Wochen in Anspruch nehme, sowie gewisse Qualitätsprüfungen seitens der Abnehmer, die zwischen zwei und zwölf Monaten dauerten. Neben der Errichtung eines Werkes setze ein erfolgreicher Markteintritt zusätzlich den Aufbau eines Verkaufs- und Vertriebsnetzes sowie das Angebot technischer Dienstleistungen voraus. Aus diesen Gründen lehnt die Europäische Kommission das Vorliegen der Kriterien für die Wirksamkeit und die Unmittelbarkeit der angebotsseitigen Substituier-

barkeit, wie sie in ihrer Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes dargelegt werden, ab.

662. Nach Auffassung der Monopolkommission sollte die Frage des Marktzutritts nicht im Rahmen der Marktdefinition untersucht, sondern im Rahmen der weiteren wettbewerblichen Würdigung berücksichtigt werden. Prinzipiell vertritt die Europäische Kommission dieselbe Ansicht, wie aus Randziffer 24 der erwähnten Bekanntmachung hervorgeht. Hiernach wird der potenzielle Wettbewerb nicht bei der Marktdefinition herangezogen, da die Voraussetzungen, unter denen potenzieller Wettbewerb eine wirksame Wettbewerbskraft darstellt, von den Markteintrittsbedingungen abhängen. Soweit erforderlich, solle diese Untersuchung in einer späteren Stufe vorgenommen werden, falls die Stellung der neuen Unternehmenseinheit Anlass zu Wettbewerbsbedenken gibt.

3.3.4 Räumliche Marktabgrenzung

663. Auch bei der räumlichen Marktabgrenzung hat die Europäische Kommission verschiedentlich auf quantitative Analysen zurückgegriffen. Das Verfahren Sea-Invest/EMO-EKOM betrifft den sachlichen Markt für Hafenumschlagsleistungen für Kohle und Eisenerz. Die Europäische Kommission nimmt anhand der im Rahmen der Marktuntersuchung übermittelten Angaben für den Antwerpener und Rotterdamer Hafen eine quantitative Analyse der Seefrachtkosten für Kohle verschiedener Herkunft vor. Sie ermittelt aufgrund der durchschnittlichen Seefrachtkosten eine nicht unerhebliche Kostendifferenz zwischen den beiden Häfen. Die quantitative Analyse bestätigt nach Ansicht der Europäischen Kommission die Bedeutung des Tiefgangs eines Frachtschiffs und der sich daraus ergebenden Kostennachteile des Hafens in Antwerpen gegenüber dem Rotterdamer Hafen. Unter anderem auf der Grundlage der Seefrachtkosten und der Kosten für den Inlandtransport grenzt die Europäische Kommission das Gebiet Rotterdam/Amsterdam/Zeeland von dem Gebiet Antwerpen/Gent/Dünkirchen als separaten räumlichen Markt ab.

664. In dem Verfahren Omya/Huber sind nach Auffassung der Europäischen Kommission die Transportkosten der entscheidende Faktor für die räumliche Marktabgrenzung.¹³⁸ Laut ihren Ermittlungen erhöht sich der Preis durch die Transportkosten z. B. bei Füllstoffen durchschnittlich um bis zu 30 bis 45 Prozent gegenüber dem Preis ab Werk. Durch die Höhe der Transportkosten sei die Entfernung, über die Calciumcarbonate zu einem akzeptablen Preis befördert werden könnten, begrenzt. Die Untersuchung habe außerdem gezeigt, dass die Preispolitik auf nationaler und regionaler Ebene uneinheitlich ist. Die Preise hingen insofern entscheidend davon ab, ob dem Kunden eine realistische alternative Bezugsquelle zur Deckung seines Bedarfs zur Verfügung steht. Daraus folgt nach Ansicht der Europäischen Kommission, dass nicht das gesamte Gebiet innerhalb von Landesgrenzen als räumlich relevanter Markt zu betrachten sei. Könnten

¹³⁸ Vgl. Tz. 640 ff.

z. B. zwei Papierfabriken von denselben zwei PCC-Anlagen und denselben zwei GCC-Anlagen beliefert werden, nehme die Europäische Kommission einen gemeinsamen Markt an. Falls jedoch eine dieser Papierfabriken nur von einer der beiden PCC-Anlagen beliefert werden könne, gehörten die Papierfabriken nach Ansicht der Europäischen Kommission zwei unterschiedlichen räumlich relevanten Märkten an, da die Auswahl der für sie infrage kommenden Lieferanten verschieden sei.

Um die räumlichen Märkte im Einzelnen abzugrenzen, führt die Europäische Kommission für etwa 30 PCC- und GCC-Anlagen eine Analyse durch. Sie stützt sich dabei auf die von ihr errichtete Lieferdatenbank und untersucht die maximalen Entfernungen für Lieferungen getrennt nach Art der Anlage (on-site oder off-site), nach dem jeweiligen Transportmittel (LKW, Schiff, Bahn oder kombinierter Verkehr) und nach Art des Produktes (Füll-/Streichenwendung). Die Analyse umfasst zwei Teile: Zunächst wird von der Europäischen Kommission die „realistische maximale Entfernung“ ermittelt, über die bestimmte Lieferungen nicht hinausgehen. Als realistische maximale Entfernung gilt dabei eine Distanz, die von 80 Prozent aller erfassten gleichartigen Lieferungen nicht überschritten wird.¹³⁹ In einem zweiten Schritt untersucht die Europäische Kommission getrennt für jede Anlage, über welche maximale Entfernung regelmäßig Lieferungen getätigt wurden. Auch hier unterscheidet sie zwischen PCC und GCC sowie nach dem Transportmittel.¹⁴⁰

665. Die Europäische Kommission hat bei der räumlichen Marktabgrenzung einen erkennbar großen Ermittlungs- und Untersuchungsaufwand betrieben. Es erscheint auch prinzipiell sinnvoll, die räumliche Marktabgrenzung bei hohen Transportkosten nach Lieferentfernungen vorzunehmen. Die Monopolkommission hat sich im letzten Hauptgutachten grundsätzlich mit der räumlichen Marktdefinition bei hohen Transportkosten auseinandergesetzt.¹⁴¹ Anlass waren mehrere Verfahren des Bundeskartellamtes, in denen das Bundesgebiet in Regionalmärkte aufgeteilt wurde. Das Amt hatte in je einem Fall die Betriebsstätten des Erwerbers (Sanacorp/Anzag) und des erworbenen Unternehmens (Schneider/Classen) als Mittelpunkt für die Marktdefinition gewählt. Im Fall Sanacorp/Anzag hatte das Oberlandesgericht Düsseldorf kritisiert, dass die Abgrenzung der Märkte auf der Grundlage der tatsächlichen Absatzgebiete vorgenommen worden war. In demselben Fall erhob der Bundesgerichtshof Einwände dagegen, weil das Amt die Größe der regionalen Teilmärkte nach bundesweit einheitlichen Radien vorgenommen hatte. Das Gericht verlangte, dass Faktoren wie die geografischen Gegebenheiten und die jeweilige Verkehrsinfrastruktur in den betreffenden Teilmärkten berücksichtigt werden sollten. Die Monopolkommission hat darüber hinaus aufgezeigt, dass die Wahl des erwerbenden bzw. des erworbenen Unternehmens als Zentrum für den Lieferradius unterschiedli-

che Marktanteilsberechnungen zur Folge haben kann. Außerdem wies sie darauf hin, dass bei räumlicher Produktdifferenzierung wettbewerbliche Bedenken in erster Linie an dem räumlichen Näheverhältnis der Fusionsparteien sowie sonstiger Marktteilnehmer, nicht jedoch an den addierten Marktanteilen festgemacht werden sollten.

666. Die Europäische Kommission vermeidet im vorliegenden Fall die oben aufgezeigten Fehler. So ermittelt sie zwar, dass einige der untersuchten Mineralanlagen geringere Lieferentfernungen bedienten als die im ersten Untersuchungsschritt errechnete „realistische maximale Entfernung“. Sie stellt aber ausdrücklich fest, dass der Grund hierfür nicht in der mangelnden Fähigkeit zu einer weiter entfernten Belieferung liege, sondern in den besonderen Marktgegebenheiten. Daher legt die Europäische Kommission ihrer weiteren wettbewerblichen Würdigung die „realistische maximale Entfernung“ zugrunde und vermeidet so den Zirkelschluss, dass der aktuelle Lieferradius mit dem potenziellen Absatzgebiet übereinstimmt. Außerdem errechnet die Europäische Kommission zwar in einem ersten Schritt nur die durchschnittlichen Lieferentfernungen und kommt so zu gleich großen Lieferradien für sämtliche betroffenen Mineralanlagen. Sie ergänzt diese Berechnungen aber mit einer Analyse der Lieferradien von ca. 30 konkreten Betriebsstätten und geht dabei wiederum auf die verschiedenen Transportmittel ein. Es ist daher davon auszugehen, dass es der Europäischen Kommission auf diese Weise gelungen ist, die geografischen Gegebenheiten sowie Besonderheiten der Verkehrsinfrastruktur in jedem Teilmarkt zu erfassen. Zutreffenderweise stellt die Europäische Kommission schließlich auch nicht die Berechnung von Marktanteilen sowie deren Addition in den Vordergrund ihrer wettbewerblichen Einschätzung. Vielmehr konzentriert sie ihre Untersuchung auf das räumliche Näheverhältnis der einzelnen Mineralanlagen und prüft aus Sicht der Abnehmer, welche Betriebsstätten jeweils die nächstbeste Bezugsalternative darstellen.

667. Die Monopolkommission hat sich im letzten Hauptgutachten darüber hinaus dafür ausgesprochen, anstelle der Betriebsstätten des erwerbenden oder erworbenen Unternehmens die Betriebe der Nachfrager als Ansatzpunkt für die räumliche Marktdefinition zu wählen. In dieser Weise hatte das Bundeskartellamt in dem Fall H&R WASAG/Sprengstoffwerke Gnaschwitz die räumliche Marktdefinition vorgenommen. Die Abgrenzung der räumlichen Märkte aus Nachfragesicht ist jedenfalls im B2B-Bereich sinnvoll, weil hierdurch die Bereiche, in denen wettbewerbliche Bedenken bestehen, leicht identifiziert werden können. Zieht man Kreise um die einzelnen Abnehmer, wird sofort ersichtlich, welche Mineralanlagen in geringster Entfernung von dem Nachfrager liegen und welche Anbieter eine größere Distanz zurücklegen müssen. Ob die Fusionsparteien die besten Bezugsalternativen darstellen, lässt sich dann unmittelbar ablesen. Im B2B-Bereich existiert auch – anders als z. B. auf Endkundenmärkten – typischerweise eine überschaubare Anzahl von Abnehmern. Die Analyse dürfte also verfahrensökonomisch keinen größeren Aufwand bereiten, als wenn man von den Betriebsstätten der Anbieter ausgeht. Aus

¹³⁹ Kommissionsentscheidung, Rn. 251.

¹⁴⁰ Kommissionsentscheidung, Rn. 257.

¹⁴¹ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2004/2005, a. a. O., Tz. 462 ff.

der vorliegenden Entscheidung geht hervor, dass es lediglich acht größere Papierhersteller gibt. Allerdings existiert nach den Ausführungen der Europäischen Kommission daneben eine nicht näher bezeichnete große Zahl von kleineren Abnehmern. Möglicherweise war dies der Grund, warum die Europäische Kommission die Betriebsstätten der Anbieter zur Grundlage der räumlichen Marktdefinition gemacht hat.

3.4 Wettbewerbliche Würdigung

668. Mit der Reform der Fusionskontrollverordnung, die seit dem 1. Mai 2004 gilt, stellt die erhebliche Behinderung wesentlichen Wettbewerbs (significant impediment of effective competition, SIEC) den Maßstab dar, an dem Zusammenschlüsse auf europäischer Ebene gemessen werden. War der letzte Berichtszeitraum noch durch den Übergang vom Marktbeherrschungs- zum SIEC-Test geprägt, hat sich Letzterer in den vergangenen zwei Jahren endgültig etabliert. Die Europäische Kommission stützt sich bei der Beurteilung von Fusionen nunmehr regelmäßig auf den SIEC-Test. Das Marktbeherrschungskriterium hat dennoch keineswegs völlig an Bedeutung verloren. Immerhin in fünf von zehn bedingten Freigabeentscheidungen der zweiten Phase – nämlich in den Fällen Omya/Huber, Inco/Falconbridge, Universal/BMG Music Publishing, Gaz de France/Suez sowie Dong/Elsam/EnergiE2 – stellte die Europäische Kommission auf die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ab.¹⁴² Das Marktbeherrschungskriterium wurde ferner in dem Verfahren Sea-Invest/EMO-EKOM, das die Europäische Kommission in der zweiten Phase ohne Bedingungen und Auflagen abschloss, geprüft.¹⁴³ Vereinzelt kam der Marktbeherrschungstest in der ersten Verfahrensphase zum Zuge, beispielsweise in dem Zusammenschluss Orica/Dyno. Schließlich stützte sich die Wettbewerbsbehörde auch bei der einzigen Verbotserfügung in den Jahren 2006/2007 – Ryanair/Aer Lingus – auf den Aspekt der Marktbeherrschung. Dies geschieht gewöhnlich dann, wenn sehr hohe gemeinsame Marktanteile bzw. monopolistische Strukturen erreicht werden. So ging die Europäische Kommission in dem Fall Sea-Invest/EMO-EKOM, in dem die Parteien gemeinsame Marktanteile in Höhe von 100 Prozent hielten, der Frage nach, ob durch den Zusammenschluss die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zu befürchten sei. In dem Zusammenschluss Inco/Falconbridge, wo mit 90 bzw. 95 Prozent fast monopolistische Stellungen auf zwei Märkten entstanden, nahm die Europäische Kommission die Entstehung von Marktbeherrschung an. Zu demselben Ergebnis kam die Wettbewerbsbehörde in der Verbotserklärung Ryanair/Aer Lingus, weil die

Parteien nach dem Zusammenschluss auf verschiedenen Flugstrecken jeweils 100 Prozent der Marktanteile gehalten hätten.

669. Im Berichtszeitraum liegt der Schwerpunkt der behördlichen Untersuchungen auf den nicht koordinierten Effekten von Zusammenschlüssen.¹⁴⁴ Zum Teil werden daneben mögliche koordinierte Auswirkungen geprüft, und zwar sowohl auf denselben als auch auf weiteren von dem Zusammenschluss betroffenen Märkten, etwa in den Fällen Korsnäs/Carltonboard und Linde/BOC. In der Regel sind diese Ausführungen kurz gehalten. Nur vereinzelt spricht die Europäische Kommission wettbewerbliche Bedenken aufgrund von koordinierten Effekten aus oder hält derartige wettbewerbsbeeinträchtigende Effekte jedenfalls für möglich, so z. B. in den Fällen Linde/BOC, T-Mobile Austria/Tele.ring und Kronospan/Constantia.

670. Die Europäische Kommission befasst sich überwiegend mit den Folgen horizontaler Überschneidungen in den Tätigkeitsgebieten der Fusionsparteien. In einer Reihe von Fällen geht sie zusätzlich auf die vertikalen Beziehungen der beteiligten Unternehmen ein, beispielsweise in den Verfahren Cargill/Degussa Food Ingredients, Ineos/BP Dormagen, Linde/BOC, Telefónica/O₂ und Nestlé/Novartis. Nur selten stehen die Vertikalbeziehungen im Vordergrund, wie in den Verfahren SFR/Télé2France und Thales/Finmeccanica/AAS/Telespazio. Allenfalls vereinzelt berücksichtigt die Europäische Kommission konglomerate Aspekte von Zusammenschlüssen. Dies geschieht etwa in den Fällen Danone/Numico, Metso/Aker Kvaerner sowie Korsnäs/Carltonboard.

671. Marktanteile spielen weiterhin eine wichtige Rolle in der Entscheidungspraxis und bilden regelmäßig den Ausgangspunkt für die weitere wettbewerbliche Würdigung. Die Europäische Kommission betont in mehreren Entscheidungen, dass sehr hohe Marktanteile ein Indiz für die beherrschende Stellung der Zusammenschlussbeteiligten bilden. Bei hohen Marktanteilen geht sie in Einzelfällen – wie Linde/BOC und Orica/Dyno – nur noch kurz auf andere Prüfkriterien ein. Verschiedentlich, z. B. in Nestlé/Novartis und Orica/Dyno verfolgt die Europäische Kommission die Frage, ob die ermittelten Marktanteile aufgrund besonderer Umstände zu relativeren sind. Daneben berücksichtigt sie – wie in den Verfahren Apollo/Akzo Nobel, Nestlé/Novartis und Danone/Numico – das Ausmaß des Marktanteilszuwachses. Wei-

¹⁴² Zur Zeit des Redaktionsschlusses war eine Entscheidung nach Artikel 8 Abs. 2 FKVO noch unveröffentlicht. Ein weiterer Zweite-Phase-Fall – Sony/BMG – wurde ebenfalls auf Grundlage des Marktbeherrschungstests geprüft. Die Prüfung erfolgte allerdings – nach Aufhebung einer ersten Freigabeentscheidung durch das EuG – auf der Basis der Verordnung 4064/89, die das SIEC-Kriterium noch nicht beinhaltete. Vgl. Tz. 620.

¹⁴³ Zur Zeit des Redaktionsschlusses waren zwei Entscheidungen nach Artikel 8 Abs. 1 FKVO noch unveröffentlicht.

¹⁴⁴ Laut Randziffer 22 der Horizontal-Leitlinien können Zusammenschlüsse in zweifacher Weise zu einer erheblichen Wettbewerbsbehinderung führen: erstens „durch die Beseitigung wichtigen Wettbewerbsdrucks für ein oder mehrere Unternehmen, die dadurch ihre Marktmacht erhöhen, ohne auf ein koordiniertes Verhalten zurückgreifen zu müssen (nicht koordinierte Wirkungen)“ und zweitens „durch die Änderung der Wettbewerbsfaktoren in einer Weise, dass Unternehmen, die zuvor ihr Verhalten nicht koordiniert hatten, nunmehr eher geneigt sind, in einem koordinierten Vorgehen ihre Preise zu erhöhen oder auf andere Weise einen wirksamen Wettbewerb zu schädigen. Ein Zusammenschluss kann auch für Unternehmen, die bereits vor der Fusion ihr Verhalten koordiniert haben, die Koordinierung erleichtern, stabilisieren oder sie erfolgreicher machen (koordinierte Wirkungen)“.

tere Kriterien, welche die Europäische Kommission zur Beurteilung heranzieht, sind unter anderem die HHI-Werte, das Näheverhältnis der Wettbewerber sowie die (freien) Kapazitäten der Marktteilnehmer und ihre Möglichkeit zum Kapazitätsausbau. Ebenfalls berücksichtigt werden die Rolle einer Zusammenschlusspartei als besondere Wettbewerbskraft, ihr Image oder der Besitz von bekannten Marken, die Existenz von Marktzutrittsbarrieren sowie das Vorliegen von Nachfragemacht.

672. In einer Reihe von Fällen, in der Regel Zweite-Phase-Verfahren, setzt sich die Europäische Kommission mit ökonomischen Analysen und Studien auseinander. Derartige Untersuchungen werden häufig von den Zusammenschlussparteien in das Verfahren eingeführt und dann von der Europäischen Kommission geprüft. Zum Teil erstellt auch die Europäische Kommission Analysen und Studien – entweder auf eigene Initiative oder als Reaktion auf die von den Parteien vorgelegten Dokumente. Über die bloße Einbeziehung ökonomischer Studien zu Einzelaspekten geht die Europäische Kommission in dem Fall *Travelport/Worldspan* weit hinaus. Sie richtet hier ihre gesamte Argumentation ökonomischer aus, indem sie im Rahmen der wettbewerblichen Würdigung drei mögliche wettbewerbsbeeinträchtigende Szenarien ausführlich erläutert.

673. Die Europäische Kommission prüft nicht in jedem horizontalen Zusammenschlussverfahren sämtliche in den Horizontal-Leitlinien genannten Kriterien, sondern konzentriert sich jeweils auf die ihrer Ansicht nach wichtigsten Aspekte. Diese Vorgehensweise hat das Gericht erster Instanz in dem Verfahren *Sun Chemical/Kommission* ausdrücklich gebilligt.¹⁴⁵ Nach Auffassung des Gerichts stellen die Leitlinien keine „Kontrollliste“ dar, vielmehr verfüge die Kommission über ein Ermessen, das es ihr erlaube, bestimmte Faktoren in Betracht zu ziehen oder unberücksichtigt zu lassen. Im Einzelnen stellt das EuG fest, dass die Europäische Kommission nicht in jedem Verfahren verpflichtet ist, die HHI-Werte zu ermitteln. Zugleich erklärt das EuG, dass sich die Europäische Kommission nicht zu allen Rechts- und Tatfragen äußern muss, die möglicherweise eine Verbindung mit dem angemeldeten Zusammenschluss aufweisen können und/oder die während des Verwaltungsverfahrens angesprochen worden sind. Insbesondere dürfe die Europäische Kommission auf die Erörterung von Aspekten verzichten, die offenkundig neben der Sache liegen oder keine bzw. nur eine eindeutig untergeordnete Bedeutung für die Einschätzung eines Zusammenschlusses haben.

3.4.1 Marktanteile und Marktführerschaft

674. Die Schätzung der Marktanteile stellt auch im Berichtszeitraum 2006/2007 regelmäßig den Ausgangspunkt der wettbewerblichen Würdigung durch die Europäische Kommission dar. In mehreren Verfahren, z. B. *Metso/Aker Kvaerner*, *Orica/Dyno* und *Renolit/Solvay*, führte

die Europäische Kommission aus, dass sehr hohe Marktanteile von 50 Prozent und mehr schon für sich allein einen Nachweis für eine beherrschende Stellung sein können. Die Kommission bezieht sich insoweit auf ihre Horizontal-Leitlinien und die Rechtsprechung.¹⁴⁶ Während des Berichtszeitraums bestätigte das Gericht erster Instanz diese Auffassung in seinem Urteil *Cementbouw Handel & Industrie BV/Kommission*.¹⁴⁷ In mehreren Zusammenschlussverfahren, etwa *Glatfelder/Crompton*, *Inco/Falconbridge* und *Sea-Invest/EMO-EKOM*, ermittelte die Europäische Kommission sehr hohe oder (fast-)monopolistische Marktanteile der Parteien. Diese führten allerdings nur in dem Verfahren *Ryanair/Aer Lingus* zu einer Untersagung.¹⁴⁸ In allen übrigen Fällen sah die Europäische Kommission ihre Bedenken aufgrund der angebotenen Zusagen als ausgeräumt an.

3.4.1.1 Marktanteilermittlung

675. Wie schwierig die Marktanteilsberechnung im Einzelfall sein kann, zeigt der Fall *Inco/Falconbridge*, der verschiedene Märkte für Nickel- und Kobaltprodukte betraf.¹⁴⁹ Voraussetzung für eine solche Berechnung ist unter anderem die möglichst genaue Feststellung des Marktvolumens, das im vorliegenden Fall laut Europäischer Kommission schwer abzuschätzen war. Die Wettbewerbsbehörde nimmt den Zusammenschluss zum Anlass, im Zusammenhang mit dem Markt für hochreines Nickel für Superlegierungen grundsätzliche Ausführungen zu der Berechnung von Marktanteilen zu machen. Die Berechnung sei ihr nur möglich, weil sie sich auf vertrauliche Informationen der Parteien sowie auf Umsätze, die die Wettbewerber mit hochreinem Nickel zur Herstellung von Superlegierungen erzielten, stützen könne. Die Europäische Kommission führt weiter aus, dass die Marktanteile mit drei alternativen Ansätzen berechnet werden können. Erstens ließen sich die Marktanteile ausgehend von den Anteilen der Parteien an der insgesamt von den Abnehmern abgenommenen Mengen (d. h. ausgehend von der Nachfrageseite) schätzen. Zweitens könnten auch die Volumina an hochreinem Nickel addiert werden, die alle Hersteller an Kunden geliefert hätten, die Endanwendungen mit Superlegierungen herstellten (d. h. ausgehend von der Angebotsseite). Und drittens könne ein Vergleich der Kapazitäten zur Produktion von hochreinem Nickel zur Herstellung von Superlegierungen vorgenommen werden. Im Anschluss an diese Erläuterungen führt die Europäische Kommission eine Schätzung der Marktanteile ausgehend von der Angebotsseite sowie anhand der Produktionskapazitäten durch. Im Ergebnis kommt sie zu einem gemeinsamen Marktanteil der Parteien in Höhe von ca. 90 Prozent. Die Genehmigung des Zusammenschlusses erfolgte nur aufgrund der Verpflichtung zur

¹⁴⁵ EuG, Urteil vom 9. Juli 2007, Rs. T-282/06, *Sun Chemical/Kommission*, Rn. 54 ff.

¹⁴⁶ Horizontal-Leitlinien, Rn. 17; EuG, Urteil vom 15. März 1999, Rs. T-102/96, *Gencor/Kommission*, Slg. 1999 II-753, Rn. 205.

¹⁴⁷ EuG, Urteil vom 23. Februar 2006, Rs. T-282/02, *Cementbouw/Kommission*, Slg. 2006, II-319, Rn. 201.

¹⁴⁸ Vgl. Tz. 630 ff., 692 ff., 737 ff., 757 ff.

¹⁴⁹ Vgl. Tz. 639 ff., 693 ff., 734 ff.

Veräußerung eines Werks von Falconbridge in Norwegen, wodurch sämtliche Überschneidungen entfielen.

676. Verzichtet die Europäische Kommission auf eine abschließende sachliche oder räumliche Marktdefinition und lässt die genauen Marktgrenzen offen, können nach Auffassung der Monopolkommission im Anschluss ermittelte Marktanteile nur beschränkte Aussagekraft erlangen. Dies gilt mit Ausnahme der Fälle, in denen die Wettbewerbsbehörde alternative Marktdefinitionen vorschlägt und für jede Alternative gesondert die Marktanteile ausweist. In dem Verfahren Kronospan/Constantia, das sich auf verschiedene Märkte für Holzwerkstoffe für die Möbelindustrie auswirkte, hielt die Wettbewerbsbehörde eine generelle Definition der räumlichen Märkte für entbehrlich. Sie konzentrierte sich vielmehr auf die Transportkosten und stellte auf die Lieferradien um die einzelnen Produzenten ab. Im Rahmen der weiteren wettbewerblichen Prüfung ermittelte sie die Marktanteile der Parteien und Wettbewerber auf der Grundlage nationaler Märkte, die sich – wie sie selbst einräumte – nur grob mit den betroffenen Liefergebieten deckten. Vor diesem Hintergrund ist es positiv zu werten, dass die Wettbewerbsbehörde nur sehr kurz auf die Marktanteilsverteilung eingeht. Wesentlich ausführlicher beschäftigt sie sich mit den verbleibenden Lieferalternativen der Kunden in den jeweiligen Liefergebieten. Auf diese Weise bleibt die Europäische Kommission konsequent auf ihrer Argumentationslinie und misst den ermittelten Marktanteilen nur geringe Bedeutung zu.

3.4.1.2 Aussagekraft von Marktanteilen

677. In einigen Fällen geht die Europäische Kommission der Frage nach, ob die Marktanteile der Parteien die Position der Unternehmen am Markt korrekt widerspiegeln. Die ermittelten Marktanteile sind zwar in der Regel ein erster Anhaltspunkt für den Wettbewerbsdruck, der von einer Partei ausgeübt wird. Nicht in jedem Fall geben sie jedoch die Position der Zusammenschlussparteien zutreffend wieder. Die Europäische Kommission prüft daher, ob eine der Parteien vor dem Zusammenschluss besonderen Wettbewerbsdruck, z. B. durch niedrige Preise, hohe Rabatte oder Innovationen, ausgeübt hat.

678. Der Zusammenschluss Nestlé/Novartis wirkte sich auf dem Markt für Gesundheitsnahrungsmittel, insbesondere dem Markt für enterale Ernährung, aus.¹⁵⁰ In Spanien hielt Novartis als Marktführer bereits vor dem Zusammenschluss 35 bis 45 Prozent der Marktanteile, während die zwei nächsten Wettbewerber mit weitem Abstand folgten. Nestlé war der viertgrößte Anbieter mit einem Marktanteil von 5 bis 10 Prozent. Nach dem Zusammenschluss war ein gemeinsamer Marktanteil in Höhe von 45 bis 55 Prozent zu erwarten. Den Marktanteilszuwachs sah die Europäische Kommission zwar als relativ gering an, der von Nestlé ausgehende Wettbewerbsdruck wurde aber höher eingeschätzt. Zur Begründung erläutert

die Europäische Kommission, dass Nestlé im Jahr 2001 in den Markt eingetreten sei und seitdem eine besondere Produktstrategie verfolgt habe. Außerdem habe Nestlé einen aggressiven Preiswettbewerb mit niedrigen Preisen und hohen Rabatten geführt. Daneben verfügt das Unternehmen nach den Ermittlungen der Kommission über eine der fünf wichtigsten Marken auf dem betroffenen Markt. Mit dem Wegfall von Nestlé als Marktteilnehmer werde daher ein ganz erheblicher Wettbewerbsdruck auf Novartis eliminiert. Um die massiven Bedenken der Europäischen Kommission zu überwinden, erklärten sich die Parteien bereit, die Gesundheitsnahrungsmittelparte von Novartis in Frankreich und von Nestlé in Spanien abzustößen. Dadurch entfielen die festgestellten Überschneidungen.

Umgekehrt kann es auch Umstände geben, bei deren Vorliegen hohen Marktanteilen weniger Bedeutung beizumessen ist. In dem Verfahren Orica/Dyno erreichten die Parteien auf dem Großhandelsmarkt für Zündsysteme einen gemeinsamen Marktanteil von 35 bis 55 Prozent. Die Europäische Kommission erhob dennoch keine Wettbewerbsbedenken, weil sie dem Vortrag der Beteiligten folgte, wonach die Marktanteile aufgrund von niedrigen Marktzutrittsbarrieren, fallenden Marktanteilen der Parteien und Überkapazitäten auf dem betroffenen Markt neu zu bewerten seien.

679. Die Monopolkommission stimmt der Vorgehensweise der Europäischen Kommission zu. Marktanteile, die auf der Grundlage einer klaren Marktabgrenzung zu ermitteln sind, decken sich nicht immer mit der Stellung eines beteiligten Unternehmens am Markt. Deshalb sind Marktanteile zu relativieren, wenn ein Marktteilnehmer als besonders aggressiver Wettbewerber agiert. In diesem Sinne erläutert Randziffer 37 der Horizontal-Leitlinien, dass einige Unternehmen auf den Wettbewerbsprozess größeren Einfluss haben, als anhand ihrer Marktanteile oder ähnlicher Messgrößen zu vermuten wäre. Nach Ansicht der Monopolkommission kann es allerdings auch umgekehrt notwendig werden, hohe Marktanteile der Zusammenschlussparteien neu zu betrachten, etwa wenn die von ihnen eingesetzte Technologie veraltet ist oder die Produktion zu vergleichsweise hohen Kosten erfolgt. In einem solchen Fall üben gegebenenfalls die Konkurrenten der Zusammenschlussbeteiligten erheblichen Wettbewerbsdruck aus, ohne dass sich das bislang in hohen Marktanteilen niedergeschlagen hätte.

680. Der Zusammenschluss Universal/BMG Music Publishing betrifft den Markt für Musikverlagsdienstleistungen für Urheber sowie mehrere Märkte für die Verwertung von Musikverlagsrechten.¹⁵¹ Wettbewerbliche Bedenken sah die Europäische Kommission insbesondere auf dem Markt für die Verwertung von Online-Rechten und ging deshalb der Frage nach, ob Universals Position gegenüber den Online-Musikanbietern durch den Zusammenschluss erheblich verbessert werden würde. Ausgangspunkt der Marktanteilsanalyse bilden die Einnah-

¹⁵⁰ Enterale Nahrungsmittel sind Nahrungsmittel für Patienten, die im Gegensatz zu parenteraler Nahrung über den Magen-Darm-Trakt zugeführt werden.

¹⁵¹ Vgl. Tz. 748 ff.

men, welche die Musikverlage mit ihren jeweiligen Chart-Hits machen. Auf dieser Grundlage halten die Zusammenschlussbeteiligten auf den untersuchten nationalen Märkten 20 bis 40 Prozent der Anteile. Nach Auffassung der Europäischen Kommission bilden die so ermittelten Marktanteile die Stärke der verschiedenen Verlage jedoch nicht genau ab, weil vernachlässigt werde, dass für die Verwertung eines Musiktitels sämtliche Inhaber von (Co-)Verlagsrechten und Tonträgerrechten zustimmen müssen. Co-Verlagsrechte entstehen, wenn ein Lied gemeinsam von mehreren Autoren geschrieben wird, die bei verschiedenen Verlagen unter Vertrag stehen. Die Europäische Kommission folgt deshalb dem Konzept der „Kontrollbeteiligungen“ und prüft, an wie vielen Chart-Hits die Parteien solche Co-Verlagsrechte und/oder Tonträgerrechte halten. Sie kommt zu dem Ergebnis, dass Universal vor dem Zusammenschluss den Zugang zu durchschnittlich 40 bis 41 Prozent der Chart-Hits kontrollierte. Dieser Anteil erhöhe sich aufgrund des Zusammenschlusses auf 49 bis 50 Prozent.¹⁵² Daraus folgert die Europäische Kommission, dass auf bestimmten nationalen Märkten nach der Fusion deutlich weniger Möglichkeiten für Online-Musikanbieter bestehen, das Repertoire von Universal durch ein oder mehrere andere Repertoires zu substituieren. Die Europäische Kommission räumt ein, dass schon vor dem Zusammenschluss die Möglichkeit von Online-Musikveranstaltern, eine wirtschaftliche Online-Plattform für Musik ohne das Repertoire von Universal anzubieten, in gewissen Ländern eingeschränkt sei. Nach der Fusion werde diese Einschränkung jedoch noch stärker ausfallen. Das Vorhaben wurde daher nur unter Bedingungen und Auflagen freigegeben. Unter anderem mussten die Parteien mehrere ausgewählte Musikkataloge, die eine Reihe von Chart-Hits enthielten, veräußern.

