

Auszug aus Hauptgutachten XVI (2004/2005)

## **Kapitel IV**

### **Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen und Zusammenschlusskontrolle**

---

1. Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen
  2. Zusammenschlusskontrolle
  3. Europäische Fusionskontrolle
-

# Inhaltsverzeichnis

<b>Kapitel IV: Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen und Zusammenschlusskontrolle.....</b>	<b>255</b>
1. Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen.....	255
1.1 Überblick über die Amtspraxis.....	255
1.2 Missbrauchsaufsicht im Energiesektor.....	256
1.3 Verkäufe unter Einstandspreis.....	257
2. Zusammenschlusskontrolle.....	259
2.1 Statistischer Überblick.....	259
2.2 Zusammenschlusstatbestand.....	261
2.2.1 Vorliegen eines wettbewerblich erheblichen Einflusses.....	261
2.2.2 Vorliegen eines Zusammenschlusses bei Lizenzerwerb.....	263
2.3 Marktabgrenzung.....	264
2.3.1 Ausdehnung des Marktes über das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland hinaus.....	264
2.3.2 Aufspaltung des Bundesgebietes in Regionalmärkte.....	265
2.3.3 Substitutionsbeziehungen bei Sortimentsmärkten.....	268
2.3.4 Substitutionsbeziehungen im öffentlichen Nahverkehr.....	271
2.4 Entstehung und Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.....	274
2.4.1 Marktbeherrschung im Oligopol.....	274
2.4.2 Marktbeherrschung bei nichthorizontalen Zusammenschlüssen.....	279
2.5 Bedingungen und Auflagen.....	287
2.5.1 Allgemeine Entwicklungen.....	287
2.5.2 Die Auswirkungen von Stilllegungsauflagen.....	288
2.6 Verfahrensfragen.....	291
2.6.1 Feststellungsinteresse bei Zusammenschlussvorhaben.....	291
2.6.2 Verjährung und Bußgeldhöhe bei Verstößen gegen das Vollzugsverbot.....	293
3. Europäische Fusionskontrolle.....	294
3.1 Einführung.....	294
3.2 Zuständigkeitsverteilung.....	296
3.2.1 Änderung der Zwei-Drittel-Regelung?.....	296
3.2.2 Verweisungsregime und -praxis.....	297
3.2.2.1 Die Reform der Verweisungsregeln.....	297
3.2.2.2 Verfahrensabgabe auf Antrag der Unternehmen.....	298
3.2.2.3 Verweisung nach behördlichem Antrag.....	300
3.3 Marktabgrenzung.....	301
3.3.1 Marktabgrenzung bei differenzierten Produkten.....	301
3.3.2 Räumliche Marktabgrenzung und more economic approach.....	305
3.4 Untersagungskriterium.....	306
3.4.1 Marktanteile.....	308
3.4.1.1 Monopolistische Marktstrukturen.....	309

3.4.1.2 Marktanteile und Ausschreibungsmärkte.....	312
3.4.1.3 EWR-weite Marktanteile bei nationaler Marktabgrenzung.....	313
3.4.2 Substitutionsverhältnis.....	313
3.4.3 Anbieterwechsel und Kapazitäten.....	316
3.4.4 Quantitative Analysen.....	318
3.4.5 Oligopolistische Marktbeherrschung.....	320
3.4.6 Effizienzvorteile.....	321
3.4.7 Verfahrensrechtliche Implikationen des more economic approach.....	322
3.5 Abhilfemaßnahmen.....	323
3.5.1 Die Studie der Europäischen Kommission über Abhilfemaßnahmen.....	324
3.5.2 Grenzen des Verpflichtungsumfangs?.....	325
3.5.3 Veräußerungszusagen.....	325
3.5.4 Verhaltensorientierte Zusagen.....	326
3.5.5 Abhilfemaßnahmen ohne Feststellung einer Wettbewerbsbeeinträchtigung.....	328
3.6 Rechtsprechung.....	328
3.6.1 Konglomerate Zusammenschlüsse.....	329
3.6.2 Vertikale Zusammenschlüsse.....	333
3.6.3 Besonderheiten auf dem portugiesischen Gasmarkt.....	333
3.6.4 Abwägungsklausel.....	335
3.6.5 Aufgabe eines Zusammenschlussvorhabens.....	335

## Kapitel IV

### Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen und Zusammenschlusskontrolle

#### 1. Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen

##### 1.1 Überblick über die Amtspraxis

**408.** Auch in diesem Berichtszeitraum ging das Bundeskartellamt im Rahmen der Missbrauchsaufsicht in verschiedenen Verfahren gegen marktbeherrschende und marktstarke Unternehmen vor. Dabei gewinnt die Anwendung europäischen Rechts zunehmend an Bedeutung. Kennzeichnend für die Missbrauchsaufsicht ist, dass sie oft bereits im Stadium der kartellbehördlichen Untersuchung Wirkung entfaltet. So haben die betroffenen Unternehmen in einigen Fällen ihr missbräuchliches Verhalten bereits im Vorfeld einer Missbrauchsverfügung aufgegeben, so dass die entsprechenden Verfahren eingestellt werden konnten.

**409.** Ein Schwerpunkt der Arbeit des Bundeskartellamtes in der Missbrauchsaufsicht liegt nach wie vor im Energiesektor. Das Bundeskartellamt hat ein Verfahren gegen E.ON und RWE wegen des Verdachts auf missbräuchliche Einpreisung des Preises für CO<sub>2</sub>-Zertifikate in die Strompreise eröffnet und eine Untersagungsverfügung gegen E.ON Ruhrgas in Sachen langfristige Gaslieferverträge erlassen. Zu zwei Missbrauchsverfügungen des Bundeskartellamtes aus dem letzten Berichtszeitraum der Monopolkommission liegen inzwischen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (BGH) vor.

**410.** Im ersten Fall hat das Bundeskartellamt der Mainova, dem Betreiber des Stromnetzes der Stadt Frankfurt, in einer Missbrauchsverfügung untersagt, zwei Arealnetzbetreibern den Anschluss an ihr Mittelspannungsnetz zu verweigern.<sup>1</sup> Die Monopolkommission hat diese Entscheidung begrüßt.<sup>2</sup> Auch das Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf hat die Beschwerde der Mainova gegen den Beschluss des Bundeskartellamtes abgelehnt.<sup>3</sup> Die Rechtsbeschwerde der Mainova vor dem BGH wurde ebenfalls abgewiesen.<sup>4</sup> Der BGH bestätigte in seinem Beschluss, dass die Mainova ihre marktbeherrschende Stellung nach § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB dadurch missbraucht habe, dass sie zwei Arealnetzbetreibern den Zugang zu ihrem Mittelspannungsnetz verweigert hat.

**411.** Im zweiten Fall hat das Bundeskartellamt eine Missbrauchsverfügung wegen überhöhter Netznutzungs-

entgelte der Stadtwerke Mainz erlassen.<sup>5</sup> Der Beschluss wurde vom OLG Düsseldorf wegen materieller Rechtsfehler – aus Sicht der Monopolkommission ungerechtfertigterweise<sup>6</sup> – aufgehoben.<sup>7</sup> Allerdings hat der BGH den Beschluss des OLG wiederum aufgehoben und die Sache zur erneuten Entscheidung an das OLG zurückverwiesen.<sup>8</sup> Das Bundeskartellamt hatte unter Anwendung des Vergleichsmarktkonzepts den Stadtwerken Mainz eine Erlösobergrenze gesetzt. Der BGH bestätigt in seiner Entscheidung, dass es grundsätzlich zulässig sei, eine Erlösobergrenze festzusetzen. Das OLG hatte dies für unzulässig erklärt, da eine Erlösobergrenze auf eine dem Kartellamt gesetzlich nicht zustehende präventive Preiskontrolle hinauslaufe und damit eine regulierende Wirkung entfalte. Auch die Wahl der RWE Net als Vergleichsunternehmen ist nach Ansicht des BGH zulässig, obwohl RWE Net deutlich größer und vertikal stärker integriert ist als die Stadtwerke Mainz. Allerdings könne insbesondere dann, wenn der Verfügung der Vergleich mit nur einem einzigen Unternehmen zugrunde liege, der wettbewerbsanaloge Preis nicht nur durch geschätzte Zu- und Abschläge ermittelt werden. Vielmehr müsse die Unsicherheit der schmalen Vergleichsbasis durch eine um so größere Präzision bei der Ermittlung des Vergleichspreises und die Einbeziehung eines Sicherheitszuschlages ausgeglichen werden. Da das OLG die Ermittlung der Zu- und Abschläge des Bundeskartellamtes im Rahmen des Erlösvergleiches der RWE Net mit den Stadtwerken Mainz in seinem Beschluss nicht geprüft hat, sieht sich der BGH außerstande, abschließend zu beurteilen, ob die für das Vergleichsunternehmen ermittelten Zahlen für den Vergleich der Erlöse hinreichende Aussagekraft besitzen. Er verweist den Fall deshalb in der Sache zurück an das Beschwerdegericht. Der BGH weist zudem darauf hin, dass die Entgelte der Stadtwerke Mainz nicht bereits dann als missbräuchlich überhöht anzusehen seien, wenn die RWE Net nach den korrigierenden Zu- und Abschlägen sowie dem Sicherheitszuschlag niedrigere Entgelte als die Stadtwerke Mainz fordern. Da der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ein Unwerturteil enthalte, bedürfe es zudem eines „Erheblichkeitszuschlages“, d. h. die Erlöse pro Leitungskilometer der Stadtwerke Mainz müssten auch nach Berücksichtigung des Sicherheitszuschlages immer noch erheblich über denen der RWE Net liegen.

<sup>1</sup> BKartA, Beschluss vom 8. Oktober 2003, B11-12/03, WuW/E DE-V 811, GETEC net.

<sup>2</sup> Vergleiche Monopolkommission, Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, Hauptgutachten 2002/2003, Baden-Baden 2005, Tz. 587 ff.

<sup>3</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. Juni 2004, VI-Kart 35/03 (V), WuW/E DE-R 1307, GETECnet.

<sup>4</sup> BGH, Beschluss vom 28. Juni 2005, KVR 27/04, WuW/E DE-R 1520, Arealnetz.

<sup>5</sup> BKartA, Beschluss vom 17. April 2003, B11-38/01.

<sup>6</sup> Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 563 ff.

<sup>7</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. März 2004, VI-Kart 18/03 (V), WuW/E DE-R 1439, Stadtwerke Mainz.

<sup>8</sup> BGH, Beschluss vom 28. Juni 2005, KVR 17/04, WuW/E DE-R 1513, Stadtwerke Mainz.

**412.** Im Berichtszeitraum hat das Bundeskartellamt ein Missbrauchsverfahren gegen die Deutsche Post AG durchgeführt und dem Unternehmen mit Beschluss vom 11. Februar 2005 untersagt, Konsolidierern den Teilleistungszugang und die entsprechenden Teilleistungsrabatte zu verweigern. Die Monopolkommission hat sich dazu in ihrem Sondergutachten zur wettbewerblichen Entwicklung auf den Postmärkten geäußert.<sup>9</sup> Schließlich hat das Amt erneut Verfahren wegen des Verdachts von Verkäufen unter Einstandspreisen im Handel geführt.

## 1.2 Missbrauchsaufsicht im Energiesektor

**413.** Aufgrund der drastisch gestiegenen Strom- und Gaspreise stand die Missbrauchsaufsicht über die Strom- und Gaswirtschaft in den letzten Monaten im Zentrum des öffentlichen Interesses. Im Strombereich hat das Bundeskartellamt gegen E.ON und RWE ein Verfahren wegen des Verdachts der missbräuchlichen Einpreisung von CO<sub>2</sub>-Zertifikaten in die Strompreise eröffnet. Im Gasbereich befasste sich das Bundeskartellamt unter anderem mit der Missbräuchlichkeit langfristiger Gaslieferverträge. Nachdem eine einvernehmliche Lösung mit den gasimportierenden Unternehmen im September 2005 gescheitert war, ging das Amt im Januar 2006 mit einer Untersagungsverfügung an die E.ON Ruhrgas AG gegen die Praxis langfristiger Gaslieferverträge vor.<sup>10</sup>

**414.** Am 13. Januar 2006 hat das Bundeskartellamt der E.ON Ruhrgas AG mitgeteilt, dass die Gaslieferverträge des Unternehmens mit Weiterverteilern in ihrer Kombination aus langfristiger Bezugsverpflichtung und hohem Grad an tatsächlicher Bedarfsdeckung gegen europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht verstoßen, und dem Unternehmen diese Praxis der Vertragsgestaltung untersagt. Nach der Untersagungsverfügung des Bundeskartellamtes ist es der E.ON Ruhrgas AG verboten, Gaslieferverträge mit Weiterverteilern abzuschließen, die bei einer Bedarfsdeckung von mehr als 50 Prozent eine Vertragslaufzeit von mehr als vier Jahren haben. So genannte Quasigesamtbedarfsdeckungsverträge, die mehr als 80 Prozent des tatsächlichen Bedarfs eines Gasweiterverteilers umfassen, dürfen eine Vertragslaufzeit von zwei Jahren nicht überschreiten. Dabei sind mehrere Lieferverträge zwischen der E.ON Ruhrgas als Lieferanten und ihren Kunden als ein Vertrag zu betrachten.

**415.** Nach Ansicht des Bundeskartellamtes verstoßen die Lieferverträge zwischen E.ON Ruhrgas und den Gasweiterverteilern gegen Artikel 81 EGV, da sie den zwischenstaatlichen Handel auf einem schwer zugänglichen Markt beeinträchtigen und eine erhebliche Marktabschottungswirkung entfalten. Als relevanten Markt legt das Bundeskartellamt den Markt für die Erstbelieferung von Regional- und Ortsgasunternehmen mit Gas für den Vertriebsbedarf im Netzgebiet von E.ON Ruhrgas zugrunde.

Nicht erfasst von dieser Marktabgrenzung sind die Lieferbeziehungen von E.ON Ruhrgas zu anderen, nichtimportierenden Ferngasgesellschaften und großen Endkunden sowie zu weiterverteilenden Gasunternehmen, soweit es sich dabei um die Belieferung mit Kraftwerksgas handelt.

**416.** Nach den Ermittlungen des Bundeskartellamtes sind 70 Prozent der im Netzgebiet von E.ON Ruhrgas ansässigen Regional- und Ortsgasunternehmen zum Bezug einer Liefermenge verpflichtet, die jeweils 100 Prozent ihres Gesamtbedarfs umfasst. Weitere 6 Prozent der Lieferverträge haben Liefermengen von mehr als 80 Prozent des Bedarfs der Weiterverteiler zum Gegenstand, so dass insgesamt mehr als 75 Prozent der Lieferverträge als Gesamtbedarfsdeckungs- bzw. Quasigesamtbedarfsdeckungsverträge anzusehen sind. Alle diese Verträge weisen Laufzeiten von mehr als vier Jahren auf. Nach Ansicht des Bundeskartellamtes schränken die langfristigen Bezugsbindungen die Chancen aktueller und potentieller Wettbewerber für einen verstärkten Marktauftritt erheblich ein, da das Nachfragepotential des jeweiligen Weiterverteilers für die Laufzeit des Vertrages ausfällt.

**417.** Eine erhebliche Abschottungswirkung würde sich nach Ansicht des Amtes auch dann ergeben, wenn man bei der Marktabgrenzung nicht auf das Netzgebiet von E.ON Ruhrgas abstellen, sondern eine bundesweite Marktabgrenzung zugrunde legen würde. Bundesweit sind ca. 75 Prozent aller Lieferverträge zwischen den Ferngasunternehmen und Gasweiterverteilern über Liefermengen oberhalb von 80 Prozent des Bedarfs und über lange Laufzeiten abgeschlossen worden. Die wettbewerbsbeschränkende Abschottungswirkung der Lieferverträge von E.ON Ruhrgas ergibt sich in diesem Fall aus der Tatsache, dass sie zu einem Bündel weitestgehend gleichartiger Verträge auf dem relevanten Markt gehören.

**418.** Die betroffenen Langfristverträge von E.ON Ruhrgas sind nach Auffassung des Amtes auch nicht gemäß Artikel 81 Abs. 3 EGV vom Verbot des Artikel 81 Abs. 1 EGV ausgenommen. Eine Freistellung nach der Vertikal-GVO scheidet schon daran, dass der Anteil von E.ON Ruhrgas auf dem relevanten Markt sowohl bei netzbezogener als auch bei bundesweiter Marktabgrenzung die in Artikel 3 Abs. 1 Vertikal-GVO festgelegte Obergrenze für die Freistellung von 30 Prozent überschreite.

**419.** Auch die Voraussetzungen für eine individuelle Freistellung liegen nach Ansicht des Amtes nicht vor. Nach Artikel 81 Abs. 3 EGV müssen die langfristigen Bezugsvereinbarungen unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass hierfür unerlässliche Beschränkungen auferlegt oder Möglichkeiten zum Ausschalten des Wettbewerbs eröffnet werden. Als Rechtfertigung ihrer Vertragspraxis macht E.ON Ruhrgas in diesem Zusammenhang ihre eigenen unbedingten Bezugsverpflichtungen beim Gasimport geltend. Die langfristigen Gasimportverträge auf Take-or-Pay-Basis seien aus Gründen der Versorgungssicherheit für die Gaskun-

<sup>9</sup> Vergleiche Monopolkommission, Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2005: Beharren auf alten Privilegien, Sondergutachten 44, Baden-Baden 2006, Tz. 15 ff.

<sup>10</sup> BKartA, Beschluss vom 13. Januar 2006, B8-113/03, WuW/E DE-V 1147, E.ON Ruhrgas.

den in Deutschland notwendig und trügen zu einem niedrigeren Preisniveau und einer sachgerechten Risikoverteilung bei.

**420.** Nach Auffassung des Bundeskartellamtes trägt diese Argumentation jedoch nicht. Zum einen sei die Versorgungssicherheit nicht berührt, da die Untersagung nicht auf die Importverträge von E.ON Ruhrgas abziele, sondern lediglich auf die nachfolgende Handelsstufe. Darüber hinaus sei eine Beteiligung der Verbraucher an dem wirtschaftlichen Vorteil der Vertragsgestaltung nicht gegeben. Zwar könne es sein, so das Bundeskartellamt, dass Ferngasgesellschaften für längere Laufzeiten günstigere Preise gewährten. Dem stünde allerdings gegenüber, dass das gegenwärtige Preisniveau auf abgeschotteten Märkten basiere und damit sowohl nach ökonomischer Theorie als auch nach wirtschaftlicher Erfahrung insgesamt marktunüblich hoch sei.

**421.** Schließlich sei die langfristige Bindung der Abnehmer auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Risikoverteilung gerechtfertigt. Zweifel bestünden zunächst daran, in welchem Umfang Importmengen überhaupt langfristig und auf der Basis von Take-or-Pay bezogen werden müssten. Darüber hinaus ist es nach Auffassung des Bundeskartellamtes nicht erforderlich, auf der Bezugsseite bestehende Risiken nahezu spiegelbildlich weiterzugeben. Es liege vielmehr in der Natur der Sache, dass ein Händler dem Risiko ausgesetzt sei, die fest eingekaufte Ware abzusetzen. Zweitens sei zu berücksichtigen, dass ein langfristiger Bezug von Gas für die Ferngasunternehmen nicht zwingend als ein reines Absatzrisiko zu bewerten sei, sondern ihnen vielmehr langfristig den Zugang zu den Beschaffungsquellen sichere und Planungssicherheit bezüglich ihrer Einkaufspreise biete. Drittens schließlich seien die Take-or-Pay-Klauseln in Importverträgen nicht streng zu verstehen. Die Klauseln können Schwankungsbreiten umfassen und eine jahresübergreifende Betrachtung vorsehen. Außerdem könne im Falle von Absatzrückgängen nachverhandelt werden, denn auch der Produzent habe kein Interesse, auf der Take-or-Pay-Vereinbarung zu bestehen, wenn das überschüssige Gas andernfalls billig in den deutschen Markt gegeben würde und dies bei der nächsten Preisrevision auf ihn zurückschlagen würde.

**422.** Die Monopolkommission teilt grundsätzlich die Auffassung des Bundeskartellamtes, dass die langfristigen Bezugsbindungen der Gasweiterverteiler eine erhebliche Abschottungswirkung entfalten. Gasweiterverteiler werden durch Lieferverträge mit Gesamtbedarfsdeckungsklauseln langfristig an ihren bisherigen Lieferanten gebunden und fallen als potentielle Kunden für neue Anbieter aus. Die Ermittlungen des Bundeskartellamtes belegen, dass das durch langfristige Verträge dem Wettbewerb entzogene Nachfragevolumen der Gasweiterverteiler auch quantitativ ein derartiges Ausmaß hat, dass der Marktzugang für die Wettbewerber effektiv verschlossen wird. Die marktabschottende Wirkung der langfristigen Bezugsbindungen droht die mit der Liberalisierung der Gaswirtschaft verbundene Wettbewerbszielsetzung zu konterkarieren. Selbst ein funktionsfähiger Netzzugang,

der neue Marktteilnehmer in die Lage versetzt, Endkunden Gas zu konkurrenzfähigen Bedingungen anzubieten, bliebe wettbewerblich wirkungslos, wenn es keine Abnehmer für die Konkurrenzangebote gibt. Insofern ist das vom Bundeskartellamt verfügte Verbot des Abschlusses langfristiger Gesamtbedarfsdeckungsverträge unter Wettbewerbsgesichtspunkten zu begrüßen.

**423.** Gleichwohl besteht aus ökonomischer Sicht ein konzeptionelles Problem darin, dass mit einem nachträglichen Eingriff der Wettbewerbsbehörde in die Vertragsverhältnisse auch nachteilige Wirkungen auf die Anreizstruktur der importierenden Ferngasunternehmen verbunden sein können. Die zwischen den Gasfördergesellschaften und den importierenden deutschen Ferngasunternehmen abgeschlossenen Take-or-Pay-Verträge mit ihren langfristigen Mengenbezugsbindungen für die Ferngasgesellschaften dienen aus ökonomischer Sicht dazu, das für beide Vertragspartner mit den langfristigen, kapitalintensiven und vertragsspezifischen Investitionen zur Gasförderung und zum Gastransport verbundene Risiko zu senken und dadurch die Investitionsbereitschaft zu erhöhen. Das auf der Bezugsseite aus den Take-or-Pay-Verpflichtungen resultierende Mengenrisiko konnten die importierenden Ferngasgesellschaften durch langfristige Lieferverträge auf der Abnehmerseite reduzieren. Sofern keine anderen Möglichkeiten zur Absicherung des Mengenbezugsrisikos bestehen, ist es daher nicht völlig auszuschließen, dass das Verbot langfristiger Lieferverträge zwischen den Ferngasunternehmen und den Gasweiterverteilern eine nachteilige Wirkung auf die Investitionsbereitschaft und die Bereitschaft der Ferngasunternehmen, neue langfristige Importverträge abzuschließen, hat. Nach Ansicht der Monopolkommission wäre eine umfassendere Auseinandersetzung des Bundeskartellamtes mit dieser grundlegenden Problematik der Abwägung zwischen Wettbewerbsförderung und möglichen nachteiligen Effekten auf die Investitionsbereitschaft der Ferngasunternehmen wünschenswert gewesen.

### 1.3 Verkäufe unter Einstandspreis

**424.** In ihrem Koalitionsvertrag sieht die jetzige Bundesregierung vor, den Verkauf von Lebensmitteln unter Einstandspreis grundsätzlich zu untersagen. Dazu heißt es im Abschnitt Verbraucherpolitik: „Der teilweise ruinöse Preiswettbewerb, insbesondere im Lebensmitteleinzelhandel, belastet vor allem kleine und mittlere Betriebe. Das bestehende Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis schafft nur bedingt Abhilfe, da das gelegentliche Anbieten von Waren unter Einstandspreis erlaubt bleibt. Die Bundesregierung wird das Kartellrecht novellieren, um den Verkauf von Lebensmitteln unter Einstandspreis grundsätzlich zu untersagen.“<sup>11</sup> Die Monopolkommission spricht sich dagegen für eine Abschaffung des Verbots von Untereinstandspreisen in allen Bereichen, nicht nur im Lebensmittelbereich, aus.

<sup>11</sup> „Gemeinsam für Deutschland – mit Mut und Menschlichkeit“, Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD vom 11. November 2005, S. 112.

### Untereinstandspreise von Fotoarbeiten und Markenartikeln beim Verkauf von Drogeriewaren

**425.** Im Folgenden werden zwei Verfahren vorgestellt, in denen das Bundeskartellamt gegen Verkäufe unter Einstandspreis bei Drogeriewaren vorgegangen ist. Das erste der beiden Verfahren gegen die Drogeriemarktkette Schlecker bzw. ihren Eigentümer wurde im Sommer 2005 abgeschlossen und ist mittlerweile bestandskräftig. Dabei ging es um das Angebot von Fotoarbeiten unter Einstandspreis. Konkret wurde in zwei Zeiträumen im Jahre 2004 von der Drogeriemarktkette angeboten, online übermittelte Bilddateien im Format 10 x 15 bzw. 9 x 13 zu einem Preis von 9 Cent bzw. 7 Cent pro Abzug zuzüglich einer Bearbeitungsgebühr von 69 Cent abzuziehen. Diese Preise sind nach Berechnungen des Bundeskartellamtes nur für Bestellungen bis zu maximal fünf bzw. zehn Abzügen kostendeckend. Die Kosten jedes weiteren Abzuges können nicht durch die zusätzlichen Einnahmen pro Bild gedeckt werden. Da die Kunden im Durchschnitt pro Auftrag etwa 60 Abzüge bestellen, lag nach Ansicht des Bundeskartellamtes ein Angebot unter Einstandspreis vor.

**426.** Die Monopolkommission hat sich in ihrem letzten Hauptgutachten bereits kritisch zu einem sehr ähnlich gelagerten Fall geäußert, bei dem das Bundeskartellamt wegen des zu niedrigen Preises für eine „Fotoarbeitstasche“ einen Bußgeldbescheid gegen die Dirk Rossmann GmbH und ihren Mehrheitseigentümer erlassen hatte.<sup>12</sup> In dem Fall der Drogeriemarktkette Schlecker bestätigt sich die Kritik, dass die Anwendung der Verbotsregelung nicht praktikabel ist, da es in vielen Fällen eigentlich unmöglich ist, den Einstandspreis zweifelsfrei zu ermitteln. Das Bundeskartellamt versucht, bei der Berechnung des Einstandspreises alle Konditionen, Rabatte und Zuschüsse zu berücksichtigen, die der Händler bekommt. So wurden im vorliegenden Fall die Zuschüsse, die Schlecker von den Fotolaboren für die Eröffnung einer neuen Filiale erhält, vom Bundeskartellamt auf die Einstandspreise angerechnet. Das bedeutet, dass die Kosten pro Abzug für die Drogeriemarktkette umso geringer sind, je mehr Filialen sie eröffnet.

**427.** Das zweite hier betrachtete Verfahren war zum Zeitpunkt der Verabschiedung dieses Gutachtens noch nicht abgeschlossen. In dem Verfahren ging es um den Verkauf von typischen Drogerieartikeln wie Cremes und Shampoos zu Untereinstandspreisen. Die Drogeriemarktkette hatte in einer wöchentlichen Werbeaktion regelmäßig in allen Filialen ein paar spezielle Markenartikel zu einem Sonderpreis, der im Allgemeinen unter dem Einstandspreis des Unternehmens lag, angeboten. Die Produzenten der betroffenen Markenprodukte hatten sich beim Bundeskartellamt über diese Verkäufe unter Einstandspreisen beschwert.

### Relative Marktmacht als Eingriffsgrund?

**428.** Während sich die Missbrauchsaufsicht des Bundeskartellamtes generell auf Unternehmen beschränkt,

die eine marktbeherrschende Stellung einnehmen, ist die Vorschrift des § 20 Abs. 4 Satz 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) bereits bei relativer Marktmacht anzuwenden. So ist es nicht notwendig, dass das Unternehmen, gegen das sich der Vorwurf des Verkaufs unter Einstandspreis richtet, das größte am Markt ist. Vielmehr reicht die Überlegenheit gegenüber kleinen und mittleren Wettbewerbern aus.<sup>13</sup> In der Praxis scheint das Kartellamt bereits dann von relativer Marktmacht auszugehen, wenn es kleinere Geschäfte gibt, die die betreffenden Waren ebenfalls verkaufen. Damit sind alle Drogeriemarktketten als Unternehmen mit relativer Marktmacht anzusehen. Schlecker gilt im Fall des Verkaufs von Fotoarbeiten unter Einstandspreis als marktmächtig, da er dem typischen Fotofachgeschäft bezüglich Umsatz und Finanzkraft deutlich überlegen ist. In dem anderen Verfahren ist die betroffene Drogeriemarktkette nach Ansicht des Amtes als marktmächtig anzusehen, da sie deutlich größer als jede der gut 4 000 inhabergeführten Drogerien in Deutschland ist. Diese inhabergeführten Drogerien sind nach Auffassung des Amtes als die nach § 20 Abs. 4 Satz 1 GWB genannten „kleinen und mittleren Wettbewerber“ anzusehen, obwohl sich ein Teil dieser Geschäfte auf Parfümerie- oder Reformhausartikel spezialisiert hat, so dass sie die in dem Verfahren in Frage stehenden Produkte gar nicht führen.

**429.** Die Monopolkommission räumt ein, dass die referierte Entscheidungspraxis durch die geltende Rechtslage geboten war. De lege ferenda spricht sie sich jedoch gegen eine Missbrauchsaufsicht von Unternehmen aus, die nicht marktbeherrschend im Sinne des § 19 Abs. 2 GWB sind. Zwar mag es sein, dass eine bestimmte wettbewerbliche Praxis eines Unternehmens noch kleinere Unternehmen am Markt behindert. Es sollte aber nicht Aufgabe der Wettbewerbsbehörde sein, kleine Unternehmen zu erhalten, sondern den Wettbewerb auf Märkten insgesamt zu schützen. Unternehmen, die nicht marktbeherrschend, sondern nur marktmächtiger als andere Unternehmen sind, sollten deshalb in ihren Verhaltensweisen nicht durch eine Missbrauchsaufsicht eingeschränkt werden. Zu beachten ist dabei, dass die Einschränkungen der Missbrauchsaufsicht, die die Kartellbehörde einem Unternehmen mit relativer Marktmacht auferlegt, unter Umständen weniger den kleineren Unternehmen in dem betreffenden Markt hilft als vielmehr Unternehmen, die über eine relativ noch höhere Marktmacht als das betroffene Unternehmen verfügen. So stehen den gut 4 000 inhabergeführten Drogerien in Deutschland allein fast 11 000 Filialen der Drogeriemarktkette Schlecker gegenüber. Die Wahrscheinlichkeit, dass der nächstliegende Wettbewerber einer beliebigen Drogerie eine Schlecker-Filiale ist, ist also mehr als doppelt so hoch wie die Wahrscheinlichkeit, dass es sich um eine inhabergeführte Drogerie handelt. Durch das Eingreifen der Wettbewerbsbehörde gegenüber einem marktmächtigen Unternehmen wird folglich die Firma Schlecker mindestens so sehr geschützt wie eine inhabergeführte Drogerie.

<sup>12</sup> Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 2003/2004, a. a. O., Tz. 549 ff.

<sup>13</sup> Vergleiche Bechtold, Rainer, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 3. Auflage, München 2002, § 19 Rn. 66.

**2. Zusammenschlusskontrolle**

**2.1 Statistischer Überblick**

**430.** Die Fusionskontrollstatistik des Bundeskartellamtes weist für den Berichtszeitraum der Monopolkommission 2004/2005 erneut einen Rückgang der Fallzahlen auf (vgl. Tabelle IV.1). Die Anzahl der vollzogenen Zusammenschlüsse sank von 2 449 im letzten auf 2 207 in diesem Berichtszeitraum. Hierbei ist zu beachten, dass seit Inkrafttreten der Siebten GWB-Novelle am 1. Juli 2005 Vollzugsanzeigen nicht mehr im Bundesanzeiger bekannt gemacht werden. Das Bundeskartellamt erfasst den Vollzug von Zusammenschlüssen nach wie vor, aber nur, wenn die Zusammenschlussbeteiligten sie dem Amt als vollzogen melden. Der Rückgang in der Anzahl vollzogener Zusammenschlüsse könnte demnach zumindest teilweise darauf zurückzuführen sein.

**431.** Die Zahl der registrierten Neuanmeldungen ist im Vergleich zum letzten Berichtszeitraum gestiegen. Insgesamt wurden in den Jahren 2004 und 2005 3 150 Neuanmeldungen registriert, davon 1 451 im Jahre 2004 und 1 699 im Jahre 2005 (vgl. Tabelle IV.2). Im letzten Berichtszeitraum der Monopolkommission waren es nur 2 923 Neuanmeldungen gewesen. Die deutliche Steigerung bei der Zahl der Neuanmeldungen im Jahre 2005 könnte auf die wieder vermehrte Aktivität an den Börsen

zurückzuführen sein.<sup>14</sup> Es ist zu erwarten, dass die Zahl der vollzogenen Zusammenschlüsse entsprechend zeitverzögert im nächsten Berichtszeitraum ebenfalls wieder ansteigt.

**432.** Im vergangenen Berichtszeitraum hat das Bundeskartellamt 51 so genannte Zweite-Phase-Fälle abgeschlossen, in mehr als der Hälfte der Fälle mit einer Freigabe ohne Auflagen und Bedingungen. Die Zahl der Freigaben mit Auflagen und Bedingungen ist im Vergleich zum vorherigen Berichtszeitraum deutlich zurückgegangen. Nur in sechs Fällen wurde eine Freigabe unter Bedingungen und Auflagen erteilt, dafür gab es 18 Untersagungen. Im letzten Berichtszeitraum hatte es 18 Freigaben unter Auflagen und Bedingungen und nur acht Untersagungen gegeben.

**433.** In 35 Fällen modifizierten die Unternehmen ihr Zusammenschlussvorhaben nach Vorgesprächen mit dem Bundeskartellamt. Das Bundeskartellamt wertet diese so genannten Vorfeldfälle als Zeichen der Wirksamkeit der Fusionskontrolle, da alle diese Fälle erhebliche wettbewerbliche Bedenken aufgeworfen haben.

<sup>14</sup> Vergleiche dazu auch Monopolkommission, Wettbewerbspolitik in Netzstrukturen, Hauptgutachten 1998/1999, Baden-Baden 2000, Tz. 783.

Tabelle IV.1

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

Berichtszeitraum	Anzeigen vollzogener Zusammenschlüsse	Zahl der Untersagungen
1973/1975	783	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	8
1992/1993	3.257	6
1994/1995	3.094	8
1996/1997	3.185	9
1998/1999	3.070	8
2000/2001	2.567	4
2002/2003	2.449	8
2004/2005	2.207	18
davon: 2004	1.128	12
2005	1.079	6
<b>Insgesamt</b>	<b>34.242</b>	<b>159</b>

Quelle: Bundeskartellamt

Tabelle IV.2

## Übersicht über den Stand der Zusammenschlusskontrolle 2004 und 2005

		2004	2005
<b>I.</b>	<b>Fusionskontrolle (national)</b>		
a.)	Eingegangene Anmeldungen nach § 39 GWB	1.451	1.699
b.)	Bekannt gemachte (vollzogene) Zusammenschlüsse	1.128	1.079
<b>II.</b>	<b>2. Phase-Fälle</b>		
	– Entscheidungen	25	26
	davon:		
	– Freigabe	11	16
	– Freigabe mit Auflagen und Bedingungen	2	4
	– Untersagung	12	6
	– Rücknahme/Einstellung oder noch offen	17	6
<b>III.</b>	<b>Vorfeldfälle</b>	21	14

Quelle: Bundeskartellamt

**434.** Die Auswertung der beim Bundeskartellamt angezeigten Unternehmenszusammenschlüsse nach Art des Zusammenschlusstatbestandes zeigt, dass fast 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 demgegen-

über 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.3

## Art des Zusammenschlusstatbestandes der beim Bundeskartellamt 2004 und 2005 angezeigten Unternehmenszusammenschlüsse

Zusammenschlusstatbestände	2004	2005
– Vermögenserwerb	262	227
– Kontrolle mit Anteilerwerb	519	535
darunter: Minderheitsbeteiligungen	6	14
Mehrheitsbeteiligungen	513	521
– Gemeinschaftsunternehmen	95	81
– Gemeinschaftsunternehmen mit gemeinsamer Kontrolle	90	75
– Anteilerwerb < 50 %	28	26
– Anteilerwerb ≥ 50 %	15	11
– Kontrollerwerb ohne Anteilerwerb, z. B. durch Vertrag	104	104
– Sonstige Verbindung	9	6
– Wettbewerblich erheblicher Einfluss	6	14
<b>Insgesamt</b>	<b>1.128</b>	<b>1.079</b>

Quelle: Bundeskartellamt

## 2.2 Zusammenschlusstatbestand

### 2.2.1 Vorliegen eines wettbewerblich erheblichen Einflusses

**435.** Der Auffangtatbestand des § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB gibt dem Bundeskartellamt die Möglichkeit, Zusammenschlüsse auch dann zu prüfen, wenn eine Beteiligung von weniger als 25 Prozent vorliegt, aber dennoch ein „wettbewerblich erheblicher Einfluss“ eines oder mehrerer Unternehmen auf ein anderes entstehen könnte. Im Folgenden werden zwei Fälle vorgestellt, in denen das Vorliegen eines Zusammenschlusses nach § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB fraglich war. Während das Bundeskartellamt im Falle der Beteiligung des M. DuMont Schauberg-Verlags an der Bonner Zeitungsdruckerei in Höhe von 9 Prozent das Vorliegen eines Zusammenschlusses bejahte, lag nach Ansicht des Amtes im Falle der Beteiligung von EnBW an der MVV Energie AG, Mannheim, in Höhe von 15 Prozent kein Zusammenschluss i. S. d. § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB vor.

#### Wettbewerblich erheblicher Einfluss bei einer 9-Prozent-Beteiligung im Pressebereich

**436.** Im September 2004 untersagte das Bundeskartellamt eine Beteiligung von M. DuMont Schauberg an der Bonner Zeitungsdruckerei in Höhe von 9,015 Prozent.<sup>15</sup> M. DuMont Schauberg vertreibt neben dem Express auch die zwei Abonnement-Tageszeitungen im Raum Köln, den Kölner Stadt-Anzeiger und die Kölnische Rundschau. In Bonn vertreibt sie die Bonner Rundschau und den Express. Die Bonner Zeitungsdruckerei vertreibt den Bonner General-Anzeiger. Beide Unternehmen haben marktbeherrschende Stellungen auf den Leser- und Anzeigenmärkten ihres jeweiligen Absatzgebietes inne. Durch den Zusammenschluss würde nach Ansicht des Amtes der Wettbewerbsdruck im südlichen Grenzgebiet des Kölner Raumes verringert, da die Anreize zu wettbewerblichen Vorstößen von Seiten der Bonner Zeitungsdruckerei sinken würden, und die marktbeherrschende Stellung des General-Anzeigers in Bonn verstärkt, da die bisherige Konkurrenz von DuMont mit den von ihr in Bonn vertriebenen Zeitungen verringert würde.

**437.** Das geplante Zusammenschlussvorhaben sah eine Beteiligung von M. DuMont Schauberg an der Bonner Zeitungsdruckerei in Höhe von ca. 9 Prozent vor. Zudem waren wechselseitige Ergebnisbeteiligungen von DuMont und mit der Bonner Zeitungsdruckerei verbundenen Unternehmen vorgesehen. DuMont sollte zudem Vorkaufsrechte an der Bonner Zeitungsdruckerei erhalten. Schließlich planten die Unternehmen, zwei Anzeigenvermittlungsverträge, gültig für das jeweilige Vertriebsgebiet der Zeitungen der beiden Parteien, zu schließen. Die Monopolkommission ist davon überzeugt, dass die beiden Unternehmen ein gemeinsames Interesse daran haben, sich auf den betroffenen Märkten möglichst wenig Konkurrenz zu machen. Durch vertragliche Bindungen der

vorgesehenen Art kann kooperatives Verhalten abgesichert werden, da diese Bindungen die Anreize und die Möglichkeiten, durch kämpferisches Verhalten Marktanteile zu gewinnen und damit den eigenen Gewinn zu erhöhen, beschränken. Eine Untersagung ist insofern gerechtfertigt.

**438.** In seiner Begründung, warum es sich beim vorliegenden Sachverhalt um einen Zusammenschlusstatbestand handelt, stützt sich das Bundeskartellamt jedoch vor allem auf die ursprünglich vorgesehene Art der Bindung. Dabei stellt es abgesehen von dem Vorkaufsrecht für M. DuMont Schauberg insbesondere darauf ab, dass zunächst eine Beteiligung in doppelter Höhe vorgesehen war. Nachdem das Bundeskartellamt gegenüber den Parteien die Ansicht geäußert hatte, dass bei einer Beteiligung von 18 Prozent die Voraussetzungen eines Zusammenschlusses erfüllt wären, war jedoch die geplante Beteiligungshöhe halbiert worden. Das Bundeskartellamt schließt daraus, dass es den Beteiligten auf die absolute Zahl der Beteiligungshöhe nicht ankomme und diese deshalb für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung nicht relevant sei. Obwohl dieses Argument überzeugend sein mag, sollte sich das Bundeskartellamt nach Ansicht der Monopolkommission bei der Prüfung eines Falles ausschließlich auf die Bedingungen des Zusammenschlusses zum Zeitpunkt seiner Entscheidung stützen, denn nur dann haben die Beteiligten grundsätzlich die Möglichkeit, im Laufe eines Verfahrens auf Bedenken des Bundeskartellamtes durch Änderung des Zusammenschlussvorhabens einzugehen. Eine Untersagung bei einer Beteiligung von 9 Prozent sollte dann erfolgen, wenn dadurch eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird. Diese Bedingung ist unabhängig davon, welche anderen Beteiligungshöhen zu anderen Zeitpunkten vor oder während des Verfahrens vorgesehen waren.

**439.** Während die Verfahrensbeteiligten auch vor dem OLG Düsseldorf die Ansicht vertraten, dass der Tatbestand des Zusammenschlusses aufgrund der geringen Beteiligungssumme von unter 10 Prozent gar nicht erfüllt sei, sah das Bundeskartellamt darin und in den übrigen Vereinbarungen die Möglichkeit eines wettbewerblich erheblichen Einflusses von DuMont auf die Bonner Zeitungsdruckerei. Das OLG Düsseldorf erklärte die Beschwerde der Zusammenschlussbeteiligten gegen die Untersagungsverfügung des Bundeskartellamtes zwar für begründet.<sup>16</sup> Allerdings beruht dieser Beschluss allein auf einer unterschiedlichen Bewertung der so genannten Plusfaktoren, die bei einer Beteiligung in einer Höhe von unter 25 Prozent nötig sind, um einen wettbewerblich erheblichen Einfluss des Erwerbers zu begründen. Im Grundsatz ist auch das OLG der Ansicht, dass eine Beteiligung in Höhe von 9 Prozent bereits einen Zusammenschluss darstellen kann, wenn durch den Anteilserwerb eine Einflussnahme auf die Willensbildung und damit auf das Marktverhalten des Beteiligungsunternehmens ermöglicht werde. Der Anteilserwerb müsse mit Zusatzrechten

<sup>15</sup> BKartA, Beschluss vom 8. September 2004, B6-27/04, WuW/E DE-V 968, Bonner Zeitungsdruckerei.

<sup>16</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7. Juli 2005, VI-Kart 26/04 (V), WuW DE-R 1581, Bonner Zeitungsdruckerei.

– so genannten Plus-Faktoren – verbunden sein, die trotz der geringen Anteilshöhe die Beteiligung als eine erscheinen lasse, die einem Anteilserwerb von 25 Prozent und mehr als gleichwertig anzusehen sei. Solche Plus-Faktoren können z. B. eine zusätzliche Geschäftsbeziehung zwischen Minder- und Mehrheitsgesellschafter, die für den Mehrheitsgesellschafter von einiger Bedeutung ist, oder eine Stärkung der gesellschaftsrechtlichen Position des Minderheitsgesellschafters durch Einräumung besonderer Befugnisse sein.

#### Strategische Interessen bei Finanzbeteiligungen im Energiesektor

**440.** Mit dem Fehlen eben dieser Plus-Faktoren begründete das Amt die Entscheidung, dass im Falle des Verkaufs von 15 Prozent der Anteile an der MVV Energie AG, Mannheim, von E.ON an EnBW der Tatbestand des Zusammenschlusses nicht erfüllt sei.<sup>17</sup> Der Zusammenschluss war auf Initiative von MVV von den Parteien vorsorglich angemeldet worden und wurde schließlich Ende 2004 vollzogen. Ein Zusammenschlusstatbestand nach § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB liegt vor, wenn die geplante Verbindung einen Wettbewerbsbezug hat und, falls dies erfüllt ist, ein wettbewerblich erheblicher Einfluss erreicht wird. Die Beschlussabteilung ging im vorliegenden Fall davon aus, dass ein Wettbewerbsbezug vorliege. EnBW und MVV betreiben gemeinsam ein Kraftwerk, EnBW ist Vorlieferantin von MVV sowohl im Strom- als auch im Gasbereich, EnBW und MVV sind Konkurrenten auf dem Endkundenmarkt für Strom im Gebiet der Stadt Mannheim. Ein wettbewerblich erheblicher Einfluss der Minderheitsbeteiligten EnBW auf den Mehrheitseigentümer – die Stadt Mannheim – ist dagegen nach Ansicht des Amtes nicht zu erwarten. Derzeit hält die Stadt Mannheim mittelbar 72,8 Prozent der Anteile an der MVV. Die übrigen Anteile befinden sich – abgesehen von den hier betroffenen 15 Prozent – im Streubesitz. Als Minderheitsaktionärin habe die EnBW zunächst wenig Rechte und könne insbesondere bei jeder Abstimmung in der Hauptversammlung vom Mehrheitsaktionär – der Stadt Mannheim – überstimmt werden. Mehr Einfluss und einen besseren Zugang zu unternehmensinternen Informationen hätte EnBW, wenn es einen Sitz im Aufsichtsrat hätte. Dies ist nach Ansicht des Amtes jedoch nicht zu erwarten. Dafür spreche nicht nur, dass EnBW nach eigenen Angaben kein Aufsichtsratsmandat anstrebt, sondern vor allem, dass derzeit nicht zu erwarten sei, dass die Stadt Mannheim in der Hauptversammlung einem Vertreter von EnBW als Aufsichtsratsmitglied ihre Stimme geben würde. Denn da MVV und EnBW Wettbewerber seien, wäre es für MVV nachteilig, wenn EnBW im Zuge ihrer Mitgliedschaft im Aufsichtsrat einseitig Informationen über MVV erhalten oder sogar Einfluss auf die Unternehmenspolitik von MVV nehmen könnte.

<sup>17</sup> Vergleiche Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 2003/2004 sowie über die Lage und Entwicklung in seinem Aufgabengebiet, Bundestagdrucksache 15/5790 vom 22. Juni 2005, S. 131.

**441.** Die Monopolkommission schließt sich der Bewertung des Bundeskartellamtes nicht an. Die Beteiligung gibt MVV und EnBW die Möglichkeit zu einer den Wettbewerb behindernden Kooperation. Die Tatsache, dass MVV derzeit kein Interesse an einer Kooperation mit EnBW zu haben scheint – die MVV selbst war gegen den Verkauf der Anteile von E.ON an die EnBW –, sagt nichts über die mittelfristige Haltung von MVV in dieser Frage aus. Die Stadt Mannheim hält derzeit noch über 70 Prozent der Anteile an MVV. In Anbetracht der schwerwiegenden Finanzprobleme, von denen die Stadt Mannheim, wie viele andere Kommunen auch, betroffen ist, ist jedoch nicht auszuschließen, dass sie sich von dieser Beteiligung zumindest teilweise im Rahmen einer Privatisierung oder Teilprivatisierung trennen wird. Da zudem die Stadt Mannheim als Mehrheitsgesellschafter eine Kommune und kein Energieversorgungsunternehmen ist, ist damit zu rechnen, dass der Einfluss von EnBW größer und der der Stadt Mannheim kleiner ist, als es den zahlenmäßigen Beteiligungsverhältnissen entsprechen würde.

**442.** Ein Aufsichtsratsmandat bei MVV könnte nicht nur EnBW Zugang zu wettbewerbsrelevanten Informationen und die Möglichkeit der Einflussnahme bei MVV verschaffen, auch MVV könnte von einer Kooperation mit EnBW profitieren. Es ist also möglich und nach Einschätzung der Monopolkommission auch wahrscheinlich, dass EnBW innerhalb des Prognosezeitraums ein Aufsichtsratsmandat bei MVV bekommt, insbesondere, da üblicherweise Anteilseigner bereits bei einer Beteiligung in Höhe von 10 Prozent ein solches Mandat erhalten. Ein wettbewerblich erheblicher Einfluss von EnBW erscheint wahrscheinlich, sobald EnBW ein Aufsichtsratsmandat innehat. Denn das Aufsichtsratsmandat ermöglicht EnBW, auf vielfältige Weise Einblick in das Wettbewerbsunternehmen zu bekommen und Einfluss auf dessen Unternehmenspolitik zu nehmen. Aber selbst wenn gesichert wäre, dass EnBW nicht die Möglichkeit hat, ein Aufsichtsratsmandat zu erhalten, hat sie durch Ausübung der Rechte eines Minderheitsgesellschafters bei der Hauptversammlung die Möglichkeit, Druck auf MVV auszuüben. So könnte beispielsweise MVV zu gewissen Zugeständnissen bereit sein, um eine Abstimmung über die Entlastung eines einzelnen Mitglieds des Vorstands zu vermeiden (§ 120 Abs. 1 Satz 2 AktG). In jedem Fall ist EnBW durch die Beteiligung zu 15 Prozent am wirtschaftlichen Erfolg von MVV beteiligt. Dies reduziert den Anreiz der EnBW, der MVV Konkurrenz zu machen.

**443.** Auch wenn die Beteiligung der EnBW an MVV in der Konzernbilanz von EnBW als Finanzbeteiligung ausgewiesen ist, handelt es sich aus den angesprochenen Gründen aus ökonomischer Sicht um eine strategische Beteiligung. Dass dies auch EnBW selbst so sieht, zeigt die Aussage des Vorstandsvorsitzenden, Prof. Dr. Utz Claassen, der den Erwerb mit den Worten „Wir verstärken uns wieder im eigenen Kerngeschäft“ kommentierte.<sup>18</sup> Die Aussage im Geschäftsbericht „Die Finanzbeteiligung an der MVV schafft die Grundlage für EnBW

<sup>18</sup> EnBW, Pressemitteilung vom 23. Dezember 2004.

und MVV, künftig zugleich gute Nachbarn und faire Wettbewerber zu sein<sup>19</sup>, stellt klar heraus, dass durch den Zusammenschluss der scharfe Wettbewerb zwischen EnBW und MVV um Groß- und Haushaltskunden künftig nur noch in abgemilderter Form stattfinden wird.

### 2.2.2. Vorliegen eines Zusammenschlusses bei Lizenzwerb

**444.** Ob der Tatbestand des Zusammenschlusses erfüllt war, war im Berichtszeitraum auch im Fall National Geographic strittig. Das Bundeskartellamt sah den Erwerb der Lizenz für eine deutschsprachige Ausgabe der Zeitschrift „National Geographic“ als einen Zusammenschluss an. Das OLG lehnte dies – nach Ansicht der Monopolkommission zu Recht – ab.

**445.** Im Jahr 1999 gründeten Gruner + Jahr und RBA Germany ein paritätisches Gemeinschaftsunternehmen, G+J/RBA, um eine deutschsprachige Ausgabe der Zeitschrift „National Geographic“ sowie dazugehörige Nebenprodukte herauszugeben. Dieser Zusammenschluss wurde seinerzeit dem Bundeskartellamt nicht angezeigt. Im Sommer 2003 meldete Gruner + Jahr beim Bundeskartellamt sein Vorhaben an, die von RBA Germany gehaltenen 50 Prozent der Anteile an dem Gemeinschaftsunternehmen zu übernehmen und damit die alleinige Kontrolle über G+J/RBA zu erwerben. Dieses Vorhaben wurde vom Bundeskartellamt im August 2004 untersagt.<sup>20</sup> Das OLG Düsseldorf hat die Klage der Beteiligten gegen diese Untersagung abgewiesen.<sup>21</sup> Gleichzeitig leitete das Bundeskartellamt ein Verfahren von Amts wegen ein, in dem es die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens im Jahre 1999 untersuchte. Dieses Verfahren wurde ebenfalls mit einer Untersagung im August 2004 abgeschlossen.<sup>22</sup> In diesem Fall hat das OLG die Beschwerde der Parteien gegen den Beschluss für zulässig erklärt.<sup>23</sup>

**446.** Bei der Prüfung der beiden Fälle grenzt das Bundeskartellamt einen Lesermarkt für populäre Wissenszeitschriften ab, der ökonomisch auf den deutschsprachigen Raum, rechtlich auf den Geltungsbereich des GWB beschränkt ist. Auf diesem Markt bietet Gruner + Jahr neben der deutschsprachigen Ausgabe von National Geographic die Zeitschriften GEO und P.M. an. Weiterhin werden „Spektrum der Wissenschaft“, herausgegeben vom Holtzbrinck-Konzern, sowie „Bild der Wissenschaft“ und „Natur & Kosmos“, beide herausgegeben von Konradin, dem Markt zugerechnet. Die marktbeherrschende Stellung von Gruner + Jahr vor dem jeweiligen Zusammenschluss ergibt sich aus dem hohen Marktanteil der Gruner + Jahr-Zeitschriften, dem hohen Marktanteilsabstand zu ihren Konkurrenten und den hohen Marktein-

trittskosten. Die Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung wird vom Bundeskartellamt vor allem mit der Vergrößerung der strategischen Möglichkeiten begründet, die der Verlag dadurch hat, dass er drei statt zwei Magazine auf dem Markt herausgibt. Die inhaltliche Ausrichtung dieser drei Magazine kann so gewählt werden, dass sie sich untereinander möglichst wenig, den übrigen Magazinen auf dem Markt aber möglichst viel Konkurrenz machen. Die Argumentation des Bundeskartellamtes ist überzeugend und damit zumindest die Untersagung des zweiten Falles, also die Anteilserhöhung von Gruner + Jahr auf 100 Prozent, gerechtfertigt.

**447.** Unklar ist jedoch, ob der erste der beiden Vorgänge, nämlich die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens von Gruner + Jahr und RBA im Jahre 1999, überhaupt einen Zusammenschluss nach § 36 Abs. 1 Nr. 2 GWB darstellt, da es die deutschsprachige Ausgabe von National Geographic vor der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens gar nicht gab. Das Bundeskartellamt geht in seinem Beschluss jedoch davon aus, dass der Zusammenschlusstatbestand erfüllt sei, obwohl mit der deutschsprachigen Ausgabe zum Zeitpunkt des Erwerbs der Lizenz noch überhaupt kein Umsatz erzielt worden war. Da es bis zu diesem Zeitpunkt keine deutschsprachige Ausgabe von National Geographic gab, könne damit gar kein Umsatz erzielt worden sein. Entscheidend sei jedoch, dass die Marke „National Geographic“ bereits zuvor auf dem deutschen Markt existiert habe. So sei der Name „National Geographic“ bei Einführung der deutschsprachigen Ausgabe potentiellen Lesern ein Begriff gewesen. Als Indizien für diese Annahme führt das Bundeskartellamt unter anderen an, dass in Deutschland zu diesem Zeitpunkt bereits die englische Ausgabe in einer Auflage von ca. 50 000 Stück verkauft worden sei und dass die verkaufte Auflage der deutschen Version von der ersten Ausgabe an auf einem konstant hohem Niveau verharret habe.

**448.** Das OLG Düsseldorf sah den Zusammenschlusstatbestand dagegen nicht als erfüllt an. Zwar könne die Übertragung einer Lizenz grundsätzlich einen Kontrollwerb i. S. d. § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB darstellen, da die Lizenz einen wesentlichen Vermögensteil darstellen könne, der durch den Erwerb übergeben wird. Dazu müsse die Lizenz aber dem Erwerber die Möglichkeit geben, in die Marktstellung des Veräußerers auf dem für die Zusammenschlusskontrolle relevanten Markt, hier dem Markt für deutschsprachige Wissenszeitschriften, einzutreten. Da in diesem Fall der Veräußerer auf dem betroffenen Markt gar nicht tätig gewesen sei, könne er dort auch keine Marktstellung, welcher Art auch immer, eingenommen haben. Da keine Marktstellung vorlag, könne sie auch nicht übertragen worden sein. Die Übertragung sei jedoch notwendig dafür, dass der Zusammenschlusstatbestand erfüllt sei.

**449.** Die Monopolkommission teilt diese Auffassung. Grundsätzlich muss es auch für ein marktbeherrschendes Unternehmen zulässig sein, ein neues Produkt auf dem Markt einzuführen. Die deutschsprachige Ausgabe von National Geographic ist als neues Produkt anzusehen, da

<sup>19</sup> EnBW, Geschäftsbericht 2004, S. 56.

<sup>20</sup> BKartA, Beschluss vom 3. August 2004, B6-45/04, WuW DE-V 955, G+J/RBA.

<sup>21</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Juni 2005, VI-Kart 25/04 (V), WuW DE-R 1501, G+J/RBA.

<sup>22</sup> BKartA, Beschluss vom 2. August 2004, B6-26/04, WuW DE-V 1075, National Geographic.

<sup>23</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Juni 2005, VI-Kart 24/04 (V), WuW DE-R 1504, National Geographic.

sie sich inhaltlich von anderen deutschsprachigen populären Wissenszeitschriften und in der Sprache von der englischen Ausgabe von National Geographic unterscheidet.

**450.** Unabhängig davon, ob die Übertragung einer Marke allein einen Zusammenschlusstatbestand darstellen kann, ignoriert das Bundeskartellamt in dieser Entscheidung das unternehmerische Risiko des potentiellen Erwerbers. Das Amt argumentiert in seinem Beschluss, dass die von Beginn an konstante Auflagenzahl dafür spreche, dass die Marke bereits vor Erscheinen der ersten Ausgabe der deutschsprachigen Version in Deutschland bekannt war. Dies ist zwar richtig, es handelt sich dabei aber um Ex-post-Wissen, das das Bundeskartellamt nur nutzen konnte, weil es den Zusammenschluss erst einige Zeit nach dem Vollzug geprüft hat. Ex ante konnten weder die Herausgeber noch das Bundeskartellamt wissen, ob eine Nachfrage für eine deutschsprachige Ausgabe von National Geographic besteht.

**451.** Die Einführung der Zeitschrift war demnach für Gruner + Jahr mit einem unternehmerischen Risiko verbunden. Denn die Vertragsbedingungen mit National Geographic sahen vor, dass Gruner + Jahr unabhängig vom wirtschaftlichen Erfolg eine Mindestlizenzgebühr zu zahlen hatte. Geht der Erwerber bei einer Transaktion einseitig ein derartiges unternehmerisches Risiko ein, so hat die Transaktion eher den Charakter einer Investition als den eines Zusammenschlusses. In diesem Fall stellte sich die Investition ex post als lohnend heraus. Zu bedenken ist, dass, wenn sie sich als Fehler entpuppt hätte, das Bundeskartellamt den Fall höchstwahrscheinlich nicht nachträglich geprüft hätte. Denn dann hätte es keine Indizien dafür gegeben, dass die Marke „National Geographic“ in Deutschland bereits vor Einführung der deutschen Ausgabe etabliert gewesen war, entsprechend wäre auch nach Auffassung des Amtes der Zusammenschlusstatbestand nicht erfüllt gewesen. Demnach wirkt die Prüfung des Bundeskartellamtes hier wie eine Bestrafung des ökonomischen Erfolgs, die den Anreiz potentieller Unternehmer, das Risiko der Einführung eines neuen Produkts einzugehen, mindert. Da es nicht das Ziel des Wettbewerbsrechts ist, Investitionen zu verhindern, sollte auch aus diesem Grund der Zusammenschlusstatbestand keinesfalls auf mögliche Grenzfälle wie diesen ausgeweitet werden.

## 2.3 Marktabgrenzung

### 2.3.1 Ausdehnung des Marktes über das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland hinaus

**452.** Im Oktober 2004 hat der BGH im so genannten „Staubsaugerbeutel-Urteil“ die Begrenzung des räumlichen Marktes auf die Reichweite des GWB aufgegeben.<sup>24</sup> Das Urteil wurde vom Gesetzgeber im Rahmen der Siebten GWB-Novelle bestätigt. Neu eingefügt wurde § 19 Abs. 2 Satz 3: „Der räumlich relevante Markt im Sinne

<sup>24</sup> BGH, Beschluss vom 5. Oktober 2004, KVR 14/03, WuW/E DE-R 1355, Staubsaugerbeutelmarkt.

dieses Gesetzes kann weiter sein als der Geltungsbereich dieses Gesetzes.“

### Das Staubsaugerbeutel-Urteil des BGH

**453.** Bisher war das Bundeskartellamt bei der Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes aufgrund eines BGH-Beschlusses aus dem Jahre 1995<sup>25</sup> auf den Geltungsbereich des GWB beschränkt gewesen. Auch wenn der räumlich relevante Markt aus ökonomischer Sicht über das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland hinausging, musste das Amt sich bei der Marktabgrenzung und dementsprechend auch bei der Berechnung von Marktanteilen auf das Bundesgebiet beschränken. Erst im Rahmen der Gesamtbetrachtung eines Falles war die Tatsache, dass der räumlich relevante Markt tatsächlich über das Bundesgebiet hinausging, zu berücksichtigen.

**454.** Entsprechend ist das Bundeskartellamt in seiner Entscheidung Melitta/Airflo vorgegangen.<sup>26</sup> Der Markt für Staubsaugerbeutel wurde durch das Bundesgebiet abgegrenzt, im Rahmen der Gesamtbetrachtung aller wettbewerbsrelevanten Umstände wurde jedoch berücksichtigt, dass der ökonomische Markt durch das Gebiet Westeuropas gegeben ist. Rein rechnerisch ist die Marktanteilsaddition im Fall Melitta/Airflo für den deutschen Markt sehr gering; der Zusammenschluss führt jedoch in Westeuropa insgesamt zu einer deutlichen Erhöhung des Marktanteils der Melitta-Gruppe, weshalb das Bundeskartellamt die geplante Fusion nicht genehmigte. Das OLG Düsseldorf hob die Entscheidung des Bundeskartellamtes im April 2003 wieder auf.<sup>27</sup> Maßgeblich seien allein die Zusammenschlusswirkungen auf dem Inlandsmarkt. Diese seien in diesem Fall zu gering, um eine Untersagung zu rechtfertigen. Die Auswirkungen auf dem übrigen europäischen Markt dagegen seien nicht relevant, solange sie nicht die Entwicklung auf dem deutschen Markt beeinflussen, was das Amt nicht hinreichend nachgewiesen habe.

**455.** Die Rechtsbeschwerde des Bundeskartellamtes führte zu einer Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs zur räumlichen Marktabgrenzung. Das Gericht hält an der These aus der Backofenmarkt-Entscheidung, der räumlich relevante Markt sei stets auf das Bundesgebiet beschränkt, nicht mehr fest. Vielmehr müsse der Markt grundsätzlich nach ökonomischen Gesichtspunkten abgegrenzt werden. In der Sache wurde der Fall damit an das OLG zurückverwiesen.

### Auswirkungen des Urteils auf die Ermittlungsarbeit des Bundeskartellamtes

**456.** Grundsätzlich begrüßt die Monopolkommission die Entscheidung des Bundesgerichtshofs und die entsprechende Gesetzesänderung. Diese zieht allerdings die

<sup>25</sup> BGH, Beschluss vom 24. Oktober 1995, KVR 17/94, WuW/E BGH 3026, Backofenmarkt.

<sup>26</sup> BKartA, Beschluss vom 21. Juni 2000, B10-25/00, WuW/E DE-V 275, Melitta.

<sup>27</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30. April 2003, Kart 9/00 (V), WuW/E DE-R 1112, Melitta/Airflo.

Frage nach sich, ob für die Ermittlung der Bagatellmarktgrenze weiterhin nur auf die Inlandsumsätze oder gegebenenfalls auf die Umsätze eines räumlich größeren Marktes abzustellen ist. Im Übrigen müssen, um die neue Art der Marktabgrenzung sinnvoll anwenden zu können, die Möglichkeiten des Bundeskartellamtes, auch außerhalb des Geltungsbereiches des GWB zu ermitteln, verbessert werden.

**457.** Die Bagatellmarktgrenze des § 35 Abs. 2 Satz 2 GWB entzieht Zusammenschlüsse auf Märkten, auf denen jährlich weniger als 15 Mio. Euro umgesetzt werden, der Fusionskontrolle. Strittig ist, ob künftig auch Zusammenschlüsse der Fusionskontrolle unterliegen, die Märkte betreffen, auf denen im Inland weniger, insgesamt jedoch mehr als 15 Mio. Euro umgesetzt werden. Dies ergibt sich zunächst aus dem Wortlaut des Gesetzes. Fraglich ist indes, ob eine derartige Auslegung mit Sinn und Zweck der Bagatellmarktgrenze vereinbar ist. Die Bagatellmarktgrenze ist wie die übrigen Aufgreifkriterien des § 35 GWB das Ergebnis einer pragmatischen Abwägung zwischen den möglichen wettbewerblichen Nachteilen von Unternehmenszusammenschlüssen und dem mit der Fusionskontrolle verbundenen Aufwand für Staat und Unternehmen. Diese Grenze *de facto* deutlich herabzusetzen, scheint aus Sicht der Monopolkommission derzeit nicht geboten. Zudem sollte beachtet werden, dass die Abwägung zwischen den Vorteilen einer Fusionskontrolle und den damit verbundenen Kosten vom deutschen Gesetzgeber auch aus Praktikabilitätsgründen auf das Gebiet der Bundesrepublik zu beschränken ist.

**458.** Durch eine weite Auslegung des § 130 Abs. 2 GWB hat das Bundeskartellamt bereits *de lege lata* die Möglichkeit, bei der Anwendung der Bagatellmarktgrenze lediglich auf Inlandsumsätze abzustellen. Die Monopolkommission würde jedoch eine Klarstellung des Gesetzgebers, dass für die Ermittlung der Schwelle des § 35 Abs. 2 Satz 2 GWB lediglich Inlandsumsätze maßgeblich sind, begrüßen.

**459.** Durch die Möglichkeit, Märkte weiter als das Gebiet der Bundesrepublik abzugrenzen, ergeben sich für das Bundeskartellamt Schwierigkeiten bei der Ermittlung der Marktanteile. In der Vergangenheit wurde bewusst eine aus ökonomischer Sicht falsche Marktabgrenzung in Kauf genommen, nur um garantieren zu können, dass auf diesem falsch definierten Markt aufgrund der Ermittlungsbefugnisse des Kartellamtes die richtigen Marktanteile ermittelt werden konnten. Es scheint in jedem Fall sinnvoller zu sein, eine Analyse auf der Basis eines aus ökonomischer Sicht richtig abgegrenzten Marktes durchzuführen, auch wenn wegen mangelnder Ermittlungsbefugnisse nur Schätzungen von Marktanteilen möglich sind. Das Problem, dass das Kartellamt für eine fundierte Entscheidung auf Informationen zurückgreifen muss, die zu ermitteln es aufgrund der Reichweite des GWB nicht befugt ist, ist zudem nicht neu. Es wird in Zukunft lediglich bereits auf der Stufe der Marktanteilsberechnung auftreten, wohingegen es bisher erst dann auftrat, wenn bei der Gesamtbetrachtung der wettbewerblichen Auswirkungen eines Zusammenschlusses auch die Auswirkungen

auf dem ökonomisch relevanten Markt zu berücksichtigen waren.

**460.** Die Monopolkommission warnt allerdings davor, das Problem der mangelnden Ermittlungsbefugnisse zu unterschätzen. Sie hat bereits in ihrem letzten Hauptgutachten darauf hingewiesen und Lösungsvorschläge unterbreitet.<sup>28</sup> Grundsätzlich bestünde die Möglichkeit, das Intranet, über das die europäischen Wettbewerbsbehörden bei Kartellfällen Informationen austauschen können, auch auf Fusionsfälle zu erweitern. Allerdings konnte die VO 1/2003, die die rechtlichen Grundlagen für das bereits bestehende Behördenetz enthält, auf der Grundlage von Artikel 83 Abs. 1 EGV mit einer qualifizierten Mehrheit im Rat beschlossen werden. Eine Erweiterung dieses Netzes auf eine Zusammenarbeit bei Fusionsfällen müsste sich wie die Fusionskontrollverordnung (FKVO) selbst auf Artikel 308 EGV stützen. Für Vorschriften, die nach Artikel 308 EGV erlassen werden, ist jedoch Einstimmigkeit im Rat erforderlich. Es ist zudem nicht unwahrscheinlich, dass die einzelnen Wettbewerbsbehörden bei Zusammenschlüssen aufgrund nationaler industriepolitischer Erwägungen noch eher als bei Kartellen dazu neigen würden, Informationen über ihre nationalen Unternehmen vertraulich zu behandeln, anstatt mit ausländischen Wettbewerbsbehörden zu kooperieren. Solange eine Zusammenarbeit im Rahmen des Intranet jedoch freiwillig bleibt, funktioniert sie nur, wenn auch alle Teilnehmer an einer guten Zusammenarbeit interessiert sind. Freiwillig sind ausländische Unternehmen offensichtlich nur in geringem Maße bereit, Auskünfte zu erteilen. Auch wenn Auskunftsbescheide an deutsche Tochtergesellschaften internationaler Konzerne geschickt werden, werden häufig nur Informationen über die Tätigkeiten des Konzerns auf dem deutschen Markt übermittelt, jedoch keine Zahlen über nichtdeutsche Märkte.

**461.** Weiterhin hat das Bundeskartellamt die Möglichkeit, Zusammenschlüsse, die geographisch über das Bundesgebiet hinausgehende Märkte betreffen, nach Artikel 22 FKVO an die Kommission zu verweisen. Allerdings ist auch die Ermittlungsbefugnis der Europäischen Kommission beschränkt; für Märkte, die über das Gebiet der Europäischen Union hinausreichen, stellt dies demnach keine Lösung dar.

### 2.3.2 Aufspaltung des Bundesgebietes in Regionalmärkte

**462.** Der BGH hat sich im Berichtszeitraum noch in einem weiteren Urteil mit der Frage der räumlichen Marktabgrenzung auseinandergesetzt. Der Beschluss im Fall Sanacorp/Anzag<sup>29</sup> betrifft einen Fall, der häufig auftritt. Es geht um Zusammenschlüsse, die zwar das ganze Bundesgebiet betreffen, bei denen jedoch aufgrund hoher Transportkosten aus Sicht der Nachfrager nur Anbieter in Betracht kommen, die in ihrem näheren Umkreis ein

<sup>28</sup> Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 605 ff.

<sup>29</sup> BGH, Beschluss vom 13. Juli 2004, KVR 2/03, WuW/E DE-R 1301, Sanacorp/ANZAG.

Werk oder ein Lager haben. Der BGH hat in seinem Beschluss eine Untergliederung des Bundesgebietes in einzelne (Großhandels-)Märkte durch eine einfache Kreisbetrachtung für unzulässig erklärt. Im Folgenden werden der Fall Sanacorp/Anzag vorgestellt sowie drei weitere Fälle, bei denen jeweils vom Amt eine räumliche Untergliederung vorgenommen wurde. Während im Fall Sanacorp/Anzag vom Bundeskartellamt die Werke des Erwerbers als Ausgangspunkt für die räumliche Marktabgrenzung gewählt wurden, sind es im Fall Schneider/Classen die Lager des zu veräußernden Unternehmens. Beim Zusammenschluss H&R WASAG/Sprengstoffwerke Gnaschwitz schließlich wurde die Abgrenzung der Märkte aus Nachfragersicht vorgenommen; im Zentrum der Märkte steht hier jeweils ein Steinbruch eines Abnehmers. Die Monopolkommission hält dies für den geeigneten Ansatz, um Märkte räumlich abzugrenzen. Sie hält jedoch auch die Vorgehensweise bei der Untersuchung der Übernahme von Spar durch Edeka für angemessen, bei der Märkte als Kreise um Oberzentren definiert wurden.

#### **Aufspaltung räumlicher Teilmärkte um Betriebsstätten der Zusammenschlussparteien**

**463.** Sanacorp und Anzag sind zwei Arzneimittelgroßhändler. Im Herbst 2001 untersagte das Bundeskartellamt die Übernahme von Anzag durch Sanacorp.<sup>30</sup> In seinem Beschluss unterteilt das Amt das Bundesgebiet anhand der tatsächlichen Lieferbeziehungen des erwerbenden Unternehmens, Sanacorp, in einzelne räumliche Märkte. Die 14 Liefergebiete um die 14 Niederlassungen von Sanacorp im Bundesgebiet bildeten damit die 14 betrachteten räumlichen Märkte. Die Monopolkommission kritisierte diese Vorgehensweise in ihrem Vierzehnten Hauptgutachten.<sup>31</sup> Die Entscheidung des Bundeskartellamtes wurde Ende 2002 vom OLG Düsseldorf aufgehoben, das sich in seinem Beschluss ebenfalls ausführlich zur Frage der räumlichen Marktabgrenzung äußerte.<sup>32</sup> Eine Abgrenzung der Märkte auf der Basis der tatsächlichen Absatzgebiete hält das Gericht nicht für sachgerecht. Das Bundeskartellamt hatte argumentiert, dass die Großhändler im Laufe der Zeit die Absatzgebiete ihrer eigenen Niederlassungen im Verhältnis zueinander und zu den Absatzgebieten der Wettbewerber optimiert hätten, so dass das potentielle Versorgungsgebiet mit dem tatsächlichen Absatzgebiet weitgehend deckungsgleich sei. Das Gericht hält dem entgegen, dass es eine nicht geringe Zahl von Apotheken gebe, die relevante Umsatzanteile mit jeweils zwei verschiedenen Sanacorp-Niederlassungen erzielen. Dieses Phänomen sei an sich schon ausreichend, um die Optimalität der Niederlassungsstruktur zu widerlegen. Alternativ zur Marktabgrenzung des Bundeskartellamtes schlägt das OLG vor, die Märkte als konzentrische Kreise mit einem Radius von 150 km um die jeweilige Sanacorp-Niederlassung zu begrenzen.

<sup>30</sup> BKartA, Beschluss vom 18. September 2001, B3-59/01.

<sup>31</sup> Vergleiche Monopolkommission, Netzettbewerb durch Regulierung, Hauptgutachten 2000/2001, Baden-Baden 2003, Tz. 431.

<sup>32</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. Dezember 2002, VI-Kart 40/01 (V) WUW/E DE-R 1033, Sanacorp/ANZAG.

**464.** Im Sommer 2004 gab der BGH der Rechtsbeschwerde des Bundeskartellamtes statt und verwies die Sache an das OLG zur erneuten Entscheidung zurück. Zur räumlichen Marktabgrenzung befand er, dass es unzulässig sei, die Größe der regionalen Teilmärkte durch einen bundeseinheitlichen Kreisradius zu bestimmen. Dies sei zumindest dann der Fall, wenn dadurch wie im vorliegenden Fall gerade in den für die Beurteilung des Falles relevanten Gebieten die tatsächlich bestehenden und zu erwartenden regionalen Marktverhältnisse nicht hinreichend widerspiegelt werden. Zu berücksichtigen seien vielmehr ebenfalls Faktoren wie die geographischen Gegebenheiten und die jeweilige Verkehrsinfrastruktur in den betreffenden Teilmärkten.

**465.** Bei der Prüfung eines Zusammenschlusses im Papierbereich, Schneider/Classen, hat das Bundeskartellamt versucht, eine entsprechende Marktabgrenzung vorzunehmen.<sup>33</sup> Betroffen war der Großhandelssortimentsmarkt für das Lagergeschäft mit Druckereipapieren. Dabei hat das Amt den Markt um jede der sechs vom zu erwerbenden Unternehmen unterhaltenen Niederlassungen im Bundesgebiet einzeln abgegrenzt. Dazu wurden jeweils in allen zweistelligen Postleitzahlgebieten im Umkreis von bis zu 150 km um die jeweiligen Lager Papiergroßhandelsunternehmen zu ihren Umsätzen und Absatzmengen sowie einige Druckereien nach ihren Nachfragegewohnheiten befragt. Die Menge dieser Postleitzahlgebiete stellt eine Obergrenze für die Größe des räumlich relevanten Marktes dar. Tatsächlich wurden dem räumlich relevanten Markt darunter nur diejenigen Postleitzahlgebiete zugerechnet, bei denen sich aus verschiedenen Indikatoren schließen ließ, dass Anbieter und Nachfrager eine Belieferung vom Standort der Niederlassung aus in Betracht ziehen. Eine Belieferung in größerer Entfernung wird dann wahrscheinlicher, wenn die Druckerei von der Niederlassung aus verkehrstechnisch gut zu erreichen ist, wenn sich zwischen Niederlassung und Druckerei weitere Druckereien befinden, so dass durch Unterwegslieferungen die Transportkosten gesenkt werden können, oder wenn es wenig näher gelegene Lager gibt, von denen aus die Druckerei einfacher zu erreichen ist.

**466.** Diese Methode der Marktabgrenzung ist deutlich aufwändiger als eine einfache Radiusbetrachtung, dafür trägt sie jedoch den tatsächlichen Marktgegebenheiten Rechnung. In gewisser Weise wird auch hier ein Kreis um jede Niederlassung gezogen, die Einheit des Kreises sind jedoch nicht Luftlinienkilometer, sondern die von den Marktteilnehmern tolerierten Transportkosten oder -zeiten.

**467.** Die räumliche Marktabgrenzung in den Fällen Sanacorp/Anzag und Schneider/Classen unterscheidet sich jedoch nicht nur in der Art der Begrenzung der Märkte um die Niederlassung. Darüber hinaus wurden im Fall Sanacorp/Anzag die Niederlassungen des erwerbenden, im Fall Schneider/Classen dagegen die Niederlassungen

<sup>33</sup> BKartA, Beschluss vom 28. Oktober 2004, B10-86/04, WuW/E DE-V 1017, Schneider/Classen.

des zu erwerbenden Unternehmens als Ausgangs- oder Mittelpunkt für die Marktabgrenzung verwendet. Auch wenn die räumlichen Märkte ansonsten nach der gleichen Methode ermittelt werden, führt die unterschiedliche Wahl der Mittelpunkte zu Unterschieden in der Anzahl und Form der ermittelten Märkte. Dies wiederum kann zu unterschiedlich hohen Marktanteilen und Marktanteilsadditionen der Zusammenschlussparteien und damit schließlich zu Unterschieden in der Bewertung eines Zusammenschlusses führen. Dies soll in Abbildung IV.1 illustriert werden.

**468.** Abbildung IV.1 stellt einen Fall dar, in dem ein Unternehmen E, der Erwerber, ein anderes Unternehmen V, das zu veräußernde Unternehmen, erwirbt. Die Liefergebiete um die beiden Unternehmen sind als Kreise dargestellt. Die anderen Anbieter sind mit A<sub>1</sub> bis A<sub>4</sub> bezeichnet. Ist der Erwerber im Zentrum der Betrachtung, werden die Marktanteile in seinem Liefergebiet, dargestellt durch den linken Kreis, ermittelt. Ist dagegen das zu veräußernde Unternehmen im Zentrum der Betrachtung, werden die Marktanteile in dessen Liefergebiet, dargestellt durch den rechten Kreis, ermittelt. Wenn die Unternehmen alle gleich groß sind, ergibt sich für den Erwerber, E, ein moderater Marktanteil, weil drei weitere Anbieter, A<sub>1</sub>, A<sub>2</sub> und A<sub>3</sub>, auf dem Markt tätig sind. Für das zu veräußernde Unternehmen, V, ergibt sich dagegen ein sehr hoher Marktanteil, weil in seinem räumlichen Markt nur ein weiterer Anbieter, A<sub>4</sub>, tätig ist. Als problematisch erscheint der Zusammenschluss bei keiner der beiden möglichen Formen der Marktabgrenzung. Aus Sicht des Nachfragers N, der im Schnittpunkt der beiden Kreise angesiedelt ist, ist diese Bewertung jedoch falsch. E und V sind die von ihm aus gesehen nächstgelegenen Belieferungsmöglichkeiten. Ein Zusammenschluss von E und V nimmt dem Nachfrager N die Möglichkeit, bei überhöhten Preisen von E zu V zu wechseln und umgekehrt.

### Aufspaltung räumlicher Teilmärkte um Betriebsstätten der Nachfrager

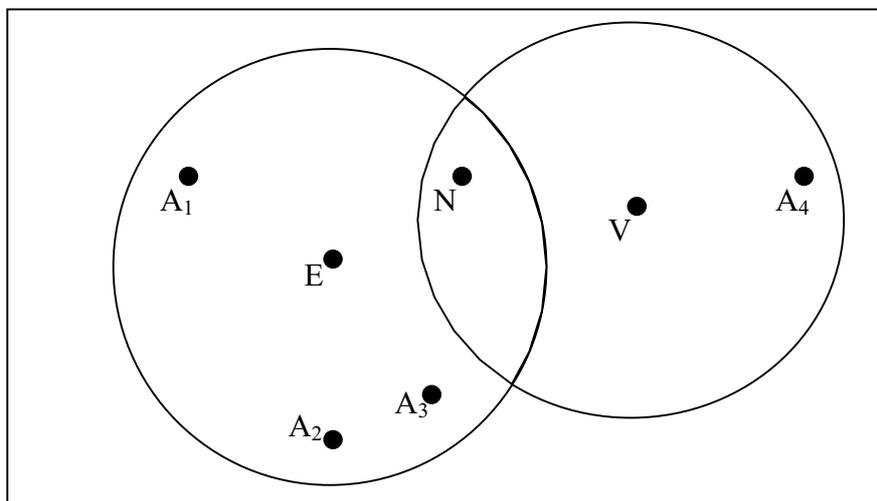
**469.** Im Zusammenschlussfall H&R WASAG/Sprengstoffwerke Gnaschwitz,<sup>34</sup> der mit mehreren Auflagen freigegeben wurde, hat das Amt die Marktgegenseite, also hier die Abnehmer, ins Zentrum der räumlichen Märkte gestellt. H&R WASAG und die Sprengstoffwerke Gnaschwitz sind beide in der Produktion von Industriesprengstoffen tätig. Nachfrager nach Industriesprengstoffen sind in erster Linie die Betreiber von Steinbrüchen. Das Bundeskartellamt bestimmt als räumlich relevanten Markt einen Kreis im Umfang üblicher Lieferdistanzen um die jeweilige Abbauregion. Der Radius des Kreises ist nicht bundesweit einheitlich. Während in Ostdeutschland überwiegend Hartgestein gesprengt wird und die Gewinnungsbetriebe aus historischen Gründen relativ groß sind, überwiegen in Süddeutschland Kalksteinbrüche, die von kleinen Familienunternehmen betrieben werden. Daraus ergeben sich Unterschiede in der Art des verwendeten Sprengstoffs, in der Größe einer Ladung und in der Lieferhäufigkeit. Dies wiederum führt dazu, dass die Lieferradien in Ostdeutschland relativ groß, in Süddeutschland dagegen relativ klein sind. Die Beschlussabteilung identifiziert die räumlichen Märkte, in denen der Wettbewerb durch den Zusammenschluss eingeschränkt würde. Um auf diesen Märkten die Wettbewerbsprobleme aufzuheben, die durch einen Zusammenschluss ohne Auflagen entstehen würden, wurde den Beteiligten die Veräußerung mehrerer Lager und einer Beteiligung sowie die Kündigung eines Exklusivvertrags auferlegt.

**470.** Der Monopolkommission erscheint dieses Vorgehen bei der Abgrenzung räumlicher Märkte sinnvoll. Dadurch, dass die räumlichen Märkte aus Sicht der Marktgegenseite definiert werden, können die Bereiche, in denen

<sup>34</sup> BKartA, Beschluss vom 2. Juni 2005, B3-123/04.

Abbildung IV.1

### Abgrenzung räumlicher Märkte um (zu) erwerbendes Unternehmen



wettbewerbliche Bedenken bestehen, leicht identifiziert und diese dann gegebenenfalls durch Veräußerungsaufgaben ausgeräumt werden. Die Unterschiede in der Bereitschaft der Nachfrager, weite Wege und damit entsprechend hohe Transportkosten in Kauf zu nehmen, wird durch unterschiedlich große Kreise um die verschiedenen Typen von Nachfragern hinreichend berücksichtigt. In Abbildung IV.2 wird dargestellt, wie sich dieses Vorgehen auf die wettbewerbliche Beurteilung auswirkt. Die Anordnung der Unternehmen ist die gleiche wie in Abbildung IV.1. Der Kreis stellt den räumlichen Markt aus Sicht des Nachfragers N dar. Offensichtlich kommen für ihn nur zwei Anbieter in Frage, E und V. Die Anbieter A<sub>1</sub> bis A<sub>4</sub> liegen außerhalb des Kreises, der den aus seiner Sicht räumlich relevanten Markt darstellt. Da sich die Wettbewerbssituation des Nachfragers in der Abbildung durch eine Übernahme von V durch E eindeutig verschlechtern würde, ist dieser Zusammenschluss zu untersagen. Ist der vorliegende räumliche Markt einer von mehreren, kann der Zusammenschluss insgesamt nur mit der Auflage, eine der Betriebsstätten V oder E zu veräußern, freigegeben werden.

#### Räumliche Marktabgrenzung mit Hilfe von Oberzentren im Fall Edeka/Spar

**471.** Wenn die Zahl der Abnehmer unverhältnismäßig groß ist, kann es aus verfahrensökonomischen Gründen unsinnig oder sogar unmöglich sein, die räumlichen Märkte aus der Sicht jedes einzelnen Kunden zu analysieren. Im Bereich des B2B wird dies typischerweise nicht der Fall sein. Auf Endkundenmärkten macht die große Zahl der Abnehmer eine Kreisziehung um jeden einzelnen Verbraucher jedoch unverhältnismäßig aufwendig und praktisch unmöglich. In diesem Fall gibt es die Möglichkeit, räumliche Märkte durch Kreisziehung um Oberzentren abzubilden.

**472.** Diese Vorgehensweise wählte das Bundeskartellamt im Falle der Übernahme der Spar Handels AG durch die Edeka Zentrale.<sup>35</sup> Konkret wurde der räumlich relevante Markt als ein Gebiet in einem Umkreis von ca. 20 km um das Oberzentrum, dem der Standort der zu erwerbenden Lebensmittelgeschäfte zuzurechnen ist, definiert. Ein Oberzentrum ist der Mittelpunkt einer Stadt oder Gemeinde. Bei der Marktabgrenzung durch Kreisziehung um ein Oberzentrum wird die Tatsache ausgenutzt, dass die Endkunden nicht beliebig verstreut sind, sondern geballt in Städten und Gemeinden wohnen. Ungefähr 20 regionale Märkte, auf denen die Marktanteile eine kritische Grenze überschritten, wurden im Detail analysiert. Ein solches Vorgehen ist geeignet, um die Abgrenzung von räumlichen Märkten bei Endkundenmärkten mit einer sehr großen Zahl von Verbrauchern vorzunehmen.

#### 2.3.3 Substitutionsbeziehungen bei Sortimentsmärkten

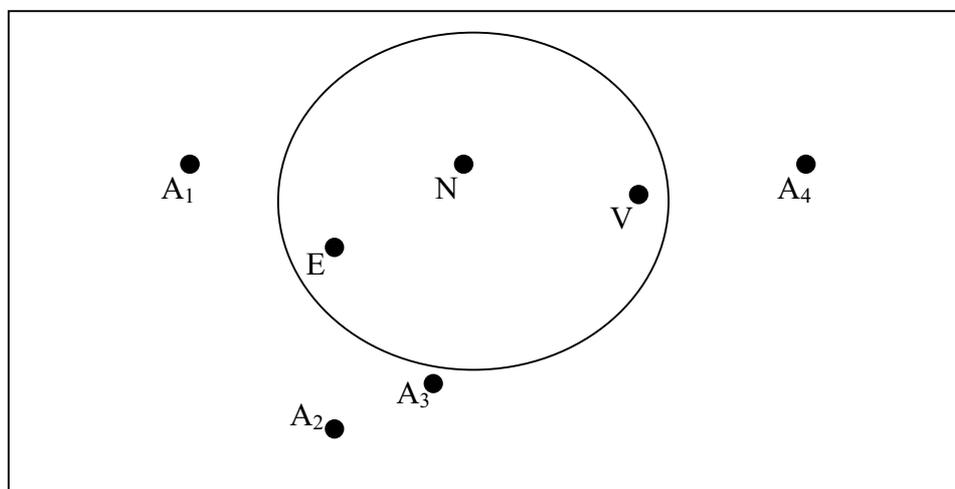
**473.** Die Monopolkommission hat in ihrem letzten Hauptgutachten die wettbewerbliche Analyse von Märkten diskutiert, die durch Heterogenität von Verbraucherpräferenzen und daraus folgend einem hohen Maße an Produktdifferenzierung gekennzeichnet sind.<sup>36</sup> Auf Märkten mit heterogenen Produkten ergeben sich spezielle Probleme bei der Marktabgrenzung und der Prüfung von Marktbeherrschung. Im Fall Edeka/Spar ist zu erwarten, dass die Wettbewerbsbeziehungen zwischen den Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels nicht symmetrisch sind, d. h. dass der Verhaltensspielraum eines Unternehmens nicht durch alle Wettbewerber gleichermaßen eingeschränkt wird. Das Gleiche gilt für Fusionen im

<sup>35</sup> BKartA, Beschluss vom 25. August 2005, B9-27/05.

<sup>36</sup> Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 626 ff.

Abbildung IV.2

#### Abgrenzung räumlicher Märkte um den Nachfrager



Krankenhausbereich, wo das Bundeskartellamt von einem Sortimentsmarkt ausgeht, der die gesamte stationäre Behandlung von Krankheiten umfasst.

#### **Austauschbarkeit von Vollsortimentern und Discountern im Einzelhandel**

**474.** Bei der Analyse der sachlichen Marktabgrenzung im Zusammenschlussfall Edeka/Spar ist das Bundeskartellamt zu dem Schluss gekommen, dass im Lebensmittel-einzelhandel die beiden Vertriebsformen Vollsortimenter und Discounter inzwischen einem einheitlichen Markt angehören. In den letzten Jahren seien zahlreiche Kunden der Vollsortimenter dazu übergegangen, auch oder ausschließlich beim Discounter einzukaufen, so dass von den Discountern ein hoher Wettbewerbsdruck auf die Vollsortimenter ausgeübt werde. Spezialanbieter und der Fachhandel wie z. B. Bäckereien oder Reformhäuser werden dem sachlich relevanten Markt dagegen nach wie vor nicht zugerechnet.

**475.** Die räumliche und sachliche Marktabgrenzung hätte durch eine stichprobenweise Befragung der Kunden der Zusammenschlussbeteiligten, welche Geschäfte sie als Alternative zu dem von ihnen besuchten Laden betrachten, ergänzt und überprüft werden können. Eine solche Befragung würde sich insbesondere auf den Regionalmärkten, auf denen die Marktanteile der Zusammenschlussbeteiligten auf mögliche wettbewerbliche Probleme hindeuten, anbieten. Während bei der Marktabgrenzung die Frage, ob ein angrenzendes Produkt Teil des relevanten Marktes ist oder nicht, immer eine Ja/Nein-Entscheidung erfordert, würde eine Befragung unterschiedlich starke Substitutionsbeziehungen zwischen verschiedenen Produkten abbilden. So mag zwar die Einordnung von Vollsortimentern und Discountern in einen gemeinsamen sachlich relevanten Markt grundsätzlich korrekt sein. Es ist aber dennoch davon auszugehen, dass es eine gewisse Anzahl an Kunden gibt, die als Alternative zu ihrem Vollsortimenter in erster Linie einen anderen Vollsortimenter sehen und erst dann den Einkauf beim Discounter erwägen. Möglicherweise ist die Alternative zum Vollsortimenter auch ein Discounter kombiniert mit Fachhandel. Eine derartige Analyse der Substitutionsbeziehungen scheint insbesondere im vorliegenden Fall, in dem eine Fusion zwischen zwei Vollsortimentern, Edeka und Spar, geprüft wird, notwendig, um wettbewerbliche Probleme auf den einzelnen Regionalmärkten wirklich ausschließen zu können.

**476.** Aufgrund der großen Zahl an Kunden in einem Edeka- oder Sparmarkt ist es nicht möglich oder unverhältnismäßig aufwendig, alle Kunden auch nur weniger besonders kritischer räumlich relevanter Märkte zu befragen. Es genügt aber, eine repräsentative Stichprobe von Kunden zur Befragung auszuwählen. Repräsentativ ist eine Stichprobe von Kunden dann, wenn sie einen gewissen Anteil aller Kunden ausmacht. Sie muss jedoch nie mehr als ungefähr 1 000 Kunden umfassen, d. h. auch bei einer sehr großen Grundgesamtheit ist es ausreichend, etwa 1 000 Gruppenmitglieder zu befragen. Die befragten Kunden müssen zufällig ausgewählt sein. Eine zufällige Auswahl kann unter anderem dadurch garantiert werden,

dass die Befragten nach gewissen Kriterien wie Einkommen, Geschlecht oder Alter gefiltert werden. Eine repräsentative Stichprobe liefert die gleichen Informationen wie eine Vollerhebung.

#### **Austauschbarkeit von Behandlungen im Krankenhausmarkt**

**477.** Ein ähnliches Verfahren bietet sich auch bei der Marktabgrenzung im Krankenhausbereich an. Das Bundeskartellamt hatte im Berichtszeitraum über eine ganze Reihe geplanter Zusammenschlüsse von Krankenhäusern zu entscheiden. Angemeldet wurden über 30 Zusammenschlussvorhaben. In sechs Fällen hat das Amt ein Hauptprüfverfahren eingeleitet. Davon wurden zwei Fälle untersagt und vier Fälle freigegeben. Untersagt wurden die Übernahmen des städtischen Krankenhauses in Eisenhüttenstadt<sup>37</sup> und der Kreiskrankenhäuser in Bad Neustadt an der Saale und Mellrichstadt<sup>38</sup> durch die Rhön-Klinikum AG. Ohne Auflagen freigegeben wurde die Übernahme von drei Kreiskrankenhäusern im Nürnberger Umland durch die Stadt Nürnberg.<sup>39</sup> Das Vorhaben des städtischen Klinikums Chemnitz, je 49 Prozent der Anteile an den Sozialbetrieben und des Klinikum Mittleres Erzgebirge vom Mittleren Erzgebirgskreis zu übernehmen, wurde nur in modifizierter Form freigegeben, da die Zusammenschlussbeteiligten nach einer Abmahnung das Vorhaben, sich am Klinikum Mittleres Erzgebirge zu beteiligen, zurückgezogen hatten.<sup>40</sup> Die Übernahme des aus sieben Krankenhäusern bestehenden Landesbetriebs Krankenhäuser (LBK) in Hamburg durch die Asklepios Kliniken wurde mit der Auflage, eines der sieben Krankenhäuser zu veräußern, freigegeben.<sup>41</sup> Die Übernahme des Altonaer Kinderkrankenhauses durch das von der Stadt Hamburg beherrschte Universitätsklinikum Hamburg-Eppendorf wurde ebenfalls mit einer Veräußerungsaufgabe freigegeben.<sup>42</sup>

**478.** Das Bundeskartellamt grenzt als sachlich relevanten Markt bei Zusammenschlüssen von Krankenhäusern den Markt für Krankenhausleistungen (Krankenhausmarkt) ab. Da Marktanteile mit der Fallzahl der Krankenhäuser berechnet werden, umfasst der Krankenhausmarkt demnach alle Fälle oder Krankheiten, zu deren Behandlung ein Patient ins Krankenhaus verwiesen wird. Nicht zum sachlich relevanten Markt gehören ambulante praxisärztliche Dienstleistungen sowie die Leistungen von Rehabilitationseinrichtungen, Privatkliniken, Pflege- und Altenheimen. Fachkliniken sind dagegen nach Ansicht des Amtes Teil des sachlich relevanten Marktes. Zwar werde in einer Fachklinik nur eine bestimmte Gruppe von Erkrankungen behandelt. Letztlich entspreche die Leistung einer Fachklinik aus Sicht des Patienten jedoch der

<sup>37</sup> BKartA, Beschluss vom 23. März 2005, B10-109/04.

<sup>38</sup> BKartA, Beschluss vom 10. März 2005, B10-123/04, WuW DE-V 1087, Rhön-Grabfeld.

<sup>39</sup> BKartA, Beschluss vom 16. Dezember 2005, B10-70/05.

<sup>40</sup> BKartA, Beschluss vom 20. Januar 2006, B10-69/05.

<sup>41</sup> BKartA, Beschluss vom 28. April 2005, B10-161/04.

<sup>42</sup> BKartA, Beschluss vom 8. März 2006, B10-90/05.

Leistung der entsprechenden Abteilung eines Allgemein-krankenhauses und sei damit mit einer Behandlung in einer Allgemeinklinik austauschbar.

**479.** Eine genauere Unterscheidung nach medizinischen Fachabteilungen scheidet nach Ansicht des Amtes schon deshalb aus, weil die Zuordnung eines Falles zu einer medizinischen Fachabteilung nicht einheitlich geregelt sei. So werde beispielsweise die gleiche Operation in dem einen Krankenhaus in der Chirurgischen Abteilung, in dem anderen Krankenhaus in einer Fachabteilung wie der Orthopädie oder Urologie vorgenommen.

**480.** Auch eine noch genauere Unterteilung des Marktes in einzelne Fallgruppen lehnt das Amt ab. Eine solche Aufteilung sei nicht angemessen, weil es sich hier um einen Sortimentsmarkt handle. Ein solcher Markt liegt vor, wenn aus Sicht der Abnehmer regelmäßig nur solche Unternehmen als sinnvolle Bezugsalternative in Betracht kommen, die gleichfalls ein Sortiment anbieten können, das die ganze Warengruppe abdeckt. Demnach sind alle Krankenhausleistungen als eine „bestimmte Art von Waren“ im Sinne des § 19 Abs. 1 GWB anzusehen.<sup>43</sup> Der Patient nehme das Angebot an Behandlungen als Gesamtangebot wahr, auch wenn er natürlich nie eine Komplettleistung, sondern im konkreten Bedarfsfall immer nur eine Teilleistung, d. h. eine einzelne oder einige wenige Behandlungen, nachfrage. Das „Grundsortiment“ eines Krankenhauses bestehe aus einer Abteilung für Inneres und Chirurgie sowie in aller Regel einer Abteilung für Gynäkologie und Geburtshilfe, die ungefähr zwei Drittel aller Krankenhausbetten ausmachen.

**481.** Das OLG Düsseldorf hat sich im Rahmen der Beschwerde über die Untersagung der Übernahme der Kreiskrankenhäuser Bad Neustadt und Mellrichstadt durch die Rhön-Klinikum AG ebenfalls mit der Frage der sachlichen Marktabgrenzung befasst. Eine Abgrenzung der Märkte nach einzelnen Fallgruppen hält es ebenfalls für nicht angemessen. Eine Zusammenfassung aller Krankenhausleistungen zu einem einzigen Markt sei aber zu unscharf. In einem Beweisbeschluss vom Oktober 2005<sup>44</sup> fordert es das Amt daher auf, vier sachlich relevante Märkte, nämlich die Grundversorgung, bestehend aus Chirurgie und Innerer Medizin, die Urologie, die Gynäkologie und die Hals-, Nasen- und Ohrenheilkunde zu unterscheiden. Diese Aufteilung orientiert sich an den Abteilungen der in dem konkreten Zusammenschlussfall zu übernehmenden Krankenhäuser. Während das Bundeskartellamt die Tatsache, dass die gleichen Behandlungen je nach Krankenhaus in unterschiedlichen Abteilungen behandelt werden, zum Anlass nimmt, alle Behandlungen zu einem einheitlichen Markt zusammenzufassen, ist das OLG Düsseldorf der Ansicht, dass diese Unterschiede in der Zuordnung lediglich zu Ungenauigkeiten im Randbereich führen würden. Zusätzlich sei zu berücksichtigen, dass die beiden zu übernehmenden Krankenhäuser Kliniken der ersten und zweiten Versorgungsstufe seien, die

mit Krankenhäusern der Versorgungsstufen III und IV vermutlich nur eingeschränkt im Wettbewerb stünden.<sup>45</sup>

**482.** Aus praktischen Gründen sprechen einige Argumente für eine Marktabgrenzung, bei der ein einheitlicher Markt für alle Krankenhausleistungen angenommen wird. Allerdings ist davon auszugehen, dass eine solche Marktabgrenzung tendenziell zu ungenau ist. Das Argument, ein einheitlicher Markt sei grundsätzlich angemessen, weil der Patient das Angebot eines Krankenhauses als Gesamtangebot wahrnehme, obwohl er es nie als Komplettleistung, sondern im konkreten Bedarfsfall immer nur als Teilleistung nachfrage, vermag nicht zu überzeugen. Es mag dann gelten, wenn ein Patient mit nicht ausreichend diagnostizierten Beschwerden ins Krankenhaus eingeliefert wird. In diesem Fall stellt sich erst durch die Untersuchung vor Ort heraus, welche Teilleistung aus dem Angebot des Krankenhauses er in Anspruch nehmen wird. In vielen Fällen dürfte ein Patient jedoch bereits mit einer relativ klar definierten Diagnose ins Krankenhaus eingewiesen werden, so dass er nur eine konkrete Teilleistung – nämlich die Behandlung seiner speziellen Krankheit – nachfragt.

**483.** Bei einem Sortimentsmarkt wie im Falle der Krankenhausleistungen bietet sich wie bei Märkten mit einem hohen Maß an Produktdifferenzierung eine Analyse der Substitutionsbeziehungen zwischen den verschiedenen Produktvarianten, hier also den verschiedenen Behandlungsformen, an. Diese würde im Übrigen auch die im Fall der Krankenhausfusionen äußerst aufwendige räumliche Marktabgrenzung obsolet machen. Zur räumlichen Abgrenzung der Krankenhausmärkte untersucht das Bundeskartellamt, aus welchen Postleitzahlgebieten die Patienten aus den Krankenhäusern der Zusammenschlussbeteiligten und den anderen Krankenhäusern der Gegend kommen. Der räumlich relevante Markt umfasst dann alle Krankenhäuser, deren Patienten überwiegend aus dem gleichen Einzugsgebiet wie die Patienten der Zusammenschlussbeteiligten kommen. Alternativ könnte direkt bei der Marktgegenseite, also den Patienten, angesetzt werden, indem man untersucht, welches aus deren Sicht die Alternative zu der gewählten Klinik darstellt. Dazu könnte man die Patienten bzw. eine repräsentative Auswahl der Patienten, die die Kliniken der Zusammenschlussbeteiligten in der letzten Zeit genutzt haben, fragen, welches Krankenhaus sie besucht hätten, wenn es die Klinik, in der sie waren, nicht gegeben hätte. Je größer der Anteil der Patienten ist, die stattdessen in die Klinik der anderen Zusammenschlussbeteiligten gegangen wären, desto problematischer ist aus wettbewerblicher Sicht der Zusammenschluss. Eine zusätzliche räumliche

<sup>43</sup> BGH, Beschluss vom 28. April 1992, KVR 9/91, WuW/E BGH 2771/2773, Kaufhof/Saturn.

<sup>44</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5. Oktober 2005, VI-Kart 6/05 (V).

<sup>45</sup> Krankenhäuser der Versorgungsstufe I bieten eine Grundversorgung zumindest in den Bereichen Innere und Chirurgie an. Krankenhäuser der Versorgungsstufe II verfügen im Allgemeinen über zusätzliche Fachrichtungen wie Gynäkologie und Geburtshilfe oder Augenheilkunde. Krankenhäuser der Versorgungsstufe III verfügen über alle Abteilungen von Kliniken der Versorgungsstufe II. Sie erfüllen in Diagnose und Therapie überörtliche Schwerpunktaufgaben. Krankenhäuser der Versorgungsstufe IV sind wie Universitätskliniken Kliniken mit Maximalversorgung.

Marktabgrenzung ist für eine solche Analyse nicht erforderlich, sie ergibt sich ebenfalls aus den Antworten der Patienten. Alle Kliniken, die aus deren Sicht eine Alternative darstellen, sind Teil sowohl des sachlich als auch des räumlich relevanten Marktes.

### 2.3.4 Substitutionsbeziehungen im öffentlichen Nahverkehr

**484.** Bereits in ihrem letzten Hauptgutachten hat sich die Monopolkommission mit mehreren Zusammenschlüssen des öffentlichen Personennahverkehrs (ÖPNV) beschäftigt, die vom Bundeskartellamt im Rahmen eines Zweite-Phase-Verfahrens entschieden wurden.<sup>46</sup> Den Fall DB Regio/üstra intalliance, der den ÖPNV im Raum Hannover betrifft, hat das Bundeskartellamt unter auflösenden Bedingungen und einer Auflage freigegeben.<sup>47</sup> Die der Freigabe beigegebenen Nebenbestimmungen wurden vom OLG Düsseldorf aufgehoben, da das Zusammenschlussvorhaben nach Ansicht des Gerichts nicht die Untersagungsvoraussetzungen des § 36 Abs. 1 GWB erfüllte. Es sei nicht zu erwarten, dass die beabsichtigte Fusion zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führe.<sup>48</sup> Die Argumentation hielt der vom Bundeskartellamt eingelegten Rechtsbeschwerde beim BGH nicht stand. Der BGH hob den angefochtenen Beschluss auf und verwies den Fall in der Sache zurück an das Beschwerdegericht.<sup>49</sup>

**485.** In drei weiteren Fällen im Bereich des ÖPNV wurde im Berichtszeitraum ein Hauptprüfverfahren eingeleitet. In einem der Fälle zogen die Zusammenschlussbeteiligten ihre Anmeldung nach einer Abmahnung durch das Bundeskartellamt zurück. Der Zusammenschluss SW Verkehrsgesellschaft Frankfurt a. M./Offenbacher Verkehrsbetriebe wurde freigegeben.<sup>50</sup> Der Zusammenschluss zwischen der RSW, einer Tochter der DB Regio, und der KVS, einem saarländischen Verkehrsunternehmen, wurde untersagt.<sup>51</sup> Die Beschwerde der Zusammenschlussbeteiligten wies das OLG Düsseldorf zurück.<sup>52</sup>

#### Die Marktabgrenzung des Bundeskartellamtes im ÖPNV

**486.** Im Rahmen der sachlichen Marktabgrenzung hat das Bundeskartellamt in seiner bisherigen Amtspraxis offen gelassen, ob der ÖPNV in zwei Teilmärkte, den öffentlichen Straßenpersonennahverkehr (ÖSPV) und den

Schienenpersonennahverkehr (SPNV), zu trennen oder ob dies als ein Markt zu betrachten ist. Zum ÖSPV gehören Bus- und Straßenbahnlinien; gesetzliche Grundlage ist das Personenbeförderungsgesetz (PBefG). Der SPNV umfasst Regionalzüge und S-Bahnen und ist im Allgemeinen Eisenbahngesetz (AEG) geregelt. Offen gelassen hat das Amt auch, ob die relevante Marktgegenseite der Fahrgast oder der Aufgabenträger ist. Einerseits sei der Fahrgast der eigentliche Nachfrager von Verkehrsleistungen; allerdings habe er keinen direkten Einfluss auf Art und Umfang des jeweiligen Verkehrsangebots. Dagegen habe der Aufgabenträger dadurch, dass er im Rahmen einer Ausschreibung oder einer freihändigen Vergabe die Lizenz für die Bedienung eines Verkehrsnetzes vergibt, maßgeblichen Einfluss darauf, welche Verkehrsunternehmen auf dem Markt tätig werden. Nach Ansicht des Amtes kommt ihm damit die Stellung eines Verbrauchsdisponenten zu.<sup>53</sup> Nicht in den relevanten Markt einzubeziehen sind nach Ansicht des Amtes sämtliche sonstigen Verkehrsmittel. Damit werden sowohl der Individualverkehr mit Auto, Fahrrad oder zu Fuß als auch der Verkehr mit Taxis oder Anruf-Sammel-Taxis ausgeschlossen.

**487.** Räumlich grenzt das Bundeskartellamt die betroffenen Märkte regional ab. So ist im Fall DB Regio/üstra intalliance der räumlich betroffene Markt durch die Stadt Hannover und ihre nähere Umgebung abgegrenzt. Bei der Entscheidung, wie weit genau die „nähere“ Umgebung in den räumlich relevanten Markt einzubeziehen ist, richtet sich das Bundeskartellamt z. B. nach dem Verlauf der Linien, der Vertaktung des Verkehrsangebots und den Pendlerverflechtungen, ohne jedoch präzise Kriterien anzugeben, welche Vertaktung oder welche Zahl von Pendlern als hinreichend für eine Zurechnung zum räumlich relevanten Markt angesehen werden. Im Allgemeinen kommt es jedoch für die materielle Beurteilung eines Zusammenschlusses im Ergebnis nicht auf die genaue Zuordnung von Grenzfällen an, so dass die Frage der räumlichen Marktabgrenzung im Detail offen gelassen werden kann.

#### Die Marktabgrenzung des OLG Düsseldorf im ÖPNV

**488.** Das OLG Düsseldorf hat sich im Rahmen der Beschlüsse „ÖPNV Saarland“ und „DB Regio/üstra intalliance“ ebenfalls zur Marktabgrenzung im ÖPNV geäußert. Dabei weicht das Gericht sowohl bei der sachlichen als auch bei der räumlichen Abgrenzung der Märkte von der Abgrenzung des Bundeskartellamtes ab. In sachlicher Hinsicht unterscheidet das Gericht vier Märkte. Dabei wird zunächst zwischen dem SPNV und dem ÖSPV unterschieden. Innerhalb dieser beiden Märkte wird wiederum zwischen dem Fahrgastmarkt und dem Aufgabenträgermarkt unterschieden. Der Fahrgastmarkt ist der Markt für die Erbringung liniengebundener Verkehrsdienstleistungen; der Aufgabenträgermarkt ist der Markt für die Errichtung, Unterhaltung und den Betrieb eines Verkehrsnetzes im Zuständigkeitsbereich des jeweiligen Aufgabenträgers. Im Falle „DB Regio/üstra intalliance“

<sup>46</sup> Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 698 ff.

<sup>47</sup> BKartA, Beschluss vom 2. Dezember 2003, B9-91/03, WuW/E DE-V 891, ÖPNV-Hannover.

<sup>48</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. Dezember 2004, VI-Kart 1/04 (V), WuW/E DE-R 1397, ÖPNV Hannover.

<sup>49</sup> BGH, Beschluss vom 7. Februar 2006, KVR 5/05, WuW DE-R 1681, DB Regio/üstra.

<sup>50</sup> BKartA, Beschluss vom 19. Juli 2004, B9-37/04, WuW/E DE-V 989, Offenbacher Verkehrsbetriebe.

<sup>51</sup> BKartA, Beschluss vom 9. Juni 2004, B9-16/04, WuW/E DE-V 937, ÖPNV Saarland.

<sup>52</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 4. Mai 2005, VI-Kart 19/04 (V), WuW DE-R 1495, ÖPNV Saarland.

<sup>53</sup> Vergleiche Bechtold, Rainer, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, a. a. O., § 19 Rn. 5.

ist der zuständige Aufgabenträger für den SPNV der Kommunalverband „Region Hannover“, für den ÖPNV sind es die betroffenen Landkreise und kreisfreien Städte. Im Gegensatz zum Bundeskartellamt greift das OLG also nicht auf das Konzept des Verbrauchsdiskonten zurück, um trotz zweier konzeptionell verschiedener Nachfragergruppen einen einheitlichen Nahverkehrsmarkt abzugrenzen; vielmehr grenzt das Gericht für jede der beiden Nachfragergruppen einen eigenen Markt ab.

**489.** Durch diese Zweiteilung ergibt sich auch die Möglichkeit, je nach Nachfragertyp eine unterschiedliche räumliche Marktabgrenzung vorzunehmen. Das OLG geht auf dem Aufgabenträgermarkt von einer bundesweiten Marktabgrenzung aus, da aus Sicht der Aufgabenträger Anbieter aus dem ganzen Bundesgebiet in Betracht kämen. Es gebe bereits eine Reihe von bundesweit tätigen Unternehmen, die eine weitere räumliche Ausdehnung ihrer Geschäftstätigkeit anstreben und sich dementsprechend auch bundesweit an Ausschreibungen beteiligen würden. Der Fahrgastmarkt ist dagegen nach Ansicht des OLG streckenbezogen abzugrenzen. Das bedeutet, dass jede Linie einen Markt für sich darstellt. Der Fahrgast finde das vom Aufgabenträger zur Daseinsvorsorge geschaffene Verkehrsnetz vor und frage in dessen Grenzen stets nur eine konkrete Beförderungsdienstleistung nach.

**490.** Das OLG kommt in seiner Analyse zu dem Schluss, dass der Zusammenschluss auf keinem der vier betroffenen Märkte zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Position führe. So sei im Bereich des SPNV die DB Regio auf dem bundesweiten Aufgabenträgermarkt nicht marktbeherrschend. Zwar erbringe sie derzeit (noch) mehr als 90 Prozent der Verkehrsleistungen im SPNV, maßgeblich sei aber nur ihr Marktanteil bei neu vergebenen Aufträgen bzw. ob sie im Rahmen von Vergabeverfahren systematisch bevorzugt werde. Dafür gebe es keinerlei Anhaltspunkte. Da der Kommunalverband „Region Hannover“ beabsichtige, künftig Verkehrsleistungen im Wettbewerb auszusprechen, sei auch die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung nicht zu erwarten. Im Gegensatz dazu hatte das Bundeskartellamt in seiner Entscheidung angenommen, dass durch den beabsichtigten Zusammenschluss aufgrund der mittelbaren Verflechtung des Kommunalverbandes mit der DB Regio der Kommunalverband bei der Vergabe künftiger Verkehrsdienstleistungen Rücksicht auf die DB Regio nehmen und damit deren marktbeherrschende Stellung verstärken würde.

**491.** Die relativ kurze Begründung des Gerichts, warum die DB Regio trotz eines Marktanteils von über 90 Prozent nicht marktbeherrschend sei, überrascht. Zwar kann die Tatsache, dass der Auftragsanteil der DB Regio bezogen auf die Gesamtzahl der ausgeschriebenen Zug-Kilometer bei lediglich 49 Prozent liegt, als Indiz dafür gewertet werden, dass die marktbeherrschende Stellung der DB Regio in der Bundesrepublik erodiert. Als Begründung dafür, dass ein Unternehmen mit einem Marktanteil von über 90 Prozent nicht marktbeherrschend ist, scheint sie jedoch nicht ausreichend. Derzeit wird nur ein sehr kleiner Teil der gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleis-

tungen überhaupt ausgeschrieben, obwohl diese Möglichkeit jedem Aufgabenträger offen steht. Eine Analyse der Marktstruktur kann sich deshalb nicht nur auf die Entscheidungen derjenigen Aufgabenträger beschränken, die sich für eine Ausschreibung entschieden haben, sondern muss auch die vorgelagerte Entscheidung, ob überhaupt ausgeschrieben wird, betrachten. Möglicherweise hängt die Entscheidung eines Aufgabenträgers, ob ausgeschrieben wird oder nicht, davon ab, ob überhaupt zu erwarten ist, dass Wettbewerber der DB Regio Gebote abgeben. In diesem Fall könnte die DB Regio selbst dann als marktbeherrschend angesehen werden, wenn 100 Prozent der wettbewerblich vergebenen Verkehrsleistungen an Wettbewerber der DB Regio vergeben werden.

**492.** Im so genannten PRIMON-Gutachten zur Privatisierung der Deutschen Bahn AG wird zudem auf die Möglichkeit hingewiesen, dass die Deutsche Bahn Infrastrukturmaßnahmen davon abhängig macht, ob ihre Tochter DB Regio bei einer Vergabe im SPNV berücksichtigt wird. Dort heißt es: „Wettbewerber und Vertreter der Länder bzw. Aufgabenträger nehmen etwa einen Zusammenhang zwischen den Infrastrukturinvestitionen, die die DB AG tätigt, und der Vergabe von SPNV-Verkehrsleistungen an die DB AG wahr. Dies werde als wesentliche Barriere für den intramodalen Wettbewerb im SPNV angesehen. Aus Sicht von Marktteilnehmern sei die Durchführung von Infrastrukturmaßnahmen, wie Strecken-Elektrifizierung, Strecken-Ausbau bzw. das Ausmaß der Instandhaltung oder auch Umbau/Instandhaltung von Bahnhöfen direkt daran geknüpft, ob DB Regio AG einen Verkehrsvertrag oder den Zuschlag bei einer Ausschreibung erhalte.“<sup>54</sup>

**493.** Das Gericht geht auch nicht von einer marktbeherrschenden Stellung der DB Regio auf den betroffenen Fahrgastmärkten aus. Der Wettbewerb auf dem Fahrgastmarkt sei sowohl im Bereich des SPNV als auch des ÖSPV durch die Regelungen des AEG bzw. des PBefG so stark eingeschränkt, dass während der Laufzeit eines Vertrages kein Wettbewerb stattfinden könne. So bedürfen z. B. die Beförderungsentgelte und -bedingungen einer behördlichen Erlaubnis (§ 12 Abs. 3 AEG, § 39 PBefG), und das Verkehrsunternehmen unterliegt einer gesetzlichen Beförderungspflicht gegenüber jedermann (§ 10 AEG, § 22 PBefG). Es kann davon ausgegangen werden, dass jede Linie nur von einem einzigen Unternehmen bedient wird; im Falle des ÖSPV besteht sogar ein rechtliches Verbot der Doppelbelegung einer Verkehrslinie. Wenn die Märkte des ÖPNV räumlich und sachlich so abgegrenzt werden, dass ein Markt immer nur aus einer einzigen Linie besteht und auf jeder Linie nur ein Unternehmen eine Beförderungsdienstleistung anbietet, scheint dieses Unternehmen automatisch eine Monopolstellung gegenüber dem Fahrgast einzunehmen. Das OLG stellt in seinem Beschluss jedoch fest, dass angesichts dieser Marktverhältnisse die marktbeherrschende Position eines Unternehmens nicht alleine damit begründet werden könne,

<sup>54</sup> Booz Allen Hamilton: „Privatisierungsvarianten der Deutschen Bahn AG ‚mit und ohne Netz‘“, Januar 2006, S. 158 f.

dass es für die Dauer seines Verkehrsvertrages ohne Wettbewerber ist. Vielmehr erweise sich die Marktstärke eines Unternehmens auf dem Fahrgastmarkt dann, wenn sein Verkehrsvertrag ausgelaufen sei und die Verkehrsleistungen vom Aufgabenträger neu vergeben werden. Auch die DB Regio sei zwar auf jeder der von ihr betriebenen Linien einziger Anbieter, daraus könne jedoch nicht gefolgert werden, dass sie über eine beherrschende Position verfüge. Dies sei vielmehr erst dann der Fall, wenn das Unternehmen bei der Neubeauftragung durch den Aufgabenträger eine mehr oder wenige unangreifbare Position innehatte. Dafür gebe es keine Anhaltspunkte.

**494.** Das Gericht hebt bei dieser Argumentation die von ihm selbst vorgenommene Trennung in einen Aufgabenträger- und einen Fahrgastmarkt faktisch wieder auf. Die Unterscheidung in diese beiden Märkte ist nur dann sinnvoll, wenn man auch davon ausgeht, dass auf dem Fahrgastmarkt durch die Möglichkeit der Fahrgäste, ihr Verkehrsmittel zu wählen, direkt Wettbewerb bestehen kann. Gibt es auf dem Fahrgastmarkt nur einen indirekten Wettbewerb im Rahmen der Neubeauftragung durch den Aufgabenträger, fällt die Unterscheidung in Aufgabenträger- und Fahrgastmarkt in sich zusammen.

**495.** Schließlich führt der Zusammenschluss nach Ansicht des Gerichts im Bereich des ÖPNV nicht zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der üstra, weder auf dem bundesweiten Aufgabenträger- noch auf dem nach Linien abgegrenzten Fahrgastmarkt.

### Die Entscheidung des BGH

**496.** Der BGH bestätigt in seinem Urteil die Marktabgrenzung des OLG insoweit, als er ebenfalls von vier relevanten Märkten ausgeht, die durch die Trennung des ÖPNV in den Schienen- und Straßenpersonennahverkehr und eine Unterscheidung von Aufgabenträger- und Fahrgastmarkt entstehen. Den angefochtenen Beschluss hebt er mit der Begründung auf, dass die Beurteilung der wettbewerblichen Situation auf dem Aufgabenträgermarkt im SPNV und im ÖSPV auf Rechtsfehlern beruhe. Im SPNV sei die DB Regio durchaus als marktbeherrschend anzusehen. Die dagegen vorgebrachten Argumente seien nicht überzeugend. Im ÖSPV sei eine bundesweite Marktabgrenzung nicht angemessen, da die Leistungen im öffentlichen Straßenpersonennahverkehr üblicherweise von in der Region tätigen und ansässigen Unternehmen erbracht und bei einer Ausschreibung auch an diese vergeben würden. Es sei daher nicht auszuschließen, dass die üstra auf dem regionalen Aufgabenträgermarkt über eine marktbeherrschende Stellung verfüge.

**497.** Die wettbewerbliche Situation auf den Fahrgastmärkten erörtert der BGH nicht. Er geht davon aus, dass sie schon deshalb nicht entscheidend sei, weil die wettbewerblichen Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Fahrgastmarkt im Wesentlichen nicht den Wettbewerb in diesem, sondern um diesen Markt betreffen und daher auf dem Aufgabenträgermarkt in Erscheinung treten würden.

### Berücksichtigung von Substitutionsbeziehungen bei der Marktabgrenzung im ÖPNV

**498.** Der Monopolkommission erscheint die Unterscheidung in einen Aufgabenträger- und einen Fahrgastmarkt sinnvoll, da sie eine differenziertere Analyse der wettbewerblichen Konsequenzen eines potentiellen Zusammenschlusses erlaubt. Zusammenschlüsse, die marktbeherrschende Stellungen der Anbieter begründen oder verstärken, sind zu untersagen, weil dadurch eine Schlechterstellung der Marktgegenseite zu erwarten ist. Im Falle des ÖPNV sollte ein Zusammenschluss sowohl untersagt werden, wenn eine Schlechterstellung der Position der Aufgabenträger zu erwarten ist, als auch, wenn sich die Situation für die Fahrgäste verschlechtert. Bei den Aufgabenträgern würde sich eine Schlechterstellung dahingehend auswirken, dass die Zuschüsse, die die Anbieter für die Bereitstellung eines bestimmten Angebots fordern, höher würden. Das würde eine höhere Belastung der öffentlichen Kassen und damit auch der Steuerzahler zur Folge haben. Bei den Fahrgästen äußert sich die Schlechterstellung z. B. durch höhere Preise oder durch eine sinkende Qualität des Angebots bezüglich der Sauberkeit oder Pünktlichkeit der Verkehrsmittel.

**499.** Ob die Marktabgrenzung auf dem Fahrgastmarkt netz- oder linienbezogen zu erfolgen hat, hängt von den Gewohnheiten der Fahrgäste ab. Für eine netzbezogene Marktabgrenzung würde sprechen, wenn Fahrgäste tatsächlich das Netz als Ganzes als Alternative zu einem anderen Verkehrsmittel nutzen. Wenn der typische Nachfrager kein Auto besitzt, weil ihm das Nahverkehrsnetz die Möglichkeit gibt, seine verschiedenen Wege – zur Arbeit, zum Einkaufen, zum Besuch von Freunden etc. – mit dem ÖPNV zurückzulegen, spricht dies für eine netzbezogene Marktabgrenzung. Wenn der typische Nachfrager jedoch praktisch nur eine einzige Linie nutzt, weil er beispielsweise mit dem ÖPNV zur Arbeit pendelt, ansonsten aber alle Wege mit dem Auto zurücklegt, würde dies für eine streckenbezogene Marktabgrenzung sprechen. Im Allgemeinen scheint der Monopolkommission eine streckenbezogene Marktabgrenzung auf dem Fahrgastmarkt die Realität angemessen widerzuspiegeln. Eine solche Marktabgrenzung nimmt auch das Office of Fair Trading (OFT) in Großbritannien vor.<sup>55</sup>

**500.** Allerdings ist die Kommission der Auffassung, dass die Alternativen zum ÖPNV – das sind in erster Linie der motorisierte und der nichtmotorisierte Individualverkehr – den wettbewerblichen Spielraum eines Verkehrsunternehmens durchaus wirksam beschränken können und deshalb bei der wettbewerblichen Beurteilung berücksichtigt werden sollten.<sup>56</sup> Welches die relevanten Alternativen zum ÖPNV sind, hängt von der betrachteten Strecke ab. Eine Linie, die einen Flughafen an eine Stadt

<sup>55</sup> Vergleiche Abegg, Peter, Die Austauschbarkeit verschiedener Verkehrsmittel im Rahmen von Zusammenschlüssen im öffentlichen Personennahverkehr, in: *Wirtschaft und Wettbewerb*, Jg. 55, 2005, S. 275–285, S. 277.

<sup>56</sup> Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 624 f.

anbindet, dürfte überwiegend von Fluggästen genutzt werden. Hier könnte das Taxi die wettbewerblich relevante Alternative für den Nutzer des ÖPNV darstellen. Dagegen werden Linien, die Wohngebiete mit einer City verbinden, vor allem von Pendlern genutzt. Je nach Infrastruktur und Streckenlänge können hier statt des ÖPNV Auto oder Fahrrad genutzt werden. Auch wenn die Nutzung von Auto oder Fahrrad eine Eigenleistung darstellt, die nicht marktwirksam ist, darf diese Eigenleistung, sofern sie für den Nachfrager eine ernsthafte Alternative zum ÖPNV darstellt, bei der Wettbewerbsanalyse nicht vernachlässigt werden.

**501.** Berücksichtigt man die bestehenden Substitutionsbeziehungen zwischen verschiedenen Verkehrsmitteln bei der Analyse des Fahrgastmarktes nicht, läuft die von den Gerichten vorgenommene Trennung des ÖPNV in einen Aufgabenträger- und einen Fahrgastmarkt ins Leere. Durch die im ÖSPV gesetzlich vorgeschriebene Einzelbelegung der zu bedienenden Strecken besteht Wettbewerb dann nur in Form eines Wettbewerbes um den Markt. Diese Form des Wettbewerbs wird aber bereits im Rahmen der Aufgabenträgermärkte analysiert. Geht man dagegen davon aus, dass es aus Sicht der Fahrgäste relevante Alternativen zum ÖPNV gibt, kann der Wettbewerb auf dem Fahrgastmarkt nicht nur indirekt durch den Aufgabenträger erfolgen, sondern auch direkt durch die Entscheidung des Fahrgastes selbst. Zwar muss ein Verkehrsunternehmen seine Beförderungsbedingungen vom Aufgabenträger genehmigen lassen. Dies bedeutet aber nicht zwangsläufig, wie vom OLG Düsseldorf angenommen, dass ein Verkehrsunternehmen für die Dauer seines Verkehrsvertrages ohne Wettbewerber ist und sich seine Marktstärke erst dann erweist, wenn sein Verkehrsvertrag ausgelaufen ist und die Verkehrsleistungen vom Aufgabenträger neu vergeben werden. Vielmehr ist das Verkehrsunternehmen bei seinen Vorschlägen über die Vertragsgestaltung in erster Linie daran gebunden, dass die Fahrgäste sein Angebot annehmen und nicht auf andere Beförderungsmittel ausweichen. Die Genehmigung der Behörde erscheint demgegenüber nur als weitere, aber keinesfalls einzige Beschränkung des Unternehmens. Der Wettbewerb um den Fahrgast ist auch nicht auf die Momente der Neuvergabe eines Streckenbündels beschränkt, denn auch innerhalb der Laufzeit eines Vertrages kann ein Verkehrsunternehmen seine Beförderungskonditionen ändern. Schließlich wird die Attraktivität des ÖPNV auch durch Faktoren bestimmt, die nicht Gegenstand der vertraglichen Vereinbarungen mit dem Aufgabenträger sind und teilweise auch gar nicht sein können, wie z. B. die Freundlichkeit des Personals oder die Sauberkeit der Bahnen.