681. Im vorliegenden Fall hat die Europäische Kommission zu Recht festgestellt, dass die Marktposition der Parteien stärker ist, als es die Marktanteile erwarten lassen. Aufgrund des besonderen Umstandes, dass eine Verwertung von Musiktiteln nur auf der Basis von allen Co-Verlagsrechten sowie Tonträgerrechten möglich ist, stellt die Wettbewerbsbehörde zutreffenderweise auf andere Kriterien, insbesondere die „Kontrollanteile“ der Parteien und ihrer Wettbewerber, ab. Zu begrüßen ist in diesem Zusammenhang ferner, dass die Europäische Kommission selbst einräumt, dass die ermittelten Anteile lediglich Näherungswerte für die Stärke der Parteien darstellen, die nur einen Ausgangspunkt für die weitere Analyse bilden.

3.4.1.3 Keine Marktführerschaft

682. Mit Entscheidung vom 26. April 2006 hat die Europäische Kommission das Zusammenschlussvorhaben der T-Mobile Austria GmbH und der Tele.ring Unternehmensgruppe gemäß Artikel 8 Abs. 2 FKVO unter Zusage freigegeben. Die Entscheidung ist von besonderer

Bedeutung, weil die neue Unternehmenseinheit trotz erheblicher Marktanteilsadditionen nicht Marktführer wird, sondern auf dem zweiten Platz hinter dem größten Anbieter Mobilkom verbleibt. Fallkonstellationen wie diese gaben vor einigen Jahren Anlass für eine Diskussion über mögliche Lücken der Fusionskontrollverordnung und führten zu einer Änderung des Untersagungskriteriums durch die Verordnung 139/2004. Der Zusammenschluss gilt als erster Anwendungsfall des SIEC-Tests in Bezug auf eine solche „Lücke“. Die Europäische Kommission konzentriert sich bei ihrer wettbewerblichen Beurteilung auf die nicht koordinierten Effekte des Zusammenschlusses; auf mögliche koordinierte Effekte geht sie nur ganz kurz ein. Darüber hinaus ist der Fall von besonderem Interesse, weil die Parteien Effizienzgesichtspunkte geltend gemacht haben. Diese werden von der Europäischen Kommission – mit sehr knapper Begründung – zurückgewiesen.¹⁵³

683. Im Mittelpunkt der Untersuchung steht der österreichische Markt für die Erbringung von mobilen Telekommunikationsdienstleistungen für Endkunden. Die Europäische Kommission vertritt die Auffassung, dass der geplante Zusammenschluss aufgrund nicht koordinierter Effekte zu einer erheblichen Behinderung des wirksamen Wettbewerbs auf dem betroffenen Markt führen würde. Die Wettbewerbsbehörde berücksichtigt bei ihrer Einschätzung die Marktanteilsverteilung und die Rolle von Tele.ring als „maverick“. Außerdem geht sie ausführlich auf die Anreize zu aggressiven Preisangeboten sowie auf die zu erwartenden Kapazitätsrückgänge ein. Die Europäische Kommission hält einen spürbaren Einfluss des Zusammenschlusses auf die Preise für wahrscheinlich, wenn auch nicht in Form erhöhter Preise, so doch dadurch, dass die Preise nicht mehr wie in der Vergangenheit spürbar zurückgehen würden.

Nach den Ermittlungen der Europäischen Kommission betreiben auf dem österreichischen Markt vier Unternehmen Mobiltelefonienetze sowohl auf der Basis der GSM- als auch der UMTS-Technologie, nämlich Mobilkom, T-Mobile, ONE und Tele.ring. Daneben bietet H3G, eine Tochter von Hutchison, Dienstleistungen ausschließlich im UMTS-Netz an. Dieses Netz deckt derzeit allerdings nur 50 Prozent der Bevölkerung und einen noch wesentlich kleineren Teil Österreichs in geografischer Hinsicht ab; eine Vollabdeckung erreicht H3G durch Inlandsroaming-Abkommen mit Mobilkom. Alle fünf Unternehmen stellen ihren Kunden eine umfassende Dienstleistungspalette zur Verfügung. Zusätzlich zu den Netzbetreibern sind reine Diensteanbieter auf dem Markt tätig, die allerdings nach Ansicht der Kommission nur eine sehr begrenzte Rolle spielen. Die Europäische Kommission ermittelt für das Jahr 2005 folgende Marktanteile: Mobilkom hält 35 bis 45 Prozent, T-Mobile 20 bis 30 Prozent, Tele.ring 10 bis 20 Prozent (gemeinsam 30 bis 40 Prozent), ONE 15 bis 25 Prozent und H3G weniger als 5 Prozent.

¹⁵² Die Kontrollbeteiligungen ergeben in der Summe mehr als 100 Prozent, weil sowohl Co-Verlagsrechte als auch Tonträgerrechte in die Berechnung eingehen.

¹⁵³ Vgl. Tz. 732 ff.

Bei der Analyse der Marktanteile und der Preisentwicklung zeigt sich nach Ansicht der Europäischen Kommission, dass Tele.ring in der Vergangenheit besonders aktiv auf dem betroffenen Markt gewesen ist. Das Unternehmen habe erheblichen Wettbewerbsdruck insbesondere auf T-Mobile und Mobilkom ausgeübt und die Rolle eines „maverick“, d. h. eines besonders aggressiven Wettbewerbers oder Preisbrechers, gespielt. In den letzten drei Jahren konnte das Unternehmen seinen Marktanteil auf der Grundlage des erzielten Umsatzes mehr als verdoppeln, auf der Grundlage der Kundenzahl sogar fast verdreifachen. Aus Sicht der Europäischen Kommission sind keine weiteren Unternehmen erkennbar, die in der Vergangenheit eine ähnlich aktive Rolle wie Tele.ring gespielt haben. Zwar habe auch H3G seinen Marktanteil in den letzten 18 Monaten steigern können, es fehlten dem Unternehmen jedoch die notwendige vollständige Netzinfrastruktur und die Frequenzen, um ähnlichen Wettbewerbsdruck auf die großen Netzbetreiber auszuüben.

In ihren Bedenken gegen den Zusammenschluss sieht sich die Europäische Kommission bei der Ermittlung des HHI bestätigt, der vor dem Zusammenschluss 2 500 bis 3 000 und danach 3 000 bis 3 500, somit eine Veränderung von 500 bis 600 ergab. Die Parteien argumentierten zwar, dass der HHI in Österreich deutlich geringer als in vielen anderen europäischen Staaten liege, und forderten, dass in Netzindustrien andere Maßstäbe anzulegen seien. Die Europäische Kommission folgt dieser Überlegung jedoch nicht. Es handele sich im vorliegenden Fall nicht um die regulatorische Entscheidung, wie viele Netze in Österreich sinnvollerweise einzurichten seien, sondern um die fusionskontrollrechtliche Entscheidung über die geplante Konsolidierung zweier existierender Netze.

684. Nach Ansicht der Europäischen Kommission waren Tele.ring und H3G bislang die Anbieter mit den stärksten Anreizen, aggressive Preisangebote auf den Markt zu bringen. Zur Erklärung führt sie an, dass die Anreize eines Betreibers, neue Kunden durch preisaggressive Angebote zu gewinnen, auf der Basis eines bestehenden Netzes durch die Größe des Kundenstamms bestimmt werde. Da die Mobiltelefonieindustrie durch hohe Investitionen für den Aufbau eines Netzes, durch die Kosten des Netzbetriebs und durch relativ geringe variable Kosten bestimmt werde, hätten Netzbetreiber zunächst den Anreiz, ihre Kapazitäten durch einen möglichst großen Kundenstamm auszulasten. Für Netzbetreiber, die einen Kundenstamm erst aufbauen müssten, sei es primär notwendig, durch preisaggressive Angebote neue Kunden zu gewinnen. Die Anreize änderten sich mit der Größe des Kundenstamms. Die Werbung neuer Kunden durch neue Angebote und preisaggressive Tarife führe zu einer geringeren Profitabilität des existierenden Kundenstamms, da die Konditionen solcher Tarife jedenfalls mittelfristig auch an die Bestandskunden weitergegeben werden müssten. Deshalb sei ein Niedrigpreisangebot zur Gewinnung von Neukunden um so unwahrscheinlicher, je größer der bestehende Kundenstamm sei. Aus diesen Überlegungen folgert die Europäische Kommission erhebliche wettbewerbliche Bedenken gegen den geplanten Zusammenschluss, weil dadurch nicht

nur Tele.ring als unabhängiger Anbieter entfallen, sondern auch der Kundenstamm von T-Mobile wesentlich erweitert würde. Auf diese Weise spiele der Effekt, dass mit einer Preisreduzierung die Profitabilität des bestehenden Kundenstammes gemindert werde, während gleichzeitig die Neukunden diese Einnahmeverluste angesichts der bedeutenden Anzahl von Bestandskunden nicht ausgleichen könnten, für T-Mobile noch eine weitaus größere Rolle als bereits in der Vergangenheit. In Hinsicht auf H3G stellt die Kommission abweichende Anreizstrukturen fest, da das Unternehmen nicht über ein eigenes landesweites Netz verfüge. Der Zukauf von Mobiltelefonkapazität werde im Rahmen eines Vertrags über nationales Roaming auf der Großhandelsebene im Wesentlichen nach den in Anspruch genommenen Minuten berechnet. Es handele sich dabei um (variable) Grenzkosten, von denen anzunehmen sei, dass der Mobilfunkanbieter diese Kosten zusätzlich zu seinen anderen variablen Kosten als Preisuntergrenze für die seinen Kunden berechneten Minutenpreise ansehe. Der Mobilfunkanbieter könne bei Inanspruchnahme des Inlandsroaming insoweit keine Skalenvorteile erzielen, habe daher also weniger Anreize, neue Kunden zu gewinnen.

685. Ebenfalls ausführlich befasst sich die Europäische Kommission mit den Netzkapazitäten vor und nach dem geplanten Zusammenschluss. Diese stellten eine wesentliche Voraussetzung für die Versorgung der existierenden Kunden und grundsätzlich auch einen Anreiz für die Gewinnung neuer Kunden dar. Im vorliegenden Fall beurteilt die Wettbewerbsbehörde die bestehenden Netzkapazitäten durch Vergleich aller Netze am Maßstab des Netzes von Mobilkom als dem am besten ausgebauten Netz mit den meisten abgeführten Verkehrsminuten. Bei diesem Vorgehen ergab sich, dass das Netz von Tele.ring im Vergleich zu dem Netz von Mobilkom nur noch in begrenztem Maß zusätzlichen Verkehr aufnehmen könne, während T-Mobile aufgrund einer wesentlich geringeren Auslastung noch erheblich mehr freie Kapazität besitze. ONE liege mit seinen Netzreserven zwischen Tele.ring und T-Mobile und könne daher – im Vergleich zum Referenznetz – eine größere Anzahl neuer Teilnehmer aufnehmen. Ernsthafte Bedenken resultieren nach Auffassung der Europäischen Kommission dadurch, dass mit dem Zusammenschluss nicht nur das Tele.ring-Netz eliminiert, sondern zusätzlich das T-Mobile-Netz sehr viel weitgehend ausgelastet werde als heute. Es verbleibe lediglich ONE als Anbieter mit freien Kapazitäten, was die Anreize der Netzbetreiber insgesamt senke, weitere Kunden mit niedrigen Preisen zu gewinnen.

686. Aufgrund der dargestellten Wettbewerbsbedenken hat die Europäische Kommission den Zusammenschluss nur unter der Bedingung freigegeben, dass T-Mobile die zwei UMTS-Frequenzblöcke von Tele.ring veräußert. Mindestens ein Frequenzblock sowie die nicht für die Netzintegration von T-Mobile und Tele.ring erforderlichen Mobilfunkstandorte von Tele.ring sind an H3G zu übertragen. Die beiden Zusagenelemente zielen darauf ab, insbesondere die Netzressourcen von H3G strukturell zu verbessern. Mit einem landesweiten Mobilfunknetz kann das Unternehmen nach Auffassung der Europäi-

schen Kommission einen vergleichbaren Wettbewerbsdruck wie zuvor Tele.ring ausüben. Da H3G nach der Übernahme der Infrastruktur von Tele.ring über ein vollständiges Mobilfunknetz in Österreich verfüge, werde das Unternehmen unabhängig vom Inlandsroaming-Abkommen mit Mobilkom und könne seine variablen Kosten erheblich senken. Die Europäische Kommission sieht es als wahrscheinlich an, dass H3G die auf diese Weise reduzierten Kosten in Form von günstigeren Tarifen an die Kunden weitergeben und dadurch für erheblichen Preisdruck auf dem österreichischen Markt sorgen wird.

687. Im Mittelpunkt der vorliegenden Entscheidung stehen die nicht koordinierten Effekte im Oligopol. Das geschärfte Problembewusstsein für derartige Effekte führte auf europäischer Ebene in letzter Konsequenz zur Ablösung des Marktbeherrschungs- durch den SIEC-Test. In der der Reform vorangehenden Diskussion war umstritten, ob nicht koordinierte Auswirkungen im Oligopol auch im Rahmen des Marktbeherrschungstests erfasst werden können. Zum Teil wurde dies abgelehnt, weil der Marktbeherrschungstest nur solche Fälle abdecke, in denen die Zusammenschlussparteien die höchsten Marktanteile und einen deutlichen Abstand zum nachfolgenden Wettbewerber erreichten. Nach dieser Auffassung stellt der SIEC-Test für Fälle von nicht koordinierten Effekten im Oligopol einen strengeren Maßstab dar als das Marktbeherrschungskriterium. Die Gegenmeinung hält eine Subsumtion derartiger Fälle unter den Begriff der Marktbeherrschung für möglich, sofern der Begriff nicht streng marktanteilsbezogen verstanden, sondern im Sinn einer umfassenden Ermittlung von Marktmacht interpretiert wird. Für die Praxis der Europäischen Kommission muss diese Frage aufgrund der Einführung des SIEC-Tests letztlich offen bleiben. Ungeklärt bleibt auch, wie die europäische Gerichtsbarkeit in einer solchen Konstellation entschieden hätte. Im Hinblick auf die deutsche Rechtslage hat die Monopolkommission die Auffassung vertreten, dass eine Erfassung nicht koordinierter Effekte im Oligopol durch den – gegebenenfalls fortentwickelten – Begriff der Marktbeherrschung durchaus vorstellbar ist.¹⁵⁴

688. Soweit die Europäische Kommission im vorliegenden Fall die Position von Tele.ring als besonders aktivem Wettbewerber berücksichtigt, folgt sie den in den Horizontal-Leitlinien niedergelegten Überlegungen.¹⁵⁵ Insbesondere Randziffer 37 setzt sich mit der Beseitigung einer besonders wichtigen Wettbewerbskraft auseinander. Hiernach haben einige Unternehmen auf den Wettbewerbsprozess einen größeren Einfluss, als anhand ihrer Marktanteile oder ähnlicher Messgrößen zu vermuten wäre. Ein Zusammenschluss unter Beteiligung eines solchen Unternehmens könne die Wettbewerbsdynamik in einer spürbar wettbewerbswidrigen Weise verändern, insbesondere wenn es sich – wie im vorliegenden Fall – um einen konzentrierten Markt handele. Nachvollziehbar sind auch die

Ausführungen der Europäischen Kommission zu den unterschiedlichen Anreizen für preisaggressives Verhalten je nach dem bereits vorhandenem Kundenstamm und der vorhandenen Auslastung des Netzes.

689. Ebenfalls plausibel sind die Überlegungen der Europäischen Kommission zu den von ihr errechneten HHI-Werten. Die ermittelten Zahlen gehen weit über die Werte hinaus, die nach den Horizontal-Leitlinien als unbedenklich eingestuft werden.¹⁵⁶ Es trifft zwar zu, dass Netzindustrien durch hohe Skalenerträge charakterisiert und daher in der Regel hoch konzentriert sind. Ein – weiterer – Zusammenschluss kann aber nach Ansicht der Monopolkommission auch auf diesen Märkten zu fusionskontrollrechtlichen Bedenken führen. Gegen eine Sonderbehandlung von Netzindustrien spricht ferner, dass auch in anderen Branchen hohe Anfangsinvestitionen getätigt werden müssen und Skalenerträge existieren. Eine Unterscheidung der maßgeblichen HHI-Höhen je nach betroffener Branche ist nach Auffassung der Monopolkommission unpraktikabel, eine damit einhergehende Sektoralisierung der Fusionskontrollvorschriften nicht wünschenswert. Besonderheiten des Einzelfalls sollte eher dadurch Rechnung getragen werden, dass den HHI-Werten im Rahmen der Gesamtbeurteilung geringere Bedeutung beigemessen und verstärktes Gewicht auf andere Faktoren gelegt wird. Weiteren Aufschluss kann ferner eine Betrachtung der Konzentrationsentwicklung in der Vergangenheit oder im internationalen Vergleich geben. Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang, dass der HHI nur einen von vielen Aspekten bei der fusionskontrollrechtlichen Prüfung darstellt. Wie in Randziffer 21 der Horizontal-Leitlinien ausgeführt wird, ist der ermittelte HHI lediglich ein erster Hinweis für Wettbewerbsbedenken. Er begründet jedoch für sich allein keinen hinreichenden Beleg für das Vorhandensein oder die Abwesenheit von solchen Bedenken. Diese Auffassung wird vom Gericht erster Instanz in dem Verfahren Sun Chemical/Kommission bestätigt.¹⁵⁷

690. Die Europäische Kommission hat sich während des Berichtszeitraums mit einem weiteren Zusammenschluss auseinandergesetzt, in dem die Zusammenschlussparteien nicht Marktführer werden. In dem Fall Korsnäs/Carbonboard hat die Europäische Kommission allerdings keine Bedenken geäußert und eine bedingungslose Freigabe in der ersten Verfahrensphase erteilt.¹⁵⁸ Auf dem EWR-weiten Markt für Karton zur Verpackung von Flüssigkeiten ist StoraEnso mit 55 bis 70 Prozent Marktführer, während die Parteien als zweiter und dritter Wettbewerber folgen und nach dem Zusammenschluss gemeinsame Anteile in Höhe von 30 bis 40 Prozent erreichen. Obwohl der Zusammenschluss zu einer Reduzierung der großen Anbieter von drei auf zwei führt, hält die Europäische Kommission es aus verschiedenen Gründen für unwahrscheinlich, dass das Vorhaben zu negativen

¹⁵⁴ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 229.

¹⁵⁵ Horizontal-Leitlinien, Rn. 37 f.

¹⁵⁶ Horizontal-Leitlinien, Rn. 19 ff.

¹⁵⁷ EuG, Urteil vom 9. Juli 2007, Rs. T-282/06, Sun Chemical/Kommission, Rn. 138.

¹⁵⁸ Vgl. Tz. 730 ff.

nicht koordinierten oder koordinierten Wettbewerbseffekten führt.

Nicht koordinierte Effekte hält sie für ausgeschlossen, weil die Parteien kein besonders enges Näheverhältnis aufwiesen, sondern jeweils eher in Konkurrenz zu Stora-Enso stünden. Außerdem sprächen ein hohes Maß an Angebotsumstellungsflexibilität sowie der potenzielle Wettbewerb von außerhalb des EWR gegen die Möglichkeit der Zusammenschlussbeteiligten, die Preise zu erhöhen. Einen weiteren wichtigen Gesichtspunkt stelle der Umstand dar, dass die Nachfrageseite ebenso wie die Herstellerseite hoch konzentriert sei. So nehme der größte Kunde Tetra Pak mindestens 40 bis 60 Prozent der gesamten EWR-Produktion ab. Auch die beiden folgenden Nachfrager erwerben immerhin noch jeweils 10 bis 30 Prozent der Produktion, so dass auch sie angesichts der hohen fixen Kosten in der Kartonproduktion starke Nachfragemacht ausübten. Die Europäische Kommission schließt ferner aus, dass die Parteien kleinere Abnehmer diskriminieren werden, denn ein dadurch beschleunigter Marktaustritt dieser Kunden sei nicht im Sinne der Parteien. Weiterhin sei auch der wachsende Wettbewerb außerhalb des EWR von Bedeutung. Schließlich habe die Marktuntersuchung ergeben, dass die Abnehmer in der Regel Rahmenverträge auf der Basis einheitlicher Preislisten für weltweite Lieferungen abschließen. Koordinierte Effekte schließt die Europäische Kommission ebenfalls aus.

3.4.2 Ökonomische Analysen und „theories of harm“

691. Die von der Europäischen Kommission verfolgte Politik eines more economic approach weist in der fusionskontrollrechtlichen Entscheidungspraxis verschiedene Facetten auf. Ein Aspekt des more economic approach besteht – wie in den Verfahren T-Mobile Austria/Tele.ring und Korsnäs/Cartronboard gesehen – in dem verschärften Problembewusstsein der Wettbewerbsbehörde für nicht koordinierte Effekte im Oligopol. Seinen Ausdruck findet der verstärkte ökonomische Ansatz ferner in einem häufigeren Einsatz von ökonomischen Studien und Analysen, in der Regel in Zweite-Phase-Verfahren. Während sich diese Entwicklung bereits während des Berichtszeitraums 2004/2005 abzeichnete, hat die Europäische Kommission im gegenwärtigen Berichtszeitraum einen weiteren Schritt in Richtung more economic approach gemacht. In der Entscheidung Travelport/Worldspan bleibt es zwar bei der traditionellen zweigliedrigen Prüfung von Marktabgrenzung einerseits und weiterer wettbewerblicher Würdigung andererseits. Die Europäische Kommission erläutert aber im Rahmen der wettbewerblichen Würdigung die Funktionsweise des Marktes sehr genau und geht auf dieser Grundlage drei möglichen wettbewerbsbeeinträchtigenden Szenarien – sog. „theories of harm“ – nach.

3.4.2.1 Ökonomische Analysen

692. Die Europäische Kommission hat beispielsweise in den Verfahren Ryanair/Aer Lingus, Inco/Falconbridge,

Evrz/Highveld und Ineos/BP Dormagen ökonomische Analysen in ihre wettbewerbliche Würdigung einbezogen. Die beabsichtigte Übernahme von Aer Lingus durch Ryanair wurde mit Entscheidung vom 27. Juni 2007 von der Europäischen Kommission verboten.¹⁵⁹ In das Verfahren ist an mehreren Stellen ökonomische Expertise eingeflossen, insbesondere im Rahmen der räumlichen Marktabgrenzung und der Frage, ob die Parteien in aktuellem Wettbewerb stehen. Nach den Ermittlungen der Wettbewerbsbehörde überschneidet sich die Tätigkeit der Beteiligten auf 35 Flugstrecken von und nach Irland. Auf 22 dieser Strecken wäre mit dem Zusammenschluss ein Monopol der neuen Unternehmenseinheit entstanden, auf den verbleibenden 13 Strecken wären Marktanteile von über 60 Prozent erreicht worden. Die Europäische Kommission stellt außerdem fest, dass die Zusammenschlussparteien aufgrund ähnlicher Geschäftsmodelle und ihrer jeweiligen Basis auf dem Dubliner Flughafen engste Wettbewerber seien. Das Vorhaben würde sowohl den aktuellen Wettbewerb auf den Strecken, die beide Parteien bedienen, als auch den potenziellen Wettbewerb auf den Strecken, die nur von einer Partei bedient werden, beeinträchtigen. Darüber hinaus haben sowohl Marktermittlungen als auch ökonomische Analysen ergeben, dass die Parteien erheblichen Wettbewerbsdruck aufeinander ausüben. Von Dritten gehe weder Nachfragemacht noch ausreichender Wettbewerbsdruck aus. Marktzutritte seien wegen der hohen Kosten und Risiken unwahrscheinlich. Wie die Vergangenheit gezeigt habe, müssten Wettbewerber unter anderem mit aggressiven Reaktionen von Ryanair rechnen. Diese Einschätzung werde durch Aussagen der Wettbewerber bestätigt, die einen Markteintritt weder planten noch – mehrheitlich – überhaupt in Erwägung zögen.

693. In dem Verfahren Inco/Falconbridge, der verschiedene Märkte für Nickel- und Kobaltprodukte betrifft, verbindet die Europäische Kommission ebenfalls eine Untersuchung auf der Grundlage traditioneller Prüfkriterien mit der Analyse des Wettbewerbsdrucks zwischen den Zusammenschlussparteien.¹⁶⁰ Da Inco und Falconbridge die wichtigsten Produzenten sind, der Zusammenschluss die Zahl der Anbieter von drei auf zwei verringert und der einzige verbleibende Wettbewerber Eramet schon bislang höhere Preise verlangte als die Parteien, bejaht die Europäische Kommission die Wahrscheinlichkeit von Preisaufschlägen nach dem Zusammenschluss. Zusätzlich untersucht sie die Auswirkungen eines dreimonatigen Streiks in der Inco-Mine Sudbury in der zweiten Jahreshälfte 2003, bei der die gesamte Produktion zum Erliegen kam. Die Europäische Kommission stellt für die Zeiträume vor dem Streik, während des Streiks und im Anschluss an den Streik die Gesamtumsätze mit Nickel-Pellets bei Abnehmern von Nickelprodukten zur Herstellung von Superlegierungen zusammen. Angesichts des bestehenden Produktionsengpasses hätten die Kunden von Inco entweder ihre Bestellungen bis zum Ende des Streiks aufgeschoben oder den unmittelbaren Bedarf bei anderen

¹⁵⁹ Vgl. Tz. 630 ff., 737 ff., 757 ff.

¹⁶⁰ Vgl. Tz. 639 ff., 675 ff., 734 ff.

Lieferanten gedeckt. Die Umsätze, die Falconbridge mit Nickel bei diesen Abnehmern erzielte, seien während des Streiks erheblich gestiegen. Einer groben Berechnung zufolge entspreche der Umsatzzuwachs von Falconbridge 25 bis 35 Prozent des Umsatzverlustes, der Inco während der Dauer des Streiks insgesamt entstanden sei. Dies könne als Anzeichen dafür betrachtet werden, dass Falconbridge vor dem Zusammenschluss erheblichen Wettbewerbsdruck auf Inco ausgeübt habe. Die Europäische Kommission stellt zusätzlich die gewichteten durchschnittlichen Preisaufschläge zusammen, die Inco und Falconbridge vor dem Streik sowie während des Streiks bei ihren Kunden ansetzten. Als Ergebnis stellt die Wettbewerbsbehörde fest, dass beide Unternehmen während des Streiks den Preisaufschlag für Produkte zur Herstellung von Superlegierungen drastisch anhoben. Daraus folgert die Wettbewerbsbehörde, dass die neue Unternehmenseinheit in der Lage wäre, die Preise zu erhöhen.

694. Die beiden Fälle geben Anlass zu der Frage, ob die angesprochenen Analysen tatsächlich einen zusätzlichen Erkenntnisgewinn für die Beurteilung der Zusammenschlüsse erbracht haben. In dem Verfahren Ryanair/Aer Lingus führt die Europäische Kommission zu der Frage, ob die Parteien in aktuellem Wettbewerb stehen, zunächst aus, dass die Preise der Parteien von denen der jeweils anderen Partei beeinflusst werden. Dazu trage zum einen die Preistransparenz im Flugsektor bei, zum anderen lasse sich nachweisen, dass Aer Lingus und Ryanair bei ihrer Preissetzung die Preise des jeweiligen Wettbewerbers berücksichtigten. Zudem ermittelte die Europäische Kommission, dass die Zusammenschlussbeteiligten jeweils auf die Werbekampagnen des anderen Unternehmens reagierten. In einem weiteren Schritt führte sie eine Preisregressionsanalyse durch, die ihre Erkenntnisse bestätigte. In diesem Zusammenhang räumte die Europäische Kommission selbst ein, dass ihrer Ansicht nach die oben beschriebenen Faktoren das Konkurrenzverhältnis zwischen Ryanair und Aer Lingus bereits ausreichend belegten. Allerdings hätten beide Parteien zusätzliches ökonomisches Beweismaterial vorgelegt, das auf den Datensätzen des jeweiligen Unternehmens beruhte. Dies habe die Europäische Kommission zur Erstellung einer eigenen Studie veranlasst.

695. In dem Verfahren Inco/Falconbridge hatte die Europäische Kommission bereits festgestellt, dass die neue Unternehmenseinheit 90 Prozent der Marktanteile halten wird und kein Wettbewerber hinsichtlich Qualität, Produktionskapazität und Reputation eine realistische Alternative darstellt. Außerdem hatte die Wettbewerbsbehörde hohe Marktzutrittsschranken nachgewiesen, so dass die wettbewerbliehen Bedenken schon auf dieser Basis klar zutage lagen. Dennoch erfolgte zusätzlich eine umfangreiche Untersuchung der Streik Auswirkungen. Erschwerend kommt hinzu, dass die Europäische Kommission selbst mehrmals betont, dass die Situation während des Streiks allenfalls eine vorsichtige Schätzung der Umlenkung der Umsätze von Inco auf Falconbridge zulasse. Insbesondere sei der untersuchte Streik nur von befristeter Dauer gewesen, so dass viele Abnehmer ihre Bestellungen lediglich aufgeschoben, nicht aber umgeleitet hätten.

696. Nach Auffassung der Monopolkommission sollte die Europäische Kommission angesichts des hohen personellen und zeitlichen Aufwands, der mit der Erstellung ökonomischer Analysen sowohl aufseiten der Parteien und sonstiger Marktteilnehmer als auch aufseiten der Wettbewerbsbehörde verbunden ist, bestrebt sein, ihre knappen Ressourcen auf wirkliche Zweifelsfälle zu konzentrieren. Ökonomische Analysen sind bevorzugt dort einzusetzen, wo begründete Zweifel bestehen, die nicht auf weniger aufwendige Weise ausgeräumt werden können. Die Monopolkommission erkennt allerdings nicht, dass die Europäische Kommission häufig nicht die treibende Kraft ist, sondern lediglich auf ökonomische Studien vonseiten der Parteien oder Dritter reagiert. In derartigen Fällen, wie z. B. Evraz/Highveld, ist die Europäische Kommission verpflichtet, sich mit den vorgelegten Dokumenten auseinanderzusetzen, und wird im Zuge dessen häufig eigene Analysen vornehmen müssen. Dies dürfte nur dann anders sein, wenn sich die von dritter Seite erstellten Studien als offenkundig fehlerhaft erweisen und ohne weiteres zurückgewiesen werden können.

697. Schwer nachvollziehbar ist die Position der Europäischen Kommission zu den in dem Verfahren Ineos/BP Dormagen von den Parteien vorgelegten Studien. Der Zusammenschluss betrifft verschiedene Märkte für Ethylenoxide, -derivate und -glykole. Bei Ethylenoxiden halten die Parteien beim Handel mit Dritten EWR-weite gemeinsame Marktanteile in Höhe von 50 bis 60 Prozent. Mit dem Vorhaben würden zwei der drei größten Produzenten zusammengeführt. Vor diesem Hintergrund hält die Europäische Kommission es für ausschlaggebend, ob die Wettbewerber über ausreichend freie Kapazitäten verfügen. Sie stellt hierzu eingehende Untersuchungen unter anderem bezüglich der gegenwärtigen Kapazitätslage und der Angebotsumstellungsflexibilität an. Ausführungen zur Umstellungsflexibilität schließen die Bewertung zweier von Ineos vorgelegter Studien ein, in der die Reaktion der Branche auf ungeplante Anlagenausfälle betrachtet wird. Die Wettbewerbsbehörde bemängelt zwar, dass die erste Studie eine aggregierte Analyse enthält, deren Ergebnisse nur die branchenweite Reaktion auf Produktionsausfälle erfasst. Solche Ergebnisse könnten nicht als Beleg dafür verwendet werden, dass die Wettbewerber in der Lage seien, ihre Produktion als Reaktion auf eine Verringerung der Produktion durch die Parteien zu erhöhen. Die zweite vorgelegte Studie habe zwar die Auswirkung von Kapazitätsausfällen in den Anlagen der Zusammenschlussbeteiligten zum Inhalt. Die Europäische Kommission erläutert jedoch ausdrücklich, dass die Daten, auf denen die Studien basieren, vergleichsweise beschränkt und möglicherweise nicht alle Ergebnisse statistisch signifikant seien. Auch in der Studie selbst werde bestätigt, dass einige der Schätzungen mit Vorsicht zu betrachten seien. Dennoch folgert die Europäische Kommission, dass die beiden Studien gemeinsam aufzeigen, dass die Wettbewerber bislang in der Lage waren, auf Kapazitätsrückgänge seitens der Parteien mit einer Steigerung der eigenen Produktion zu reagieren. Nach Auffassung der Monopolkommission ist es vorzuziehen, von den Parteien vorgelegte Studien bei massiven Zweifeln an deren Me-

thodik und Datenbasis zurückzuweisen und bei der Entscheidungsfindung unberücksichtigt zu lassen.

3.4.2.2 „Theories of harm“

698. In dem Verfahren Travelport/Worldspan beschränkt sich die Europäische Kommission nicht darauf, einzelne Aspekte des Zusammenschlusses mit Hilfe ökonomischer Analysen zu untersuchen.¹⁶¹ Vielmehr wird die wettbewerbliche Beurteilung insgesamt stärker ökonomisch ausgerichtet. Zwar bleibt es bei einer getrennten Würdigung der Marktabgrenzung einerseits und der weiteren wettbewerblichen Würdigung andererseits. Die Europäische Kommission berücksichtigt auch weiterhin die Marktanteile der Parteien und ihrer Wettbewerber. Neu ist aber, dass die Wettbewerbsbehörde die nicht koordinierten Effekte des Zusammenschlusses anhand von drei möglicherweise wettbewerbsschädlichen Szenarien, sog. „theories of harm“, untersucht.

699. Die Parteien betreiben elektronische Distributionssysteme für Reiseleistungen (GDS), indem sie den Reisebüros die Angebote von Reiseanbietern wie Fluggesellschaften, Hotels und Autovermietern gebündelt zur Verfügung stellen. Die Reisebüros haben so die Möglichkeit zu umfassenden Preis- und Konditionenvergleichen sowie Reservierungen und Buchungen. Nach Auffassung der Europäischen Kommission kann es durch den Zusammenschluss zu drei verschiedenen wettbewerbsschädlichen Auswirkungen kommen: Erstens könne der Zusammenschluss dazu führen, dass die Parteien ihre starke Position gegenüber den Reisebüros dazu nutzen, um ihre Preise gegenüber den Reiseanbietern zu erhöhen. Zweitens bestehe die Gefahr, dass Worldspan als „maverick“ ausgeschaltet werde. Drittens könnte es der mit dem Zusammenschluss verbundene Marktanteilszuwachs den Parteien erlauben, ihre starke Position gegenüber den Reisebüros auszunutzen. Bei der Auseinandersetzung mit diesen drei Szenarien erläutert die Europäische Kommission ausführlich die Funktionsweise der betroffenen Märkte als two-sided markets. Sie greift zur Erklärung auf wettbewerbstheoretische Argumente und die zugrunde liegenden Annahmen zurück und bezieht auch vergangene Entwicklungen auf den Märkten ein. Im Ergebnis begründet die Europäische Kommission auf diese Weise plausibel, warum der geplante Zusammenschluss keine Wettbewerbsbedenken auslöst. Gegen das erste Szenario spreche eine ausreichende Gegenmacht der Reiseanbieter. In Bezug auf die zweite Alternative lasse sich nicht feststellen, dass Worldspan in der Vergangenheit besonderen Wettbewerbsdruck ausgeübt habe. Die dritte „theory of harm“ bestätigte sich ebenfalls nicht, da die Europäische Kommission eine starke Position der Reisebüros gegenüber den GDS-Anbietern ermitteln konnte.

3.4.3 Dynamische Betrachtung

700. In mehreren Fällen hat die Europäische Kommission ausdrücklich eine dynamische Betrachtung der untersuchten Märkte vorgenommen. In dem Verfahren

Universal/BMG Music Publishing ist das Musikverlagsgeschäft, insbesondere der Markt für Online-Rechte, betroffen. Die Europäische Kommission geht ausführlich darauf ein, dass sich derzeit die Bedingungen für die Lizenzvergabe und hierbei vor allem die Rolle der nationalen Verwertungsgesellschaften ändern. Es zeichne sich ab, dass künftig nicht mehr die Verwertungsgesellschaften, sondern die Musikverlage selbst hauptverantwortlich für die Lizenzvergabe und damit auch für die Preissetzung sein werden. Vor diesem Hintergrund erhob die Europäische Kommission Wettbewerbsbedenken gegen den Zusammenschluss zweier großer Musikverlage.

701. Die Unternehmen Cargill und Degussa Food Ingredients sind beide unter anderem auf dem Markt für nicht genverändertes Flüssiglecithin aktiv. Die Europäische Kommission untersucht die nicht koordinierten Auswirkungen des Zusammenschlusses und betont dabei die sich abzeichnende Veränderung der Angebotsituation. Mit Cargill und Degussa Food Ingredients fusionieren zwei der drei führenden Marktteilnehmer und erreichen gemeinsame Marktanteile in Höhe von 35 bis 45 Prozent. Die Europäische Kommission stellt zunächst fest, dass den Nachfragern Qualität und Lieferzuverlässigkeit besonders wichtig sind. Ein Lieferantenwechsel sei für die meisten Lebensmittelhersteller mit signifikanten Kosten und organisatorischen Hindernissen verbunden, da er die Anpassung von Rezepturen und eine aufwändige Testphase erforderlich mache. Im Rahmen der detaillierten Marktuntersuchung berücksichtigt die Wettbewerbsbehörde allerdings auch die dynamischen Elemente des Wettbewerbsumfeldes: Sie erläutert, dass nicht genverändertes Flüssiglecithin von den Parteien größtenteils nicht selbst hergestellt, sondern in Brasilien eingekauft und zu einem bedeutenden Anteil ohne weitere Verarbeitung weiterverkauft werde. Gegenwärtig sei die Entwicklung zu beobachten, dass einzelne Abnehmer ihren Bedarf direkt in Brasilien deckten. Bislang handele es sich zwar um Ausnahmen, aber schon jetzt hätten die führenden brasilianischen Hersteller gezeigt, dass sie in der Lage seien, eigene Vertriebs- und Logistik-Netzwerke in Europa aufzubauen und in direkten Wettbewerb mit etablierten Akteuren zu treten. Für einen Ausbau der Direktlieferungen spreche, dass sich die Qualität und der Ruf der brasilianischen Produzenten in letzter Zeit deutlich verbessert habe. Außerdem unterstützen laut Ermittlungen der Europäischen Kommission große Lebensmittelhersteller den Marktzugang neuer Akteure. Aus diesem Grund gab die Wettbewerbsbehörde den Zusammenschluss ohne Bedingungen und Auflagen frei.

702. Auch in dem Verfahren Ineos/BP Dormagen, der sich auf verschiedenen Märkten für Ethylenoxide, -derivate und -glykole auswirkte, nimmt die Europäische Kommission eine prospektive Bewertung des Zusammenschlusses vor, indem sie die erwartete Nachfrage mit den absehbaren Produktionskapazitäten vergleicht. In diesem Zusammenhang berücksichtigt sie insbesondere die Auswirkungen geplanter Kapazitätserweiterungen in Asien und im Nahen Osten. Zwar sei damit zu rechnen, dass ein großer Teil des im Nahen Osten produzierten Ethylenglykols nach Asien exportiert werde, Westeuropa sei jedoch

¹⁶¹ Vgl. Tz. 652 ff.

ebenfalls ein besonders attraktiver Markt für Exporte aus dem Nahen Osten. Die Marktuntersuchung habe bestätigt, dass die zu erwartenden Ausfuhren von Ethylenglykol in den EWR aufgrund der neuen Produktionskapazitäten im Nahen Osten zunehmen werden. Dies werde wahrscheinlich zu einer Verringerung der Glykol-Produktion im EWR führen, so dass hier voraussichtlich mehr freie Kapazitäten für die Ethylenoxid-Produktion zur Verfügung stehen würden. Die Europäische Kommission vertritt die Auffassung, dass diese Auswirkungen auf dem europäischen Ethylenoxid-Markt tatsächlich und zeitnah spürbar werden.

703. Nach Auffassung der Monopolkommission ist es sinnvoll, bei der wettbewerblichen Beurteilung von Zusammenschlüssen auch künftige Entwicklungen einzubeziehen. Allerdings sollte dies vorsichtig und unter Beachtung bestimmter Kriterien geschehen. Zum einen sollte eine Berücksichtigung künftiger oder noch nicht abgeschlossener Entwicklungen nicht über den in der Fusionskontrolle üblichen Prognosezeitraum hinausgehen. Dieser beträgt in der Regel zwei bis drei Jahre. Dabei spielt eine wichtige Rolle, dass sich Entwicklungen umso schwieriger abschätzen lassen, je weiter sie in der Zukunft liegen. Zum anderen muss die Erwartung bestimmter Entwicklungen jedenfalls bis zu einem gewissen Grad abschätzbar und begründbar sein. Verlässliche Hinweise können z. B. – wie im Zusammenschluss Universal/ BMG Music Publishing – Änderungen des rechtlichen Rahmens geben, sofern entsprechende Reformen bereits in Gang gesetzt oder gerade in Kraft getreten sind. Als Anhaltspunkt eignet es sich auch, wenn bereits einige Marktteilnehmer ihr Verhalten geändert haben und weitere Unternehmen die Absicht bekunden, ebenfalls Änderungen vornehmen zu wollen. Dies ist in dem Verfahren Cargill/Degussa Food Ingredients der Fall. Im Kontrast dazu erscheint die prospektive Betrachtung in dem Verfahren Ineos/BP Dormagen eher vage und spekulativ, da sie nicht durch Fakten untermauert wird. Nach Auffassung der Monopolkommission ist verfahrensmäßig eine Substantiierung der Prognose zu verlangen. Mangelt es an einer solchen Substantiierung, ist die Entscheidung fehlerhaft.

Die Gefahren, die mit der Berücksichtigung künftiger Entwicklungen einhergehen, belegen die Entscheidungen Air Liquide/BOC aus dem Jahr 2000 und Linde/BOC von 2006.¹⁶² In beiden Fällen war unter anderem der Großhandelsmarkt für Helium betroffen. In der erstgenannten Entscheidung sprachen die Umstände nach Auffassung der Europäischen Kommission für einen EWR-weiten räumlichen Markt, obwohl die Importe aus den USA ungefähr 25 Prozent betragen hatten. Die Begrenzung auf den EWR-Markt erfolgte unter anderem deshalb, weil eine Abnahme der US-Importe erwartet worden war. In der Entscheidung Linde/BOC aus dem gegenwärtigen Berichtszeitraum definiert die Europäische Kommission den räumlichen Markt hingegen weltweit. Dies geschieht

vor dem Hintergrund, dass die Helium-Importe aus den USA zwischen 2000 und 2005 – entgegen der ursprünglichen Annahme – erheblich gestiegen sind.

3.4.4 Kapazitäten und Anbieterwechsel

704. In einer Reihe von Fällen betont die Europäische Kommission im Rahmen ihrer wettbewerblichen Würdigung den Aspekt von freien Kapazitäten und von Möglichkeiten zur Kapazitätserweiterung aufseiten der Konkurrenten. Die Wettbewerbsbehörde folgt damit den Feststellungen in den Horizontal-Leitlinien, wonach wettbewerbsbeeinträchtigende Auswirkungen eines Zusammenschlusses dann nahe liegen, wenn die Kunden der Parteien nur begrenzte Möglichkeiten für einen Anbieterwechsel haben.¹⁶³ Ein Anbieterwechsel sei insbesondere dann schwierig, wenn nur wenige alternative Anbieter vorhanden seien oder erhebliche Umstellungskosten entstehen würden. Nicht koordinierte Wirkungen sind laut Leitlinien auch dann zu erwarten, wenn die Erhöhung des Angebots durch die Wettbewerber bei Preiserhöhungen unwahrscheinlich ist.¹⁶⁴ Herrschen umgekehrt Marktbedingungen vor, bei denen Wettbewerber über ausreichende Kapazitäten verfügen und eine entsprechende Absatzsteigerung für sie gewinnbringend ist, spreche dies eher gegen eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs.

705. In dem Verfahren Ineos/BP Dormagen hat die Europäische Kommission den Kapazitätsaspekt für die Frage, ob nach dem Zusammenschluss auf dem Markt für Ethylenoxid noch ausreichender Wettbewerbsdruck auf die Parteien ausgeübt wird, als maßgeblich erachtet. Sie prüfte deshalb sowohl die gegenwärtige Kapazitätsverteilung und -auslastung als auch die Fähigkeit der Wettbewerber, ihre Produktion als Reaktion auf Produktionssenkungen durch die Zusammenschlussbeteiligten zu steigern. Daneben legte die Wettbewerbsbehörde besonderes Gewicht auf die Auswirkungen von Kapazitätserweiterungen im Nahen Osten und in Asien. Diese Erweiterungen betrafen zwar ausschließlich die Produktion von Ethylenglykol, wirkten sich aber nach Ansicht der Europäischen Kommission auf den EWR-weiten Markt für Ethylenoxid aus. Durch die erhöhte Einfuhr von billigerem Ethylenglykol würden entsprechende Kapazitäten im EWR frei, die anschließend für die Produktion von Ethylenoxid genutzt werden könnten. Der Fall macht deutlich, dass selbst Kapazitätssteigerungen auf anderen Märkten die Wettbewerbslage auf dem von der Untersuchung betroffenen Markt positiv beeinflussen können.

706. In dem Fall Glatfelder/Crompton führte der Zusammenschluss auf dem Markt für nassgelegte Vliese zur Tee- und Kaffeefiltration zu sehr hohen Marktanteilen in Höhe von 60 bis 70 Prozent.¹⁶⁵ Die neue Unternehmens Einheit würde ferner 60 bis 70 Prozent der Kapazitäten auf sich vereinigen. Die Wettbewerber Ahlstrom und Purico verfügen über 20 bis 30 Prozent bzw. 10 bis

¹⁶² Europäische Kommission, Entscheidung vom 18. Januar 2000, M.1630, Air Liquide/BOC, Rn. 40; dies., Entscheidung vom 6. Juni 2006, M. 4141, Linde/BOC, Rn. 60 ff.

¹⁶³ Horizontal-Leitlinien, Rn. 31.

¹⁶⁴ Horizontal-Leitlinien, Rn. 32 ff.

¹⁶⁵ Vgl. Tz. 637 ff., 647 ff.

20 Prozent der Marktanteile. Nach Ansicht der Europäischen Kommission deuten der hohe Marktanteil und der beträchtliche Kapazitätswachstum auf die Marktmacht des neuen Unternehmens hin. Es müsse aber untersucht werden, welcher Wettbewerbsdruck sich aus der verfügbaren Kapazität für nassgelegte Vliese für die Tee- und Kaffeefiltration ergebe. Dabei stellte sich heraus, dass der Konkurrent Purico erst kürzlich eine Anlage in Shanghai eingerichtet hatte, in der Vliesstoffe für die Tee- und Kaffeefiltration hergestellt werden können. Die verfügbare Kapazität dieser Anlage beläuft sich nach den Ermittlungen auf rund 15 bis 20 Prozent der weltweiten Nachfrage nach nassgelegten Vliesen für die Tee- und Kaffeefiltration. Die Kapazität der Anlage werde zwar erst allmählich mit der Produktion von nassgelegten Vliesen für die Tee- und Kaffeefiltration ausgelastet werden. Das Unternehmen verfüge aber schon jetzt über die erforderlichen Patente und das nötige Know-how und sei dabei, ein weltweites Vertriebsnetz aufzubauen. Nach Auffassung der Monopolkommission ist die Argumentation der Europäischen Kommission, dass von dieser Anlage erheblicher Wettbewerbsdruck ausgehen wird, insofern nachvollziehbar, als Purico durch die kürzlich erfolgte Übernahme zweier Werke im EWR bereits über ein bestehendes Marken- und Vertriebsnetz verfügt und in die Position eines etablierten Anbieters aufgerückt ist. Außerdem greifen die meisten Abnehmer nach den Ermittlungen der Europäischen Kommission auf mehrere Bezugsquellen zurück. Gewisse Zweifel resultieren allerdings aus dem Umstand, dass die Abnehmer in der Regel durch langfristige Verträge gebunden sind. Wünschenswert wären ferner nähere Angaben zu dem Aufbau des weltweiten Vertriebsnetzes, insbesondere zu dem diesbezüglichen Zeithorizont, gewesen.

Auch hinsichtlich des zweiten großen Wettbewerbers Ahlstrom geht die Europäische Kommission von starkem Wettbewerbsdruck auf die Parteien aus, weil das Unternehmen im Fall von Preiserhöhungen oder Produktionseinschränkungen seitens der Zusammenschlussparteien die Produktion erhöhen könnte. Für den Fall, dass die neue Unternehmenseinheit den Preis beträchtlich erhöhen sollte, verfüge Ahlstrom über das erforderliche Know-how und die Technologie, um vorhandene Maschinen umzurüsten oder gebrauchte Maschinen zu kaufen und gegebenenfalls umzurüsten. Als Beleg führt die Wettbewerbsbehörde Informationen von Ahlstrom an, wonach das Unternehmen wahrscheinlich das Produktionsvolumen und/oder die Kapazität erhöhen würde, wenn der Preis für nassgelegte Vliese für die Tee- und Kaffeefiltration um 10 bis 30 Prozent steige. Die entsprechenden Ausführungen der Europäischen Kommission bleiben in diesem Teil der Entscheidung allerdings relativ vage. So fehlen jegliche Angaben darüber, in welchem Umfang Ahlstrom neue Kapazitäten schaffen würde. Es findet ferner keine Unterscheidung zwischen vorhandenen freien Kapazitäten einerseits und erst zu schaffenden Kapazitäten andererseits statt. Die Nutzung bereits vorhandener freier Kapazitäten dürfte jedoch in der Regel einfacher und billiger sein als die Umrüstung oder der Erwerb von neuen Produktionsanlagen. Eine unterschiedliche Bewer-

tung der beiden Sachverhalte könnte daher im Einzelfall angebracht sein. Problematisch ist nach Auffassung der Monopolkommission außerdem, dass die Europäische Kommission offenbar eine Preissteigerung von 10 bis 30 Prozent nach der Fusion in Kauf nimmt.

707. Im Anschluss prüft die Europäische Kommission den Wettbewerbsdruck, der von alternativen Materialien ausgeht. Bei der Marktabgrenzung hat die Wettbewerbsbehörde diese Produkte aus dem relevanten Markt ausgeschlossen, jedoch festgestellt, dass von ihnen ein gewisser Wettbewerbsdruck ausgehe. Die Befragung der Abnehmer ergab, dass die Mehrheit der Kunden einen Wechsel zu alternativen Materialien derzeit für wirtschaftlich nicht ratsam hält. Dessen ungeachtet zögen manche größeren Kunden inzwischen auch den Gebrauch alternativer Materialien in Erwägung. Nach Einschätzung der Europäischen Kommission sei zwar nicht davon auszugehen, dass alternative Materialien derzeit nassgelegte Vliese in erheblichem Maße ersetzen würden. Wahrscheinlich werde sich aber künftig ein Teil der Abnehmer dazu veranlasst sehen, auf alternative Materialien umzusteigen. Dadurch würden zusätzliche Kapazitäten frei, was wiederum die Möglichkeiten der neuen Unternehmenseinheit zur Preiserhöhung einschränken werde. Diese Argumentation der Europäischen Kommission vermag nicht zu überzeugen. Weder werden die größeren Kunden benannt, die sich einen Materialwechsel vorstellen können, noch nähere Angaben darüber gemacht, welchen Anteil diese Kunden an der Nachfrageseite ausmachen. Ebenfalls unklar bleibt, welchen Prognosezeitraum die Europäische Kommission für einen Übergang zu Alternativmaterialien zugrunde legt. Die Entscheidung hat insofern stark spekulative Züge und ist wegen unzureichender Begründung fehlerhaft.

708. Auch im Verfahren T-Mobile Austria/Tele.ring spielen Kapazitätsüberlegungen eine wichtige Rolle. Das Argument der Parteien, wonach es ausreiche, wenn die verbleibenden Wettbewerber eine Absorptionskapazität in ihrem Netz von insgesamt 10 Prozent der Kunden von T-Mobile und Tele.ring hätten, um jede Preiserhöhung für T-Mobile nach dem Zusammenschluss unprofitabel zu machen, weist die Europäische Kommission zurück. Ihrer Auffassung nach könne aus freien Kapazitäten der Wettbewerber nicht ohne weiteres geschlossen werden, dass diese Wettbewerber neue Kunden zulasten der Profitabilität ihres bestehenden Kundenstamms gewinnen wollten. Im Übrigen führe die geplante Transaktion auf jeden Fall zu einer Reduzierung der Kapazitäten. Auch der Umstand, dass die UMTS-Netze weitere Kapazitätserweiterungen schaffen könnten, überzeugt die Europäische Kommission nicht. Ihrer Ansicht nach sind die UMTS-Netze aller Betreiber noch weit davon entfernt, den gesamten österreichischen Markt abzudecken.

709. Die Monopolkommission befürwortet grundsätzlich das Vorgehen der Europäischen Kommission, bei der Bewertung von Zusammenschlüssen auch der Frage nach einem möglichen Anbieterwechsel nachzugehen. In diesem Zusammenhang spielen die gegenwärtige Kapazitätsauslastung und die absehbaren Kapazitätserweiterun-

gen eine wichtige Rolle. Positiv zu beurteilen ist hierbei, dass die Europäische Kommission bei der Untersuchung des Kapazitätsaspekts weitere Kriterien berücksichtigt. Hiernach reichen freie Kapazitäten alleine nicht aus, um Wettbewerbsdruck auf die Zusammenschlussparteien auszuüben. Sie können beispielsweise nicht nutzbar gemacht werden, wenn Wettbewerbern das notwendige Know-how oder die erforderlichen Rohstoffe fehlen. Als problematisch kann es sich daneben erweisen, wenn langfristige Kundenbeziehungen existieren, Zweifel an Qualität und Zuverlässigkeit der Wettbewerber bestehen oder langwierige und teure Zertifizierungsverfahren durchzuführen sind. Zu berücksichtigen ist darüber hinaus, dass Produktionsmöglichkeiten gegebenenfalls, z. B. wegen Notfällen, Wartungsmaßnahmen etc., nicht vollständig ausgelastet werden können.

Neben die Existenz freier oder erweiterungsfähiger Kapazitäten muss als weitere Voraussetzung die Profitabilität einer Absatzsteigerung durch die Wettbewerber treten. Diesem Aspekt ist die Europäische Kommission in den Fällen Glatfelder/Crompton und T-Mobile Austria/Tele.ring nachgegangen. Im erstgenannten Verfahren untersucht die Wettbewerbsbehörde ausführlich die Kostensituation in dem asiatischen Werk des Wettbewerbers Purico. Sie kommt zu dem Schluss, dass die dort anfallenden Arbeits- und Energiekosten wesentlich geringer sind als in anderen Werken und dieser Kostenvorteil auch durch Transportkosten und Zölle nicht aufgehoben wird. In dem Verfahren T-Mobile Austria/Tele.ring setzt sich die Europäische Kommission intensiv mit den Anreizen der Wettbewerber auseinander, neue Kunden zu gewinnen, und sieht derartige Anreize als gering an.

710. Nach Auffassung der Monopolkommission bleiben die Horizontal-Leitlinien allerdings relativ allgemein und können nur erste Anhaltspunkte für die Beurteilung von Kapazitätsaspekten geben. Unklar ist insbesondere, unter welchen Voraussetzungen von „erheblichen Umstellungskosten“ und „ausreichenden“ Kapazitäten ausgegangen werden kann. Wie die oben skizzierten Entscheidungen zeigen, ist insoweit eine Gesamtbetrachtung des jeweiligen Einzelfalls maßgeblich. Bei Glatfelder/Crompton wird eine Kapazitätssteigerung von 15 bis 20 Prozent als ausreichend angesehen. In T-Mobile Austria/Tele.ring hält die Wettbewerbsbehörde – unter den besonderen Umständen des Einzelfalls – freie Kapazitäten in Höhe von 10 Prozent nicht für ausreichend.

Einen gewissen Aufschluss zu dieser Frage gibt das Urteil des EuG in dem Verfahren Sun Chemical/Kommission.¹⁶⁶ Dem Verfahren liegt eine Drittklage von Abnehmern gegen die bedingungslose Freigabeentscheidung der Europäischen Kommission in dem Zusammenschlussfall Apollo/Akzo Nobel IAR zugrunde. Von dem Zusammenschluss waren verschiedene Märkte für Harze für die Druckfarbenherstellung betroffen. Neben der Ermittlung der Marktanteilsverteilung war die Europäische Kommission insbesondere der Frage nachgegangen, ob Wettbe-

werber über ausreichende Produktionskapazitäten verfügen, um wechselwillige Kunden im Falle eines nicht koordinierten Preisanstiegs beliefern zu können. Die Wettbewerbsbehörde hatte ermittelt, dass ein Teil der Wettbewerber freie Kapazitäten in einer Größenordnung von mindestens 19,5 Prozent der gesamten Marktproduktion vorhielt. Unter Einbeziehung weiterer Konkurrenten könnten – nach Schätzungen der Europäischen Kommission – sogar überschüssige Kapazitäten bis zu 41 Prozent der Marktproduktion bestehen. Daraus und aus dem Umstand, dass die Wettbewerber über das nötige Know-how verfügten, hatte die Europäische Kommission gefolgert, dass eine einseitige Preiserhöhung seitens der Zusammenschlussparteien unwahrscheinlich sei.

Das Gericht verneint einen offensichtlichen Beurteilungsfehler der Europäischen Kommission in Bezug auf die Feststellung überschüssiger Kapazitäten. Das EuG hält es insbesondere nicht für nötig, dass sämtliche Kunden der Zusammenschlussparteien ihre Bestellungen auf andere Lieferanten übertragen können, damit das fusionierte Unternehmen von einem eventuellen wettbewerbswidrigen Verhalten abgehalten wird. Vielmehr könne schon die Möglichkeit, dass die Klägerinnen einen erheblichen Teil ihrer Nachfrage bei anderen Lieferanten decken, als Bedrohung des fusionierten Unternehmens mit hinreichend bedeutenden Verlusten angesehen werden. Diese sei geeignet, die neue Unternehmenseinheit von einer Preiserhöhungsstrategie abzuhalten. Außerdem erinnert das Gericht daran, dass ein bestimmter Teil der Lieferanten insgesamt einen Marktanteil von ungefähr 21 Prozent und überschüssige Kapazitäten in bedeutendem Umfang hält. Daher ist die Europäische Kommission nach Auffassung des Gerichts zu Recht davon ausgegangen, dass die Wettbewerber auf dem Markt in der Lage seien, einem wettbewerbswidrigen Verhalten der Parteien entgegenzutreten und deren Großkunden zu beliefern.

711. Aus diesen Ausführungen ergeben sich zwei Feststellungen von genereller Bedeutung. Zum einen fordert das Gericht überschüssige Kapazitäten in bedeutendem Umfang, damit von ausreichendem Wettbewerbsdruck auf die Zusammenschlussparteien ausgegangen werden kann. Zum zweiten ist es nach Ansicht des Gerichts nicht erforderlich, dass freie Kapazitäten in einem Umfang existieren, der jedem Kunden einen Anbieterwechsel für seine gesamte Einkaufsmenge ermöglicht. Unter den besonderen Umständen des vorliegenden Falls hielt das Gericht freie Kapazitäten von knapp 20 Prozent der Gesamtproduktion für ausreichend. In anderen Fällen kann allerdings eine höhere oder niedrigere Quote erforderlich sein bzw. ausreichen.

Das Gericht äußert sich ferner zu den von der Klägerin vorgebrachten Argumenten, einem Lieferantenwechsel stünden lange Vertragslaufzeiten und komplexe Qualifizierungsverfahren entgegen. Nach den Erkenntnissen des Gerichts werden die Lieferverträge im vorliegenden Fall im Allgemeinen für einen Zeitraum zwischen drei Monaten und drei Jahren abgeschlossen, wobei die mehrjährigen Verträge jährlich neu verhandelt werden. Angesichts solch unterschiedlicher Vertragslaufzeiten könnten even-

¹⁶⁶ EuG, Urteil vom 9. Juli 2007, Rs. T-282/06, Sun Chemical/Kommission, Rn. 163 ff.

tuelle Schwierigkeiten bei der Verlagerung der Bestellungen auf andere Lieferanten lediglich einen Teil des Marktes betreffen. Ebenfalls differenziert beurteilt das Gericht die erforderliche Qualifizierung neuer Lieferanten. Die Klägerin habe selbst erklärt, dass sie versuche, für ihre wichtigsten Produkte zwei oder drei Lieferanten vorab anzuerkennen. Eine vorab durchgeführte Eignungsprüfung erlaubt es nach Auffassung des Gerichts jedoch, bei aktuellem Bedarf den Lieferanten schneller zu wechseln. Außerdem habe die Vergangenheit gezeigt, dass die Eignungsprüfung unter Umständen auch kurzfristig durchgeführt werden könne.

3.4.5 Koordinierte Effekte

712. Die Europäische Kommission konzentriert sich während des Berichtszeitraums ganz überwiegend auf die nicht koordinierten Auswirkungen der untersuchten Zusammenschlüsse. In einigen Entscheidungen spricht sie zwar auch mögliche koordinierte Effekte an, dies geschieht allerdings in aller Regel kurz und mit dem Ergebnis, dass keine Wettbewerbsbedenken resultieren. Ein Beispiel hierfür bildet etwa die Entscheidung Gargill/Degussa Food Ingredients, in der die Europäische Kommission die Gefahr koordinierter Effekte mit Hinweis auf die Bedeutung von Qualität und zeitgerechter Lieferung sowie die unterschiedliche Kostenstruktur ablehnt. In dem Verfahren Travelport/Worldspan verneint die Europäische Kommission ebenfalls die Gefahr einer Koordinierung. Gegen eine solche Gefahr sprechen ihrer Ansicht nach die erhebliche Änderung des Marktumfeldes und der Marktanteile in den letzten Jahren, die mangelnde Transparenz aufgrund der komplexen Preisstruktur und Produktpalette sowie die fehlenden Abschreckungsmechanismen.

713. Das Verfahren Korsnäs/Carltonboard zeigt auf, dass die Europäische Kommission koordinierte Effekte selbst in Fällen ausschließt, in denen nur noch zwei Anbieter mit gemeinsamen Marktanteilen von 90 bis 100 Prozent verbleiben. Die Wettbewerbsbehörde räumt zwar ein, dass der geplante Zusammenschluss die Transparenz auf dem Markt für Flüssigkeitskarton erhöhen werde. Gegen koordiniertes Verhalten spreche aber die fehlende Symmetrie bei der Produktpalette, bei den Produktionskapazitäten und den Kostenstrukturen. Außerdem handele es sich bei Flüssigkeitskarton nicht um ein homogenes Produkt. Daneben wird die erhebliche Nachfragemacht der Kunden angeführt. Es bestünden ferner starke Anreize für eine Abweichung, da mit Flüssigkeitskarton höhere Gewinne als mit sonstigen Kartonarten gemacht werden und Produktionsanlagen leicht auf dieses Produkt umgestellt werden könnten. Außerdem könnten die Abnehmer ihre Nachfrage auf Anbieter außerhalb des EWR umleiten. Abschreckungsmaßnahmen seien ebenfalls nicht wahrscheinlich, da Lieferverträge üblicherweise für eine Dauer von drei Jahren abgeschlossen werden, so dass eine Vergeltungsmaßnahme erst mit großer zeitlicher Verzögerung durchgeführt werden könnte.

714. Letzteres Argument ist zwar im vorliegenden Fall nachvollziehbar, da drei große Kunden 50 bis 80 Prozent

der EWR-Produktion abnehmen und daher wahrscheinlich relativ wenige Vertragsschlüsse pro Jahr stattfinden. Im Allgemeinen muss nach Ansicht der Monopolkommission jedoch berücksichtigt werden, dass auch langfristige Vereinbarungen zu unterschiedlichen Zeitpunkten auslaufen und daher sukzessive erneuert werden. Hat ein Unternehmen das zuvor koordinierte Verhalten aufgegeben und neue Kunden – beispielsweise aufgrund niedrigerer Preise – hinzugewonnen, müssen sich Abschreckungsmaßnahmen seiner Wettbewerber nicht unbedingt auf diese – nun wieder langfristig gebundenen – Kunden konzentrieren. Abschreckungsmaßnahmen können vielmehr auch dann Wirkung entfalten, wenn sie auf andere Kunden des ersten Unternehmens zielen, deren Verträge gerade auslaufen.

715. In dem Fall T-Mobile Austria/Tele.ring erörtert die Europäische Kommission die Möglichkeit von koordinierten Effekten auf einer halben Seite. Sie kommt nach oberflächlicher Prüfung zu dem Ergebnis, dass die Transaktion zusätzlich zu den festgestellten nicht koordinierten auch zu koordinierten Effekten führen könnte. Für möglich hält die Wettbewerbsbehörde eine solche Koordinierung ferner in der Entscheidung Kronospan/Constantia. Ihrer Ansicht nach erleichtern mehrere Marktcharakteristika ein solches Verhalten: die Standardisierung der Produkte, geringes Qualitätsbewusstsein und fehlende Markentreue sowie Preistransparenz. Eine nähere Auseinandersetzung mit diesen Aspekten erübrigt sich allerdings nach Auffassung der Europäischen Kommission, weil die Parteien bereits im Hinblick auf die möglichen nicht koordinierten Effekte Zusagen übermittelt hätten, die sämtliche Bedenken ausräumten.

716. In dem Verfahren Linde/BOC, das sich auf mehreren polnischen und britischen Märkten für Spezialgase auswirkte, stehen zwar auch die nicht koordinierten Auswirkungen im Mittelpunkt der Prüfung. Aufgrund hoher gemeinsamer Marktanteile sowie erheblicher Produktions- und Abfüllkapazitäten erhebt die Europäische Kommission hinsichtlich verschiedener nationaler Gasmärkte Wettbewerbsbedenken. Auch auf dem Groß- und Einzelhandelsmarkt für Helium hält die Wettbewerbsbehörde nicht koordinierte Effekte für wahrscheinlich. Die Europäische Kommission geht aber zusätzlich ausführlich der Frage nach einer möglichen Koordinierung nach. Sie bejaht die Gefahr koordinierter Effekte zum einen auf dem Gesamtmarkt für Industriegase im EWR, zum anderen auf dem weltweiten Großhandelsmarkt für Helium. Auf dem Gesamtmarkt für Industriegase hält sie eine Koordinierung von Linde/BOC einerseits und Air Liquide andererseits durch die räumliche Aufteilung des EWR für wahrscheinlich. Durch den Zusammenschluss werde die Aufteilung mit dem Ergebnis vervollständigt, dass Linde unangefochtener Marktführer auf dem gesamten Gebiet Osteuropas und Air Liquide auf dem gesamten Gebiet Nordwesteuropas werde. Darüber hinaus würden beide Unternehmen in dem Gebiet des jeweiligen Konkurrenten kleine Marktanteile halten, was Abschreckungsmaßnahmen glaubhafter mache. Beide Unternehmen hätten daher einen Anreiz, sich keinen wirksamen Wettbewerb zu liefern. Der Nachweis von kollusivem Verhal-

ten in der Vergangenheit spreche ebenfalls für ein solches Risiko. Was die weiteren Voraussetzungen angeht, bestätigt die Europäische Kommission ein hohes Maß an Transparenz. Diese werde noch durch die mit dem Zusammenschluss entstehenden strukturellen Verbindungen zwischen Linde und Air Liquide erhöht. Auch nach Auffassung der Monopolkommission sprechen im vorliegenden Fall die hohe Transparenz, die strukturelle Verbindung sowie das vergangene kollusive Verhalten der Parteien für die Annahme einer räumlichen Marktaufteilung.