**502.** Im Kern kommen das Bundeskartellamt und das OLG Düsseldorf im Fall ÖPNV Hannover jedoch vor allem deshalb zu einer gegensätzlichen Beurteilung des Zusammenschlusses, weil das Bundeskartellamt davon ausgeht, dass der Aufgabenträger bei künftigen Ausschreibungen die DB Regio bevorzugt, wenn er mit dieser mittelbar verbunden ist. Das OLG sieht jedoch keinerlei Anhaltspunkte für ein solches Verhalten von Seiten des Aufgabenträgers. Die Monopolkommission teilt die Auf-

fassung des Bundeskartellamtes. Grundsätzlich wäre es wünschenswert, wenn im ÖPNV ebenso wie in anderen Netzindustrien die Vergabe der Konzessionen für die Nutzung eines Netzes vollständig in den Händen einer Gesellschaft liegt, die keinerlei Beteiligungen auf nachgelagerten Marktstufen hält. Dies würde garantieren, dass immer die Qualität des Angebots und nicht sonstige strategische Überlegungen innerhalb verbundener Unternehmen oder innerhalb eines Konzerns über die Vergabe einer Konzession entscheiden.

## **2.4 Entstehung und Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung**

### **2.4.1 Marktbeherrschung im Oligopol**

**503.** Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum in einer Reihe von Fällen das Vorliegen eines Oligopols geprüft. Beispielhaft werden im Folgenden vier Fälle vorgestellt. In drei der vier Fälle hat das Amt ein Hauptprüfverfahren eingeleitet und in zwei Fällen mit einer Untersagung abgeschlossen: Im Bereich Abfallwirtschaft wurde ein Zusammenschluss untersagt, da die Übernahme des größten Außenseiters die Marktmacht eines Vierer-Oligopols verstärkt hätte. In einem ähnlichen Fall, der den Großhandel mit Papier betraf, diagnostizierte das Amt auf regionalen Märkten Oligopole aus zwei, drei oder vier Mitgliedern. Der Zusammenschluss wurde freigegeben. Bei einem Zusammenschluss auf dem Markt für Fruchtzubereitungen befürchtete das Amt, dass ein Zusammenschluss der Marktteilnehmer mit dem zweit- und dem viertgrößten Marktanteil zu einem marktbeherrschenden Dyopol mit dem Marktführer führen würde.

**504.** Auf den Strommärkten sichern die Verbundunternehmen ihre marktbeherrschende Position auf dem Großhandelsmarkt nach wie vor durch eine Strategie der vertikalen Vorwärtsintegration ab. Eine Beschwerde von E.ON gegen eine vor fast drei Jahren ausgesprochene Untersagung, die diese Praxis unterbindet, ist noch vor dem OLG anhängig. Ähnlich gelagerte Fälle, die jedoch geringere Mengen betreffen, sind in der Zwischenzeit vom Kartellamt freigegeben worden.

**505.** Die Monopolkommission spricht sich gegen die Trennung in Binnen- und Außenwettbewerb bzw. am Oligopol teilnehmende und nicht teilnehmende Unternehmen rein nach Marktanteilkriterien aus. Oligopole sind auch zwischen Unternehmen mit extrem unterschiedlichen Marktanteilen möglich. Letztlich definiert sich ein Oligopolist durch sein Verhalten und nicht durch Kriterien wie Marktanteile, Finanzkraft oder Eigentümerstruktur. Diese können nur als Indiz dienen. Bei symmetrisch verteilten Marktanteilen, ähnlicher Finanzkraft und gleicher Eigentümerstruktur mag demnach eher mit koordiniertem Verhalten zu rechnen sein als bei ungleichen Marktanteilen, unterschiedlicher Finanzkraft und verschiedenen Organisationsformen. Trotzdem sind diese Kriterien weder notwendig noch hinreichend dafür, dass tatsächlich koordiniertes Verhalten stattfindet.

**506.** Weiterhin tritt die Monopolkommission dafür ein, koordiniertes Verhalten auf mehreren räumlich getrennten

Märkten nicht isoliert zu analysieren. Wenn bundesweit tätige Unternehmen gemeinsam in verschiedenen Regionalmärkten tätig sind, kann es irreführend sein, das Verhalten auf den einzelnen Regionalmärkten unabhängig vom Verhalten auf den anderen Märkten zu betrachten. Denn falls koordiniertes Verhalten stattfindet, ist zu erwarten, dass dies auf allen oder zumindest der Mehrzahl der Regionalmärkte stattfindet und dass diese Absprachen marktübergreifend getroffen werden.

### Oligopolistische Strukturen auf Regionalmärkten in der Entsorgungswirtschaft

**507.** Im Bereich der Abfallwirtschaft hat das Bundeskartellamt Ende 2004 einen Zusammenschluss untersagt. Drei weitere Zusammenschlussvorhaben, bei denen ein Hauptprüfverfahren eingeleitet wurde, wurden unter Bedingungen und Auflagen freigegeben. In dem Untersagungsfall planten Rethmann, eines der größten deutschen Entsorgungsunternehmen, und Tönsmeier, ein größeres mittelständisches Entsorgungsunternehmen, je 50 Prozent der Anteile an der Gesellschaft für Abfallwirtschaft Köthen zu übernehmen, die von Stadt und Landkreis Köthen veräußert wurde. Das Kartellamt begründete die Untersagung damit, dass der Zusammenschluss die Marktmacht eines Oligopols aus vier Oligopolisten verstärkt hätte.<sup>57</sup> Die Untersagung wurde vom OLG Düsseldorf bestätigt.<sup>58</sup>

**508.** Strittig war in diesem Fall zunächst die räumliche Marktabgrenzung. Das Amt definierte als räumlich relevanten Markt alle Landkreise, deren Gebiet zu mehr als 50 Prozent in einem Radius von 100 km um den Landkreis Köthen liegt. Die Anmelder gingen dagegen in ihrer Anmeldung davon aus, dass die neuen Bundesländer einen gemeinsamen räumlichen Markt bilden. Das Bundeskartellamt lehnte dies mit der Begründung ab, dass die Marktanteile der im Entsorgungsbereich in den neuen Ländern tätigen Unternehmen in den verschiedenen Bundesländern deutliche Unterschiede aufwiesen. So gebe es beispielsweise ein Unternehmen, das in einem Bundesland gar nicht tätig sei, dafür aber in einem anderen einen Marktanteil von knapp 30 Prozent aufweise. Dagegen würden Entsorger mit Infrastruktureinrichtungen in einem Gebiet mit einem Radius von ca. 100 km um den Landkreis Köthen aus Sicht des Nachfragers in realistischer Weise als Anbieter in Betracht kommen. Tatsächlich kamen bei Ausschreibungen in den Gebietskörperschaften der fünf neuen Bundesländer in den letzten fünf Jahren 91,5 Prozent der Angebote von Unternehmen, die weniger als 100 km vom jeweiligen Ausschreibungsort entfernt waren. Den Zuschlag erhielten ausschließlich Unternehmen, die im 100 km-Radius ansässig waren.

**509.** Im Anschluss an die Marktabgrenzung untersuchte das Bundeskartellamt die Marktanteile für die Sammlung und den Transport von Restmüll im räumlich relevanten Markt, die sich wie in Tabelle IV.4 ergeben.

Tabelle IV.4

### Marktanteile auf dem Entsorgungsmarkt um den Landkreis Köthen

Unternehmen	Marktanteil in %
Rethmann	21,6
RWE Umwelt	20,4
Sita	18,0
Alba	15,2
Summe	75,1
Tönsmeier	7,9
GfA Köthen	1,8
Summe	84,8
Sonstige (10 Anbieter)	15,2
Summe	100,0

**510.** Das Bundeskartellamt ging in seiner Entscheidung davon aus, dass die Unternehmen Rethmann, RWE Umwelt, Sita und Alba auf dem relevanten Markt ein marktbeherrschendes Oligopol bilden. Eine gemeinsame Übernahme der GfA Köthen durch Rethmann und Tönsmeier hätte nach Ansicht des Amtes die marktbeherrschende Stellung des Oligopols verstärkt, da durch die Einbindung von Tönsmeier, dem stärksten Oligopolaußenseiter im Markt, der Außenwettbewerb gegenüber dem Oligopol geschwächt worden wäre.

**511.** Überzeugend legt das Bundeskartellamt dar, dass die Marktgegebenheiten bei der Sammlung und dem Transport verschiedener Abfallarten oligopolistisches Parallelverhalten begünstigen und gegenwärtig davon auszugehen ist, dass die Marktteilnehmer durch koordiniertes Verhalten Marktmacht ausüben. Die Monopolkommission ist jedoch der Ansicht, dass es nicht angemessen ist, sich bei der Analyse oligopolistischen Verhaltens auf den räumlichen Markt zu beschränken, auf dem der Zusammenschluss vollzogen wird. Im vorliegenden Fall sind die vier Unternehmen, die in der Analyse des Kartellamtes ein Oligopol bilden, nicht nur auf dem räumlichen Markt um die Stadt Köthen herum, sondern in einem um ein Vielfaches größeren Gebiet tätig. Alle vier haben zweistellige Marktanteile in mehreren der neuen Bundesländer, einige sind sogar bundesweit vertreten. Dabei sind große Unterschiede zwischen einzelnen Bundesländern festzustellen. Diese ergeben sich u. a. daraus, dass bei der Entsorgung in benachbarten Gebieten Synergieeffekte auftreten. Entsprechend ist zu erwarten, dass sich Unternehmen in Gegenden, in denen sie bereits tätig sind, verstärkt um Aufträge bemühen.

**512.** Es ist nicht anzunehmen, dass oligopolistisches Verhalten isoliert im räumlichen Markt „Köthen und

<sup>57</sup> BKartA, Beschluss vom 16. November 2004, B10-74/04, WuW/E DE-V 995, Rethmann/GfA Köthen.

<sup>58</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2. November 2005, VI-Kart 30/04 (V), WuW DE-R 1625, Rethmann/GfA Köthen.

„Umkreis“ stattfindet. Vielmehr ist zu erwarten, dass die Teilnehmer des Oligopols auf allen Märkten, auf denen sie gemeinsam tätig sind, kooperieren, zumindest im Bereich der Versorgungswirtschaft. Eine Beschränkung der Analyse auf den im Einzelfall räumlich relevanten Markt ist daher irreführend. Die Tatsache, dass die vier Teilnehmer am Oligopol auf dem untersuchten Markt ähnliche Marktanteile aufweisen, kann zufällig sein. Es ist ohne weiteres möglich, dass einer der vier Anbieter bei Betrachtung eines größeren Gebietes kleiner und weniger einflussreich erscheint als ein anderer Anbieter, der im Markt „Köthen und Umkreis“ nur mit sehr geringem Marktanteil oder gar nicht vertreten ist. Aussagen über die Verteilung der Marktanteile sind insbesondere dann, wenn nicht offensichtlich ist, welche Märkte bei der Betrachtung überhaupt zusammengefasst werden sollten, wenig aussagekräftig. Es ist ohnehin davon auszugehen, dass sich oligopolistische Absprachen nicht auf Unternehmen gleicher Größe beschränken, solange die Bedingungen für derartiges Verhalten günstig sind. Die eindeutige Zuordnung der vier Unternehmen Rethmann, RWE Umwelt, Sita und Alba als Teilnehmer am Oligopol und von Tönsmeier als Oligopolaußenseiter erscheint demnach wenig sinnvoll.

#### Oligopolistische Strukturen auf regionalen Großhandelsmärkten für Papier

**513.** Auch bei einer Übernahme im Bereich des Großhandels mit Papier untersuchte das Bundeskartellamt die Marktstrukturen auf den einzelnen räumlichen Märkten unabhängig voneinander. Die räumliche Marktabgrenzung im Falle der Übernahme von Classen durch die Firma G. Schneider & Söhne (SchneiderSöhne) wurde im Abschnitt 2.3.2 dargestellt. Auf sechs räumlich getrennten Märkten prüfte das Amt die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung für das Lagergeschäft mit Druckereipapieren. Dabei diagnostizierte es auf den einzelnen Märkten die folgenden Strukturen:

- Auf dem Regionalmarkt Darmstadt besteht ein marktbeherrschendes Oligopol aus vier Unternehmen, SchneiderSöhne, Papier Union, Deutsche Papier und Drissler.
- Auf dem Regionalmarkt Hamburg besteht ein marktbeherrschendes Oligopol aus drei Unternehmen, SchneiderSöhne, Papier Union sowie drei Unternehmen der Interessengemeinschaft von Papiergroßhändlern GmbH (Igepa).
- Auf dem Regionalmarkt Essen besteht ebenfalls ein marktbeherrschendes Oligopol aus den drei Unternehmen SchneiderSöhne, Papier Union sowie drei Unternehmen der Igepa.
- Auf dem Regionalmarkt Nürnberg besteht ein marktbeherrschendes Dyopol der Unternehmen SchneiderSöhne und 2H.
- Auf dem Regionalmarkt Stuttgart gibt es keine marktbeherrschenden Stellungen.

- Auf dem Regionalmarkt München gibt es ebenfalls keine marktbeherrschenden Stellungen.

Classen ist demnach auf keinem der vier oligopolistisch geprägten Märkte Mitglied eines Oligopols, sondern gehört zur Gruppe der Oligopolaußenseiter. Das Bundeskartellamt hat den Zusammenschluss freigegeben, weil es auf keinem der kritischen vier Märkte mit hinreichender Prognosesicherheit die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung feststellte.

**514.** Während das Amt Classen generell die Rolle eines Oligopolaußenseiters zuweist, werden anderen Unternehmen in der Analyse auf den unterschiedlichen räumlichen Märkten unterschiedliche Rollen zugewiesen. So ist die Deutsche Papier ein Oligopolaußenseiter auf den Regionalmärkten Hamburg, Essen und Nürnberg, aber ein Mitglied des Oligopols im Regionalmarkt Darmstadt. Die unterschiedliche Zuordnung von Deutsche Papier scheint nur auf Unterschiede in den Marktanteilen zurückzuführen zu sein. Tatsächlich sollte die Unterscheidung in Oligopolmitglieder und -außenseiter bei der Analyse koordinierter Effekte jedoch nach dem Verhalten erfolgen. Mitglieder eines Oligopols sind demnach Unternehmen, die ihr Verhalten mit anderen Marktteilnehmern abstimmen, um am Markt höhere Preise durchsetzen zu können. Es ist unwahrscheinlich, dass die Koordinierung der gleichen Unternehmen auf den unterschiedlichen räumlichen Märkten unabhängig voneinander erfolgt. Vielmehr ist anzunehmen, dass Absprachen, wenn sie getroffen werden, für alle Märkte getroffen werden, auf denen die Unternehmen gemeinsam tätig sind. Es ist durchaus möglich, dass die Absprachen zudem voneinander abhängen, dass also das Entgegenkommen eines Oligopolisten in einem räumlichen Markt mit dem Entgegenkommen eines anderen Oligopolisten in einem anderen räumlichen Markt kompensiert wird. Rechnet das Amt dennoch ein Unternehmen wie hier die Deutsche Papier in einem Markt den Oligopolisten, in einem anderen jedoch den Außenseitern zu, so würde dies eine besondere Begründung erfordern.

**515.** Stellt man bei der Zuordnung eines Unternehmens zum Oligopol auf das Verhalten des betreffenden Unternehmens ab, dann wäre im vorliegenden Fall auch Classen ein Oligopolmitglied, obwohl sein Marktanteil in allen Regionalmärkten deutlich unter dem der anderen Oligopolisten liegt. Classen scheint jedoch aktiv an der oligopolistischen Zusammenarbeit der Unternehmen beteiligt gewesen zu sein. So heißt es in der Entscheidung: „Ferner hat Classen viele Jahre gemeinsam mit den Oligopolisten wiederholt in verschiedenen Kartellen zusammengearbeitet, um den Wettbewerb unter den beteiligten Großhandelsunternehmen auf dem vom Zusammenschluss betroffenen Großhandelsmarkt für das Lagergeschäft mit Druckereipapieren auszuschließen.“<sup>59</sup> Das Amt begründet seine Entscheidung, Classen nicht dem Oligopol zuzurechnen, nicht nur mit dem Marktanteilsabstand zwischen Classen und den Oligopolisten, sondern auch

<sup>59</sup> BKartA, Beschluss vom 28. Oktober 2004, B10-86/04, Tz. 251.

damit, dass Classen ein mittelständisches Unternehmen sei, die Oligopolisten dagegen internationale Konzerne. Diese Unterschiede sollten jedoch bei der Beurteilung keine Rolle spielen, solange auf anderem Wege koordiniertes Verhalten zwischen den betroffenen Unternehmen nachgewiesen werden kann. Denn die Tatsache, dass zwei Unternehmen sehr unterschiedlich sind, ist zwar ein Indiz dafür, dass die Zusammenarbeit schwierig sein könnte, und senkt insofern die Wahrscheinlichkeit dafür, dass koordiniertes Verhalten stattfindet. Wenn derartiges Verhalten jedoch direkt nachgewiesen werden kann, ist die Ex-ante-Wahrscheinlichkeit dafür nicht mehr relevant.

**Entstehung eines Dyopols auf dem Markt für Fruchtzubereitungen**

**516.** Im Frühjahr 2004 hat das Bundeskartellamt der Agrana, einer Tochter des Südzucker-Konzerns, die Übernahme von Atys, bis dahin mehrheitlich im Besitz der Butler Capital Partners, Paris, untersagt.<sup>60</sup> Atys ist eine Holdinggesellschaft. Die mit ihr verbundenen Unternehmen stellen in verschiedenen Ländern Europas Fruchtzubereitungen her und vertreiben diese. Fruchtzubereitungen sind Früchte in pasteurisierter Form, die als Geschmacksträger in Milchprodukten wie Joghurt oder Eis oder in der Backwarenindustrie verwendet werden. In Deutschland ist Atys über die Atys-DSF GmbH, Konstanz, aktiv. In der Sache begründete das Bundeskartellamt seine Untersagung damit, dass durch den Zusammenschluss auf dem nationalen Markt für Fruchtzubereitungen ein marktbeherrschendes Dyopol des Marktführers Zentis mit Agrana entstehe, die nach der Übernahme von Atys den zweithöchsten Marktanteil auf dem betroffenen Markt hätte. Die wertmäßigen Marktanteile auf dem bundesweiten Markt für Fruchtzubereitungen im Jahre 2003 stellen sich wie in Tabelle IV.5 gezeigt dar.

Tabelle IV.5

**Marktanteile auf dem Markt für Fruchtzubereitungen**

Unternehmen	Marktanteil in %
Zentis	40–50
Atys	15–25
Wild	5–10
Agrana	5–10
IFF	5–10
Sonstige	je < 5
<b>Summe</b>	<b>100</b>

<sup>60</sup> BKartA, Beschluss vom 21. April 2004, B2-160/03, WuW/E DE-V 923, Agrana/Atys.

**517.** Marktführer ist Zentis mit einem Marktanteil von etwas unter 50 Prozent. Mit deutlichem Abstand folgt Atys, deren Marktanteil wiederum deutlich über dem Marktanteil der Unternehmen Wild, Agrana und IFF liegt. Rein rechenmäßig war die Dyopolvermutung des § 19 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 GWB für Zentis und Atys bereits vor dem Zusammenschluss erfüllt. Trotzdem geht das Amt in seiner Entscheidung davon aus, dass der große Marktanteilsabstand zwischen Zentis und Atys dyopolistisches Verhalten vor dem Zusammenschluss verhindert habe. Durch den Zusammenschluss von Agrana und Atys steigt der Marktanteil des zweitgrößten Marktteilnehmers zwar nur wenig und bleibt weiterhin deutlich hinter Zentis zurück. Dieser Abstand werde aber dadurch kompensiert, dass dieses Unternehmen als Südzucker-Tochter über eine überragende Finanzkraft verfüge. Dies werde Zentis in der Zukunft von wettbewerblichen Vorstößen abhalten.

**518.** Betrachtet man lediglich die Marktanteile auf dem betroffenen Markt, so könnte man nach § 19 Abs. 3 Satz 1 GWB auch vermuten, dass Zentis mit seinem Marktanteil von weit über einem Drittel alleine marktbeherrschend ist. Der Zusammenschluss von Atys und Agrana würde dann zu keinen wettbewerblichen Bedenken führen. Man könnte sogar argumentieren, dass die Übernahme den Wettbewerb fördert, da es dem neuen Unternehmen Agrana/Atys eher als es bisher Agrana oder Atys alleine möglich wäre, wettbewerblichen Druck auf Zentis auszuüben. Für eine schlüssige Beurteilung des Falles wäre demnach eine tiefergehende Analyse des betroffenen Marktes notwendig gewesen. So hätte man beispielsweise das Verhalten der Abnehmer bezüglich der Zahl der Lieferanten und der Wechselwilligkeit und -möglichkeit oder die Preisentwicklung der verschiedenen Anbieter im Zeitablauf untersuchen können. Unklar ist auch, inwiefern die große Finanzkraft von Südzucker dazu führen sollte, die Wahrscheinlichkeit koordinierter Handlungen des zweitgrößten Marktteilnehmers mit Zentis zu erhöhen.

**Vertikale Vorwärtsintegration der Erzeuger auf den Märkten für Strom**

**519.** Im Zusammenhang mit dem immer noch anhängigen Beschwerdeverfahren E.ON Mitte/Stadtwerke Eschwege – die Untersagung des Kartellamtes aus dem September 2003 wurde bereits im letzten Hauptgutachten diskutiert<sup>61</sup> – hat das Bundeskartellamt erneut eine umfangreiche Markterhebung der Strommärkte in Deutschland durchgeführt. Insbesondere durch die steigende Bedeutung des Stromhandels ist eine neue Abgrenzung der Märkte im Strombereich notwendig geworden. Die vier Verbundunternehmen, insbesondere E.ON und RWE, erzeugen jedoch nach wie vor fast allen inländischen Strom und verfügen über hohe Anteile an den Höchst- und Hochspannungsnetzen. Das Bundeskartellamt geht daher davon aus, dass die vier Verbundunternehmen, insbesondere

<sup>61</sup> Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 689.

jedoch E.ON und RWE, ein marktbeherrschendes Oligopol bilden.

**520.** Bisher grenzte das Bundeskartellamt im Strombereich drei Märkte ab. Auf den bundesweiten Märkten für Stromweiterverteiler und Stromgroßkunden waren die Nachfrager die Stromweiterverteiler, also überwiegend Stadtwerke, und die leistungsgemessenen Endkunden. Anbieter waren die Stromproduzenten, also überwiegend die vier Verbundunternehmen, und auf dem Stromgroßkundenmarkt auch Stadtwerke. Auf dem regional abgegrenzten Endkundenmarkt standen die nichtleistungsgemessenen Klein- und Haushaltskunden als Nachfrager den Stadtwerken und vereinzelt wie bei Yello-Strom auch den Verbundunternehmen als Anbieter gegenüber. Der Stromhandel kommt im Rahmen dieser Marktabgrenzung nicht vor. Da inzwischen der Stromhandel jedoch eine zunehmend wichtigere Rolle spielt, ist die klassische Form der Marktabgrenzung zunehmend schlechter geeignet, die tatsächlichen Verhältnisse auf den Strommärkten zu beschreiben. Der Stromhandel umfasst sowohl Handelsgeschäfte an der Börse als auch außerbörslich stattfindende bilaterale Geschäfte, so genannte Over-the-Counter-Geschäfte. Er kann von einem Stadtwerk genutzt werden, das zusätzliche Stromkapazitäten von einem Händler kauft. Dieser wiederum erwirbt den Strom von einem der vier Verbundunternehmen. In diesem Fall wäre der klassische Weiterverteilermarkt vertikal in zwei Märkte aufgespalten, mit dem Händler als neuer Zwischenstufe. Das Bundeskartellamt plant deshalb, bei der Abgrenzung der Strommärkte den Ansatz der Europäischen Kommission zu übernehmen. Dabei werden die Märkte basierend auf fünf Stufen definiert, die die Haupttätigkeitsbereiche im Strombereich darstellen. Diese sind

- die Erzeugung von Strom,
- der Stromtransport auf hoher Spannungsebene,
- der Stromtransport auf niedriger Spannungsebene,
- der Vertrieb von Strom an Endverbraucher und
- der Handel.

**521.** Wie aus diesen Haupttätigkeitsbereichen Märkte abgeleitet werden, hat das Bundeskartellamt bisher offen gelassen. Letztlich sind wohl drei Märkte zu unterscheiden, der Großhandelsmarkt, auf dem die Stromerzeuger ihren Strom anbieten, der Endkundenmarkt, auf dem Endkunden Strom nachfragen, und der Markt für den Transport von Strom. Auf dem Markt für den Transport von Strom verfügt der Eigentümer des Netzes immer über ein Angebotsmonopol; dieser Bereich unterliegt daher der Regulierung durch die Bundesnetzagentur. Auf dem Großhandels- und dem Endkundenmarkt ist Wettbewerb jedoch grundsätzlich möglich.

**522.** Der Großhandels- und der Endkundenmarkt sind die erste und letzte Stufe auf dem Weg vom Erzeuger zum Verbraucher. Zwischen dem Erzeuger als erstem Anbieter und dem Verbraucher als letztem Nachfrager kann es beliebig viele Zwischenstufen des Handels geben, der Strom kann aber auch direkt vom Erzeuger an den Endverbraucher geliefert werden. Da auf dieser Zwi-

schlenstufe in Deutschland jedoch eine große Zahl von Unternehmen tätig ist und keine ernsthaften wettbewerblichen Probleme bekannt sind, kommt es auf eine genauere Analyse dieser Zwischenstufen nicht an. Zumindest derzeit liegt das Wettbewerbsproblem bei Strom auf dem Großhandelsmarkt. Mehr als 80 Prozent der Erzeugungskapazitäten befinden sich in der Hand von nur vier Verbundunternehmen, die fast 90 Prozent der deutschen Nettostrommenge produzieren. Da diese vier Unternehmen auch über mehr als 95 Prozent der Höchstspannungs- und etwa 70 Prozent der Hoch- und Mittelspannungsnetze verfügen, sind sie in der Lage, den Markt gegen neue Anbieter abzuschotten.

**523.** E.ON und RWE sind in der Vierer-Gruppe der Verbundunternehmen deutlich größer als die beiden anderen Verbundunternehmen Vattenfall und EnBW. In der Vergangenheit ging das Bundeskartellamt deshalb davon aus, dass lediglich E.ON und RWE über eine marktbeherrschende Stellung beim Angebot von Strom verfügen. Davon weicht das Amt jetzt ab. Künftig sollen alle vier Unternehmen als marktbeherrschend angesehen werden. Die Monopolkommission begrüßt diese Erweiterung. Es ist nicht davon auszugehen, dass von Vattenfall und EnBW ernsthafte wettbewerbliche Impulse ausgehen, nur weil sie über ein kleineres Netzgebiet und geringere Erzeugungskapazitäten verfügen. Entscheidend ist vielmehr, dass auch sie über ein Gebietsmonopol verfügen – Vattenfall in Norddeutschland, EnBW in Baden-Württemberg – und dieses bei einer Kooperation mit den anderen Mitgliedern des Oligopols auch behalten können.

**524.** Die Markterhebung des Bundeskartellamtes zeigt auch, dass die Verbundunternehmen die Strategie der vertikalen Vorwärtsintegration im Strom- und im Gasbereich weiter verfolgen. Gemeinsam verfügten die vier Verbundunternehmen im Jahr 2004 über mehr als 200 Minderheitsbeteiligungen an Stadtwerken im Strombereich. Im Gasbereich waren es über 250 Beteiligungen dieser Art.

**525.** Im Gasbereich wurde die vertikale Vorwärtsintegration durch die Tätigkeit des Bundeskartellamtes zumindest gebremst. So wurde im Berichtszeitraum die Beteiligung der Mainova an den Aschaffener Stadtwerken in Höhe von 17,5 Prozent untersagt und die gleichzeitig geplante Beteiligung der E.ON Bayern an den Aschaffener Stadtwerken zurückgenommen.<sup>62</sup> Die Mainova ist Gasvorlieferantin der Aschaffener Stadtwerke. Nach Ansicht des Amtes hätte die Beteiligung die marktbeherrschende Stellung der Mainova auf dem Weiterverteilermarkt und die marktbeherrschende Stellung der Aschaffener Stadtwerke auf dem Markt für Haushalts- und Kleinkunden verstärkt. Denn durch den Zusammenschluss hätte die Mainova ihre Vorlieferantenposition auf dem Weiterverteilermarkt gesichert, während gleichzeitig nicht mehr zu erwarten gewesen wäre, dass sie in einen Wettbewerb um Endkunden der Aschaffener Stadt-

<sup>62</sup> BKartA, Beschluss vom 22. Juli 2004, B8-27/04, WuW/E DE-V 983, Mainova/Aschaffener Versorgungs GmbH.

werke eintritt. Die Beschwerde gegen die Untersagung wurde vom OLG Düsseldorf abgewiesen.<sup>63</sup>

**526.** Im Strombereich wurde die Vorwärtsintegration der Stromerzeuger durch einen Rückgang in der Zahl der Anmeldungen ebenfalls gebremst. Dies mag darauf zurückzuführen sein, dass die Marktteilnehmer das Ergebnis des Verfahrens E.ON Mitte/Stadtwerke Eschwege vor dem Beschwerdegericht abwarten wollen. Aus Gesprächen der Verbundunternehmen mit dem Bundeskartellamt ist jedoch bekannt, dass sich eine Vielzahl von Beteiligungsprojekten derzeit im Vorstadium einer Anmeldung befinden. Falls das OLG Düsseldorf die Beschwerde von E.ON im Verfahren E.ON Mitte/Stadtwerke Eschwege nicht zurückweisen sollte, wäre daher mit einer großen Zahl von Anmeldungen ähnlich gelagerter Fälle beim Bundeskartellamt zu rechnen. Schon jetzt gibt das Bundeskartellamt Minderheitsbeteiligungen frei, wenn die vom Zusammenschluss betroffenen Stadtwerke nicht mit mehr als ungefähr 100 GWh Strom pro Jahr beliefert werden. So wurde z. B. eine Aufstockung der Anteile an den Stadtwerken Eberswalde von 37 Prozent auf 50 Prozent durch die E.DIS AG, eine Tochter der E.ON AG, in der ersten Phase freigegeben, da von dem Zusammenschluss nur Strommengen in Höhe von gut 120 GWh betroffen waren, von denen ungefähr ein Viertel aus der Eigenproduktion der Stadtwerke Eberswalde stammen. Die Absicherung der Vorlieferantenposition bezieht sich somit auf eine Menge von weniger als 100 GWh.

**527.** Die Monopolkommission spricht sich gegen die Verwendung einer derartigen Spürbarkeitsgrenze bei der Bewertung von Zusammenschlüssen aus. Problematisch ist die Vorwärtsintegration der Verbundunternehmen in der Summe. Lässt man nur Beteiligungen an kleinen Stadtwerken zu, ist zwar die Anzahl an benötigten Beteiligungen, um einen bestimmten Verschließungseffekt zu erzielen, höher, als wenn Beteiligungen in jeder Höhe zulässig sind. Im Prinzip ist ein Marktverschluss durch Vorwärtsintegration aber trotzdem möglich. Um die Strategie der vertikalen Vorwärtsintegration anzuhalten, muss jede Beteiligung unabhängig von ihrer Höhe und von der betroffenen Strommenge untersagt werden.

**528.** Problematisch ist die Vorwärtsintegration nicht nur wegen ihrer wettbewerblichen Auswirkungen auf den Endkundenmärkten. Viele Stadtwerke verfügen über eigene Erzeugungskapazitäten. Entsprechend führt die Vorwärtsintegration der Verbundunternehmen durch Mehr- und Minderheitsbeteiligungen an diesen Stadtwerken auch zu einer Konzentration der Erzeugungskapazitäten. Während sich die installierte Gesamtkapazität zwischen 1998 und 2003/2004 nur unwesentlich verändert hat, ist der Kapazitätsanteil der heutigen vier größten Verbundunternehmen in diesem Zeitraum von 77 Prozent auf 90 Prozent gestiegen.<sup>64</sup> Das Bundeskartellamt berück-

sichtigt diesen Effekt in seinen Entscheidungen nach Ansicht der Monopolkommission nicht ausreichend. Im oben dargestellten Fall der Anteilserhöhung an den Stadtwerken Eberswalde lag zwar die Bezugsmenge der Stadtwerke Eberswalde von E.DIS unter 100 GWh. Berücksichtigt man jedoch auch die nicht unerhebliche Eigenproduktion der Stadtwerke Eberswalde in ihrem Blockheizkraftwerk, sind von dem Zusammenschluss Strommengen von deutlich über 100 GWh betroffen. Der Zusammenschluss führt nicht nur zu einer Absicherung des Stromabsatzes der E.ON AG, sondern auch zu einer Zunahme ihres Anteils an der Gesamtzeugungskapazität.

#### 2.4.2 Marktbeherrschung bei nichthorizontalen Zusammenschlüssen

**529.** Im Berichtszeitraum wurden einige Zusammenschlüsse im Medienbereich in der zweiten Phase geprüft, bei denen die nichthorizontalen Effekte des jeweiligen Zusammenschlusses im Zentrum der Wettbewerbsanalyse des Bundeskartellamtes standen. Das Zusammenschlussvorhaben Springer/ProSiebenSat.1 wurde untersagt, weil der Zusammenschluss nach Ansicht des Amtes aufgrund marktübergreifender Effekte zu einer Verstärkung der kollektiven Marktbeherrschung von RTL und ProSiebenSat.1 auf dem Fernsehwerbemarkt und einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von Axel Springer auf den Anzeigen- und Lesermärkten für Zeitungen geführt hätte. Die Übernahme der DPC Digital Payout Center von Premiere durch SES Global Europe hat das Amt unter Anwendung der Abwägungsklausel freigegeben. Durch den Zusammenschluss wird eine vertikale Integration aufgelöst, gleichzeitig werden zwei Inputmärkte integriert. Schließlich prüfte das Amt mehrere Zusammenschlussvorhaben im Bereich der Breitbandkabelnetze. Da ein derartiges Netz ein natürliches Monopol darstellt, sind Fusionen zwischen zwei Netzbetreibern, die dazu führen, dass die zwei Netze künftig von einem Betreiber gemeinsam betrieben werden, als Markterweiterungszusammenschlüsse einzuordnen.

#### Das Zusammenschlussvorhaben Springer/ProSiebenSat.1

**530.** Im Januar 2006 untersagte das Bundeskartellamt der Axel Springer AG, 100 Prozent der Anteile an ProSiebenSat.1 zu übernehmen.<sup>65</sup> Die Axel Springer AG hat gegen den Beschluss Beschwerde beim OLG Düsseldorf eingereicht. Das Bundeskartellamt sieht in zwei verschiedenen Bereichen wettbewerbliche Probleme. Zum einen werde die kollektive Marktbeherrschung auf dem Fernsehwerbemarkt, zum anderen die überragende Marktstellung von Springer auf dem Anzeigen- und Lesermarkt verstärkt.

**531.** Zur Verstärkung der kollektiven Marktbeherrschung auf dem Fernsehwerbemarkt führt das Amt aus, dass nach seiner Ansicht derzeit Bertelsmann und ProSie-

<sup>63</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. November 2005, VI-2 Kart 14/04(V), WuW DE-R 1639, Mainova/Aschaffenburgener Versorgungs-GmbH.

<sup>64</sup> Vergleiche Eikmeier, Bernd, Gabriel, Jürgen, Quantitative Entwicklung der Erzeugungs- und Absatzstruktur in der deutschen Stromwirtschaft von 1998 bis heute, Gutachten des Bremer Energieinstituts im Auftrag der MVV Energie AG, Mannheim, Februar 2005, S. 41.

<sup>65</sup> BKartA, Beschluss vom 19. Januar 2006, B6-103/05, WuW DE-V 1163, Springer/ProSiebenSat.1.

benSat.1 ein marktbeherrschendes Dyopol auf dem Fernsehwerbemarkt bilden. Zu Bertelsmann gehören die Sender der RTL-Gruppe, zu ProSiebenSat.1 die Sender ProSieben, SAT.1 und Kabel 1. Die beiden Unternehmen verfügen zwar jeweils nur über Zuschaueranteile von ca. 25 Prozent, während die öffentlich-rechtlichen Sender gemeinsam einen Zuschaueranteil von über 40 Prozent haben. Aufgrund der eingeschränkten Werbemöglichkeiten der öffentlich-rechtlichen Sender verfügen Bertelsmann und ProSiebenSat.1 jedoch bei den Einnahmen aus Fernsehwerbung über ungefähr gleich hohe und im Zeitablauf konstante Marktanteile von je über 40 Prozent; die öffentlich-rechtlichen Sender haben hier nur einen Anteil von weniger als 10 Prozent. Nach Ansicht des Amtes sprechen mehrere Argumente dagegen, dass Binnenwettbewerb zwischen den beiden Dyopolisten stattfindet. Der Zusammenschluss stelle eine Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von Bertelsmann und ProSiebenSat.1 dar, da zusätzliche Verflechtungen zwischen ihnen entstünden, die Symmetrie im Dyopol zunehme und ein wichtiges Substitut zur Fernsehwerbung wegfallende. Zusätzliche Verflechtungen entstünden dadurch, dass bereits bestehende Verflechtungen zwischen Bertelsmann und Springer durch die Fusion auch zu Verflechtungen zwischen den beiden Fernsehkonzernen Bertelsmann und ProSiebenSat.1 werden. Die Symmetrie im Dyopol nehme zu, da nach der Fusion nicht nur Bertelsmann, sondern auch ProSiebenSat.1/Springer die Möglichkeit crossmedialer Werbekampagnen hätte, d. h. dass das zusammengeschlossene Unternehmen Anzeigen sowohl in der Bild-Zeitung schalten als auch in ProSiebenSat.1 zeigen könnte. Des Weiteren finde eine Angleichung der Finanzkraft statt. Schließlich stelle die Bild-Zeitung aus Sicht der Werbeträger, die eine bundesweite Erreichbarkeit wünschen, die einzige Alternative zur Fernsehwerbung dar. Das Bundeskartellamt legt dar, dass die Reichweite eines Werbespots im Fernsehen durch kein anderes Medium außer der Bild-Zeitung erzielt werden könne. Die Möglichkeit der Substitution von Fernsehwerbung durch Werbung in der Bild-Zeitung beschränkt demnach derzeit (noch) die wettbewerblichen Freiräume der Dyopolisten. Diese Restriktion würde durch die Fusion wegfallen. Auch sonst sei nicht zu erwarten, dass die Marktmacht der Dyopolisten durch Außenwettbewerb wirksam beschränkt werden könne. Nennenswerte Wettbewerber seien nur die öffentlich-rechtlichen Sender, die aber durch rundfunkrechtliche Restriktionen wie das Werbeverbot ab 20 Uhr kaum in der Lage seien, ihre Marktanteile auf dem Werbemarkt auszuweiten.

**532.** Des Weiteren sieht das Bundeskartellamt wettbewerbliche Probleme durch die Verstärkung der überragenden Marktstellung von Springer auf dem bundesweiten Lesermarkt für Straßenverkaufszeitungen und die Verstärkung der überragenden Marktstellung ebenfalls von Springer auf dem bundesweiten Anzeigenmarkt für Zeitungen. Auf dem bundesweiten Lesermarkt für Straßenverkaufszeitungen hat Springer mit der Bild-Zeitung und der BZ einen Marktanteil von über 80 Prozent. Auf dem bundesweiten Anzeigenmarkt für Zeitungen – hier fasst das Amt Straßenverkaufs- und andere Zeitungen zu ei-

nem Markt zusammen – hat Springer mit der Bild-Zeitung und der Welt einen Marktanteil von über 40 Prozent. Durch die Fusion bekomme Springer die Möglichkeit, crossmediale Werbekampagnen anzubieten. Diese Möglichkeit haben andere Zeitungen nicht oder nicht in diesem Ausmaß. Springer könne zudem selbst crossmediale Werbung zugunsten von Konzernprodukten durchführen. So kann in der Bild-Zeitung für ProSiebenSat.1 und in ProSiebenSat.1 für die Bild-Zeitung geworben werden. Schließlich gebe es die Möglichkeit publizistischer Cross-Promotion. Dabei wird zwar nicht im einen Medium für das andere geworben, aber die Nutzer des einen Mediums werden auf die Angebote des anderen aufmerksam gemacht, indem sie durch Berichte im Fernsehen über Artikel in der Bild-Zeitung und umgekehrt durch Berichte in der Bild-Zeitung über Fernsehsendungen informiert werden. Das Bundeskartellamt diskutiert auch verschiedene Möglichkeiten der gemeinsamen Vermarktung bestimmter Themen oder Serien.

**533.** Insgesamt bewertet das Bundeskartellamt das Vorhaben als eine konglomerate Fusion. Zwar komme es auf keinem der betroffenen Märkte zu Marktanteilsadditionen, der Zusammenschluss führe aber aufgrund marktübergreifender Effekte zur Verstärkung marktbeherrschender Stellungen und sei deshalb zu untersagen.

#### Horizontaler oder konglomerater Zusammenschluss?

**534.** Das Bundeskartellamt weist in seinem Beschluss darauf hin, dass durch den Zusammenschluss die marktbeherrschende Stellung des Dyopols mit ProSiebenSat.1 auf dem Fernsehwerbemarkt verstärkt würde, da der Wettbewerb durch die Bild-Zeitung wegfallende. Die Bild-Zeitung sei neben den großen Fernsehsendern das einzige Medium in Deutschland, das bundesweit eine breite Bevölkerungsschicht erreicht. Spiegelbildlich argumentiert das Amt, dass durch den Zusammenschluss ebenfalls die marktbeherrschende Stellung der Bild-Zeitung auf dem Anzeigenmarkt für Zeitungen verstärkt würde, da die Bild-Zeitung im Falle einer Fusion als einzige Zeitung in der Lage wäre, gemeinsam mit den Sendern von ProSiebenSat.1 crossmediale Werbekampagnen anzubieten.

**535.** Beide Argumente beruhen auf der Einschätzung des Amtes, dass es eine Nachfrage nach Werbeformen und -trägern gibt, bei denen mit einer Kampagne breite Schichten der Bevölkerung flächendeckend erreicht werden können. Gleichzeitig nimmt das Amt an, dass die werbenden Unternehmen Werbung in Zeitungen und im Fernsehen nicht als nahe Substitute ansehen. Zumindest werden diese beiden Werbeformen unterschiedlichen Märkten zugeteilt. Aus Sicht der Monopolkommission ist das in dieser Allgemeinheit wenig überzeugend. Bei einer Marktabgrenzung aus Sicht der Marktgegenseite sollte die werbetreibende Wirtschaft die Abgrenzung des Marktes bestimmen. Ziel eines werbenden Unternehmens ist es, durch seine Kampagne möglichst viele potentielle Käufer des beworbenen Produktes anzusprechen. Es bedürfte demnach einer näheren Begründung, warum Märkte nach dem Medium, in dem die Werbung platziert wird, abgegrenzt werden, und nicht nach der Reichweite

der Werbekampagne. Bei Werbekampagnen für Produkte, die von breiten Bevölkerungsschichten bundesweit konsumiert werden sollen, kämen dann als Werbeträger alle Medien in Frage, die bundesweit von breiten Bevölkerungsschichten genutzt werden, also zumindest die großen Fernsehsender und die Bild-Zeitung, eventuell auch andere Tageszeitungen oder Rundfunksender mit bundesweiter Verbreitung. Davon zu unterscheiden wären Werbemärkte für einzelne Regionen oder bestimmte Käufergruppen. Werbeträger für regional angebotene Produkte, z. B. für Fachgeschäfte oder Restaurants, wären in erster Linie lokale oder regionale Tageszeitungen und Rundfunksender; Werbeträger für Produkte, die nur von bestimmten Käufergruppen nachgefragt werden, wären entsprechende Fachzeitschriften, also z. B. für eine Sportart die Fachzeitschrift dieser Sportart.

**536.** Nimmt man eine Marktabgrenzung nach der Erreichbarkeit der potentiellen Käufer vor, würden die Bild-Zeitung und die Sender von ProSiebenSat.1 einem gemeinsamen Markt angehören. Bei einer derartigen Marktabgrenzung wäre der Zusammenschluss nicht als konglomerate, sondern als horizontale Fusion zu bewerten, da die Werbepattform der Sender von ProSiebenSat.1 durch die Fusion zum gleichen Konzern gehören würde wie die Werbepattform der Bild-Zeitung.

#### **Die Berücksichtigung von Synergieeffekten im Fusionskontrollverfahren**

**537.** Das Bundeskartellamt geht in seinem Beschluss ausführlich auf die geschäftlichen Möglichkeiten ein, die sich den Zusammenschlussbeteiligten durch den Zusammenschluss eröffnen: Der zusammengeschlossene Konzern sei in der Lage, crossmediale Werbekampagnen anzubieten. Innerhalb des Konzerns könne nicht nur in dem einen Medium für die Berichte des anderen geworben werden, es gebe auch die Möglichkeit publizistischer Cross-Promotion oder der gemeinsamen Vermarktung von Themen oder Serien. Eine Diskussion dieser Aspekte ist im Rahmen der wettbewerblichen Würdigung eines Zusammenschlusses nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB vorgesehen. Insbesondere ist danach bei Würdigung der marktbeherrschenden Stellung des fusionierten Unternehmens zu berücksichtigen, ob der Zugang zu den Absatzmärkten für die eigenen Erzeugnisse der Zusammenschlusspartner verbessert und ob dadurch auch der Marktzutritt für dritte Unternehmen erschwert wird; diese Diskussion ist vom Bundeskartellamt ausführlich, aber nicht mit letzter Schärfe geführt worden. Das Bundeskartellamt hätte nach Meinung der Monopolkommission den folgenden Aspekt bedenken sollen.

**538.** Im deutschen Kartellrecht ist die Berücksichtigung der durch einen Zusammenschluss entstehenden Synergieeffekte nicht explizit vorgesehen. Im europäischen Wettbewerbsrecht gibt es die Möglichkeit einer efficiency defense, d. h. dass zusammenschlussbedingte, nachweisbare Effizienzen, die besonders hoch sind und dem Verbraucher zugute kommen, als eine Art Gemeinwohlvorteil dazu führen können, dass eine Fusion trotz wettbewerblicher Probleme freigegeben werden kann.

Dagegen werden im deutschen Kartellrecht Effizienzvorteile durch das Untersagungskriterium der Fusionskontrolle pauschaliert berücksichtigt. Bleibt ein Zusammenschluss unterhalb der Marktbeherrschungsgrenze, dann wird davon ausgegangen, dass mögliche Effizienzvorteile des Zusammenschlusses die durch eine Verstärkung der Marktmacht entstehenden Wettbewerbsbehinderungen überwiegen. Oberhalb der Marktbeherrschungsgrenze wird von einem Überwiegen der Wettbewerbsbehinderungen ausgegangen. Eine Diskussion möglicher Synergieeffekte ist demnach zur Beurteilung eines Zusammenschlusses nicht notwendig.

**539.** Auch wenn Effizienzvorteile im deutschen Kartellrecht nicht explizit berücksichtigt werden, gibt es dennoch in der Entscheidungspraxis eine Reihe von Fällen, in denen im Rahmen der wettbewerblichen Gesamtwürdigung gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB mit Effizienzvorteilen argumentiert wurde, um die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zu begründen.<sup>66</sup> Denn durch eine Fusion, die mit hohen Synergieeffekten verbunden ist, werden natürlich auch die Wettbewerber der Zusammenschlussbeteiligten relativ schlechter gestellt. Der Versuch, besser als die Wettbewerber zu werden, sollte nach Ansicht der Monopolkommission von einer Kartellbehörde jedoch im Allgemeinen nicht unterbunden werden. Eine efficiency offense schützt nicht den Wettbewerb, sondern zerstört ihn. Die Berücksichtigung von Effizienzvorteilen und Synergieeffekten im Fusionskontrollverfahren sollte daher nur zur Ablehnung einer Fusion führen, wenn sie mit strukturell wirkenden Verdrängungseffekten verbunden sind.

**540.** Nicht immer ist offensichtlich, welche Aspekte eines Falles das Amt im Rahmen der wettbewerblichen Gesamtwürdigung berücksichtigen und welche es ignorieren sollte. Dies gilt auch im Fall Axel Springer/ProSiebenSat.1. Das Amt hätte hier noch deutlicher machen können, inwiefern die Möglichkeiten, die sich den Zusammenschlussbeteiligten durch die Fusion eröffnen – crossmediale Werbekampagnen, publizistische Cross-Promotion, gemeinsame Vermarktung von Inhalten – nicht Synergieeffekte darstellen, sondern Möglichkeiten, Wettbewerber zu behindern und zu verdrängen.

#### **Das Zusammenschlussvorhaben RTL/n-tv**

**541.** Das Zusammenschlussvorhaben RTL/n-tv, das das Bundeskartellamt im April 2006 freigegeben hat, ist dem Vorhaben Axel Springer/ProSiebenSat.1 in Bezug auf die wettbewerblichen Wirkungen auf dem Fernsehwerbe- markt sehr ähnlich.<sup>67</sup> Die Marktmacht des Dyopols von RTL und ProSiebenSat.1 wird im vorliegenden Fall nicht durch einen Zusammenschluss, der ProSiebenSat.1 betrifft, sondern durch einen Zusammenschluss, der RTL betrifft, verstärkt. Konkret plante RTL, den bisher mit CNN/Time Warner gemeinsam beherrschten Nachrichtenkanal n-tv vollständig zu übernehmen. Zu einer

<sup>66</sup> Vergleiche Klumpp, Ulrich, Die „Efficiency Defense“ in der Fusionskontrolle, Tübingen 2005, S. 138.

<sup>67</sup> BKartA, Beschluss vom 11. April 2006, B6-142/05.

Marktanteilsaddition würde es durch den Zusammenschluss nicht kommen. Da RTL im Falle der alleinigen Kontrolle von n-tv jedoch bei der Programmgestaltung keine Rücksicht mehr auf den Mitinhaber nehmen müsse, könne im Fall einer Übernahme die Produktdifferenzierung innerhalb der Sender der RTL-Gruppe so ausgestaltet werden, dass eine maximale Marktdurchdringung aller Sender gemeinsam erreicht werde. Das Amt argumentiert hier wie im Falle National Geographic<sup>68</sup> und geht davon aus, dass der Zusammenschluss die marktbeherrschende Stellung im Dyopol von RTL und ProSiebenSat.1 auf dem Fernsehwerbemarkt verstärkt. Allerdings sei diese Verstärkung nicht ursächlich. Vielmehr lägen die Voraussetzungen für eine Sanierungsfusion vor. Es sei nicht ersichtlich, dass n-tv allein überlebensfähig sei. Es gebe keine anderen potentiellen Interessenten für die bisher CNN/Time Warner gehörenden Anteile – zumindest keine, die wettbewerblich unbedenklich wären. Schließlich sei zu erwarten, dass im Falle einer Schließung des Kanals die Marktanteile von n-tv auf dem Werbemarkt vollständig dem Dyopol zufallen würden. Das Amt gab das Zusammenschlussvorhaben deshalb als Sanierungsfusion frei.

<sup>68</sup> Vergleiche Tz. 447.

**Die Übernahme der DPC Digital Payout Center durch den Satellitenbetreiber Astra**

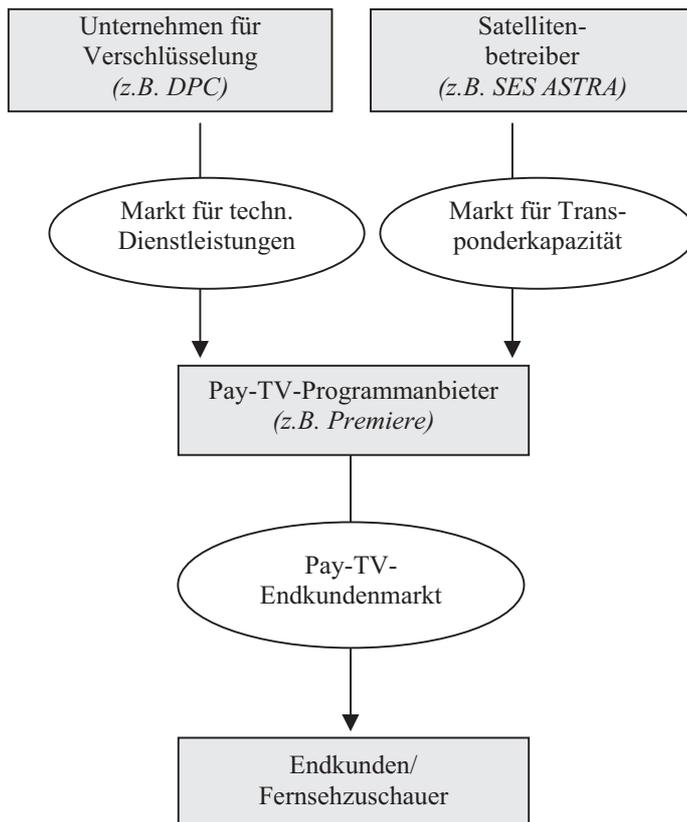
**542.** Im Dezember 2004 hat das Bundeskartellamt die Übernahme der DPC Digital Payout Center von Premiere durch SES Global Europe unter Anwendung der Abwägungsklausel freigegeben.<sup>69</sup> SES Astra, eine Tochter von SES Global Europe, betreibt eine Satellitenflotte, die gegenwärtig aus 13 Satelliten besteht. DPC firmiert inzwischen unter dem Namen APS (Astra Platform Services). Die Beigeladene Eutelsat, eine Wettbewerberin der SES, hat gegen die Freigabe Beschwerde beim OLG Düsseldorf eingelegt, die noch anhängig ist.

**543.** Von dem Zusammenschluss sind drei Märkte betroffen, die für die Bereitstellung von Pay-TV benötigt werden. Die Vernetzung dieser drei Märkte ist in Abbildung IV.3a dargestellt. Pay-TV-Anbieter bieten auf dem Markt für Pay-TV den Fernsehzuschauern bestimmte Inhalte an. Um diese Inhalte anbieten zu können, sind zwei Vorleistungen nötig. Zum einen benötigt der Programm-anbieter eine digitale technische Plattform für Pay-TV. Diese besteht aus der Bereitstellung eines Verschlüsse-

<sup>69</sup> BKartA, Beschluss vom 28. Dezember 2004, B7-150/04, WuW/E DE-V 1039, SES/DPC.

Abbildung IV.3a

**Märkte im Pay-TV (Übertragungsweg Satellit)**



lungssystem, der Verwaltung der Smartcards für die Abonnenten sowie der Bereitstellung einer kompatiblen Set-Top-Boxen-Basis. Aus technischen Gründen wird diese Dienstleistung zusammen mit der Sendeabwicklung und dem Uplink angeboten. Unter der Sendeabwicklung versteht man die Zusammenstellung eines Fernsehkanals. Dabei werden einzelne Inhalte zu einem fortlaufenden Datenstrom verbunden. Der Uplink ist der Transport eines fertigen Signals zum Satelliten. Verschlüsselung, Sendeabwicklung und Uplink werden zu einem Markt für technische Dienstleistungen zusammengefasst. Das zu übernehmende Unternehmen DPC, bisher eine Tochter von Premiere, hat auf diesem Markt unter Berücksichtigung der Inneumsätze mit Premiere einen Marktanteil von ca. 60 Prozent und ist damit marktbeherrschend.

**544.** Die zweite Vorleistung, die ein Programmanbieter benötigt, ist die Bereitstellung von Transponderkapazität auf einem Satelliten. Als Transponder bezeichnet man die Bandbreite, die einem Kunden zur Übertragung zur Verfügung steht. Von dem Zusammenschluss betroffen ist nur der Markt für Transponderkapazität für die DTH(direct-to-home)-Rundfunkübertragung, der räumlich durch den deutschen Sprachraum begrenzt ist. Auf diesem Markt sind die ASTRA-Satelliten der SES mit der Orbitalposition 19,2° Ost mit einem Marktanteil von über 90 Prozent marktbeherrschend.

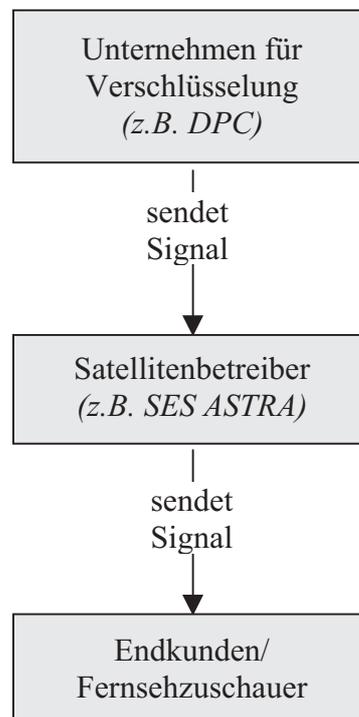
**545.** Aus ökonomischer Sicht handelt es sich bei den Märkten für Verschlüsselung und für Transponderkapazität um zwei Vorleistungsmärkte, die demnach in horizontaler Beziehung zueinander stehen. Der Signalstrom wird dagegen von dem Verschlüsselungsunternehmen zum Satellitenbetreiber und von dort zum Endkunden, dem Fernsehzuschauer, geschickt. Hier besteht also eine vertikale Beziehung zwischen den beiden Unternehmen, die Anbieter auf den Vorleistungsmärkten sind. Diese Beziehung wird in Abbildung IV.3b dargestellt.

**546.** Durch den Zusammenschluss von SES mit DPC treten nach Ansicht des Bundeskartellamtes auf beiden Märkten Wettbewerbsverschlechterungen auf. Mit der durch den Zusammenschluss bedingten vertikalen Integration von DPC erhalte SES die Möglichkeit der Einflussnahme auf die Ausrichtung des Uplinks. Bereits jetzt seien die Sendeantennen der DPC ausschließlich auf die ASTRA-Satelliten der Orbitalposition 19,2° Ost ausgerichtet. Es sei zu erwarten, dass die SES den Zugang zum Uplink dazu nutzen werde, die eigene Marktstellung auf dem Markt für Transponderkapazität auch künftig abzusichern. Auf dem Markt für technische Dienstleistungen für Pay-TV sei eine Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der DPC zu erwarten, weil DPC über die Verbindung mit SES den Zugang zu deren Satellitenkunden erhalte. Dies stelle eine Verbesserung ihrer Absatzwege für die technischen Dienstleistungen dar und sichere bestehende Kundenbeziehungen weiter ab.

**547.** Durch den Zusammenschluss verbessere sich jedoch die wettbewerbliche Situation auf dem Endkundenmarkt für Pay-TV. Premiere ist auf diesem Markt derzeit marktbeherrschend. Bisher ist es für potentielle Wettbewerber außerordentlich schwierig gewesen, in den Markt

Abbildung IV.3b

#### Signalfluss im Pay-TV (Übertragungsweg Satellit)



einzutreten. Da potentielle Pay-TV-Kunden im Allgemeinen nicht bereit sind, mehrere Set-Top-Boxen aufzustellen, waren alternative Anbieter quasi darauf angewiesen, die Verschlüsselungstechnik von DPC und die Premiere-Set-Top-Boxen mit zu nutzen. Premiere hatte jedoch keinen Anreiz, diese Verschlüsselung allgemein zur Verfügung zu stellen und hat dies auch nicht getan. Mit dem Zusammenschluss werden die Lizenzen für die Verschlüsselungstechnik von Premiere an SES unterlizenziiert. SES habe im Gegensatz zu Premiere ein Interesse daran, dass es möglichst viele Pay-TV-Anbieter gibt. Folgerichtig habe sie angekündigt, dass sie die Verschlüsselungstechnik künftig allen Anbietern, nicht nur Premiere, zur Verfügung stellen werde. Damit würden alle Pay-TV-Anbieter nach demselben System verschlüsselt und bekämen Zugang zu der etablierten Premiere-Set-Top-Boxen-Infrastruktur. Mit der Allokation aller Pay-TV-Programme auf einer Smartcard werde eine weitere Hürde beseitigt. Die Set-Top-Boxen verfügen überwiegend nur über einen Smartcard-Slot. Künftig könnten dann mit nur einer Smartcard Programme von mehreren Pay-TV-Anbietern empfangen werden. Die wettbewerblichen Vorteile durch die Öffnung auf diesem Markt überwiegen nach Ansicht des Amtes die Nachteile, die auf den beiden vorgelagerten Märkten entstehen.

**548.** Im Rahmen des Verfahrens vor dem Beschwerdegericht wurde dem Bundeskartellamt aufgegeben, weitere Ermittlungen zur Möglichkeit alternativer Pay-TV-Anbieter, die Verschlüsselungstechnik von DPC zu nutzen,

durchzuführen.<sup>70</sup> Da die Lizenzen für die Verschlüsselungstechnik Premiere gehören und lediglich an SES unterlizenziiert wurden, sei nicht klar, ob durch den Zusammenschluss tatsächlich Wettbewerbsverbesserungen auf dem Pay-TV-Endkundenmarkt eingetreten seien.

**549.** Die Monopolkommission betrachtet die Fusion von SES mit DPC nicht als vertikalen Zusammenschluss, da die Märkte für Transponderkapazität und für technische Dienstleistungen zwar in physischer Hinsicht vertikal verbunden sind, ökonomisch handelt es sich bei der Transponderkapazität und den technischen Dienstleistungen jedoch um zwei komplementäre Inputs, die die Programmanbieter kaufen müssen, um Pay-TV anbieten zu können. Damit hat der Zusammenschluss konglomeraten Charakter; er entspricht in der Struktur dem von der Europäischen Kommission im Jahre 2001 untersagten Zusammenschluss von General Electric und Honeywell. Im Kern führt er zu einer Integration der Märkte für die beiden komplementären Inputs der technischen Dienstleistungen und der Transponderkapazität. Gleichzeitig wird mit der Trennung der Märkte für technische Dienstleistungen und für Pay-TV eine vertikale Integration aufgelöst. Da Premiere bisher seine marktbeherrschende Stellung auf dem vorgelagerten Markt für technische Dienstleistungen dazu genutzt hat, den Zutritt potentieller Wettbewerber auf dem Endkundenmarkt zu erschweren oder sogar zu verhindern, erwartet die Beschlussabteilung durch die Separierung dieser beiden Märkte eine Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen auf dem Endkundenmarkt. Es gebe eine Reihe von Unternehmen, die ernsthaft Interesse an einem Angebot von Pay-TV gezeigt hätten. Angesichts des großen Angebots von Free-TV in Deutschland erscheint es jedoch fraglich, ob die Nachfrage nach Pay-TV groß genug ist, um Marktzutritt in größerem Umfang zu ermöglichen.

**550.** Berücksichtigt man die besondere Struktur dieser beiden Input-Märkte, besteht die Möglichkeit einer Steigerung der Konsumentenwohlfaht durch den Zusammenschluss. Dazu ist zunächst zu beachten, dass beide Märkte Strukturen aufweisen, die die Möglichkeit eines funktionierenden Wettbewerbs im Vorhinein schon fast ausschließen. Bezüglich des Marktes für Transponderkapazitäten ist es für einen Sender quasi unmöglich, alternative Satelliten zu nutzen. Denn die Satellitenschüsseln der privaten Haushalte müssten dann alle auf diese alternativen Satelliten ausgerichtet werden. Wenn es sich nicht um so genannte Dual-Foot-Antennen handelt, die auf zwei Satellitenpositionen gleichzeitig ausgerichtet werden können, könnten nach der Neuausrichtung ausschließlich Programme dieses Senders empfangen werden, keine Programme von Sendern, die nach wie vor die ASTRA-Satelliten zur Übertragung nutzen. Es ist mehr als fraglich, ob unter diesen Umständen eine breite Zahl der Nachfrager zu einem Wechsel bereit wäre. Es scheint damit quasi unmöglich zu sein, den hohen Marktanteil von SES auf dem Markt für Transponderkapazitäten zu verringern.

**551.** Der Markt für die technischen Dienstleistungen ist durch Netzwerkeffekte gekennzeichnet, da er die Bereitstellung einer Verschlüsselungstechnik im Rahmen einer Set-Top-Boxen-Infrastruktur enthält. Wenn Nutzer – was anzunehmen ist – nicht bereit sind, mehrere Set-Top-Boxen mit mehreren Smartcards aufzustellen, können nur dann gleichzeitig Angebote von mehreren Pay-TV-Anbietern genutzt werden, wenn die Anbieter eine einheitliche Verschlüsselungstechnik und damit ein einheitliches Netzwerk von Set-Top-Boxen benutzen.

**552.** Nutzen die monopolistischen Anbieter auf beiden betroffenen Märkten bisher ihre Marktmacht aus, kann der Zusammenschluss auf diesen Märkten möglicherweise zu sinkenden Preisen und damit zu einer Erhöhung der Konsumentenwohlfaht führen. Dies ist der Fall, wenn die den Markt verzerrende Wirkung des Monopols durch eine Bündelung der beiden Monopole nur noch einmal und nicht mehr zweimal innerhalb der Wertschöpfungskette stattfindet.<sup>71</sup>

#### Markterweiterungszusammenschlüsse im deutschen Breitbandkabelnetz

**553.** Im Berichtszeitraum hat sich das Bundeskartellamt mit einer Reihe von geplanten Zusammenschlüssen im Bereich der Breitbandkabelnetze auf der Netzebene (NE) 3 beschäftigt. Die Netze befanden sich zu Beginn des Berichtszeitraums im Wesentlichen in der Hand von vier Betreibern:

- KBW, Kabelnetz in Baden-Württemberg, beliefert 2,3 Millionen Haushalte,
- iesy, Kabelnetz in Hessen, beliefert 1,2 Millionen Haushalte,
- ish, Kabelnetz in Nordrhein-Westfalen, beliefert 4,3 Millionen Haushalte,
- KDG, übriges Kabelnetz, beliefert 10 Millionen Haushalte.

Zunächst prüfte das Amt die geplante Übernahme sämtlicher Anteile der ish, sämtlicher Anteile der KBW und 83,7 Prozent der Anteile der iesy durch KDG im Rahmen von drei getrennten Verfahren. Alle drei Zusammenschlüsse wurden abgemahnt. Da das Amt auch die daraufhin angebotenen Zusagen als nicht ausreichend für eine Freigabe erachtete, wurden die Verfahren zurückgezogen.

**554.** Ein knappes Jahr später wurden zwei weitere Zusammenschlussvorhaben in diesem Bereich angemeldet. Aus dem Bieterverfahren um ish, den Betreiber des nordrhein-westfälischen Kabelnetzes, waren zwei Bieter erfolgreich hervorgegangen, nämlich iesy, der Betreiber des hessischen Breitbandkabelnetzes, und Tele Columbus, ein NE-4-Anbieter. Beide Zusammenschlüsse wurden vom Bundeskartellamt mit Abschluss des Hauptprüfverfahrens freigegeben.<sup>72</sup> Der Zusammenschluss von iesy und ish

<sup>70</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. Februar 2006, VI-Kart 2/05(V).

<sup>71</sup> Vergleiche Tirole, Jean, *The Theory of Industrial Organization*, Cambridge, Mass. 1989, S. 174 f.

<sup>72</sup> BKartA, Beschluss vom 20. Juni 2005, B7-22/05, und Beschluss vom 21. Juni 2005, B7-38/05, WuW/E DE-V 1127, CIE/Ish.

wurde vollzogen. Im Anschluss an den Zusammenschluss beantragten die Anteilseigner von iesy/ish und BC Partners – Anteilseigner von Tele Columbus – beim Bundeskartellamt den Erwerb der gemeinsamen Kontrolle von iesy/ish unter Einbringung von Tele Columbus in diese Gesellschaft. Dieses Vorhaben wurde innerhalb der Monatsfrist freigegeben. Iesy, ish und Tele Columbus sind mittlerweile alle drei Töchter der Unity Media GmbH.

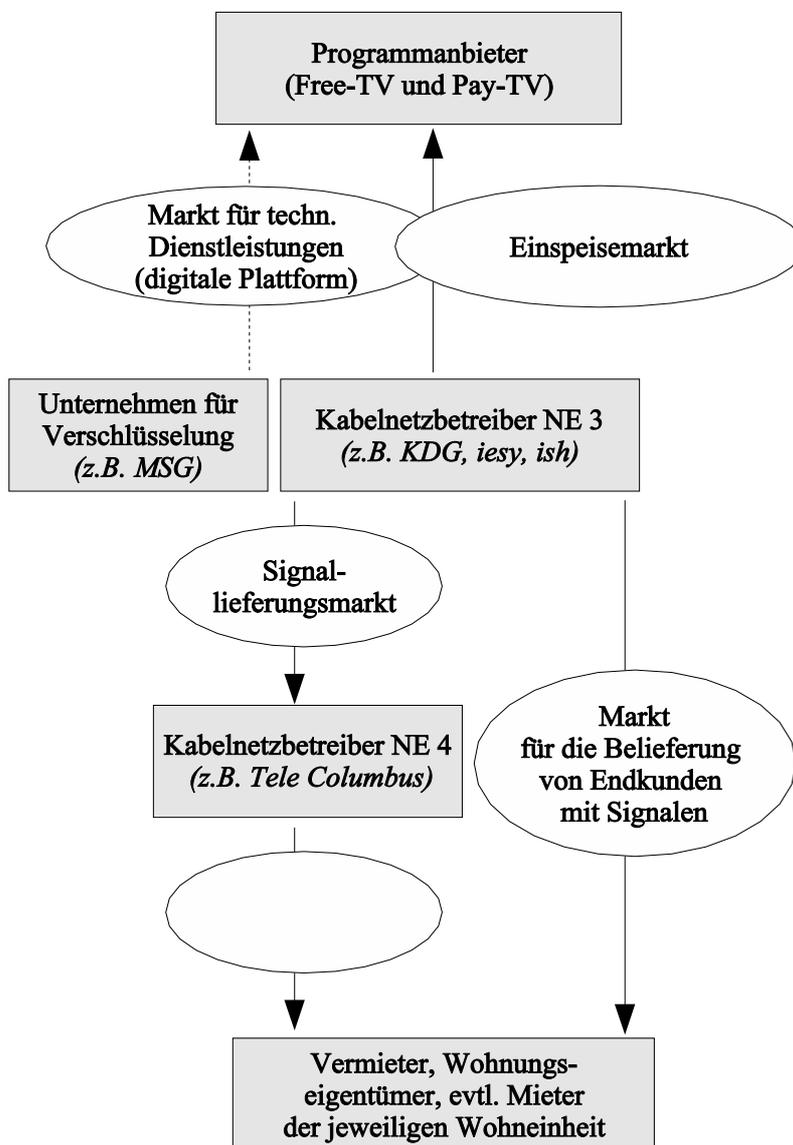
**Wettbewerb auf dem Einspeisemarkt und auf dem Markt für technische Dienstleistungen**

**555.** Die Beziehung der Marktteilnehmer über die verschiedenen von den Zusammenschlüssen betroffenen Märkte ist in Abbildung IV.4 dargestellt. Die Programmanbieter fragen die Einspeiseleistung ins Breitbandkabel bei den Kabelnetzbetreibern der NE 3 nach. Räumlich

werden die Einspeisemärkte in Deutschland durch die Netze der vier Regionalgesellschaften abgegrenzt. Ob die mit der digitalen Einspeisung unter Umständen verbundenen technischen Dienstleistungen dem Einspeisemarkt zuzurechnen sind, ob es sich dabei um einen getrennten Markt handelt oder ob überhaupt ein Markt vorliegt, hat das Bundeskartellamt unterschiedlich beurteilt. Bei den technischen Dienstleistungen handelt es sich im Wesentlichen um die Bereitstellung eines Verschlüsselungssystems, der Bereitstellung einer Set-Top-Boxen-Basis und der Verwaltung der dazu gehörigen Smartcards. Für den Empfang von Free-TV werden derartige Dienstleistungen derzeit nicht benötigt. Die Beschlussabteilung geht jedoch davon aus, dass in absehbarer Zeit auch Free-TV-Programme nur noch verschlüsselt gesendet werden. An einer derartigen Grundverschlüsselung sind in erster

Abbildung IV.4

**Märkte für Signaltransport im Kabelfernsehen**



Linie die Kabelnetzbetreiber interessiert, da sie ihnen den direkten Zugang zu den Endkunden verschafft. Schwarzsehen ist nicht mehr möglich; dafür kann der Kabelnetzbetreiber auf bestimmte Kundengruppen abgestimmte Zusatzpakete vermarkten. Während die Beschlussabteilung bei der Beurteilung der geplanten Einkäufe von KDG davon ausging, dass die Programmanbieter kein Interesse an einer Grundverschlüsselung haben und diese ihnen von KDG aufgenötigt wird, ist sie bei der Analyse der Bieterverfahren für ish davon ausgegangen, dass auch die Programmanbieter Interesse an einer Grundverschlüsselung haben – um selbst eine Endkundenbeziehung aufzubauen und weil die Rechteinhaber Wert darauf legen.

**556.** Grundsätzlich können die technischen Dienstleistungen getrennt von der Ausstrahlung über Satellit und der Einspeiseleistung in das Breitbandkabel erbracht werden. So wurden im Fall SES/DPC getrennte Märkte für technische Dienstleistungen und für Transponderkapazität angenommen. In den KDG-Fällen ging das Kartellamt dagegen von einem gemeinsamen Markt aus und schloss das auch bei den beiden Bieterverfahren für ish nicht aus. Das Amt argumentiert hier, dass die Programmanbieter darauf angewiesen sind, auf die Set-Top-Boxen-Basis und die Smartcards von KDG bzw. ish zurückzugreifen, wenn sie die Einspeiseleistung nachfragen. Insofern handle es sich bei der technischen Plattform um eine Dienstleistung, die mit der Einspeiseleistung gekoppelt sei und entsprechend mit ihr zusammen einen Markt bilde. Das Tochterunternehmen der KDG, das die technischen Dienstleistungen für die digitale Plattform der KDG erbringt, MSG, erbringt diese Dienstleistungen auch für KBW und iesy. Selbst ish, das eine eigene digitale technische Plattform aufbaut, bezieht diese technische Dienstleistung derzeit zumindest teilweise noch von der MSG.

**557.** Das Bundeskartellamt hat die Zusammenschlüsse von KDG mit einem anderen Netzbetreiber untersagt, da die Verhaltensspielräume von KDG durch die geplanten Fusionen vergrößert würden. Beim Zusammenschluss zwischen ish und iesy war das Amt zwar ebenfalls der Ansicht, dass sich die Verhaltensspielräume der ish auf das Netz von iesy übertragen würden. Gleichzeitig würden aber durch den Zusammenschluss die strukturellen Voraussetzungen für einen Wettbewerb gegenüber der KDG geschaffen, da iesy dann künftig nicht mehr auf die technischen Dienstleistungen für die digitale Plattform der MSG angewiesen wäre, sondern ebenfalls die digitale Plattform von ish nutzen könnte.

#### **Wettbewerbseffekte auf benachbarten Märkten**

**558.** Aus Sicht der Monopolkommission hat der Zusammenschluss auch auf benachbarten Märkten wettbewerbliche Effekte. Die Preise und Konditionen auf dem Einspeisemarkt sind das Ergebnis von Verhandlungen einzelner Sender oder Sendergruppen mit den einzelnen Netzbetreibern. Grundsätzlich sind die Sender auf jeden einzelnen der vier Netzbetreiber angewiesen, um bundesweit senden zu können. Umgekehrt sind die Netzbetreiber aber auch auf zumindest jeden der großen Sender ange-

wiesen, da eine Kabelnutzung auf Dauer nicht erfolgt, wenn nicht zumindest die wichtigsten Programme eingespeist werden. Man kann davon ausgehen, dass ein Sender um so mehr von einem Netzbetreiber abhängt, je größer der Netzbetreiber ist, und umgekehrt ein Netzbetreiber um so mehr von einem Sender abhängt, je größer der Sender ist. Denn je größer ein Sender, d. h. je höher die Einschaltquote seiner Programme ist, desto wichtiger ist es für den Netzbetreiber, diese Programme zu senden. Sonst ist zu erwarten, dass die Fernsehzuschauer vom Kabel auf Antenne oder Satellit umsteigen. Je größer ein Netzbetreiber ist, desto wichtiger ist es für den Programmanbieter, dass seine Programme eingespeist werden. Denn die Werbeeinnahmen, die Hauptfinanzierungsquelle der Programmanbieter, hängen von der Zahl der Zuschauer des Programms ab. Wenn dann ein Sender mit einem Netzbetreiber über die Einspeisebedingungen verhandelt, ist zu erwarten, dass von dem auf diesem Markt zu verteilenden Überschuss der Netzbetreiber einen um so größeren Anteil erhält, je größer er und je kleiner der Verhandlungspartner ist.

**559.** Ein Markterweiterungszusammenschluss zwischen zwei Netzbetreibern führt unter diesen Annahmen dazu, dass die Verhandlungsmacht des fusionierten Betreibers höher ist als die der beiden einzelnen Netzbetreiber zuvor. Entsprechend erhält der fusionierte Betreiber für jedes der beiden Gebiete einen höheren Anteil an dem zu verteilenden Überschuss als zuvor. In dem konkreten Fall der Fusion von ish und iesy ist zu erwarten, dass sie als gemeinsames Unternehmen einen höheren Überschuss erhalten als die Summe der Überschüsse von ish und iesy vor dem Zusammenschluss. Dies bedeutet, dass sie pro Haushalt entweder weniger in die Qualität ihrer Netze investieren müssen oder höhere Einspeiseentgelte erhalten. Es ist also anzunehmen, dass durch den Zusammenschluss nicht nur die Verhandlungsmacht von ish auf iesy übertragen wird, wie das Bundeskartellamt schreibt, sondern dass die gemeinsamen Verhaltensspielräume sogar größer als die der ish zuvor werden. Denn das durch den Zusammenschluss entstehende gemeinsame Netz von ish und iesy ist sowohl größer als das von ish als auch das von iesy. Dagegen ermöglicht der Zusammenschluss zwar die künftige Unabhängigkeit der ish von der MSG, es ist aber keineswegs ausgeschlossen, dass trotzdem über die Laufzeit der derzeitigen Verträge hinaus Dienstleistungen von der MSG bezogen werden. Da davon auszugehen ist, dass die Verhandlungsmacht auf Seiten der Netzbetreiber auch bezüglich der Frage technischer Dienstleistungen um so größer ist, je mehr sie in der Lage sind, mit einer Stimme zu sprechen, scheint es für iesy auch in der Prognose nicht unattraktiv zu sein, Verschlüsselungsdienstleistungen über die MSG zu beziehen, die derzeit außer für KDG auch die Verschlüsselung für KBW macht und demnach als größter Anbieter auch die beste Verhandlungsposition gegenüber den Programmanbietern haben dürfte.

**560.** Wie die Überschüsse auf dem Einspeisemarkt zwischen Kabelnetzbetreibern und Programmanbietern verteilt werden, ist aus wettbewerblicher Sicht nur insofern relevant, als die Verteilung Rückwirkungen auf die benachbarten Märkte hat, auf denen die Überschüsse erwirt-

schaftet werden. Die Überschüsse stammen überwiegend aus zwei Quellen. Zum einen verdienen die Kabelnetzbetreiber die Kabelnetzgebühren, die die Nutzer für den Anschluss ans Kabelfernsehen bezahlen. Zum anderen erwirtschaften die Programmanbieter Werbeeinnahmen, als öffentlich-rechtliche Sender erhalten sie die Rundfunkgebühren und als Pay-TV-Anbieter Gebühren von den Pay-TV-Abonnenten. Ob und wie viel nun von diesen Überschüssen die eine Marktseite auf dem Einspeisemarkt an die andere Marktseite abzugeben hat, ist für die Wettbewerbsbehörde deshalb von Bedeutung, weil die Verteilung der Überschüsse Auswirkungen auf die wettbewerbliche Situation der Märkte haben kann, auf denen die Überschüsse erwirtschaftet werden. Wenn die Programmanbieter einen großen Teil der Überschüsse erhalten, also wenig für das Einspeisen ihrer Programme zahlen müssen oder sogar noch dafür bezahlt werden, dass sie ihre Programme in ein Kabelnetz einspeisen, dann ist ein Marktzutritt neuer Sender zu erwarten. Dies würde tendenziell den Wettbewerb auf den Werbe- und Pay-TV-Märkten erhöhen. Die Kosten der öffentlich-rechtlichen Sender würden niedriger sein, was geringere Rundfunkgebühren rechtfertigen würde. Wenn dagegen die Kabelnetzbetreiber einen großen Teil der Überschüsse erhalten, ist nicht mit Marktzutritt neuer Netzbetreiber zu rechnen, da die einzelnen Netze natürliche Monopole darstellen. Insofern müsste die Wettbewerbsbehörde ein Interesse haben, dass die Programmanbieter als diejenige Marktseite, bei der eher Wettbewerb durch Marktzutritt zu erwarten ist, einen höheren Anteil der Überschüsse erhält. Dies ist tendenziell eher dann der Fall, wenn es viele kleine und nicht wenig große Kabelnetzbetreiber gibt. Dies spricht dagegen, horizontale Fusionen auf der NE 3 zuzulassen.

### Wettbewerb auf den Signallieferungsmärkten

**561.** Die Signallieferungsmärkte werden von der Beschlussabteilung sachlich in zwei getrennte Märkte unterteilt, je nachdem, ob auf dem Weg zum Endkunden noch ein Betreiber der NE 4 zwischengeschaltet ist oder nicht. Die NE 4 umfasst den Betrieb des Kabelnetzes im Haus selbst. Dieser Teil wurde in den achtziger Jahren vom Netz der damaligen Deutschen Bundespost abgetrennt und kleinen und mittleren Unternehmen übergeben. Die Unternehmen der NE 4 beziehen ihre Signale überwiegend von Anbietern der NE 3. Es gibt allerdings auch NE-4-Anbieter, die sich über den Aufbau einer eigenen Kabelkopfstation oder einer Satelliten-Gemeinschaftsanlage von der NE 3 unabhängig gemacht haben. In manchen Fällen gibt es keine NE 4, dann erhält der Endkunde das Rundfunksignal direkt vom Betreiber der NE 3.

**562.** Marktgegenseite auf den Endkundenmärkten sind private Vermieter und Eigentümer oder Wohnungsbaugesellschaften. Während private Vermieter und Eigentümer im Allgemeinen nur das Angebot des nächstliegenden NE-3-Betreibers einholen, schreiben Wohnungsbaugesellschaften die Versorgung ihrer Häuserblocks regelmäßig bundesweit in Form von so genannten Gestattungsverträgen aus. In der Regel scheint sich jedoch von den vier Regionalgesellschaften nur diejenige, in deren Ge-

biet der Kunde liegt, um den Liefervertrag zu bewerben. Wettbewerb entsteht dadurch, dass sich auch größere NE-4-Betreiber oder integrierte NE-3/NE-4-Netzanbieter um diese Verträge bemühen. Es handelt sich hier überwiegend um Infrastrukturwettbewerb, da insbesondere größere NE-4-Betreiber dann Stichleitungen von ihrem Netz zum neu zu versorgenden Häuserblock legen. Die Tatsache, dass die vier Regionalgesellschaften sich bei derartigen Ausschreibungen auf Angebote in ihrem eigenen Netzgebiet beschränken, lässt eine oligopolistische Marktstruktur vermuten, bei der sich vier Unternehmen einen bundesweiten Markt gebietsweise aufteilen. Das Bundeskartellamt vertritt die Ansicht, dass der Zusammenschluss von ish und iesy nicht als Strukturverschlechterung auf den betroffenen Endkundenmärkten anzusehen sei. Dieser Meinung schließt sich die Monopolkommission nicht an. Die Zahl der potentiellen Oligopolisten sinkt durch die Fusion von vier auf drei. Das vereinfacht die stillschweigende Übereinkunft über die Gebietsaufteilung.

**563.** Auf den Signallieferungsmärkten haben sowohl ish als auch iesy mit Marktanteilen von über 90 Prozent in ihren Netzgebieten marktbeherrschende Stellungen inne. Durch den Zusammenschluss von ish und iesy fällt potentieller Wettbewerb durch den Ausbau von Stichleitungen im Grenzgebiet zwischen ish und iesy weg. Auch hier ist das Amt jedoch der Ansicht, dass darin keine Strukturverschlechterung auf dem betroffenen Markt zu sehen sei. Wettbewerbsdruck entstehe auf diesem Markt vielmehr dadurch, dass NE-4-Betreiber alternativ zum Signalbezug über einen NE-3-Betreiber die Möglichkeit zum Satellitenbezug haben. Dieser erfolgt im Wege des Aufbaus einer eigenen Kabelkopfstation für Satellitenempfang. Auch beim Zusammenschluss von ish mit Tele Columbus sind nach Ansicht des Amtes keine Wettbewerbsprobleme zu erwarten. Tele Columbus ist ein NE-4-Betreiber, der bundesweit etwa 2,5 Millionen Haushalte mit Rundfunksignalen über Breitbandkabel versorgt, davon knapp 500 000 in Nordrhein-Westfalen. Zwar sei durch die vertikale Integration eines NE-4- mit einem NE-3-Betreiber eine wettbewerbliche Verschlechterung möglich, da infolge eines Zusammenschlusses nicht mehr zu erwarten sei, dass der NE-4-Betreiber sich durch den Aufbau einer eigenen Kabelkopfstation von seinem Vorlieferanten löst. In diesem konkreten Fall sei dies jedoch ohnehin nicht zu erwarten, da das Tele Columbus-Netz durch viele kleine Netzeinseln gekennzeichnet ist, die eine Abkopplung von der NE 3 aus wirtschaftlichen Gründen zumeist ohnehin nicht zulassen.

## 2.5 Bedingungen und Auflagen

### 2.5.1 Allgemeine Entwicklungen

**564.** Im Berichtszeitraum wurden nur wenige Fälle unter Bedingungen und Auflagen freigegeben. Das Bundeskartellamt verwendete dabei fast ausschließlich Veräußerungsauflagen. In mehreren Fällen hat das Amt einen Treuhänder vorgesehen, der die Trennung des zu veräußernden Geschäftsteils und die anschließende Veräußerung durchführt oder zumindest überwacht. Erstmals ist

eine derartige Praxis im Fall Smiths Group/MedVest angewendet worden.<sup>73</sup> Um das Entstehen einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt für Sets für invasive Blutdruckmessung zu vermeiden, wurde die Erwerbengesellschaft verpflichtet, ihren entsprechenden Geschäftsbe- reich an einen Wettbewerber zu veräußern. Das Bundeskartellamt hat bei der Umsetzung der Auflage auf die Mustertexte für Zusagen und Treuhändermandate der Europäischen Kommission zurückgegriffen.<sup>74</sup> Dort ist es schon seit längerer Zeit gängige Praxis, Treuhänder zur Durchführung von Zusagen einzusetzen.

**565.** Die Monopolkommission begrüßt die Tatsache, dass nun auch vom Bundeskartellamt Treuhänder eingesetzt werden, um Veräußerungszusagen umzusetzen. Geeignete Treuhändergesellschaften haben fachspezifisches Wissen aus dem Bereich der Due Diligence, das es ihnen besser als dem Bundeskartellamt ermöglicht, die Auflagen in sinnvoller Weise zu erfüllen. Eine von der Europäischen Kommission erstellte Studie zur Umsetzung von Auflagen in der europäischen Fusionskontrolle hat gezeigt, dass Veräußerungsaufgaben in vielen Fällen nicht die von der Kartellbehörde beabsichtigte Wirkung haben.<sup>75</sup> Die Einsetzung eines Treuhänders garantiert keine reibungsfreie Umsetzung einer Auflage, sie kann aber erheblich dazu beitragen. Es ist zu vermuten, dass diese Ergebnisse zumindest teilweise auf die deutsche Fusionskontrolle übertragbar sind.

### 2.5.2 Die Auswirkung von Stilllegungsaufgaben

**566.** In einem Fall hat das Bundeskartellamt im Berichtszeitraum eine Stilllegungsaufgabe verwendet, um die auf einem Markt entstehenden wettbewerblichen Probleme auszuräumen. Der betreffende Fall, Wilhelm Werhahn/Norddeutsche Mischwerke, betrifft die Übernahme der Norddeutschen Mischwerke (NMW) durch die Wilhelm Werhahn KG.<sup>76</sup> Der Zusammenschluss wurde unter zahlreichen Auflagen freigegeben. Konkret forderte das Amt in 31 Fällen eine Veräußerung, in sechs Fällen Änderungen des Gesellschaftsvertrags und in zwei Fällen die Stilllegung eines Werkes. Gegen die Freigabe wurde von einer der Beigeladenen, einer Wettbewerberin, beim OLG Düsseldorf Beschwerde eingelegt.

**567.** Von dem Zusammenschluss ist in erster Linie der Markt für Asphaltmischgut betroffen, da beide Unternehmen bundesweit stationäre Aufbereitungsanlagen für die Produktion von Asphalt betreiben. Da das Asphaltmischgut im Heißeinbauverfahren bei einer Temperatur von 150 bis 190° C in den Straßenbau eingebracht wird, ist der Transport von der Aufbereitungsanlage zum Einsatzort relativ teuer und aufwendig. Entsprechend geht die Beschlussabteilung davon aus, dass der räumlich relevante Markt sich im Allgemeinen auf einen Umkreis von ca. 25 km um das betreffende Mischwerk erstreckt. Mo-

difikationen könnten dann erforderlich werden, wenn ein Unternehmen mit mehreren Mischwerken und Beteiligungen an Asphaltmischgutherstellern in der betreffenden Region tätig sei, so dass sich die einzelnen 25-km-Kreise erheblich überschneiden. Diese werden dann zu einheitlichen Marktgebieten zusammengefasst. So bilden in Abbildung IV.5a die drei Werke von  $Z_1$  und die drei Werke von  $Z_2$  einen gemeinsamen räumlichen Markt.

**568.** Die Zusammenschlussbeteiligten sind überwiegend in unterschiedlichen Gebieten Deutschlands tätig. In knapp 20 Regionalmärkten grenzen die Werke von Werhahn und NMW jedoch derart aneinander, dass durch den Zusammenschluss Wettbewerbsprobleme entstehen. Die Vorgehensweise des Bundeskartellamtes in diesen Fällen wird in den Abbildungen IV.5a und IV.5b illustriert. Abbildung IV.5a stellt die Lage auf einem beispielhaften Markt vor dem Zusammenschluss dar. Die Zusammenschlussbeteiligten werden mit  $Z_1$  und  $Z_2$  bezeichnet. Beide betreiben in dem betroffenen Gebiet je drei Mischwerke. Die grauen Kreise um die Punkte stellen den jeweiligen räumlichen Markt dar. Die Kreise um das am weitesten östlich liegende Werk von  $Z_1$  und um das am weitesten westlich liegende Werk von  $Z_2$  überschneiden sich. Dieser Bereich ist in dunklem Grau gekennzeichnet. Hier findet Wettbewerb statt, der durch den Zusammenschluss eliminiert würde. Das Bundeskartellamt gibt die Fusion unter der Auflage frei, dass das am weitesten im Westen liegende Werk von  $Z_2$  an einen Wettbewerber veräußert wird. Die dadurch nach dem Zusammenschluss entstehende Situation wird in Abbildung IV.5b dargestellt. Das nun zusammengeschlossenen Unternehmen wird mit  $Z$ , der Wettbewerber mit  $W$  bezeichnet. Wettbewerb kann überall da stattfinden, wo sich der Kreis um  $W$  mit einem der Kreise um  $Z$  überlappt. Die Veräußerungsaufgabe ist geeignet, die Wettbewerbsverschlechterungen, die durch den Zusammenschluss entstehen, zu beseitigen.

**569.** Nicht geeignet ist dagegen die in diesem Fall zweimal vom Bundeskartellamt verwendete Auflage, ein Werk stillzulegen. Die Wirkung einer derartigen Auflage wird in den Abbildungen IV.6a und IV.6b illustriert. Die Bezeichnungen sind die gleichen wie in Abbildung IV.5a und IV.5b;  $N$  bezeichnet den Einsatzort, an dem ein Nachfrager, typischerweise ein Bauunternehmen, Asphaltmischgut einzusetzen plant. Wieder besteht vor dem Zusammenschluss teilweise Wettbewerb zwischen dem am weitesten östlich gelegenen Werk von  $Z_1$  und dem am weitesten westlich gelegenen Werk von  $Z_2$ . Zudem gibt es Wettbewerb zwischen dem westlich gelegenen Werk von  $Z_2$  und einem nördlich gelegenen Wettbewerber in dem Gebiet, in dem sich die Kreise um  $Z_2$  und  $W$  schneiden. Der Zusammenschluss wird hier unter der Auflage freigegeben, dass das westlich gelegene Werk von  $Z_2$  stillgelegt wird. Die dadurch entstehende leere Fläche ist in Abbildung IV.6b durch die Umrisse des Kreises um das ehemalige Werk von  $Z_2$  zu erkennen. Die Beschlussabteilung sieht die Wettbewerbsverschlechterung, die dadurch eintritt, dass die Überschneidung der Märkte um  $Z_1$  und  $Z_2$  wegfällt, dadurch kompensiert, dass der nördlich gelegene Wettbewerber nun die Möglichkeit habe, in das durch den leeren Kreis beschriebene Gebiet zu liefern.

<sup>73</sup> BKartA, Beschluss vom 15. März 2005, B4-227/04.

<sup>74</sup> Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 817.

<sup>75</sup> Vergleiche unten Abschnitt 3.5.1 in diesem Kapitel.

<sup>76</sup> BKartA, Beschluss vom 22. August 2005, B1-29/05.

Abbildung IV.5a

**Marktverhältnisse vor dem Zusammenschluss (Veräußerungsauflage)**

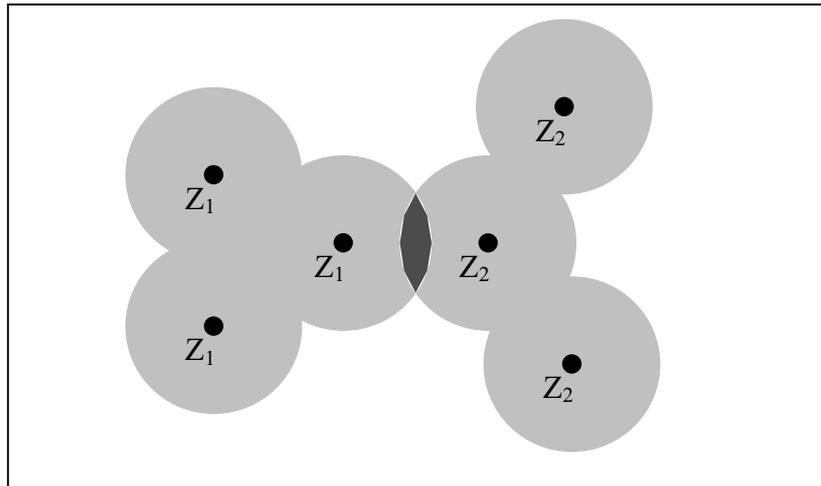
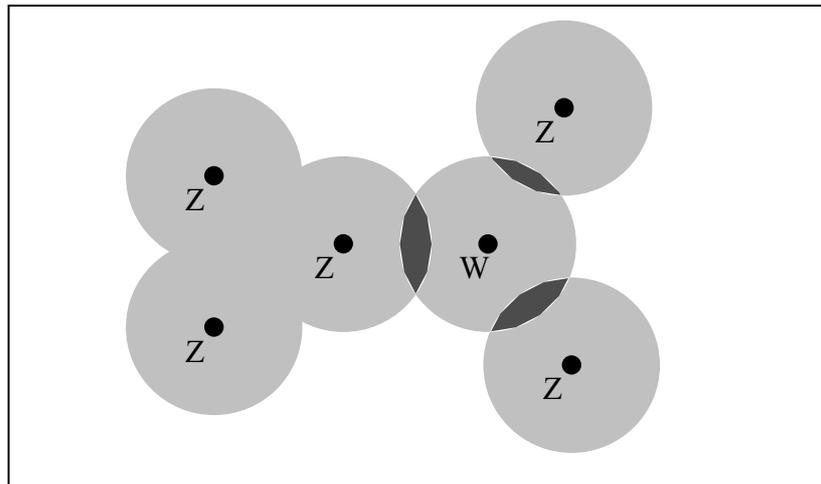


Abbildung IV.5b

**Marktverhältnisse nach dem Zusammenschluss (Veräußerungsauflage)**



Dort entstehe durch die Stilllegung Wettbewerb zwischen Z und W.

**570.** Um die Wirkung der Auflage beurteilen zu können, muss zunächst geklärt werden, welcher Zusammenhang zwischen den Kreisen mit 25 km Radius um die einzelnen Mischwerke und den tatsächlichen Wettbewerbsverhältnissen besteht. In der Realität ist davon auszugehen, dass ein Mischwerk auch an Orte liefert, die weiter als 25 km entfernt sind, wenn jemand dort Asphaltmischgut nachfragt. Umgekehrt ist denkbar, dass bestimmte Nachfrager von einem Mischwerk nie beliefert werden, obwohl sie sich in weniger als 25 km Entfernung befinden, da ein deutlich näher gelegenes Mischwerk günstiger liefern kann. Dass die Grenze, bis zu der ein Wettbewerber als relevant erachtet wird, gerade bei 25 km liegt, ist deshalb

zunächst willkürlich. Die Größenordnung mag darin begründet liegen, dass sich die Transportkosten in Relation zu den Kosten des Unterhalts eines weiteren Mischwerks so verhalten, dass der Abstand zwischen zwei Mischwerken in der Regel ungefähr 50 km beträgt.

**571.** Ein Nachfrager im Bereich des weißen Kreises in Abbildung IV.6b, z. B. N, hat die Möglichkeit, sich sowohl von den beiden östlichen Mischwerken von Z als auch von W beliefern zu lassen. W und Z stehen insofern in diesem Gebiet im Wettbewerb. Allerdings ist die Entfernung zum Einsatzort sowohl für W als auch für Z relativ groß, entsprechend hoch sind die Transportkosten und demnach auch der Preis für den Nachfrager. Vor dem Zusammenschluss, also im Falle der Abbildung IV.6a, hat sich N vermutlich vom benachbarten Mischgut Z<sub>2</sub>

Abbildung IV.6a

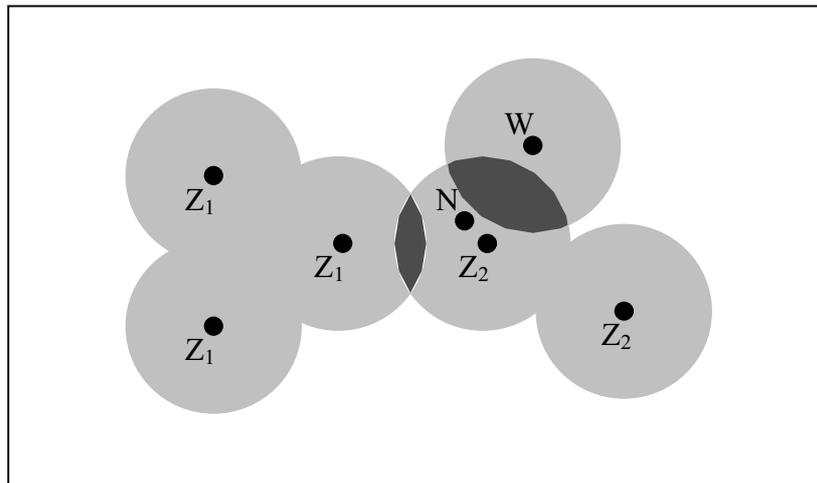
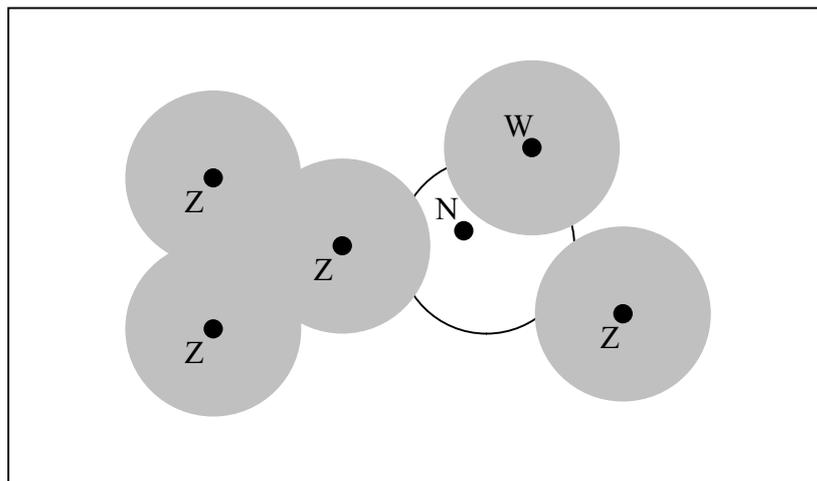
**Marktverhältnisse vor dem Zusammenschluss (Stilllegungsauflage)**


Abbildung IV.6b

**Marktverhältnisse nach dem Zusammenschluss (Stilllegungsauflage)**


beliefern lassen. Die Situation hat sich für N durch den Zusammenschluss und die damit verbundene Stilllegung offensichtlich verschlechtert. Zwar hat er die Auswahl zwischen drei Mischwerken. Vor der Stilllegung konnte er Asphaltgut jedoch von einem deutlich näher gelegenen Mischwerk beziehen. Das Werk des Wettbewerbers W hatte unter Umständen eine Funktion für ihn als Drohpunkt. Denn wären die Preise von  $Z_2$  deutlich überhöht gewesen, hätte er immer noch die weitere Entfernung in Kauf nehmen und bei W kaufen können, so dass die Marktmacht von  $Z_2$  dadurch eingeschränkt wurde.

**572.** Für den Wettbewerber im Norden hat sich die Situation dagegen eindeutig verbessert. Allerdings ist es nach

Ansicht der Monopolkommission nicht Aufgabe der Fusionskontrolle, die Wettbewerber zu schützen. Geschützt werden soll vielmehr der Wettbewerb. In diesem Fall bedeutet das konkret, dass sich die Vielfalt und Qualität des Angebots für die Nachfrager in dem Gebiet der Überschneidung von  $Z_1$  und  $Z_2$  durch den Zusammenschluss nicht verringern darf. Tatsächlich verschlechtert sich durch die Stilllegung nicht nur das Angebot für die Nachfrager in dem in Abbildung IV.6a dunkelgrau gekennzeichneten Überschneidungsgebiet, sondern im gesamten ehemaligen Gebiet des westlichen Werkes von  $Z_2$ , gekennzeichnet durch den leeren Kreis in Abbildung IV.6b. Eine Stilllegungsauflage ist demnach nicht geeignet, wettbewerbliche Bedenken auszuräumen.

## 2.6 Verfahrensfragen

### 2.6.1 Feststellungsinteresse bei Zusammenschlussvorhaben

**573.** Auch wenn sich eine Verfügung der Kartellbehörde bereits durch Zurücknahme oder auf andere Weise erledigt hat, kann das Beschwerdegericht nach § 71 Abs. 2 Satz 2 GWB auf Antrag aussprechen, dass eine Verfügung der Kartellbehörde unzulässig oder unbegründet gewesen ist, wenn der Beschwerdeführer ein berechtigtes Interesse an dieser Feststellung hat. Das OLG hat im Berichtszeitraum in zwei Fällen das Vorliegen eines Feststellungsinteresses verneint. Der erste Fall betraf den Markt für Fruchtzubereitung. Obwohl ein nur leicht modifizierter Zusammenschluss geplant war, sah das Gericht keine Gefahr der Wiederholung und lehnte einen Antrag auf Feststellung ab. Der zweite Fall betraf den Krankenhausmarkt. Hier wurde ein Antrag auf Feststellung ebenfalls abgelehnt. Der Antragsteller hatte argumentiert, dass er ein berechtigtes Interesse an der Klärung einer Rechtsfrage habe; dies wurde vom Gericht verneint. Die Monopolkommission kritisiert die zu enge Auslegung der Gesetzesvorschrift, die die Möglichkeit einer Feststellungsklage praktisch ausschließt.

#### Keine Wiederholungsgefahr beim Zusammenschluss Agrana/Atys

**574.** Der Fall Agrana/Atys ist nicht nur wegen seiner Analyse der Entstehung eines marktbeherrschenden Dyopols,<sup>77</sup> sondern auch aus verfahrensrechtlicher Sicht von Interesse. Im Frühjahr 2004 hatte das Bundeskartellamt der Agrana, einer Tochter des Südzucker-Konzerns, die Übernahme von Atys, bis dahin mehrheitlich im Besitz der Butler Capital Partners, Paris, untersagt. Atys ist eine Holdinggesellschaft, die in Deutschland über die Atys-DSF GmbH, Konstanz, aktiv ist. In den übrigen europäischen Ländern, in denen der nationale Markt für Fruchtzubereitungen ebenfalls betroffen war, wurde der Zusammenschluss freigegeben. Deshalb konnte Agrana wie geplant die Atys-Holding übernehmen, nachdem diese die Atys-DSF GmbH aus Konstanz mit einer Rückwerbsoption an ihre Minderheitsgesellschafter veräußert hatte. Praktisch wurde damit der deutsche Teil des Zusammenschlussvorhabens ausgeklammert und als einziger nicht vollzogen. Unabhängig davon legten die Zusammenschlussbeteiligten, Agrana und die Atys-Holding, gegen den Beschluss des Bundeskartellamtes Beschwerde beim OLG Düsseldorf ein. Das OLG erklärte die Beschwerde für unzulässig, da Erledigung vorliege. Auch der hilfsweise gestellte Antrag auf Feststellung der formellen und materiellen Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung gemäß § 71 Abs. 2 Satz 2 GWB wurde vom OLG für unzulässig erklärt.<sup>78</sup>

**575.** In seiner Begründung stellt das OLG zunächst zutreffend fest, dass sich bei rein wirtschaftlicher Betrachtung

der ursprünglich und der derzeit geplante Zusammenschluss nicht unterscheiden. Das Ziel des zuerst angemeldeten Zusammenschlusses war die Übernahme der Atys, einschließlich ihrer deutschen Tochter Atys-DSF GmbH, Konstanz, durch Agrana. Vom Bundeskartellamt geprüft wurden die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf dem deutschen Markt. Ziel des derzeit geplanten Zusammenschlusses ist die Übernahme des noch nicht übernommenen deutschen Teils der Atys, der Atys-DSF GmbH, Konstanz, ebenfalls durch Agrana. Entsprechend erhöhe sich, so das Gericht, in beiden Fällen der Marktanteil der Agrana auf dem nationalen Markt für Fruchtzubereitungen um und auf die gleiche Zahl.

**576.** Trotzdem handelt es sich nach Ansicht des Beschwerdegerichts bei dem Rückwerb der Atys-DSF GmbH um ein seinem Wesen nach verändertes Vorhaben, da auf der Veräußererseite unterschiedliche Parteien beteiligt sind. Ursprünglicher Veräußerer war Butler Capital Partners, bei dem geplanten Rückwerb wären es die ehemaligen Minderheitsgesellschafter der Atys-DSF GmbH, an die Atys DSF verkauft wurde, um den übrigen Zusammenschluss vollziehen zu können. Da die Minderheitsgesellschafter der Atys-DSF an dem ursprünglichen Verfahren nicht beteiligt waren, sei nicht nur die Untersagung gar nicht an sie adressiert worden, sondern sie hätten auch nicht die Möglichkeit gehabt, an dem betreffenden Verfahren mit allen ihnen zustehenden Verfahrensrechten teilzunehmen. Die Untersagungsverfügung habe sich demnach erledigt.

**577.** Der Hilfsantrag auf Feststellung wurde ebenfalls für unzulässig erklärt. Die Wiederholungsgefahr wäre nach Ansicht des Gerichts im vorliegenden Fall der einzige Grund für ein Feststellungsinteresse der Zusammenschlussbeteiligten. Wiederholungsgefahr bestehe, wenn die Rechtslage unklar ist und ihre Klärung für den Beschwerdeführer im Hinblick auf sein künftiges Verhalten von Interesse ist. Dafür sei ausreichend, aber auch erforderlich, dass künftig gleiche tatsächliche Verhältnisse herrschen, die gleichen Tatbestandsvoraussetzungen gelten und es um dieselben Personen gehen wird. Dieser letzte Punkt sei nicht erfüllt, weil Veräußerer des nunmehr geplanten Zusammenschlusses nicht mehr Butler Capital Partners, sondern die ehemaligen Minderheitsgesellschafter der Atys-DSF GmbH seien.

**578.** Die Monopolkommission hält die Bedingungen, die das Gericht für das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr stellt, für zu eng. Faktisch führen sie dazu, dass immer dann, wenn sich ein Verfahren erledigt hat, auch keine Wiederholungsgefahr mehr anerkannt werden kann. Im vorliegenden Fall würde sich an der kartellrechtlichen Beurteilung des Falles bei einer erneuten Anmeldung jedoch nichts ändern, nur weil das veräußernde Unternehmen ein anderes ist. Natürlich müsste eine Übernahme neu angemeldet werden, schon damit auch der neue Veräußerer alle ihm als Beteiligten zustehenden Verfahrensrechte nutzen kann. Der Beschwerdeführer hat aber ein Recht darauf, dass das Gericht sich zu der kartellrechtlichen Analyse des Bundeskartellamtes – Entstehung eines marktbeherrschenden Dyopols – äußert, da diese auch bei

<sup>77</sup> Vergleiche Abschnitt 2.4.1 in diesem Kapitel.

<sup>78</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. November 2004, VI-Kart 13/04 (V), WuW DE-R 1435, Agrana/Atys.

der nunmehr geplanten Übernahme der Atys-DSF von den neuen Eigentümern beim Kartellamtsverfahren zur Diskussion stehen würde.

**579.** Die Betroffenen haben zunächst gegen den Beschluss des OLG Rechtsbeschwerde beim BGH eingelegt. Die Rechtsbeschwerde wurde zurückgenommen, nachdem eine modifizierte Form des deutschen Teils des geplanten Zusammenschlusses in der ersten Phase vom Bundeskartellamt freigegeben wurde.<sup>79</sup> Dazu wurde der Erwerb der Atys-DSF GmbH, Konstanz, gemeinsam mit dem Verkauf des größten Teils der Betriebsstätte Nauen, die etwa 25 Prozent der insgesamt produzierten Menge an Fruchtzubereitung herstellt, angemeldet.

#### **Unzulässigkeit einer Beschwerde bei einem Zusammenschluss im Krankenhausbereich**

**580.** Im März 2005 hat das Bundeskartellamt die Übernahme des Krankenhauses Eisenhüttenstadt durch die Rhön-Klinikum AG untersagt. Die Rhön-Klinikum hatte gegen den Beschluss zunächst Beschwerde beim OLG Düsseldorf eingelegt. Sie beantragte die Aufhebung des Kartellamtsbeschlusses und hilfsweise die Feststellung, dass die Untersagung unzulässig, jedenfalls unbegründet war. Nachdem die Rhön-Klinikum ihre Beschwerde zurückgenommen hatte, entschied das Gericht, dass die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die dem Beschwerdegegner entstandenen notwendigen Auslagen von der Rhön-Klinikum AG zu tragen seien, da davon auszugehen ist, dass sowohl der Haupt- als auch der Hilfsantrag unzulässig gewesen wären.<sup>80</sup>

**581.** Der Hauptantrag wäre wegen Erledigung unzulässig gewesen, da die Stadt Eisenhüttenstadt von dem Kaufvertrag mit der Rhön-Klinikum AG zurückgetreten war. Das Gericht hielt die Beschwerde aber auch bezüglich des Hilfsantrages auf Feststellung für unzulässig. Ein Feststellungsinteresse lasse sich weder aus dem Gesichtspunkt der Wiederholungsgefahr noch mit einer unklaren Rechtslage begründen. Ein Feststellungsinteresse wegen unklarer Rechtslage setze voraus, dass die Feststellung geeignet ist, den Beteiligten eine verlässliche Beurteilungsgrundlage für künftige Entscheidungen zu verschaffen. Dies sei hier nicht der Fall, da nicht zu erwarten sei, dass in einem künftigen Fall tatsächlich gleiche Verhältnisse herrschen sowie gleiche Tatbestandsvoraussetzungen gelten würden. Vielmehr seien künftige Fälle schon allein deshalb verschieden, weil unterschiedliche Personen beteiligt wären und weil der Zusammenschluss zu einem anderen Zeitpunkt stattfinden würde. Für die Beurteilung eines künftigen Zusammenschlussvorhabens im kartellbehördlichen Verfahren sei die Tatsachenlage im Entscheidungszeitpunkt maßgebend. Es spreche indes nichts dafür, dass die ermittelten Marktverhältnisse und deren rechtliche Beurteilung ohne weiteres als verbindlich auch für alle zukünftigen Zusammenschlussvorhaben in dem relevanten Markt gelten sollten. Die Gegebenheiten

des Marktes seien schon ihrer Natur nach veränderbar. Jedes weitere Zusammenschlussvorhaben könne deshalb nur dann verlässlich beurteilt werden, wenn konkret auf die aktuellen Umstände des Einzelfalles abgestellt wird. Dass zukünftig die gleichen tatsächlichen Marktverhältnisse herrschen würden wie zum Zeitpunkt der Erledigung des ursprünglichen Fusionsvorhabens Anfang Juli 2005, sei überdies schon deshalb zweifelhaft, weil durch die angestrebte Veräußerung des Krankenhauses Eisenhüttenstadt an einen Dritten Bewegung in den Markt kommen wird.

**582.** Durch die überaus enge Auslegung des Feststellungsinteresses läuft die Vorschrift des § 71 Abs. 2 Satz 2 GWB zumindest für den Bereich der Fusionskontrolle ins Leere. Denn wenn allein die Tatsache, dass sich Märkte kontinuierlich verändern, als Grund dafür angesehen wird, dass nicht nur keine Wiederholungsgefahr, sondern auch keine unklare Rechtslage, an deren Klärung der Antragsteller ein berechtigtes Interesse hat, bestehen, dann ist kein Fall denkbar, in dem das Gericht ein Feststellungsinteresse tatsächlich anerkennt. Dies widerspricht jedoch dem Sinn und Zweck des Gesetzes. Man steigt nie zweimal in den gleichen Fluss. Dennoch sind Fälle denkbar, in denen eine Entscheidung des Beschwerdegerichts über eine unklare Rechtslage bei der Bewertung künftiger Zusammenschlussvorhaben durch das Bundeskartellamt nützlich sein kann, auch ohne dass das Ergebnis der Bewertung eines konkreten Falles damit schon vorweggenommen wird. Im vorliegenden Fall ging es beispielsweise um die Anwendbarkeit der Fusionskontrolle im Krankenhausbereich. Die Zusammenschlussbeteiligten argumentierten schon im Verfahren beim Bundeskartellamt, dass das Kartellrecht wegen der Vorschrift des § 69 SGB V nicht anwendbar sei. Das Bundeskartellamt ist dagegen nicht der Ansicht, dass durch § 69 SGB V eine Bereichsausnahme geschaffen werde. Die Rhön-Klinikum AG hat ein berechtigtes Interesse daran, dass diese Frage gerichtlich geklärt wird, da sie den Erwerb weiterer Krankenhäuser plant. Dies ist schon dadurch belegt, dass sie zum Zeitpunkt des Gerichtsverfahrens bereits neue Zusammenschlussvorhaben beim Bundeskartellamt angemeldet hat.

**583.** Die überaus enge Auslegung des § 71 Abs. 2 GWB ist insbesondere deshalb problematisch, da es im Bereich des Kartellrechts relativ leicht zur Erledigung einer Untersagungsverfügung kommt – z. B. wenn nur einer der beiden Zusammenschlussbeteiligten von dem Kaufvertrag zurücktritt – und es im Kartellrecht nicht wie in anderen Rechtsgebieten (§ 256 ZPO, § 43 VwGO) die Möglichkeit der allgemeinen Feststellungsklage gibt. Die einzige Möglichkeit eines Unternehmens, bei Erledigung eines konkreten Falles dennoch Rechtssicherheit über eine grundsätzlichere Frage zu bekommen, besteht demnach in der Möglichkeit, ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse nach § 71 Abs. 2 GWB zu bekunden.

**584.** Freilich sollten sich die Gerichte schon aus Effizienzgründen im Allgemeinen darauf konzentrieren, aktuelle Streitigkeiten und nicht ehemalige Streitigkeiten zu klären. Diesem Anliegen hat die Auslegung der Vor-

<sup>79</sup> BKartA, Beschluss vom 7. Dezember 2005, B2-92/05.

<sup>80</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. Dezember 2005, VI-Kart 8/05(V).

schrift des § 71 Abs. 2 Satz 2 GWB Rechnung zu tragen. Im Falle der Anwendbarkeit der Fusionskontrolle im Krankenhausesektor ist jedoch davon auszugehen, dass diese Frage ohnehin gerichtlich geklärt werden muss, da die privaten Klinikbetreiber und das Bundeskartellamt in diesem Punkt grundsätzlich anderer Meinung sind. Es würden also voraussichtlich keine zusätzlichen Ressourcen des Gerichts verbraucht, wenn die Frage schon jetzt geklärt würde.

## 2.6.2 Verjährung und Bußgeldhöhe bei Verstößen gegen das Vollzugsverbot

**585.** Im Bereich der Pressefusionskontrolle wurden im Berichtszeitraum eine Reihe von Verstößen gegen das Vollzugsverbot aufgedeckt, Verfahren von Amts wegen eingeleitet und Bußgelder verhängt. Grundsätzlich sind Unternehmen dazu verpflichtet, Zusammenschlüsse vor dem Vollzug beim Bundeskartellamt anzumelden (§ 39 Abs. 1 GWB). Der Zusammenschluss darf nicht vor Ablauf der Monatsfrist bzw. vor einer Freigabeentscheidung des Bundeskartellamtes vollzogen werden (§ 41 Abs. 1 GWB). Erfährt das Bundeskartellamt von einem nicht angemeldeten, aber vollzogenen Zusammenschluss, konnte es zumindest vor Inkrafttreten der Siebten GWB-Novelle von Amts wegen ein Fusionskontrollverfahren einleiten und den Zusammenschluss damit nachträglich prüfen.<sup>81</sup> Im Falle einer Untersagung muss eine Entflechtung der fusionierten Unternehmen erfolgen. Das Amt kann zudem ein Bußgeld wegen Verstoßes gegen die Anmeldepflicht bzw. gegen das Vollzugsverbot verhängen (§§ 81 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 3, 81 Abs. 4 GWB).

**586.** Konkret hat die für Presse zuständige Beschlussabteilung beim Bundeskartellamt in mindestens vier Fällen wegen Verstoßes gegen das Vollzugsverbot ein Verfahren von Amts wegen eingeleitet und den Beteiligten ein Bußgeld auferlegt. Einer der Zusammenschlüsse wurde untersagt. In mindestens drei weiteren Fällen wurde zwar ein Fusionskontrollverfahren durchgeführt, das zweimal mit einer Untersagung abgeschlossen wurde. Das Amt sah aber davon ab, ein Bußgeldverfahren durchzuführen. In einem Fall wurde ein Bußgeld wegen Verstoßes gegen die Anzeigepflicht verhängt, aber kein Verfahren eingeleitet. Nach Aussage des Amtes sei ein Fusionskontrollverfahren in diesem Fall nicht mehr möglich oder zumindest nicht mehr sinnvoll gewesen, da der betreffende Zusammenschluss schon fünfzehn Jahre zurückliegt. Schließlich wurde in einem Fall ein angemeldeter Zusammenschluss bereits vor Abschluss des Prüfverfahrens zumindest teilweise vollzogen. Dieser Verstoß gegen das Vollzugsverbot wurde ebenfalls mit einem Bußgeld geahndet.

<sup>81</sup> An dieser Stelle soll nicht geklärt werden, ob durch die Neufassung des § 41 Abs. 3 GWB in der Siebten GWB-Novelle eine nachträgliche Anmeldung inzwischen noch möglich ist oder ob ein vollzogener Zusammenschluss, der vor dem Vollzug nicht angemeldet worden ist, nur noch im Rahmen eines nicht fristgebundenen Auflösungsverfahrens geprüft werden kann. Die Frage ist hier nicht von Belang, da die hier geführte Diskussion über die Verjährung und die Höhe des Bußgeldes auf Auflösungsverfahren nach § 41 Abs. 3 GWB n. F. übertragbar ist.

## Verstöße gegen das Vollzugsverbot als Dauer- oder Zustandsdelikt

**587.** In einem der mit einem Bußgeld geahndeten Verstöße gegen das Vollzugsverbot liegt der geprüfte Zusammenschluss zehn Jahre zurück. Die Betroffenen haben gegen den Bußgeldbescheid Beschwerde eingelegt. Sie begründeten diese in der Hauptsache damit, dass Verjährung vorliege. Der betreffende Zusammenschluss ist durch einen im Juni 1995 unterzeichneten und am 1. Juli 1996 in Kraft getretenen Vertrag zustande gekommen. Da es sich beim Verstoß gegen das Vollzugsverbot um ein Zustandsdelikt handle, beginne die fünfjährige Verjährungsfrist mit der Schaffung des rechtswidrigen Zustands. Demgegenüber argumentiert das Bundeskartellamt, dass es hier nicht auf die Vollendung, sondern auf die Beendigung der Ordnungswidrigkeit ankomme. Vollendet sei die Ordnungswidrigkeit tatsächlich mit Vollzug des Zusammenschlusses gewesen. Allerdings solle durch das Vollzugsverbot verhindert werden, dass Marktstrukturen entstehen, bei denen ein Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung einnehme. Solange das kartellrechtswidrig zusammengeschlossene Unternehmen am Markt auftrete, sei daher auch der Angriff auf das geschützte Rechtsgut noch nicht abgeschlossen. Es handle sich demnach um ein Dauerdelikt, dessen Verjährung frühestens mit Beendigung des rechtswidrigen Zustands beginne.

**588.** Inhaltlich überzeugt die Argumentation des Bundeskartellamtes, dass es sich beim Verstoß gegen das Vollzugsverbot um ein Dauerdelikt handelt. Denn der Schaden, der durch einen Zusammenschluss entsteht, der eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, entsteht nicht im Moment des Zusammenschlusses, sondern dauerhaft. Dadurch, dass das zusammengeschlossene Unternehmen über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, kann es seinen Gewinn auf Kosten anderer Marktteilnehmer erhöhen.

**589.** Da in diesem überhöhten Gewinn der Vorteil liegt, den das Unternehmen aus dem Verstoß gegen das Vollzugsverbot zieht, sollte zudem die Höhe des Bußgeldes von der Höhe dieses Vorteils abhängen. In § 17 Abs. 4 OWiG ist auch explizit vorgesehen, dass die Geldbuße den wirtschaftlichen Vorteil, den der Täter aus der Ordnungswidrigkeit gezogen hat, übersteigen soll. Tatsächlich hat das Bundeskartellamt in den genannten Fällen die Vorschrift des § 17 Abs. 4 OWiG nicht angewendet. Das ergibt sich schon daraus, dass in den betreffenden Bußgeldbescheiden keinerlei Abschätzung über die Höhe des wirtschaftlichen Vorteils vorgenommen wurde. Eine solche ist aber notwendig, um sicherzustellen, dass das Bußgeld die Höhe des wirtschaftlichen Vorteils nicht unterschreitet. Die Höhe des Bußgeldes bestimmte sich vielmehr ausschließlich nach Kriterien wie der Wirtschaftskraft der Betroffenen, danach ob Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorlag oder danach ob das Unternehmen ernsthaft versucht, künftig derartige Verstöße zu vermeiden, beispielsweise durch Veränderungen in der Organisationsstruktur. Es wäre jedoch konsequent, ein höheres Bußgeld zu verhängen, je länger und je stärker ein Unternehmen aus seiner marktbeherrschenden Stellung Nutzen

gezogen hat. Insofern ist es zu bedauern, dass in der Siebten Novelle des GWB die Vorschrift des § 17 Abs. 4 OWiG für den Bereich des Kartellrechts von einer Soll- in eine Kann-Vorschrift abgemildert wurde (§ 81 Abs. 5 GWB n. F.).

### Allgemeine Verletzungen der Anmeldepflicht

**590.** Die Tatsache, dass eine ganze Reihe von Verstößen gegen das Vollzugsverbot im Bereich Presse während der letzten zwei Jahre aufgedeckt wurde, wirft die Frage auf, ob es sich hier um einen Sonderfall handelt. Dafür spricht die Tatsache, dass einige der Bußgelder in Fällen verhängt wurden, die nur wegen der niedrigeren Aufgreifschwelle im Pressebereich anmeldepflichtig gewesen wären. Die betroffenen Unternehmen sind teilweise sehr klein, so dass davon ausgegangen werden kann, dass sie die Vorschriften des GWB nicht kennen. Allerdings gilt dies nur für einen Teil der Zusammenschlüsse. In einigen Fällen ist die Anmeldung offensichtlich vorsätzlich unterlassen worden. Zudem gab es auch in anderen Sektoren eine Reihe von Zusammenschlüssen, die nicht angemeldet wurden. Teilweise handelt es sich dabei um Fälle, in denen nach Ansicht der Zusammenschlussbeteiligten gar kein Zusammenschlussstatbestand vorliegt, das Amt aber eine zumindest vorsorgliche Anmeldung für notwendig gehalten hätte. Beispielhaft seien hier einige Zusammenschlüsse im Bereich der Krankenhausfusionskontrolle genannt sowie die Übernahme der Blutspendedienste der Universitätskliniken Tübingen und Heidelberg durch den DRK-Blutspendedienst Baden-Württemberg-Hessen. Es kann demnach davon ausgegangen werden, dass die Verletzung der Anmeldepflicht kein sektorspezifisches, sondern ein allgemeines Problem darstellt. Da das Motiv, eine Anmeldung zu unterlassen, darin besteht, einen Zusammenschluss zu vollziehen, der ansonsten wahrscheinlich untersagt würde, kann auch schon eine kleine Zahl von Verletzungen der Anmeldepflicht relativ gravierende Auswirkungen haben. Denn die Wahrscheinlichkeit, dass ein vorsätzlich nicht angemeldeter Zusammenschluss untersagt worden wäre, ist deutlich höher als die Wahrscheinlichkeit, dass ein vorschriftsgemäß angemeldeter Zusammenschluss untersagt wird.

**591.** Um beurteilen zu können, wie ernst das Problem des Verstoßes gegen das Vollzugsverbot ist, ist demnach eine zweistufige Untersuchung durch die Kartellbehörden anzuraten. Zunächst muss abgeschätzt werden, wie oft gegen das Vollzugsverbot verstoßen wird. Dazu könnte beispielsweise die Fusionstätigkeit einer Stichprobe von Unternehmen in einem bestimmten Zeitraum untersucht und die dabei ermittelten Zusammenschlüsse mit den beim Bundeskartellamt vorliegenden Anmeldungen verglichen werden. Als zweites muss ermittelt werden, wie viele der nicht angemeldeten Zusammenschlüsse untersagt worden wären. Bei einer solchen Untersuchung können auch Erkenntnisse darüber gewonnen werden, bei welcher Art von Unternehmen ein Verstoß gegen das Vollzugsverbot eher zu erwarten ist. Solche Erkenntnisse sind hilfreich, wenn Ermittlungen durchgeführt werden sollen, um die Durchsetzung des Vollzugsverbotes zu verbessern.