Impala/Kommission

717. Von besonderem Interesse ist das am 13. Juli 2006 ergangene Urteil des Gerichts erster Instanz, mit dem die Freigabeentscheidung der Europäischen Kommission in der Sache Sony/Bertelsmann (BMG) für nichtig erklärt wurde.¹⁶⁷ Das Gericht macht einerseits grundsätzliche Ausführungen zu den Voraussetzungen gemeinsamer Marktbeherrschung, andererseits entwickelt es seine Rechtsprechung zu den Beweisanforderungen im Falle gemeinsamer Marktbeherrschung weiter.

Im Januar 2004 hatten Sony und BMG das Vorhaben in Brüssel angemeldet, ihre weltweiten Aktivitäten im Tonträgerbereich zusammenzulegen. Besonders intensiv prüfte die Europäische Kommission den Markt für bespielte Tonträger, wo neben fünf großen, vertikal integrierten und global agierenden Unternehmen eine Vielzahl von kleinen unabhängigen Musikanbietern tätig war. Die Wettbewerbsbehörde hatte noch in ihren Beschwerdepunkten erhebliche Bedenken gegen den Zusammenschluss geäußert, der ihrer Ansicht nach die Entstehung oder Verstärkung einer kollektiven Marktbeherrschung förderte. Mit ihrer abschließenden Entscheidung gemäß Artikel 8 Abs. 2 FKVO gab die Europäische Kommission den Zusammenschluss allerdings ohne Bedingungen und Auflagen frei. Mangels Beweisen verneinte sie sowohl die Entstehung als auch die Verstärkung einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung. Bedenken, bereits vor dem Zusammenschluss habe eine kollektive Marktbeherrschung vorgelegen, verwarf die Kommission insbesondere mit dem Hinweis auf fehlende Markttransparenz infolge von sog. „campaign discounts“ (Werbekostenzuschüssen). Außerdem hatten die behördlichen Ermittlungen ergeben, dass in der Vergangenheit keine Abschreckungsmaßnahmen zwischen den fünf großen Unternehmen durchgeführt worden waren. Die Entstehung von kollektiver Marktbeherrschung durch den Zusammenschluss hielt die Europäische Kommission ebenfalls nicht für bewiesen.

718. Im Dezember 2004 erhob Impala, eine internationale Vereinigung von 2 500 unabhängigen Musikproduktionsgesellschaften, Drittklage beim Gericht erster Instanz. Das EuG macht in dem vorliegenden Urteil zu-

nächst allgemeine Ausführungen zu dem Konzept der oligopolistischen Marktbeherrschung. Es bestätigt die drei Kriterien, die es bereits im Urteil *Airtours/Kommission* für die Prüfung einer gemeinsamen Marktbeherrschung aufgestellt hat. Diese Kriterien sind:

- Der Markt muss ausreichend transparent sein, damit die Oligopolisten ihr Verhalten gegenseitig beobachten können.
- Es muss Anreize für jedes Oligopolmitglied geben, um nicht dauerhaft von einem gemeinsamen Vorgehen auf dem Markt abzuweichen; dies schließt die Existenz wirksamer Abschreckungsmechanismen ein.
- Wettbewerber und Nachfrager dürfen nicht in der Lage sein, den Verhaltensspielraum der führenden Unternehmenstypen zu beschränken.

719. Anschließend führt das Gericht in einem obiter dictum¹⁶⁸ aus, dass diese drei Kriterien in Fällen aufgestellt und bestätigt worden seien, in denen es um die Entstehung einer gemeinsamen Marktbeherrschung und somit um eine in erster Linie prognostische Analyse durch die Europäische Kommission ging.¹⁶⁹ Bei Zusammenschlüssen, bei denen die Verstärkung gemeinsamer Marktbeherrschung im Fokus stehe, sei das Vorliegen der oben genannten Kriterien zwar ebenfalls notwendig. Ihre Existenz könne jedoch auch indirekt auf der Basis von Indizien nachgewiesen werden, die sich auf bestimmte Erscheinungen in der Vergangenheit bezögen und einer kollektiven Marktbeherrschung inhärent seien. In diesem Sinne könne eine enge Preisparallelität über einen längeren Zeitraum hinweg genügen, um die Existenz einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung zu belegen. Dies gelte vor allem dann, wenn das Preisniveau über dem Wettbewerbsniveau liege, bei sinkender Nachfrage stabil bleibe und keine anderen vernünftigen Erklärungen für die Preisparallelität vorlägen. Solche Umstände legten die Vermutung für eine hohe Markttransparenz nahe, auch wenn die Europäische Kommission keinen sicheren direkten Beweis für sie liefern könne. Für den vorliegenden Fall schließt das Gericht, dass die von der Wettbewerbsbehörde ermittelte Stabilität des Preisniveaus sowie die Parallelität der Brutto- und Nettopreise über die letzten sechs Jahre hinweg – trotz einer gewissen Produktheterogenität – Indizien dafür sein könnten, dass die Preisparallelität nicht das Ergebnis wettbewerblicher Prozesse, sondern einer Preiskoordination war. Allerdings zieht das Gericht diese Überlegungen nicht als Entscheidungsgrundlage heran, weil Impala ihre Klagebegründung nicht auf entsprechende Argumente gestützt hatte.

720. Im Anschluss überprüft das Gericht die von Impala vorgebrachten Vorwürfe bezüglich der Verstärkung und der Begründung einer gemeinsamen beherrschenden Stellung. Es geht hierbei insbesondere auf die von der Europäischen Kommission ausführlich behandelten Aspekte der Markttransparenz und der Vergeltungsmechanismen

¹⁶⁷ EuG, Urteil vom 13. Juli 2006, Rs. T-464/04, *Impala/Kommission*, Slg. 2006, II-2289. Vgl. zur Entscheidung der Europäischen Kommission Monopolkommission, Hauptgutachten 2004/2005, a. a. O., Tz. 688 ff.

¹⁶⁸ Ausführungen des Gerichts im Urteil, die von allgemeinem Interesse, aber nicht entscheidungserheblich im engeren Sinn sind.

¹⁶⁹ Vgl. Urteil, Rn. 251 ff.

ein. Das Gericht konstatiert, dass die Wettbewerbsbehörde ihre Feststellungen hierzu nicht ausreichend begründet und bei der Beurteilung offensichtliche Fehler begangen hat. Nach Ansicht des Gerichts hat die Europäische Kommission beispielsweise nicht in rechtlich hinreichender Weise begründet, dass die Markttransparenz vor dem Zusammenschluss zu gering war, um eine gemeinsame beherrschende Position der fünf führenden Unternehmen zu ermöglichen. Das Gericht stellt weiter fest, dass die Schlussfolgerungen der Kommission zur fehlenden Markttransparenz zum Teil nicht nachvollziehbar oder sogar widersprüchlich seien. Die behördliche Einschätzung sei um so weniger überzeugend, als alle weiteren genannten Faktoren auf das Vorliegen ausreichender Transparenz hindeuteten.

Darüber hinaus durfte die Europäische Kommission nach Überzeugung des Gerichts nicht auf das Fehlen von Vergeltungsmaßnahmen in der Vergangenheit abstellen, um daraus den Schluss zu ziehen, es habe vor dem Zusammenschluss keine gemeinsame Marktbeherrschung vorgelegen. Nach der Rechtsprechung genüge nämlich bereits die bloße Existenz wirksamer Abschreckungsmechanismen, die tatsächliche Durchführung von Vergeltungsmaßnahmen sei keine Voraussetzung für die Feststellung einer kollektiven Marktbeherrschung. Der Ansicht der Europäischen Kommission sei auch deshalb nicht zu folgen, weil sowohl aus der Kommissionsentscheidung selbst als auch aus den Akten offensichtlich werde, dass glaubwürdige und wirksame Abschreckungsmittel existiert hätten. Die Monopolkommission begrüßt die vom Gericht vertretene Auffassung, wonach die Möglichkeit zu Vergeltungsmaßnahmen ausreicht. Die Möglichkeit darf allerdings nicht nur theoretisch existieren, sondern muss eine realistische Option für die Marktteilnehmer darstellen. Dieses Erfordernis findet sich in dem vom Gericht verwendeten Begriff der „wirksamen“ Abschreckungsmechanismen wieder.

721. In Bezug auf die Begründung einer kollektiven Marktbeherrschung durch die Fusion kritisiert das Gericht die äußerst knappe und oberflächliche Prüfung durch die Wettbewerbsbehörde. Als wesentlichen Fehler sieht es das Gericht an, dass die Europäische Kommission bei dem Kriterium der Vergeltungsmaßnahmen auf die Vergangenheit abgestellt hat. Anders als bei der Frage der Verstärkung bestehender Marktbeherrschung, wo ein vergangenes Verhalten der Marktteilnehmer gewisse Rückschlüsse auf das Vorliegen dominierender Positionen zulasse, sei dies bei der Frage der Entstehung von Marktbeherrschung nicht möglich. Hier sei gar nicht davon auszugehen, dass bereits in der Vergangenheit eine Koordinierung und in der Folge davon Vergeltungsmaßnahmen durchgeführt worden seien. Eine entsprechende Prüfung seitens der Wettbewerbsbehörde gehe daher völlig an der Sache vorbei.

722. Hinsichtlich der Beweisanforderungen ergibt sich aus dem dargestellten Urteil, dass das Gericht für den Nachweis der Verstärkung einer gemeinsamen Marktbeherrschung auf einen direkten Beweis für Markttransparenz verzichtet. Vielmehr lässt es gewisse Indizien genü-

gen, die aus in der Vergangenheit liegenden Umständen abgeleitet werden können. Im vorliegenden Fall reicht nach Ansicht des Gerichts die von der Europäischen Kommission festgestellte Preisparallelität in der Vergangenheit aus, jedenfalls vor dem Hintergrund stabiler Preise trotz rückläufiger Nachfrage. Möglicherweise reagiert das EuG mit dieser Einschätzung auf die Kritik an seiner bisherigen Rechtsprechung zu den Beweisanforderungen bei kollektiver Marktbeherrschung. Für diese Interpretation spricht, dass das Gericht seine Überlegungen zum Beweismaßstab im Rahmen eines obiter dictum erläutert, also Ausführungen allgemeiner Natur macht, die für das vorliegende Urteil nicht entscheidungserheblich sind. Nach den Gerichtsentscheidungen im Jahr 2002 war von verschiedenen Seiten die Auffassung vertreten worden, die von der Rechtsprechung aufgestellten Beweisanforderungen seien in der Praxis kaum noch zu erfüllen und Untersagungen aufgrund oligopolistischer Marktbeherrschung daher nicht mehr möglich. Mit der jetzigen Klarstellung erleichtert das Gericht jedenfalls theoretisch die Nachweispflicht seitens der Wettbewerbsbehörde für den Fall der Verstärkung einer gemeinsamen beherrschenden Position. Ob das Urteil allerdings auch in der Praxis zu einer wesentlichen Erleichterung führen wird, bleibt abzuwarten. Bei näherer Betrachtung dürften nämlich auch die Voraussetzungen für eine Beweisführung auf der Basis der genannten Indizien nicht einfach zu erfüllen sein. Dies gilt vor allem für die vom Gericht erwähnten „Preise oberhalb des Wettbewerbsniveaus“ und für das „Fehlen sonstiger vernünftiger Erklärungen für eine festgestellte Preisparallelität“. Insbesondere die Frage, ob Preise oberhalb des Wettbewerbsniveaus liegen, ist nur äußerst schwierig zu beantworten und könnte die Wettbewerbsbehörde zu Zirkelschlüssen verleiten. Allerdings ist dem Gericht darin zuzustimmen, dass das Vorliegen von Preisparallelität alleine keinen ausreichenden Beleg für eine gemeinsame Marktbeherrschung darstellt. Die Europäische Kommission muss daher in den kommenden Verfahren herausfinden, welchen Raum das Gericht ihr bei der Bewertung von gemeinsamer Marktbeherrschung konkret zubilligt.

723. Obwohl das Urteil ausschließlich von kollektiver Marktbeherrschung spricht, dürfte es auch für Zusammenschlussfälle mit koordinierten Effekten, die zu einer erheblichen Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs führen, relevant werden. Die gegenständliche Beschränkung des Urteils auf den Begriff der kollektiven Marktbeherrschung resultiert wahrscheinlich daraus, dass die zugrunde liegende Kommissionsentscheidung ebenfalls auf dem Kriterium der kollektiven Marktbeherrschung basiert. Der SIEC-Test war zum Zeitpunkt des behördlichen Verfahrens noch nicht anwendbar. Für die künftige Relevanz des Urteils spricht zum einen, dass nach den Horizontal-Leitlinien dieselben Kriterien für die Prüfung von koordinierten Wirkungen gelten, wie sie für die gemeinsame Marktbeherrschung von der Rechtsprechung aufgestellt worden sind. Diese Kriterien sind ein hohes Maß an Transparenz, die Existenz von Abschreckungsmechanismen und ein Mangel an Reaktionsmöglichkeiten von Außenseitern. Zum anderen unterscheiden die Leitlinien –

entsprechend der Differenzierung zwischen Entstehung und Verstärkung von Marktbeherrschung – bei den koordinierten Effekten ebenfalls zwischen dem Ermöglichen und dem Verstärken einer Koordinierung. Laut Randziffer 39 der Leitlinien kann ein Zusammenschluss in einem konzentrierten Markt wirksamen Wettbewerb erheblich behindern, weil er die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass die Unternehmen in der Lage sind, ihr Verhalten zu koordinieren und die Preise zu erhöhen. Ein Zusammenschluss kann auch die Abstimmung zwischen Unternehmen erleichtern, stabilisieren oder erfolgreicher machen, die ihr Verhalten bereits zuvor koordinierten, entweder indem sie ihre Abstimmung weiter verstärken oder ihre Preise abgestimmt noch weiter erhöhen.

3.4.6 Konglomerate Aspekte/Portfolio-Effekte

724. In der weit überwiegenden Zahl der Fälle bilden die horizontalen Auswirkungen von Zusammenschlüssen den Mittelpunkt der Untersuchung. Zum Teil spricht die Wettbewerbsbehörde daneben vertikale Effekte an. In einigen Verfahren, wie SFR/Télé2France und Thales/Finmeccanica/AAS/Telespazio, stehen vertikale Aspekte im Vordergrund der wettbewerblichen Prüfung. Nur in wenigen Entscheidungen – etwa Metso/Aker Kvaerner, Mittal/Arcelor und Danone/Numico – hat sich die Europäische Kommission auch mit möglichen konglomeraten Auswirkungen von Zusammenschlüssen auseinandergesetzt. In dem Verfahren Metso/ Aker Kvaerner stellen die Parteien Maschinen und Ausrüstungen für Zellstoffanlagen her. Die Europäische Kommission grenzt verschiedene Märkte für „Prozessinseln“ wie Kocher, Brauwasserausrüstung und Bleichungsausrüstung – jeweils für neue Fabriken und für die Ersatzbeschaffung – ab. Im Rahmen der Marktdefinition geht die Europäische Kommission ferner der Frage nach, ob der Erwerb von kompletten Fabriken einen separaten Markt darstellt. Sie verneint dies am Ende, obwohl nicht gezeugnet werden könne, dass die Kunden auf dem Markt für neue Fabriken zwei unterschiedliche Einkaufsstrategien verfolgten. Sie würden entweder eine oder mehrere Prozessinseln von verschiedenen Anbietern oder eine gesamte Fabrik von nur einem Anbieter erwerben.

Die Zusammenschlussbeteiligten sind zum Teil auf denselben Märkten tätig, teilweise ergänzen sich ihre Produktpaletten. Die Europäische Kommission konzentriert ihre Prüfung auf die horizontalen Auswirkungen des Zusammenschlusses und stellt erhebliche Wettbewerbsbehinderungen auf mehreren Märkten fest. Dazu tragen in erster Linie die hohen gemeinsamen Marktanteile von bis zu 70 bzw. 90 Prozent sowie erhebliche Marktzutrittschranken und fehlende Nachfragemacht bei. Unter dem Titel „Wettbewerbsfördernde Effekte des angemeldeten Vorhabens“ geht die Europäische Kommission außerdem auf die Portfolio-Effekte des Zusammenschlusses ein und prüft mögliche Wettbewerbsvorteile für die Abnehmer von Zellstoffanlagen und -ausrüstung. Einige Abnehmer hätten darauf hingewiesen, dass vor dem Zusammenschluss lediglich ein Produzent, Andritz, in der Lage sei, Zellstoffanlagen aus einer Hand anzubieten. Dieses Monopol werde durch die Zusammenführung der Produkte

von Metso und Akver Kvaerner durchbrochen. Mit der Fusion entstehe ein zweiter Anbieter von Gesamtanlagen, der wirksamer mit Andritz konkurrieren könne, was wiederum den Kunden zugute komme. Daneben hätten die Parteien vorgetragen, dass ihr erweitertes Produktportfolio es den Kunden künftig erleichtere, größere Pakete an Prozessinseln von einem Anbieter zu kaufen, was zu einer Ersparnis bei Schnittstellenkosten führe und Konflikte in Haftungsfällen vermeiden helfe.

Nach Auffassung der Europäischen Kommission kann die Existenz eines zweiten Vollanbieters im vorliegenden Fall tatsächlich positive Wirkungen entfalten. Dies gelte jedenfalls im Hinblick auf die Kunden, die am Erwerb einer Komplettanlage interessiert seien. Solche Kunden hätten nach dem Zusammenschluss der Parteien neben dem Anbieter Andritz, der derzeit eine monopolistische Stellung bei Komplettanlagen einnehme, einen weiteren Lieferanten. Allerdings habe die Marktuntersuchung gezeigt, dass lediglich eine Minderheit der Kunden überhaupt an Gesamtlösungen interessiert sei. Darüber hinaus habe die Marktbefragung ergeben, dass die Mehrheit der Abnehmer Schnittstellenkosten nicht als gravierend ansehen und dem Zusammenschluss skeptisch gegenüberstehen. Die Europäische Kommission folgert daraus, dass die möglichen wettbewerbsfördernden Effekte des Vorhabens dessen negative Auswirkungen nicht aufwiegen und gibt den Zusammenschluss nur unter Veräußerungszusagen frei, welche die festgestellten Überschneidungen aufheben.

725. Von dem Zusammenschluss Danone/Numico sind die Bereiche Babynahrung und Babymilch betroffen. Die Europäische Kommission konzentriert ihre Untersuchung insbesondere auf den französischen, belgischen, niederländischen und portugiesischen Markt. Auf den drei erstgenannten Märkten befürchtet die Europäische Kommission erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen. Darauf weisen in erster Linie die gemeinsamen Marktanteile der Parteien in Höhe von 45 Prozent bis zu 100 Prozent hin. Außerdem stellen die Zusammenschlussbeteiligten jeweils engste Wettbewerber dar und verfügen – bei ausgeprägtem Markenbewusstsein der Kunden – über eine Reihe von wichtigen Marken. Daneben stellt die Europäische Kommission erhebliche Marktzutrittschranken aufgrund der begrenzten Regalfläche im Handel fest. Die Parteien haben sich daraufhin unter anderem verpflichtet, Numicos Babymilch- und Getränkeparte in Frankreich zu verkaufen, so dass keine Überschneidungen verbleiben.

Auf dem portugiesischen Markt für Baby-Mahlzeiten erreichen die Parteien einen gemeinsamen Marktanteil von 45 bis 55 Prozent. Stärkster Wettbewerber ist das Unternehmen Nestlé, das ebenfalls 45 bis 55 Prozent der Anteile hält. Ein weiterer Konkurrent verfügt über nicht mehr als 5 Prozent der Marktanteile. Nach den Ermittlungen der Europäischen Kommission waren die Parteien vor dem Zusammenschluss nicht engste Wettbewerber, sondern wurden jeweils eher als Alternative zu Nestlé als zueinander angesehen. Die Europäische Kommission weist außerdem darauf hin, dass die Marktteilnehmer im Rahmen der Marktuntersuchung keine Bedenken gegen

den geplanten Zusammenschluss geäußert haben. Einige Handelsunternehmen hätten den Zusammenschluss sogar begrüßt, weil die Kombination der Produkte von Danone und Numico eine gute Alternative zu Nestlé als Vollsortimenter schaffen würde. Die Europäische Kommission schließt sich dieser Ansicht mit äußerst knapper Begründung an.

726. In beiden dargestellten Fällen hat die Europäische Kommission den konglomeraten Effekten des Zusammenschlusses lediglich untergeordnete Bedeutung beigegeben. Im Mittelpunkt der Untersuchung stehen vielmehr die horizontalen Wirkungen der geplanten Fusionen. Entsprechend knapp sind die Ausführungen der Europäischen Kommission zu den konglomeraten Effekten gehalten. Diese Vorgehensweise ist symptomatisch für die Behandlung von konglomeraten Aspekten während des Berichtszeitraums. In den letzten zwei Jahren ist kein Zweite-Phase-Fall zu verzeichnen, in dem Wettbewerbsbedenken ausschließlich oder überwiegend auf konglomeraten Auswirkungen beruhen.

727. Festzuhalten ist ferner, dass die Europäische Kommission die Ausweitung des Produktportfolios in beiden Fällen prinzipiell positiv bewertet. Aus Sicht der Nachfrager wird es als vorteilhaft angesehen, wenn diese das ganze „Sortiment“ bei einem einzigen Anbieter beziehen können. Dies gilt jedenfalls dann, wenn – wie in den dargestellten Fällen – bereits ein Konkurrent über eine vergleichbar breite Produktpalette verfügt. Die Europäische Kommission folgt damit ihren Leitlinien zu nichthorizontalen Zusammenschlüssen, in denen sie die möglichen positiven Effekte von konglomeraten Fusionen betont.¹⁷⁰ Diese bieten laut Leitlinien erhebliche Spielräume für Effizienzen, z. B. aufgrund der Möglichkeit von Kunden, one-stop-shopping zu betreiben. Im Fall Danone/Numico erscheint es allerdings fraglich, ob dieser Vorteil tatsächlich auf dem Zusammenschluss beruht. Nach Angaben der Europäischen Kommission stellte zwar Numico vor der Fusion lediglich eine bestimmte Sorte von Baby-Mahlzeiten her. Danone aber produzierte – ebenso wie der Wettbewerber Nestlé – bereits zu diesem Zeitpunkt die ganze Palette von Baby-Mahlzeiten. Eine Sortimentsausweitung war demnach mit dem angemeldeten Vorhaben jedenfalls aufseiten von Danone nicht verbunden.

Es fällt außerdem auf, dass die Europäische Kommission möglichen Wettbewerbsbeeinträchtigungen, die mit der Erweiterung der Produktportfolios einhergehen können, nicht nachgeht. Sie prüft weder die Möglichkeit zur Marktverschließung seitens der neuen Unternehmenseinheiten noch die Fähigkeit und Anreize zu wettbewerbsbeeinträchtigenden Bündelungsstrategien. Ihre positive Einschätzung der Portfolio-Effekte gründet die Kommission dabei lediglich auf die Antworten einiger Marktteilnehmer im Rahmen der Marktuntersuchung, die ein Angebot aus einer Hand präferieren. In dem Verfahren Metso/Aker Kvaerner wird ferner die Frage von möglichen koordinierten

Effekten nicht angesprochen, obwohl die neue Unternehmenseinheit und der Wettbewerber Andritz bei kompletten Zellstoffanlagen gemeinsam über 100 Prozent des Marktanteils verfügen. In der Entscheidung Danone/Numico geht die Europäische Kommission zumindest kurz auf die Möglichkeit koordinierter Effekte ein, verneint deren Vorliegen aber mit dem Hinweis, dass Innovation und Produkteinführungen ein Schlüsselfaktor auf dem betroffenen Markt darstellten. Außerdem müssten die Hersteller von Baby-Mahlzeiten eine breite Produktpalette anbieten, was die Koordination erheblich erschweren würde.

728. Die Entscheidung Metso/Aker Kvaerner zeigt daneben auf, wie die Europäische Kommission mit Zusammenschlüssen umgeht, die sowohl negative horizontale als auch positive konglomerate Wirkungen haben. Wie die Überschrift „Wettbewerbsfördernde Aspekte des Zusammenschlusses“ im Rahmen der Ausführungen zur wettbewerblichen Würdigung schließen lässt, nimmt die Europäische Kommission eine Saldierung zwischen diesen Effekten vor. Dies ergibt sich auch aus dem von ihr gezogenen Fazit, wonach die positiven (konglomeraten) Effekte des Zusammenschlusses dessen negative (horizontale) Wirkungen nicht aufwiegen. Zu beachten ist insbesondere, dass es bei der vorgenommenen Abwägung um die Wettbewerbsanalyse selbst und nicht um eine Korrektur der Analyse durch zusätzliche Effizienzerwägungen geht. Die Europäische Kommission berücksichtigt vielmehr im Rahmen der Wettbewerbsanalyse, dass auf dem betroffenen Markt heterogene Verbraucher mit gegenläufigen Interessen existieren. Im vorliegenden Fall bevorzugt ein Teil der Verbraucher den Erwerb von einzelnen Prozessinseln, ein anderer – kleinerer – Teil den Kauf von Komplettlösungen.

Als problematisch erweist sich im vorliegenden Fall allerdings die Art und Weise, in der die Europäische Kommission die Abwägung vornimmt. Sie stützt ihre Entscheidung im Wesentlichen auf den Umstand, dass sich nur wenige Kunden für Gesamtlösungen interessieren und sich entsprechende Vorteile von dem Zusammenschluss versprechen. Dem stellt sie die Auffassung der Mehrheit der Kunden gegenüber, die keine Komplettangebote wünscht und den Zusammenschluss daher ablehnt, weil er für sie zu Nachteilen führt. Diese rein quantitative Gegenüberstellung, die allein auf die Größe des jeweiligen Kundenkreises abstellt, ist zu kritisieren. Sie verkennt, dass die Vor- bzw. Nachteile, die sich für den einzelnen Kundenkreis ergeben mögen, unterschiedliches Gewicht haben können. So wäre auch eine Situation vorstellbar, in der sich bei wenigen Kunden ganz erhebliche Vorteile durch die Portfolio-Effekte einstellen, denen nur geringfügige Nachteile bei der Mehrzahl der Kunden gegenüberstehen. Eine Abwägung allein nach der jeweiligen Anzahl der Kunden, die Vorteile bzw. Nachteile erleiden, greift daher zu kurz.

3.5 Effizienzen

729. Nach Erwägungsgrund 29 der Verordnung 139/2004 soll die Europäische Kommission begründeten und

¹⁷⁰ Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Rn. 13 ff.

wahrscheinlichen Effizienzvorteilen Rechnung tragen. Nähere Ausführungen zur Behandlung von Effizienzvorteilen finden sich in den Horizontal-Leitlinien der Europäischen Kommission.¹⁷¹ Hiernach müssen Effizienzvorteile den Verbrauchern zugute kommen, fusionspezifisch und überprüfbar sein, damit die Europäische Kommission sie bei der Beurteilung eines Zusammenschlusses berücksichtigen kann. Bereits im letzten Berichtszeitraum hat sich die Europäische Kommission in dem Zusammenschluss Areva/Urenco/ETC JV mit den möglichen Effizienzvorteilen von Zusammenschlüssen befasst.¹⁷² Dies geschah allerdings in aller Kürze. Weder wurde detailliert über das Vorbringen der Zusammenschlussparteien berichtet noch fand eine fundierte Prüfung der geltend gemachten Effizienzen seitens der Europäischen Kommission statt. Vor diesem Hintergrund war die von der Wettbewerbsbehörde ausgesprochene Ablehnung von Effizienzvorteilen für Außenstehende kaum nachvollziehbar. Während des Berichtszeitraums hat sich die Europäische Kommission gleich in mehreren Fällen – Korsnäs/ Cartonboard, T-Mobile Austria/Tele.ring sowie Inco/ Falconbridge und Ryanair/Aer Lingus – mit möglichen Effizienzvorteilen auseinandergesetzt. In den beiden erstgenannten Entscheidungen erfolgt dies ebenfalls noch relativ knapp. Dagegen geht die Europäische Kommission in dem Zweite-Phase-Verfahren Inco/Falconbridge, das sie am 4. Juli 2006 abgeschlossen hat, zum ersten Mal ausführlich auf den Aspekt von Effizienzvorteilen ein. Eine eingehendere Prüfung findet auch in dem Verfahren Ryanair/Aer Lingus statt, das am 27. Juni 2007 mit einer Untersagung endete. Erfolg hatte der Effizienzeinwand der Parteien lediglich in dem Fall Korsnäs/ Cartonboard. In den drei anderen genannten Fällen wurde die entsprechenden Argumentation der Zusammenschlussbeteiligten von der Europäischen Kommission verworfen.

730. Der Zusammenschluss Korsnäs/ Cartonboard, der in der ersten Verfahrensphase ohne Bedingungen und Auflagen freigegeben wurde, betrifft den EWR-weiten Markt für Karton zur Verpackung von Flüssigkeiten.¹⁷³ Die Europäische Kommission schloss nach ihrer Prüfung sowohl nicht koordinierte als auch koordinierte Effekte des Vorhabens aus. Sie setzte sich daneben kurz mit den geltend gemachten Effizienzvorteilen auseinander. Die Parteien hatten vorgetragen, dass der Zusammenschluss Synergien bei den Input-Kosten, bei der Produktionseffizienz sowie bei den Personalkosten freisetzen würde. Außerdem könnten im Rahmen von Forschung und Entwicklung sowie durch die unternehmensübergreifende Einführung von best practices Effizienzen realisiert werden. Die Europäische Kommission räumt zwar ein, dass sie die Voraussetzungen einer Effizienzverteidigung in der ersten Verfahrensphase nicht vollständig beurteilen könne. Dies gelte insbesondere bezüglich der vorgetragenen Einsparungen bei Input-Kosten und Personalabbau. Dennoch stellt die Kommission fest, dass jedenfalls eine

Steigerung der Produktionseffizienz wahrscheinlich sei. Sie stützt sich dabei auf die Ergebnisse einer Marktbefragung, in der ein gewisser Spielraum für die Verwirklichung von Effizienzen bejaht wurde. Eine große Mehrheit der Befragten erwartete demnach, dass die neue Unternehmenseinheit besser mit StoraEnso konkurrieren könne als die beiden Parteien vor dem Zusammenschluss. Teilweise war allerdings bezweifelt worden, dass die realisierten Effizienzen erheblich seien und an die Verbraucher weitergegeben würden. Die Europäische Kommission weist zudem auf einen Liefervertrag zwischen Korsnäs und Tetra Pak hin, der besondere Vereinbarungen für den Fall des Zusammenschlusses beinhaltet. Daraus schließt die Wettbewerbsbehörde, dass die Parteien die Wahrscheinlichkeit von Effizienzvorteilen und die Weitergabe an die Verbraucher ausreichend belegt hätten. Diese Effizienzvorteile vergrößerten die Fähigkeit und Anreize der neuen Unternehmenseinheit, zugunsten der Verbraucher pro Wettbewerblich zu handeln.

731. Nach Auffassung der Monopolkommission wird aus dem vorliegenden Entscheidungstext nicht ersichtlich, wie die Europäische Kommission zu diesem Ergebnis gelangen kann. Zum einen geht die Europäische Kommission nicht im Einzelnen auf die Voraussetzungen des Effizienzeinwandes ein. Es wird weder detailliert geprüft, ob die geltend gemachten Effizienzen ausreichend belegt und fusionspezifisch sind noch ob sie mit einiger Wahrscheinlichkeit an die Konsumenten weitergegeben werden. Zum anderen räumt die Europäische Kommission selbst ein, dass die zur Verfügung stehende Zeit innerhalb eines Erste-Phase-Verfahrens zu kurz bemessen ist, um eine fundierte Beurteilung dieser Fragen vorzunehmen. Um so erstaunlicher ist es dann, dass sie ohne nähere Prüfung das Vorliegen von fusionspezifischen Effizienzen und deren Weitergabe an die Konsumenten bejaht. Die Beurteilung des Effizienzeinwandes seitens der Europäischen Kommission ist in sich widersprüchlich und im besten Falle überflüssig. Sie birgt darüber hinaus die Gefahr, dass die Europäische Kommission sich in künftigen Zusammenschlussfällen in Widerspruch zu diesen Ausführungen setzt. Zumindest wird sie in Fällen mit wettbewerblichen Bedenken einen erhöhten Argumentationsaufwand leisten müssen, um ungerechtfertigten Effizienzeinwänden zu begegnen. Die Monopolkommission spricht sich nachdrücklich für eine Trennung zwischen der vorrangigen Untersuchung wettbewerbsbeschränkender Wirkungen und der nachfolgenden Effizienzprüfung aus.¹⁷⁴ Hierbei hat eine Effizienzprüfung nur dann zu erfolgen, wenn die Wettbewerbsanalyse ernsthafte Bedenken gegen den Zusammenschluss ergeben hat. Diesem Ansatz ist auch die Europäische Kommission in den unten dargestellten Fällen Inco/Falconbridge und Ryanair/ Aer Lingus gefolgt.