## 3. Europäische Fusionskontrolle\*

### 3.1 Einführung

**592.** Der Berichtszeitraum 2004/2005 stand ganz im Zeichen der zweiten Reform der europäischen Fusionskontrollregeln. Am 1. Mai 2004 trat die Verordnung 139/2004 in Kraft, mit der die Verordnung 4064/89 abgelöst wurde.<sup>82</sup> Die wohl wichtigste Änderung betrifft das materielle Untersagungskriterium in Artikel 2 der Fusionskontrollverordnung (FKVO), das durch die Aufnahme des sogenannten SIEC (Significant Impediment of Effective Competition)-Tests erweitert wurde. Nach der neuen Regelung sind Zusammenschlüsse zu untersagen, sofern durch sie wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde, insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung. Eine weitere materielle Neuerung besteht in der Möglichkeit, künftig Effizienzvorteile zu berücksichtigen, wie sie in Erwägungsgrund 29 der neuen FKVO erwähnt sind. Daneben wurde das Verweisungsregime grundlegend geändert. Insbesondere haben jetzt auch die Zusammenschlussparteien die Befugnis, eine Verfahrensabgabe an die Mitgliedstaaten bzw. die Europäische Kommission anzulegen. Neben anderen verfahrensrechtlichen Reformen ist ferner vor allem auf die Änderung der Fristen bei Zusammenfällen hinzuweisen.

Im Berichtszeitraum konnte die Europäische Kommission erste Erfahrungen mit der Anwendung der geänderten Vorschriften sammeln. Dabei hat sie auch den *more economic approach*, also eine stärker ökonomisch orientierte Vorgehensweise, weiterverfolgt. Dies schlägt sich zum einen in den Leitlinien zu horizontalen Zusammenschlüssen nieder, welche die Kommission im Februar 2004 veröffentlichte.<sup>83</sup> Zum anderen lässt sich an der Brüsseler Entscheidungspraxis ablesen, dass bei der Beurteilung einzelner Zusammenschlüsse verstärkt ökonomische Ansätze und quantitative Untersuchungsmethoden herangezogen worden sind.

**593.** Einen weiteren Schwerpunkt der Diskussion um die Anwendung der europäischen Fusionskontrolle bilden die konglomeraten und vertikalen Zusammenschlüsse. Diese Auseinandersetzung gewinnt vor dem Hintergrund der Gerichtsverfahren in den Fällen Europäische Kommission/Tetra Laval, General Electric/Europäische Kommission und Honeywell/Europäische Kommission besondere Aktualität. Im Berichtszeitraum äußerten sich sowohl der Europäische Gerichtshof (EuGH) als

\* Die Monopolkommission hat bisher im Anhang C ihrer Hauptgutachten eine Übersicht über die Fusionskontrollentscheidungen der Europäischen Kommission veröffentlicht. Auf diese Übersicht wird mit dem nun vorliegenden Hauptgutachten erstmals verzichtet, da die Entscheidungen der Europäischen Kommission auf deren website <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/> zu finden sind.

<sup>82</sup> Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“), ABl. EU Nr. L 24 vom 29. Januar 2004, S. 1.

<sup>83</sup> Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EU Nr. C 31 vom 5. Februar 2004, S. 5.

auch das Gericht erster Instanz (EuG) zu dem Themenkomplex. Die ergangenen Urteile werden für die künftige Ausrichtung der Fusionskontrolle bei nichthorizontalen Zusammenschlüssen von besonderer Bedeutung sein. Im Berichtszeitraum bestätigte die Rechtsprechung außerdem zum ersten Mal seit drei Jahren eine Untersagungsverfügung der Europäischen Kommission.

**594.** Nach Angaben der Europäischen Kommission wurden im Berichtszeitraum 562 Zusammenschlussvorhaben in Brüssel angemeldet. Davon entfielen 249 Fälle auf das Jahr 2004, die restlichen 313 Notifizierungen gingen im Jahr 2005 ein. Damit stieg die Zahl der Anmeldungen im Vergleich zum Berichtszeitraum 2002/2003 (491 Fälle) um etwa 15 Prozent. Sie blieb allerdings immer noch weit hinter den 680 Notifizierungen in den Jahren 2000/2001 zurück.

**595.** Im Berichtszeitraum beantragten die Mitgliedstaaten elfmal eine Verfahrensabgabe an die nationalen Behörden gemäß Artikel 9 FKVO. Hiervon kam es in vier Fällen zur teilweisen, in weiteren fünf Verfahren zur vollständigen Verweisung. Dem von deutscher Seite gestellten Verweisungsantrag im Fall Bertelsmann/Springer kam die Europäische Kommission nicht nach, sondern behandelte das Zusammenschlussvorhaben selbst. Von den Mitgliedstaaten gingen außerdem fünf Anträge nach Artikel 22 FKVO auf Verweisung an die Kommission aus. Nur in einem Fall verweigerte Brüssel die Übernahme des Verfahrens.

Seit dem 1. Mai 2004 hat sich das Verweisungsregime grundlegend geändert. Mit dem Inkrafttreten der VO 139/2004 verfügen nicht mehr nur die Mitgliedstaaten über die Befugnis, einen Verweisungsantrag nach Artikel 9 oder Artikel 22 FKVO zu stellen. Die Regelungen des Artikel 4 Abs. 4 und 5 FKVO erlauben es nunmehr auch den Zusammenschlussparteien, eine Änderung der Zuständigkeit zu beantragen. Im Berichtszeitraum haben die Unternehmen in 16 Fällen eine Verweisung an den betroffenen Mitgliedstaat nach Artikel 4 Abs. 4 FKVO angefordert. Die Zahl der Anträge auf Verweisung an die Europäische Kommission liegt mit 47 noch deutlich höher. In zwei Fällen haben die betroffenen Mitgliedstaaten von ihrem Vetorecht Gebrauch gemacht, so dass es bei der ursprünglichen Zuständigkeit der nationalen Behörden blieb.

Wie erwartet hat das neue Verweisungsregime zu einem deutlichen Anstieg der Verfahrensabgaben geführt. Die Unternehmen haben in großem Umfang von ihren neuen Befugnissen Gebrauch gemacht. Im Gegenzug ist die Zahl der Verweisungsanträge nach Artikel 9 FKVO deutlich gesunken. Viele der möglichen Verweiskandidaten sind wohl schon auf Initiative der Unternehmen in die nationale Zuständigkeit gelangt. Die Zahl der Fälle nach Artikel 22 FKVO ist dagegen sogar noch angestiegen. Das dürfte mit der Neuformulierung der genannten Regelung zusammenhängen, die ihre Anwendung wesentlich erleichtert.

**596.** In den zurückliegenden zwei Jahren gab die Europäische Kommission insgesamt 523 Zusammenschluss-

vorhaben in der ersten Verfahrensphase frei. Sämtliche angemeldeten Vorhaben fielen in den Anwendungsbereich der FKVO, so dass keine Entscheidung nach Artikel 6 Abs. 1 lit a FKVO ergehen musste. In 496 Fällen sah die Europäische Kommission keinen Anlass zu wettbewerblichen Bedenken und erließ Freigabeentscheidungen nach Artikel 6 Abs. 1 lit b FKVO. 27 Vorhaben wurden gemäß Artikel 6 Abs. 1 lit b i. V. m. Abs. 2 FKVO unter Bedingungen und Auflagen genehmigt. Im Vergleich zum vorigen Berichtszeitraum mit 21 Entscheidungen dieser Art ist ein leicht überproportionaler Anstieg der Verfahren zu verzeichnen, die innerhalb der ersten Prüfungsphase unter Bedingungen und Auflagen abgeschlossen wurden.

**597.** Die Europäische Kommission eröffnete in 18 Fällen die zweite Verfahrensphase mit einer Entscheidung nach Artikel 6 Abs. 1 lit c FKVO. Davon wurden zwölf Fälle im Berichtszeitraum abgeschlossen: Vier Zusammenschlussvorhaben – Oracle/Peoplesoft, Sony/BMG, Bertelsmann/Springer sowie Blackstone/Acetex – gab die Kommission nach vertiefter Prüfung ohne Bedingungen und Auflagen frei. Die ersten beiden Entscheidungen ergingen noch aufgrund der alten Gesetzeslage gemäß Artikel 8 Abs. 2 FKVO, die beiden letztgenannten Verfügungen wurden auf der Basis der reformierten Fusionskontrollverordnung gemäß Artikel 8 Abs. 1 FKVO genehmigt. In sieben Verfahren mussten die beteiligten Unternehmen Abhilfemaßnahmen anbieten. Daraufhin wurden auch die Zusammenschlüsse Lagardère/Natexis/VUP, Areva/Urenco/ETC JV, Sonoco/Ahlstrom, Continental/Phoenix sowie Siemens/VA Tech, Johnson & Johnson/Guidant und E.ON/Mol gemäß Artikel 8 Abs. 2 FKVO erlaubt. Damit liegt die Anzahl der Zweite-Phase-Entscheidungen mit Bedingungen und Auflagen deutlich unter dem Niveau früherer Berichtszeiträume: 2002/2003 ergingen bei einer niedrigeren Gesamtzahl von Anmeldungen immerhin elf derartiger Verfügungen, in den Jahren 2000/2001 und 1998/1999 waren es sogar 22 bzw. zwölf.

**598.** Die zu beobachtende Zurückhaltung der Europäischen Kommission erstreckt sich auch auf die Untersagung von Zusammenschlüssen. Damit setzt sich eine Entwicklung fort, die im Jahr 2002 begonnen hat. Nachdem sowohl 2002 als auch 2003 kein einziges Zusammenschlussverbot ergangen war, sprach die Kommission im Dezember 2004 erstmals wieder eine Untersagung aus. Das Vorhaben EDP/ENI/GDP betraf die portugiesischen Gas- und Strommärkte und hätte nach Ansicht der Europäischen Kommission zur Verstärkung marktbeherrschender Positionen auf verschiedenen Märkten geführt. Inzwischen hat das Gericht erster Instanz die Verbotsverfügung bestätigt. Weitere Untersagungsentscheidungen ergingen im Berichtszeitraum nicht. Die Gesamtzahl der Untersagungen erhöhte sich daher nur leicht von 18 auf 19 Fälle.

Nur wenig relativiert wird dieses Bild, wenn man die Rücknahme der Anmeldungen seitens der Zusammenschlussbeteiligten in die Betrachtung einbezieht. Waren in den Jahren 2002/2003 lediglich vier Rücknahmen zu verzeichnen, sind im jetzt vorliegenden Berichtszeitraum

immerhin 14 Vorhaben aufgegeben worden. Eine gewisse Vorfeldwirkung der behördlichen Fusionskontrolle ist also zweifellos zu konstatieren. Allerdings ist nicht zu verkennen, dass diese Wirkung in den Jahren 1998/1999 bei 527 Anmeldungen und 2000/2001 bei 680 Anmeldungen mit 21 bzw. 26 Fällen noch deutlich ausgeprägter war.

**599.** Die Gründe für die anhaltende Zurückhaltung der Europäischen Kommission dürften vielgestaltig sein. Mit einer deutlichen Abnahme der Fusionstätigkeit wie im letzten Berichtszeitraum ist sie allerdings nicht zu erklären. Denn das Niveau der Anmeldungen in den beiden letzten Jahren übertrifft schon wieder den Stand des Berichtszeitraums 1998/1999, in dem immerhin drei Untersagungen bei 527 Anmeldungen ergingen. In den Jahren 2000/2001 wurden bei 680 Notifizierungen sogar sieben Verbote ausgesprochen. Erklären lassen dürfte sich das Verhalten der Europäischen Kommission jedenfalls zum Teil mit gewissen rechtlichen Unsicherheiten bei der Anwendung der FKVO. Diese betrafen z. B. die Frage, ob auch unilaterale Effekte im Oligopol von den bisherigen gesetzlichen Regelungen erfasst waren. Wie der Fall Sony/BMG nahe legt, hat es die Kommission insofern nicht auf eine gerichtliche Klärung ankommen lassen, so dass Rechtssicherheit erst mit dem Inkrafttreten der neuen Fusionskontrollregeln am 1. Mai 2004 eingetreten ist. Unsicherheiten rechtlicher sowie ökonomischer Natur bestehen ferner bei der Anwendung der FKVO auf konglomerate und vertikale Zusammenschlüsse, beispielhaft seien hier nur die Fälle Tetra Laval/Sidel und General Electric/Honeywell genannt. Es ist davon auszugehen, dass die Europäische Kommission die Rechtsprechung in den betroffenen Fällen abgewartet hat, um ihre künftige Praxis bei der Behandlung nichthorizontaler Zusammenschlüsse darauf abzustimmen. Die richtungweisenden Urteile des Europäischen Gerichtshofs und des Gerichts erster Instanz ergingen jedoch erst in der zweiten Hälfte bzw. am Ende des Berichtszeitraums. Eine gewisse Rolle dürfte ferner die Rechtsprechung zur behördlichen Zusammenfassung spielen. In mehreren Urteilen bekräftigten die Gerichte ihre Auffassung, dass die Europäische Kommission auch verhaltensorientierte Zusagen im Einzelnen prüfen muss und nicht ohne weiteres zurückweisen darf. Damit erhöhen sich die Chancen, dass ein wettbewerblich problematischer Zusammenschluss aufgrund von Bedingungen und Auflagen letztlich doch genehmigungsfähig ist.

**600.** Daneben wirken wahrscheinlich die Urteile, mit denen im Jahr 2002 drei Untersagungsentscheidungen der Kommission aufgehoben worden sind, noch nach. Damals hatte die Rechtsprechung insbesondere die fehlerhafte Beweisführung und ökonomische Fundierung der behördlichen Beschlüsse gerügt. In der Zurückhaltung der Europäischen Kommission dürften sich auch die Schwierigkeiten widerspiegeln, den vom Gericht aufgestellten hohen Beweisanforderungen im Einzelfall gerecht zu werden. So hat die Kommission zwar in mehreren Zweite-Phase-Fällen noch nach der vertieften Untersuchung des Zusammenschlussvorhabens ernsthafte wettbewerbliche Probleme angenommen, auf eine Unter-

sagung aber ausdrücklich wegen unzureichender Beweislage verzichtet. Diese Entwicklung wird sich möglicherweise in Zukunft etwas abschwächen. Die jüngere Rechtsprechung enthält nämlich gewisse Anzeichen dafür, dass die Gerichte geneigt sind, den behördlichen Beurteilungsspielraum wieder etwas auszudehnen.

## 3.2 Zuständigkeitsverteilung

### 3.2.1 Änderung der Zwei-Drittel-Regelung?

**601.** Der Anwendungsbereich der Fusionskontrollverordnung wird in Artikel 1 FKVO geregelt. Die gemeinschaftsweite Bedeutung eines Zusammenschlusses und damit die Zuständigkeit der Europäischen Kommission sind gemäß Artikel 1 Abs. 2 und 3 FKVO gegeben, wenn die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen bestimmte Umsatzschwellen erreichen und jeweils nicht mehr als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Gesamtumsatzes in ein und demselben Mitgliedstaat erzielen. Von der Reform der FKVO wurden diese Regelungen nicht tangiert. Sowohl die Höhe der Umsatzschwellen als auch die so genannte Zwei-Drittel-Regelung standen in der Vergangenheit jedoch immer wieder im Mittelpunkt von Diskussionen. So hatte die Europäische Kommission erst im Rahmen der letzten Reform versucht, die in Abs. 3 genannten Umsatzschwellen ganz zu streichen, um auf diese Weise sämtliche so genannte Mehrfachanmeldungsfälle in den Kompetenzbereich Brüssels zu ziehen. Dieses Vorhaben war allerdings an der Kritik der Mitgliedstaaten gescheitert.

**602.** Den Auslöser für erneute Reformüberlegungen bildete der Fall Gas Natural/Endesa, der im September 2005 bei den spanischen Wettbewerbsbehörden angemeldet wurde und die Fusion des etablierten spanischen Gasunternehmens mit einem der beiden größten spanischen Stromerzeuger betraf. Endesa, die sich gegen ihre Übernahme durch Gas Natural wehrte, bestritt die Zuständigkeit der nationalen Behörden und reichte bei der Europäischen Kommission Beschwerde wegen unterlassener Anmeldung des Zusammenschlusses in Brüssel ein. Nach eingehender Prüfung der Beschwerde kam die Europäische Kommission zu dem Ergebnis, dass beide Unternehmen jeweils mehr als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Umsatzes in Spanien erzielen. Die Kommission konnte daher keine gemeinschaftsweite Bedeutung des Zusammenschlusses i. S. d. Artikel 1 FKVO feststellen und erklärte sich für unzuständig.<sup>84</sup>

Das Verfahren veranlasste die Europäische Kommission jedoch dazu, über eine Änderung bzw. Aufgabe der Zwei-Drittel-Regelung nachzudenken. Der Fall Gas Natural/Endesa zeige deutlich, dass diese Regelung auch solche Fälle von der europäischen Jurisdiktion ausschließe, die beträchtliche grenzüberschreitende Effekte aufwiesen. Das Zusammenschlussvorhaben falle nicht in den An-

<sup>84</sup> Endesa hat am 29. November 2005 Klage beim Gericht erster Instanz gegen die Entscheidung der Europäischen Kommission eingelegt, Rs. T-41/05. Endesas Antrag auf einstweilige Anordnung wurde mit Beschluss vom 1. Februar 2006 vom Präsidenten des EuG zurückgewiesen, Rs. T-41/05 R.

wendungsbereich der FKVO, obwohl es zur Entstehung eines der größten Energieunternehmen in Europa führe und mit erheblichen Auswirkungen auf den europäischen Energiemarkt zu rechnen sei. Außerdem komme es durch die Zwei-Drittel-Regelung zu einer unerwünschten Kompetenzaufteilung zwischen der Europäischen Kommission und den nationalen Wettbewerbsbehörden. Es müsse stattdessen gewährleistet sein, dass substantiell vergleichbare Zusammenschlussvorhaben konsistent beurteilt würden. Inzwischen hat die Europäische Kommission die Mitgliedstaaten aufgefordert zu untersuchen, in wie vielen Fällen die Zwei-Drittel-Regelung für die nationale Zuständigkeit maßgebend war. Konkrete Reformvorschläge seitens der Kommission sind bislang noch nicht veröffentlicht.

**603.** Die Monopolkommission hält die in Artikel 1 FKVO enthaltene Zwei-Drittel-Regelung im Grundsatz für geeignet, nationale und Gemeinschaftskompetenzen sachgerecht abzugrenzen. Sie sieht jedoch das Bedürfnis für eine Ergänzung dieser Regelung, die der Gemeinschaftsdimension Rechnung trägt, welche auch rein nationalen Zusammenschlüssen anhaften kann. Eine Änderung der gegenwärtigen Kompetenzverteilung empfiehlt sich insbesondere mit Hinblick auf Zusammenschlüsse in Netzindustrien. Diesen Branchen ist gemeinsam, dass traditionell nationale oder kleinere Märkte mit monopolistischer Prägung vorliegen. Die Zwei-Drittel-Regelung führt hier zu einer rückwärts gewandten Beurteilung der Kompetenzverteilung, die sich vornehmlich an den Verhältnissen der Vergangenheit orientiert. Zusammenschlussvorhaben in diesen Branchen werden indes gerade auch mit der Ausrichtung auf eine künftige europaweite Unternehmens-tätigkeit geplant und erhalten vor dem Hintergrund sich öffnender nationaler Märkte eine gemeinschaftsweite Dimension.

Darüber hinaus erscheint in Netzindustrien das Risiko besonders groß, dass sich bei der Beurteilung von Fusionen durch nationale Behörden industriepolitische Interessen unter Vernachlässigung wettbewerblicher Kriterien durchsetzen. Während die Europäische Kommission und das Bundeskartellamt in den Fällen Veba/Viag und RWE/VEW noch eng miteinander kooperierten, ist die Gefahr industriepolitischer Einflussnahme auf der Ebene einzelner Mitgliedstaaten in jüngerer Vergangenheit offensichtlich. Die Regierungen dieser Mitgliedstaaten bemühen sich mit allen ihnen zur Verfügung stehenden Mitteln bis hin zu legislativen Aktivitäten, Übernahmen aus dem Ausland zu verhindern und nationale Lösungen zu schaffen. Die Europäische Kommission prüft gegenwärtig, ob dabei möglicherweise sogar gegen geltendes EG-Recht verstoßen wurde. Zu erinnern ist ferner an die „poison pill“, mit der der Bundesminister für Wirtschaft und Technologie die Ministererlaubnis im Fall E.ON/Ruhrgas verknüpft hat. E.ON musste sich verpflichten, vor der Veräußerung einer Kapital- oder Stimmrechtsmehrheit an der Ruhrgas an ein drittes Unternehmen die Einwilligung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie einzuholen. Außerdem wurde E.ON auferlegt, unter bestimmten Umständen auf Verlangen des Ministeriums sämtliche von ihr oder von verbundenen Unternehmen

gehaltenen Aktien der Ruhrgas an einen Dritten zu veräußern. Vor diesem Hintergrund kann die Regelung zur Zuständigkeitsverteilung zur Folge haben, dass auch wettbewerbsbeschränkende Zusammenschlüsse genehmigt und Marktzutrittsbarrieren erhöht werden. Auf diese Weise wird die europäische Wettbewerbspolitik, die sich gerade um den Abbau von Marktzutrittschranken bemüht, konkterkariert.

**604.** Die Europäische Kommission verfügt zwar seit der jüngsten FKVO-Reform über die Möglichkeit, Mitgliedstaaten zu einer Verfahrensabgabe nach Brüssel aufzufordern. Eine solche Aufforderung dürfte aber angesichts der genannten nationalstaatlichen Interessen kaum Erfolg versprechen. Die Monopolkommission plädiert daher für eine gesetzgeberische Lösung, die es der Europäischen Kommission in bestimmten Fällen erlaubt, die Kontrolle von Zusammenschlussvorhaben unabhängig vom Eingreifen der Zwei-Drittel-Regelung an sich zu ziehen. Eine entsprechende Ausnahmeregelung sollte zwei Kriterien enthalten: Zum einen muss der Zusammenschluss Auswirkungen auf einen Markt haben, der in der Vergangenheit für den grenzüberschreitenden Wettbewerb geschlossen war, zum anderen muss dieser Markt inzwischen aufgrund europarechtlicher Regelung für den grenzüberschreitenden Wettbewerb geöffnet worden sein.

**605.** Die Monopolkommission geht davon aus, dass die für eine Gesetzesänderung notwendige Zustimmung seitens der Mitgliedstaaten aus den oben genannten Gründen nur schwer zu erlangen sein wird. Sie hat sich mit dem Aspekt der Kompetenzverteilung bereits in ihrem Sondergutachten zur Ministererlaubnis im Verfahren E.ON/Ruhrgas befasst und auf Prüfungsbefugnisse hingewiesen, über welche die Europäische Kommission schon de lege lata verfügt.<sup>85</sup> Möglicherweise könnten diese Überlegungen der Europäischen Kommission Argumentationshilfe in den Verhandlungen über eine Gesetzesänderung liefern. Der Bundesregierung wird empfohlen, ein entsprechendes Gesetzesvorhaben zu unterstützen.

### 3.2.2 Verweisungsregime und -praxis

#### 3.2.2.1 Die Reform der Verweisungsregeln

**606.** Die Fusionskontrollverordnung sah von Anfang an Ausnahmen von den starren quantitativen Zuständigkeits-schwellen des Artikel 1 FKVO vor, um eine gewisse „Feinsteuerung“ der Kompetenzverteilung zu ermöglichen. So benennt Artikel 9 FKVO die Voraussetzungen, unter denen ein Zusammenschlussvorhaben, das die Umsatzschwellen des Artikel 1 FKVO erreicht, zur Prüfung an die nationalen Wettbewerbsbehörden verwiesen werden kann. Umgekehrt können die Mitgliedstaaten gemäß Artikel 22 FKVO darum ersuchen, dass die Europäische Kommission einen Zusammenschluss beurteilt, obwohl dieser die Kriterien des Artikel 1 FKVO nicht erfüllt.

<sup>85</sup> Vergleiche Monopolkommission, Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH, Sondergutachten 34, Baden-Baden 2002, Tz. 221 ff.

**607.** Mit der neuen VO 139/2004 wurden die Verweisungsregeln einerseits grundlegend erweitert, andererseits bestehende Vorschriften modifiziert.<sup>86</sup> Völlig neu ist die Befugnis der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen, um eine Verweisung zu ersuchen. Gemäß Artikel 4 Abs. 4 FKVO können die Parteien die Prüfung ihres Zusammenschlussvorhabens bei einem Mitgliedstaat beantragen, obwohl an sich die Zuständigkeit der Europäischen Kommission gegeben ist. Zur Begründung müssen die Parteien vortragen, dass der Zusammenschluss den Wettbewerb in einem Markt innerhalb eines Mitgliedstaats erheblich beeinträchtigen könnte. Umgekehrt sieht Artikel 4 Abs. 5 FKVO die Möglichkeit vor, dass ein rein nationaler Fall auf Betreiben der Unternehmen in die Zuständigkeit Brüssels übergeht. Die Antragsoption besteht immer dann, wenn der Zusammenschluss nach dem Wettbewerbsrecht mindestens dreier Mitgliedstaaten geprüft werden könnte. Bei beiden Alternativen muss der Verweisungsantrag vor der Anmeldung gestellt werden. Die Mitgliedstaaten verfügen sowohl im Rahmen des Artikel 4 Abs. 4 als auch des Abs. 5 FKVO über ein Vetorecht. Die Europäische Kommission ist nur im Fall des Absatz 5 an den Verweisungsantrag gebunden, im Fall einer Verfahrensabgabe an eine nationale Wettbewerbsbehörde steht ihr ein Ermessensspielraum zu. Die Regelungen sollen dem Bedürfnis der Wirtschaft nach Verfahrenserleichterung und -beschleunigung nachkommen. Gemäß Artikel 4 Abs. 6 FKVO hat die Europäische Kommission dem Rat spätestens bis 1. Juli 2009 einen Bericht über das Funktionieren der Absätze 4 und 5 vorzulegen. Der Rat kann im Anschluss an diesen Bericht auf Vorschlag der Kommission die genannten Absätze mit qualifizierter Mehrheit ändern.

**608.** Lediglich geringfügig verändert findet sich Artikel 9 FKVO im Gesetzestext wieder, auf dessen Grundlage ein Mitgliedstaat die Verweisung an die nationale Wettbewerbsbehörde beantragen kann. Es bleibt weiterhin bei den zwei Antragsalternativen nach Artikel 9 Abs. 2 lit. a und b FKVO. Allerdings muss der antragstellende Mitgliedstaat in der ersten Alternative jetzt nicht mehr die Gefahr der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung darlegen, sondern die Drohung einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung. Damit dürfte der Gesetzgeber auf die Neuformulierung des Untersagungskriteriums reagiert haben, obwohl festzuhalten ist, dass in Artikel 2 Abs. 2 und 3 FKVO nicht von einer Beeinträchtigung, sondern einer erheblichen Behinderung des Wettbewerbs die Rede ist. In Artikel 9 Abs. 6 FKVO werden die Mitgliedstaaten nunmehr aufgefordert, einen verwiesenen Fall ohne unangemessene Verzögerung zu entscheiden. Dem Ziel der Beschleunigung dient auch die Verpflichtung der nationalen Wettbewerbsbehörden, den Zusammenschlussparteien innerhalb von 45 Arbeitstagen nach der Verweisung das Ergebnis ihrer vorläufigen Untersuchung sowie die geplanten Maßnahmen mitzuteilen.

**609.** Verbessert wurde die Regelung des Artikel 22 FKVO, wonach ein oder mehrere Mitgliedstaaten einen Zusammenschluss an die Europäische Kommission abgeben können. In der Vergangenheit wies die Vorschrift erhebliche verfahrensrechtliche Defizite auf, die nun wenigstens teilweise ausgeräumt scheinen. Mit der neuen Fassung des Artikel 22 FKVO wurde unter anderem der Beginn der Antragsfrist konkretisiert und festgestellt, dass die nationalen Prüffristen bis zur Entscheidung über die Zuständigkeit gehemmt bleiben. Eine weitere Neuerung enthält Artikel 22 Abs. 5 FKVO, wonach die Europäische Kommission einen oder mehrere Mitgliedstaaten auffordern kann, einen Antrag auf Verweisung zu stellen. Eine entsprechende Befugnis der Kommission enthält auch Artikel 9 Abs. 1 FKVO. Eine Verpflichtung der aufgeforderten Mitgliedstaaten zur Antragstellung resultiert daraus allerdings in beiden Fällen nicht. Auch ist bislang kein Zusammenschluss ersichtlich, in dem die Kommission von ihrem neu eingeführten Recht Gebrauch gemacht hat.

**610.** Ergänzt werden die Artikel 4, 9 und 22 FKVO durch die Erwägungsgründe der FKVO<sup>87</sup> und die Mitteilung der Europäischen Kommission über die Verweisung von Fusionsfällen.<sup>88</sup> Letztere sollen in allgemeiner Form die Überlegungen erläutern, die dem Verweisungssystem zugrunde liegen und eine allgemeine Orientierungshilfe geben. Dargelegt werden unter anderem die Neuerungen des Systems, die rechtlichen Voraussetzungen für eine Verweisung sowie die Faktoren, die bei der Entscheidung über Verweisungsanträge berücksichtigt werden. Sowohl die Erwägungsgründe als auch die erwähnte Mitteilung der Kommission nennen als wesentliche Prinzipien der Zuständigkeitsverteilung das Subsidiaritätsprinzip, die Rechtssicherheit sowie den Grundsatz der einzigen Anlaufstelle (one-stop-shop). Entsprechend dem Subsidiaritätsprinzip soll die jeweils geeignetste Wettbewerbsbehörde über den Zusammenschluss entscheiden. Das Ziel der Rechtssicherheit wird hingegen am ehesten durch eine möglichst konsequente Anwendung der festen Umsatzkriterien erreicht. Die genannten Prinzipien sind in jedem Einzelfall in Einklang zu bringen, wobei den Wettbewerbsbehörden ein hohes Maß an Flexibilität und Ermessen zugebilligt wird. Insgesamt soll die Verweisung die Ausnahme im System der Kompetenzverteilung bleiben.

### 3.2.2.2 Verfahrensabgabe auf Antrag der Unternehmen

**611.** Im Berichtszeitraum haben die Unternehmen 47 Anträge auf Verweisung an die Europäische Kommission gestellt. Nur in zwei Fällen machten die betroffenen Mitgliedstaaten Gebrauch von ihrem Vetorecht, dies waren je einmal Deutschland und einmal Großbritannien. Die Verfahrensabgabe an einen Mitgliedstaat wurde lediglich in 16 Verfahren beantragt, von denen die Europäische Kom-

<sup>86</sup> Vergleiche Monopolkommission, Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, Hauptgutachten 2002/2003, Baden-Baden 2005, Tz. 887 ff.

<sup>87</sup> Erwägungsgründe 11 ff.

<sup>88</sup> Mitteilung der Kommission über die Verweisung von Fusionsfällen, ABl. EU Nr. C 56 vom 5. März 2005, S. 2.

mission bisher 13 positiv beschied. Festzuhalten bleibt, dass die Zusammenschlussparteien nur bei einer Verweisung an den Mitgliedstaat mitteilen müssen, dass ihr Vorhaben den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen könnte. Bei dem Ersuchen auf Verfahrensabgabe an die Europäische Kommission ist eine derartige Mitteilung nicht erforderlich. Obwohl die Zusammenschlussparteien die erwähnte Wettbewerbsbeeinträchtigung laut Erwägungsgründen und Bekanntmachung der Kommission nicht „nachweisen“ müssen, könnte sich diese Verpflichtung doch als gewisse Hürde bei der Antragstellung erwiesen haben.

**612.** Die hohen Antragszahlen zeigen, dass aus Sicht der Wirtschaft ein großes Bedürfnis besteht, die starren quantitativen Kriterien des Artikel 1 FKVO zu durchbrechen. Insgesamt lässt sich eine deutliche Tendenz hin zur Zuständigkeit der Europäischen Kommission erkennen, in der sich unter anderem der Wunsch der fusionswilligen Unternehmen nach einem „one-stop-shop“ und der Drang hin zu einer weniger stringenten Kontrolle widerspiegeln dürfte. So hat beispielsweise das Bundeskartellamt in den letzten vier Jahren 26 Untersagungen ausgesprochen, während auf europäischer Ebene lediglich ein Verbot erging. Auch unter Berücksichtigung der höheren Gesamtzahl von Verfahren in Deutschland wird deutlich, dass die Unternehmen in Brüssel seltener mit einer Untersagung ihrer Vorhaben rechnen müssen. Soweit die Unternehmen auch den entgegengesetzten Weg hin zu den nationalen Behörden eingeschlagen haben, kommen als Gründe die größere Nähe zu den betroffenen Märkten und der zum Teil geringere bürokratische Aufwand auf nationaler Ebene in Betracht. Außerdem mag die Hoffnung, das Wettbewerbsrecht werde durch eine nationale Industriepolitik überlagert, ein weiteres Motiv für die Verweisungsersuchen darstellen. Derartigen unerwünschten Auswüchsen eines „forum shopping“ sollte nach Auffassung der Monopolkommission grundsätzlich das Vetorecht der Mitgliedstaaten bzw. der Europäischen Kommission entgegenstehen, mittels dessen eine Verfahrensabgabe von Seiten der ursprünglich zuständigen Wettbewerbsbehörde verhindert werden kann.

**613.** In diesem Zusammenhang ist die mangelnde Transparenz der Verfahren nach Artikel 4 Abs. 4 und 5 FKVO zu bemängeln. Entscheidungen nach Artikel 4 Abs. 4 FKVO veröffentlicht die Europäische Kommission nur mit Zustimmung der beteiligten Unternehmen. Zwar erfolgte diese Zustimmung während des Berichtszeitraums in zehn von 13 Fällen. Aus den publizierten Entscheidungen lässt sich auch ablesen, dass jeweils drei Verfahren an Deutschland und Großbritannien sowie je zwei Verfahren an Frankreich und Finnland abgegeben wurden. Es bleibt aber bei dem grundsätzlichen Problem, dass ohne Einwilligung der Zusammenschlussparteien nicht erkennbar wird, welche Verfahren an welche nationalen Behörden abgegeben worden sind. Im Falle von Entscheidungen nach Artikel 4 Abs. 5 FKVO stellt die Europäische Kommission der Öffentlichkeit keine gesonderte Statistik darüber zur Verfügung, welche Verfahren im Einzelnen betroffen sind. Lediglich aus den das jeweilige Fusionskontrollverfahren abschließenden Entschei-

dungen geht hervor, dass die Zuständigkeit der Europäischen Kommission auf einem Antrag nach Artikel 4 Abs. 5 FKVO basiert. In etwa der Hälfte dieser Entscheidungen wird nur auf das Vorliegen eines Antrags nach Artikel 4 Abs. 5 FKVO hingewiesen, in einem weiteren Viertel der Entscheidungen lediglich der Gesetzestext zitiert. Nur in einer kleinen Zahl der Fälle werden die Mitgliedstaaten, die ursprünglich für die Beurteilung des Zusammenschlusses zuständig gewesen wären, ausdrücklich genannt. Ein verlässliches Bild darüber, in welchem Umfang die einzelnen Mitgliedstaaten von Verweisungen nach Brüssel betroffen sind, lässt sich auf dieser Grundlage nicht bilden. Zu kritisieren ist ferner, dass die Europäische Kommission nicht darüber informiert, in welchen Fällen die Mitgliedstaaten ein Veto gegen die Verfahrensabgabe eingelegt haben. Die Bundesregierung sollte nach Ansicht der Monopolkommission darauf hinwirken, dass die Europäische Kommission ihre Informationspolitik in diesem Bereich verbessert.

Befürchtungen, Unternehmen könnten systematisch falsche oder unvollständige Angaben machen, um in den Zuständigkeitsbereich einer bestimmten Wettbewerbsbehörde zu gelangen, haben sich bislang nicht bestätigt. Für ausreichende Abschreckung mag insoweit die Bekanntmachung zu Verweisungen sorgen. Wie in Rz. 60 ausgeführt, kann die Europäische Kommission gegebenenfalls bereits ergangene Entscheidungen nach Artikel 6 und 8 FKVO widerrufen und sich für unzuständig erklären. Im umgekehrten Fall ist sie berechtigt, eine Anmeldung nach Artikel 4 FKVO von den zusammenschlussbeteiligten Unternehmen zu fordern. Im Vorfeld verbleibt den nationalen Wettbewerbsbehörden wie der Europäischen Kommission die Befugnis, eine Verfahrensabgabe zu verweigern, sollten sie an der Richtigkeit oder Vollständigkeit von vorgelegten Informationen zweifeln.

**614.** Die große Zahl von Verfahrensabgaben – fast 60 seit Einführung der Regelung im Mai 2005 – gibt Anlass zu der Frage, ob es sich bei den Vorschriften des Artikel 4 Abs. 4 und 5 FKVO wirklich noch um eine „Ausnahmeregelung“ handelt und der Grundsatz der Rechtssicherheit ausreichend gewährleistet ist. Dies erscheint um so zweifelhafter angesichts der absehbaren Tendenz steigender Antragszahlen. Bis Ende Februar 2006 sind bereits weitere sieben Ersuchen auf Verweisung gemäß Artikel 4 Abs. 5 FKVO bei der Europäischen Kommission eingegangen.

Beim Erlass der VO 4064/89 waren Rat und Kommission noch davon ausgegangen, dass Fusionen nur ausnahmsweise verwiesen würden, wenn die Wettbewerbsinteressen des betreffenden Mitgliedstaates nicht auf andere Weise hinreichend geschützt werden könnten. In der Praxis hat die Europäische Kommission dann auch Fälle gemäß Artikel 9 FKVO verwiesen, in denen nationale Behörden besser geeignet erschienen, die wettbewerbslichen Auswirkungen eines Zusammenschlusses zu beurteilen. Solange sich die Verweisungspraxis nur auf Artikel 9 und 22 FKVO stützte, blieb der Umfang der Verfahrensabgaben überschaubar und ließ keinen Zweifel an ihrem Ausnahmecharakter entstehen. Noch in ihrer Mitteilung

(Rz. 7) betont die Europäische Kommission zwar, dass Verweisungen gerade aus Gründen der Rechtssicherheit auch weiterhin eine Ausnahme darstellen würden; die Regel bleibe die Kompetenzzuweisung mittels objektiver Umsatzschwellen. Diese Feststellung steht allerdings in deutlichem Widerspruch zu der aktuellen Entwicklung. Für den Fall, dass diese Entwicklung anhalten oder noch verstärkt werden sollte, empfiehlt die Monopolkommission der Bundesregierung, sich im Rahmen des für 2009 geplanten Revisionsprozesses dafür einzusetzen, dass die Voraussetzungen für Verweisungen auf Antrag der Zusammenschlussbeteiligten Unternehmen erhöht werden.

**615.** Ganz anders als die Zahl der Verweisungsanträge hat sich die Ausübung des Vetorechts durch die Mitgliedstaaten entwickelt. Soweit ersichtlich haben die nationalen Wettbewerbsbehörden insgesamt nur in zwei Fällen von ihrem gesetzlichen Widerspruchsrecht Gebrauch gemacht. Dies ist um so erstaunlicher, wenn man die Entstehungsgeschichte des Artikel 4 Abs. 4 und 5 FKVO bedenkt. Im Rahmen der geplanten FKVO-Reform hatte die Europäische Kommission ursprünglich versucht, ihren Zuständigkeitsbereich auf sämtliche Fälle der Mehrfachanmeldung auszudehnen, ohne dass in diesen Fällen die quantitativen Umsatzschwellen noch eine Rolle spielen sollten. Auf den vehementen Widerstand der Mitgliedstaaten hin – allen voran Deutschland – sah sich die Europäische Kommission gezwungen, dieses Vorhaben aufzugeben und konzentrierte sich stattdessen auf eine Änderung der Zuständigkeitsverteilung im Rahmen der Verweisungsregeln. Als Kompromiss kam schließlich die Regelung des Artikel 4 Abs. 5 zustande: Jeder Zusammenschluss, der nach dem Wettbewerbsrecht von mindestens drei Mitgliedstaaten geprüft werden könnte, kann ohne Ansehung der Umsatzschwellen in die Zuständigkeit der Europäischen Kommission gelangen. Dies erfolgt allerdings nur auf Antrag der beteiligten Unternehmen und unter Beibehaltung eines Vetorechts der mitgliedstaatlichen Behörden.

Vor diesem Hintergrund ist es nicht nachzuvollziehen, dass die Mitgliedstaaten bislang kaum von ihrem Recht Gebrauch gemacht haben, einer Verfahrensabgabe zu widersprechen. Es erscheint zumindest zweifelhaft, ob die Europäische Kommission tatsächlich in allen bereits verwiesenen Fällen die sachlich oder räumlich geeignetere Behörde im Sinne des Subsidiaritätsprinzips war, um die wettbewerbliche Beurteilung des jeweiligen Zusammenschlusses vorzunehmen. Die Monopolkommission empfiehlt den zuständigen deutschen Behörden daher, in Zukunft bei sämtlichen sie betreffenden Verweisungsanträgen genau zu prüfen, ob eine Verfahrensabgabe nach Brüssel sachdienlich ist. Im gegenteiligen Fall sollte Deutschland nicht vor dem Gebrauch des Vetorechts zurückschrecken. Ein Widerspruch sollte insbesondere stets dann erfolgen, wenn es sich um nationale oder kleinere Märkte handelt, die Zusammenschlussparteien ihre Umsätze hauptsächlich in Deutschland erwirtschaften und die Auswirkungen der Fusion im Wesentlichen in Deutschland spürbar sind. Nur auf diese Weise kann gewährleistet werden, dass die Regelung des Artikel 4 Abs. 5 FKVO zu einer Verbesserung der Feinststeuerung und nicht lediglich

zu einer willkürlichen Verschiebung von Kompetenzgrenzen beiträgt.

### 3.2.2.3 Verweisung nach behördlichem Antrag

**616.** Im Berichtszeitraum erließ die Europäische Kommission neun Mitteilungen nach Artikel 9 FKVO. Sie gab fünf Verfahren vollständig an die Mitgliedstaaten ab, vier Fälle verwies sie teilweise und erließ im Übrigen Entscheidungen nach Artikel 6 Abs. 1 lit b FKVO. In zwei weiteren Fällen – Bertelsmann/Springer und Belgacom/Telindus – erging keine Entscheidung nach Artikel 9 FKVO. Die Europäische Kommission überprüfte die Zusammenschlüsse selbst und erließ je eine Verfügung nach Artikel 8 Abs. 1 und nach Artikel 6 Abs. 1 lit b FKVO. Dem stehen 22 Verweisungsentscheidungen in den Jahren 2002/2003 gegenüber. Der signifikante Rückgang der Anträge nach Artikel 9 FKVO beruht wahrscheinlich zum größten Teil auf der Einführung des Artikel 4 Abs. 5 FKVO. Viele der für eine Verfahrensabgabe nach Artikel 9 FKVO in Frage kommenden Fälle dürften schon auf Betreiben der Parteien in die Zuständigkeit der nationalen Behörden übergegangen sein.

Das Bundeskartellamt hat insgesamt fünf Anträge auf Verweisung gestellt. In den Zusammenschlussfällen Kabel Deutschland/ish, iesy Repository/ish sowie Strabag/Dywidag und Fimag/Züblin waren die Ersuchen von deutscher Seite erfolgreich. Die ersten beiden Verfahren wurden vollständig verwiesen, in den Fällen Strabag/Dywidag und Fimag/Züblin erging neben Teilverweisungen jeweils eine Entscheidung nach Artikel 6 Abs. 1 lit b FKVO. Nur den Fall Bertelsmann/Springer untersuchte die Europäische Kommission selbst. Bei der Zuständigkeit Brüssels blieb es auch in dem Fall Belgacom/Telindus, in dem Belgien um Verfahrensabgabe ersucht hatte. An die britischen Behörden gab die Europäische Kommission zwei Fälle – Blackstone (TBG CareCo)/NHP sowie MAG/Ferrovial Aeropuertos/Exeter Airport – vollständig ab. Die Verfahren Shell Espana/Cepsa/SIS JV und Accor/Colony/Desseigne-Barrière/JV wurden vollständig bzw. teilweise zur Prüfung an Spanien bzw. Frankreich übermittelt. In dem Verfahren Tesco/Carrefour beantragte erstmals die Slowakei die Teilverweisung eines Falles, die von der Europäischen Kommission gewährt wurde.

**617.** Der Fall Kabel Deutschland/ish zeichnet sich dadurch aus, dass die Europäische Kommission ihre Ermessensentscheidung, den Fall an das Bundeskartellamt zu verweisen, ausführlich begründete. Die Kabel Deutschland Vertrieb und Service GmbH & Co. KG (KDG) betreibt das früher der Deutschen Telekom AG gehörende Breitbandkabelnetz in sämtlichen deutschen Bundesländern mit Ausnahme von Hessen, Baden-Württemberg und Nordrhein-Westfalen. In Nordrhein-Westfalen wird das Kabelnetz von ish unterhalten. Beide Parteien bieten in ihrem jeweiligen Tätigkeitsgebiet die Übermittlung von Rundfunksignalen (Fernseh- und Hörfunk) und in geringerem Ausmaß auch Internetzugang an. Nach Auffassung des Bundeskartellamts, der sich die Europäische Kommission anschloss, bestand die Gefahr, dass durch

den Zusammenschluss die beherrschende Position von KDG auf verschiedenen Märkten verstärkt würde.

**618.** Soweit die genauen Marktdefinitionen und Zusammenschlussauswirkungen in der Verweisungsentscheidung noch offen blieben, überließ die Europäische Kommission die weitere Bewertung dem Bundeskartellamt. Nach Auffassung der Kommission war eine fundierte Ermittlung lokaler Gegebenheiten sowohl hinsichtlich der Fallbeurteilung als auch in Bezug auf die Lösung möglicher Wettbewerbsprobleme durch Zusagen notwendig. Eine besondere Nähe zu den betroffenen Märkten sei darüber hinaus insbesondere bei der Überwachung der Zusageumsetzung vorteilhaft. Außerdem verfüge das Bundeskartellamt aus verschiedenen Verfahren über Erkenntnisse hinsichtlich der Marktstrukturen im Bereich der Kabelnetze und der damit verbundenen Märkte. Als ausschlaggebend erwies sich daneben, dass beim Bundeskartellamt bereits zwei weitere Vorhaben, die in engem Zusammenhang mit dem Zusammenschluss KDG/ish standen, angemeldet worden waren. Mit dem geplanten Kontrollerwerb an icsy in Hessen und Kabel BW in Baden-Württemberg, den letzten beiden anderen regionalen NE-3-Kabelgesellschaften, hätte KDG das gesamte NE-3-Netz auf sich vereinigt. Da alle drei Verfahren ähnliche Fragen beinhalteten und eine einheitliche Unternehmensstrategie ausdrückten, hielt es die Kommission aus verfahrensökonomischen Gründen für angebracht, die Ermittlungen bei einer Wettbewerbsbehörde zu konzentrieren. Nur auf diesem Weg lasse sich eine einheitliche Prüfung der drei Verfahren sicherstellen. Damit führt die Europäische Kommission eine Entscheidungspraxis fort, die sich bereits in der Vergangenheit bewährt hat. Verfügt eine nationale Wettbewerbsbehörde über besondere Erfahrungen hinsichtlich der betroffenen Märkte oder sind bei ihr gleich gelagerte Zusammenschlussfälle anhängig bzw. bereits abgeschlossen, trifft die Europäische Kommission auch dann positive Verweisungsentscheidungen, wenn es sich nicht nur um lokale, sondern um regionale oder sogar nationale Märkte handelt.

**619.** In den vergangenen zwei Jahren haben die Mitgliedstaaten in fünf Zusammenschlussfällen Anträge nach Artikel 22 FKVO gestellt. Viermal hielt die Europäische Kommission die Voraussetzungen für eine Verfahrensübernahme für erfüllt, nur in einem Fall – Gas Natural/Endesa – lehnte sie die Verweisung ab. Die Zahl der Fälle hat sich damit im Vergleich zum vorangegangenen Berichtszeitraum mit drei Verfahrensabgaben deutlich erhöht, wenn sie auch absolut gesehen niedrig bleibt. In drei Fällen – Areva/Urengo, Omya/J.M.Huber und AMI/Eurotecnica – leitete die Europäische Kommission die zweite Verfahrenphase ein. Der Zusammenschluss Areva/Urengo wurde inzwischen unter Bedingungen und Auflagen freigegeben.

In dem Verfahren Gas Natural/Endesa bestand Streit darüber, ob der Zusammenschluss gemeinschaftsweite Bedeutung i. S. d. Artikel 1 FKVO hatte. In der Annahme, dass die Voraussetzungen des Artikel 1 Abs. 2 FKVO nicht erfüllt waren, beantragte zunächst Portugal gemäß Artikel 22 Abs. 1 FKVO die Verfahrensabgabe nach

Brüssel. Diesem Antrag schloss sich Italien später an, während Spanien ausdrücklich von einem entsprechenden Ersuchen Abstand nahm. Am 27. Oktober 2005 lehnte die Europäische Kommission die Prüfung der Zusammenschlussauswirkungen auf die portugiesischen und italienischen Märkte ab. Ihrer Auffassung nach waren die jeweiligen nationalen Wettbewerbsbehörden besser geeignet, die notwendige Untersuchung durchzuführen.

### 3.3 Marktabgrenzung

#### 3.3.1 Marktabgrenzung bei differenzierten Produkten

**620.** Der Fall Oracle/PeopleSoft verdeutlicht nach Auffassung der Monopolkommission die erheblichen Probleme, die bei der wettbewerblichen Beurteilung von Zusammenschlüssen mit differenzierten Produkten auftreten können. Diese Probleme betreffen insbesondere die sachliche Marktabgrenzung sowie die Berechnung von Marktanteilen, auf die im Rahmen des Marktbeherrschungstests traditionell besonderes Gewicht gelegt wird. Als Indiz für die Schwierigkeiten bei der Marktabgrenzung wertet die Monopolkommission den Umstand, dass die Europäische Kommission diesem Aspekt etwa vier Fünftel ihrer Entscheidung widmet. Auffällig ist dabei, dass den umfangreichen Überlegungen zur Marktdefinition Schlussfolgerungen gegenüberstehen, die kaum aussagekräftig sind. Sie lassen vielmehr nur eine erste Beurteilung des Falles zu, wie die Europäische Kommission selbst einräumt. Dies erweckt den Eindruck, dass die Kommission in einem großen Teil der Entscheidung an der eigentlichen Kernfrage der wettbewerblichen Beurteilung vorbeigegangen ist.

**621.** Am 14. Oktober 2003 erhielt die Europäische Kommission die Anmeldung eines Zusammenschlussvorhabens, mit dem das US-amerikanische Unternehmen Oracle Corporation die alleinige Kontrolle über PeopleSoft Inc. erlangen wollte. Der Fall wurde parallel in Europa und den USA untersucht, wobei die zuständigen Wettbewerbsbehörden eng kooperierten. In beiden Jurisdiktionen bestand das zentrale Problem der behördlichen Beurteilung in der Abgrenzung des relevanten Produktmarktes. In Bezug auf die wettbewerblichen Auswirkungen konzentrierten sich beide Wettbewerbsbehörden auf mögliche unilaterale Effekte im Oligopol. Am 9. September 2004 erging das Urteil des District Court of Northern California, mit dem die kartellrechtlichen Einwände des Department of Justice gegen den Zusammenschluss zurückgewiesen wurden.<sup>89</sup> Am 26. Oktober 2004 gab die Europäische Kommission den Fall unter Heranziehung von Beweismaterial aus dem amerikanischen Prozess ohne Auflagen frei.

Oracle und PeopleSoft sind beide in den Bereichen Gestaltung, Entwicklung, Herstellung und Vertrieb von Unternehmensanwendungs-Software (Enterprise Application Software, EAS) und den damit zusammenhängenden Dienstleistungen tätig. EAS wird für wichtige Geschäftsvorgänge wie die Finanzplanung und -berichterstattung

<sup>89</sup> <http://i.i.com.com/cnwk.1d/pdf/ne/2004/FinalOracleOrder.pdf>

(Finance Management Systems, FMS), die Personalverwaltung (Human Resources Processes, HR) sowie die Kundenbeziehungen und das Lieferkettenmanagement eingesetzt. EAS lässt sich als so genannte „Paketsoftware“ oder in Einzelteilen kaufen, in aller Regel werden die Produkte an die Bedürfnisse der jeweiligen Kunden angepasst. Im Bereich EAS sind große Anbieter wie Oracle, PeopleSoft und SAP tätig, die sich durch ein breites Spektrum an Produkten und Dienstleistungen auszeichnen. Daneben existieren Anbieter von so genannten Best-of-Breed-Lösungen, die sich vertieft mit speziellen Software-Problemen auseinandersetzen, bis hin zu Nischenanbietern. EAS wird daneben von so genannten Outsourcing-Unternehmen und von externen Beratern bereitgestellt. Durch den Zusammenschluss hätte sich die Zahl der großen Anbieter von drei auf zwei verringert. SAP ist Marktführer und bliebe dies bei FMS-Anwendungen auch nach dem Zusammenschluss. Im HR-Bereich hätte die neue Unternehmenseinheit die Marktführerschaft übernommen.

**622.** Bei der sachlichen Marktabgrenzung ging die Europäische Kommission von Märkten für funktionsstarke FMS- und HR-Anwendungen aus, die dem Bedarf großer komplexer Unternehmen (large and complex enterprises, LCE) entsprechen. Die Kommission zog also zur Marktabgrenzung einerseits produktbezogene, andererseits kundenspezifische Kriterien heran. Auf das Produkt bezogen führte die Kommission aus, dass funktionsstarke Software besonders komplex ausgestaltet sei und mehr horizontale und vertikale Funktionen biete als Software für mittlere Unternehmen. Die Grundarchitektur funktionsstarker Software sei in der Regel mehrschichtig und weise komplexe Anwendungsprogrammierschnittstellen auf. Sie müsse ferner mit den verschiedenen Rechts- und Rechnungssystemen der wichtigsten Wirtschaftszonen konform und auf mehrere Sprachen gleichzeitig ausgelegt sein. Außerdem sei sie auf eine größere Benutzerzahl gerichtet und wesentlich teurer als Mittelstands-Software. Als Käufer dieser Art von Software kommen nach Auffassung der Kommission nur große und komplexe Unternehmen in Frage. Diese hätten einen sehr großen Funktionsbedarf und erwarteten eine hohe Leistungsfähigkeit in Bezug auf die Skalierbarkeit, die Konfigurierbarkeit und den technischen Stand der Software. Außerdem stellten sie besondere Anforderungen an die Zuverlässigkeit und Qualität des Produkts sowie an das Markenimage.

Die beschriebenen Märkte für hochfunktionale Software sind nach Auffassung der Kommission insbesondere von dem Bereich der Mittelstands-Software zu unterscheiden. Zur Begründung führte die Kommission im Wesentlichen die geringe Angebotsumstellungsflexibilität von Mittelstands-Software an. Nicht zum relevanten Markt zählten außerdem Best-of-Breed-Software, der Outsourcing-Bereich sowie die von externen Beratern bereitgestellten Dienstleistungen, da diese nach Auskunft von Kunden keine Substitute, sondern eher komplementäre Produkte darstellten.

**623.** Oracle griff diese Marktabgrenzung, die ebenfalls vom Department of Justice vertreten worden war, als zu vage an und warf der Kommission das Argumentieren mit

Zirkelschlüssen vor. Der Bereich der „hochfunktionalen Software“ sei ebenso wenig klar definiert wie der Begriff „LCE mit komplexen Funktionalitätsbedürfnissen“, beide Termini seien auch in der Branche nicht anerkannt. Nach Ansicht von Oracle handelt es sich bei der in Rede stehenden Software vielmehr um „ein multidimensionales Kontinuum von Kundenbedürfnissen und Anbieterlösungen“. Es gebe daher auch keine geeigneten Kriterien, um dieses Kontinuum in die Segmente für hochfunktionale und für Mittelstandslösungen aufzuteilen. Oracle forderte die Kommission – insbesondere im Hinblick auf das US-amerikanische Verfahren – auf, ihre Entscheidung auf eine breitere Faktenbasis zu stellen.

**624.** Obwohl sich Oracle in den USA mit seinen Einwänden durchsetzen konnte, blieb die Europäische Kommission bei der von ihr im Statement of Objections vorgenommenen sachlichen Marktabgrenzung. Während die Kommission allerdings zunächst von nur drei Anbietern auf den sachlich relevanten Märkten, nämlich Oracle, PeopleSoft und SAP, ausgegangen war, ermittelte sie im weiteren Verlauf des Verfahrens eine Reihe zusätzlicher Anbieter. Hierzu griff die Kommission auf Beweisdokumente aus dem amerikanischen Prozess zurück, die einige hundert Ausschreibungen erfassten, und analysierte selbst eine Reihe von weiteren Ausschreibungsdaten. Bei der Auswertung verwendete die Kommission aus Praktikabilitätsgründen gewisse Ersatzkriterien, um einerseits hochfunktionale Software und andererseits LCE zu identifizieren. Als Kriterium für die Komplexität der relevanten Software erachtete die Kommission eine Netto-Lizenzgebühr in Höhe von 1 Mio. Euro als angemessen, räumte allerdings sogleich ein, dass auch Angebote unter diesem Wert nicht notwendigerweise von den betroffenen Märkten ausgeschlossen seien. LCE wurden als Unternehmen mit mehr als 10 000 Mitarbeitern oder mit einem Umsatz von mehr als 1 Mrd. Euro definiert. Die Kommission gab dabei selbst zu, dass es schwierig sei, einen klaren Schnitt zwischen LCE und Mittelstandskunden bzw. zwischen hochfunktionaler und Mittelstands-Software zu machen.

Die Analyse der untersuchten Daten ergab laut Kommission, dass Oracle, PeopleSoft und SAP zwar die Hauptanbieter auf den betroffenen Märkten sind. Auch andere Anbieter hätten aber gelegentlich Ausschreibungen für hochfunktionale FMS- und HR-Software für LCE gewonnen oder seien in die engere Wahl gekommen. Auf der Grundlage dieser Erkenntnisse und des Umstands, dass die gewählten Ersatzkriterien eher hoch gegriffen seien, ging die Kommission davon aus, dass die Unternehmen Lawson, IFS, Microsoft und QAD auf den betroffenen Märkten tätig sind.

Die Ermittlung der Anbieter aufgrund von Ausschreibungsunterlagen wurde durch eine ökonomische Analyse ergänzt, mit der die Kommission untersuchte, ob sich das Angebotsverhalten von Oracle je nach der Identität seiner jeweiligen Konkurrenten unterschied. Die Kommission kam zu dem Schluss, dass Oracle gegenüber PeopleSoft oder SAP keine aggressivere Rabattpolitik betrieb als gegenüber sonstigen Wettbewerbern. Damit stand für die Kommission fest, dass es keine Grundlage

für die Abgrenzung eines engen Marktes gab, auf dem nur Oracle, PeopleSoft und SAP als Anbieter auftreten.

**625.** Die anschließende Analyse der wettbewerblichen Auswirkungen des Zusammenschlusses fällt bemerkenswert kurz aus. Die Kommission spricht auf lediglich drei Seiten der Entscheidung die möglichen unilateralen, auf zwei weiteren Seiten die koordinierten Effekte des Vorhabens an. Zuvor versuchte die Kommission, die Marktgröße und die jeweiligen Marktanteile der verschiedenen Unternehmen zu ermitteln. Dabei stieß sie auf erhebliche Schwierigkeiten, da keine direkten Informationen über die Umsätze in den von der Kommission definierten Märkten existierten. Die Kommission behalf sich daher unter anderem mit Umsatzzahlen, die nicht zwischen Erlösen mit LCE einerseits und mit mittelständischen Unternehmen andererseits unterscheiden. Bei ihren Berechnungen kam die Kommission auf Anteile von Oracle/PeopleSoft in Höhe von 25 bis 30 Prozent bei FMS- und von 45 bis 50 Prozent bei HR-Software. SAP ist mit 50 bis 55 Prozent bei FMS-Software weiterhin Marktführer und verfügt bei HR-Software über Anteile in Höhe von ca. 40 Prozent. Die Kommission betonte jedoch, dass diese „Anteile“ nicht mit Marktanteilen in den von ihr definierten Märkten gleichgesetzt werden können. Sie dienen lediglich als ein erstes Indiz für die relative Stärke der genannten Unternehmen. Die gemeinsamen Marktanteile von Lawson, IFS, Microsoft und QAD schätzte die Kommission auf 10 bis 15 Prozent.

**626.** In Bezug auf unilaterale Effekte hatte die Europäische Kommission noch im Statement of Objections die Gefahr gesehen, dass nach dem Zusammenschluss die Wahlmöglichkeiten der Kunden ernstlich beschränkt würden. Durch die Reduzierung von drei auf zwei Anbieter gebe es für eine Reihe von Kunden, z. B. solche, die Software und Datenbanksysteme von zwei verschiedenen Anbietern erwerben oder die Geschäftsbeziehungen mit einem Anbieter beenden wollten, de facto überhaupt keine Wahlmöglichkeiten mehr. Diese Argumentation konnte die Kommission nicht mehr aufrechterhalten, nachdem sie zusätzliche Anbieter ermittelt hatte. Aus demselben Grund konnten auch frühere quantitative Analysen nicht mehr zur Begründung unilateraler Effekte herangezogen werden. So hatte ein Modell zur Preissimulation in einem frühen Verfahrensabschnitt zu dem Ergebnis geführt, dass durch den Zusammenschluss die Preise erhöht und die Wahlmöglichkeiten reduziert würden. Eine Modellrechnung auf der Grundlage der neuen Erkenntnisse nahm die Kommission – möglicherweise aus Zeitgründen – nicht vor. Eine weitere ökonomische Analyse von etwa 100 Ausschreibungen und den dabei angebotenen Rabatten vermochte die Annahme unilateraler Effekte ebenfalls nicht zu stützen. Die Untersuchung ergab lediglich eine enge Beziehung zwischen dem Volumen des jeweiligen Auftrags und den von Oracle und PeopleSoft offerierten Preisnachlässen. Eine eigenständige Bedeutung der Zahl oder Identität der Konkurrenten für die Höhe der Rabatte konnte daneben nicht festgestellt werden.

Aufgrund der anfänglichen Annahme, dass nach dem Zusammenschluss nur zwei Anbieter auf dem Markt verblei-

ben, hatte die Kommission im Statement of Objections außerdem die Möglichkeit koordinierter Effekte angesprochen. Anreize für ein koordiniertes Verhalten wären ihrer Ansicht nach etwa von den symmetrischen Marktanteilen und dem Umstand ausgegangen, dass SAP der größte Wiederverkäufer von Oracles Datenbanksystemen sei. Wegen der zusätzlichen Anbieter änderte die Kommission auch insoweit ihren Standpunkt. Die Existenz mehrerer Unternehmen verringere die Transparenz des Marktes und erschwere Vergeltungsmaßnahmen. Unter Berücksichtigung der kleineren Anbieter entfalle ferner das Argument der symmetrischen Marktanteile.