732. In der Entscheidung T-Mobile Austria/Tele.ring setzt sich die Europäische Kommission lediglich in einem Abschnitt mit den von den Parteien geltend gemachten

¹⁷¹ Horizontal-Leitlinien, Rn. 76 ff.

¹⁷² Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2004/2005, a. a. O., Tz. 690 ff.

¹⁷³ Vgl. Tz. 690 ff.

¹⁷⁴ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 227.

Effizienzgewinnen auseinander. Nach Auffassung der Parteien kommt es durch die Netzintegration zu einer besseren Auslastung der Kapazitäten, was bei der neuen Unternehmenseinheit zu einer höheren Fixkostendegression führen werde. Im Einzelnen führt T-Mobile aus: Durch die bessere Ausstattung mit Frequenzspektrum infolge des Zusammenschlusses verursache der Ausbau des eigenen Netzes bei T-Mobile geringere Kosten als bei einer geringeren Frequenzausstattung. Ferner reduziere sich durch den Zusammenschluss der Kostenaufwand für die notwendige Erneuerung und Verbesserung der Infrastruktur. Die Zahl der Funkzellen könne reduziert und die Dienstleistungsqualität verbessert werden. Schließlich führe der Zusammenschluss zu einer Verringerung der Kosten pro Kunde für die Kundenbetreuung und Verwaltung. Die Europäische Kommission hält dem entgegen, dass es sich bei den von T-Mobile angesprochenen Effizienzvorteilen um die Reduktion von Fixkosten, insbesondere für den Aufbau und die Unterhaltung des Netzes, handle. Die Wahrscheinlichkeit, dass derartige Kosteneinsparungen an die Verbraucher weitergegeben würden, sei geringer als bei der Einsparung von variablen und Grenzkosten. Darüber hinaus gehe die Erhöhung der Kundenzahl, mit der T-Mobile die Verringerung von fixen Kosten je Kunde begründe, gerade mit einer Verminderung der Anreize für T-Mobile einher, neue Kunden durch preisaggressive Angebote anzulocken.

733. Wie in früheren Entscheidungen hat die Europäische Kommission den Einwand von Effizienzgewinnen auch hier kurz abgehandelt. Aus der vorliegenden Entscheidung geht nur holzschnittartig hervor, was die Parteien im Einzelnen vorgetragen haben. Die Begründung, die die Europäische Kommission liefert, steht allerdings im Einklang mit den Ausführungen in den Horizontal-Leitlinien. In Randziffer 80 heißt es zutreffenderweise, dass bei der Ermittlung der Frage, ob Effizienzvorteile zu Nettovorteilen für die Verbraucher führen, Rückgänge bei den variablen und den Grenzkosten stärker ins Gewicht fallen als eine Senkung der Fixkosten, da erstere grundsätzlich eher zu niedrigeren Preisen zugunsten der Verbraucher führen. Nach Ansicht der Monopolkommission ist jedoch in diesem Zusammenhang zu beachten, dass die Leitlinien eine Weitergabe von Effizienzen, die auf Fixkosten beruhen, nicht prinzipiell ausschließen. Fraglich ist daher, ob eine derart kurze Begründung wie im vorliegenden Fall den von den Parteien vorgebrachten Argumenten gerecht wird.

734. In dem Verfahren Inco/Falconbridge, in dem es um verschiedene Märkte für Nickel- und Kobaltprodukte ging, hat sich die Europäische Kommission erstmals in einem Zweite-Phase-Verfahren ausführlich mit den möglichen Effizienzen eines Zusammenschlusses auseinandergesetzt.¹⁷⁵ Die Parteien hatten vorgetragen, dass der Zusammenschluss Effizienzgewinne mit sich bringen würde, die insbesondere aus der räumlichen Nähe ihrer jeweiligen Minen und Verarbeitungsbetriebe im kanadischen Sudbury-Becken resultierten. Nach Auffassung der

Parteien würde der Zusammenschluss zu einer Optimierung der Bereiche Abbau und Verarbeitung führen. Dadurch ließe sich die Produktion zu geringeren Kosten nachhaltig und langfristig steigern, wovon auch die Nickelkunden profitieren würden. Insgesamt veranschlagten die Parteien die Effizienzgewinne nach der Kapitalwertmethode auf 2,3 Mrd. US-Dollar.

735. Die Europäische Kommission stellt in ihrer Entscheidung zunächst fest, dass nach der Fusionskontrollverordnung und den Horizontal-Leitlinien die Möglichkeit besteht, dass die durch eine Fusion bewirkten Effizienzgewinne den Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation und insbesondere einem möglichen Schaden für die Verbraucher entgegenwirken, der ansonsten eintreten könnte. Typische Effizienzvorteile eines Zusammenschlusses könnten Kosteneinsparungen, die Einführung neuer Produkte oder die Verbesserung von Produkten und Dienstleistungen darstellen. Die Europäische Kommission macht darüber hinaus deutlich, dass den Zusammenschlussparteien die Darlegungs- und Beweislast für die Existenz derartiger Effizienzen obliegt. Die Parteien müssten die möglichen Effizienzen detailliert darlegen und sie begründen, quantifizieren sowie möglichst durch interne Studien stützen. Die Parteien treffe außerdem die Verpflichtung nachzuweisen, dass die Effizienzen direkt den Kunden zugute kommen, und zwar auf den Märkten, die von dem Zusammenschluss in negativer Weise betroffen sind. Schließlich müssten die Parteien belegen, dass die Effizienzgewinne nicht auf andere – weniger wettbewerbsschädliche – Weise erreicht werden können.

Die Europäische Kommission sieht es im vorliegenden Fall als wahrscheinlich an, dass die von den Parteien vorgebrachten Effizienzgewinne eintreten werden. Wegen der zu erwartenden Synergieeffekte würde die neue Unternehmenseinheit wahrscheinlich in der Lage sein, die Kosten in gewissem Maße zu senken. Die Parteien hätten die Effizienzvorteile außerdem quantifiziert und durch mehrere Studien nachvollziehbar begründet. Allerdings hält es die Europäische Kommission weder für hinreichend erwiesen, dass sich diese Vorteile nur im Wege der geplanten Fusion erreichen lassen noch dass sie an die Verbraucher auf den betroffenen Märkten weitergegeben werden. Zum einen könnten die dargelegten Synergieeffekte auch auf weniger wettbewerbsbeeinträchtigende Weise, etwa mittels eines Joint Venture bei Abbau und Verarbeitung, herbeigeführt werden. Eine solche Konstellation hätte den Vorteil gegenüber dem geplanten Zusammenschluss, dass die Parteien in den Bereichen Raffination und Marketing weiter im Wettbewerb miteinander stünden. Zum anderen geht die Europäische Kommission davon aus, dass die zu erwartenden Effizienzgewinne nicht hauptsächlich den Abnehmern auf den Märkten zugute kommen werden, auf denen wettbewerbsrechtliche Bedenken bestehen. Die Effizienzgewinne würden voraussichtlich nur in den vorgelagerten Bereichen des Abbaus und der Verarbeitung von Nickelprodukten erzielt, nicht aber im letzten Glied der Nickelproduktionskette. Ein erheblicher Anteil der Endprodukte werde indes nicht auf den drei relevanten Märkten verkauft, auf die sich die

¹⁷⁵ Vgl. Tz. 639 ff., 675 ff., 693 ff.

wettbewerbsrechtlichen Bedenken beziehen. Mögliche Vorteile würden somit auf sämtliche Nickel- und Kobaltprodukte verteilt und sich zu einem großen Teil auf Märkten auswirken, hinsichtlich derer keine Wettbewerbsbedenken bestehen.

Darüber hinaus hält es die Europäische Kommission angesichts der Beinahe-Monopolstellung der Parteien und des geringen verbleibenden Wettbewerbsdrucks – wenige Wettbewerber, schwieriger Marktzutritt, hohe Inelastizität der Nachfrage – nicht für wahrscheinlich, dass die Vorteile überhaupt an die Verbraucher weitergegeben werden. Sie verweist insofern auf die Horizontal-Leitlinien, wo festgehalten ist: „Das Interesse für das fusionierte Unternehmen, Effizienzvorteile an die Verbraucher weiterzugeben, hängt häufig davon ab, ob seitens der im Markt verbleibenden Unternehmen oder von einem potenziellen Markteintritt Wettbewerbsdruck ausgeht. Es ist höchst unwahrscheinlich, dass eine Fusion, die zu einer Marktstellung führt, die einem Monopol nahe kommt oder ein ähnliches Maß an Marktmacht erbringt, mit der Begründung für mit dem Gemeinsam Markt vereinbar erklärt werden könnte, dass Effizienzvorteile ausreichen würden, den möglichen wettbewerbswidrigen Wirkungen entgegenzuwirken.“¹⁷⁶

736. Die Entscheidung ist von besonderem Interesse, weil sie wichtige Hinweise gibt, wie die Europäische Kommission in künftigen Fällen mit dem Effizienzeinwand verfahren wird. Die Verfügung verdeutlicht einerseits, dass die Europäische Kommission prinzipiell bereit ist, Effizienzvorteile anzuerkennen, wenn die Zusammenschlussbeteiligten die erwarteten Effekte detailliert schildern, quantifizieren und mit Studien belegen. Andererseits zeigt sie, dass die betroffenen Unternehmen hohe Hürden überwinden müssen, damit Effizienzvorteile bei der Entscheidung über die Erlaubnis eines Zusammenschlusses tatsächlich berücksichtigt werden. Zum einen resultieren diese Hürden daraus, dass die geltend gemachten Effizienzvorteile zusammenschlusspezifisch sein müssen. Nicht zu berücksichtigen sind Effizienzen hingegen, wenn sie auch im Wege weniger wettbewerbsbeschränkender Maßnahmen zu erreichen sind. Insbesondere das Argument, die Effizienzvorteile könnten auch im Rahmen eines auf bestimmte Bereiche beschränkten Gemeinschaftsunternehmens erzielt werden, dürfte die Berücksichtigung solcher Vorteile im Rahmen eines Fusionskontrollverfahrens häufig ausschließen.

Zum anderen schränkt die Voraussetzung, wonach erzielte Vorteile nachweislich an die Verbraucher weitergegeben werden müssen, die erfolgreiche Geltendmachung eines Effizienzeinwands ein. Zwei Teilfragen dieses Aspekts werden in der vorliegenden Entscheidung aufgegriffen. Erstens geht die Europäische Kommission davon aus, dass die erwarteten Effizienzen genau auf den Märkten eintreten müssen, auf denen vorher die Wettbewerbsprobleme festgestellt worden sind. Die Europäische Kommission berücksichtigt Effizienzvorteile also nur in-

soweit, als gerade die Kunden davon profitieren, die auch von der Wettbewerbsbeschränkung betroffen sind. Sie sieht es hingegen nicht als ausreichend an, wenn die Verbraucherseite insgesamt an den Effizienzvorteilen partizipiert. Zweitens hält es die Europäische Kommission wegen der (quasi-)monopolistischen Struktur der drei betroffenen Märkte für unwahrscheinlich, dass die neue Unternehmenseinheit hinreichende Anreize zur Weitergabe ihrer Effizienzgewinne an die Kunden hätte. An dieser Stelle der Entscheidung wird allerdings nicht ganz deutlich, ob die Europäische Kommission die Weitergabe von Effizienzvorteilen seitens eines (Fast-)Monopolisten grundsätzlich oder nur unter den besonderen Umständen des vorliegenden Falles bezweifelt. Für Letzteres spricht die Position der Europäischen Kommission, wonach sich zwar Produktionssteigerungen seitens der neuen Unternehmenseinheit für gewisse Endkunden als vorteilhaft erweisen könnten. Ein solches Szenario scheitere im vorliegenden Fall jedoch an den begrenzten Möglichkeiten der neuen Unternehmenseinheit, ihre Produktion auszuweiten. Auf eine nähere Auseinandersetzung mit der Frage, unter welchen Umständen und in welchem Umfang auch (Fast-)Monopolisten Effizienzgewinne weitergeben, konnte die Europäische Kommission im vorliegenden Fall verzichten, weil die beweispflichtigen Zusammenschlussparteien insofern offenbar keine Berechnungen oder sonstigen Belege übermittelt hatten.

737. In dem Verfahren Ryanair/Aer Lingus erwartete Ryanair Kostenvorteile insbesondere von der Übertragung seines Geschäftsmodells auf Aer Lingus, der Einsetzung eines besseren Managements sowie von Größenvorteilen.¹⁷⁷ Die geltend gemachten Effizienzen beziehen sich unter anderem auf Personaleinsparungen, geringere Wartungs- und Unterhaltskosten sowie Flughafengebühren und höhere Rabatte beim Neuerwerb von Flugzeugen. Laut Europäischer Kommission lieferte Ryanair neben sonstigen Informationen einige detaillierte Berechnungen, aus denen sich Effizienzvorteile in Höhe von 200 bis 250 Mio. Euro pro Jahr ergaben. Aer Lingus widersprach dem Vorbringen von Ryanair mit dem Hinweis, dass die dargelegten Ersparnisse teilweise auf falschen Fakten beruhten, nicht fusionsspezifisch seien und zu Qualitätseinbußen für die Verbraucher führen würden. Außerdem wurde vorgetragen, dass die meisten der vorgetragenen Kostenvorteile lediglich auf einer erhöhten Nachfrage nach Ryanair beruhten. Aus dieser resultiere allenfalls eine Verschiebung der Gewinne, z. B. zwischen Flugzeughersteller auf der einen Seite und Ryanair andererseits, aber keine Steigerung der Gesamtwohlfahrt.

738. Nach Ansicht der Europäischen Kommission erfüllt keiner der vorgetragenen Effizienzvorteile sämtliche erforderlichen Voraussetzungen. Laut Europäischer Kommission beruhen einige der Kostenvorteile auf Annahmen, die nicht belegt seien. So erscheine es z. B. sehr optimistisch, dass die Übertragung von Ryanairs Geschäftsmodell nicht zu Qualitätseinbußen bei Aer Lingus führen werde. Für besonders bedeutsam hält es die Wett-

¹⁷⁶ Horizontal-Leitlinien, Rn. 84.

¹⁷⁷ Vgl. Tz. 630 ff., 692 ff., 757 ff.

bewerbsbehörde in diesem Zusammenhang, dass Ryanair keine Geschäftsunterlagen aus der Zeit vor dem Zusammenschluss vorlegen konnte, in denen die beim Erwerb von Aer Lingus möglichen Effizienzvorteile beurteilt werden. Weiterhin seien einige der geltend gemachten Effizienzen nicht fusionspezifisch. So könne etwa die Reduzierung von Personalkosten auch von Aer Lingus alleine realisiert werden. Bezüglich der angenommenen Rabatte beim Erwerb von Flugzeugen und bei den Wartungskosten steht nach Auffassung der Europäischen Kommission eher eine Umverteilung der Gewinne im Vordergrund als ein wirklicher Effizienzvorteil. Eine solche Umverteilung – etwa zwischen Flugzeughersteller auf der einen und Fluggesellschaft auf der anderen Seite – würde nicht zu einer Veränderung der Wohlfahrt führen. Selbst wenn derartige Gewinnverschiebungen als fusionspezifische Effizienzen anerkannt würden, handele es sich im vorliegenden Fall hauptsächlich um Fixkostenvorteile, deren zeitnahe und unmittelbare Weitergabe an die Verbraucher zweifelhaft sei. Schließlich hält die Europäische Kommission mögliche Effizienzen angesichts der extrem hohen Marktanteile der neuen Unternehmens Einheit nicht für groß genug, um die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen des Zusammenschlusses auszugleichen.

739. Die Verfügung macht deutlich, dass die reine Behauptung oder Annahme der Parteien, es werde durch den Zusammenschluss zu Effizienzvorteilen kommen, nicht für einen positiven Bescheid der Wettbewerbsbehörde ausreicht. Ein wichtiges Indiz für die Seriosität der dargelegten Vorteile stellen Dokumente dar, die vor dem konkreten Zusammenschluss erstellt worden sind und die vorgebrachte Argumentation stützen. Die Entscheidung bestätigt ferner, dass nur solche Effizienzvorteile berücksichtigt werden, die aus dem Zusammenschluss hervorgehen. Keine Berücksichtigung finden hingegen Kosteneinsparungen, die auch ein Unternehmen alleine erzielen könnte. Zu begrüßen ist die Haltung der Europäischen Kommission, wonach die Weitergabe von Effizienzen unmittelbar und zeitnah zu geschehen hat, denn andernfalls wird eine zuverlässige Einschätzung des Effizienzeinwands erheblich erschwert.

740. Bemerkenswert sind darüber hinaus die Ausführungen der Europäischen Kommission zu den dargelegten Rabatten bei Wartung/Flugzeugerwerb, insbesondere ihre Einschätzung, dass eine reine Gewinnumschichtung keinen berücksichtigungsfähigen Effizienzvorteil darstellt. In diesem Zusammenhang ist an die Entscheidung Inco/Falconbridge zu erinnern, in der die Europäische Kommission forderte, dass sich Effizienzvorteile gerade auf den von den Wettbewerbsbeschränkungen betroffenen Märkten auswirken müssen. Effizienzgewinne auf anderen Märkten hat sie hingegen als nicht berücksichtigungsfähig angesehen. Im Fall Ryanair/Aer Lingus geht die Europäische Kommission nun über diese marktspezifische Betrachtung hinaus. Würde man diese zugrunde legen, wäre es nämlich grundsätzlich durchaus denkbar, dass die erhöhte Nachfragemacht von Ryanair/Aer Lingus zu Einsparungen führte, die genau an die Flugpassagiere auf den betroffenen Märkten weitergegeben wür-

den. Dieses Ergebnis würde sich auch von der Situation unterscheiden, in der die Gewinne bei einem Flugzeughersteller oder Wartungsdienst verblieben wären. Denn von solchen Gewinnen würden – wenn überhaupt – Verbraucher auf sachlich und räumlich anderen Märkten profitieren. Besondere Vorteile für die Kunden von Ryanair und Aer Lingus genügen der Europäischen Kommission jedoch nicht. Sie fordert als weitere, quasi vorgeschaltete Voraussetzung die Schaffung zusätzlicher Effizienzen und beschränkt ihre Betrachtung dabei nicht auf die von den Wettbewerbsbeeinträchtigungen erfassten Märkte. Vielmehr nimmt sie an dieser Stelle eine Gesamtbetrachtung vor: Erst wenn sich der Zusammenschluss als Quelle von insgesamt zusätzlichen Effizienzgewinnen herausstellt, können diese berücksichtigt werden. Für die betroffenen Unternehmen bedeutet dies, dass sie aus erhöhter Nachfragemacht resultierende Kosteneinsparungen nicht als effizienzfördernd im Fusionskontrollverfahren geltend machen können.

741. Nach Auffassung der Monopolkommission kann zwar dem Ergebnis der Europäischen Kommission im vorliegenden Fall gefolgt werden, soweit die einzelnen Voraussetzungen für die Berücksichtigung von Effizienzvorteilen betroffen sind. Die am Ende der Ausführungen angestellte „Abwägung“ zwischen Effizienzvorteilen und wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen ist hingegen bestenfalls als oberflächlich zu bezeichnen. Jedenfalls in Fällen, in denen eine Effizienzberücksichtigung nicht schon am Vorliegen der einzelnen Voraussetzungen scheitert, dürfte sich eine derart knappe und vage Beurteilung als nicht gerichtsfest erweisen.

742. Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass der Effizienzeinwand in der fusionskontrollrechtlichen Entscheidungspraxis aufgrund der hohen Anforderungen bisher keine nennenswerte Bedeutung erlangt hat. In keinem Fall wurde das Ergebnis der Wettbewerbsanalyse aufgrund der geltend gemachten Effizienzen revidiert. Das Zusammenschlussvorhaben Korsnäs/Carltonboard löste bei der Europäischen Kommission bereits keine Wettbewerbsbedenken aus, so dass die vorgetragenen Effizienzvorteile nicht mehr relevant waren. In Fällen, in denen die Europäische Kommission erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen befürchtete, wurde der Effizienzeinwand hingegen abgelehnt. Entweder waren die vorgebrachten Effizienzgewinne nicht hinreichend belegt, nicht fusionspezifisch oder eine Weitergabe der Gewinne an die Verbraucher wurde als unwahrscheinlich angesehen. Eine echte Abwägung zwischen Wettbewerbsbeschränkung auf der einen Seite und Effizienzgewinnen auf der anderen Seite musste die Europäische Kommission daher noch nicht vornehmen. Es bleibt abzuwarten, ob in künftigen Fällen eine solche Abwägung erforderlich werden und wie die Europäische Kommission dann im Einzelnen vorgehen wird.

3.6 Abhilfemaßnahmen

743. Während des Berichtszeitraums sind 31 Erste-Phase- und zehn Zweite-Phase-Entscheidungen unter Bedingungen und Auflagen ergangen. In fast allen Zweite-

Phase-Verfahren hat die Europäische Kommission strukturelle Zusagen entgegengenommen. Veräußerungsverpflichtungen sehen die Entscheidungen *Metso/Aker Kvaerner*, *Inco/Falconbridge*, *Omya/Huber*, *T-Mobile Austria/Tele.ring* sowie *Universal/BMG*, *Gaz de France/Suez* und *Dong/Elsam/ Energi E2* vor. Beispielsweise in den Fällen *Metso/Aker Kvaerner* und *Inco/Falconbridge* entfallen die von der Wettbewerbsbehörde festgestellten Überschneidungen der Aktivitäten vollständig. Die Freigabe des Vorhabens *Kronospan/Constantia* erfolgte unter der Bedingung, dass lediglich zwei der drei ursprünglichen Zielunternehmen erworben wurden. Eine solche Modifizierung des Zusammenschlussvorhabens ist nach Auffassung der Monopolkommission in seiner Wirkung mit einer Veräußerungszusage vergleichbar. Auch Erste-Phase-Entscheidungen wurden häufig, z. B. in den Fällen *Nestlé/Novartis*, *Danone/Numico* und *Veolia/Cleanaway*, auf der Grundlage von Veräußerungszusagen freigegeben. In dem Verfahren *Linde/BOC* tritt neben die Veräußerung von zwei Anlagen die Abgabe von Lieferverträgen sowie die Aufgabe der Beteiligung an einem Gemeinschaftsunternehmen. Die Parteien der Zusammenschlüsse *Renolit/Solvay* und *Omya/Huber* müssen zusätzlich eine Reihe von Marken bzw. Technologien abgeben.

744. Zum Teil werden Veräußerungszusagen auch durch verhaltensorientierte Maßnahmen ergänzt. In den Fällen *Schneider Electric/APC* und *Evraz/Highveld* wurden neben der Veräußerung von Geschäftsbereichen Belieferungsverpflichtungen verankert. In dem Verfahren *Danone/Numico* erhält der künftige Erwerber einer Reihe von Marken und von Know-how die Möglichkeit, zwischen der Übernahme einer Produktionsanlage und der Belieferung *at cost* zu wählen. Darüber hinaus bilden in einigen Fällen verhaltensorientierte Verpflichtungen den Schwerpunkt der den Parteien auferlegten Maßnahmen. So hat die Europäische Kommission in dem Verfahren *SFR/Télé2France* im Wesentlichen Zugangsverpflichtungen festgelegt, in dem Fall *Axalto/Gemplus* stellt die Sicherstellung der Interoperabilität eine wichtige Voraussetzung für die Freigabeverfügung der Kommission dar.

745. Die Europäische Kommission hat nur in einem Verfahren – *Ryanair/Aer Lingus* – die angebotenen Zusagen für ungenügend erachtet und das Zusammenschlussvorhaben untersagt. Während des Verfahrens hatten die Parteien die übermittelten Verpflichtungen mehrfach geändert. Die letzte Modifizierung erreichte die Europäische Kommission 17 Tage nach dem in der Mitteilung zu Abhilfemaßnahmen festgelegten Fristende.¹⁷⁸ Ein solches Angebot kann laut Mitteilung zwar ausnahmsweise noch berücksichtigt werden, wenn außergewöhnliche Umstände vorliegen. Eine Berücksichtigung kam jedoch im vorliegenden Fall nach zutreffender Ansicht der Europäischen Kommission schon deshalb nicht in Betracht, weil die zuletzt geänderten Zusagen nur in Form eines Ent-

wurfs in Brüssel eingegangen waren. Ein solcher Entwurf kommt nach Auffassung der Europäischen Kommission einem echten Verpflichtungsangebot nicht gleich und könne daher keinen Einfluss auf ihre Entscheidung haben. Die Monopolkommission teilt diesen Standpunkt. Zwar mag es üblich sein, in einem frühen Verfahrensstadium lediglich den Entwurf von Zusagen vorzulegen, um diese nach Erörterung mit der Europäischen Kommission und eventuellen Änderungen in ein bindendes Zugangsangebot umzuwandeln. Werden Vorschläge jedoch nach mehrfacher Änderung in einem so späten Verfahrensstadium wie im vorliegenden Fall vorgelegt, müssen diese Vorschläge von bindender Natur sein. Die Parteien sind sich in einem solchen Fall bewusst, dass eine weitere Erörterung und Modifizierung der Zusagen nicht mehr in Betracht kommt und die Europäische Kommission nur über ein verbindliches Angebot entscheiden kann.

746. Während des Berichtszeitraums hat der Europäische Gerichtshof in dem Rechtsmittelverfahren *Cementbouw/Kommission* im Zusammenhang mit Abhilfemaßnahmen zur Zuständigkeit der Kommission Stellung genommen.¹⁷⁹ Nach Auffassung des Gerichtshofs führt der Umstand, dass die Zusammenschlussparteien für einen Teil ihres Vorhabens Änderungen vorschlugen, nicht zu einer Verpflichtung der Europäischen Kommission, ihre einmal festgestellte Zuständigkeit erneut zu prüfen. Darüber hinaus hat sich das Gericht erster Instanz in seinem Urteil *easyJet/Kommission* zu dem Aspekt der Abhilfemaßnahmen geäußert. Das Urteil bestätigt die behördliche Entscheidung in dem Zusammenschlussverfahren *Air France/KLM* und geht insbesondere auf die den Parteien auferlegte Verpflichtung zur Slot-Abgabe ein.

747. Im Oktober 2005 hat die Europäische Kommission eine Studie über die Konzipierung, Implementierung und Effizienz von Abhilfemaßnahmen veröffentlicht.¹⁸⁰ Die Untersuchung von 40 Entscheidungen aus den Jahren 1996 bis 2002, in denen 96 Abhilfemaßnahmen auferlegt worden waren, hat erhebliche Defizite der Zugangspraxis aufgezeigt. Die 84 überprüften Veräußerungsverpflichtungen warfen insgesamt 194 Probleme bei ihrer Konzipierung und Implementierung auf. Vor allem die Feststellung des Umfangs des zu veräußernden Geschäftsbereichs sowie dessen Getrennthaltung bis zum Abschluss der Veräußerung verursachte erhebliche Schwierigkeiten. Daneben ermittelte die Europäische Kommission eine Anzahl weiterer Probleme, z. B. hinsichtlich der Eignung von Erwerbern und Treuhändern, dem Veräußerungsprozess und Transfer des betroffenen Unternehmensteils sowie dem Monitoring von auferlegten Verpflichtungen. Nach den Ergebnissen der Studie waren lediglich 57 Prozent der Abhilfemaßnahmen effektiv, 24 Prozent der Verpflichtungen stellten sich als nur teilweise und 7 Prozent als völlig unwirksam heraus. Die verbleibenden 12 Prozent der

¹⁷⁸ Mitteilung der Kommission über im Rahmen der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 447/98 der Kommission zulässige Abhilfemaßnahmen, ABl. EG Nr. C 68 vom 2. März 2001, S. 3 ff., Rn. 39 ff.

¹⁷⁹ EuGH, Urteil vom 18. Dezember 2007, Rs. C-202/06 P, *Cementbouw/Kommission*; vgl. Tz. 633 ff.

¹⁸⁰ *Merger Remedies Study*, DG Competition, European Commission, Oktober 2005, http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/studies_reports/study_reports.html. Vgl. hierzu Monopolkommission, Hauptgutachten 2004/2005, a. a. O., Tz. 701 ff.

Fälle entzogen sich laut Europäischer Kommission einer näheren Beurteilung. Während sich der Erwerb von Anteilen an Gemeinschaftsunternehmen durch die jeweiligen Partner als besonders wirkungsvoll herausstellte, kam Verpflichtungen zur Gewährung des Zugangs zu Infrastruktur oder Technologie die geringste Wirksamkeit zu. Im April 2007 hat die Europäische Kommission den Entwurf von überarbeiteten Leitlinien zu Abhilfemaßnahmen vorgelegt, mit dem sie vornehmlich auf die festgestellten Defizite, aber auch auf die neuere Rechtsprechung reagiert. Die Bemühungen der Europäischen Kommission, gewisse Mängel bei der Entgegennahme von Zusagen abzustellen, spiegeln sich ebenfalls in der jüngeren Entscheidungspraxis wider.

3.6.1 Veräußerungszusagen

748. Während des Berichtszeitraums hat die Europäische Kommission eine ganze Reihe von bedingten Freigaben mit Veräußerungszusagen verbunden. Deren strukturelle Natur macht sie grundsätzlich besonders geeignet, um Wettbewerbsbedenken im Rahmen von Zusammenschlüssen zu beseitigen. Dieses Ziel kann allerdings nur dann erreicht werden, wenn das Veräußerungsobjekt hinsichtlich Inhalt, Umfang, Lebensfähigkeit etc. zutreffend ausgewählt worden ist. In dem Verfahren Universal/BMG Music Publishing bestehen Zweifel, ob die auferlegte Veräußerungsverpflichtung ausreicht, um die von der Europäischen Kommission festgestellten Wettbewerbsprobleme zu beseitigen.¹⁸¹ Die Europäische Kommission befürchtete insbesondere, dass durch den Zusammenschluss die Marktmacht von Universal auf dem Markt für Online-Rechte erheblich wachsen würde und einseitige Preiserhöhungen gegenüber den Online-Musik Anbietern möglich würden. Zuvor hatte die Wettbewerbsbehörde unter anderem geprüft, an wie vielen Chart-Hits die Parteien (Co-)Verlagsrechte und/oder Tonträgerrechte hielten. Sie war zu dem Ergebnis gekommen, dass Universal vor dem Zusammenschluss den Zugang zu durchschnittlich 40 bis 41 Prozent der Chart-Hits kontrollierte. Dieser Anteil würde sich aufgrund des Zusammenschlusses auf 49 bis 50 Prozent erhöhen. Die Europäische Kommission gab den Parteien daher auf, mehrere ihrer Musikataloge zu veräußern, was dazu führen sollte, dass Universal in allen betroffenen Ländern nicht mehr als 50 Prozent der Kontrollbeteiligungen hielt. Die Europäische Kommission führte in diesem Zusammenhang aus, dass die auf der Grundlage von Chart-Hits vorgenommene Schätzung lediglich eine Annäherung der Marktposition der neuen Unternehmenseinheit darstelle. Es sei daher nicht erforderlich, dass durch das Verpflichtungspaket ein wesentlicher Teil der Zunahme rückgängig gemacht werde oder alle von BMG veröffentlichten Chart-Hits kompensiert würden. Wichtig sei allerdings, dass das Verpflichtungspaket eine bestimmte Anzahl von Chart-Hits enthalte, die in allen betreffenden Mitgliedstaaten erfolgreich gewesen seien.

¹⁸¹ Vgl. Tz. 680 ff.

749. Nach Auffassung der Monopolkommission sind die Auswirkungen der dargestellten Abhilfemaßnahme nur schwer zu prognostizieren. Zwar kann der Europäischen Kommission beigespflichtet werden, soweit diese auf die Bedeutung der Chart-Hits in dem Verpflichtungspaket hinweist. Ob die entgegengenommenen Zusagen allerdings tatsächlich verhindern können, dass Online-Musikanbieter künftig höhere Preise zahlen müssen, erscheint fraglich. Dagegen spricht, dass in Österreich, der Tschechischen Republik und Deutschland die Kontrollanteile Universals selbst nach durchgeführter Veräußerung von 50 auf 54 Prozent bzw. von 43 auf 48,5 und von 47 auf 50 Prozent steigen werden. Hinzu kommt die schon bislang starke Abhängigkeit der Online-Musikanbieter vom Zugang zu den Musikverlagsrechten von Universal und BMG sowie den Tonträgerrechten von Universal. Nach den Feststellungen der Europäischen Kommission ist für die Online-Anbieter der Zugang zu den Katalogen der großen Musikverlage besonders wichtig und höchstens ein großer Verlag verzichtbar. Vor diesem Hintergrund dürfte die Identität des Erwerbers maßgebend für die Wirksamkeit der Abhilfemaßnahme sein. Es wäre darauf zu achten, dass die kleineren Verlage zum Zuge kommen, denn der Erwerb seitens eines der großen Verlage würde möglicherweise erneute Wettbewerbsbedenken auslösen.

3.6.2 Abbau von Marktzutrittsschranken im Energiebereich

750. Während des Berichtszeitraums hat die Europäische Kommission nach Einleitung der Hauptprüfphase zwei bedingte Freigabeentscheidungen im Energiebereich – in den Fällen Dong/Elsam/Energi E2 sowie Gaz de France (GdF)/Suez – erlassen. In dem Verfahren Dong/Elsam/Energi E2 erwirbt der etablierte staatliche Gasversorger in Dänemark unter anderem die beiden traditionellen regionalen dänischen Stromerzeuger Elsam und Energi E2. Während auf den untersuchten Strommärkten keine wettbewerblichen Bedenken auftraten, stellte die Europäische Kommission auf mehreren dänischen Märkten der Gasversorgungskette eine Verstärkung der beherrschenden Stellung von Dong fest. Die Europäische Kommission befürchtete zum einen, dass die neue Unternehmenseinheit imstande wäre, nach dem Zusammenschluss die Speicher- und Flexibilitätskosten ihrer Wettbewerber in die Höhe zu treiben. Außerdem wäre durch das Vorhaben aktueller und potenzieller Wettbewerb auf verschiedenen Gasmärkten der Einzelhandels- und Großhandelsebene eliminiert worden. Um die Wettbewerbsbedenken auszuräumen, verpflichtete sich Dong zum Verkauf der größeren seiner beiden dänischen Gasspeicheranlagen. Darüber hinaus sagte Dong zu, über einen Zeitraum von sieben Jahren Gasmengen in Höhe von 10 Prozent der jährlichen Gasnachfrage in Dänemark an die Wettbewerber zu versteigern.