**627.** Nach Auffassung der Monopolkommission belegen die Ausführungen zur Marktabgrenzung die beträchtlichen Schwierigkeiten, bei differenzierten Produkten eine unanfechtbare Marktabgrenzung vorzunehmen.<sup>90</sup> Der entsprechende Vorwurf von Oracle im vorliegenden Fall, die von der Kommission ausgewählten Kriterien seien zu vage und führten zu einem Zirkelschluss, lassen sich nicht von der Hand weisen. Einerseits definiert die Kommission hochfunktionale Software mittels besonderer Skalierbarkeit, Konfigurierbarkeit und Qualität, andererseits beschreibt sie die möglichen Kunden als Unternehmen, die besondere Anforderungen an ebendiese Aspekte stellen. Die geringe Eignung, mit Hilfe der genannten Kriterien eine stringente Abgrenzung verschiedener Teilmärkte vorzunehmen, belegt auch der Umstand, dass die Kommission im weiteren Verlauf der Marktabgrenzung auf Ersatzkriterien zurückgreift. Nicht die zunächst genannten qualitativen Aspekte machen die vorzunehmende Marktabgrenzung praktikabel, sondern erst die Auswahl bestimmter quantitativer Kriterien wie Lizenz Erlöse, Unternehmensumsätze und Mitarbeiterzahlen.

Diese quantitativen Kriterien wiederum sind dem berechtigten Vorwurf der Willkür ausgesetzt. Es stellt sich die Frage, wieso die relevante Lizenzgebühr für hochfunktionale Software gerade bei 1 Mio. Euro und nicht bei 500 000 Euro oder 1, 5 Mio. Euro liegt. Dieselbe Frage erhebt sich in Bezug auf die gewählten Unternehmensumsätze und Mitarbeiterzahlen. Im US-amerikanischen Prozess folgte das Gericht der Marktabgrenzung des Department of Justice unter anderem deshalb nicht, weil die von der Wettbewerbsbehörde benannten Zeugen voneinander abweichende Kriterien nannten.<sup>91</sup> Besonders bezeichnend war der Umstand, dass PeopleSoft noch einen Tag vor dem Übernahmeangebot die maßgebliche Grenze für LCE bei einem Umsatz von 500 Mio. Dollar und 2 000 Mitarbeitern gezogen hatte, kurz danach aber die Grenze auf 1 Mrd. Dollar heraufsetzte. SAP wiederum ging von einem relevanten Umsatz in Höhe von 1,5 Mrd. Dollar aus, während einer der auftretenden Experten einen Wert von 500 000 Mio. Dollar genügen ließ. Auf dieser Grundlage war nach Ansicht des Gerichts keine eindeutige Grenzziehung möglich. Die Europäische Kommission hat die Problematik ebenfalls erkannt und begegnete entsprechenden

<sup>90</sup> Vergleiche zu dieser Problematik bereits die Ausführungen der Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 613 ff.

<sup>91</sup> Urteil des District Court, S. 87, 102, 110.

Vorwürfen mit dem Argument, dass die aufgrund der gewählten Kriterien ermittelten Ergebnisse nur eine erste Beurteilung zuließen und im Zweifelsfall eine weitere Prüfung zu erfolgen habe. Eine gründlichere Überprüfung von Einzelfällen erübrigte sich dann allerdings, da die Kommission bereits auf der gewählten Bewertungsgrundlage zusätzliche Anbieter auf den definierten Teilmärkten anerkannt hatte.

**628.** Die Probleme der Europäischen Kommission bei der Abgrenzung des sachlichen und räumlichen Marktes setzen sich ungebrochen bei dem Versuch fort, das Marktvolumen und die Marktanteile der Anbieter zu berechnen. Im vorliegenden Fall musste die Kommission zur Berechnung der Marktanteile im Wesentlichen auf Umsatzzahlen zurückgreifen, bei deren Aufstellung gerade nicht zwischen Software für LCE einerseits und Software für den Mittelstand andererseits unterschieden worden war. Die Zusammenschlussparteien verfügten nämlich nicht über Unterlagen, in denen die Umsätze nach den von der Kommission herangezogenen Kriterien getrennt wurden. Der Kommission stand lediglich eine Branchenstudie zur Verfügung, die nach der Größe des Kunden unterschied, allerdings ohne Aussagen über den Umfang der jeweiligen Aufträge zu machen. Wegen der damit verbundenen Ungenauigkeiten ließ die Kommission die von ihr ermittelten Näherungswerte auch nicht als Marktanteile gelten, sondern als „Anteile“, die die relative Stärke der einzelnen Anbieter wiedergeben und ebenfalls nur Indizien für eine erste Beurteilung des Zusammenschlusses darstellen sollen. Offen bleibt in diesem Zusammenhang, warum die Kommission darauf verzichtete, entsprechend aufgeschlüsselte Daten von den Zusammenschlussparteien und sonstigen Marktteilnehmern anzufordern.

**629.** Der Fall zeigt mehr als deutlich, dass die traditionelle Vorgehensweise zur Analyse der Marktbeherrschung bei differenzierten Produkten problematisch ist. Diese Vorgehensweise sieht zwei Schritte vor – die Marktabgrenzung und die Marktanalyse. Die traditionell aus Sicht des vernünftigen Verbrauchers vorgenommene Marktabgrenzung ist jedoch bei differenzierten Produkten stets mit einer gewissen Gefahr der Willkür verbunden. Klare und eindeutige Marktgrenzen lassen sich wegen der Heterogenität der Verbraucherinteressen nicht angemessen ziehen. Produkte, die keine vollkommenen Substitute darstellen, werden in den Markt einbezogen und andere Produkte vom definierten Markt ausgeschlossen, obwohl sie gewisse Substitutionsbeziehungen aufweisen. Als Folge davon geben die Marktanteile, die den einbezogenen Produkten zugerechnet werden, die von diesen Produkten ausgehende Wettbewerbsintensität nur ungenau wieder. Die Bedeutung der in den Markt einbezogenen Produkte für den Wettbewerbsprozess nach dem Zusammenschluss wird überschätzt. Den ausgeschlossenen Produkten werden hingegen keine Marktanteile zugerechnet, so dass ihre Bedeutung für den Verhaltensspielraum der Zusammenschlussparteien unterschätzt wird.

Die Bedeutung des Randwettbewerbs um Kunden, bei denen ein Abwandern zu benachbarten Produkten droht, wird zu wenig in den Blick genommen. Die hier angespro-

chenen Probleme lassen sich teilweise umgehen, wenn man unmittelbar auf Nachfrageelastizitäten abstellt und anhand dieser Nachfrageelastizitäten ermittelt, welche Preiserhöhungsspielräume sich durch die Fusion ergeben. Jedoch bedingt dieses Verfahren, dass die Trennung von Marktabgrenzung und Marktanalyse aufgeweicht, wenn nicht gänzlich aufgehoben wird.

**630.** Die dargestellte Problematik hat neben der wettbewerbspolitischen auch eine verfahrensrechtliche Dimension. Die Beweislast für die wettbewerblichen Auswirkungen eines Zusammenschlusses – seien sie positiv, neutral oder negativ – trägt nämlich die Wettbewerbsbehörde. Damit trägt sie auch das Risiko einer falschen Marktabgrenzung oder fehlerhaften Berechnung der Marktanteile. Können ihr hier Fehler nachgewiesen werden, besteht schon allein deshalb die Gefahr, dass die behördliche Entscheidung – sei es eine Freigabe oder eine Untersagung – vor Gericht keinen Bestand haben wird. Vor diesem Hintergrund ist es bezeichnend, dass Oracle und PeopleSoft weder in dem europäischen noch in dem US-amerikanischen Kartellverfahren einen eigenen Vorschlag zur Marktabgrenzung vorgelegt haben. Die Unternehmen griffen lediglich die behördlicherseits vorgenommene Marktdefinition an und überzeugten den District Court, ihren Einwänden zu folgen und den Zusammenschluss freizugeben.

In der Neufassung der FKVO ist der Marktbeherrschungstest durch den SIEC-Test ersetzt worden. Es ist zu hoffen, dass dieser Test die Möglichkeit bietet, die hier angesprochenen Schwierigkeiten zu umgehen, indem man die Frage, um welchen Markt genau es sich handelt, hinter die Frage nach den Wettbewerbswirkungen der Fusion zurückstellt.

**631.** Beim Versuch einer Analyse der Wettbewerbswirkungen kommt es stets darauf an, welche Daten zur Verfügung stehen. Die Europäische Kommission hat im vorliegenden Fall Marktuntersuchungen durchgeführt, Ausschreibungsdaten ausgewertet und Verbraucher befragt. Das Department of Justice war im US-amerikanischen Verfahren ähnlich vorgegangen. Der District Court war mit dieser Vorgehensweise allerdings nicht zufrieden. Zur Durchführung des SSNIP (Small but Significant Price Increase)-Tests genügte es seiner Ansicht nach nicht, dass die vom Department of Justice benannten Zeugen die fehlende Substituierbarkeit von Mittelstands-Software bejahten, denn sie gäben damit nur ihre persönlichen „Präferenzen“ wieder. Es müsse vielmehr untersucht werden, welche Kosten den Kunden durch die Umstellung auf ein Konkurrenzprodukt entstünden. Nur anhand solcher objektivierbarer Berechnungen sei eine Aussage zur Substituierbarkeit für das Gericht nachvollziehbar. Die Monopolkommission hält diese Einschätzung des Gerichts in ihrer Allgemeinheit für problematisch. Wenn die vom Gericht geforderten Informationen zur Verfügung stehen, sollten die Wettbewerbsbehörden selbstverständlich davon Gebrauch machen. Sind die vom Gericht geforderten Daten jedoch nicht erhältlich, muss für die Wettbewerbsbehörden die Möglichkeit bestehen, zum Beleg ihrer Ausführungen Marktteilnehmer oder Experten zu befragen.

Beim SSNIP-Test, mit dessen Hilfe eine angemessene sachliche Marktabgrenzung erfolgen soll, geht die Europäische Kommission der Frage nach, ob und in welchem Umfang eine Preiserhöhung bei dem betroffenen Produkt zur Verlagerung der Nachfrage auf ein anderes Produkt führt. In der Regel befragt die Kommission zu diesem Zweck die Kunden der fusionierenden Parteien, wie sie auf eine geringe, aber noch spürbare Preiserhöhung reagieren würden. Von besonderem Interesse ist dabei, ob die Kunden bei einem derartigen Preisanstieg zu einem anderen Produkt wechseln und welchem konkreten anderen Produkt sie den Vorzug geben würden. Aus den Antworten auf diese hypothetischen Fragen lassen sich Hinweise dafür entnehmen, welche Produkte in den relevanten Markt einzubeziehen sind. Die erforderlichen Auskünfte kann die Kommission gemäß Artikel 11 FVKO bei den Marktteilnehmern einholen. Welchen Beweiswert die Ergebnisse einer solchen Befragung im Einzelfall erlangen, wird unter anderem von der Rücklaufquote der Antworten sowie von ihrer Begründung und Plausibilität abhängen. Die Europäische Kommission muss bei der Auswertung der Antworten insbesondere berücksichtigen, dass die korrekte Beantwortung derartiger Fragen – insbesondere bei stark differenzierten Produkten – einen hohen Aufwand für die Befragten bedeuten kann.

**632.** Wie sich die Praxis der Europäischen Kommission bei der Beurteilung von Zusammenschlüssen mit differenzierten Produkten seit Oracle/PeopleSoft weiterentwickelt hat, belegt z. B. der Fall Siemens/VA Tech, der am 13. Juli 2005 unter Bedingungen und Auflagen freigegeben wurde. Die Europäische Kommission stellte nach eingehender Untersuchung fest, dass der Zusammenschluss auf dem Markt für die Ausrüstung von Wasserkraftwerken zu einer erheblichen Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs durch die Schaffung einer marktbeherrschenden Stellung führen würde. In sachlicher Hinsicht grenzte die Kommission einen Gesamtmarkt für die Ausrüstung von Wasserkraftwerken ab, wobei sie eine deutliche Produktdifferenzierung feststellte. Eine weitergehende Unterteilung dieses Marktes vermied sie jedoch und lehnte eine Unterscheidung zwischen mechanischen und elektronischen Komponenten unter anderem wegen der angebotsseitigen Substituierbarkeit dieser Produkte ab. Außerdem verwies sie darauf, dass die in Ausschreibungen nachgefragten Produktpakete stark variierten. Die Kommission lehnte ferner eine Unterteilung nach der Größe der Wasserkraftwerke ab, weil die notwendige Ausrüstung in einem Kontinuum von Leistungsstufen angeboten werde, ohne dass eine offensichtliche Trennlinie existiere.

Im Rahmen der wettbewerblichen Beurteilung ging die Kommission zunächst auf die Marktanteilsstruktur ein, legte dann die Ergebnisse ihrer Marktuntersuchung dar und berichtete in einem dritten Schritt über die von ihr vorgenommene Auswertung von Ausschreibungsdaten. Im Rahmen der Marktuntersuchung befragte die Europäische Kommission Kunden und Wettbewerber der Zusammenschlussparteien. Aus deren Antworten ergab sich laut Kommission, dass Siemens, VA Tech, Alstom und GE

Hydro im Markt als eine führende Gruppe von Wettbewerbern wahrgenommen wurden, die sich von den übrigen Anbietern im Hinblick auf Know-how und Marktdurchdringung eindeutig abhoben. Die verbleibenden Wettbewerber wurden deutlich schwächer eingeschätzt, häufig waren außereuropäische Anbieter sogar unbekannt. In einem weiteren Schritt analysierte die Kommission Ausschreibungslisten von Siemens, VA Tech, Alstom und GE Hydro, um Informationen über das Näheverhältnis zwischen diesen Anbietern zu erhalten. Die Kommission räumte ein, dass die Auswertung der Ausschreibungsdaten idealerweise auf der Basis einer aggregierten Liste von allen Wettbewerbern erfolgen sollte. Dies sei jedoch nicht möglich gewesen, da sowohl VA Tech als auch Alstom und GE Hydro ihre Ausschreibungslisten als vertraulich eingestuft hätten. Außerdem gelinge die Zuordnung der vier Anbieter auf eine einheitliche Liste in zahlreichen Fällen nicht, weil die jeweiligen Ausschreibungen in den verschiedenen Listen unter unterschiedlichen Bezeichnungen auftauchten und auch das Ausschreibungsdatum meist abweiche. Die Kommission hat daher die von Siemens vorgelegten Ausschreibungsdaten separat analysiert. Trotz dieser ungünstigen Datenlage war es ihr möglich, aus den von Siemens übermittelten Informationen abzuleiten, dass die Zusammenschlussparteien die am häufigsten im direkten Wettbewerb gegeneinander bietenden Unternehmen waren. Der Zusammenschluss wurde daher nur unter strengen Auflagen freigegeben.

**633.** Die Europäische Kommission hat es hier zutreffenderweise bei einer weiten Marktabgrenzung belassen und nicht den Versuch unternommen, kleinere Teilmärkte exakt abzugrenzen. Ein solcher Versuch wäre aufgrund der ausgeprägten Produktdifferenzierung mit hoher Wahrscheinlichkeit fehlgeschlagen. Die auf dem Gesamtmarkt ermittelten Marktanteile konnten daher zwar nur einen ersten Anhaltspunkt für die Wettbewerbssituation liefern. Dieser wurde aber durch die Ergebnisse der durchgeführten Befragungen und Analysen bestätigt. Dabei konzentrierte sich die Kommission auf die Ermittlung der direkten Wettbewerbswirkungen des Zusammenschlusses. Der erste Untersuchungsschritt ergab, dass eine Gruppe von vier Anbietern – zu der auch die Zusammenschlussparteien gehörten – in einem relativ engen Konkurrenzverhältnis miteinander stand. Die anschließende Analyse von Ausschreibungsdaten belegte, dass im Verhältnis dieser vier Anbieter die Zusammenschlussparteien die engsten Wettbewerber bildeten, was die Wahrscheinlichkeit wettbewerbsbeeinträchtigender Auswirkungen des Zusammenschlusses erhöhte.

### 3.3.2 Räumliche Marktabgrenzung und more economic approach

**634.** Am 13. Juli 2005 gab die Europäische Kommission den Zusammenschluss Blackstone (Celanese)/Acetex nach Durchführung der zweiten Prüfphase ohne Bedingungen und Auflagen frei. Betroffen waren insbesondere die Märkte für Essigsäure, Vinylacetatmonomere und Essiganhydrid. Einen Schwerpunkt der Entscheidung bilden die Überlegungen der Europäischen Kommission zur räumlichen Marktabgrenzung.

**635.** Nach Auffassung der Zusammenschlussbeteiligten bestanden bei allen vier Produkten weltweite Märkte. Beispielsweise bei Essigsäure beriefen sich die Parteien darauf, dass gegenwärtig 20 Prozent der westeuropäischen Nachfrage importiert, große globale Hersteller Westeuropa ausschließlich über Einfuhren beliefern und die globalen Handelsströme in Reaktion auf Veränderungen bei den lokalen Angebots- und Nachfragebedingungen fluktuieren würden. Diese Aussagen wurden von den Ermittlungen der Kommission bestätigt. Außerdem argumentierten die Parteien damit, dass der weltweite Handel weder durch Transportkosten noch durch Zölle behindert werde und die Preise weltweit in engem Zusammenhang stünden. Die Parteien stützten ihr Vorbringen auf vier von ihnen in Auftrag gegebene Studien. Zunächst legten sie eine Preiskorrelationsanalyse vor, die den engen Zusammenhang zwischen den Essigsäurepreisen in den verschiedenen Erdteilen untermauern sollte. Da die Europäische Kommission an der Eindeutigkeit der Ergebnisse zweifelte, übermittelten die Parteien ein zweites Gutachten zur Ergänzung. Die Kommission äußerte allerdings auch hieran Kritik, weil das zugrunde gelegte Modell fehlspezifiziert sei und die Studie zwar Parallelen in der Preisentwicklung aufzeige, aber nicht in der Lage sei, die wettbewerbliche Ursache hierfür zu identifizieren. Die Ergebnisse der beiden Gutachten betrachtete sie daher nicht als zwingend, denn sie böten keine Beweise für das Vorhandensein eines Weltmarktes. Allerdings räumte die Kommission ein, dass die Studien Zweifel an der Annahme enger gefasster Märkte für Essigsäure aufkommen ließen.

Zwei weitere ökonomische Gutachten befassten sich mit den Folgen von unerwarteten Produktionsausfällen auf die Preise von Essigsäure sowie auf die Handelsströme zwischen den verschiedenen Kontinenten. In der ersten Studie wurde dargelegt, dass unerwartete Produktionsausfälle in Asien Konsequenzen für die Preise in Westeuropa nach sich zogen. Die Kommission betrachtete allerdings auch dieses Ergebnis nicht als zwingenden Beweis für eine geographische Integration der Märkte Westeuropa und Asien. Dabei stützte sie ihre Kritik insbesondere auf den Umstand, dass umgekehrt Produktionsausfälle in Europa anscheinend keine nennenswerten Auswirkungen auf die Preise in Asien hatten. Die Europäische Kommission selbst duplizierte die Studie und nahm zusätzlich statistische Tests vor, um das Ausmaß der Preisfolgen zu bestimmen. Anders als die Parteien konzentrierte die Kommission ihre Untersuchung auf unerwartete Produktionsausfälle in Westeuropa und stellte fest, dass diese sich in anderen Erdteilen nicht statistisch signifikant auswirkten. Sie räumte allerdings ein, dass dies an der geringen Zahl der festgestellten Produktionsausfälle gelegen haben könnte. Aus dem Gutachten der Parteien zur Auswirkung auf die Handelsströme ließ sich nach Auffassung der Kommission ebenfalls nicht eindeutig ableiten, dass asiatische Produzenten einen Wettbewerbsdruck auf den EWR-Markt ausübten. Daraufhin verfasste die Kommission eine eigene Studie über die Folgen unerwarteter Produktionsausfälle auf die Handelsströme. Aus dieser zog sie den Schluss, dass der EWR für

sich genommen keinen gesonderten geographischen Markt für Essigsäure bilde, dieser vielmehr zumindest den EWR und Nordamerika umfasse. Die für die Studie zur Verfügung stehenden Daten reichten jedoch nach Aussage der Kommission nicht aus, um Schlussfolgerungen im Hinblick auf die Folgen der Produktionsausfälle auf Ausfuhren von Asien in den EWR zu ziehen. Die Kommission nahm daneben eine Untersuchung von Transaktionskosten vor und kam zu dem Ergebnis, dass die Beförderungs- und Lagerkosten sowie die Einfuhrzölle zwar nicht unbeträchtlich seien, im Verhältnis zum Verkaufspreis jedoch keine nennenswerte materielle Schranke für interkontinentale Handelsströme darstellten. Nach Auffassung der Kommission sprach die damit verfügbare Beweislage trotz der nicht immer zwingenden Ergebnisse einiger Studien für die Schlussfolgerung, dass es sich um einen Weltmarkt für Essigsäure handelte.

**636.** Die Entscheidung macht einerseits die gestiegene Bedeutung ökonomischer Analysen – gerade auch im Bereich der Marktabgrenzung – deutlich. Die Parteien legten insgesamt vier Gutachten vor, daneben erstellte die Europäische Kommission weitere Studien. Zwar waren selbst Letztere aufgrund der Datenknappheit nicht in der Lage, sämtliche Unsicherheiten bezüglich der Marktdefinition zu beseitigen. Sie verhalfen der Kommission jedoch in Bezug auf bestimmte Teilfragen zu wichtigen Erkenntnissen und förderten die Transparenz und bessere Nachvollziehbarkeit ihrer Entscheidung. Andererseits ist bemerkenswert, dass die Europäische Kommission im vorliegenden Fall alle vier von den beteiligten Unternehmen vorgelegten Gutachten nicht als ausreichenden Beleg für die Existenz eines globalen Marktes hat gelten lassen. Ihre Kritik entzündete sich entweder an dem der Analyse zugrunde gelegten Modell oder an der Vernachlässigung wesentlicher Faktoren bei der durchgeführten Untersuchung. Für die beteiligten Unternehmen ergibt sich daraus die Notwendigkeit, reiflich zu überlegen, unter welchen Voraussetzungen die Vorlage von ökonomischen Gutachten in Zusammenschlussverfahren tatsächlich sinnvoll ist. Auch angesichts des hohen ökonomischen Sachverständes innerhalb der Europäischen Kommission wird es nicht ausreichen, eine „Gutachten-Schlacht“ zu beginnen, ohne dass die erstellten Studien tragfähige Ergebnisse vorweisen.

### 3.4 Untersagungskriterium

**637.** Mit der VO 139/2004, die am 1. Mai 2004 in Kraft getreten ist, hat sich das Untersagungskriterium der europäischen Fusionskontrolle wesentlich geändert. Im Mittelpunkt des Artikel 2 Abs. 2 und 3 FKVO steht nun der so genannte SIEC-Test. Das bisher gültige Marktbeherrschungskriterium bleibt als eine wesentliche Konkretisierung der „erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs“ bestehen.<sup>92</sup> Nach der neuen Regelung sind Zusammenschlüsse zu untersagen, sofern durch sie wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem

<sup>92</sup> Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 211 ff.

wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde, insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung. Neu hinzu tritt außerdem die Möglichkeit, Effizienzvorteile von Zusammenschlüssen ausdrücklich zu berücksichtigen.<sup>93</sup>

**638.** Ergänzt wird die neue FKVO durch Leitlinien zu horizontalen Zusammenschlüssen, mit denen die Kommission darüber informiert, welche Kriterien sie bei der Beurteilung derartiger Vorhaben anwendet.<sup>94</sup> Die angekündigten Leitlinien zu vertikalen und konglomeraten Fusionen stehen noch aus. Die Europäische Kommission erläutert in den Leitlinien zu horizontalen Zusammenschlüssen die Bedeutung von Marktanteilen und Konzentrationshöhen sowie von Nachfragemacht und Marktzutritten. Ferner geht sie auf mögliche Effizienzgewinne und Sanierungsfusionen ein. Außerdem diskutiert sie die möglichen wettbewerbswidrigen Wirkungen horizontaler Zusammenschlüsse, wobei sie zwischen unilateralen und koordinierten Effekten unterscheidet. In den Randziffern 24 ff. nennt die Kommission verschiedene Faktoren, die darüber entscheiden könnten, ob spürbare unilaterale Wirkungen von einem Zusammenschluss zu erwarten sind. Allerdings sei die Aufzählung weder erschöpfend, noch müssten alle Faktoren gleichzeitig vorliegen, damit nichtkoordinierte Effekte festgestellt werden könnten. Zu den entscheidungserheblichen Faktoren zählen:

- hohe Marktanteile der fusionierenden Unternehmen,
- die fusionierenden Unternehmen sind nahe Wettbewerber,
- begrenzte Möglichkeiten der Kunden, zu einem anderen Anbieter überzuwechseln,
- Erhöhung des Angebots durch die Wettbewerber bei Preiserhöhung unwahrscheinlich,
- Fähigkeit des fusionierten Unternehmens, die Wettbewerber am Wachstum zu hindern und
- Beseitigung einer wichtigen Wettbewerbskraft durch den Zusammenschluss.

In den Randziffern 39 ff. geht die Kommission näher auf koordinierte Wirkungen von Zusammenschlüssen ein. Als maßgebliche Prüfungspunkte nennt sie insoweit

- das Erzielen von Übereinstimmung über Koordinierungsmodalitäten,
- die Überwachung der Abweichungen,
- Abschreckungsmechanismen sowie
- die Reaktionen von Außenstehenden.

**639.** Die Diskussion um ein neues Untersagungskriterium war eng verbunden mit Überlegungen, einen verstärkten ökonomischen Ansatz in der Fusionskontrolle zu verankern. Der SIEC-Test ist zwar konzeptionell keine notwendige Voraussetzung des so genannten *more economic approach*. Vielmehr wäre eine stärker ökonomisch

orientierte Vorgehensweise in der Fusionskontrolle nach Auffassung der Monopolkommission auch unter dem Marktbeherrschungskriterium möglich.<sup>95</sup> Dies belegen mehrere Verfahren der Europäischen Kommission, in denen bereits während des letzten Berichtszeitraums, also unter Geltung des Marktbeherrschungstests, quantitative Analysen durchgeführt worden sind.<sup>96</sup> Im jetzigen Berichtszeitraum hat die Europäische Kommission ebenfalls in verschiedenen Fällen einen *more economic approach* bei gleichzeitiger Anwendung des Marktbeherrschungstests verfolgt. Nach Auffassung der Monopolkommission kann allerdings nicht bezweifelt werden, dass die Diskussion um den SIEC-Test die Überlegungen zu einer vermehrt ökonomischen Betrachtungsweise wesentlich befördert hat. Auch die Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission hat sich seit Einführung des neuen Untersagungskriteriums in den Begründungen, wenn auch nicht in den Ergebnissen, erkennbar gewandelt.

**640.** Dieser Wandel betrifft zum einen das Untersagungskriterium selbst, zum anderen den *more economic approach* der Europäischen Kommission bei der Beurteilung von Zusammenschlussfällen. Soweit das Untersagungskriterium betroffen ist, erfolgte die Entwicklung hin zum SIEC-Test in der Fallpraxis relativ langsam, denn zu Beginn des Berichtszeitraums hat die Europäische Kommission noch hauptsächlich das Marktbeherrschungskriterium herangezogen. Dies hängt damit zusammen, dass die VO 139/2004 erst am 1. Mai 2004 in Kraft getreten ist und gemäß Artikel 26 FKVO für gewisse „Altfälle“ die Fusionskontrollregeln in ihrer alten Fassung anwendbar blieben. Im Lauf der Zeit nahm die Anwendung des SIEC-Kriteriums aber deutlich zu. Am Ende des Berichtszeitraums war zu beobachten, dass die Europäische Kommission selbst in den Freigabeentscheidungen, die unter Bedingungen und Auflagen ergingen, häufig nur den Wortlaut des Untersagungskriteriums in Artikel 2 FKVO wiederholte und offen ließ, ob neben einer beträchtlichen Wettbewerbsbeeinträchtigung auch die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Position zu befürchten war. Neben dieser zeitlichen Komponente ist eine gewisse Tendenz der Europäischen Kommission erkennbar, bei hohen absoluten und relativen Marktanteilen nach wie vor bevorzugt auf den Marktbeherrschungstest zurückzugreifen. Der SIEC-Test wird dagegen eher herangezogen, wenn die beteiligten Unternehmen durch den Zusammenschluss nicht die Marktführerschaft erlangen oder kein weiter Marktanteilsabstand zu ihrem nächsten Wettbewerber besteht. Die beobachteten Änderungen in der Entscheidungspraxis beziehen sich vornehmlich auf Fälle der zweiten Verfahrensphase. Bei Entscheidungen in der ersten Verfahrensphase spielte das Untersagungskriterium nur eine untergeordnete Rolle, weil das maßgebliche Kriterium in Artikel 6 Abs. 1 FKVO nach wie vor die „ernsthaften Bedenken hinsicht-

<sup>93</sup> Vergleiche hierzu Erwägungsgrund 29 der VO 139/2004.

<sup>94</sup> Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse ..., a. a. O.

<sup>95</sup> Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 228 ff.

<sup>96</sup> Vergleiche insbesondere die Entscheidungen der Europäischen Kommission, M. 3083, GE/Instrumentarium, und M. 2861, Siemens/Drägerwerke.

lich der Vereinbarkeit des Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt“ sind.

**641.** Größeren Einfluss als das neue Untersagungskriterium hatte der *more economic approach* auf die Entscheidungspraxis. Zum einen wirkte er sich stärker auf Fälle der ersten Verfahrensphase aus, jedenfalls sofern die Freigabe unter Bedingungen und Auflagen erging. Zum anderen ist der Wandel hin zu einer vermehrt ökonomischen Betrachtungsweise, die bereits in den letzten Jahren und somit unabhängig von dem neuen Untersagungskriterium begonnen hat, im vorliegenden Berichtszeitraum deutlich fortgeschritten. Er drückt sich in verschiedenen Veränderungen der Entscheidungspraxis aus. Es fällt auf, dass die ermittelten Marktanteile zwar immer noch in den meisten Fällen den Ausgangspunkt der vorgenommenen Prüfung bilden, ihre Bedeutung aber zunehmend in Frage gestellt wird. Die Europäische Kommission nimmt häufiger eine ausdrückliche Relativierung der Marktanteile vor und stützt sich dabei verstärkt auf Argumente wie das Vorliegen von Ausschreibungsmärkten oder die Existenz von freien Produktionskapazitäten. In Fällen mit differenzierten Produkten fanden regelmäßig Untersuchungen der Substitutionsbeziehungen statt, auf deren Grundlage in einigen Fällen ebenfalls die zuvor ermittelten Marktanteile relativiert wurden. Darüber hinaus nehmen Marktuntersuchungen und quantitative Analysen einen wesentlich breiteren Raum in den Entscheidungen der Europäischen Kommission ein als in der Vergangenheit. Dazu gehört die Berechnung von Marktkonzentration nach dem Hirschman-Herfindahl-Index (HHI) ebenso wie die Befragung von Marktteilnehmern und die Auswertung von Ausschreibungsdaten. Ferner untermauert die Europäische Kommission ihre Aussagen vermehrt durch ökonomische Analysen, die die qualitative Einschätzung von Zusammenschlüssen ergänzen oder sogar im Vordergrund der Überlegungen stehen. Zum Teil wurden derartige Studien von den Parteien in das Verfahren eingebracht, zum Teil führte die Europäische Kommission die Analysen selbst durch. Es lässt sich ferner feststellen, dass Befragungen und quantitative Analysen – beispielsweise in Bezug auf die untersuchten Fragestellungen, das methodische Vorgehen oder die ermittelten Ergebnisse – während des Berichtszeitraums häufig detaillierter erläutert worden sind als in früheren Entscheidungen.

Im Prinzip drückt sich der *more economic approach* auch in der neu im Gesetz verankerten Möglichkeit der beteiligten Unternehmen aus, die mit einem Zusammenschluss verbundenen Effizienzvorteile geltend zu machen. Im Berichtszeitraum hat diese Möglichkeit allerdings kaum eine Rolle gespielt. Nur in einer Zweite-Phase-Entscheidung – Areva/Urenco/ETC JV – wurde die Problematik angesprochen, auf nähere Ausführungen hat die Europäische Kommission hier allerdings verzichtet. Damit haben sich Befürchtungen, die Europäische Kommission könnte sich zu großzügig bei der Berücksichtigung von Effizienzvorteilen verhalten, jedenfalls bislang nicht bestätigt.

**642.** Die Monopolkommission hat sich schon im letzten Hauptgutachten positiv zu einem verstärkt ökonomischen

Ansatz geäußert.<sup>97</sup> Sie befürwortet die Anwendung quantitativer Analysen in der Fusionskontrolle, soweit die Datenlage sie im konkreten Fall ermöglichen. Quantitative Analysen können die qualitative Beurteilung von Zusammenschlüssen sinnvoll ergänzen und dort, wo die traditionelle Vorgehensweise keinen Erfolg verspricht, sogar teilweise ersetzen. Sie stellen ein wichtiges Mittel der Beweiserhebung dar, das der Europäischen Kommission helfen kann, ihre qualitative Einschätzung überzeugend zu belegen und den von den Gerichten geforderten Beweisstandard zu erfüllen. Eine wesentliche Voraussetzung für die Anwendung des ökonomischen Instrumentariums – die Ausstattung der Wettbewerbsbehörde mit ökonomischem Sachverstand – hat die Europäische Kommission mit der Etablierung eines Chefökonomens und seines Teams bereits in den letzten Jahren erfüllt.

**643.** Im Berichtszeitraum lag der Schwerpunkt der Untersuchungen auf der Entstehung oder Verstärkung von Einzelmarktbeherrschung. In mehreren Fällen – unter anderem Sony/BMG, Blackstone/Acetex und Areva/Urenco/ETC JV – stand allerdings die Gefahr einer oligopolistischen Marktbeherrschung im Vordergrund der Prüfung. In der Mehrzahl der Zusammenschlüsse führten deren horizontale Auswirkungen zu Wettbewerbsbedenken seitens der Europäischen Kommission, zum Teil wurden daneben vertikale Effekte der Zusammenschlüsse geprüft, z. B. in den Verfahren Bertelsmann/Springer, Piaggio/Aprilia und Cytec/UCB-Surface-Specialities. Von maßgeblicher Bedeutung waren die vertikalen Auswirkungen etwa in den Fällen EDP/ENI/GDP, E.ON/Mol und Honeywell/Novar. Einer der wenigen Zusammenschlüsse, in denen die Europäische Kommission näher auf die konglomeraten Effekte des Zusammenschlusses einging, ist der Fall Johnson & Johnson/Guidant, in dem mehrere Märkte für medizinische Produkte betroffen waren. Durch den Zusammenschluss hätten die Parteien ihr Portfolio in den Märkten für interventionäre kardiologische Geräte, endovaskuläre Produkte und Herzchirurgie erweitert und gestärkt. Die Kommission prüfte daher, ob die neue Unternehmenseinheit die Fähigkeit und die Anreize für eine Produktbündelung haben würde. Gegen solche negativen Auswirkungen des Zusammenschlusses sprach jedoch, dass Paketangebote schon vor dem Zusammenschluss in ca. 30 Prozent der Verkäufe üblich waren. Außerdem fanden Ausschreibungen auch für Einzelprodukte statt und die Nachfrager verfolgten eine Zwei-Lieferanten-Strategie. Daneben waren auch andere Wettbewerber in der Lage, Paketangebote zu unterbreiten.

### 3.4.1 Marktanteile

**644.** Ein wichtiges Kriterium bei der Beurteilung von Zusammenschlüssen bilden nach wie vor die Marktanteile der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen und ihrer Wettbewerber. In der FKVO findet sich lediglich in Erwägungsgrund 32 eine Erwähnung von Marktanteilen. Ausführlichere Erläuterungen sind den Leitlinien zu hori-

<sup>97</sup> Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 222.

zontalen Zusammenschlüssen zu entnehmen.<sup>98</sup> In der Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission gaben hohe Marktanteile von über 50 Prozent mehrfach Anlass, das Vorhandensein einer beherrschenden Marktstellung zu vermuten. Es handelte sich dabei allerdings stets nur um ein erstes Indiz, das aufgrund sonstiger Untersuchungsergebnisse bestätigt oder verworfen wurde. In der Entscheidung Continental/Phoenix etwa führte die Europäische Kommission aus, dass der gemeinsame Anteil von über 60 Prozent auf dem Markt für Luftfedern von Nutzfahrzeugen die Vermutung einer beherrschenden Stellung nahe lege. Auch aus dem gemessenen HHI-Wert von 3 500 bis 4 000 bzw. der Veränderung dieses Wertes um 1 250 bis 1 750 lasse sich die Vermutung ableiten, dass die Fusion den Unternehmen einen wettbewerblichen Verhaltensspielraum eröffne, den die verbleibenden Wettbewerber nicht wirksam begrenzen könnten. Die Kommission gab den Zusammenschluss insoweit nur unter Bedingungen frei. Im Gegensatz dazu verursachten die Anteile auf dem Markt für Luftfedern von Schienenfahrzeugen, die immerhin eine Höhe von 55 bis 65 Prozent erreichten und damit auch über der Vermutungsschwelle lagen, keine wettbewerblichen Bedenken. Die Europäische Kommission verneinte aufgrund der sonstigen Marktstrukturen die Entstehung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung.

#### 3.4.1.1 Monopolistische Marktstrukturen

**645.** Selbst monopolistische oder quasimonopolistische Marktstrukturen führten im Berichtszeitraum nicht ohne weiteres zu Untersagungsentscheidungen. Hohe gemeinsame Marktanteile waren zwar mitursächlich für die Verbotserfügung in dem Verfahren EDP/ENI/GDP, trotz Marktanteilen bis zu 100 Prozent gab die Europäische Kommission aber die Zusammenschlüsse Total/Gaz de France sowie Areva/Urenco/ETC JV unter Bedingungen und Auflagen frei.

**646.** Am 9. Dezember 2004 hat die Europäische Kommission den beabsichtigten Erwerb von Gás de Portugal (GDP) durch Energias de Portugal (EDP) und ENI verboten.<sup>99</sup> Mit EDP und GDP hätten sich das etablierte Elektrizitätsunternehmen in Portugal und das angestammte portugiesische Gasunternehmen vereint. Die Europäische Kommission ging davon aus, dass der Zusammenschluss zu einer Verstärkung der marktbeherrschenden Position von EDP auf dem Markt für die Stromerzeugung, für den Groß- sowie für den Einzelhandel mit Strom geführt hätte. Außerdem hätte GDP seine beherrschende Stellung auf verschiedenen Gasmärkten gefestigt. Dieses Resultat ergab sich nach Ansicht der Kommission unabhängig davon, ob die gegenwärtigen Marktstrukturen oder die zukünftig liberalisierten Märkte betrachtet wurden.

**647.** Nach Auffassung der Europäischen Kommission wirkte sich der Zusammenschluss auf die portugiesischen

Märkte für die Erzeugung und den Großhandel mit Strom, für die Bereitstellung von Ausgleichsenergie sowie für den Stromeinzelhandel aus. Auf dem Markt für die Stromerzeugung und den Großhandel kontrollierte EDP bereits vor dem Zusammenschluss ca. 70 Prozent der Erzeugungskapazität sowie etwa 70 Prozent der Stromproduktion und war wichtigster Importeur von Strom. Außerdem könne EDP im Vergleich zu seinen Wettbewerbern auf ein breiteres Erzeugungsportfolio auf der Basis von Öl-, Kohle-, Gas- und Wasserkraftwerken zurückgreifen. Stromimporte größeren Umfangs seien wegen der niedrigen Zahl von Interkonnektoren und der gemeinsamen Projekte von EDP und dem wichtigsten spanischen Stromanbieter Endesa nicht zu erwarten. Die Position von EDP wird nach Ansicht der Kommission durch die horizontalen und vertikalen Effekte des Zusammenschlusses noch verstärkt. In horizontaler Hinsicht entfalle mit GDP der wesentliche potentielle Wettbewerber von EDP bei der Stromerzeugung. Angesichts der zunehmenden Bedeutung von Erdgas als Rohstoff für die Stromerzeugung sah die Kommission es als wahrscheinlich an, dass GDP ohne den Zusammenschluss in den Strommarkt eingetreten wäre. Das Unternehmen verfüge über einen bevorzugten Zugang zu großen Gasmengen und einen etablierten Kundenkreis. Außerdem hätte es eine gemeinsame Belieferung mit Gas und Strom anbieten können (dual-fuel-offer).

Daneben führe der Zusammenschluss zur vertikalen Integration von EDP mit dem einzigen portugiesischen Gasanbieter. Auf diese Weise erlange EDP bedeutende Einflussrechte auf und privilegierten Zugang zu der portugiesischen Gasinfrastruktur, über die kein anderer Stromanbieter verfüge. EDP erhalte durch den Zusammenschluss Informationen über die Input-Kosten und den täglichen Verbrauch ihrer Wettbewerber, weil diese wohl auch in Zukunft auf die Belieferung durch GDP angewiesen seien. Ferner habe die neue Unternehmenseinheit die Möglichkeit, den Gaspreis für Wettbewerber von EDP zu erhöhen oder die Lieferqualität zu verschlechtern. Somit könne das zusammengeschlossene Unternehmen aktuelle Wettbewerber vom Markt ausschließen und neue Wettbewerber von einem Marktzugang abschrecken. Selbst wenn eine solche Behinderung von Konkurrenten gegen Artikel 82 EGV verstoße, habe EDP/GDP starke Anreize für entsprechende Verhaltensweisen, da eine rechtzeitige Aufdeckung durch Wettbewerber oder Wettbewerbsbehörden aufgrund der Komplexität der Gasversorgungsverträge unwahrscheinlich sei. Ähnliche Argumente führte die Kommission auch hinsichtlich der Märkte für die Bereitstellung von Ausgleichsenergie und für den Einzelhandel an.

**648.** Im Gassektor definierte die Europäische Kommission vier unterschiedliche Teilmärkte, die von dem Zusammenschlussvorhaben beeinflusst würden. Dies waren die – jeweils auf Portugal beschränkten – Märkte für die Lieferung von Gas an Stromerzeuger, an lokale Verteilungsunternehmen, an große industrielle Kunden und an kleine Industrie-, Geschäfts- und Privatkunden. Die Kommission nahm an, dass der Zusammenschluss die beherrschende Position von GDP auf den genannten Märkten

<sup>98</sup> Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse ..., a. a. O., Rz. 14 ff., 27.

<sup>99</sup> Vergleiche zur Bestätigung der Untersagungsentscheidung durch das EuG unten Abschnitt 3.6.3 in diesem Kapitel.

verstärken würde. GDP ist der angestammte Monopolist auf allen Gasmärkten Portugals (mit Ausnahme des Gebiets um Porto) und wird nach Auffassung der Kommission auch nach der Liberalisierung marktbeherrschend bleiben. Zur Begründung nannte die Kommission den Erfahrungsvorsprung von GDP im Gasbereich, ihre breite Kundenbasis und Kenntnis der Kundenprofile sowie ihr Markenportfolio. Des Weiteren kontrolliere das Unternehmen fünf der sechs lokalen Weiterverteilern. Mit einer Einschränkung seines Verhaltensspielraums durch spanische Gasanbieter sei nicht zu rechnen.

Auf dem Markt für die Belieferung von Stromproduzenten erwartete die Kommission eine Abschottung der aktuellen Nachfrage zugunsten von GDP. Die einzigen Betreiber von Gaskraftwerken in Portugal – EDP und Turbogás – verlören durch den Zusammenschluss den Anreiz oder die rechtliche Möglichkeit, ihren Gasbedarf bei Wettbewerbern von GDP zu decken. EDP habe ein starkes Interesse an einer guten Ertragslage von GDP, die zudem vertraglich berechtigt sei, in das jeweils günstigste Angebot eines Wettbewerbers einzutreten. An Turbogás halte EDP 20 Prozent der Anteile, so dass auch insoweit mit einer Bevorzugung von GDP gerechnet werden müsse. Da der Bau konkurrierender Gaskraftwerke in nächster Zukunft eher unwahrscheinlich sei, gebe es für potentielle Wettbewerber von GDP nach dem Zusammenschluss mangels Nachfrage keine Marktzutrittsmöglichkeiten mehr. Mit ähnlichen Erwägungen begründete die Kommission auch die Verstärkung der beherrschenden Position von GDP auf dem Markt für die Belieferung von lokalen Weiterverteilern. Das einzige Verteilerunternehmen, das bislang nicht GDP alleine gehöre, werde von EDP mitkontrolliert. Nach dem Zusammenschluss sei auch der Bedarf dieses Unternehmens nicht mehr für konkurrierende Gaslieferanten zugänglich.

Auf den Märkten für die Gasversorgung von industriellen Großkunden und kleineren Kunden werde die Stellung von GDP gestärkt, weil ohne den Zusammenschluss ein Markteintritt von EDP wahrscheinlich gewesen wäre. EDP verfüge als Betreiber eines Gaskraftwerks über den Zugang zu großen Gasmengen und damit über die Flexibilität, das erworbene Gas entweder zur Stromerzeugung zu nutzen oder selbst weiterzuverkaufen. Außerdem könne das Unternehmen auf einen aktuellen Kundentamm, eine gute Reputation im Energiebereich sowie auf die Erfahrungen des von ihr mitkontrollierten Gasvertellers Portgás zurückgreifen. Daneben würde der Zusammenschluss potentielle Wettbewerber vom Marktzutritt abschrecken, denn sie müssten, um wettbewerbsfähig zu sein, ebenfalls die gemeinsame Belieferung von Strom und Gas anbieten können.

**649.** Die vorliegende Entscheidung ist besonders interessant vor dem Hintergrund, dass das Bundeskartellamt seine Marktsegmentierung im Strombereich künftig an der Marktsegmentierung der Europäischen Kommission orientieren will.<sup>100</sup> Das Bundeskartellamt hat bislang zwi-

schen den Märkten zur Belieferung von Stromweiterverteilern, von Großkunden sowie von Klein- und Haushaltskunden unterschieden. Auf der Grundlage dieser Marktsegmentierung ist es in jüngerer Vergangenheit wegen der zunehmenden Bedeutung des Stromhandels auf Schwierigkeiten bei der Marktanteilermittlung gestoßen. Beim Stromhandel – z. B. über die Börse – ist weder für die Stromproduzenten noch für die Wettbewerbsbehörden nachzuverfolgen, welche Strommengen von Weiterverteilern einerseits und Großkunden andererseits erworben wurden. Die Europäische Kommission hingegen unterscheidet im Strombereich lediglich zwischen dem Großhandelssegment und dem Segment für den Einzelhandel. Auf der Ebene des Großhandels erfolgt keine weitere Unterscheidung nach Kundengruppen, nur im Bereich des Einzelhandels differenziert sie zwischen dem Einzelhandel mit Großkunden einerseits und dem mit Haushalts- und Kleinkunden andererseits. Die Monopolkommission hält die von der Europäischen Kommission vorgenommene Marktsegmentierung, die im Bereich des Großhandels nicht weiter nach Kundengruppen trennt, für sinnvoll. Die oben beschriebenen Schwierigkeiten bei der Berechnung von Marktanteilen der Stromproduzenten, die angesichts der wachsenden Bedeutung des Stromhandels noch zunehmen werden, lassen sich auf der Basis dieser Marktdefinition vermeiden. Im Bereich des Einzelhandels sind entsprechende Probleme nicht zu erwarten. Hier ist eine Differenzierung nach verschiedenen Kundengruppen – angesichts abweichender Nachfragemengen und Vertragsgestaltung – nach wie vor sachgerecht und praktikabel.

**650.** Im Gasbereich decken sich die Marktsegmentierung der Europäischen Kommission und die des Bundeskartellamtes weitgehend. Beide Wettbewerbsbehörden differenzieren bei der Belieferung mit Gas nach verschiedenen Kundengruppen. So hat die Europäische Kommission im vorliegenden Fall eine Unterscheidung zwischen der Belieferung von Stromerzeugern, lokalen Verteilerunternehmen, großen industriellen Kunden und kleinen Industrie-, Geschäfts- und Privatkunden vorgenommen. Sie verwarf ausdrücklich die Forderung der Parteien, die ersten drei Märkte zu einem Gesamtmarkt für den Großhandel mit Gas zusammenzufassen. Gegen einen Gesamtmarkt sprächen unter anderem die unterschiedlichen Versorgungsbedürfnisse und Verbrauchsmuster, die unterschiedliche Vertragsausgestaltung sowie die abweichenden Margen und Kundenbeziehungen der jeweiligen Kundengruppen. Die Abgrenzung eines Gesamtmarktes für den Großhandel war auch nicht aus pragmatischen Gründen erforderlich, da die Marktanteilsberechnung auf der Grundlage von Lieferungen an einzelne Kundengruppen keine ermittlungstechnischen Probleme zur Folge hatte. Im vorliegenden Fall hätte im Übrigen auch die Abgrenzung eines Gesamtgroßhandelsmarktes kaum etwas am Ergebnis der fusionskontrollrechtlichen Prüfung geändert, da GDP als angestammter Monopolist auf sämtlichen Teilmärkten über eine sehr starke Stellung verfügte.

**651.** Als maßgeblich für das ausgesprochene Verbot erwies sich die von der Kommission vorgenommene räumliche Marktsegmentierung. Entgegen der Ansicht der

<sup>100</sup> Vergleiche oben Tz. 519 ff. in diesem Kapitel.

Parteien ging die Kommission nicht von einem gesamt-iberischen Markt aus, sondern definierte die sachlichen Märkte als höchstens national. Als Gründe führte sie unter anderem die geringe Interkonnectoren-Kapazität, die beträchtlichen Preisdifferenzen zwischen Portugal und Spanien sowie die unterschiedlichen rechtlichen Rahmenbedingungen an. Soweit sich die Parteien auf die geplante Gründung des iberischen Strommarkts beriefen, widersprach die Kommission, da mit der Entwicklung eines einheitlichen Gesamtmarkts jedenfalls in naher Zukunft nicht zu rechnen sei. Die Überlegungen zu der räumlichen Marktangrenzung nehmen mit 30 Seiten einen breiten Raum der Entscheidung ein. Anders als das Bundeskartellamt, das für Deutschland inzwischen wieder zu einer netzbezogenen Abgrenzung der Kleinkundenmärkte zurückgekehrt ist, ging die Kommission im vorliegenden Fall wegen der Besonderheiten der portugiesischen Verhältnisse auch insoweit von nationalen Märkten aus. Nach den Erkenntnissen der Kommission hat EDP sein zuvor lokal organisiertes Einzelhandelsgeschäft auf nationaler Ebene integriert. Es bestünden keine Anhaltspunkte dafür, dass dieser Prozess nach der Liberalisierung des Stromsektors umgekehrt würde.

**652.** Ähnlich wie das Bundeskartellamt in dem Fall E.ON/Ruhrgas begründete die Europäische Kommission die Verstärkung der beherrschenden Stellung im Strommarkt vor allem mit dem strukturell abgesicherten Zugang zu der Ressource Erdgas und dem Zugriff auf die Gasinfrastruktur, die eine Behinderung von Wettbewerbern ermögliche. Die Kommission ging daneben ausführlich auf den Umstand ein, dass GDP als wichtigster potentieller Wettbewerber von EDP entfalle. Auf den Gasmärkten weichen die Argumentationslinien der beiden Wettbewerbsbehörden stärker voneinander ab. Das Bundeskartellamt hatte entschieden, dass die Fusion zum einen die Position von Ruhrgas in den Ferngasmärkten und zum anderen die Position der E.ON-Gesellschaften in den Gasweiterverteilungsmärkten verstärke, da nach der Fusion die E.ON-Gesellschaften als sichere Kunden für Ruhrgas und Ruhrgas als sicherer Lieferant für die E.ON-Gesellschaften zur Verfügung stünden. Die Monopolkommission hatte bereits im letzten Hauptgutachten Zweifel an der Richtigkeit dieser Argumentation geäußert.<sup>101</sup> Ihrer Ansicht nach ergeben sich die eigentlichen Wettbewerbswirkungen der vertikalen Integration weniger auf den Märkten, die durch die vertikale Integration ganz oder teilweise auf das konzerninterne Geschäft verlagert werden, als vielmehr auf den Zuliefermärkten „stromauf“ und den Absatzmärkten „stromab“ in der Wertschöpfungskette. Entscheidend ist, dass künftigen Wettbewerbern ein Marktzutritt schwerer fällt, wenn sie dazu jeweils in zwei Märkte gleichzeitig eintreten müssen. In diesem Sinne argumentiert auch die Europäische Kommission, wenn sie die durch die vertikale Integration resultierenden Marktverschlusseffekte betont. Potentielle Wettbewerber von GDP werden ihrer Ansicht nach von einem Marktzutritt abgehalten, weil sie keine unabhängigen

gen Nachfrager mehr vorfinden, die sie mit Gas beliefern können.

**653.** Mit der vorliegenden Entscheidung hat die Europäische Kommission zum ersten Mal nach mehr als drei Jahren wieder ein Fusionsverbot ausgesprochen. Dies ist um so bemerkenswerter, als das Zusammenschlussvorhaben auf großes politisches Interesse gestoßen ist. Der derzeitige Präsident der Europäischen Kommission, Barroso, hatte sich in seiner Funktion als Ministerpräsident von Portugal für den Zusammenschluss eingesetzt. Die Untersagungsentscheidung kann somit zumindest auch als Beleg für die Unabhängigkeit der Kommission von Partikularinteressen einzelner Mitgliedstaaten gewertet werden. Großes Gewicht bei der endgültigen Entscheidungsfindung dürfte allerdings auch der Umstand gehabt haben, dass die etablierten Energieunternehmen in anderen Mitgliedstaaten für den Fall einer Genehmigung des Zusammenschlusses EDP/ENI/GDP ihrerseits vergleichbare Fusionsvorhaben angekündigt hatten. Laut Presseberichten wollte die Kommission es vor diesem Hintergrund vermeiden, einen Präzedenzfall zu schaffen.

**654.** Trotz monopolistischer Strukturen gab die Europäische Kommission den Zusammenschluss Total/Gaz de France am 8. Oktober 2004 frei. Der Zusammenschluss fand vor dem Hintergrund der Liberalisierung des französischen Gasmarktes statt und hatte unter anderem die Auflösung von zwei Gemeinschaftsunternehmen der Zusammenschlussbeteiligten zum Inhalt. Betroffen waren die Märkte für den Gastransport, für die Lagerung und für die Belieferung von Weiterverteilern sowie von Endkunden. In räumlicher Hinsicht sah die Kommission sowohl Anhaltspunkte für eine nationale wie für eine regionale Abgrenzung der betroffenen Märkte und prüfte den Zusammenschluss auf der Basis beider Alternativen. Selbst bei einer engen geographischen Marktangrenzung konnte die Europäische Kommission allerdings keine Veränderung der Marktanteilsstrukturen durch den Zusammenschluss feststellen. Im Südwesten Frankreichs verfügte Total auf den Märkten für den Transport und die Lagerung von Gas – über seine Beteiligung an dem Gemeinschaftsunternehmen mit Gaz de France – bereits vor dem Zusammenschluss über ein Monopol. Auch bei der Belieferung von Weiterverteilern hielt Total schon bislang einen Marktanteil von 100 Prozent, bei der Belieferung von Endkunden immerhin noch 45 bis 55 Prozent. Durch den geplanten Zusammenschluss änderte sich an diesen Marktstrukturen nichts, es fand lediglich ein Übergang von gemeinsamer Kontrolle an dem bisherigen Gemeinschaftsunternehmen zu alleiniger Kontrolle statt. Prinzipiell bewertete die Europäische Kommission den Zusammenschluss positiv, weil er zur Auflösung von Überkreuzbeteiligungen zwischen Total und Gaz de France führte. Sie ging allerdings davon aus, dass Total nach dem Zusammenschluss über die Fähigkeit und die Anreize verfügen würde, neu eintretenden Wettbewerbern den Zugang zu seiner Infrastruktur hinsichtlich Transportnetzen und Lagerhaltungskapazitäten zu erschweren oder vorzuenthalten. Daher erteilte sie die Freigabeentscheidung nur unter Bedingungen und Auflagen. Die Monopolkommission bezweifelt, dass die Auflösung von

<sup>101</sup> Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 635 ff., 641 ff.

Überkreuzbeteiligungen zu den erhofften wettbewerbsförderlichen Auswirkungen auf den betroffenen Märkten führen wird. Schon in den Verfahren Veba/Viag und RWE/VEW sind sowohl die Europäische Kommission als auch das Bundeskartellamt davon ausgegangen, dass mit der Bereinigung von gemeinsamen Beteiligungen positive wettbewerbliche Effekte verbunden sein würden. Wie die Erfahrungen auf dem deutschen Strommarkt zeigen, haben sich diese Prognosen jedoch als zu optimistisch herausgestellt.

### 3.4.1.2 Marktanteile und Ausschreibungsmärkte

**655.** Die an Zusammenschlüssen beteiligten Unternehmen haben in mehreren Fällen versucht, die von der Europäischen Kommission ermittelten Marktanteile mit dem Hinweis auf das Vorliegen von Ausschreibungsmärkten zu relativieren. Diese Argumentation findet sich z. B. in den Verfahren Continental/Phoenix, Siemens/VA Tech, Air Liquide/Messer Targets sowie Honeywell/Novar. Die Europäische Kommission setzte sich mit dem Vorbringen der Parteien auseinander und nahm eine Beurteilung auf der Grundlage des konkreten Einzelfalls vor.

**656.** In dem Verfahren Continental/Phoenix argumentierten die Parteien, dass es sich bei dem Markt für Nutzfahrzeug-Luftfedern um einen Ausschreibungsmarkt handle und auch nach der Fusion noch mindestens drei glaubwürdige, marktstarke Mitbieter existierten. Zur Untermauerung ihrer These legte Continental ein Gutachten vor, das sich mit den Wettbewerbsverhältnissen auf Ausschreibungsmärkten beschäftigte. Dieses vermochte die Europäische Kommission jedoch nicht zu überzeugen. Zwar trafen die in dem vorgelegten Gutachten getroffenen Modellannahmen möglicherweise auf andere Ausschreibungsmärkte zu, ihrer Ansicht nach bilde der Markt für Nutzfahrzeug-Luftfedern aber allenfalls in Teilen einen Ausschreibungsmarkt. Unstreitig liege jedenfalls kein „offener“ Ausschreibungsmarkt vor, bei dem ein transparentes Verfahren gewährleistet sei und jeder Anbieter die gleiche Teilnahmemöglichkeit erhalte.

**657.** In dem Verfahren Siemens/VA Tech stellte die Kommission fest, dass der Zusammenschluss unter anderem zu einer erheblichen Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs durch die Schaffung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt für die Ausrüstung von Wasserkraftwerken führen würde. Siemens und VA Tech verfügten vor dem Zusammenschluss über 10 bis 20 Prozent bzw. 30 bis 40 Prozent der Marktanteile und würden gemeinsam einen hohen absoluten Marktanteil sowie einen weiten Abstand zu ihren nächsten Wettbewerbern erreichen. Siemens argumentierte, dass es sich bei der Wasserkraftwerksausrüstung um einen Ausschreibungsmarkt mit der Folge handle, dass Marktanteile an sich wenig aussagekräftig seien. Die Kommission teilte diese Ansicht jedenfalls in ihrer Generalität nicht. Ihrer Ansicht nach lasse die Tatsache, dass es in einem Markt Ausschreibungen gebe, für sich genommen noch keine Schlussfolgerung auf die zu erwartende Intensität des Wettbewerbs oder auf die Aussagefähigkeit von Marktanteilen im Hinblick auf eine mögliche Marktmacht zu. Ent-

scheidend sei vielmehr die Struktur der Bietsituationen im Einzelfall. Im vorliegenden Fall komme es zu häufigen Ausschreibungen mit sehr kleinem Auftragsvolumen. Insbesondere angesichts der großen Zahl von Ausschreibungen müsse davon ausgegangen werden, dass die beobachtete Marktanteilsstruktur nicht zufällig zustande gekommen sei, sondern das Ergebnis des von den verschiedenen Herstellern angebotenen Produktportfolios, ihrer Kostenstruktur und der Kundenpräferenzen sei. Die Marktanteile enthielten somit erhebliche Informationen über die Marktmacht der verschiedenen Anbieter.

Anders beurteilte die Kommission das Ausschreibungsargument nur in Bezug auf den Markt für Energieübertragung und -verteilung. Hier erreichen die Parteien im Jahr 2003 bei einer engen Marktabgrenzung auf dem Teilmarkt für Turnkey-Hochspannungsprojekte 60 bis 70 Prozent der Anteile. Außerdem verringerte sich durch den Zusammenschluss nach Auffassung der Kommission die Anzahl der glaubwürdigen Anbieter von vier auf drei, es verblieben lediglich Siemens/VA Tech, ABB und Areva im Markt. Ähnlich wie im Wasserkraftmarkt machte Siemens geltend, dass die Marktanteile in den betroffenen Märkten keinen unmittelbaren Aufschluss über die Marktmacht der Anbieter gäben, weil Aufträge über Ausschreibungen vergeben würden. Die Kommission folgte dem Vortrag der Parteien, weil nach ihren Ermittlungen der Markt für Turnkey-Hochspannungsprojekte stark projektabhängig sei. Der Großteil der Umsätze in einem Jahr ergebe sich aus einer kleinen Anzahl von Großprojekten, dementsprechend schwankten die Marktanteile der Wettbewerber im Zeitablauf stark. So habe im Fünfjahreszeitraum von 1999 bis 2003 der jährliche Marktanteil von Siemens zwischen 5 bis 10 Prozent und 50 bis 60 Prozent gelegen, VA Tech erzielte in der gleichen Periode einen Marktanteil zwischen > 2 Prozent und 15 bis 20 Prozent. Die übrigen Umsätze entfielen jeweils auf ABB und Areva.

**658.** In dem Verfahren Honeywell/Novar, das die Europäische Kommission in der ersten Verfahrensphase unter Auflagen abschloss, ergaben sich wettbewerbliche Bedenken vor allem auf dem italienischen Markt für die Lieferung von Feuerschutzsystemen an Installateure. Die Parteien kamen zusammen auf Marktanteile in Höhe von 50 bis 60 Prozent und versuchten, diese mit dem Argument zu relativieren, dass es sich bei dem nachgelagerten Markt für die Installation von Feuerschutzsystemen um einen Ausschreibungsmarkt handle. Als Nachweis legten sie einige an sie gerichtete Preisanfragen von Endkunden vor. Diese vermochten die Europäische Kommission allerdings nicht zu überzeugen, zumal sie einen nachgelagerten und nicht den untersuchten Markt betrafen. Der Letztere zeichne sich dadurch aus, dass sich die Preise nach Preislisten richteten und nur gelegentlich nachverhandelt würden. Lediglich bei sehr großen Projekten komme es vor, dass Installateure nach einem besonderen Rabatt fragten.

**659.** Auch nach Auffassung der Monopolkommission liefern Marktanteile nur einen ersten Anhaltspunkt für die Beurteilung der wettbewerbslichen Stärke der Zusammen-

schlussparteien. Insbesondere in Ausschreibungsmärkten können sich Marktanteile relativ schnell und gravierend ändern. Die Europäische Kommission muss daher einem entsprechenden Vortrag der Parteien nachgehen und untersuchen, ob ein Ausschreibungsmarkt vorliegt. Maßgeblich ist ferner, wie ein solcher Ausschreibungsmarkt im Einzelfall ausgestaltet ist: Können die Lieferanten ihre Angebote nur bei wenigen großvolumigen Projekten pro Jahr abgeben, sind Marktanteile weniger aussagekräftig als bei der Ausschreibung vieler kleiner Projekte. Das Gewicht der Marktanteile nimmt auch dann wieder zu, wenn diese – wie im Fall Air Liquide/Messer Targets – über mehrere Jahre stabil geblieben sind, besonders enge Kunden-Lieferanten-Beziehungen bestehen, Informationsvorsprünge des bisherigen Lieferanten existieren oder die Verlässlichkeit von Lieferungen eine besondere Rolle spielt.