751. Ebenfalls unter Bedingungen und Auflagen genehmigte die Europäische Kommission den Erwerb von Suez durch GdF. Der Zusammenschluss wirkte sich auf verschiedenen Gas- und Strommärkten in Belgien und Frankreich sowie auf dem französischen Fernwärme- markt aus. Für problematisch hielt die Wettbewerbsbe-

hörde insbesondere den Wegfall des jeweils stärksten Wettbewerbers der Parteien durch den Zusammenschluss. So würde das Vorhaben in Belgien zu sehr hohen gemeinsamen Marktanteilen führen und GdF als wichtigsten Konkurrenten von Distrigaz (Gas) und Electrabel (hauptsächlich Strom) eliminieren. Kein anderer Wettbewerber könnte den Druck, der bislang von GdF ausgehe, aufrecht erhalten. In Bezug auf Frankreich würde mit dem Zusammenschluss der von Distrigaz ausgehende Wettbewerb entfallen. Die jeweiligen marktbeherrschenden Stellungen der Parteien würden unter anderem wegen der hohen Marktzutrittsschranken erheblich verstärkt. Um diese Bedenken zu beseitigen, hat Suez angeboten, ihre Tochtergesellschaft Distrigaz zu veräußern. GdF wird seine Beteiligung an SPE, dem zweitgrößten belgischen Stromproduzenten, abgeben. Hinzu tritt die Verpflichtung, den belgischen Netzbetreiber Fluxys umzustrukturieren und jede Kontrolle an ihm aufzugeben. Die Parteien sagen unter anderem zu, nicht mehr als 60 Prozent der Geschäftsanteile an Fluxys International und nicht mehr als 45 Prozent der Anteile an Fluxys s. a. zu halten.

752. Es ist nach Auffassung der Monopolkommission zu begrüßen, dass die Europäische Kommission im Rahmen der Fusionskontrolle überwiegend strukturelle Zusagen entgegengenommen hat. In dem Verfahren Dong/Elsam/Energi E2 ermöglicht die eigentumsrechtliche Trennung der Gasspeicheranlage einen Zutritt auf dem Markt für Speicher- und Flexibilitätsleistungen. Die zusätzliche Freigabe von Gasmengen wird die Liquidität auf dem dänischen Gasmarkt verbessern. Positiv ist zu werten, dass das Gasfreigabeprogramm immerhin 10 Prozent der jährlichen dänischen Gesamtnachfrage umfasst. Vielversprechend erscheinen die Abhilfemaßnahmen vor allem deshalb, weil in Dänemark die Übertragungsleitungen von Dong bereits entbündelt sind. Mit den Veräußerungszusagen in dem Verfahren GdF/Suez entfallen die horizontalen Überschneidungen auf dem belgischen Gas- und Strommarkt weitgehend. Zweifelhaft ist jedoch, ob die Abhilfemaßnahme bezüglich der Kontrollausübung bei Fluxys trotz fortbestehender Beteiligung geeignet ist, die Wettbewerbsbedenken auszuräumen. Eine solche Verpflichtung der Parteien dürfte von der Europäische Kommission kaum zu überwachen sein. Damit besteht nach wie vor die Gefahr der Behinderung von Wettbewerbern beim Zugang zur Infrastruktur. Hinzuweisen ist ferner darauf, dass mit dem Zusammenschluss das Privatunternehmen Suez jedenfalls zum Teil in den staatlichen Einflussbereich fällt. Vor dem Zusammenschluss wurde das Erwerberunternehmen GdF vom französischen Staat kontrolliert. Im Zuge des Vorhabens verringerte sich zwar der Anteil Frankreichs an GdF, nichtsdestoweniger verfügt der französische Staat weiterhin über erhebliche Anteile und Vetorechte an der neuen Unternehmenseinheit. Problematisch erscheint der verbleibende Einfluss des Staates unter dem Gesichtspunkt, dass Eigentümer- und Regulierungsinteressen in einer Person zusammenfallen.

3.6.3 Abbau von Marktzutrittsschranken durch Slot-Abgabe

753. In dem Urteil *easyJet/Kommission* vom 4. Juli 2006 setzt sich das Gericht erster Instanz mit der Bewer-

tung von Abhilfemaßnahmen, die die Abgabe von Slots fordern, auseinander.¹⁸² Die Europäische Kommission hatte am 11. Februar 2004 das Zusammenschlussvorhaben von Air France und KLM mit einer Zusagenentscheidung unter Bedingungen und Auflagen in der ersten Verfahrensphase genehmigt. Die Zusammenschlussparteien hatten sich unter anderem zeitlich unbefristet verpflichtet, eine bestimmte Anzahl von Zeitnischen, sog. Slots, auf mehreren Flugstrecken zur Verfügung zu stellen. Für die neun betroffenen innereuropäischen Strecken sollten 26 Slot-Paare abgegeben werden, davon alleine sechs Paare für die Strecke Paris-Amsterdam.¹⁸³ Die Abgabe hatte auf Antrag neuer oder aktueller Wettbewerber kostenlos zu erfolgen. Wettbewerber mussten ihre Anträge zwar für jede Flugplanperiode erneuern, Air France/KLM hatte den neuen Anträgen aber nachzukommen, wenn die entsprechenden Slots mit in früheren Flugplanperioden abgegebenen Slots übereinstimmten. Es wurde ein Treuhänder eingesetzt, der überwachen sollte, ob die abgegebenen Slot-Paare tatsächlich auf den Strecken genutzt wurden, die in der fusionskontrollrechtlichen Entscheidung vorgegeben waren. Wurden abgegebene Slots nicht oder anders als vorgesehen genutzt, mussten sie unverzüglich an die Parteien zurückgegeben werden. Diese hatten sie auf Antrag erneut an Wettbewerber abzugeben. Diese Maßnahme wurde durch eine Reihe weiterer Zusagen ergänzt, die unter anderem Vereinbarungen zum Interlining, zum Vielfliegerprogramm sowie zur Freihaltung von Sitzplatzkontingenten beinhalteten. Am 14. Mai 2004 hatte *easyJet* Drittklage gegen die Freigabeentscheidung eingelegt. *EasyJet* wendete sich mit ihrer Klage unter anderem gegen die von der Europäischen Kommission getroffenen Abhilfemaßnahmen. Die Klägerin hielt die Zusagen insbesondere im Hinblick auf die Anzahl der abzugebenden Slots für unzureichend. Die zur Slot-Abgabe hinzutretenden Zusagen stufte sie als verhaltensorientiert und damit als von vornherein unzulässig ein. Daneben bemängelte sie, dass die Europäische Kommission keine Veräußerungsverpflichtung ausgesprochen und den neuen Marktteilnehmer nicht konkret benannt hatte; zudem fehle eine Fristbestimmung für dessen Markteintritt. Das EuG wies die Klage ab.

754. Das Gericht erklärte zunächst, dass die Nichtberücksichtigung der von der Klägerin vorgeschlagenen Zusagen seitens der Europäischen Kommission für sich allein keinen offensichtlichen Beurteilungsfehler darstelle. Des Weiteren führe der Umstand, dass auch andere Zusagen hätten akzeptiert werden können, nicht zur Nichtigkeit der Entscheidung. Dies gelte selbst für den Fall, dass diese Zusagen für den Wettbewerb günstiger gewesen wären, sofern die Wettbewerbsbehörde vernünftigerweise annehmen durfte, dass die in der Entscheidung vorgese-

¹⁸² EuG, Urteil vom 4. Juli 2006, Rs. T-177/04, *easyJet/Kommission*, Slg. 2006, II-1931.

¹⁸³ Außer den Slots für die Strecke Paris-Amsterdam, waren folgende Slot-Paare vorgesehen: vier auf der Strecke Mailand-Amsterdam, je drei auf den Strecken Lyon-Amsterdam und Rom-Amsterdam, je zwei auf den Strecken Marseille-Amsterdam, Toulouse-Amsterdam, Bordeaux-Amsterdam sowie Venedig-Amsterdam und Bologna-Amsterdam.

henen Zusagen ihre Bedenken gegen den Zusammenschluss zerstreuen konnten. Das EuG bestätigt daneben die bisherige Rechtsprechung zur Zulässigkeit und Prüfung von Verhaltenszusagen. Hiernach sind verhaltensbezogene Verpflichtungszusagen nicht schon ihrem Wesen nach unzulänglich, um die Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung zu verhindern. Vielmehr seien sie ebenso wie strukturelle Verpflichtungszusagen von Fall zu Fall zu prüfen. Veräußerungsverpflichtungen seien zwar entsprechend der Mitteilung über die Abhilfemaßnahmen vorzugswürdig, sie stellten jedoch nicht die einzige mögliche Maßnahme dar. Insbesondere wenn sich eine Veräußerung als unmöglich erweise, müsse die Europäische Kommission entscheiden, ob auch andere Arten von Abhilfemaßnahmen ausreichen, um wirksamen Wettbewerb wiederherzustellen. Im vorliegenden Fall habe die Kommission hinreichend dargelegt, dass weder ein lebensfähiger Geschäftsteil zur Veräußerung zur Verfügung stand noch dass die Veräußerung von Flugzeugen die aufgeworfenen Wettbewerbsprobleme wirksam beheben konnte. Die Wettbewerbsbehörde habe in nachvollziehbarer Weise begründet, dass die Hauptschranke für den Marktzutritt die begrenzte Anzahl von Slots auf den großen Flughäfen darstelle. Die Europäische Kommission habe daher keinen offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen, als sie Zusagen entgegennahm, die sich auf die Begrenzung von Marktzutrittsschranken und nicht auf die Veräußerung von Vermögensgegenständen bezogen. Insgesamt stuft das Gericht die dauerhafte Abgabe von Slots unter den Bedingungen des vorliegenden Falles als strukturelle Abhilfemaßnahme ein.

Zuletzt führt das Gericht erster Instanz aus, dass die Europäische Kommission nicht verpflichtet war, einen neuen Marktteilnehmer konkret zu benennen, da sich im Verwaltungsverfahren verschiedene Wettbewerber interessiert gezeigt hatten, die angebotenen Slots zu übernehmen. Das Gericht hält es außerdem für unerheblich, dass bislang kein neuer Teilnehmer in die betroffenen Märkte eingetreten ist. Die angefochtene Entscheidung sei nämlich anhand der tatsächlichen Umstände zu prüfen, die zum Zeitpunkt ihres Erlasses vorlagen und nicht unter Berücksichtigung späterer Umstände. Das EuG geht weiter davon aus, dass die Durchdringung eines neuen Marktes gewisse Zeit in Anspruch nehmen könne. Neue Marktteilnehmer müssten in der Lage sein zu prüfen, ob der Eintritt in diesen Markt für sie rentabel sei. Nach der Mitteilung über Abhilfemaßnahmen dürften zwar nur solche Zusagen in der ersten Verfahrensphase entgegengenommen werden, die innerhalb kurzer Zeit durchführbar sind. Diese Vorgabe hält das Gericht aber für erfüllt, da die Slots einen Monat nach Durchführung des Zusammenschlusses angeboten werden mussten.

755. Bemerkenswert ist vor allem, dass das Gericht die im vorliegenden Fall getroffene Abhilfemaßnahme durchaus für wirksam hält. Seiner Auffassung nach resultiert aus der Verpflichtung zur Slot-Abgabe ein gewisser Wettbewerbsdruck für die Zusammenschlussparteien, selbst wenn kein neuer Teilnehmer in die betroffenen Märkte eintreten sollte. Jedenfalls bei einer von den Parteien durchgeführten Preissteigerung würde sich laut EuG

die Attraktivität eines Markteintritts für Dritte erhöhen. Maßgeblich für die Wirksamkeit der Abhilfemaßnahme ist nach Ansicht des Gerichts somit schon die Bereitstellung der Slots zur Abgabe, nicht erst die Übertragung auf einen Wettbewerber. Nach Auffassung der Monopolkommission kann dem Gericht zwar insoweit gefolgt werden, als mit der Verpflichtung zur Slot-Abgabe eine Senkung der Marktzutrittsbarrieren und somit – jedenfalls prinzipiell – eine Stärkung des Wettbewerbsdrucks einhergeht. Denn ohne verfügbare Zeitnischen ist ein Markteintritt von vornherein ausgeschlossen. Ferner trifft es zu, dass potenziellen Wettbewerbern ein gewisser Zeitraum für eine Rentabilitätsprüfung zugebilligt werden muss. Nichtsdestoweniger verbleibt es bei dem Umstand, dass zwischen der Kommissionsentscheidung und dem Erlass des vorliegenden Urteils über zwei Jahre vergangen sind, ohne dass tatsächlich ein Wettbewerber die angebotenen Slots oder einen Teil derselben übernommen hätte. Das Gericht hat sich nicht mit der Frage auseinandergesetzt, ob dies auch als Indiz dafür gewertet werden könnte, dass die auferlegten Abhilfemaßnahmen unzureichend waren und z. B. eine zu geringe Anzahl von Slots umfassten, unattraktive Strecken einbezogen oder in sonstiger Weise ungeeignet waren, potenzielle Wettbewerber anzulocken. Nach Ansicht der Monopolkommission bedeutet die Abgabe von Slots zunächst nur eine rechtliche Chance von Konkurrenten, einen Flughafen zu bedienen. Es ist jedoch nicht gesagt, dass die geringe Verfügbarkeit von Slots die einzige Marktzutrittsschranke bildet und keine weiteren Hindernisse bestehen. Problematisch erscheint des Weiteren die Dauer der Abhilfemaßnahme im geschilderten Fall. Sie ist auf unbefristete Zeit angelegt, was eine dauerhafte Überwachung durch den bestellten Treuhänder impliziert. Diese Überwachung endet laut Zusagenvereinbarung erst dann, wenn sich die gegenwärtigen Verhältnisse so grundlegend ändern, dass die Abhilfemaßnahme im Rahmen der vorgesehenen Überprüfungs Klausel aufgehoben werden kann.

756. Zu bedenken ist darüber hinaus, dass den Parteien im Rahmen von Abhilfemaßnahmen, mit deren Hilfe Marktzutrittsschranken abgebaut werden sollen, im Allgemeinen maßgebliche Gestaltungsspielräume sowie erhebliches Diskriminierungspotenzial im Hinblick auf die konkreten Zugangsmodalitäten verbleiben. Daraus resultieren häufig beträchtliche Schwierigkeiten beim praktischen Vollzug des Zugangs, die die Wirksamkeit der Abhilfemaßnahme insgesamt infrage stellen können. Bei der Abgabe von Slots sind die Wettbewerber zwar zunächst auf die Infrastruktur des neutralen Flughafenbetreibers angewiesen, Vollzugsprobleme können in der Praxis aber dennoch eine Rolle spielen. So sind die Parteien etwa bei den Umsteigemöglichkeiten an den Hubs oder bei der Aufnahme in Frequent-Flyer-Programme zur Einflussnahme imstande.

757. Einige der genannten Bedenken greift die Europäische Kommission selbst in ihrer Untersagungsentscheidung Ryanair/Aer Lingus auf.¹⁸⁴ Die Tätigkeit der Betei-

¹⁸⁴ Vgl. Tz. 630 ff., 692 ff., 737 ff.

ligten überschritt sich auf 35 Flugstrecken von und nach Irland. Auf 22 dieser Strecken wäre mit dem Zusammenschluss ein Monopol der neuen Unternehmenseinheit entstanden, auf den verbleibenden 13 Strecken wären Marktanteile von über 60 Prozent erreicht worden. Die Europäische Kommission stellte außerdem fest, dass die Zusammenschlussparteien aufgrund ähnlicher Geschäftsmodelle und ihrer jeweiligen Basis auf dem Dubliner Flughafen engste Wettbewerber darstellten. Sie folgerte, dass der Zusammenschluss sowohl den aktuellen Wettbewerb auf den Strecken, die beide Parteien bedienen, als auch den potenziellen Wettbewerb auf den Strecken, die nur von einer Partei bedient werden, beseitigen würde. Vor diesem Hintergrund boten die Parteien mehrere Zusagen, darunter auch die Abgabe von Slots, an. Diese bezog sich zum einen auf die Strecke Dublin-London/Heathrow und war auf British Airways und Air France als mögliche Erwerber beschränkt. Weitere Slots betrafen Strecken von und nach Dublin, Cork und Shannon, die auf sonstige Fluggesellschaften übertragen werden sollten. Zu dieser Zusage traten – verhaltensorientierte – Verpflichtungen hinzu, wie beispielsweise das Versprechen, künftig die Preise von Aer Lingus um mindestens 10 Prozent zu senken und auf den Kerosin-Aufschlag zu verzichten. Ryanair bot außerdem an, den Erwerb von Aer Lingus nicht durchzuführen, bevor ein Käufer für die Slots am Dubliner Flughafen gefunden worden war.

758. Nach Auffassung der Europäischen Kommission können die angebotenen Abhilfemaßnahmen die wettbewerblichen Bedenken nicht ausräumen. Die Kommission kritisiert zum einen die unklaren und widersprüchlichen Formulierungen in den Unterlagen. Ryanair hatte die Vorschläge in Form verschiedener Briefe und Anhänge übermittelt und nicht den von der Europäischen Kommission bereitgestellten Mustertext genutzt. Die Wettbewerbsbehörde hielt insbesondere die Ausführungen zur Abgabe von Slots auf der Strecke Dublin-London/Heathrow und zum upfront-buyer für wenig detailliert, unklar oder sogar widersprüchlich.

Zum anderen erklärt die Europäische Kommission die Zusagen inhaltlich für unzureichend. Sie führt hierzu näher aus, dass die Verpflichtung der Slot-Abgabe wie in anderen Zusammenschlussfällen von Fluggesellschaften dazu dienen soll, den Markteintritt zu erleichtern. Vor diesem Hintergrund ermögliche das Angebot von Slots zwar Wettbewerb, könne aber – anders als die Veräußerung von Unternehmen oder Unternehmensteilen – nicht absichern, dass Wettbewerb auch tatsächlich eintrete. Im Einzelnen kritisierte die Europäische Kommission, dass auf vielen der betroffenen Strecken kein Mangel an Slots bestehe. Zudem beziehe sich eine Reihe der angebotenen Slots nicht auf Strecken, die als wettbewerbsbedenklich aufgefallen seien und beträfen nur zweitrangige Flughäfen, an denen potenzielle Erwerber kein Interesse hätten. Außerdem reiche die Anzahl der zur Verfügung gestellten Slots nicht aus. Daneben habe eine klare Mehrheit der Befragten die Slot-Abgabe nicht als geeignet angesehen, um einen Markteintritt auszulösen. Vielmehr seien fast alle Wettbewerber nach wie vor zurückhaltend bezüglich eines Marktzutritts. Dies sei nur bezüglich der Strecke Du-

blin-London/Heathrow anders, wo sowohl British Airways als auch Air France Interesse an einem Erwerb geäußert hätten. Mit einem solchen Erwerb wäre zwar eine Ausdehnung des bestehenden Angebots verbunden, die Europäische Kommission zweifelte aber auch insofern an der Wirksamkeit der Zusage. Es handele sich nämlich bei keinem der beiden Wettbewerber um eine Billiglinie, von der künftig besonders niedrige Preise zu erwarten seien. Ferner stellten weder British Airways noch Air France besonders enge Wettbewerber der Parteien dar. Nicht auszuschließen sei zudem, dass die insofern angebotene Slot-Anzahl zu gering ausfalle.

759. Die Europäische Kommission entwickelt mit dieser Entscheidung ihre Praxis zum Abbau von Marktzugangshindernissen im Wege der Slot-Abgabe fort. Die Entscheidung ist in mehrerer Hinsicht zu begrüßen. Zum einen erkennt die Europäische Kommission ausdrücklich die Notwendigkeit an, dass Slots auf den wettbewerblich relevanten Strecken und in ausreichender Menge angeboten werden müssen. Zutreffend ist zum anderen ihre Feststellung, wonach sich Abhilfemaßnahmen in Form der Slot-Vergabe dort nicht eignen, wo solche Rechte bereits in ausreichendem Umfang zur Verfügung stehen. Eine weitere Voraussetzung für die Wirksamkeit einer entsprechenden Abhilfemaßnahme stellt das Interesse von Wettbewerbern an einer Übernahme der Slots dar. Der Fall Air France/KLM, in dem es trotz derartiger Interessenbekundungen über einen längeren Zeitraum hinweg nicht zu einer Übertragung gekommen ist, zeigt zwar, dass selbst solche Bekundungen keine Gewähr für einen Marktzutritt darstellen. Fehlt es jedoch von vornherein an einem Erwerbsinteresse, kann eine entsprechende Zusage auf keinen Fall als geeignet angesehen werden. Daneben ist in jedem Fall zu prüfen, ob sonstige Marktzutrittschranken existieren. Von solchen Zutrittschranken geht die Europäische Kommission im vorliegenden Fall aus: Zunächst handele es sich bei beiden Parteien um Billigflieger, die jeweils Punkt-zu-Punkt-Geschäftsmodelle verfolgten. Daneben verfügten die Parteien jeweils über eine starke Basis an demselben Flughafen, die keiner der Wettbewerber aufweisen könne. Da diese Hindernisse durch die angebotenen Zusagen nicht aufgehoben würden, schließt die Europäische Kommission, dass eine Absenkung der Marktzutrittsbarrieren durch die Abgabe von Slots nicht mit ausreichender Sicherheit zu einem Marktzutritt führen werde.

3.6.4 Verhaltensorientierte Abhilfemaßnahmen

760. Vorwiegend verhaltensorientierte Abhilfemaßnahmen hat die Europäische Kommission während des Berichtszeitraums nur in relativ wenigen Fällen auferlegt. In dem Verfahren Axalto/Gemplus produzieren beide Parteien Chip-Karten für Mobiltelefone, Zahlungskarten und Ausweise und bieten darüber hinaus die entsprechende Software und Dienstleistungen an. Die SIM-Kartenverwaltung erfolgt über sog. Over-the-Air(OTA)-Plattformen. Die Europäische Kommission äußerte Wettbewerbsbedenken, weil durch den Zusammenschluss zwei umfangreiche Bestände an Patenten zusammengeführt

würden. Außerdem befürchtete die Wettbewerbsbehörde, dass die Parteien andere Chip-Kartenhersteller behindern würden, indem sie ihre OTA-Plattformen so ausgestalten, dass sie nicht kompatibel mit den Karten der Wettbewerber seien. Axalto verpflichtete sich daraufhin nicht nur zur Erteilung einer zehnjährigen Lizenz für die gemeinsamen Patente, sondern sagte auch die Bereitstellung von Informationen zur Interoperabilität seiner Plattformen für eine Dauer von acht Jahren zu.

761. Der Zusammenschluss SFR/Télé2France wirkt sich auf den Pay-TV-Sektor in Frankreich aus. Télé2France ist in Frankreich unter anderem in den Bereichen Internetzugang und Vertrieb von Pay-TV via DSL tätig. Vivendi als Mutterkonzern von SFR ist vor allem im Medien- und Telekommunikationssektor aktiv. Das Unternehmen verfügt über eine sehr starke Stellung im gesamten Pay-TV-Sektor in Frankreich, ist bisher jedoch noch nicht selbst im Vertrieb von Pay-TV via DSL tätig. Nach den Erkenntnissen der Europäischen Kommission sind die DSL-Anbieter insgesamt die wichtigsten Akteure, die auf den betroffenen Märkten Wettbewerbsdruck auf Vivendi ausüben können. Allerdings ist dieser Wettbewerbsdruck noch relativ gering, weil die audiovisuellen Inhalte weitgehend von Vivendi kontrolliert werden, was den Zugang für die DSL-Anbieter erheblich erschwert. Die Europäische Kommission befürchtet, dass Vivendi nach dem Zusammenschluss Anreize haben würde, seine Tochtergesellschaft SFR/Télé2France beim Zugang zu Inhalten zu privilegieren. Dadurch würde sich die Marktposition von SFR/Télé2France gegenüber den anderen DSL-Anbietern sowohl auf dem nachgelagerten Markt für den Vertrieb von Rechten an audiovisuellen Inhalten als auch auf den vorgelagerten Märkten für den Erwerb solcher Rechte wesentlich verbessern.

Um die Bedenken der Europäischen Kommission auszuräumen, haben die Parteien Verpflichtungen angeboten, die sicherstellen sollen, dass Vivendi die anderen DSL-Anbieter im Vergleich zu SFR/Télé2France nicht benachteiligt. Vivendi sagt unter anderem zu, von ihm selbst und von Dritten veranstaltete Programme, die von SFR/Télé2France vertrieben werden, auch allen anderen DSL-Anbietern zu normalen Marktbedingungen zur Verfügung zu stellen. Diese Bedingungen dürfen nicht ungünstiger sein als die SFR/Télé2France eingeräumten Bedingungen. Laut ausdrücklicher Erklärung der Europäischen Kommission bedeutet diese Verpflichtung nicht, dass Vivendi allen DSL-Anbietern dieselben Bedingungen einräumen müsse. Ein solches Vorgehen könnte nämlich diese Anbieter zur Abstimmung ihres Marktverhaltens und/oder Vivendi zu einer allgemeinen Preiserhöhung gegenüber allen Anbietern veranlassen und sich damit nachteilig auf den Wettbewerb auswirken. Im Rahmen der Verpflichtung sei lediglich vorgesehen, dass Vivendi den anderen DSL-Anbietern keine ungünstigeren Bedingungen einräumen dürfe als SFR/Télé2France, was auch künftig eine differenzierte Behandlung der anderen DSL-Anbieter ermögliche. Außerdem schließe die Zusage, die Programme zu normalen Marktbedingungen bereitzustellen, den Anreiz Vivendis aus, ein besonders hohes Entgelt

von SFR/Télé2France zu verlangen, wodurch dieses Unternehmen faktisch ein Exklusivrecht erhalte.

762. Insbesondere vor dem Hintergrund der oben erwähnten Studie der Europäischen Kommission zur Umsetzung von Abhilfemaßnahmen sind erhebliche Zweifel gegenüber der Wirksamkeit von Zugangsverpflichtungen angebracht. Laut den Ergebnissen der Studie hatten sich gerade solche Abhilfemaßnahmen als besonders ineffizient erwiesen. Problematisch sind hierbei vor allem die vielfachen Diskriminierungs- und Preiserhöhungspotenziale, die den Zusammenschlussparteien bei der Gewährung des Zugangs offen stehen. Wie schwierig sich die Durchführung solcher Abhilfemaßnahmen gestaltet, belegt das Verfahren Axalto/Gemplus. Hier erwies es sich bereits als problematisch, die Erkennbarkeit der den Parteien auferlegten Informationspflichten für die begünstigten Wettbewerber zu gewährleisten. Um das Problem zu lösen, verpflichtete die Europäische Kommission die Parteien daher zur Veröffentlichung von Kontaktdaten auf ihrer Website. Während des Markttests war darüber hinaus die vorgesehene Frist zur Informationsübermittlung kritisiert worden. Die Europäische Kommission verkürzte diese Frist schließlich auf zehn Werkzeuge.

In dem Verfahren SFR/Télé2France erkannte die Europäische Kommission ausdrücklich die mit der Zusage verbundene Gefahr einer Preiserhöhung und verpflichtete Vivendi deshalb, ein Angebot zu „normalen Marktbedingungen“ bereitzustellen. Zur Erläuterung führt die Europäische Kommission aus, dass sich die normalen Marktbedingungen an den allgemeinen Marktpraktiken orientieren sollen. Es erscheint allerdings zweifelhaft, ob diese Vorkehrung die drohende Preiserhöhungsgefahr beseitigen kann. Wie die Wettbewerbsbehörde selbst festgestellt hat, kontrolliert Vivendi die audiovisuellen Inhalte weitestgehend selbst. Vivendi ist somit in der Lage, die allgemeinen Marktpraktiken bzw. die „normalen Marktbedingungen“ ganz wesentlich mit zu prägen. Unter dieser Voraussetzung dürften vielfältige Möglichkeiten für das Unternehmen bestehen, Preiserhöhungen zu begründen. Daneben bleiben die grundsätzlichen Bedenken gegen Zugangsverpflichtungen bestehen, die sich aus dem sonstigen Diskriminierungspotenzial wie Qualitätsverschlechterungen, zeitlichen Verzögerungen oder reduziertem Service ergeben.

763. Beizupflichten ist den Feststellungen der Europäischen Kommission zur mangelnden Geeignetheit von sog. „firewalls“ in dem Verfahren Telefónica/O₂. Hier bestanden Wettbewerbsbedenken insbesondere auf dem Markt für internationale Roaming-Dienste im Vereinigten Königreich. Auf der Großkundenebene erwerben die Telekommunikationsunternehmen internationale Roaming-Dienste voneinander, um ihren Mobilfunkkunden zu ermöglichen, Anrufe im Ausland zu tätigen und zu empfangen. Die wettbewerblichen Bedenken standen in engem Zusammenhang mit der Existenz von zwei Allianzen, die von den Netzbetreibern gebildet wurden, um die internationalen Roaming-Dienste zu verbessern. Telefónica ist Mitglied der Allianz FreeMove, O₂ gehört der etwas loseren Allianz StarMap an. Die Europäische Kommission er-

wartete, dass O₂ nach der Fusion die Allianz Starmap zugunsten von FreeMove verlassen oder jedenfalls weniger bereit wäre, internationalen Roaming-Verkehr mit Nichtmitgliedern von FreeMove auszutauschen. Dies würde erhebliche Kostensteigerungen für Unternehmen vor allem im Vereinigten Königreich bewirken, wo nach der Übernahme mit Ausnahme von Vodafone kein von FreeMove unabhängiger internationaler Roaming-Anbieter verbleiben würde.

Um die Befürchtungen der Europäischen Kommission auszuräumen, sagte Telefónica zu, aus der Allianz FreeMove auszutreten und bis 2011 nicht mehr einzutreten. Zuvor hatte die Europäische Kommission einen Zusagenvorschlag abgelehnt, wonach O₂ für zwei Jahre aus der Starmap-Allianz austreten und für diese Zeit auch nicht Mitglied bei FreeMove werden sollte. Diesen Vorschlag hielt die Wettbewerbsbehörde für unzureichend, obwohl Telefónica die Errichtung einer „firewall“ im Hinblick auf Informationen zu den Roaming-Aktivitäten von O₂ zugesagt hatte. Die Europäische Kommission sah es nicht als gewährleistet an, dass keine sensiblen Geschäftsdaten von O₂ an Telefónica gelangen könnten. Vielmehr ließe die konkrete Ausgestaltung der Geschäftsbeziehungen zwischen den beiden Unternehmen genügend Raum für die Übermittlung von sensiblen Daten.

764. Die Monopolkommission teilt die restriktive Haltung der Europäischen Kommission zu Vorkehrungen, die auf die Unterbindung von Informationstransfers innerhalb eines Unternehmens gerichtet sind. Ihrer Ansicht nach ist die Einhaltung derartiger Verpflichtungen nicht wirksam zu beobachten. Ein effektives Monitoring muss schon an der Fülle von – auch informellen – Zusammentreffen und Kontakten zwischen den Mitarbeitern der verschiedenen Unternehmensteile scheitern. Bedenklich stimmt in diesem Zusammenhang darüber hinaus die lange Frist von acht Jahren, in denen die Informationsübermittlung verhindert werden soll.

3.6.5 Leitlinien zu Abhilfemaßnahmen

765. Im April 2007 hat die Europäische Kommission den Entwurf einer Mitteilung zu Abhilfemaßnahmen vorgelegt, mit dem die seit 2001 geltenden Leitlinien überarbeitet werden. Anlass zu dieser Überarbeitung gab im Wesentlichen die Studie der Europäischen Kommission über Abhilfemaßnahmen aus dem Jahr 2005, die bedeutende Mängel der bisherigen Zusagenpraxis aufgedeckt hat. Bei dieser Gelegenheit soll ferner die neuere Rechtsprechung und Behördenpraxis in den Leitlinien Berücksichtigung finden. Das vorgelegte Dokument ist sowohl umfassender als auch detaillierter als die geltenden Leitlinien. Die darin zum Ausdruck kommende Grundhaltung der Europäischen Kommission gegenüber Verpflichtungszusagen erscheint restriktiver. Insbesondere wird den Zusammenschlussparteien eine größere Verantwortung für die Geeignetheit und Umsetzbarkeit der angebotenen Zusagen auferlegt. Diese spiegelt sich in einer weitgehenden Informationspflicht wider, die mit der Einführung eines neuen Formulars, der Form RM, einhergeht. Daneben betont die Europäische Kommission die

Risiken und Probleme bei der Umsetzung von Zusagen und legt der Möglichkeit zur Kontrolle auferlegter Abhilfemaßnahmen besonderes Gewicht bei.

Außerdem bekräftigt die Europäische Kommission die Vorteile von Veräußerungszusagen. Verhaltensorientierte Abhilfemaßnahmen sieht sie nur als ausnahmsweise geeignet an, um festgestellte Wettbewerbsbedenken auszuräumen. Die Europäische Kommission unterstreicht daneben die Bedeutung des ausgewählten Erwerbers sowie der Lebensfähigkeit des zu veräußernden Objekts. Besonderes Gewicht legt die Europäische Kommission auf sog. Upfront-Buyer- und Fix-it-first-Lösungen. Bei Upfront-Buyer-Lösungen verpflichten sich die Parteien, den Vollzug des genehmigten Zusammenschlusses so lange auszusetzen, bis eine bindende Vereinbarung mit einem geeigneten Erwerber abgeschlossen wurde. Die Fix-it-first-Lösung setzt noch früher an, indem die Beteiligten eine bindende Vereinbarung mit dem Erwerber noch während des laufenden Fusionskontrollverfahrens treffen.

766. Die Monopolkommission begrüßt die Initiative der Europäischen Kommission insbesondere vor dem Hintergrund der Defizite, die die erwähnte Studie hervorgebracht hat. Ein strengerer Ansatz bei der Entgegennahme von Zusagen erscheint notwendig, da sich in der Vergangenheit nur etwa die Hälfte der Abhilfemaßnahmen als wirkungsvoll erwiesen hat. Positiv wertet die Monopolkommission die Einstellung der Europäischen Kommission zu Veräußerungszusagen. Sie sind struktureller Natur und daher in der Regel am ehesten in der Lage, Wettbewerbsbedenken infolge eines Zusammenschlusses zu beseitigen. Die Monopolkommission teilt ferner die Bedenken der Europäischen Kommission gegenüber verhaltensorientierten Abhilfemaßnahmen. Für zu wenig kritisch hält sie dagegen die Ausführungen zu Zugangsverpflichtungen. Die Europäische Kommission räumt zwar ein, dass eine einzelne derartige Maßnahme häufig nicht genügen dürfte, um die Befürchtungen der Wettbewerbsbehörde auszuräumen. Sie regt daher umfassendere Verpflichtungen in Form von Maßnahmenpaketen an. Nach Auffassung der Monopolkommission werden indes die mit Zugangsverpflichtungen verbundenen Nachteile, vor allem das Diskriminierungspotenzial der Parteien, kaum angesprochen. Damit wird der vorgelegte Entwurf den Ergebnissen der Studie aus dem Jahr 2005 nicht gerecht, wonach Zugangsmaßnahmen die am wenigsten erfolgreiche Art der Abhilfemaßnahme sind.

Zuzustimmen ist der Europäischen Kommission, wenn sie die Bedeutung des richtigen Erwerbers für den Erfolg der Abhilfemaßnahme unterstreicht. Außerdem unterstützt die Monopolkommission die Initiative der Europäischen Kommission, verstärkt auf Upfront-Buyer- und Fix-it-first-Lösungen zurückzugreifen. Die Monopolkommission hat bereits in der Vergangenheit mehrfach den stärkeren Einsatz von Upfront-Buyer-Lösungen gefordert. Unter anderem wird auf diese Weise sichergestellt, dass die Fusion nur vollzogen wird, wenn sich überhaupt ein fähiger Erwerber für das Veräußerungspaket findet. Des Weiteren gewährleistet eine Upfront-Buyer-Zusage, dass die Zusammenschlussparteien alles

tun werden, um den Übertragungsvorgang so unkompliziert und zügig wie möglich zu gestalten. Diese Erwägungen gelten ebenso für die vorgeschlagene Fix-it-first-Lösung.

767. Die Europäische Kommission hat einen Teil ihrer Positionen bereits während des Berichtszeitraums in ihre Entscheidungen einfließen lassen. In dem Verfahren Omya/Huber haben die Parteien unter anderem die Veräußerung einer Produktionsanlage angeboten. Nach Durchführung des Markttests hielt die Europäische Kommission diese Verpflichtung grundsätzlich für ausreichend, stellte jedoch auch fest, dass die Lebensfähigkeit des zu veräußernden Geschäftsbereichs weitgehend von der Identität des Erwerbers abhängt. Außerdem kam es in einer Reihe von Entscheidungen, T-Mobile Austria/Tele.ring, Metso/Aker Kvaerner sowie Inco/Falconbridge, zu verbindlichen Rahmenvereinbarungen noch im Verlauf des fusionskontrollrechtlichen Verfahrens. In dem Fall Ryanair/Aer Lingus hatte Ryanair allerdings keinen Erfolg mit den von ihm übermittelten Zusagen, obwohl das Unternehmen zusätzlich eine Upfront-Buyer-Zusage angeboten hatte.

768. Es bleibt zu fordern, dass die Europäische Kommission in Zukunft regelmäßig über die Wirksamkeit von Abhilfemaßnahmen berichtet. Die Studie von 2005 belegt die Bedeutung solcher Kontrollen. Nur auf der Grundlage regelmäßiger Beobachtung lässt sich zuverlässig ermitteln, ob die nun vorgeschlagenen Änderungen wesentlich zur Verbesserung der Implementierung von Abhilfemaßnahmen beitragen oder ob weiterer Reformbedarf besteht.

3.7 Rechtsprechung

769. Das Gericht erster Instanz und der Europäische Gerichtshof haben im Berichtszeitraum mehrere wichtige Entscheidungen getroffen. Mit großer Spannung wurde das Urteil über die Schadensersatzklage von Schneider Electric gegen die Europäische Kommission erwartet. In dem Urteil vom 11. Juli 2007 setzt sich das Gericht erster Instanz zum ersten Mal grundlegend mit der Haftung der Europäischen Gemeinschaft für Fehler im Fusionskontrollverfahren auseinander.¹⁸⁵ Weitere Urteile sind unter anderem in den Gerichtsverfahren easyJet/Kommission, Impala/Kommission, Cementbouw/Kommission und Sun Chemical/Kommission ergangen. Diese Urteile wurden teilweise bereits oben erläutert.¹⁸⁶ Einige der genannten Entscheidungen enthalten daneben interessante verfahrensrechtliche Überlegungen, die im Anschluss dargelegt werden. Während des Berichtszeitraums ist eine Reihe weiterer Klagen erhoben worden. So gehen z. B. Ryanair gegen die Untersagungsentscheidung Ryanair/Aer Lingus und Omya gegen die von der Europäischen Kommission auferlegten Abhilfemaßnahmen im Verfahren Omya/Huber vor. Gegen zwei Urteile des EuG wurden Rechtsmittel beim EuGH eingelegt: Die Europäische Kom-

mission hat die Entscheidung in dem Schadensersatzprozess Schneider Electric/ Kommission angefochten, Bertelsmann und Sony griffen das Urteil Impala/Kommission an.

3.7.1 Schneider Electric/Kommission

770. Im Oktober 2001 hatte die Europäische Kommission das Zusammenschlussvorhaben von Schneider Electric und Legrand untersagt. Da Schneider zu dem Zeitpunkt der Untersagungsentscheidung bereits einen Großteil der Legrand-Aktien erworben hatte, erließ die Europäische Kommission im Januar 2002 außerdem eine Entflechtungsanordnung. Gegen beide Entscheidungen erhob Schneider Nichtigkeitsklage vor dem EuG. Für den Fall einer Abweisung der Klagen bereitete Schneider die Veräußerung von Legrand vor und schloss im Juli 2002 mit dem Konsortium Wendel/KKR einen Veräußerungsvertrag, der spätestens im Dezember 2002 durchzuführen war. Am 22. Oktober 2002 erklärte das EuG sowohl die Untersagungs- als auch die Entflechtungsentscheidung für nichtig. Nach Ansicht des Gerichts waren der Europäischen Kommission bei der Beurteilung des Zusammenschlusses mehrere gravierende Fehler unterlaufen. Neben einer Reihe von sachlichen Beurteilungsfehlern habe die Europäische Kommission die Verteidigungsrechte von Schneider aus Artikel 18 FKVO missachtet, indem sie den Einwand, die beherrschende Stellung von Schneider würde in bestimmten Sektoren durch den Erwerb von Legrand verstärkt werden, erstmals in ihrer Untersagungsentscheidung vorgebracht habe. Dadurch sei dem Unternehmen eine Stellungnahme zu der vorgebrachten Argumentation unmöglich gewesen. Außerdem habe es keine Gelegenheit gehabt, geeignete Abhilfemaßnahmen vorzuschlagen, um die Bedenken der Wettbewerbsbehörde gegen den Zusammenschluss auszuräumen. Einen Tag nach der Nichtigkeitsklärung durch das Gericht nahm die Europäische Kommission das Fusionskontrollverfahren wieder auf und leitete am 4. Dezember 2002 erneut das Hauptprüfverfahren ein. Daraufhin vollzog Schneider am 10. Dezember 2002 den Veräußerungsvertrag mit Wendel/KKR und teilte dies der Europäischen Kommission mit. In der Folge stellte die Europäische Kommission das wieder aufgenommene Fusionskontrollverfahren am 13. Dezember 2002 wegen Gegenstandslosigkeit ein. Am 10. Oktober 2003 erhob Schneider beim Gericht erster Instanz Klage auf der Grundlage von Artikel 288 Abs. 2 EGV und forderte 1,66 Mrd. Euro Schadensersatz. Am 11. Juli 2007 erging das Urteil, mit dem das Gericht der Klage teilweise stattgab.

771. In dem vorliegenden Urteil erinnert das EuG vorab an die Voraussetzungen für eine außervertragliche Haftung der Europäischen Gemeinschaft gemäß Artikel 288 Abs. 2 EGV. Eine Haftung setze erstens eine hinreichend qualifizierte Verletzung einer dem Schutz der Einzelnen dienenden Rechtsnorm, zweitens das Vorliegen eines Schadens sowie drittens einen hinreichend unmittelbaren Kausalzusammenhang zwischen Verstoß und Schaden voraus. Stehe dem Gemeinschaftsorgan beim Erlass der betreffenden Maßnahme ein Ermessensspielraum zu, so führe nur eine offenkundige und erhebliche Überschrei-

¹⁸⁵ EuG, Urteil vom 11. Juli 2007, Rs. T-351/03, Schneider Electric/ Kommission.

¹⁸⁶ Vgl. zu easyJet/Kommission Tz. 753 ff., zu Impala/Kommission Tz. 717 ff., zu Cementbouw/Kommission Tz. 633 ff.

tung der Ermessensgrenzen zu einer Schadensersatzpflicht. Dem Einwand der Europäischen Kommission, sie könne ihre Aufgabe als Wettbewerbshüterin nicht mehr erfüllen, wenn sie Schadensersatzansprüche der betroffenen Unternehmen befürchten müsse, begegnet das Gericht mit der Feststellung, dass der Begriff des qualifizierten Verstoßes nicht sämtliche Fehler erfasse. Eine außervertragliche Haftung entstehe dann nicht, wenn der Rechtsverstoß mit den objektiven Zwängen der fusionskontrollrechtlichen Vorschriften erklärt werden könne. Eine solche Definition der Schwelle für die außervertragliche Haftung der Gemeinschaft schütze den Handlungsspielraum und die Beurteilungsfreiheit, über die die Europäische Kommission im allgemeinen Interesse bei Ermessensentscheidungen sowie bei ihrer Würdigung und Anwendung der einschlägigen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts verfügen müsse, ohne deswegen Dritten die Folgen klarer und unentschuldigbarer Verstöße aufzubürden.

Das EuG bejaht einen hinreichend qualifizierten Rechtsverstoß lediglich mit Hinblick auf die Verletzung der Verteidigungsrechte nach Artikel 18 FKVO. Diese Verletzung könne durch die „besonderen objektiven Zwänge“, denen die Europäische Kommission unterliege, weder gerechtfertigt noch erklärt werden. Zum Umfang des zu ersetzenden Schadens erklärt das Gericht, dass Schneider Ersatz für zwei Schäden erhalten müsse. Der erste Schaden bestehe in den Kosten, die Schneider aufwenden musste, um sich an der Wiederaufnahme des Fusionskontrollverfahrens nach dem Nichtigkeitsurteil des EuG zu beteiligen. Der zweite Schaden resultiere aus der Reduzierung des Veräußerungspreises, die Schneider dem Käufer-Konsortium einräumen musste, um die Wirkungen der Veräußerung zu verschieben. Dieser Schaden sei allerdings nur zu zwei Dritteln zu ersetzen, da nach Auffassung des Gerichts Schneider selbst zur Schädigung beigetragen habe. Das Unternehmen sei das Risiko eingegangen, dass der Zusammenschluss im Nachhinein für unvereinbar erklärt werde und die erworbenen Anteile an Legrand möglicherweise wieder verkauft werden müssten, obwohl es ihm nicht verborgen geblieben sein könne, dass die durchgeführte Fusion zumindest in einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes eine beherrschende Stellung zu begründen oder zu verstärken drohte. Die Parteien haben dem Gericht die Höhe des ersten Schadens in einer Frist von drei Monaten mitzuteilen. Die Höhe des zweiten Schadens ist durch ein Gutachten zu ermitteln.

Den Ersatz weiterer Schäden verweigert das Gericht mit dem Hinweis darauf, dass auch ohne den festgestellten Fehler kein Anspruch auf eine Freigabe des Zusammenschlusses bestanden habe. Denn die wirtschaftliche Analyse der betroffenen Märkte seitens der Europäischen Kommission sei durch das Urteil vom 22. Oktober 2002 nicht für ungültig erklärt worden. Da es daher an einem hinreichend engen Kausalzusammenhang zwischen Verletzungshandlung und Schaden fehle, könne der Gemeinschaft nicht der gesamte erlittene Wertverlust zugerechnet werden.

772. Das vorliegende Urteil entfaltet grundlegende Bedeutung, weil sich das Gericht zum ersten Mal zu Schadensersatzansprüchen in Fusionskontrollverfahren äußert. Das EuG bemüht sich offensichtlich, zwischen dem Beurteilungs- und Ermessensspielraum der Europäischen Kommission auf der einen Seite und den Rechten der betroffenen Unternehmen auf der anderen Seite zu vermitteln. Dies wird unter anderem daran deutlich, dass an mehreren Stellen der Entscheidung der weite Beurteilungsspielraum der Europäischen Kommission und der Prognosecharakter der Entscheidungen bestätigt werden. Schadensersatz wird daher nur bei offenkundigen und schweren Rechtsverletzungen zugebilligt. Allerdings macht das Gericht auch deutlich, dass schwerwiegende Fehler bei Fusionskontrollentscheidungen Konsequenzen nach sich ziehen können. Das EuG führt damit die Linie weiter, die bereits in seinen Urteilen zu Untersagungsentscheidungen aus dem Jahr 2002 sichtbar wurde.

Daneben konkretisiert das Gericht die Voraussetzungen für eine Amtshaftung der Europäischen Gemeinschaft bei rechtswidriger Untersagung eines Zusammenschlusses. Dies betrifft insbesondere die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine hinreichend qualifizierte Rechtsverletzung und ein hinreichend enger Kausalzusammenhang gegeben sind. Bei der Feststellung eines hinreichend qualifizierten Verstoßes betont das Gericht formale Aspekte. Auf diese Weise stärkt es die Verteidigungsrechte der betroffenen Unternehmen und sichert ein faires Verfahren. Die Betonung formaler Aspekte dürfte auch damit zusammenhängen, dass entsprechende Fehler leichter nachzuweisen sind und Beurteilungsspielräume insoweit keine Rolle spielen. Es ist davon auszugehen, dass die Europäische Kommission künftig besonders genau und sorgfältig darauf achten wird, dass sämtliche Verfahrensrechte eingehalten worden sind.

Soweit Fehler bei der ökonomischen Analyse betroffen sind, schließt das EuG eine Schadensersatzpflicht zwar nicht prinzipiell aus. Es unterstreicht jedoch mehrmals die Komplexität und den Prognosecharakter der Beurteilung, die einen weiten Spielraum der Europäischen Kommission erfordern. Außerdem erklärt das Gericht, dass ein hinreichend enger Kausalzusammenhang stets dann fehle, wenn auch bei korrektem Vorgehen nicht nur eine Freigabeentscheidung denkbar gewesen wäre. Vor diesem Hintergrund dürfte eine Schadensersatzpflicht aufgrund materieller Beurteilungsfehler auf wenige Ausnahmefälle beschränkt bleiben.

773. Weiteren Aufschluss, unter welchen Voraussetzungen auch materielle Beurteilungsfehler zu Schadensersatzforderungen berechtigen, wird möglicherweise das noch ausstehende Urteil im Schadensersatzprozess My Travel/Kommission geben. Darüber hinaus hat die Europäische Kommission am 24. September 2007 Rechtsmittel gegen das Urteil Schneider Electric/Kommission eingelegt. Die Europäische Kommission bestreitet darin unter anderem das Vorliegen eines hinreichend qualifizierten Verstoßes sowie die Kausalität zwischen dem Rechtsverstoß und dem eingetretenen Schaden. Es bleibt

abzuwarten, ob der EuGH diese Einwände als stichhaltig ansieht.

3.7.2 Impala/Kommission

774. Große Aufmerksamkeit erregte auch das Urteil Impala/Kommission, mit dem das Gericht erster Instanz die Entscheidung der Europäischen Kommission in dem Zusammenschlussverfahren Sony/BMG für nichtig erklärt hat.¹⁸⁷ Damit steht das Urteil in einer Reihe mit drei Entscheidungen des EuG – Airtours/Kommission, Schneider Electric/Kommission sowie Tetra Laval/Kommission – aus dem Jahr 2002, mit denen ebenfalls Kommissionsverfügungen aufgehoben worden sind. Im Unterschied zu diesen Gerichtsentscheidungen, die sich jeweils mit behördlichen Verboten befassten, betrifft das jetzige Urteil allerdings eine Freigabeverfügung der Europäischen Kommission. Es handelt sich jedoch nicht, wie verschiedentlich in der Presse zu lesen war, um die erste Aufhebung einer Freigabeentscheidung durch die europäischen Gerichte. Schon in dem Zusammenschluss RAG/Saarbergwerke/Preussag Anthrazit hat das Gericht eine Genehmigung für nichtig erklärt.¹⁸⁸ In den Fällen Kali & Salz/ Treuhandgesellschaft sowie SEB/Moulinex geschah dies zumindest teilweise.¹⁸⁹ Das nun vorliegende Urteil ist vor allem wegen der Ausführungen des Gerichts zum Beweismaßstab in Freigabeentscheidungen sowie zu den Begründungs- und Beweispflichten der Europäischen Kommission bemerkenswert.

775. Hervorzuheben ist, dass das EuG bei Freigabeentscheidungen dieselben Begründungs- und Beweisanforderungen stellt wie bei Untersagungsverfügungen. Es fordert auch im Rahmen von Genehmigungen, dass die Europäische Kommission sämtliche relevanten Fakten berücksichtigt, widerspruchsfrei bleibt und ihre Entscheidung in nachvollziehbarer Weise begründet. Außerdem hat die Europäische Kommission bei der Prüfung einer kollektiven Marktbeherrschung dieselben Kriterien – Markttransparenz, Vergeltungsmechanismen sowie wettbewerbliche Stärke von Konkurrenten und Nachfragern – heranzuziehen, egal ob das Verfahren mit einer Freigabe oder einem Verbot endet. Somit steht der Europäischen Kommission im Rahmen von Fusionsgenehmigungen kein größerer Entscheidungsspielraum zu als bei einem Verbot.

776. Die Monopolkommission befürwortet diese Position des Gerichts, denn aus wettbewerbsspolitischer Sicht ist kein Grund ersichtlich, warum behördliche Fehler, die zu einer unrichtigen Genehmigung führen, großzügiger behandelt werden sollten als solche im Rahmen von Verbotsentscheidungen. Welche Art von Fehler gravierendere negative Folgen für den Wettbewerb auslöst, lässt

sich nicht verallgemeinern, sondern nur im Einzelfall beurteilen. Gegen die Ansicht des Gerichts lässt sich auch nicht anführen, dass die Fusionsbeteiligten im Falle einer Freigabe größeren Vertrauensschutz genießen als bei einer Untersagung. Das folgt schon aus der im Gesetz verankerten Möglichkeit zur Drittklage, aus der sich für die Fusionsparteien ergibt, dass auch eine vorbehaltlose Genehmigung möglicherweise gerichtlich angegriffen wird.

777. Das Gericht befasst sich daneben mit der fundamentalen Kehrtwendung der Europäischen Kommission zwischen der Mitteilung der Beschwerdepunkte gemäß Artikel 18 FKVO, der mündlichen Anhörung der Zusammenschlussbeteiligten und der abschließenden Entscheidung nach Artikel 8 Abs. 2 FKVO.¹⁹⁰ Zwar bestätigt das Gericht ausdrücklich, dass es sich bei den Beschwerdepunkten lediglich um eine vorläufige Beurteilung im laufenden Verfahren handelt. Eine Abweichung von den darin getroffenen Feststellungen und Einschätzungen habe die Europäische Kommission deshalb nicht im Einzelnen zu begründen. Die Begründungspflicht beziehe sich lediglich auf die in der abschließenden Entscheidung getroffenen Aussagen, die in rechtlich hinreichender Weise erläutert werden müssten. Nichtsdestoweniger kritisiert das Gericht im weiteren Verlauf der Urteilsbegründung, dass sich die im Anschluss an die Anhörung erfolgte Bewertungsänderung durch die Wettbewerbsbehörde nicht in ausreichendem Maß in den Gründen der Freigabeentscheidung wiederfindet und überzeugende Argumente plötzlich fallen gelassen worden sind. Insbesondere bemängelt das Gericht, dass die Europäische Kommission ihre Bedenken auf der Basis der Parteienanhörung aufgab, ohne die dort gemachten Aussagen durch eine neue Marktuntersuchung zu verifizieren.

778. Auch nach Einschätzung der Monopolkommission war es überraschend und kaum nachvollziehbar, wie deutlich und zu welchem späten Zeitpunkt die Europäische Kommission in dem Verfahren Sony/BMG ihren Standpunkt wechselte. Die Entscheidung vermittelt den Eindruck, die Wettbewerbsbehörde habe plötzlich ihre Vorstellung darüber geändert, welchen Beweismaßstab sie zu erfüllen habe und sei davon überzeugt gewesen, diesem strengeren Beweismaßstab nicht gerecht werden zu können. Festzustellen ist allerdings auch, dass es sich bei dem dargestellten Vorgang – soweit ersichtlich – eher um einen Einzelfall in der Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission handelt. Darüber hinaus erscheint auch die vom EuG geäußerte Kritik in sich unstimmig. Das Gericht stellt zwar einerseits klar, dass die Beschwerdepunkte nur eine vorläufige Beurteilung liefern und Abweichungen in der abschließenden Entscheidung nicht im Einzelnen zu begründen seien. In der Sache verlangt das Gericht aber doch Erklärungen für die Meinungsänderung der Europäischen Kommission von den Beschwerdepunkten bis hin zur abschließenden Entscheidung.

Nach Auffassung der Monopolkommission muss sich die Europäische Kommission aufgrund der Ausführungen

¹⁸⁷ EuG, Urteil vom 13. Juli 2006, Rs. T-464/04, Impala/Kommission., Slg. 2006, II-2289.

¹⁸⁸ EuG, Urteil vom 31. Januar 2001, Rs. T-156/98, RJB Mining/Kommission, Slg. 2001, II-337.

¹⁸⁹ EuGH, Urteil vom 31. März 1998, Verb. Rs. C-68/94 und C-30/95, Frankreich u. a./Kommission, Slg. 1998, I-1375; EuG, Urteil vom 3. April 2003, Rs. T-114/02, Babyliiss/Kommission, Slg. 2003, II-1279.

¹⁹⁰ Urteil, Rn. 282 ff.

des Gerichts zu den Beschwerdepunkten in Zukunft verstärkt bemühen, Meinungsänderungen im Verlauf eines Fusionskontrollverfahrens plausibel zu begründen. Es ist jedenfalls zu gewährleisten, dass die Parteien zu allen entscheidungserheblichen Punkten Stellung nehmen können. Hingegen dürfte es schwierig sein, die Forderung des Gerichts nach Durchführung einer Marktuntersuchung im Anschluss an die Parteienanhörung zu erfüllen. Wie die Erfahrung zeigt, lassen die engen Fristen im Fusionskontrollverfahren, insbesondere zwischen Versendung der Beschwerdepunkte, Anhörung der Zusammenschlussbeteiligten und abschließender Entscheidung, eine umfassende Marktuntersuchung zu diesem Zeitpunkt kaum zu. Eine zeitliche Vorverlagerung der Beschwerdepunkte erscheint ebenfalls unwahrscheinlich, da die den Beschwerdepunkten vorausgehenden Ermittlungen schon jetzt unter großem Zeitdruck erfolgen. Gegebenenfalls muss die Europäische Kommission auf die Anforderungen des Gerichts damit reagieren, die Verfahrensfristen zu verlängern. Dies ist allerdings gemäß Artikel 10 Abs. 3 Unterabs. 2 FKVO nur mit Zustimmung der Anmelder möglich. Denkbar sind daher auch erneute Vorstöße legislativer Art hin zu einer weiteren Verlängerung der Fusionskontrollfristen. Abzulehnen wäre jedenfalls eine Reaktion, bei der die Europäische Kommission selbst fundierte Gegenargumente, die erst zu einem relativ späten Zeitpunkt in das Verfahren eingebracht werden, nicht mehr berücksichtigen und eine einmal eingetragene Einschätzung beibehalten würde. Ebenso negativ wäre es zu beurteilen, wenn die Europäische Kommission auf die Versendung von Beschwerdepunkten verzichten würde, obwohl in einer früheren Verfahrensphase ernsthafte Bedenken gegen einen Zusammenschluss bestehen.

779. Im Anschluss an das Urteil wurden auch Forderungen laut, die Möglichkeit von Drittklagen einzudämmen. Dies könne im Wege von Artikel 10 Abs. 6 FKVO erreicht werden, wonach ein Zusammenschluss als genehmigt gilt, wenn die Europäische Kommission nicht innerhalb der vorgesehenen Fristen zu einer Entscheidung gelangt. Eine solche Freigabefiktion sei mangels behördlicher Verfügung nicht gerichtlich angreifbar und biete den Zusammenschlussparteien somit ohne Verzögerung ein hohes Maß an Rechtssicherheit. Außerdem versetze dieses Vorgehen die Europäische Kommission in die Lage, sich auf die schwerwiegenden, bedenklichen Fälle zu konzentrieren. Die nötige Transparenz des Verfahrens sei mittels Veröffentlichung von Presseerklärungen erreichbar.

780. Die Monopolkommission verkennt nicht die grundsätzlich bestehende Gefahr missbräuchlich erhobener Drittklagen im Rahmen der Fusionskontrolle. Sie ist sich auch des Zielkonflikts zwischen zügiger Rechtssicherheit einerseits und Drittrechtsschutz andererseits bewusst. Die Monopolkommission wendet sich jedoch ausdrücklich gegen die regelmäßige Verwendung des Artikel 10 Abs. 6 FKVO zur Genehmigung von Zusammenschlüssen. Die Regelung ist Ausfluss des Beschleunigungsgrundsatzes in der europäischen Fusionskontrolle und sanktioniert Verzögerungen aufseiten der Europäischen Kommission. Schließt die Wettbewerbsbehörde ein

Verfahren in der ersten oder zweiten Phase nicht rechtzeitig ab, wird eine Entscheidung fingiert. Es handelt sich somit um ein Instrument, mit dem die Parteien vor Verzögerungen seitens der Wettbewerbsbehörde geschützt werden sollen, nicht um ein Instrument zur Vermeidung von Klagen. Deshalb ist jedenfalls bislang gegen – fingierte – Entscheidungen nach Artikel 10 Abs. 6 FKVO die Nichtigkeitsklage statthaft. Dies sollte nach Auffassung der Monopolkommission auch nicht geändert werden. Gegen den vorgeschlagenen Weg sprechen die damit einhergehende Intransparenz – eine notwendigerweise relativ oberflächliche Presseerklärung kann detaillierte Behördenentscheidungen nicht ersetzen – sowie die erhöhte Gefahr politischer Einflussnahme. Außerdem bezieht sich Artikel 10 Abs. 6 FKVO erkennbar nur auf Ausnahmefälle und kann eine behördliche Entscheidung nach Artikel 2 FKVO nicht generell ersetzen. Dies belegt auch Erwägungsgrund 35 der Fusionskontrollverordnung, wonach im Gesetz Fristen vorzusehen sind, innerhalb derer die Europäische Kommission abschließend zu entscheiden hat.

Die Fusionskontrollverordnung schützt zudem nicht nur die Institution des Wettbewerbs als solche, sondern auch das Vertrauen Dritter auf den Erhalt des Wettbewerbs. Daher müssen Dritte in gleicher Weise wie die Zusammenschlussbeteiligten auf die Richtigkeit der Ergebnisse bauen und sie gegebenenfalls auch angreifen können. Darüber hinaus würde ein wichtiges Instrument zur Gewährleistung korrekter Entscheidungen entfallen, wenn die Möglichkeit von Drittklagen beseitigt würde. Gäbe es keine Möglichkeit zur Drittklage, würde schließlich auch die Wachsamkeit von Wettbewerbern und sonstigen Marktteilnehmern in Bezug auf die Richtigkeit von Entscheidungen nachlassen. Bislang ist nicht erkennbar, dass der Dritten zustehende Rechtsschutz in der europäischen Fusionskontrolle missbräuchlich genutzt wurde. Dies belegt gerade der vorliegende Fall, in dem das Gericht den Argumenten der Klägerin weitgehend folgt. Berücksichtigt werden sollte in diesem Zusammenhang auch, dass die Drittklage keine aufschiebende Wirkung entfaltet, die Parteien also durch die Klage nicht am Vollzug des Zusammenschlusses gehindert sind. Eine systematische Verzögerung der Fusionskontrollverfahren zum Zweck der Genehmigungsfiktion gemäß Artikel 10 Abs. 6 FKVO wäre nach Auffassung der Monopolkommission grob verfahrensfehlerhaft und würde einen qualifizierten Rechtsverstoß darstellen, der nach Artikel 288 Abs. 2 EGV die Amtshaftung der Gemeinschaft auslösen würde.¹⁹¹

781. Schließlich ist anzumerken, dass der Prozess auf Antrag der Klägerin im beschleunigten Verfahren durchgeführt wurde. Das Gericht hatte sich allerdings vorbehalten, jederzeit in das normale Verfahren zurückkehren zu können. Aus dem Urteil geht hervor, dass Impala das Verfahren in mehrfacher Hinsicht verzögert und aufgehalten hat. Dennoch hat das Gericht keinen Gebrauch von seiner Möglichkeit zur Rückkehr in das normale Verfahren gemacht. Das Verhalten Impalas hatte allerdings zur

¹⁹¹ Vgl. Tz. 771 ff.

Konsequenz, dass ihr trotz des Erfolges in der Sache ein Viertel ihrer Kosten auferlegt wurde. Möglicherweise hat das Gericht im vorliegenden Fall auf eine Rückkehr in das normale Verfahren nur deshalb verzichtet, weil es sich um eine Drittklage handelte und die Verzögerung von dem Drittkläger ausging. Die Fusionsbeteiligten hingegen, die an einer zügigen Entscheidung besonders interessiert sind, trugen für die Verzögerung keine Verantwortung. Zweifelhaft ist jedoch, ob sich das Gericht künftig genauso großzügig verhalten wird, wenn die Fusionsparteien selbst gegen eine Untersagung vorgehen und das beschleunigte Verfahren in ungebührlicher Weise aufhalten.

782. Gegen das vorliegende Urteil haben Bertelsmann und Sony am 10. Oktober 2006 Rechtsmittel beim EuGH eingelegt. Unter anderem führen die Kläger an, das Gericht habe falsche und übertrieben hohe Anforderungen an die Nachweispflicht und die Entscheidungsbegründung gestellt und rechtsfehlerhaft die Mitteilung der Beschwerdepunkte als Bezugspunkt für die materielle Beurteilung der Entscheidung verwendet. Parallel zu dem Verfahren vor dem EuGH hat die erneute Prüfung des Zusammenschlussfalls Sony/BMG durch die Europäische Kommission stattgefunden. Dieser Prüfung waren zwar die aktuellen Marktbedingungen zugrunde zu legen, sie erfolgte aber wiederum auf der Basis der Verordnung 4064/89, weil es insoweit auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zwischen den Parteien ankommt. Die Europäische Kommission hat inzwischen ihre erste Freigabeentscheidung bestätigt und den Zusammenschluss nach Durchführung der zweiten Verfahrensphase ohne Bedingungen und Auflagen genehmigt.

3.7.3 easyJet/Kommission

783. Weniger Aufsehen erlangte das Urteil easyJet/Kommission, mit dem die behördliche Entscheidung in dem Zusammenschlussvorhaben Air France/KLM bestätigt worden ist.¹⁹² Die Europäische Kommission hatte am 11. Februar 2004 das Zusammenschlussvorhaben von Air France und KLM mit einer Zusagenentscheidung in der ersten Verfahrensphase genehmigt. Am 14. Mai 2004 legte easyJet Drittklage gegen die Freigabeentscheidung ein. Das Urteil vom 4. Juli 2006 ist verfahrensrechtlich von besonderem Interesse, weil es die Darlegungspflichten des Klägers in Verfahren, die sich gegen eine Entscheidung der Europäischen Kommission richten, verdeutlicht.