#### 3.4.1.3 EWR-weite Marktanteile bei nationaler Marktabgrenzung

**660.** Kritisch beurteilt die Monopolkommission die Praxis der Europäischen Kommission, bestimmte räumlich relevante Märkte abzugrenzen, bei der anschließenden wettbewerblichen Beurteilung aber auf Marktanteile in weiter definierten Märkten zurückzugreifen. Eine solche Vorgehensweise hat die Europäische Kommission z. B. in den Verfahren Owen-Illinois/BSN Glasspack und Johnson & Johnson/Guidant gewählt. In dem letzteren Fall ging es um medizinische Geräte und Zubehör, wobei im Wesentlichen drei Bereiche betroffen waren: interventiv-kardiologische Geräte, endovaskuläre Produkte sowie Geräte für die Herzchirurgie. Alle drei Bereiche setzen sich aus mehreren Teilmärkten für einzelne Geräte und Zubehörteile zusammen. In räumlicher Hinsicht gelangte die Kommission zu einer nationalen Marktabgrenzung, da sich die Beschaffung der Produkte durch Krankenhäuser u.ä. sowie die Kostenerstattung durch die Krankenkassen in den einzelnen Mitgliedstaaten wesentlich unterscheiden. Trotzdem hat die Europäische Kommission bei einer Vielzahl von sachlichen Märkten die EWR-weiten Marktanteile zur Grundlage ihrer Beurteilung gemacht, die häufig erheblich von den nationalen Marktanteilen abwichen. So ermittelte die Kommission bei verschiedenen Geräten im kardiologischen Bereich EWR-weite Marktanteile in Höhe von bis zu 35 Prozent. Betrachtet man die Marktanteile auf nationaler Basis, erreichten die Parteien jedoch häufig Anteile bis zu 60 Prozent, in Einzelfällen sogar bis zu 85 oder 95 Prozent. Mit Hinweis auf die EWR-weiten Marktanteile und die EWR-weite Marktführerschaft zweier Konkurrenten von Johnson & Johnson/Guidant verneinte die Kommission das Vorliegen von wettbewerblichen Beeinträchtigungen selbst in den Mitgliedstaaten, in denen die Zusammenschlussparteien sehr hohe Marktanteile hielten.

**661.** Angesichts der erheblichen nationalen Unterschiede ist die Feststellung der Europäischen Kommission, die EWR-weiten Marktanteile seien im Großen und Ganzen repräsentativ, nicht nachzuvollziehen. Ebenfalls zweifelhaft bleibt die von der Kommission gezogene Schlussfolgerung, es bestünden auch hinsichtlich dieser

Mitgliedstaaten keine Anhaltspunkte für eine Wettbewerbsbeeinträchtigung. Zu erklären ist das Vorgehen der Europäischen Kommission wohl nur mit der erheblichen Anzahl zu untersuchender Teilmärkte. Möglicherweise hat sich die Kommission auf die Prüfung der Märkte konzentriert, auf denen negative Zusammenschlussfolgen ihrer Ansicht nach am ehesten nachweisbar waren. Diese Vorgehensweise spiegelt die Schwierigkeiten wider, in den relativ kurzen Verfahrensfristen der FKVO hunderte von Märkten eingehend zu untersuchen und gegebenenfalls geeignete Zusagen zu bestimmen. Eine gewisse Abhilfe kann in solchen Fällen eine Verfahrensverlängerung um bis zu 20 Arbeitstage schaffen, wie sie seit der jüngsten Reform in Artikel 10 Abs. 3 FKVO vorgesehen ist. Jedenfalls muss die Europäische Kommission künftig darauf hinwirken, derart offensichtliche Widersprüche in ihren Entscheidungen zu vermeiden.

**662.** Auf dem Markt für bestimmte Gefäßprothesen für Herzkranzgefäße (Stents) hat die Europäische Kommission den aktuellen Marktanteilen dagegen kaum Beachtung geschenkt. Obwohl auf dem Markt nur zwei aktuelle Wettbewerber, Johnson & Johnson und Boston Scientific mit 40 bis 50 Prozent bzw. 50 bis 60 Prozent der Marktanteile tätig sind, hatte die Kommission insoweit keine Bedenken gegen den Zusammenschluss. Sie konzentrierte sich auf die Untersuchung des potentiellen Wettbewerbs, der ihrer Ansicht nach genügte, um Verhaltensspielräume der neuen Unternehmenseinheit zu verhindern. Diese Einschätzung traf die Kommission wahrscheinlich, weil der Markt für kardiologische Geräte stark innovativ geprägt ist und schnell wächst. Auch nach Ansicht der Monopolkommission können sich Marktanteile unter diesen Voraussetzungen kurz- bis mittelfristig erheblich verändern und erlangen nicht dieselbe Aussagekraft wie bei einem ausgereiften Markt. Nähere Erläuterungen in der Entscheidung zu diesem Zusammenhang und den Beweggründen der Europäischen Kommission wären allerdings wünschenswert gewesen.

#### 3.4.2 Substitutionsverhältnis

**663.** Ein Ausdruck des von der Europäischen Kommission angestrebten *more economic approach* ist die Prüfung des Substitutionsverhältnisses zwischen den Zusammenschlussparteien einerseits und ihren Wettbewerbern andererseits. Die Leitlinien der Europäischen Kommission zu horizontalen Zusammenschlüssen führen dazu aus, dass ein solches Vorgehen insbesondere bei differenzierten Produkten sinnvoll ist.<sup>102</sup> Die Monopolkommission teilt diese Auffassung. Vor allem bei differenzierten Produkten können die ermittelten Marktanteile allenfalls einen ersten Anhaltspunkt für die Bewertung von Zusammenschlussfällen bilden. Daher sollte die Europäische Kommission stets versuchen, die auf dem untersuchten Markt vorhandenen Substitutionsbeziehungen in ihre Gesamtbetrachtung einzubeziehen. Dies gilt vor dem Hintergrund, dass ein Zusammenschluss zwischen zwei

<sup>102</sup> Vergleiche Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse ..., a. a. O., Rz. 28 ff.

Unternehmen, die weit entfernte Substitute anbieten, aus wettbewerbsrechtlicher Sicht weniger kritisch zu bewerten ist als bei Vorliegen eines besonders engen Näheverhältnisses. Eine Untersuchung von Substitutionsbeziehungen hat die Europäische Kommission bereits während des letzten Berichtszeitraums vorgenommen und besonders in den Fällen Siemens/Drägerwerke und GE/Instrumentarium weiterentwickelt.<sup>103</sup> Auch in der jüngsten Entscheidungspraxis findet sich eine Reihe von Fällen, in denen das Substitutionsverhältnis zwischen den verschiedenen Produkten auf einem Markt eine wichtige Rolle spielte. Zum Teil deckten sich die Untersuchungsergebnisse der Kommission mit der Einschätzung, die aus der ermittelten Marktanteilshöhe resultierte, zum Teil wurden hohe Marktanteile der Parteien aber auch relativiert.

**664.** In dem Verfahren Continental/Phoenix bestätigte die Befragung der Kunden in Bezug auf den Markt für Nutzfahrzeug-Luftfedern, dass bei den meisten der sechs abgefragten Kategorien technische Kompetenz/Innovation, Qualität/Zuverlässigkeit, Kundendienst/Support sowie bisherige Erfahrungen, Preis und freie Kapazität entweder Continental oder Phoenix auf Platz eins oder zwei lagen. Bestärkt sah sich die Kommission in dieser Feststellung durch die Ergebnisse einer von ihr durchgeführten Analyse der Lieferbeziehungen von insgesamt 18 Kunden. Nach Ausschluss der Aufträge, die ohne Ausschreibung vergeben worden waren, verblieben 18 Anforderungen zur Angebotsabgabe. Bei neun dieser 18 Anfragen nahmen nach den Ermittlungen der Kommission sowohl Continental als auch Phoenix teil. Nach den Berechnungen der Kommission wurden die Zusammenschlussparteien in 70 bis 80 Prozent aller Aufträge, für die sich beide bewarben bzw. in 30 bis 40 Prozent aller offenen Auftragsvergaben als engste Wettbewerber eingestuft. Der größte Wettbewerber Firestone dagegen wurde nur fünfmal zusammen mit Continental angefragt und war lediglich in zwei dieser Fälle bzw. in 11 Prozent aller Angebotsanfragen der engste Wettbewerber von Continental. Durch den Zusammenschluss wäre daher ein Unternehmen aus dem Markt ausgeschieden, das von den Kunden als stärkster Wettbewerber von Continental angesehen wurde. Dies hätte den Wettbewerbsdruck, dem Continental bisher ausgesetzt war, erheblich gemindert.

**665.** In dem Fall Siemens/VA Tech prüfte die Kommission auf dem Markt für Turnkey-Hochspannungsprojekte ebenfalls, ob Siemens und VA Tech von einer erheblichen Anzahl von Kunden als erste und zweite Wahl eingeschätzt wurden oder ob die beiden Unternehmen aufgrund ihrer Kostenstruktur bei Ausschreibungen gegenseitig besonders wichtige Wettbewerber waren. Allerdings ließen weder die Marktbefragung noch die Ausschreibungsdaten eine solche Annahme zu. Aus Letzteren ergab sich, dass ABB, gefolgt von Areva, die bei weitem am häufigsten im direkten Wettbewerb zu Siemens bietenden Unternehmen darstellten. Des Weiteren überprüfte die Kommission anhand der Ausschreibungsdaten, ob Siemens und

VA Tech möglicherweise in einer signifikanten Anzahl von Bietsituationen als niedrigster und zweitniedrigster Anbieter auftraten und damit im Wettbewerb einen besonders wichtigen Einfluss auf den Transaktionspreis ausübten. Auch diese Annahme konnte anhand der Daten nicht bestätigt werden.

**666.** Der Fall Bayer Healthcare/Roche betraf verschiedene Märkte für nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel. Auf dem österreichischen Markt für Magensäuremittel erreichten die Parteien Anteile von 55 bis 60 Prozent, was zunächst erhebliche wettbewerbliche Befürchtungen der Kommission auslöste. Bei der Marktuntersuchung stellte sich allerdings heraus, dass die Produkte von Bayer und Roche relativ weit entfernte Substitute bildeten, während zwei engere Ersatzprodukte von Wettbewerbern auf dem Markt verblieben. Außerdem ermittelte die Kommission drei potentielle Konkurrenten, die bereits auf benachbarten Märkten aktiv waren. Sie kam daher zu dem Schluss, dass die hohen gemeinsamen Marktanteile der Zusammenschlussbeteiligten die Wettbewerbssituation nicht richtig wiedergaben und verneinte die Gefahr einer erheblichen Wettbewerbsbehinderung.

Auf dem österreichischen Markt für Schmerzmittel bestätigte die Marktuntersuchung hingegen die zuvor geäußerten Wettbewerbsbedenken. Nach dem Zusammenschluss hätten sich die Anteile der Parteien auf 50 bis 55 Prozent summiert. Außerdem waren die beiden Produkte der Parteien in der Marktuntersuchung stets bei den besten drei Arznei-Alternativen genannt worden. Der weite Marktanteilsabstand zu den Konkurrenten, der Zuwachs von Bayers Anteilen in der jüngeren Vergangenheit sowie die erheblichen Marktanteilsadditionen wirkten sich erschwerend aus. Zu Lasten der Parteien bewertete die Kommission ferner die hohen Marktzutrittsbarrieren in Form von Werbekosten, die ausgeprägte Markentreue der Kunden sowie die begrenzte Nachfragemacht. Als problematisch beurteilte die Kommission schließlich auch den irischen Markt für Medikamente gegen lokale Pilzkrankungen. Die gemeinsamen Marktanteile der Zusammenschlussbeteiligten erreichten hier 55 bis 60 Prozent, wobei es zu signifikanten Anteilsadditionen kam. Der weite Marktanteilsabstand zu den Konkurrenten sowie erhebliche Marktzutritts Hindernisse sprachen ebenfalls für eine Gefährdung des Wettbewerbs. Auf das Maß an Substituierbarkeit zwischen den Produkten der Parteien und ihrer Wettbewerber ging die Kommission nicht mehr ein.

**667.** Im vorliegenden Fall fällt auf, dass die Europäische Kommission bei dem ersten der betrachteten Märkte fast ausschließlich die Marktanteile und die Substitutionsbeziehungen heranzieht und kaum weitere Marktmerkmale untersucht. Eine solche Vorgehensweise erscheint der Monopolkommission verkürzt. Die Beurteilung eines Zusammenschlusses sollte stets auf der Grundlage einer Gesamtbetrachtung erfolgen, die alle wesentlichen Kriterien berücksichtigt. Die Einbeziehung der Substitutionsbeziehungen in die wettbewerbliche Einschätzung darf nicht dazu führen, dass sich die Beurteilung auf dieses Kriterium beschränkt und sonstige Marktmerkmale vernachlässigt werden. Überzeugender erscheint daher die

<sup>103</sup> Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 798 ff.

Beurteilung der beiden anderen genannten Märkte – Schmerzmittel in Österreich und Medikamente gegen Pilzerkrankungen in Irland. Hier werden neben Marktanteilen noch mehrere weitere Strukturmerkmale, insbesondere die hohen Marktzutrittsschranken, berücksichtigt. Allerdings bleibt insofern festzustellen, dass die Europäische Kommission zwar auf dem österreichischen Schmerzmittelmarkt der Frage der Substituierbarkeit nachgeht, eine entsprechende Untersuchung in Bezug auf den irischen Markt jedoch unterlässt. Bei Marktanteilen von 50 bis 55 Prozent in Österreich und 55 bis 60 Prozent in Irland ist diese unterschiedliche Vorgehensweise nicht ohne weiteres nachvollziehbar.

**668.** In dem Verfahren Piaggio/Aprilia ging die Europäische Kommission zwar anhand des traditionellen Konzepts der Einzelmarktbeherrschung und einer konventionellen Marktabgrenzung vor, der Schwerpunkt der Untersuchung lag jedoch auf den jeweiligen Substitutionsverhältnissen in den betroffenen Märkten. Im Mittelpunkt der Prüfung standen die italienischen Märkte für Motorroller unter 50 cc und für Zweiräder über 50 cc. Auf ersterem Markt hätte der Zusammenschluss den Marktführer Piaggio mit einem Anteil von 35 bis 40 Prozent und den zweiten Anbieter Aprilia mit 15 bis 20 Prozent der Marktanteile vereint. Die Parteien verfügten in Italien über zahlreiche bekannte Marken und Modelle. Darüber hinaus ging die Europäische Kommission der Frage nach, welche Substitutionsverhältnisse auf dem Markt bestanden. Die Kommission nutzte hierbei den Umstand, dass Aprilia im Jahr 2004 in eine schwere finanzielle Krise gekommen war und seine Produktion in der ersten Hälfte 2004 zeitweise hatte einstellen müssen. Dadurch hatte Aprilia einen erheblichen Teil seiner Umsätze und Marktanteile verloren. Die Kommission untersuchte nun, welche Fahrzeuge von Aprilias Umsatzrückgang besonders profitiert hatten. Dabei stellte sich heraus, dass Piaggio seine Marktanteile in der fraglichen Zeit um etwa 11 Prozent hatte steigern können. Aus dem Zusammenspiel von hohen gemeinsamen Marktanteilen, engem Näheverhältnis sowie dem breiten Portfolio bei Marken und Modellen folgte die Kommission, dass die Fusion die neue Unternehmenseinheit in die Lage versetzen würde, den italienischen Markt für Motorroller unter 50 cc zu dominieren.

Anders beurteilte die Europäische Kommission dagegen den Markt für Zweiräder über 50 cc. Hier hielten die Parteien immerhin gemeinsame Anteile in Höhe von ca. 40 bis 45 Prozent, Honda und Yamaha folgten mit jeweils etwa 20 Prozent. Soweit die Substitutionsbeziehungen zwischen den verschiedenen Anbietern betroffen waren, stellte die Kommission fest, dass die Umsatzverluste von Aprilia von allen drei großen Wettbewerbern aufgefangen worden waren, in erster Linie allerdings von Honda. Daraus und aus den breiten Portfolios, dem starken Markenimage sowie den etablierten Distributionsnetzen der japanischen Produzenten schloss die Kommission, dass diese auch nach dem Zusammenschluss noch starken Wettbewerbsdruck ausüben würden.

**669.** Die Kommission war in dem Verfahren Piaggio/Aprilia in der Lage, die besonderen Umstände im Umfeld des Zusammenschlusses für ihre Beurteilung zu nutzen. Dadurch dass Aprilia in der jüngeren Vergangenheit einen großen Teil seiner Marktanteile verloren hatte, ließ sich das Substitutionsverhältnis zwischen dem Unternehmen und den sonstigen Marktteilnehmern relativ einfach ermitteln. Die Kommission musste hierzu nicht auf Kundenbefragungen zurückgreifen oder Preisdaten analysieren, sondern lediglich untersuchen, wie sich diese verloren gegangenen Marktanteile tatsächlich auf die Wettbewerber von Aprilia verteilt hatten.

**670.** Die auf einem Markt angebotenen Produkte können auf unterschiedliche Weise voneinander abweichen. Zum einen kommt eine sachliche Produktdifferenzierung in Frage, die sich z. B. nach der chemischen Zusammensetzung, den technischen Merkmalen, der Qualität sowie der Marke, dem Werbungsumfang oder dem Image des Produktes vornehmen lässt. In diesem Sinne haben sich die Ermittlungen in den oben dargestellten Fällen auf das sachliche Näheverhältnis konzentriert. In Betracht kommt aber auch eine Unterscheidung in räumlicher Hinsicht. Ein besonders enges Substitutionsverhältnis ist bei benachbarten Produktions- oder Verkaufsstätten anzunehmen, während weiter entfernte Standorte weniger Wettbewerbsdruck aufeinander ausüben. Nach den Leitlinien zu horizontalen Zusammenschlüssen ist der Standort insbesondere beim Einzelhandelsvertrieb, bei Banken, Reisebüros und Tankstellen von Bedeutung.<sup>104</sup>

**671.** Dementsprechend stand bei der Entscheidung Owen-Illinois/BSN Glasspack vom 9. Juni 2004 die besondere räumliche Nähe der Zusammenschlussparteien im Mittelpunkt der Überlegungen zum Ausmaß der Substituierbarkeit. Das Vorhaben betraf verschiedene räumliche Märkte für Glasverpackungen. Nach der Untersuchung der Europäischen Kommission waren Lieferbeziehungen durch die hohen Transportkosten determiniert, so dass regionale Märkte in einem Umkreis von 300 bis 400 km um die jeweiligen Produktionsstätten als angemessen angesehen wurden. Das Einzugsgebiet der Produktionsanlagen konnte dabei durchaus grenzüberschreitend sein. Auf dieser Grundlage stellte die Kommission fest, dass sich die Verkaufsaktivitäten der Parteien in mehreren Ländern, nämlich Frankreich, Italien, Benelux, Deutschland, Spanien und Vereinigtes Königreich, überschneiden. Wettbewerbliche Nachteile befürchtete die Kommission vor allem in den Regionen Nordostspanien/Südwestfrankreich sowie Südostfrankreich/Norditalien.

**672.** Auf dem nationalen Markt Frankreich ermittelte die Kommission BSN als Marktführer mit einem Anteil von 40 bis 50 Prozent, gefolgt von St. Gobain mit 35 bis 45 Prozent, dem einzigen großen Wettbewerber mit ebenfalls inländischer Produktion. In Italien wiederum stelle Owen-Illinois den größten Anbieter mit Anteilen von 35 bis 45 Prozent dar. Nächster Wettbewerber sei hier ebenfalls St. Gobain mit 25 bis 35 Prozent. Die

<sup>104</sup> Vergleiche Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse ..., a. a. O., Rz. 28, Fn. 32.

Kommission beobachtete zwar auf nationaler Ebene nur jeweils geringe Marktanteilsadditionen in Höhe von 0 bis 10 Prozent bzw. 0 bis 5 Prozent, ihren Ermittlungen zufolge bildeten die Zusammenschlussparteien jedoch auf den maßgeblichen regionalen Märkten jeweils eine wichtige Bezugsalternative für die Nachfrager. Auffällig ist in diesem Zusammenhang, dass die Europäische Kommission die Marktanteile lediglich auf nationaler Basis nennt, obwohl sie zuvor regionale Märkte abgegrenzt hat. Möglicherweise hielt sie die sonstigen Marktmerkmale für so gewichtig, dass sie auf eine Ermittlung der regionalen Anteile verzichtete. Nicht auszuschließen ist allerdings, dass die kurzen Fristen in der ersten Verfahrensphase nicht ausreichten, um weitere Ermittlungen auf regionaler Basis anzustellen. Eine solche Vorgehensweise würde die Monopolkommission für bedenklich halten. Es ist in einem solchen Fall vorzugswürdig, die zweite Verfahrensphase einzuleiten und der Beurteilung – nach eingehender Untersuchung – die regionalen Marktanteile zugrunde zu legen.

**673.** In Hinsicht auf den zweiten betroffenen regionalen Markt betonte die Kommission ausdrücklich das besonders enge geographische Substitutionsverhältnis der beteiligten Unternehmen. Sie verfügten beide über Produktionsstätten in Barcelona und exportierten ihre Produkte von dort nach Südwestfrankreich. Hinzu kamen auch hier ein hoher gemeinsamer Kapazitätsanteil der Parteien von über 50 Prozent sowie erhebliche Marktzutrittschindernisse. Neben St. Gobain seien lediglich kleinere, lokale Anbieter auf dem Markt tätig, die im Wesentlichen nicht für den Export produzierten. Die Bedenken der Kommission konnten durch Veräußerungszusagen ausgeräumt werden, die zu einem Wegfall sämtlicher durch den Zusammenschluss verursachter Überschneidungen führten.

### 3.4.3 Anbieterwechsel und Kapazitäten

**674.** Die Leitlinien zu horizontalen Zusammenschlüssen nennen neben den Marktanteilen und den Substitutionsbeziehungen zwischen verschiedenen Konkurrenten weitere Faktoren, die darüber entscheiden können, ob spürbare unilaterale Wirkungen von einem Zusammenschluss zu erwarten sind. Hierzu gehören die Möglichkeiten der Kunden, zu anderen Anbietern zu wechseln, und die Frage, ob Konkurrenten über ausreichende Kapazitäten verfügen.<sup>105</sup> Zu Wettbewerbsbedenken gibt ein Zusammenschluss hiernach besonders dann Anlass, wenn die Kunden der fusionierenden Parteien Schwierigkeiten haben, zu anderen Anbietern überzuwechseln, wenn nur wenige alternative Anbieter vorhanden sind oder erhebliche Umstellungskosten entstehen würden. Dasselbe gilt, wenn es aufgrund der Marktbedingungen unwahrscheinlich ist, dass die Wettbewerber der fusionierenden Parteien ihr Angebot bei Preiserhöhungen spürbar steigern. Falls umgekehrt Marktbedingungen vorherrschen, bei denen Wettbewerber über ausreichende Kapazitäten verfügen und eine entsprechende Absatzsteigerung für sie ge-

winnbringend ist, sind Wettbewerbsbedenken in der Regel unbegründet. Diese Grundsätze fanden in einigen Entscheidungen während des Berichtszeitraums Anwendung.

**675.** Die Produktionskapazitäten und Ausweichmöglichkeiten standen in dem Verfahren Blackstone (Celanese)/Acetex, das am 13. Juli 2005 mit einer Freigabe ohne Bedingungen und Auflagen endete, im Mittelpunkt der Überlegungen. Von dem Zusammenschluss waren insbesondere die weltweiten Märkte für Essigsäure, für Vinylacetatmonomere und für Essiganhydrid betroffen. Die Europäische Kommission ging davon aus, dass es sich um sehr homogene Güter handelte, so dass Produktionskapazität und Auslastungsgrad zu den wichtigsten Kriterien für die Bewertung der Wettbewerbsposition zählten. Daneben legte die Kommission besonderes Augenmerk auf die Fähigkeit der Abnehmer, den Lieferanten zu wechseln.

Auf dem Markt für Essigsäure würde das fusionierte Unternehmen mit jeweils 20 bis 30 Prozent der Anteile an den Produktionskapazitäten und dem Handelsmarkt zum größten bzw. zweitgrößten Anbieter. Ähnlich hohe Anteile hält der Wettbewerber BP. Die Kommission ermittelte außerdem den HHI, der infolge des Zusammenschlusses um 184 Punkte auf 1.328 bei den Kapazitäten und auf dem Handelsmarkt um 216 auf 1.514 Punkt ansteigen würde. Mit ausdrücklichem Verweis auf die Leitlinien zu horizontalen Zusammenschlüssen wertete die Kommission diese Zahlen als ersten Hinweis darauf, dass keine horizontalen Wettbewerbsbedenken bestehen.<sup>106</sup> Zur weiteren Begründung griff die Europäische Kommission auf eine unabhängige Marktstudie zurück, der zufolge die globale Produktionskapazität zwischen 2004 und 2009 um 34 Prozent und die weltweite Nachfrage um 17 Prozent wachsen werde. Damit stand nach Auffassung der Kommission fest, dass die Kapazitäten auch weiterhin über der Nachfrage liegen, der Abstand zwischen beiden sogar noch zunehmen würde. Die Kommission folgerte daraus ein Absinken des Auslastungsgrads der tatsächlichen Kapazitäten von 85 auf 76 Prozent. Ferner stellte sich heraus, dass hauptsächlich die großen Hersteller neue Kapazitäten in Asien und im Nahen Osten planten. Diese Anlagen würden von einer besonders wettbewerbsfähigen Kostenstruktur profitieren, die eine Ausfuhr in andere Erdteile wirtschaftlich rentabel mache. Nach den Ermittlungen der Kommission hatte die Mehrheit der Abnehmer ihre Versorgungsquellen diversifiziert, die Käufer bezogen Essigsäure im Durchschnitt von drei verschiedenen Lieferanten. Rund 80 Prozent der Abnehmer bekundeten, dass sie den Lieferanten wechseln würden, wenn die Anmelder ihren Preis um 10 Prozent anheben würden.

**676.** Grundsätzlich sind die Erwägungen der Kommission in diesem Teil der Entscheidung nachvollziehbar. Gerade bei sehr homogenen Gütern kann dem Aspekt der Kapazitäten und der Frage von Ausweichmöglichkeiten besonderes Gewicht zukommen. Im vorliegenden Fall ist

<sup>105</sup> Vergleiche Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse ..., a. a. O., Rz. 31 und 32 ff.

<sup>106</sup> Vergleiche Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse ..., a. a. O., Rz. 20.

allerdings nicht verständlich, inwieweit die geplanten Kapazitätserweiterungen in Asien und im Nahen Osten den unilateralen Effekten des Zusammenschlusses entgegenwirken können. Wie die Europäische Kommission selbst ausführt, soll ein Großteil der geplanten Kapazitäten von den Zusammenschlussparteien selbst bereitgestellt werden. So ist Blackstone/Celanese alleine für die Hälfte der Kapazitätserweiterungen in Asien verantwortlich, Aectex wird ca. 45 Prozent des Kapazitätsausbaus in Saudi Arabien vornehmen. Die Kommission setzt sich ferner in ihrer Entscheidung nicht mit der Möglichkeit auseinander, dass die Parteien ältere Produktionsstätten, die im Vergleich zu den geplanten Anlagen sehr ungünstige Kostenstrukturen aufweisen, nach dem Zusammenschluss schließen könnten. Vor diesem Hintergrund kann dem Aspekt der Kapazitätserweiterung nicht ohne weiteres eine wettbewerbsfördernde Wirkung zugesprochen werden.

Zweifel bleiben auch hinsichtlich der wettbewerblichen Würdigung des Marktes für Essiganhydrid bestehen. Die Zusammenschlussbeteiligten würden hier zwar nur zum zweitgrößten Hersteller zusammenwachsen, auf dem Handelsmarkt aber 30 bis 40 Prozent der Anteile auf sich vereinigen und Marktführer werden. Der HHI würde immerhin um 361 auf 2 139 Punkte steigen – nach den Leitlinien ein erstes Indiz für Wettbewerbsbedenken. Diese Bedenken werden von den Ausführungen der Kommission insbesondere zu den Kapazitäten nur unvollkommen ausgeräumt. Nach den Ermittlungen der Kommission beträgt der Auslastungsgrad auf dem Markt für Essiganhydrid über 90 Prozent, Kapazitätserweiterungen sind nicht geplant bzw. werden in der Entscheidung jedenfalls nicht genannt. Die Kommission gibt sich im Wesentlichen damit zufrieden, dass die Abnehmer ihre Versorgungsquellen gegenwärtig breit streuen. Sie geht jedoch nicht darauf ein, wie sich der Zusammenschluss auf die Möglichkeit, zwischen verschiedenen Anbietern zu wechseln, auswirkt. Dies wäre insbesondere vor dem Hintergrund der festgestellten hohen Kapazitätsauslastung und mangelnder Kapazitätserweiterungen von besonderem Interesse gewesen.

**677.** In dem Verfahren Bertelsmann/Springer planten die beteiligten Unternehmen die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, in das fünf Druckereistandorte in Deutschland und eine im Bau befindliche Druckerei in Großbritannien eingebracht werden sollten. Von dem Zusammenschluss betroffen waren verschiedene Märkte für den Tiefdruck von Zeitschriften, Katalogen und Werbebeilagen. Bei der wettbewerblichen Würdigung konzentrierte sich die Europäische Kommission auf den deutschen Markt für den Tiefdruck von Zeitschriften. Hier führte der Zusammenschluss zu einer Vereinigung des Marktführers mit dem drittgrößten Wettbewerber. Die hohen absoluten und relativen Marktanteile der Parteien sowohl bei den Kapazitäten als auch auf dem Handelsmarkt verursachten zwar zunächst gewisse Wettbewerbsbedenken bei der Europäischen Kommission, diese wurden aber durch ihre Überlegungen zu den verfügbaren Kapazitäten ausgeräumt.

Gegen eine wettbewerbsbehindernde Wirkung des Zusammenschlusses sprach nach Ansicht der Kommission insbesondere der Umstand, dass aktuelle Wettbewerber in der Lage seien, im Fall einer Preiserhöhung durch die neue Unternehmenseinheit zusätzliche Kapazitäten bereitzustellen. Dies könne einerseits durch die Aktivierung bisher ungenutzter Kapazitäten und andererseits über die in den nächsten zwei bis drei Jahren geplanten Kapazitätserweiterungen erfolgen. Außerdem ermittelte die Kommission, dass sich eine Umschichtung von Produktionskapazitäten weg von Katalogen und Werbebeilagen hin zu Zeitschriften für die Wettbewerber als technisch möglich und gewinnbringend erweisen würde. Insgesamt ergab sich aufgrund der durchgeführten Marktuntersuchung eine zusätzliche Kapazität von ca. 200 Kilotonnen. Diese Kapazität übertraf laut Kommission den Kapazitätsanteil, den die Parteien insgesamt für den Zeitschriftendruck benötigten, um ca. 50 Kilotonnen. Darüber hinaus machte die Kommission mindestens drei konkrete potentielle Wettbewerber im nahe gelegenen Ausland aus, deren Kapazitäten im Falle einer Preiserhöhung genutzt und ihrerseits noch aufgestockt werden könnten. Vor diesem Hintergrund verneinte die Europäische Kommission einen Preiserhöhungsspielraum seitens der Zusammenschlussbeteiligten auf dem Markt für den Tiefdruck von Zeitschriften. Die Kapazitätsumschichtung würde auch nicht zu höheren Preisen bei Katalogen und Werbebeilagen führen, denn insoweit könnte auf Anbieter aus dem nahe gelegenen Ausland ausgewichen werden.

**678.** Die Monopolkommission steht dem Ansatz der Europäischen Kommission, die Möglichkeit eines Anbieterwechsels zu untersuchen, grundsätzlich positiv gegenüber. In diesem Zusammenhang spielen die existierenden und die für die nähere Zukunft geplanten Kapazitäten der Konkurrenten eine wichtige Rolle. Die beiden Aspekte können insbesondere bei homogenen Gütern hohe gemeinsame Marktanteile und erhebliche Marktanteilsadditionen relativieren und somit wichtige Anhaltspunkte für das tatsächliche Ausmaß der negativen Effekte eines Zusammenschlusses liefern. Allerdings ist auch zu beachten, dass die Produktionskapazitäten alleine die Position eines Unternehmens am Markt nicht eins zu eins widerspiegeln.

Trotz der grundsätzlich positiven Haltung der Monopolkommission gegenüber der Berücksichtigung von alternativen Anbietern und freien Kapazitäten verbleiben im vorliegenden Fall gewisse Zweifel an der Freigabeentscheidung. Angesichts des von der Europäischen Kommission zitierten Umstands, dass die Kundenbeziehungen sehr stabil sind und manche Zeitschriften bereits über mehrere Jahrzehnte von ein und demselben Unternehmen gedruckt werden, wurde die Neigung zu einem Anbieterwechsel möglicherweise überschätzt. Die Vertragslaufzeiten, die bei immerhin zwei bis fünf Jahren liegen, könnten einem schnellen Anbieterwechsel ebenfalls entgegenstehen. Daneben ist die vorliegende Entscheidung in einigen Punkten unklar, welche die konkreten Berechnungsmethoden der Europäischen Kommission und die ihren Analysen zugrunde liegenden Daten betreffen. Fragen dieser Art ergeben sich insbesondere im Hinblick auf

die ermittelten Anreize für eine Kapazitätsumschichtung hin zu Zeitschriften. Zu bemängeln ist vor allem, dass die Europäische Kommission lediglich Unternehmenszahlen der Zusammenschlussparteien nennt und – obwohl schon diese stark differieren – daraus Folgerungen für das künftige Verhalten der Konkurrenten zieht, statt die entsprechenden Zahlen der Wettbewerber selbst heranzuziehen. Außerdem greift die Europäische Kommission in diesem Zusammenhang auf „gewichtete Mittelwerte“ zurück, ohne zu erklären, wie sie die Gewichtung vorgenommen hat. Die Kommission sollte sich in künftigen Fällen um angemessenere Daten bemühen oder zumindest im Entscheidungstext erläutern, warum diese nicht verwendet wurden.

**679.** Der Zusammenschluss Sonoco/Ahlstrom wirkte sich unter anderem auf dem Markt für hochwertige Papierfabrikhülsen aus, auf dem die Kommission die Entstehung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung in der Region Skandinavien befürchtete. Neben hohen gemeinsamen Marktanteilen der Parteien zeichnete sich der Markt durch erhebliche Zutrittsschranken und das Fehlen von Nachfragemacht aus. Vor diesem Hintergrund hielt die Kommission selbst hohe Überschusskapazitäten – die große Mehrzahl der Konkurrenten gab an, dass sie ihre Produktion kurzfristig um 25 bis 30 Prozent steigern könnte – nicht für ausreichend, um die Marktmacht der fusionierten Einheit vollständig auszugleichen.

In dem Verfahren Continental/Phoenix untersuchte die Europäische Kommission den Aspekt der Produktionskapazitäten auf mehreren betroffenen Märkten. Ihrer Ansicht nach führte der Zusammenschluss auf dem Markt für schwere Stahlseilfördergurte zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. Die Kommission begründete dies unter anderem damit, dass für die Kunden kaum Möglichkeiten bestünden, auf Wettbewerber der Zusammenschlussparteien auszuweichen. Zwar verfügten alle Hersteller über freie Produktionskapazitäten, dieser Umstand spiele aber wegen des von den Kunden geforderten Qualifikationsverfahrens keine entscheidende Rolle. Ein solches Verfahren umfasse verschiedene Stufen und dauere z. T. mehrere Jahre. Es stelle somit ebenso wie die existierenden Exklusivlizenzen eine wichtige Markteintrittsbarriere für neue Anbieter dar. Nach den Erfahrungen der Vergangenheit genügten viele Anbieter den Qualitätsanforderungen der Kunden nicht, die deutschen Hersteller verfügten insoweit über einen maßgeblichen technologischen Vorsprung.

**680.** Die beiden Entscheidungen verdeutlichen, dass in jedem einzelnen Zusammenschlussfall eine Gesamtbeurteilung der Wettbewerbssituation vorgenommen werden muss. Auch freie Produktionskapazitäten der Konkurrenten stellen lediglich ein Kriterium von mehreren Marktstrukturmerkmalen dar, welche die Europäische Kommission bei ihrer Beurteilung von Zusammenschlüssen in Rechnung zu stellen hat. Insbesondere das Vorliegen hoher Marktzutrittsschranken kann die Existenz freier Kapazitäten relativieren. Diese Erkenntnis setzt die Europäische Kommission in den vorliegenden Entschei-

dungen in die Praxis um, indem sie in zutreffender Weise auf die Besonderheiten der betroffenen Märkte eingeht.

#### 3.4.4 Quantitative Analysen

**681.** Am 7. Januar 2004 gab die Europäische Kommission das Zusammenschlussvorhaben Lagardère/Natexis/VUP, mit dem das französische Unternehmen Lagardère die Kontrolle über die Vermögenswerte von Vivendi Universal Publishing (VUP) erwerben wollte, unter weitreichenden Zusagen frei. Lagardère ist unter anderem in dem Bereich Kommunikation/Medien/Verlagswesen präsent, VUP betätigt sich in verschiedenen Bereichen des Verlagswesens und nimmt Logistik- und Distributionsaufgaben wahr. Der Zusammenschluss wirkte sich auf verschiedenen Segmenten des Buchmarktes aus. Die Europäische Kommission nahm während des Verfahrens umfangreiche Ermittlungen vor, wertete mehrere ihr vorgelegte Studien aus und ließ selbst Gutachten anfertigen.

Die Europäische Kommission definierte innerhalb des Buchmarktes den Markt für Verlegerrechte in französischer Sprache, den Markt für Vertriebs- und Auslieferungsdienstleistungen sowie den Markt für den Verkauf von Büchern. Sämtliche dieser Märkte umfassen eine Reihe von separaten Teilmärkten: Auf dem Markt für Verlegerrechte differenzierte die Kommission zwischen dem Markt für die Erstverwertung von Titeln und dem Markt für die Zweitverwertung. Der Markt für die Erstverlegerrechte, bei dem sich Verlage und Autoren gegenüberstehen, sei weiter nach verschiedenen Buchkategorien – unter anderem allgemeine Literatur, Kinderbücher, Comics sowie akademische und berufsbezogene Titel – zu unterteilen. Darüber hinaus lasse sich der Markt für die Erstverlegerrechte bei allgemeinen Literaturtiteln in ein Segment für französische Originaltitel und ein Segment für ausländische Originaltitel einteilen. Bei den Zweitverlegerrechten, bei denen sich in der Regel zwei Verlage gegenüberstehen, sei zwischen Taschenbuchrechten an allgemeinen Literaturtiteln einerseits und Buchklubrechten andererseits zu unterscheiden.

Die Erbringung von Vertriebsdienstleistungen für Verlage und die Erbringung von Auslieferungsdienstleistungen für Verlage bilden nach Ansicht der Kommission separate Märkte. Bei Vertriebsdienstleistungen sei zu unterscheiden, ob der Verkauf an Fachmärkte und Stadtteilbuchhandlungen, an Verbrauchermärkte oder an Großhändler erfolge. Im Rahmen von Auslieferungsleistungen nahm die Kommission keine weitere Abgrenzung vor. In dem Markt für den Verkauf von Büchern grenzte die Kommission die Teilmärkte danach ab, ob der Verkauf an Wiederverkäufer durch Verlage oder durch Großhändler erfolgt. Im ersteren Fall unterschied die Kommission den verlegerseitigen Verkauf an Fachmärkte und Stadtteilbuchhandlungen, an Verbrauchermärkte und an Großhändler. Ferner sei zu berücksichtigen, ob es sich um großformatige Bücher oder um Taschenbücher handele. Außerdem stellten die verschiedenen Kategorien von Büchern, unter anderem Werke der allgemeinen Literatur, Kinderbücher, Führer/Handbücher, Nachschlagewerke, Comics, Schulbücher, Bücher mit Schulbuchcharakter, Kunstbücher,

kleinere Spezialzyklopädien, große Nachschlagewerke in Multimediaform oder Loseblattsammlungen, getrennte Produktmärkte dar. Von dem Verkauf an Wiederverkäufer sei der Endverbrauchermarkt zu unterscheiden. Bei diesem sei nur zwischen dem Markt für den Verkauf von größeren Nachschlagewerken in Buchform und von Büchern allgemein zu trennen.

**682.** Die Europäische Kommission kam zu dem Ergebnis, dass der Zusammenschluss auf einer ganzen Reihe von Einzelmärkten zur Entstehung oder Verstärkung marktbeherrschender Stellungen führen würde. Hiervon erfasst waren unter anderem die Märkte für die Erstverleger- und Zweitverlegerrechte an allgemeiner Literatur, die Märkte für die Erbringung von Verkaufs- und Auslieferungsdienstleistungen für Verlage sowie die Märkte für den Verkauf von allgemeiner Literatur, von Kinder-, Sach-, Wörter- und von Schulbüchern. Zur Begründung führte die Kommission das Zusammenwirken von horizontalen, vertikalen und konglomeraten Auswirkungen des geplanten Zusammenschlusses an. In erster Linie betonte die Kommission die hohen absoluten und relativen Marktanteile der fusionierten Einheit, die in der Regel aufgrund deutlicher Marktanteilsadditionen zustande kämen. Darüber hinaus seien die Zusammenschlussparteien – im Gegensatz zu ihren Konkurrenten – auf allen Stufen des Buchmarktes tätig und nähmen auf verschiedenen Märkten der Buchkette starke Stellungen bzw. marktbeherrschende Positionen ein. Die neue Unternehmenseinheit würde über ein weitreichendes Vertriebsnetz verfügen und hätte über den Verkauf von Taschenbüchern die Möglichkeit zur Zweitverwertung. Die Anziehungskraft der fusionierten Einheit auf Autoren werde noch wegen ihrer besonderen Finanzkraft und der starken Präsenz in Werbung und Medien erhöht.

Weder aktuelle noch potentielle Wettbewerber sind nach Auffassung der Kommission imstande, den Verhaltensspielraum der neuen Unternehmenseinheit zu beschränken. Die aktuellen Wettbewerber seien deutlich kleiner und entweder gar nicht oder nur in geringem Umfang vertikal integriert. Ihre Position auf den verschiedenen Märkten der Buchkette reiche nicht an die der Zusammenschlussparteien heran. Den Markteintritt neuer Konkurrenten hielt die Kommission für unwahrscheinlich. Insbesondere die Notwendigkeit, eigene Vertriebs- und Auslieferungswege sowie eine eigene Taschenbuchreihe aufzubauen, stellten erhebliche Hindernisse für einen Marktzutritt dar. Auch die stark fragmentierte Marktgegenseite sei nicht in der Lage, ein ausreichendes Gegengewicht zu bilden. Sie setze sich aus zahlreichen Einzelakteuren – den Autoren – zusammen, deren Größe und wirtschaftliche Stärke in keinem Verhältnis zu derjenigen der fusionierten Einheit stehe. Zudem legten die Autoren besonderen Wert auf das Renommé eines Verlages, die Dichte seines Vertriebs- und Auslieferungsnetzes sowie seine vertikale Integration in den Taschenbuchsektor, alles Bedingungen, welche die neue Unternehmenseinheit in besonderem Maße erfülle.

**683.** Aus der Entscheidung geht hervor, dass die Europäische Kommission umfassende und detaillierte Markt-

untersuchungen vorgenommen hat. Sie richtete mehrere Auskunftsverlangen an Verlage und holte Informationen von Autoren, Literaturagenten und Wiederverkäufern ein. Einzelne Auskunftsverlangen betrafen „Verbraucher-/Supermärkte“, „Buchhandlungen“, „Vertrieb/Auslieferung“, „Konglomerate Effekte“ sowie „Taschenbuchrechte“. Außerdem forderte sie von verschiedenen Verlagen und Wiederverkäufern bestimmte Verträge und Dokumente an. Die Kommission stützte ihre Entscheidung daneben auf öffentlich zugängliche Statistiken, die Studie eines unabhängigen ökonomischen Beratungsunternehmens sowie auf eine von der Anmelderin zu Verfügung gestellte Studie eines Marktforschungsinstituts. Im Rahmen der räumlichen Marktabgrenzung gab die Kommission selbst eine Vergleichsstudie in Auftrag. Diese sollte Aufschluss darüber geben, welche Rabatte die Zusammenschlussparteien den Wiederverkäufern in Frankreich, Belgien und Luxemburg für Bücher der allgemeinen Literatur, für Schulbücher und für Werke mit Schulbuchcharakter gewähren und nach welchem Verfahren die jeweiligen Rabatte festgelegt werden. Aus den Ergebnissen der Studie schloss die Kommission, dass die Märkte für Bücher der allgemeinen Literatur und für Werke mit Schulbuchcharakter das französischsprachige Becken Europas umfassen, wohingegen die Märkte für Schulbücher national abgegrenzt werden müssten.

**684.** Um die Bedeutung unilateraler Effekte auf dem Markt für allgemeine Literatur zu messen, ließ die Europäische Kommission eine ökonomische Studie anfertigen. Diese Studie entwickelt quantitative empirische Schätzungen eines integrierten Modells der Nachfrageseite und der Angebotsseite der französischen Büchermärkte. Diese Schätzungen bilden die Grundlage für Prognosen darüber, um wie viel die Ladenverkaufspreise für allgemeine Literatur aufgrund des Zusammenschlusses steigen und wie groß die sich daraus ergebenden Wohlfahrtsverluste der Konsumenten sein würden.

Zur Schätzung der Nachfrageseite wird unterstellt, dass Bücher differenzierte Güter sind, welche die Verbraucher in gewissem Maß, aber nicht vollkommen als Substitute betrachten. Die Intensität des Wettbewerbs zwischen zwei Titeln hängt von der Enge der Substitutionsbeziehungen ab. Diese werden auf der Grundlage des Modells für mehrere tausend Buchtitel, die zudem in verschiedenen Ladentypen verkauft werden, geschätzt. Die Schätzung beruht auf einem zweistufigen Ansatz, bei dem Substitutionsbeziehungen zwischen Titeln derselben Literaturgattung von Substitutionsbeziehungen zwischen Titeln verschiedener Literaturgattungen unterschieden wird. Dem liegt die Vorstellung zugrunde, dass die Preiserhöhung für einen Kriminalroman die Kunden eher auf einen anderen Kriminalroman ausweichen lässt als auf ein Buch einer anderen Literaturgattung.

Auf der Angebotsseite wird ein Modell des Preiswettbewerbs zugrunde gelegt, bei dem die Anbieter erwägen, dass die Erhöhung des Preises für ein Buch den Erlös pro Kunden steigert, gleichzeitig aber – entsprechend den für die Nachfrageseite ermittelten Substitutionsbeziehungen – eine gewisse Abwanderung von Kunden zu anderen

Büchern zur Folge hat.<sup>107</sup> Wechseln die Kunden zu anderen Büchern des eigenen Verlags, so bewirkt der Abwanderungseffekt nicht unbedingt eine Erlösminderung; werden die Preise für alle Bücher desselben Verlags gleichzeitig erhöht, so ist ein solcher Wechsel wohl überhaupt vernachlässigbar. Das Wettbewerbsverhalten des einzelnen Anbieters hängt vor allem davon ab, welche Abwanderung zu Büchern anderer Verlage bzw. zu den Nichtlesern, im Falle einer Preiserhöhung zu gewärtigen ist. Dies wiederum hängt davon ab, wie viele andere Verlage es gibt, wie viele Titel sie anbieten und welche Preise sie verlangen. Im Gleichgewicht hängt die Höhe des Preisaufschlags über die Grenzkosten von der Zahl der Firmen im Markt und von der Verteilung der Titelzahlen über diese Firmen ab. Je weniger Firmen es gibt und je stärker die angebotenen Titel sich auf wenige Firmen konzentrieren, desto höher sind die Preisaufschläge.

**685.** Nach dieser Logik führt die durch den Zusammenschluss zweier Verlage bewirkte Reduktion der Zahl der Anbieter dazu, dass die Gleichgewichtspreise der Bücher steigen, weil die Kunden im Fall von Preiserhöhungen weniger Wechselmöglichkeiten haben, mithin die Nachfrage für jeden einzelnen Anbieter weniger elastisch wird. Die ökonomische Schätzung versucht, diesen Effekt zu quantifizieren. Allerdings bleibt unklar, ob bzw. auf welche Weise dabei auch mögliche Änderungen in der Zahl der angebotenen Titel berücksichtigt wurden. Zu denken wäre einerseits an eine monopolistische Reduktion des Titelangebots, andererseits an einen Marktzutritt neuer Verlage mit anderen Titeln. Ebenfalls ausgeblendet werden die Reaktionen des Handels. Mangels geeigneter Daten wird davon ausgegangen, dass die Erhöhungen der Endkundenpreise den Verlegern zugute kommen und nicht teilweise bei den Händlern verbleiben. Unter diesen Annahmen begründet die empirische Schätzung die Vorhersage, dass als Folge der hier zur Diskussion stehenden horizontalen Effekte des Zusammenschlusses die Nettoladenverkaufspreise um durchschnittlich 4,5 Prozent ansteigen würden. Für die Verbraucher würden sich Wohlfahrtsverluste in Höhe von 6,0 Prozent der Konsumentenrente, entsprechend 1,5 Prozent des Umsatzes, ergeben.

**686.** Im Gegensatz zur Entscheidung der Kommission, bei der unterschiedliche Märkte für großformatige und Taschenbücher sowie für die verschiedenen Distributionskanäle abgegrenzt werden, wird in der ökonomischen Studie angenommen, dass alle Verkäufe allgemeiner Literatur in einem übergreifenden Modell erklärt werden können, in dem diese Unterscheidungen als solche keine Rolle mehr spielen, es sei denn sie spiegeln sich in den ökonomischen Schätzergebnissen. Auf diese Unstimmigkeit ist die Kommission in ihrem Beschluss jedoch nicht eingegangen.

Außerdem fällt auf, dass die Kommission nur sehr knapp erläutert, welche Schlussfolgerungen sie aus dem Preis-

steigerungsspielraum der fusionierten Einheit zieht. Insbesondere verzichtet sie darauf zu erklären, ob sie jedwede Möglichkeit zur Preissteigerung negativ beurteilt oder ob bestimmte Schwellen überschritten sein müssen. Aus dem vorliegenden Fall lässt sich eindeutig nur feststellen, dass ein Preissteigerungspotential in Höhe von 4,5 Prozent als bedenklich gewertet wird.

**687.** Der vorliegende Fall ist ein Beispiel für die Anwendung des *more economic approach* bereits vor Inkrafttreten der VO 139/2004 und vor der Einführung des SIEC-Tests. Die Kommission stützte ihre Entscheidung durchgängig auf das Untersagungskriterium der Marktbeherrschung. Dies bestätigt die Feststellung der Monopolkommission in ihrem letzten Hauptgutachten, wonach die Anwendung eines *more economic approach* nicht notwendigerweise eine Änderung des bisherigen Untersagungskriteriums voraussetzt.<sup>108</sup> Vielmehr kann ein verstärkt ökonomischer Ansatz auch im Rahmen des Marktbeherrschungstests verfolgt werden.

#### 3.4.5 Oligopolistische Marktbeherrschung

**688.** Die Europäische Kommission hat in mehreren Zusammenschlussfällen die Entstehung oder Verstärkung oligopolistischer Marktbeherrschung geprüft. Daraus resultierte etwa in den Verfahren *Air Liquide/Messer Targets* und *Areva/Urenco/ETC JV* die Auferlegung von Abhilfemaßnahmen. Eine entsprechende Untersuchung in den Fällen *Blackstone/Acetex, Group 4 Falck* sowie *Sony/BMG* ergab hingegen keine Bedenken der Kommission in Bezug auf gemeinsame marktbeherrschende Positionen.

Der Zusammenschluss zwischen der Sony Corporation und der Bertelsmann AG (BMG) betraf die Märkte für bespielte Tonträger, für Online-Musik und für Musikverlag. Die Kommission setzte sich in der vorliegenden Entscheidung hauptsächlich mit dem Markt für bespielte Tonträger auseinander, auf dem die Zusammenschlussparteien zu den führenden Unternehmen gehörten. Der Markt ist durch die Existenz von fünf großen, finanzstarken, überwiegend vertikal integrierten und weltweit tätigen Unternehmen sowie einer Vielzahl von kleinen, unabhängigen Musikanbietern charakterisiert. Die Kommission ging in einem ersten Schritt der Frage nach, ob in der Vergangenheit bereits kollektive Marktbeherrschung vorgelegen hat, die durch den Zusammenschluss verstärkt worden wäre. Dabei legte sie das Hauptgewicht ihrer Untersuchung auf eine Analyse der Preise in den vergangenen drei bis vier Jahren und kam zu dem Schluss, dass sie für eine entsprechende Feststellung nicht genug Beweise vorlegen könne. Daneben lasse sich der Nachweis einer kollektiven Marktbeherrschung auch nicht auf die bestehenden Marktstrukturen stützen. Anschließend untersuchte die Kommission die Entstehung von kollektiver Marktbeherrschung und räumte ein, dass die Verringerung der Anzahl der führenden Unternehmen von fünf auf

<sup>107</sup> Vergleiche Schwalbe, Ulrich, *Ökonomisierung der Fusionskontrolle – Nichtkoordinierte Effekte und der SIEC-Test*, Vorträge und Berichte des Zentrums für europäisches Wirtschaftsrecht Nr. 148, Bonn 2005, S. 11 ff.

<sup>108</sup> Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 228 ff.

vier eine Koordination der verbleibenden Wettbewerber grundsätzlich erleichtere. Es gebe aber keine Beweise dafür, dass durch den Zusammenschluss die Transparenz derart erhöht und Vergeltungsmaßnahmen derart erleichtert würden, dass kollektive Marktbeherrschung angenommen werden könnte.

**689.** Die Argumentation der Europäischen Kommission zur fehlenden Markttransparenz erscheint weder bei der von ihr vorgenommenen Preis- noch bei der Marktstrukturanalyse durchweg überzeugend. In beiden Fällen stützte sie ihre Feststellung auf die transparenzverringende Wirkung von campaign discounts, denen sie maßgebliches Gewicht beimaß. Die Bedeutung der campaign discounts (Werbekostenzuschüsse) – etwa im Verhältnis zu anderen Rabatten – wird jedoch in der Entscheidung nicht näher erläutert oder mit Zahlen belegt. Anzumerken bleibt ferner, dass die Europäische Kommission im vorliegenden Fall im Wesentlichen die Entstehung oder Verstärkung oligopolistischer Marktbeherrschung geprüft hat, obwohl sich im Sinne eines more economic approach auch eine Untersuchung unilateraler Effekte im Oligopol angeboten hätte. Die nationalen Märkte sind jeweils hochkonzentriert, der Zusammenschluss verbindet den europaweit viert- und fünftgrößten Wettbewerber und verringert die Zahl der Majors von fünf auf vier. Möglicherweise verzichtete die Kommission auf eine entsprechende Untersuchung, weil der Zusammenschluss bereits im Januar 2004 und somit vor Inkrafttreten der VO 139/2004 angemeldet worden war. Der in Artikel 2 FKVO aufgenommene SIEC-Test war somit noch nicht auf den Zusammenschluss anzuwenden (Artikel 26 FKVO). Damit hätte die Kommission allerdings zum Ausdruck gebracht, dass unilaterale Effekte im Oligopol ihrer Ansicht nach nicht mit dem Marktbeherrschungstest erfasst werden. Zumindest kann man die vorliegende Entscheidung so deuten, dass es die Kommission hinsichtlich dieser Frage nicht auf ein Gerichtsverfahren ankommen lassen wollte. Zu einer gerichtlichen Überprüfung wird es aller Wahrscheinlichkeit dennoch kommen, da das Unternehmen Impala Klage gegen die Freigabeentscheidung eingereicht hat. Es bleibt abzuwarten, ob das Gericht auf den Aspekt der unilateralen Effekte im Oligopol eingehen wird.

### 3.4.6 Effizienzvorteile

**690.** Mit der geplanten Reform der FKVO hat auch die Diskussion um eine Berücksichtigung von Effizienzvorteilen neue Impulse erhalten. Sie hat ihren Niederschlag in Erwägungsgrund 29 des neuen Gesetzestextes gefunden, wonach bei der Beurteilung von Zusammenschlüssen begründeten und wahrscheinlichen Effizienzvorteilen Rechnung getragen werden sollte. Nach Aussage des Gesetzgebers ist es möglich, dass die durch einen Zusammenschluss bewirkten Effizienzvorteile seine wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen, insbesondere den möglichen Schaden für die Verbraucher, ausgleichen könnten, so dass durch den Zusammenschluss wirksamer Wettbewerb nicht erheblich behindert würde. Außerdem enthält der Erwägungsgrund den Auftrag an die Europäi-

sche Kommission, in Leitlinien die Bedingungen darzulegen, unter denen sie Effizienzvorteile bei der Prüfung eines Zusammenschlusses berücksichtigen könne. Diesem Auftrag ist die Kommission mit den Randziffern 76 ff. der Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse nachgekommen. Hiernach müssen die Effizienzvorteile den Verbrauchern zugute kommen, fusionsspezifisch und überprüfbar sein, damit die Kommission geltend gemachte Effizienzvorteile bei der Beurteilung eines Zusammenschlusses berücksichtigen und diesen genehmigen kann. Die genannten Bedingungen müssen kumulativ vorliegen und von den Zusammenschlussparteien belegt werden.

**691.** Während des Berichtszeitraums hatte die Europäische Kommission in dem Verfahren Areva/Urenco/ETC JV Gelegenheit, sich auch praktisch mit Effizienzgesichtspunkten auseinanderzusetzen. Das vom französischen Staat kontrollierte Unternehmen Areva ist unter anderem bei der Urananreicherung tätig, die das Unternehmen auf der Basis der als überholt und teuer geltenden Gasdiffusionstechnologie durchführt. Der britische Urenco-Konzern bietet weltweit Dienstleistungen auf dem Gebiet der Urananreicherung mit der modernen Zentrifugentechnik an und entwickelt, konstruiert und produziert Zentrifugen für die Urananreicherung. Nach Auffassung der Europäischen Kommission hätte der Zusammenschluss eine gemeinsame beherrschende Stellung von Areva und Urenco auf dem europaweiten Urananreicherungsmarkt begründet. Die Europäische Kommission teilte ihre durch den Zusammenschluss hervorgerufenen Bedenken im Wesentlichen in drei Kategorien ein: Zum einen könnten die Parteien laut Gesellschaftsvertrag die Entscheidungen der jeweils anderen Seite über eine Aufstockung von deren Anreicherungs Kapazitäten kontrollieren. Zum anderen wären die beiden Hauptkonkurrenten auf dem betroffenen Markt nach dem Zusammenschluss in der Lage, explizite Absprachen über Kapazitäten zu treffen. Zum dritten sah die Kommission die Gefahr, dass durch das Gemeinschaftsunternehmen eine stillschweigende Verhaltensabstimmung über Lieferungen in der Europäischen Union erleichtert wird.

Den Ausführungen der Kommission zu den wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen des Zusammenschlusses folgt ein kurzer Absatz zu möglichen Effizienzvorteilen des Vorhabens. Offenbar hatten die Parteien derartige Gesichtspunkte vorgetragen, die allerdings in der Entscheidung selbst nicht dargestellt, geschweige denn näher erläutert werden. Die Europäische Kommission äußerte lediglich ihre Zweifel daran, ob die vorgebrachten Effizienzgesichtspunkte kausal auf den Zusammenschluss zurückzuführen seien. Eine weitere Erörterung hielt sie mit Hinweis auf die abgegebenen Verpflichtungszusagen für verzichtbar. Zwei weitere Textziffern der Entscheidung befassen sich mit den „positiven Aspekten“ des Vorhabens. Sie geben einen Hinweis darauf, was die Parteien vorgetragen haben könnten, nämlich dass der Zusammenschluss Areva den Zugang zu moderner Technologie eröffnet und damit einen Beitrag zur Versorgungssicherheit in Europa leistet.

**692.** An dem Vorgehen der Europäischen Kommission ist in mehrfacher Hinsicht Kritik zu üben. Zum einen bleibt aufgrund der Kürze der Ausführungen unklar, welche Art von Effizienzvorteilen die Parteien vorgetragen haben. Mangels eingehender Begründung kann auch nicht nachvollzogen werden, warum die Kommission die geltend gemachten Vorteile des Zusammenschlusses als nicht fusionsspezifisch abgelehnt hat. Ein solche Vorgehensweise wird der Problematik nicht gerecht, bildet doch gerade die mögliche Berücksichtigung von Effizienzvorteilen ein kontroverses Thema in der Diskussion um die Anwendung der Fusionskontrollregeln. Zum anderen lässt die Entscheidung an verschiedenen Stellen erkennen, dass die Europäische Kommission durchaus von „positiven Aspekten“ des Zusammenschlusses ausgegangen ist. Dadurch, dass gleichzeitig fusionsspezifische Effizienzvorteile kurzerhand abgelehnt worden sind, verursacht die Europäische Kommission selbst Zweifel daran, ob sie bei ihrer Fallbeurteilung nur reine Effizienzkriterien geprüft oder vielmehr auch industriepolitische Erwägungen zugrunde gelegt hat.

**693.** Darüber hinaus erscheint der Umgang mit möglichen Effizienzvorteilen im vorliegenden Fall aus systematischen Gründen verfehlt, soweit auf eine Prüfung der geltend gemachten Vorteile mit Hinweis auf die abgegebenen Verpflichtungszusagen verzichtet wird. Vielmehr wären zunächst die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen des Zusammenschlusses und die mit ihm verbundenen Effizienzvorteile umfassend zu untersuchen gewesen. In einem zweiten Schritt hätte die Abwägung von negativen und positiven Auswirkungen des Zusammenschlusses erfolgen müssen, und erst danach wäre zu entscheiden gewesen, ob Abhilfemaßnahmen überhaupt auferlegt werden können. Ein Zusammenschluss ist ohne Bedingungen und Auflagen freizugeben, wenn bei einer Abwägung die positiven Aspekte überwiegen. Abhilfemaßnahmen sind nur dann gerechtfertigt, wenn die Prüfung ergibt, dass keinerlei Effizienzvorteile entstehen oder die vorgenommene Abwägung zu dem Ergebnis führt, dass die wettbewerbsbeeinträchtigenden Aspekte des Zusammenschlusses die mit ihm verbundenen Effizienzvorteile überwiegen. Auch für den letztgenannten Fall ist nach Ansicht der Monopolkommission eine fundierte Auseinandersetzung mit den vorgebrachten Effizienzvorteilen unerlässlich. Denn vom Umfang und Gewicht dieser Vorteile hängt nicht nur das „Ob“, sondern auch das zulässige Ausmaß und der erforderliche Inhalt von Verpflichtungsmaßnahmen ab.

### 3.4.7 Verfahrensrechtliche Implikationen des more economic approach

**694.** Die Einführung des more economic approach in die europäische Fusionskontrolle ist Teil eines umfassenden Prozesses, der das gesamte europäische Wettbewerbsrecht erfasst. Eine stärkere ökonomische Betrachtungsweise wurde bereits im Recht der Kartellaufsicht implementiert, bei der Missbrauchskontrolle und im Beihilfenrecht sind entsprechende Bemühungen weit fortgeschritten. In der Fusionskontrolle wurde diese Entwicklung durch die Rechtsprechung des Gerichts erster Instanz beschleunigt, das im Jahr 2002 drei Untersa-

gungsentscheidungen der Europäischen Kommission aufgehoben hat. Der Kommission wurden eine mangelhafte Beweisführung und grobe Fehler bei der Einschätzung ökonomischer Sachverhalte vorgeworfen. Der more economic approach ist auch als Reaktion auf diese Vorwürfe zu verstehen. Der Versuch, die Beweisführung in Fusionskontrollfällen mittels einer verstärkt ökonomischen Betrachtungsweise zu verbessern, ist grundsätzlich zu begrüßen. Quantitative Analysen können die qualitative Beurteilung von Zusammenschlüssen sinnvoll ergänzen, indem sie die Transparenz und Nachvollziehbarkeit der Argumentation erhöhen. Bei der Einschätzung von Zusammenschlussfolgen auf Märkten mit hoher Produktdifferenzierung können sie die traditionelle Betrachtungsweise sogar zum Teil ersetzen.