Nach Auffassung von easyJet hat die Europäische Kommission unter anderem deshalb einen offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen, weil sie ihre Untersuchung nicht auf Märkte/Flugverbindungen erstreckt hatte, auf denen keine Überschneidungen zwischen den Tätigkeiten der Fusionsbeteiligten existierten. Ebenso habe die Europäische Kommission es versäumt, die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Markt für Freizeitflüge

zu untersuchen. Das Gericht folgt diesem Vorbringen nicht, weil die Klägerin die Märkte, deren Existenz sie geltend mache, nicht näher definiert habe. Ohne eine solche Definition könne das Gericht nicht beurteilen, ob die Wettbewerbsbehörde die genannten Märkte hätte untersuchen müssen. Soweit der Europäischen Kommission vorgeworfen werde, sie habe ein etwaiges Wettbewerbsproblem auf Märkten, auf denen keine Überschneidungen zwischen den Tätigkeiten der Parteien bestehen, nicht berücksichtigt, habe ein Kläger zudem zuverlässige Indizien vorzutragen, mit denen auf konkrete Weise die Existenz eines Wettbewerbsproblems bewiesen würden. Um diesem Erfordernis zu genügen, müsse ein Kläger die betreffenden Märkte bezeichnen, die Wettbewerbslage ohne Zusammenschluss beschreiben und angeben, welche Auswirkungen ein Zusammenschluss vermutlich im Hinblick auf die Wettbewerbslage auf diesen Märkten hätte. Dies sei im vorliegenden Fall unterblieben. Auch die weiteren Klagegründe wies das Gericht zurück, da die Klägerin ihr Vorbringen nicht hinreichend belegt habe. Bloße Behauptungen, zu deren Stützung nichts vorgetragen werde, genügten keinesfalls als Basis für die Nichtigerklärung einer Kommissionsentscheidung. An verschiedenen Stellen des Urteils weist das Gericht außerdem ausdrücklich darauf hin, dass die Vorwürfe der Klägerin gegenüber der Kommission unberechtigt sind, weil diese bei ihrer Entscheidung alle wesentlichen Aspekte berücksichtigt habe.

Das EuG stützt sich bei seiner Argumentation auf Artikel 44 § 1 lit. c der Verfahrensverordnung des Gerichts, demzufolge die Klageschrift den Streitgegenstand und eine kurze Darstellung der Klagegründe enthalten muss. Nach Auffassung des Gerichts muss diese Darstellung hinreichend klar und deutlich sein, um dem Beklagten die Vorbereitung seiner Verteidigung und dem Gericht gegebenenfalls ohne weitere Informationen die Entscheidung über die Klage zu ermöglichen. Für die Zulässigkeit einer Klage sei es erforderlich, dass sich die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Umstände, auf die sich die Klage stützt, zumindest in gedrängter Form, aber zusammenhängend und verständlich unmittelbar aus der Klageschrift ergeben. Das Gericht stellt somit klar, dass eine Klage keinen Erfolg haben kann, wenn sie auf bloßen Behauptungen basiert, die nicht durch entsprechende Fakten und Informationen untermauert werden. Vielmehr trifft den Kläger eine weitgehende Substantiierungspflicht. Das vorliegende Urteil kann auch als Warnung des Gerichts vor der Erhebung offensichtlich unbegründeter Klagen verstanden werden. Das Gericht dürfte diese Gelegenheit vor dem Hintergrund der stark steigenden Zahl von Klagen in Wettbewerbsfällen wahrnehmen. Allein im Jahr 2006 hatte das Gericht über 400 neu anhängige Rechtssachen zu verzeichnen und liegt damit zwar in etwa gleichauf mit dem Jahr 2005. Im Vergleich von 2005 und 2006 hat sich jedoch die Zahl der neu anhängigen Fälle im Bereich Wettbewerb von 40 auf 81 verdoppelt. Wettbewerbsrechtliche Fragestellungen machen somit ca. 20 Prozent aller neu anhängigen Rechtssachen aus. Die damit verbundene Arbeitsbelastung des Gerichts schätzt der ehemalige Präsident des EuG aufgrund der Komplexi-

¹⁹² EuG, Urteil vom 4. Juli 2006, Rs. T-177/04, easyJet/Kommission., Slg. 2006, II-1931.

tät der Wettbewerbsfälle noch weit höher, nämlich mit 40 bis 50 Prozent, ein.¹⁹³

3.8 Reformen

784. Während des Berichtszeitraums hat die Europäische Kommission verschiedene Mitteilungen zur Fusionskontrolle überarbeitet und zusammengefasst. Im April 2007 hat sie den Entwurf einer Mitteilung zu Abhilfemaßnahmen vorgelegt, mit dem die seit 2001 geltenden Leitlinien überarbeitet werden.¹⁹⁴ Die Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen vom Juli 2007 löst vier ältere Mitteilungen über Begriff des Vollfunktionsunternehmens, über den Begriff des Zusammenschlusses und der beteiligten Unternehmen sowie über die Berechnung des Umsatzes ab.¹⁹⁵ Zuletzt, im November 2007, hat die Europäische Kommission ihre Mitteilung zu nichthorizontalen Zusammenschlüssen veröffentlicht.¹⁹⁶

785. Die Mitteilung zu nichthorizontalen Zusammenschlüssen erfasst sowohl vertikale als auch konglomerate Zusammenschlüsse und soll die für diese Vorhaben spezifischen Wettbewerbsaspekte aufzeigen. Die Europäische Kommission vertritt die Ansicht, dass nichthorizontale Fusionen in der Regel weniger Anlass zu Wettbewerbsbedenken als horizontale Zusammenschlüsse geben. Zum einen resultiere aus nichthorizontalen Fusionen kein Verlust an direktem Wettbewerb. Zum anderen könnten vertikale und konglomerate Fusionen mit erheblichen Effizienzgewinnen einhergehen. So könne eine vertikale Integration z. B. zur Internalisierung doppelter Margen und zur Senkung von Transaktionskosten führen sowie eine bessere Koordinierung hinsichtlich Produktgestaltung oder Organisation des Herstellungsprozesses bewirken. Daneben stellt die Europäische Kommission fest, dass ein erweitertes Produktportfolio wegen der einheitlichen Beschaffungsquelle für die Kunden von Vorteil sein könne. Die Europäische Kommission legt als Prüfungsmaßstab

ausdrücklich den Konsumentenwohlstandsstandard an. Deshalb sieht sie es auch nicht als per se problematisch an, wenn eine nichthorizontale Fusion die Wettbewerber der Zusammenschlussbeteiligten beeinträchtigt.

786. Die Europäische Kommission legt ferner dar, wie sie die Marktanteile und Konzentrationshöhen im Zusammenhang mit nichthorizontalen Fusionen einschätzt. Diese bedrohten wirksamen Wettbewerb nur, wenn das fusionierte Unternehmen über ein deutliches Maß an Marktmacht in wenigstens einem der betroffenen Märkte verfüge. Erste nützliche Bezugsgrößen für eine solche Marktposition stellten die Marktanteile und Konzentrationshöhen dar. Nach Auffassung der Europäischen Kommission wird es kaum zu Wettbewerbsbedenken kommen, wenn der Marktanteil der neuen Unternehmenseinheit in jedem der betroffenen Märkte unterhalb von 30 Prozent und der HHI unterhalb von 2.000 liege. Die Europäische Kommission kündigt allerdings an, dass derartige Fusionen unter besonderen Umständen dennoch eingehend untersucht werden. Davon sei beispielsweise auszugehen, wenn eine Zusammenschlusspartei wahrscheinlich in naher Zukunft erheblich wachsen werde oder zwischen den Marktteilnehmern beträchtliche Überkreuzbeteiligungen bestünden.

787. Nach den Leitlinien können nichthorizontale Fusionen wirksamen Wettbewerb unter Umständen auch erheblich behindern. Die Europäische Kommission unterscheidet in diesem Zusammenhang – wie bei horizontalen Fusionen – zwischen nicht koordinierten und koordinierten Auswirkungen. Bei ersteren stellt die Kommission im Wesentlichen auf mögliche Abschottungseffekte ab, wobei zwischen zwei Arten des Marktverschlusses – der Abschottung von Einsatzmitteln und der Abschottung von den Kunden – unterschieden wird. Die Europäische Kommission will in derartigen Fällen in drei Schritten prüfen, ob das fusionierte Unternehmen die Möglichkeit sowie den Anreiz zur Abschottung hätte und eine Abschottungsstrategie spürbare nachteilige Auswirkungen auf den Wettbewerb hätte. Von koordinierten Effekten sei dann auszugehen, wenn das Wesen des Wettbewerbs auf dem betroffenen Markt sich insoweit ändere, als eine Koordinierung zwischen Unternehmen, die vorher keinen entsprechenden Anreiz hatten, wahrscheinlicher werde, oder wenn eine vorhandene Koordinierung für die Unternehmen einfacher, stabiler oder effektiver werde.

Für die Frage, ob Anreize für ein bestimmtes Verhalten existieren, stellt die Europäische Kommission auf dessen Profitabilität ab. Sie will hierbei sowohl die positiven Anreize als auch die Faktoren, die zu einer Schwächung oder sogar Beseitigung derartiger Anreize führen können, berücksichtigen. Zu den letztgenannten Faktoren gehört die Möglichkeit, dass das prognostizierte Verhalten nach europäischen oder nationalen Maßstäben unrechtmäßig ist. Bei dieser Bewertung sei jedoch keine erschöpfende und eingehende Prüfung der Vorschriften der verschiedenen anwendbaren Rechtsordnungen und der darin vorherrschenden Durchsetzungssysteme erforderlich. Die Europäische Kommission habe lediglich zu ermitteln, ob die Rechtswidrigkeit des Verhaltens anhand einer ersten Ana-

¹⁹³ Äußerung des ehemaligen EuG-Präsidenten Bo Vesterdorf im Rahmen der Diskussion zu seinem Vortrag bei der Studienvereinigung Kartellrecht, Internationales Forum EG-Kartellrecht, Brüssel, 24. Mai 2007.

¹⁹⁴ Vgl. Tz. 765 ff.

¹⁹⁵ Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, 10. Juli 2007; Mitteilung der Kommission über den Begriff des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens nach der Verordnung (EWG) Nr. 4064/98 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EG Nr. C 66 vom 2. März 1998, S. 1; Mitteilung der Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses der Verordnung (EWG) Nr. 4064/98 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EG Nr. C 66 vom 2. März 1998, S. 5; Mitteilung der Kommission über den Begriff der beteiligten Unternehmen in der Verordnung (EWG) Nr. 4064/98 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EG Nr. C 66 vom 2. März 1998, S. 14; Mitteilung der Kommission über die Berechnung des Umsatzes im Sinne der Verordnung (EWG) Nr. 4064/98 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EG Nr. C 66 vom 2. März 1998, S. 25.

¹⁹⁶ Mitteilung der Kommission, Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, 28. November 2007.

lyse eindeutig oder höchstwahrscheinlich festzustellen sei, das unrechtmäßige Verhalten wahrscheinlich aufgedeckt werde und welche Strafen festgesetzt werden könnten.

788. In ihre Beurteilung bezieht die Europäische Kommission sowohl mögliche wettbewerbswidrige Wirkungen der Fusion als auch mögliche wettbewerbsfördernde Wirkungen ein, die sich aus den von den Parteien nachgewiesenen Effizienzgewinnen ergeben. Für die Bewertung der Effizienzgewinne verweist die Kommission auf die in Abschnitt VII der Mitteilung über horizontale Zusammenschlüsse dargelegten Grundsätze. Damit behauptete Effizienzvorteile bei der Analyse einer Fusion berücksichtigt werden können, müssen diese somit den Verbrauchern zugute kommen, fusionspezifisch und nachprüfbar sein. Darüber hinaus trifft die Europäische Kommission die Feststellung, dass Zusammenschlüsse sowohl horizontale als auch nichthorizontale Wirkungen entfalten können. In einem solchen Fall wird die Wettbewerbsbehörde die horizontalen, vertikalen und/oder konglomeraten Effekte gemäß den in den entsprechenden Mitteilungen enthaltenen Leitlinien beurteilen.

789. Grundsätzlich begrüßt die Monopolkommission die Initiative der Europäischen Kommission, ihre künftige Entscheidungspraxis bei nichthorizontalen Zusammenschlüssen darzulegen. Im gegenwärtigen Berichtszeitraum standen zwar überwiegend die horizontalen Auswirkungen von Zusammenschlüssen im Mittelpunkt der fusionskontrollrechtlichen Untersuchungen. Vertikale und konglomerate Effekte von Fusionen haben weit weniger Bedeutung erlangt. Dies wirft die Frage auf, ob der erhebliche zeitliche und personelle Aufwand für die Erstellung der Nichthorizontal-Leitlinien gerechtfertigt ist. Vor dem Hintergrund der bisherigen behördlichen Entscheidungspraxis ist diese Frage aber zu bejahen. In früheren Verfahren hat die Europäische Kommission beispielsweise eine wesentlich kritischere Haltung gegenüber konglomeraten Zusammenschlüssen eingenommen als in den vorliegenden Leitlinien. So wurden insbesondere Erweiterungen des Portfolios als wettbewerbsbeschränkend bewertet; diese Bewertung hat die Europäische Kommission mit den Leitlinien aufgegeben. Zwar hat die Rechtsprechung bestimmte von der Wettbewerbsbehörde in der Vergangenheit eingenommene Positionen zwischenzeitlich korrigiert. Aus Sicht der betroffenen Unternehmen ist jedoch mit der Veröffentlichung der Leitlinien ein weiterer Zuwachs an Rechtssicherheit verbunden. Sie können nunmehr jedenfalls prinzipiell besser voraussehen, wie die Wettbewerbsbehörde künftig mit konglomeraten und vertikalen Zusammenschlüssen umgehen wird. Unklar ist freilich, ob die Leitlinien auf einer hinreichenden Fallerschaft beruhen. Die oft recht offenen Formulierungen der Leitlinien lassen Zweifel aufkommen, wie die Europäische Kommission im konkreten Fall argumentieren und entscheiden wird.

790. In weiten Teilen stimmt die Monopolkommission den Ausführungen der Europäischen Kommission in den Leitlinien zu. Sie teilt auch die Auffassung, dass von nichthorizontalen Zusammenschlüssen in der Regel ge-

ringere Risiken für den Wettbewerb ausgehen als von horizontalen Fusionen. Die Monopolkommission gibt allerdings zu bedenken, dass eine Unterscheidung zwischen horizontalen und nichthorizontalen Zusammenschlüssen in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten aufwerfen kann. Eine solche Differenzierung hängt entscheidend von der vorzunehmenden Marktabgrenzung ab. Insbesondere bei differenzierten Produkten ist die Marktdefinition indessen stets mit einer gewissen Willkür verbunden. Auf derartige Schwierigkeiten weist die Europäische Kommission selbst in Fußnote 5 ihrer Bekanntmachung hin. Vor diesem Hintergrund wird ein rein verhaltensbezogener Ansatz bei der Prüfung nichthorizontaler Zusammenschlüsse skeptisch gesehen. Schon früher hat die Monopolkommission sich dafür ausgesprochen, auch bei konglomeraten Zusammenschlüssen Marktstrukturkriterien, wie sie z. B. § 19 Abs. 2 GWB vorsieht, zu berücksichtigen.¹⁹⁷ Zu nennen wäre hier etwa eine verstärkte Betonung des Zugangs zu Absatz- oder Beschaffungsmärkten. Stärkere Berücksichtigung bei der Beurteilung nichthorizontaler Fusionen sollte daneben der Wegfall potenzieller Wettbewerber finden. Entsprechende Überlegungen der Europäischen Kommission finden sich auch in ihrer Entscheidungspraxis, beispielsweise in dem Fall ENI/EDP/GDP.¹⁹⁸

791. Die vorgelegten Leitlinien bestimmen, dass neben der Fähigkeit der neuen Unternehmenseinheit zu einer bestimmten Verhaltensweise auch die entsprechenden Anreize untersucht werden sollen. Hierbei sind sowohl die positiven Anreize als auch die anreizmindernden Faktoren, wie etwa absehbare Sanktionen bei Verstößen gegen nationales oder europäisches Recht, zu berücksichtigen. Die Monopolkommission bekräftigt ihre Zweifel in Bezug auf die geforderte Prüfung. Sie hat sich schon früher gegen die Untersuchung von Missbrauchspraktiken im Rahmen der Fusionskontrolle gewendet.¹⁹⁹ Eine umfassende Prüfung derartiger Rechtsverstöße muss schon an der zeitlichen Begrenzung des fusionskontrollrechtlichen Verfahrens scheitern. Sie würde daneben – ebenso wie die anschließende Kosten-/Nutzenanalyse – genaue Kenntnis der Unternehmensinterna erfordern, die der Europäischen Kommission im Rahmen des Fusionskontrollverfahrens regelmäßig nicht zur Verfügung stehen. Die notwendigen zusätzlichen Ermittlungen wären im Rahmen des Fusionskontrollverfahrens kaum zu bewältigen. Zudem hat der EuGH die Simulation eines Missbrauchs nach dem Zusammenschluss im Zeitpunkt der präventiven Fusionskontrolle als zu spekulativ abgelehnt.²⁰⁰ Auch wenn die Horizontal-Leitlinien lediglich eine summarische Prüfung von Rechtsverstößen und ihren Folgen vorsehen, gelten doch die oben dargestellten Einwände weitgehend fort. Insbesondere ändert sich nichts an dem vom Gerichtshof festgestellten spekulativen Charakter des Prüfungsergeb-

¹⁹⁷ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 866 ff.

¹⁹⁸ Europäische Kommission, Entscheidung vom 9. Juli 2004, M.3440.

¹⁹⁹ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 870.

²⁰⁰ EuGH, Urteil vom 15. Februar 2005, Rs. C-12/03 P, Kommission/Tetra Laval, Slg. 2005, I-987, Rn. 71 ff.

nisses. Bei einer „ersten Analyse“, wie sie in den Leitlinien gefordert wird, bestehen zusätzliche Zweifel bezüglich des Aussagewerts eines solchen Prüfungsergebnisses. Jedenfalls sind dem Beurteilungsspielraum der Europäischen Kommission hier kaum noch Grenzen gesetzt. Zusätzlich fällt ins Gewicht, dass die Identifizierung von missbräuchlichen Verhaltensweisen nach den wettbewerbspolitischen Diskussionen der letzten Jahre, insbesondere dem Diskussionspapier der Europäischen Kommission zu Artikel 82 EGV von Dezember 2005, zunehmend unsicher wird. Warum sollten die Zusammenschlussparteien Sanktionen für Rechtsverstöße in Rechnung stellen, wenn sich nicht eindeutig voraussagen lässt, welches Verhalten ein Rechtsverstoß ist?

792. In der Diskussion um die vorgelegten Nichthorizontal-Leitlinien war die Frage besonders umstritten, auf welche Weise die mit nichthorizontalen Fusionen verbundenen Effizienzgewinne in die Prüfung einbezogen werden sollten. Erwogen wurde einerseits ihre Berücksichtigung im Rahmen einer einheitlichen Gesamtanalyse, die sowohl die wettbewerbsbeschränkenden als auch die wettbewerbsfördernden Effekte umfassen sollte. Andererseits wurde ein Zwei-Stufen-Test – wie aus den Horizontal-Leitlinien bekannt – vorgeschlagen, bei dem zunächst die antikompetitiven Auswirkungen ermittelt und in einem zweiten Schritt den geltend gemachten Effizienzgewinnen nachgegangen werden sollte. Die Europäische Kommission hat sich in den Leitlinien für die letztere Alternative entschieden, indem sie im Hinblick auf die Behandlung von Effizienzen auf die entsprechenden Ausführungen in den Horizontal-Leitlinien verweist.²⁰¹

Es ist allerdings festzustellen, dass die Europäische Kommission in ihrer Entscheidungspraxis einen anderen Weg einschlägt. Dies wird besonders deutlich, wenn man die Behandlung des Effizienzeinwands in den rein horizontalen Zusammenschlüssen Inco/Falconbridge und Ryanair/Aer Lingus mit der Behandlung von Effizienzen in dem Verfahren Metso/Aker Kvaerner vergleicht, in dem horizontale und konglomerate Auswirkungen zusammentreffen.²⁰² In den beiden horizontalen Zusammenschlüssen, in denen die Effizienzgewinne im Wesentlichen aus Kosteneinsparungen resultieren, erfolgt eine zweistufige Prüfung: Nach der Feststellung der Wettbewerbsbeschränkung geht die Europäische Kommission der Frage nach, ob geltend gemachte Effizienzen quantifiziert wurden und fusionsspezifisch sind, ob sie wahrscheinlich an die Verbraucher weitergegeben werden und in ausreichender Weise belegt wurden. Die Berücksichtigung der Effizienzen scheitert in beiden Fällen unter anderem daran, dass die Europäische Kommission sie nicht als fusionsspezifisch ansieht. Außerdem mangelt es nach Ansicht der Europäischen Kommission teilweise an ausreichenden Belegen, insbesondere an im Vorhinein erstellten Studien zu den geltend gemachten Effizienzen. In dem Verfahren Metso/Aker Kvaerner, in dem Effizienzgewinne aus der Erweiterung des Portfolios folgen, stellt die Wettbewerbs-

behörde wesentlich niedrigere Anforderungen an die Voraussetzungen und den Nachweis der geltend gemachten Effizienzen. Die Wettbewerbsbehörde lässt als Nachweis der positiven Wettbewerbseffekte im Wesentlichen die Antworten einiger Marktteilnehmer im Rahmen der Marktuntersuchung genügen, die ein Angebot aus einer Hand als vorteilhaft ansehen. Dieses Vorgehen ist insoweit verständlich, als die Vorteile aus einer Portfolio-Erweiterung – anders als solche aus Kosteneinsparungen – den Abnehmern direkt zugute kommen. Außerdem haben die Nachfrager – im Unterschied zu den Zusammenschlussparteien – keine Anreize, die positiven Wirkungen eines Zusammenschlusses zu übertreiben. Die Europäische Kommission geht des Weiteren nicht auf die Frage ein, ob die geltend gemachten Effizienzvorteile fusionsspezifisch sind oder auch auf anderem Weg hätten erzielt werden können. Darüber hinaus werden die horizontalen, wettbewerbsbeschränkenden und die konglomeraten, wettbewerbsfördernden Effekte in einer einheitlichen Gesamtanalyse untersucht. Bei der Abwägung der gegenläufigen Effekte kommt die Europäische Kommission indes zu dem Schluss, dass die positiven Effekte des Zusammenschlusses seine negativen Auswirkungen nicht überwiegen.

Unabhängig von den oben geäußerten inhaltlichen Bedenken gegen eine rein verhaltensbezogene Fusionskontrolle bei nichthorizontalen Zusammenschlüssen ist zu konstatieren, dass die Entscheidungspraxis und die Nichthorizontal-Leitlinien der Europäischen Kommission in Bezug auf die Berücksichtigung von Effizienzen auseinanderfallen. Dies lässt zwei Interpretationsmöglichkeiten zu: (1) Da die Entscheidung Metso/Aker Kvaerner bereits im Dezember 2006 erlassen worden ist, hat die Europäische Kommission zwischenzeitlich ihre Auffassung geändert und wird künftig auch in nichthorizontalen Zusammenschlüssen einen zweistufigen Test anwenden, der eine Prüfung sämtlicher in den Horizontal-Leitlinien vorgesehenen Voraussetzungen umfasst. (2) Die Horizontal-Leitlinien stehen in einem gewissen Widerspruch – auch – zur künftigen Vorgehensweise in der fusionskontrollrechtlichen Praxis. Jedenfalls im letzteren Fall würden die veröffentlichten Leitlinien ihrem Zweck nicht gerecht, die Entscheidungsgrundsätze der Europäischen Kommission für betroffene Unternehmen deutlich und vorhersehbar zu machen.

793. Keinen Aufschluss geben die Leitlinien schließlich über die essenzielle Frage, wie eine Abwägung von wettbewerbsbeschränkenden Effekten und wettbewerbsfördernden Auswirkungen im Einzelfall erfolgen soll. Diese Frage betrifft zum einen rein horizontale Fälle, in denen zwischen wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen auf der einen Seite und wettbewerbsfördernden Effizienzgewinnen auf der anderen Seite abzuwägen ist. In allgemeinerer Form betrifft sie jedoch sämtliche Fälle, in denen horizontale Effekte mit vertikalen und/oder konglomeraten Effekten zusammentreffen. Die Monopolkommission hält prinzipielle Ausführungen der Europäischen Kommission zu diesem Aspekt für wünschenswert. Im Übrigen bleibt abzuwarten, wie die Europäische Kommission künftig in Einzelfällen vorgehen wird.

²⁰¹ Nichthorizontal-Leitlinien, Rn. 53.

²⁰² Vgl. Tz. 734 ff., 737 ff. und 724 ff.

Bisherige Gutachten der Monopolkommission

Alle Veröffentlichungen sind im Nomos-Verlag, Baden-Baden, erschienen.

Hauptgutachten

- | | | |
|-----------------------|--------------|--|
| Hauptgutachten I: | (1973/1975): | Mehr Wettbewerb ist möglich. 1976, 2. Aufl. 1977. |
| Hauptgutachten II: | (1976/1977): | Fortschreitende Konzentration bei Großunternehmen. 1978. |
| Hauptgutachten III: | (1978/1979): | Fusionskontrolle bleibt vorrangig. 1980. |
| Hauptgutachten IV: | (1980/1981): | Fortschritte bei der Konzentrationserfassung. 1982. |
| Hauptgutachten V: | (1982/1983): | Ökonomische Kriterien für die Rechtsanwendung. 1984. |
| Hauptgutachten VI: | (1984/1985): | Gesamtwirtschaftliche Chancen und Risiken wachsender Unternehmensgrößen. 1986. |
| Hauptgutachten VII: | (1986/1987): | Die Wettbewerbsordnung erweitern. 1988. |
| Hauptgutachten VIII: | (1988/1989): | Wettbewerbspolitik vor neuen Herausforderungen. 1990. |
| Hauptgutachten IX: | (1990/1991): | Wettbewerbspolitik oder Industriepolitik. 1992. |
| Hauptgutachten X: | (1992/1993): | Mehr Wettbewerb auf allen Märkten. 1994. |
| Hauptgutachten XI: | (1994/1995): | Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs. 1996. |
| Hauptgutachten XII: | (1996/1997): | Marktöffnung umfassend verwirklichen. 1998. |
| Hauptgutachten XIII: | (1998/1999): | Wettbewerbspolitik in Netzstrukturen. 2000. |
| Hauptgutachten XIV: | (2000/2001): | Netzwettbewerb durch Regulierung. 2003. |
| Hauptgutachten XV: | (2002/2003): | Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“. 2005. |
| Hauptgutachten XVI: | (2004/2005): | Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor! 2006. |
| Hauptgutachten XVII: | (2006/2007): | Weniger Staat, mehr Wettbewerb. 2008. |
| Hauptgutachten XVIII: | (2008/2009): | Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen. 2010. |
| Hauptgutachten XIX: | (2010/2011): | Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen. 2012. |

Sondergutachten

- Sondergutachten 1: Anwendung und Möglichkeiten der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen seit Inkrafttreten der Kartellgesetznovelle. 1975, 2. Aufl. 1977.
- Sondergutachten 2: Wettbewerbliche und strukturelle Aspekte einer Zusammenfassung von Unternehmen im Energiebereich (VEBA/Gelsenberg). 1975.
- Sondergutachten 3: Zusammenschlußvorhaben der Kaiser Aluminium & Chemical Corporation, der Preussag AG und der Vereinigte Industrie-Unternehmungen AG. 1975.
- Sondergutachten 4: Zusammenschluß der Deutsche Babcock AG mit der Artos-Gruppe. 1977.
- Sondergutachten 5: Zur Entwicklung der Fusionskontrolle. 1977.
- Sondergutachten 6: Zusammenschluß der Thyssen Industrie AG mit der Hüller Hille GmbH. 1977.
- Sondergutachten 7: Mißbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. 1977.
- Sondergutachten 8: Zusammenschlußvorhaben der Deutschen BP AG und der VEBA AG. 1979.
- Sondergutachten 9: Die Rolle der Deutschen Bundespost im Fernmeldewesen. 1981.
- Sondergutachten 10: Zusammenschluß der IBH Holding AG mit der WIBAU AG. 1982.
- Sondergutachten 11: Wettbewerbsprobleme bei der Einführung von privatem Hörfunk und Fernsehen. 1981.
- Sondergutachten 12: Zusammenschluß der Burda Verwaltungs KG mit der Axel Springer GmbH/Axel Springer Gesellschaft für Publizistik GmbH & Co. 1982.
- Sondergutachten 13: Zur Neuordnung der Stahlindustrie. 1983.
- Sondergutachten 14: Die Konzentration im Lebensmittelhandel. 1985.
- Sondergutachten 15: Zusammenschluß der Klöckner-Werke AG mit der Seitz Enzinger Noll Maschinenbau AG. 1986.
- Sondergutachten 16: Zusammenschlußvorhaben der Vereinigte Elektrizitätswerke Westfalen AG mit der Société Sidéchar S.A. (Ruhrkohle AG). 1986.
- Sondergutachten 17: Konzeption einer europäischen Fusionskontrolle. 1989.
- Sondergutachten 18: Zusammenschlußvorhaben der Daimler-Benz AG mit der Messerschmitt-Bölkow-Blohm GmbH. 1989.
- Sondergutachten 19: Zusammenschlußvorhaben der MAN Aktiengesellschaft und der Gebrüder Sulzer Aktiengesellschaft. 1990.
- Sondergutachten 20: Zur Neuordnung der Telekommunikation. 1991.
- Sondergutachten 21: Die Mißbrauchsaufsicht über Gas- und Fernwärmeunternehmen. 1991.

- Sondergutachten 22: Zusammenschlußvorhaben der BayWa Aktiengesellschaft und der WLZ Raiffeisen Aktiengesellschaft. 1992.
- Sondergutachten 23: Marktstruktur und Wettbewerb im Handel. 1994.
- Sondergutachten 24: Die Telekommunikation im Wettbewerb. 1996.
- Sondergutachten 25: Zusammenschlußvorhaben der Potash Corporation of Saskatchewan Inc. und der Kali und Salz Beteiligungs Aktiengesellschaft. 1997.
- Sondergutachten 26: Ordnungspolitische Leitlinien für ein funktionsfähiges Finanzsystem. 1998.
- Sondergutachten 27: Systemwettbewerb. 1998.
- Sondergutachten 28: Kartellpolitische Wende in der Europäischen Union? 1999.
- Sondergutachten 29: Wettbewerb auf Telekommunikations- und Postmärkten? 2000.
- Sondergutachten 30: Wettbewerb als Leitbild für die Hochschulpolitik. 2000.
- Sondergutachten 31: Reform der Handwerksordnung. 2002.
- Sondergutachten 32: Folgeprobleme der europäischen Kartellverfahrensreform. 2002.
- Sondergutachten 33: Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand. 2002
- Sondergutachten 34: Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH. 2002.
- Sondergutachten 35: Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH. Ergänzendes Sondergutachten. 2002.
- Sondergutachten 36: Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG. 2003.
- Sondergutachten 37: Wettbewerbsfragen der Kreislauf- und Abfallwirtschaft. 2003.
- Sondergutachten 38: Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG. Ergänzendes Sondergutachten. 2003.
- Sondergutachten 39: Telekommunikation und Post 2003: Wettbewerbsintensivierung in der Telekommunikation – Zementierung des Postmonopols. 2004.
- Sondergutachten 40: Zur Reform des Telekommunikationsgesetzes. 2004.
- Sondergutachten 41: Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle. 2004.
- Sondergutachten 42: Die Pressefusionskontrolle in der Siebten GWB-Novelle. 2004.
- Sondergutachten 43: Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2005: Dynamik unter neuen Rahmenbedingungen. 2006.
- Sondergutachten 44: Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2005: Beharren auf alten Privilegien. 2006.
- Sondergutachten 45: Zusammenschlussvorhaben der Rhön-Klinikum AG mit den Kreiskrankenhäusern des Landkreises Rhön-Grabfeld (Kreis Krankenhaus Bad Neustadt/Saale sowie Kreis Krankenhaus Mellrichstadt). 2006.

- Sondergutachten 46: Die Privatisierung der Deutschen Bahn AG. 2007.
- Sondergutachten 47: Preiskontrollen in Energiewirtschaft und Handel? Zur Novellierung des GWB. 2007.
- Sondergutachten 48: Wettbewerbs- und Regulierungsversuche im Eisenbahnverkehr. 2007.
- Sondergutachten 49: Strom und Gas 2007: Wettbewerbsdefizite und zögerliche Regulierung. 2008.
- Sondergutachten 50: Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2007: Wendepunkt der Regulierung. 2008.
- Sondergutachten 51: Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2007: Monopolkampf mit allen Mitteln. 2008.
- Sondergutachten 52: Zusammenschlussvorhaben der Asklepios Kliniken Hamburg GmbH mit der Krankenhaus Mariahilf gGmbH. 2008.
- Sondergutachten 53: Zusammenschlussvorhaben des Universitätsklinikums Greifswald mit der Kreiskrankenhaus Wolgast gGmbH. 2008.
- Sondergutachten 54: Strom und Gas 2009: Energiemärkte im Spannungsfeld von Politik und Wettbewerb. 2009.
- Sondergutachten 55: Bahn 2009: Wettbewerb erfordert Weichenstellung. 2010.
- Sondergutachten 56: Telekommunikation 2009: Klaren Wettbewerbskurs halten. 2010.
- Sondergutachten 57: Post 2009: Auf Wettbewerbskurs gehen. 2010.
- Sondergutachten 58: Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung. 2010.
- Sondergutachten 59: Energie 2011: Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten. 2012.
- Sondergutachten 60: Bahn 2011: Wettbewerbspolitik unter Zugzwang. 2011.
- Sondergutachten 61: Telekommunikation 2011: Investitionsanreize stärken, Wettbewerb sichern. 2012.
- Sondergutachten 62: Post 2011: Dem Wettbewerb Chancen eröffnen. 2012.
- Sondergutachten 63: Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht. 2012.
- Sondergutachten 64: Bahn 2013: Reform zügig umsetzen. 2013.
- Sondergutachten 65: Energie 2013: Wettbewerb in Zeiten der Energiewende. 2014.
- Sondergutachten 66: Telekommunikation 2013: Vielfalt auf den Märkten erhalten. 2014.
- Sondergutachten 67: Post 2013: Wettbewerbsschutz effektivieren. 2014.