**695.** Die Monopolkommission warnt allerdings davor, an die quantitative Beweisführung der Europäischen Kommission überzogene Anforderungen zu stellen. Vielmehr müssen die Beweisanforderungen in jedem Einzelfall an dem Umfang und der Qualität der verfügbaren Daten ausgerichtet werden. In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass die quantitative Beweisführung im Fall Lagardère/Natexis/VUP eine Ausnahme darstellt, die keinesfalls als Maßstab für einen allgemeinen Beweisstandard herangezogen werden darf. Nur aufgrund der außergewöhnlich umfangreichen Datenbasis war es in diesem Fall möglich, mehrere tausend Märkte in die quantitative Analyse einzubeziehen. Es wäre verfehlt, aufgrund des in diesem Fall betriebenen Aufwands zu fordern, dass die Europäische Kommission künftig in jedem anderen Verfahren vergleichbare Analysen durchzuführen hätte. Vielmehr ist der Einsatz quantitativer Methoden davon abhängig zu machen, welche Daten – im Hinblick auf Umfang, Qualität und Vergleichbarkeit – die Europäische Kommission im Einzelfall vorfindet oder mit vertretbarem Aufwand ermitteln kann. Beispielsweise zeigen die Fälle Blackstone/Acetex und Siemens/VA Tech, dass auch bei ungünstiger Datenlage wichtige Erkenntnisse mittels quantitativer Analysen möglich sind. Diese tragen zur Klärung von Zweifelsfragen bei und fördern die Transparenz und Nachvollziehbarkeit von behördlichen Entscheidungen.

**696.** Die Monopolkommission verkennt nicht, dass mit dem more economic approach auch Probleme verbunden sind. Eine verstärkt ökonomische Vorgehensweise verlangt die Erhebung von Daten, die früher nicht erhoben worden sind, sowie deren eingehende Analyse. Damit können die Auswahl der Daten, das Verfahren der Datenerhebung sowie die Auswertung der Daten zum Gegenstand rechtlicher Streitigkeiten werden. Ein Beispiel dafür ist der US-amerikanische Prozess im Fall Oracle/PeopleSoft, in dem der zuständige District Court die vom Department of Justice beigebrachten Zeugenaussagen im Zusammenhang mit dem SSNIP-Test nicht als Beweis genügen ließ. Das Gericht forderte vielmehr die Vorlage von Berechnungen über die bei einem Anbieterwechsel anfallenden Kosten.<sup>109</sup> Auf europäischer Ebene ist insbesondere deshalb mit Rechtsstreitigkeiten in Bezug auf den

<sup>109</sup> Vergleiche oben Tz. 631.

more economic approach zu rechnen, weil dieser in der Fusionskontrollpraxis eine relativ neue Entwicklung darstellt. Mit zunehmender Erfahrung der Europäischen Kommission und der betroffenen Unternehmen dürften sich die angesprochenen Probleme aber verringern. Soweit in Einzelfällen Zweifelsfragen verbleiben, muss die Rechtsprechung Leitlinien für die Datenerhebung und -analyse vorgeben, welche die Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit von Entscheidungen auch insoweit sicherstellen.

**697.** Der more economic approach und die gerichtlich festgestellten Beweisanforderungen an die Europäische Kommission erfordern in verstärktem Maß die Erhebung von Informationen und die Analyse großer Datenmengen. Die Frage, ob sich dies negativ auf die Verfahrensdauer ausgewirkt hat, lässt sich nach den bisherigen Erfahrungen nicht eindeutig beantworten. Während des Berichtszeitraums hat die Europäische Kommission drei Zweite-Phase-Verfahren auf der Basis von Auskunftsbeschlüssen nach Artikel 11 i. V. m. Artikel 10 Abs. 4 FKVO ausgesetzt. Nach Artikel 10 Abs. 4 FKVO sind die Verfahrensfristen gehemmt, bis die durch die Kommission angeforderten Informationen von den Zusammenschlussparteien übermittelt werden. Mit Oracle/PeopleSoft wurde zwar das bislang längste Verfahren der europäischen Fusionskontrolle beendet. Von der Anmeldung des Zusammenschlusses bis zur Entscheidung vergingen rund zwölf Monate. Dies dürfte allerdings kein Ausfluss des more economic approach sein, sondern auf das US-amerikanische Parallelverfahren zurückzuführen sein. Sowohl die Kommission als auch die Zusammenschlussparteien waren daran interessiert, den Ausgang des kartellrechtlichen Prozesses in den USA abzuwarten, was dazu führte, dass die Fristhemmung in beiderseitigem Einvernehmen stattgefunden hat. In den Verfahren Lagardère/Natexis/VUP und E.ON/Mol ging es dagegen um reine Informationsbeschaffung, die zu einer Verlängerung der Verfahrensfrist um ca. acht Wochen bzw. um acht Tage führte. Ansonsten sind keine Aussetzungsbeschlüsse in der zweiten Verfahrensphase ergangen.

Es bleibt daher abzuwarten, ob die Europäische Kommission den neuen Anforderungen in den derzeit geltenden Fristen gerecht werden kann oder sich in Zukunft Auskunftsbeschlüsse und Fristhemmungen häufen werden. Vieles wird auch von der Informationspolitik der beteiligten Unternehmen abhängen. Gegebenenfalls muss über weitere gesetzliche Änderungen der allgemeinen Prüfungsfristen oder eine Aufstockung des Personals insbesondere beim Team des Chefökonomens nachgedacht werden. Es wird darüber hinaus zu beobachten sein, ob die Kommission sich in Zukunft verstärkt auf die ihrer Ansicht nach schwerwiegenden Fälle konzentriert, eine Entwicklung, die im Bereich der Kartell- und Missbrauchsaufsicht durch die VO 1/2003 bereits gesetzlich verankert ist und sich im Bereich der Fusionskontrolle z. B. durch eine vermehrte Beanspruchung des vereinfachten Verfahrens durchsetzen könnte.

### 3.5 Abhilfemaßnahmen

**698.** Im Berichtszeitraum hat die Europäische Kommission 27 Erste-Phase-Fälle und sieben Zweite-Phase-Fälle

nur unter Bedingungen und Auflagen erlaubt. In beiden Verfahrensabschnitten haben die Unternehmen größtenteils Veräußerungszusagen abgegeben, z. T. in Verbindung mit weiteren Zusagen. Die Verpflichtung zur Veräußerung hat etwa in den Fällen Siemens/VA Tech, Syngenta/Advanta, Group 4 Falck/Securicor, Owen-Illinois/BSN Glasspack und Cytec/UCB-Surface Specialities dazu geführt, dass sämtliche oder fast alle durch den Zusammenschluss herbeigeführten Marktanteilsüberschneidungen wieder entfielen. In dem Verfahren Sonoco/Ahlstrom gaben die Parteien zusätzlich eine so genannte Upfront-Buyer-Zusage ab. Daraus folgte, dass der geplante Zusammenschluss erst vollzogen werden durfte, nachdem ein verbindlicher Kaufvertrag für den von der Zusage betroffenen Unternehmensteil geschlossen worden war und die Europäische Kommission ihre Zustimmung zu dem Erwerber erteilt hatte.

**699.** Wettbewerbliche Bedenken der Europäischen Kommission konnten während des Berichtszeitraums nicht nur mit Veräußerungszusagen, sondern auch im Wege von verhaltensorientierten Zusagen beseitigt werden. Dies gelang den Zusammenschlussparteien z. B. in den Verfahren Areva/Urenco/ETC JV und E.ON/Mol sowie Total/Gaz de France und Piaggio/Aprilia. In den drei erstgenannten Fällen griff die Kommission auf ihre seit einigen Jahren zunehmende Praxis zurück, nationale Wettbewerbs- oder Regulierungsbehörden bzw. europäische Aufsichtsbehörden in die Überwachung der Zusagendurchführung einzubeziehen. Diese Art der Arbeitsteilung birgt zweifellos Vorteile. Zum einen kann die Europäische Kommission ihren eigenen Kontrollaufwand erheblich reduzieren und ihre knappen Ressourcen verstärkt der Fallentscheidung widmen. Angesichts der beträchtlichen Zahl kontrollpflichtiger Abhilfemaßnahmen bestünde ohne die Kooperation mit anderen Behörden sogar die Gefahr, dass eine gründliche Begleitung und Beobachtung des Umsetzungsprozesses unterbliebe. Hinzu kommt, dass die nationalen Aufsichtsbehörden aufgrund ihrer räumlichen Nähe zu den betroffenen Märkten und ihrer besonderen Erfahrungen etwa im Energiebereich häufig besser zur Beobachtung der Zusagenumsetzung geeignet sind als die Europäische Kommission. Mit der Einbeziehung von nationalen Behörden wird schließlich auch dem Subsidiaritätsprinzip Rechnung getragen.

Problematisch wäre es allerdings, wenn die Europäische Kommission sich völlig aus der Kontrolle der Zusagendurchführung zurückziehen würde. Gerade im Hinblick auf die in vielen Mitgliedstaaten zu beobachtenden industriepolitischen Strömungen ist zu fordern, dass die Europäische Kommission letztentscheidende Kontrollinstanz bleibt und über die Möglichkeit verfügt, jederzeit in den Prozess der Zusagenumsetzung einzugreifen. In diesem Zusammenhang ist positiv zu vermerken, dass die Europäische Kommission beispielsweise in dem Verfahren Total/Gaz de France neben der Kooperation mit der französischen Energiebehörde auch für die Einsetzung eines Treuhänders gesorgt hat, der ihr direkt zu berichten hat. In diesem Sinne ebenfalls begrüßenswert ist die Einschaltung der Euratom-Versorgungsagentur (ESA) im Fall

Areva/Urenco/ETC JV, die unter der Aufsicht der Europäischen Kommission steht.

**700.** Die Europäische Kommission hat im Berichtszeitraum erneut unverbindliche Zusagen entgegengenommen. In dem Fall Cytec/UCB-Surface Specialities genehmigte die Kommission den Erwerb des Oberflächenspezialitätengeschäfts von UCB durch Cytec wegen der wettbewerblichen Bedenken auf zwei Aminoharzmärkten nur unter Bedingungen und Auflagen. Cytec verpflichtete sich zur Veräußerung eines Werkes in Deutschland, auf das fast seine gesamte europäische Fertigung dieser Produkte entfiel. Daneben boten die Parteien an, ein Werk in den USA zu veräußern sowie einen Lohnfertigungsvertrag in Kanada aufzulösen. Dieses Angebot wurde nicht zum Inhalt von verbindlichen Bedingungen und Auflagen gemacht. Die schon früher geäußerten Bedenken gegen unverbindliche Zusagen bestehen fort. Die Europäische Kommission hat keinerlei Handhabe gegen die Zusammenschlussparteien, um die Durchführung derartiger Zusagen zu erzwingen. Ferner stehen bei fehlender Umsetzung der Zusagen keine Sanktionsmöglichkeiten bereit. Dem Wesen nach sind unverbindliche Zusagen reine Absichtserklärungen der Parteien, die deshalb nicht entscheidungserheblich sind. Die Europäische Kommission hat diesen Bedenken im vorliegenden Fall Rechnung getragen und ausdrücklich festgestellt, dass die auf die USA und Kanada bezogenen Zugangsangebote keinen Einfluss auf ihre Entscheidung hatten.

### 3.5.1 Die Studie der Europäischen Kommission über Abhilfemaßnahmen

**701.** Im Oktober 2005 legte die Europäische Kommission einen Bericht über eine von ihr durchgeführte Untersuchung von Abhilfemaßnahmen bei Zusammenschlüssen vor.<sup>110</sup> Die Kommission hat 40 Entscheidungen aus den Jahren 1996 bis 2002, in denen 96 Abhilfemaßnahmen auferlegt worden waren, auf ihre Konzipierung, Umsetzung und Effizienz geprüft. Die Kommission untersuchte 84 Veräußerungszusagen, die im Mittelpunkt der Prüfung standen, sowie zwölf andere Zusagen. Bei den 84 Veräußerungszusagen ermittelte die Kommission 194 ernsthafte Probleme in Bezug auf ihre Konzipierung und Durchführung. Davon wurden lediglich ca. 70 Prozent innerhalb von drei bis fünf Jahren seit Abgabe der jeweiligen Zusage gelöst, die restlichen Probleme blieben ungelöst. Als besonders schwierig erwies sich die Bestimmung des richtigen Umfangs des zu veräußernden Geschäftsbereichs sowie dessen Getrennthaltung während der Zeit bis zur Veräußerung. Häufig bereiteten auch die mangelnde Eignung des Erwerbers, die Bestellung eines qualifizierten Treuhänders, das Monitoring sowie der Veräußerungsprozess und der Transfer des erworbenen Unternehmensteils Probleme. Die Studie kommt zu dem Ergebnis, dass nur 57 Prozent der Abhilfemaßnahmen effektiv waren, in 24 Prozent der Fälle werden sie als teilweise wirksam und in 7 Prozent der Fälle als unwirksam bezeichnet. 12 Pro-

zent der Fälle entzogen sich einer Beurteilung. Es stellte sich heraus, dass der Erwerb von Anteilen an Gemeinschaftsunternehmen durch die jeweiligen JV-Partner besonders wirksam gewesen ist, während die Vereinbarung von Zugangsrechten zu Infrastruktur oder Technologie die am wenigsten effektive Maßnahme bildete.

**702.** Die Monopolkommission begrüßt die Durchführung der vorliegenden Untersuchung ausdrücklich. Sie hält es darüber hinaus für wünschenswert, dass die Europäische Kommission regelmäßig über die Implementierung von Abhilfemaßnahmen berichtet. Bislang hat die Europäische Kommission Informationen darüber, ob und wie die in Zusammenschlussfällen auferlegten Abhilfemaßnahmen realisiert wurden und welche Probleme dabei aufgetreten sind, nur selten veröffentlicht. Eine Ex-post-Betrachtung kann jedoch wichtige Informationen über die Wirksamkeit von Zusagen im Einzelfall geben und darüber hinaus notwendige Anhaltspunkte für die Zusagen-gestaltung im Allgemeinen liefern. Die Monopolkommission empfiehlt daher, die in der Studie enthaltenen Verbesserungsansätze möglichst zeitnah in die Mitteilung über zulässige Abhilfemaßnahmen, die Leitlinien über Best Practices und die Musterformulare für Veräußerungszusagen einzuarbeiten. Die Monopolkommission unterstützt insbesondere den mehrfach in der Studie geäußerten Vorschlag, stärkeren Gebrauch von Upfront-Buyer-Zusagen zu machen. Dabei verkennt sie nicht, dass einige – auch wettbewerbsrechtlich bedenkliche – Transaktionen überhaupt erst dadurch möglich werden, dass Teile des zu erwerbenden Unternehmens im Vorhinein an einen Dritten verkauft werden. Mit Hilfe des hierbei erzielten Verkaufserlöses wird dann die Finanzierung der eigentlichen Übernahme sichergestellt. Die Monopolkommission bewertet die damit eventuell verbundenen Nachteile aber geringer als die Vorteile, die mit Upfront-Buyer-Zusagen einhergehen. Diese geben den Zusammenschlussparteien einen wirksamen Anreiz, sich unverzüglich und nach Kräften um einen Erwerber für den problematischen Unternehmensteil zu bemühen und dessen Transfer ohne Verzögerung oder sonstige Behinderungen des Käufers vorzunehmen. Da der Zusammenschluss erst nach dem Verkauf des zu veräußernden Unternehmensteils vollzogen werden darf, können viele der in der Studie dargestellten Probleme mittels einer Upfront-Buyer-Zusage umgangen werden.

Daneben bestärken die Ergebnisse der vorgelegten Studie die Monopolkommission in ihrer Zurückhaltung gegenüber Zusagen, die den Zugang von Wettbewerbern zur Infrastruktur der Zusammenschlussparteien beinhalten. Sie haben sich unter allen Zusagetypen als am wenigsten effektiv herausgestellt. Außerdem zeigt die vorgenommene Untersuchung, dass eine gewisse Skepsis auch gegenüber Veräußerungszusagen angebracht ist. Aus der Studie geht hervor, dass viele der im Zusammenhang mit Veräußerungszusagen auftretenden Schwierigkeiten erst nach mehreren Jahren ausgeräumt werden konnten und immerhin 30 Prozent der auftretenden Schwierigkeiten ungelöst blieben. Selbst die Verpflichtung zur Aufhebung sämtlicher Unternehmensüberschneidungen, die grundsätzlich als ein geeignetes Mittel zur Beseitigung von Wettbe-

<sup>110</sup> DG COMP, European Commission, Merger Remedies Study, October 2005, <http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/others/#study>.

werbsbedenken angesehen wird, führte in der Vergangenheit zu erheblichen Problemen. Aufgrund der Untersuchungsergebnisse muss die Wirksamkeit von Zusagen insgesamt als erheblich eingeschränkt angesehen werden, da nur gut die Hälfte der untersuchten Abhilfemaßnahmen ihr Ziel erreichten. Dieser Umstand sollte die Europäische Kommission dazu veranlassen, ihre Haltung gegenüber Abhilfemaßnahmen in grundlegender Weise zu überdenken. Die relativ geringe Wirksamkeit von Zusagen ist bei jeder Abwägung zwischen einer Freigabeentscheidung unter Auflagen einerseits und einer Untersagungsentscheidung andererseits in Rechnung zu stellen. Dies muss um so mehr in Fällen gelten, bei denen eine Genehmigung nur mittels umfangreicher Maßnahmenpakete möglich ist. Hier dürften die beobachteten Schwierigkeiten bei der Prognose der Zusagenfolgen, bei der Bestimmung des geeigneten Verpflichtungsumfangs und bei der Überwachung der Zusagendurchführung vermehrt auftreten.

### 3.5.2 Grenzen des Verpflichtungsumfangs?

**703.** In dem Verfahren Lagardère/Natexis/VUP konnten die ernsthaften Bedenken der Europäischen Kommission gegen den Zusammenschluss nur mittels weitreichender Zusagen ausgeräumt werden. Lagardère musste sich verpflichten, den größten Teil des erworbenen Unternehmens VUP wieder zu veräußern. Auf den Veräußerungsgegenstand entfielen rund 65 Prozent des weltweiten Umsatzes von VUP und rund 75 Prozent des Umsatzes, den VUP auf den französischsprachigen Buch- bzw. Verlagsmärkten erzielte. Dieser Umstand wirft die Frage auf, ob es von den Regelungen der FKVO gedeckt ist, einen Zusammenschluss mit der Verpflichtung freizugeben, den größeren Teil des erworbenen Geschäfts wieder zu veräußern. Im Extremfall könnte die Europäische Kommission dann einen Zusammenschluss unter der Bedingung genehmigen, das gesamte erworbene Unternehmen sofort wieder zu verkaufen. Nach Ansicht der Monopolkommission sprechen die besseren Gründe dafür, Zusammenschlussvorhaben, die derartig starke Wettbewerbsbedenken hervorrufen, zu verbieten. Gerade vor dem Hintergrund der oben erwähnten Studie erscheint die Festlegung umfangreicher Maßnahmenpakete als äußerst bedenklich. Es ist daran zu erinnern, dass sich nach den Untersuchungen der Europäischen Kommission lediglich 57 Prozent der vereinbarten Zusagen als wirksam erwiesen haben. Die mit der Zusagenumsetzung verbundenen Schwierigkeiten dürften mit dem Umfang der auferlegten Abhilfemaßnahmen noch zunehmen. Außerdem erhöht sich mit zunehmendem Umfang der Abhilfemaßnahmen die Gefahr, dass die Wettbewerbsbehörden übermäßigen Einfluss auf die Gestaltung der Marktstrukturen nehmen. Die Höchstgrenze für Bedingungen und Auflagen, bei der eine Freigabe noch tolerabel erscheint, liegt nach Auffassung der Monopolkommission bei etwa 50 Prozent des Erwerbsgegenstands. Dabei ist der Europäischen Kommission eine gewisse Flexibilität zuzubilligen, damit auch im Einzelfall praktikable Lösungen gefunden werden können. Um die Zusammenschlussparteien nicht durch eine Verbotsentscheidung zu belasten, müsste den Unter-

nehmen durch rechtzeitige Information seitens der Kommission die Möglichkeit gegeben werden, ihre Anmeldung im Vorfeld zurückzuziehen und den modifizierten Zusammenschluss neu anzumelden.

### 3.5.3 Veräußerungszusagen

**704.** In einer ganzen Reihe von Fällen hat die Europäische Kommission Veräußerungsverpflichtungen von den Zusammenschlussparteien gefordert. Veräußerungszusagen weisen einen strukturellen Charakter auf und sind daher grundsätzlich geeignet, auf der Änderung von Marktstrukturen beruhende Wettbewerbsbehinderungen zu beseitigen. Im Einzelfall kann ihre nähere Ausgestaltung dennoch zu Bedenken Anlass geben. Das Zusammenschlussvorhaben Johnson & Johnson/Guidant wirkte sich auf dem Sektor für medizinische Geräte und Zubehör aus und hätte zu erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigungen auf dem Markt für steuerbare Herz-Führungsdrähte, auf mehreren Märkten für Stents sowie auf einem Markt im Bereich Herzchirurgie geführt. Die Abhilfemaßnahmen, deren strukturellen Charakter die Kommission betonte, sahen für jeden der genannten Märkte die Veräußerung bestimmter Unternehmensteile vor. Im Bereich steuerbarer Führungsdrähte sollten Johnson & Johnsons Kundenlisten, Lagerbestände und Markenrechte verkauft werden. Im Bereich Stents verpflichteten sich die Parteien zur Veräußerung der EWR-weiten Aktivitäten von Guidant. Allerdings sollte die Veräußerung in den genannten Bereichen jeweils unter Ausschluss von Produktionsstätten und -mitteln erfolgen. Damit klammern die Zusagen einen wichtigen Teil der Wertschöpfungskette – die Produktion – völlig aus. Es erscheint daher fraglich, ob die eingegangenen Verpflichtungen dennoch geeignet sind, die geäußerten Wettbewerbsbedenken zu beseitigen.

**705.** Dies dürfte im Fall der Führungsdrähte zu bejahen sein. Aus der Entscheidung der Europäischen Kommission geht hervor, dass Johnson & Johnson ebenso wie viele seiner Konkurrenten die von ihm verwendeten Führungsdrähte von Dritten bezieht. Diese Möglichkeit stehe für den Erwerber des Geschäftsbereichs ebenfalls offen, so dass der zu veräußernde Unternehmensteil auch ohne Übertragung von Produktionsstätten lebensfähig sei. Laut Kommission hat die Marktuntersuchung dieses Ergebnis bestätigt. Weniger überzeugend ist die Argumentation der Europäischen Kommission in Hinsicht auf die Märkte für Stents. Hier dürften eher pragmatische Gründe ausschlaggebend gewesen sein, die Veräußerung des Geschäftsbereichs ohne Produktionsanlagen zu fordern. Offenbar fehlte es nämlich an veräußerungsfähigen Produktionsstätten innerhalb des EWR, da die Zusammenschlussparteien ihre Produktions- sowie Forschungs- und Entwicklungsstätten in den USA zentralisiert hatten. Die Kommission erklärte die auferlegten Abhilfemaßnahmen dennoch für ausreichend, weil sich die Parteien zusätzlich zur Veräußerung verpflichtet hatten, den Käufer beim Aufbau eigener Produktionskapazitäten zu unterstützen und zwischenzeitlich mit von ihnen hergestellten Produkten zu beliefern. In Bezug auf Forschung und Entwicklung hatten die Parteien zugesagt, dem Erwerber alle für

den Geschäftsbereich notwendigen Informationen in angemessener und verständlicher Weise mitzuteilen.

**706.** Obwohl die dargestellte Veräußerungszusage auf den ersten Blick rein struktureller Natur ist, weist sie doch bei näherer Betrachtung eine ganze Reihe verhaltensbezogener Bestandteile auf. Die Verpflichtungen zur Aufbauhilfe und zur Datenübermittlung in Bezug auf die Forschungs- und Entwicklungsaktivitäten bieten zahlreiche Möglichkeiten für eine Behinderung des Erwerbers und sind kaum zu kontrollieren. Daran ändert auch das im Zusagentext verankerte Schiedsverfahren für Streitigkeiten zwischen der neuen Unternehmenseinheit und dem Erwerber des betroffenen Unternehmensteils nur wenig. Darüber hinaus bleibt die Kommission auch im Rahmen dieses Schiedsverfahrens letztentscheidend, so dass sich ihr Tätigwerden über Jahre hinweg als erforderlich erweisen kann. Die Unterstützung beim Aufbau der Produktionsanlagen gibt den Zusammenschlussparteien darüber hinaus die Gelegenheit, detaillierte Einblicke in den Geschäftsbereich ihres künftigen Wettbewerbers zu nehmen. Aus dem Entscheidungstext geht ferner nicht hervor, über welchen Zeitraum hinweg der Erwerber auf Informationen aus der Forschungs- und Entwicklungsabteilung der Parteien angewiesen sein wird. Die entsprechende Zusage bezieht ganz allgemein auch künftige Forschungsergebnisse mit ein.

An der Eignung der Zusage bestehen darüber hinaus deshalb Zweifel, weil die Befragung der Marktteilnehmer ergeben hatte, dass der veräußerte Geschäftsbereich ohne Produktionsanlagen nur dann lebensfähig sein werde, wenn der Käufer einer der wenigen großen Wettbewerber ist. Im Rahmen der Wettbewerbsanalyse hatte die Kommission festgestellt, dass die betroffenen Märkte eine hohe Konzentration aufwiesen, bei der die drei bzw. vier größten Unternehmen gemeinsame Marktanteile in Höhe von ca. 70 bis 95 Prozent auf sich vereinigten. Es besteht daher die Gefahr, dass aufgrund der Freigabeentscheidung der Kommission nicht nur die sowieso schon geringe Anzahl großer Anbieter um einen vermindert, sondern im Wege der Zusage wahrscheinlich auch die Position eines weiteren Incumbent verstärkt wird. Die Veräußerung an einen kleineren Konkurrenten hätte sich hier möglicherweise positiver auf die Wettbewerbssituation ausgewirkt. Sie kam jedoch – laut Europäischer Kommission – aus finanziellen Gründen von vornherein nicht in Betracht.

### 3.5.4 Verhaltensorientierte Zusagen

**707.** Der Europäische Gerichtshof hat in seiner Entscheidung Europäische Kommission/Tetra Laval die vom Gericht erster Instanz aufgestellten Kriterien für die Behandlung verhaltensorientierter Zusagen bestätigt.<sup>111</sup> Das EuG hatte bereits in den Urteilen Gencor/Kommission und ARD/Kommission erläutert, dass strukturorientierten Abhilfemaßnahmen bei fusionskontrollrechtlichen Ent-

scheidungen zwar grundsätzlich der Vorzug zu geben sei.<sup>112</sup> Es sei aber nicht a priori auszuschließen, dass sich auf den ersten Blick verhaltensbezogene Verpflichtungen ebenfalls eignen, die Entstehung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung zu verhindern. Daher müssten angebotene Zusagen im Einzelnen untersucht werden, ohne dass es darauf ankomme, ob sie jeweils als verhaltensbezogene oder als strukturorientierte Verpflichtung qualifiziert werden könnten. Dieser Ansicht schloss sich der EuGH an und zog den Schluss, dass die Europäische Kommission im Fall Tetra Laval/Sidel die verhaltensbezogenen Abhilfemaßnahmen nicht pauschal hätte ablehnen dürfen. Vielmehr hätte sie sich auf jeden Fall näher mit den Zusagen auseinandersetzen und eine Einzelprüfung vornehmen müssen, die hier unterblieben war.

Die Aufforderung der Rechtsprechung, sich mit jeder angebotenen Zusage detailliert auseinanderzusetzen, hat die Europäische Kommission im Berichtszeitraum z. B. im Verfahren EDP/ENI/GDP in die Praxis umgesetzt. Dies bestätigte das Gericht erster Instanz in dem Prozess, den EDP gegen die Untersagung des Zusammenschlusses angestrengt hatte.<sup>113</sup> Das Gericht stellte – entgegen dem Vortrag der Klägerin – fest, dass die Kommission die angebotenen Verhaltenszusagen nicht ohne weitere Begründung zurückgewiesen, sondern im Einzelnen ausgeführt habe, warum die Zusagen nicht zur Beseitigung der Wettbewerbsbedenken ausreichen. Ferner ist den Ausführungen des Gerichts zu entnehmen, dass der Europäischen Kommission bei der Beurteilung verhaltensbezogener Zusagen ein weiter Beurteilungsspielraum eingeräumt wird, sofern sie ihrer grundsätzlichen Pflicht zur Prüfung solcher Zusagen nachgekommen ist.

**708.** In dem Verfahren Total/Gaz de France stellte die Europäische Kommission erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen auf mehreren Gasmärkten in Frankreich fest. Sie gab den Zusammenschluss daher nur unter der Bedingung frei, dass Total den nicht diskriminierenden und transparenten Zugang zu seinen Transport- und Speichereinrichtungen im Südwesten Frankreichs sicherstellte. Diese Zusage wurde durch weitere Verpflichtungen ergänzt. Insbesondere sollten im Falle eines Lieferantenwechsels seitens eines Kunden die nötigen Transport- und Speicherkapazitäten von dem bisherigen Lieferanten auf den neuen Lieferanten übergehen. Total sollte ferner für den Fall, dass es bei den Eintrittspunkten zu seinen Netzen zu Engpässen komme, einen Allokationsplan veröffentlichen. Zudem musste Total einen Release-Mechanismus bezüglich ungenutzter Transportkapazitäten entwickeln, um die missbräuchliche Zurückhaltung von Kapazitäten zu verhindern. Schließlich sollte Total den Verkauf von Transport- und Lagerkapazitäten durch Dritte erlauben, damit sich ein Zweitmarkt entwickeln könne.

<sup>111</sup> EuGH, Urteile vom 15. Februar 2005, Rs. C-12/03 P und C-13/03, Kommission/Tetra Laval.

<sup>112</sup> EuG, Urteil vom 25. März 1999, Rs. T-102/96, Gencor/Kommission, Tz. 319; EuG, Urteil vom 30. September 2003, Rs. T-158/00, ARD/Kommission, Tz. 193.

<sup>113</sup> EuG, Urteil vom 21. September 2005, Rs. T-87/05, EDP/Kommission.

**709.** Festzuhalten ist einerseits, dass die Rechtsprechung Zusagen hinsichtlich des diskriminierungsfreien Zugangs zu Infrastruktureinrichtungen für zulässig hält, sofern die Verpflichtungen über eine reine Wiederholung bestehender Gesetze hinausgehen.<sup>114</sup> Zwar schreiben sowohl die zweite Gasrichtlinie als auch das französische Recht einen diskriminierungsfreien Zugang vor. Der Zusagentext enthält aber eine ganze Reihe weiterer Verpflichtungen, die über die gesetzlichen Vorgaben hinausgehen. Andererseits bestehen gegen die Eignung von Zugangszusagen ernsthafte Bedenken grundsätzlicher Natur. Sie beinhalten ein hohes Missbrauchs- und Behinderungspotential und erfordern eine umfangreiche Kontrolle seitens der Behörden. Die erheblichen Schwierigkeiten bei der Umsetzung derartiger Abhilfemaßnahmen werden von der oben erwähnten Studie der Europäischen Kommission bestätigt. Hiernach haben sich Zugangszusagen in der Vergangenheit als besonders ineffektiv erwiesen. Zudem hat die Europäische Kommission bereits in dem Verfahren Veba/Viag vergleichbare Durchleitungsmaßnahmen beschlossen, ohne dass diese zu den erhofften positiven Wettbewerbswirkungen geführt hätten. Die Monopolkommission bedauert, dass die Europäische Kommission aus diesen negativen Erfahrungen mit Durchleitungszusagen im jetzt zu beurteilenden Fall keine Konsequenzen gezogen hat.

**710.** In dem Zusammenschluss Areva/Urenco/ETC JV, der sich auf dem Markt für Urananreicherung auswirkte, umfassen die von den Parteien eingegangenen Verpflichtungen im Wesentlichen folgende Punkte: erstens die Abschaffung des Vetorechts der Parteien bei Kapazitätsaufstockungen und zweitens die Verstärkung von Firewalls, um den Informationsfluss zwischen den Parteien sowie zwischen dem Gemeinschaftsunternehmen und den Parteien zu unterbinden. Drittens sehen die Zusagen die Weitergabe von Informationen an die ESA zwecks Überwachung der Preise für die Urananreicherung vor, so dass die Behörde gegebenenfalls korrigierend eingreifen kann, insbesondere durch Erhöhung der Einfuhren anderer Anbieter.

**711.** Die Monopolkommission hält es für fraglich, ob die Zusagen ausreichen, um die wettbewerblichen Bedenken gegen den Zusammenschluss auszuräumen. Die Abschaffung des Vetorechts bei Kapazitätserweiterungen ist zwar grundsätzlich zu begrüßen, weil dadurch die wechselseitigen Kontrollmöglichkeiten der Parteien über unternehmerische Entscheidungen beseitigt und der Spielraum für eine gemeinsame marktbeherrschende Stellung der Zusammenschlussparteien verringert wird. Allerdings hat schon das Bundeskartellamt in seinem Verweisungsantrag nach Artikel 22 FKVO auf die Gefahr hingewiesen, dass Areva durch den Zusammenschluss eine einzelmarktbeherrschende Stellung erlangen oder verstärken könnte. Dafür spricht unter anderem, dass Areva bereits vor dem Zusammenschluss über einen doppelt so hohen Marktanteil wie sein nächster Wettbewerber Urenco ver-

fügte. Außerdem ist das Unternehmen in hohem Grade vertikal integriert und erlangt über das Gemeinschaftsunternehmen ETC Zugang zu der modernen Zentrifugentechnologie. Eine Prüfung der möglichen Einzelmarktbeherrschung von Areva nimmt die Europäische Kommission jedoch an keiner Stelle vor. Fraglich erscheint darüber hinaus die Wirksamkeit der vereinbarten Firewalls. Aller Erfahrung nach lässt sich bei strukturell verbundenen Unternehmen ein Austausch wettbewerbsrelevanter Informationen nicht gänzlich verhindern. Ferner ist die Einhaltung dieser Zusage kaum erfolgreich zu kontrollieren.

Bedenken erweckt schließlich auch die dritte Zusage, hinter der die Überlegung steht, dass für den Fall des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung die ESA korrigierend eingreift. Eine solche Überlegung steht in Widerspruch zu den Zielen der Fusionskontrollverordnung, wonach ein Zusammenschluss schon dann zu untersagen ist, wenn er die Gefahr eines unkontrollierten Verhaltensspielraums hervorbringt oder erhöht. Maßnahmen, die erst dann greifen, wenn die entstehende oder verstärkte marktbeherrschende Position missbräuchlich ausgenutzt wird, gehören in den Bereich der Missbrauchsaufsicht nach Artikel 82 EGV. Sie sind jedoch nicht geeignet, die Bedenken gegen die Durchführung eines Zusammenschlusses auszuräumen, der eine marktbeherrschende Position begründet oder verstärkt.

**712.** Eine Verhaltenszusage nahm die Europäische Kommission auch im Fall Piaggio/Aprilia entgegen. Die Kommission hatte erhebliche wettbewerbliche Bedenken in Bezug auf den italienischen Markt für Motorroller unter 50 cc geäußert, woraufhin Piaggio sich zur Belieferung von Wettbewerbern mit seinem neuesten Viertaktmotor für 50 cc-Motorroller verpflichtete. Die Belieferungspflicht sollte auf unbegrenzte Zeit gelten, die Belieferung zu wettbewerblichen Bedingungen erfolgen. Nach Ansicht der Kommission war diese Zusage geeignet, die Gefahr einer Wettbewerbsbeeinträchtigung zu beseitigen. Dafür spreche zum einen, dass Piaggios Fahrzeugmodelle, die mit dem betroffenen Motor ausgestattet waren, in der Vergangenheit überdurchschnittlich erfolgreich gewesen seien. Zum anderen würden Wettbewerber mit der Belieferung in die Lage versetzt, ihre Motorenpalette zu erweitern und auf diese Weise den Verhaltensspielraum der Zusammenschlussparteien zu beschränken. Überwachungsprobleme hinsichtlich der Umsetzung der Zusage ergaben sich nach Ansicht der Kommission nicht. Die Belieferung von Wettbewerbern mit Motoren sei übliche Praxis. So sei das betroffene Motorenmodell in der Vergangenheit bereits an Aprilia verkauft worden, so dass ein Vertragsmodell vorliege, das als Vergleichsmaßstab für künftige Lieferverträge dienen könnte.

Ausdrücklich betonte die Europäische Kommission, dass die entgegengenommene Zusage eher geeignet sei, ihre Wettbewerbsbedenken auszuräumen als eine rein strukturelle Maßnahme. Eine Veräußerungszusage sah sie als „unrealistisch“ an, da kein für den Verkauf geeigneter Betrieb existiere. Ferner habe während des Markttests kein Wettbewerber Kaufinteresse signalisiert, was an den

<sup>114</sup> EuG, Urteil vom 30. September 2003, Rs. T-158/00, ARD/Kommission.

schon gegenwärtig vorhandenen Überkapazitäten auf dem Markt liege. Darüber hinaus würde eine Veräußerungszusage gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen, weil davon eine erhebliche Zahl von Märkten betroffen wäre, auf denen keine Wettbewerbsbeeinträchtigung festgestellt worden sei.

**713.** Die Argumentation der Europäischen Kommission ist zwar insoweit nachzuvollziehen, als die Wettbewerber von Piaggio/Aprilia aufgrund der Belieferungspflicht eigene Entwicklungskosten sparen können und daher eher in der Lage sind, konkurrierende Motorroller auf den Markt zu bringen. Auch mag das bereits vorliegende Vertragsmodell die Überprüfbarkeit der Zusage bis zu einem gewissen Grad erleichtern. Es erhebt sich jedoch die Frage, worin der Mehrwert der Zusage begründet ist, wenn – wie die Europäische Kommission ausführt – die gegenseitige Belieferung mit Motoren bereits vor dem Zusammenschluss übliche Praxis war. Außerdem kann das existierende Vertragsmodell zwar Anhaltspunkt für Preise und sonstige Konditionen bieten, den Zusammenschlussparteien verbleiben aber vielfältige Möglichkeiten, eine Belieferung von Wettbewerbern z. B. durch Reduzierung der Produktion oder verzögerte Auslieferung zu behindern. Die Belieferungspflicht bezüglich des gegenwärtig neuesten Motorenmodells läuft ferner ins Leere, sobald Piaggio einen neuen Motor für das betroffene Motorroller-Segment entwickelt. Daneben ist angesichts der von der Europäischen Kommission festgestellten hohen Markengeltung von Piaggio in seinem Heimatland zweifelhaft, ob die auferlegten Belieferungspflichten ausreichen, um dessen Imagevorteile auszugleichen. Schließlich weckt auch die unbegrenzte Laufzeit der Zusage Bedenken. Sie macht eine zeitlich ebenso unbegrenzte Kontrolle seitens der Europäischen Kommission erforderlich und lässt schon deshalb an einer wirksamen Überwachung zweifeln.

### 3.5.5 Abhilfemaßnahmen ohne Feststellung einer Wettbewerbsbeeinträchtigung

**714.** Kritisch ist die Vorgehensweise der Europäischen Kommission in den Fällen Siemens/VA Tech und Continental/Phoenix zu beurteilen, die Frage nach dem Vorliegen einer Wettbewerbsbeeinträchtigung mit der Begründung offen zu lassen, dass die abgegebenen Zusagen mögliche Bedenken gegen den Zusammenschluss auf jeden Fall beseitigen. In dem Verfahren Areva/Urenco/ETC JV wurde mit derselben Begründung der Frage nach möglicherweise bestehenden Effizienzvorteilen nicht weiter nachgegangen.<sup>115</sup>

Die Europäische Kommission hat in dem Verfahren Siemens/VA Tech unter anderem den Markt für elektrischen Metallurgieanlagenbau näher untersucht. Verschiedene Marktcharakteristika wie die Existenz mehrerer starker Wettbewerber, die Marktanteilsverteilung sowie das Fehlen eines besonders engen Substitutionsverhältnisses zwischen den Zusammenschlussparteien sprachen gegen die

Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung. Die Kommission führte weiter aus, dass jedenfalls die im Bereich des mechanischen Metallurgieanlagenbaus abgegebenen Zusagen jegliche Wettbewerbsbedenken ausräumten. In dem Fall Continental/Phoenix untersuchte die Europäische Kommission unter anderem den Markt für Pkw-Luftfedern. Sie stellte verschiedene Umstände fest, welche die Entstehung von Marktbeherrschung nahe legten. Hierzu gehörten die hohen Marktanteile der fusionierten Einheit ebenso wie ihre Vorsprünge beim Produktportfolio, der Kundenbasis und dem technologischen Know-how. Die Kommission hielt es ferner für wenig wahrscheinlich, dass potentielle Wettbewerber oder die Marktgegenseite die entstehenden Verhaltensspielräume von Continental wirksam eindämmen könnten. Letztlich ließ die Kommission jedoch offen, ob der Zusammenschluss zu einer marktbeherrschenden Stellung führen würde. Mit der in einem anderen Teilmarkt vorgesehenen Abhilfemaßnahme entfielen nämlich auch alle etwaigen Wettbewerbsprobleme im Pkw-Bereich.

**715.** Das geschilderte Vorgehen der Europäischen Kommission mag zwar gewisse Vorteile für die betroffenen Unternehmen einerseits und die Wettbewerbsbehörde andererseits mit sich bringen. Der Verzicht auf die Ausermittlung von bestimmten Märkten kann zu einer Verkürzung des Verfahrens und einer zeitlich vorgezogenen Entscheidung für die Zusammenschlussparteien führen. Die Europäische Kommission verringert den an sich erforderlichen Arbeitsaufwand. Nach Auffassung der Monopolkommission ist es aber systematisch verfehlt, im Hinblick auf frühzeitig vorgelegte Zusagenvorschläge auf eine fundierte Prüfung der Zusammenschlussfolgen und deren eindeutige Bewertung zu verzichten. Erst diese Prüfung und die daran anschließende Feststellung von Art und Umfang künftiger Wettbewerbsbeeinträchtigungen lassen nämlich erkennen, ob sich ein Zusagenangebot zur Beseitigung der wettbewerblichen Bedenken eignet. Daneben erlaubt Artikel 8 Abs. 2 FKVO die Auferlegung von Bedingungen und Auflagen nur dann, wenn der Zusammenschluss andernfalls zu einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung führen würde. Damit unterscheidet sich die einschlägige Vorschrift der FKVO maßgeblich von Artikel 9 VO 1/2003, demzufolge die Europäische Kommission Zusagen der betroffenen Unternehmen auch dann für verbindlich erklären darf, wenn eine Wettbewerbsbeeinträchtigung nicht festgestellt wurde.

## 3.6 Rechtsprechung

**716.** Der Europäische Gerichtshof (EuGH) und das Gericht erster Instanz (EuG) haben im Berichtszeitraum eine Reihe von wettbewerbsrechtlich bedeutsamen Urteilen erlassen. Am 21. September 2005 hat das EuG die Untersagungsentscheidung der Europäischen Kommission im Fall der portugiesischen Energiefusion EDP/ENI/GDP bestätigt.<sup>116</sup> Nach Meinung des Gerichts hat die Kommis-

<sup>115</sup> Vergleiche oben Tz. 691 ff.

<sup>116</sup> EuG, Urteil vom 21. September 2005, Rs. T-87/05, EDP/Kommission; Europäische Kommission, Entscheidung vom 9. Dezember 2004, M. 3440 – EDP/ENI/GDP.

sion zwar hinsichtlich der untersuchten Gasmärkte einen Rechtsfehler begangen. In Bezug auf die Strommärkte habe die Kommission jedoch zu Recht die Verstärkung marktbeherrschender Stellungen angenommen, so dass die Untersagung rechtmäßig sei. Damit hat das Gericht erstmals wieder eine Verbotsvorkehrung der Europäischen Kommission aufrechterhalten, nachdem in den Jahren 2001 und 2002 kurz nacheinander drei solcher Verfügungen für nichtig erklärt worden waren. Ebenfalls positiv aufgenommen hat die Europäische Kommission die Urteile des EuG vom 14. Dezember 2005, mit denen die beiden Klagen von General Electric (GE) und Honeywell gegen die Verbotssentscheidung GE/Honeywell abgewiesen wurden.<sup>117</sup> Das Gericht äußerte zwar deutliche Kritik an den Ausführungen der Kommission zu den konglomeraten und vertikalen Effekten des Zusammenschlusses. Es folgte jedoch der Argumentation zu den horizontalen Auswirkungen, welche seiner Ansicht nach genügen, um die ausgesprochene Untersagung zu stützen.

Keinen Erfolg hatte die Europäische Kommission mit ihrem Rechtsmittel gegen die Entscheidung des Gerichts erster Instanz im Verfahren Tetra Laval/Kommission aus dem Jahr 2002. Der EuGH bestätigte das Urteil des EuG im Wesentlichen, wobei er die Rechtsprechung zu den konglomeraten Aspekten von Zusammenschlüssen und den hierbei geltenden Beweisanforderungen weiterentwickelte.<sup>118</sup> Das Urteil des EuG in Sachen GE/Kommission befasst sich ebenfalls mit den Konglomeratwirkungen von Zusammenschlüssen und beinhaltet darüber hinaus wichtige Ausführungen zur Behandlung von vertikalen Zusammenschlüssen.

Die genannten Urteile geben ferner Aufschluss darüber, ob eine Abwägungsklausel – wie sie das deutsche Recht in § 36 Abs. 1 2. Halbsatz GWB enthält – auch in der europäischen Fusionskontrolle Anwendung findet. Daneben lassen sich aus ihnen Rückschlüsse auf die Beweisanforderungen im Falle einer beabsichtigten Untersagung ziehen.

In dem Verfahren MCI/Kommission ging es im Wesentlichen um die verfahrensrechtliche Frage, ob die Europäische Kommission eine Untersagungsverfügung auch noch zu einem Zeitpunkt erlassen darf, in dem die Anmeldung des Zusammenschlusses – jedenfalls formal – bereits zurückgenommen war. Hier unterlag die Europäische Kommission vor dem Gericht erster Instanz.

Im Berichtszeitraum sind weitere Klagen gegen Fusionsentscheidungen der Europäischen Kommission erhoben worden, unter anderem in den Fällen Sony/BMG und Gas Natural/Endesa. In letzterem Fall geht Endesa gerichtlich gegen die Umsatzberechnung durch die Europäische Kommission vor, die dazu geführt hat, dass der Zusammenschluss keine gemeinschaftsweite Bedeutung erlangte. Die Urteile stehen noch aus, Endesas Antrag auf

vorläufigen Rechtsschutz wurde vom Präsidenten des Gerichts erster Instanz inzwischen zurückgewiesen.<sup>119</sup>

### 3.6.1 Konglomerate Zusammenschlüsse

**717.** Mit Spannung erwartet wurden die Urteile in den Verfahren, in denen die Behandlung konglomerater Zusammenschlüsse im Mittelpunkt der gerichtlichen Auseinandersetzung stand. Am 15. Februar 2005 bestätigte der Europäische Gerichtshof die Urteile des Gerichts erster Instanz vom Oktober 2002, mit dem dieses die Untersagungs- und Entflechtungsentscheidung der Kommission im Fall Tetra Laval/Sidel aufgehoben hatte.<sup>120</sup> Am 14. Dezember 2005 folgte die Entscheidung in dem Verfahren GE/Kommission, mit der das EuG die behördliche Verbotsvorkehrung bestätigte.

**718.** Das Zusammenschlussvorhaben Tetra Laval/Sidel betraf verschiedene Märkte für die Verpackung von Flüssignahrungsmitteln. Die Kommission war bei ihrer Beurteilung von getrennten, jedoch eng miteinander verbundenen und potentiell zusammenwachsenden Märkten für Karton- und PET-Verpackungen ausgegangen. Im Bereich der PET-Verpackungen hatte sie ferner verschiedene Märkte für so genannte Streckblasmaschinen (SBM-Maschinen) abgegrenzt. Nach eingehender Überprüfung hatte die Kommission den Zusammenschluss untersagt und ihre Entscheidung einerseits auf die konglomeraten Auswirkungen, andererseits auf die horizontalen Effekte des Vorhabens gestützt. Nach Auffassung der Kommission hätte Tetra Laval nach dem Zusammenschluss einen Anreiz gehabt, ihre beherrschende Stellung auf dem Markt für Kartonverpackungen auszunutzen, um ihre Kunden, die bei der Verpackung empfindlicher Produkte zu PET übergangen, zum Erwerb von Sidels SBM-Maschinen zu bewegen. Durch Ausübung einer solchen Hebelwirkung hätten kleinere Konkurrenten aus dem Markt verdrängt und die führende Stellung von Sidel bei SBM-Maschinen für empfindliche Produkte in eine beherrschende Stellung verwandelt werden können. In Verbindung mit den horizontalen Effekten des Zusammenschlusses hätten sich die Anreize von Tetra Laval, ihre Preise anzupassen und Innovationen einzuführen, erheblich verringert. Auch die von Tetra Laval angebotenen Zusagen vermochten die Bedenken der Europäischen Kommission nicht auszuräumen. Am 30. Oktober 2001 erklärte die Kommission den Zusammenschluss für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt, am 30. Januar 2002 folgte die Entflechtungsanordnung.

**719.** Auf die Klage von Tetra Laval erklärte das Gericht erster Instanz die beiden Entscheidungen der Kommission für nichtig. Nach Ansicht des Gerichts litt die Verbotsvorkehrung sowohl hinsichtlich der vermuteten

<sup>117</sup> EuG, Urteile vom 14. Dezember 2005, Rs. T-210/01, GE/Kommission, und Rs. T-209/01, Honeywell/Kommission.

<sup>118</sup> EuGH, Urteile vom 15. Februar 2005, Rs. C-12/03 P und C-13/03, Kommission/Tetra Laval.

<sup>119</sup> EuG, Beschluss vom 1. Februar 2006, Rs. T-417/05 R, Endesa/Kommission.

<sup>120</sup> EuGH, Urteile vom 15. Februar 2005, Rs. C-12/03 P und C-13/03, Kommission/Tetra Laval; EuG, Urteile vom 25. Oktober 2002, Rs. T-5/02 und T-80/02, Tetra Laval/Kommission; Europäische Kommission, Entscheidungen vom 30. Oktober 2001 und vom 30. Januar 2002, M. 2316 – Tetra Laval/Sidel.

konglomeraten als auch bezüglich der horizontalen Auswirkungen des Zusammenschlusses an offensichtlichen Beurteilungsfehlern. Insbesondere habe die Kommission nicht nachgewiesen, dass die etwaige Ausübung einer Hebelwirkung zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf den fraglichen Märkten geführt hätte. Das Gericht stellte hierbei darauf ab, dass nach den eigenen Angaben der Kommission eine beherrschende Stellung nicht aus dem Zusammenschluss als solchem hervorginge, sondern erst aus dem voraussichtlichen Verhalten des neuen Unternehmens. In einem solchen Fall müsse die Kommission „eindeutige Beweise“ für ihre Schlussfolgerungen liefern. Insbesondere sei die Kommission verpflichtet, bei der Beurteilung der Wahrscheinlichkeit bestimmter künftiger Verhaltensweisen zu berücksichtigen, dass diese gegebenenfalls gegen Artikel 82 EGV verstießen und daher der Anreiz der neuen Unternehmenseinheit zu solchem Verhalten geschmälert sei. Da die Kommission die erforderliche Prüfung unterlassen habe, könne ihrem Vorbringen in diesem Punkt nicht gefolgt werden.

**720.** Am 8. Januar 2003 beantragte die Europäische Kommission beim EuGH die Aufhebung des Urteils des Gerichts erster Instanz. Mit ihrem ersten Rechtsmittelgrund rügte die Kommission, dass das Gericht im angefochtenen Urteil Beweisanforderungen gestellt habe, die mit ihrem Spielraum bei der Beurteilung wirtschaftlicher Sachverhalte nicht zu vereinbaren seien. Das Gericht sei außerdem über das der Rechtsprechung zustehende Kontrollniveau hinausgegangen und habe die Vorschriften der europäischen Fusionskontrollverordnung falsch angewendet, indem es eine Vermutung für die Rechtmäßigkeit konglomerater Zusammenschlüsse aufgestellt habe.

**721.** Der Gerichtshof folgte diesem Vorbringen nicht.<sup>121</sup> Seiner Ansicht nach hat das Gericht keinen Rechtsfehler begangen, als es auf die Kriterien der von ihm ausgeübten Kontrolle hingewiesen und erläutert hat, welche Beschaffenheit die von der Kommission vorzulegenden Beweismittel haben müssen. Der Gerichtshof gesteht der Kommission zwar einen Beurteilungsspielraum in Wirtschaftsfragen zu. Dies bedeute aber nicht, dass der Gemeinschaftsrichter eine Kontrolle der Auslegung von Wirtschaftsdaten durch die Kommission unterlassen müsse. Zu der Aufgabe des Richters gehöre nämlich nicht nur die Prüfung der sachlichen Richtigkeit, Zuverlässigkeit und Kohärenz der angeführten Beweise. Vielmehr müsse er auch kontrollieren, ob diese Beweise sämtliche relevanten Daten erfassen und die aus ihnen gezogenen Schlussfolgerungen stützen können. Eine solche Kontrolle sei um so nötiger, wenn es sich um die bei konglomeraten Zusammenschlüssen erforderliche Untersuchung der voraussichtlichen Entwicklung handele. Der Gerichtshof folgte der Auffassung des Gerichts erster Instanz, wonach die Anforderungen an die Untersuchung eines Zusammenschlusses mit Konglomeratwirkung durch die Kommission denen entsprechen, die von der Rechtsprechung in Bezug auf die Begründung einer kol-

lektiven beherrschenden Position aufgestellt wurden. Mit dem Erfordernis „eindeutiger Beweise“ habe das EuG keinen strengeren Maßstab gewählt, sondern lediglich an die Hauptfunktion des Beweises erinnert, die darin bestehe, von der Richtigkeit einer These oder einer Entscheidung im Bereich der Zusammenschlüsse zu überzeugen.

Der Gerichtshof äußerte sich außerdem dahingehend, dass eine Untersuchung der voraussichtlichen Entwicklungen, wie sie im Bereich der Fusionskontrolle erforderlich sei, mit großem Bedacht durchgeführt werden müsse. Eine solche Untersuchung erfordere es, sich die verschiedenen Ursache-Wirkungs-Ketten vor Auge zu führen und von denjenigen mit der größten Wahrscheinlichkeit auszugehen. Bei einem Zusammenschluss des Konglomeratyps seien die Ursache-Wirkungs-Ketten schlecht erkennbar, ungewiss und schwer nachweisbar. In diesem Zusammenhang sei die Beschaffenheit der von der Kommission zum Nachweis der Erforderlichkeit einer Verbotentscheidung vorgelegten Beweismittel besonders bedeutsam.

**722.** Mit dem zweiten Rechtsmittelgrund wehrte sich die Kommission gegen die Feststellung des Gerichts, sie müsse bei der Beurteilung von Anreizen zur Ausnutzung einer Hebelwirkung berücksichtigen, wie sich die Rechtswidrigkeit bestimmter Verhaltensweisen auf die Anreizsituation insgesamt auswirke. In diesem Punkt folgte der Gerichtshof dem Vorbringen der Kommission und stellte insoweit einen Rechtsfehler des Gerichts erster Instanz fest.<sup>122</sup> Das Gericht habe zwar zu Recht verlangt, dass die Kommission die Wahrscheinlichkeit der Verhaltensweisen prüft, mit der eine Hebelwirkung ausgeübt werden könnte. Es würde jedoch dem mit der Fusionskontrollverordnung verfolgten Präventionszweck zuwiderlaufen, wenn man von der Kommission eine Untersuchung darüber verlange, in welchem Umfang die Anreize für wettbewerbswidrige Verhaltensweisen aufgrund deren Rechtswidrigkeit, der Wahrscheinlichkeit ihrer Entdeckung und ihrer Verfolgung durch die Gemeinschafts- und nationalen Behörden sowie aufgrund möglicher finanzieller Sanktionen verringert oder sogar beseitigt würden. Eine Analyse wie die vom Gericht verlangte würde nämlich eine umfassende und eingehende Prüfung der Regelungen der verschiedenen möglicherweise anwendbaren Rechtsordnungen und der dort praktizierten Verfolgungspolitik erfordern. Im Stadium der Beurteilung des geplanten Zusammenschlusses wäre eine Analyse, die darauf abziele, die wahrscheinliche Existenz einer Zuwiderhandlung gegen Artikel 82 EGV zu belegen und sich zu vergewissern, dass sie in mehreren Rechtsordnungen mit einer Sanktion belegt werde, zu spekulativ. Als Konsequenz wäre es der Kommission nicht mehr möglich, ihre Beurteilung einer möglichen Hebelwirkung auf alle relevanten Tatsachen zu stützen.

**723.** Mit dem vorliegenden Urteil macht der EuGH zum einen klar, dass die richterliche Kontrolle sich nicht in der

<sup>121</sup> EuGH, Rs. C-12/03 P, Rz. 37 ff.

<sup>122</sup> Ebenda, Rz. 71 ff.

Prüfung erschöpft, ob die von der Europäischen Kommission vorgelegten Beweise sachlich richtig, zuverlässig und in sich konsistent sind. Vielmehr umfasst sie auch die Frage, ob sämtliche entscheidungserheblichen Informationen berücksichtigt und zutreffend ausgelegt wurden. Mit dem Urteil stellt der Gerichtshof den Beurteilungsspielraum der Kommission zwar nicht grundsätzlich in Frage, fordert jedoch die Anwendung größerer Sorgfalt bei der Ermittlung des Sachverhalts und der Beweiswürdigung. Vor allem darf der Beurteilungsspielraum der Kommission nicht so interpretiert werden, als ob er den Verzicht auf eine genaue und umfassende Tatsachenermittlung rechtfertigen könne. Es ist daher absehbar, dass die Kommission zukünftig einen größeren Aufwand bei der Beurteilung von Zusammenschlüssen betreiben wird, um weiteren gerichtlichen Niederlagen vorzubeugen. Aus den Feststellungen des Gerichtshofs folgt zugleich, dass die gerichtliche Kontrolle in Zukunft enghmaschiger ausfallen dürfte als bisher.

Zum zweiten ist nicht zu verkennen, dass in den Urteilen des Gerichts und des Gerichtshofs eine gewisse Skepsis gegenüber den negativen Auswirkungen von konglomeraten Zusammenschlüssen, zumindest aber gegenüber deren Beweisbarkeit zutage tritt. Nach Auffassung der Richter bedeutet die Notwendigkeit, einen künftigen Zeitraum und die erforderliche Hebelwirkung zu berücksichtigen, dass die Ursache-Wirkungs-Ketten schlecht erkennbar, ungewiss und schwer nachweisbar sind. Diese Feststellung dürfte nicht unwesentlich damit zusammenhängen, dass der Gerichtshof bei der Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens – wie das Gericht erster Instanz – in erster Linie auf das künftige Verhalten von Tetra Laval/Sidel und nicht auf die Marktstrukturen abstellt. Dadurch werden die Probleme, die stets mit einer Prognose künftiger Marktgegebenheiten verbunden sind, noch erhöht. Nach Auffassung der Monopolkommission ließe sich die Praktikabilität der Fusionskontrolle im Bereich der konglomeraten Zusammenschlüsse verbessern, wenn man auch bei der Prüfung solcher Zusammenschlüsse verstärkt auf Marktstrukturkriterien abstellte. Die Monopolkommission hatte bereits in ihrem letzten Hauptgutachten empfohlen, in Anlehnung an die Vorschrift des § 19 Abs. 2 GWB beispielsweise die verbesserten Zugangsmöglichkeiten zu Absatz- und Beschaffungsmärkten sowie die Finanzkraft der neuen Unternehmenseinheit vermehrt zu berücksichtigen.<sup>123</sup> Dieser Passus des GWB bietet die Möglichkeit, dass man außerhalb des eigentlichen Marktes liegende Umstände zur Analyse der Situation in dem Markt heranzieht und z. B. aus der Verbesserung der Finanzlage oder des Zugangs zu Beschaffungsmärkten auf eine Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung schließt. Grundsätzlich ist ferner denkbar, dass man nach diesem Analyseschema auch die Auswirkungen eines Zusammenschlusses mit einem konglomeraten Partner auf die Stellung eines marktbeherrschenden Unternehmens in seinem eigenen Markt untersucht.

Positiv lässt sich in diesem Zusammenhang allerdings vermerken, dass die Kommission nach Auffassung des EuGH bei der Beurteilung von Anreizen für die Ausnutzung einer Hebelwirkung auch rechtswidrige Verhaltensweisen i. S. d. Artikel 82 EGV berücksichtigen darf, ohne die anreizmindernde Wirkung von Verboten und Sanktionen auf Gemeinschaftsebene und nationaler Ebene im Einzelnen untersuchen und belegen zu müssen. Die Monopolkommission hatte schon früher auf die Probleme hingewiesen, die für die Europäische Kommission damit verbunden wären, im Voraus alle erdenklichen Verstöße gegen Artikel 82 EGV und nationale Wettbewerbsregeln simulieren und die damit verbundenen Kosten abschätzen zu müssen.<sup>124</sup>

**724.** Nach dem Erlass des Urteils Europäische Kommission/Tetra Laval durch den EuGH beschäftigte sich das Gericht erster Instanz – in dem Verfahren GE/Kommission – erneut mit den konglomeraten Auswirkungen von Zusammenschlüssen und übte insoweit ebenfalls deutliche Kritik. Die Untersagungsverfügung vom 3. Juli 2001 wurde nur deshalb aufrechterhalten, weil das Gericht den Ausführungen der Kommission zu den horizontalen Effekten des Zusammenschlusses folgte.<sup>125</sup> Das EuG konstatierte insoweit, dass es für die Bestätigung seitens des Gerichts genüge, wenn nur einer von mehreren die Entscheidung tragenden Begründungspfeilern Bestand habe.

**725.** Nach Ansicht der Europäischen Kommission hätte der Zusammenschluss auf verschiedenen Märkten für Triebwerke von Flugzeugen, auf mehreren Märkten für Avionik- und sonstige Erzeugnisse sowie auf den Märkten für Schiffsgasturbinen zur Entstehung oder Verstärkung marktbeherrschender Positionen geführt. Zur Begründung hatte sich die Kommission auf horizontale, vertikale und konglomerate Auswirkungen des Vorhabens gestützt. Die konglomeraten Effekte sollten sich nach Auffassung der Kommission in zwei verschiedenen Geschäftspraktiken manifestieren. Zum einen ging die Kommission davon aus, dass GE bereits vor dem Zusammenschluss die Wirtschaftsmacht ihrer Tochterunternehmen genutzt hatte, um Aufträge auf dem Markt für Triebwerke für große Verkehrsflugzeuge zu erlangen. Diese Praxis werde GE nach dem Zusammenschluss auf die Avionikmärkte übertragen. Zum anderen war die Kommission überzeugt davon, dass die neue Unternehmenseinheit imstande sei, die Triebwerke von GE mit den Avionikprodukten und sonstigen Erzeugnissen von Honeywell im Paket anzubieten. Diese Paketangebote könnten unterschiedliche Formen annehmen: Bei der gemischten Bündelung werden einander ergänzende Produkte gemeinsam zu einem Preis verkauft, der durch Nachlässe niedriger ist als die Summe der Einzelpreise. Bei der reinen Bündelung bzw. Kopplung verkauft das Unternehmen die Komponenten nur in dieser Form und nicht einzeln. Hierzu gehört auch der Fall der technischen Bündelung, bei der die

<sup>123</sup> Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 868.

<sup>124</sup> Vergleiche ebenda, Tz. 870.

<sup>125</sup> Europäische Kommission, Entscheidung vom 3. Juli 2001, M. 2220 – General Electric/Honeywell.

einzelnen Komponenten nur miteinander, aber nicht mit Konkurrenzprodukten kompatibel sind.

**726.** Das Gericht folgte zwar in einem ersten Schritt der Einschätzung der Kommission, wonach GE aufgrund ihrer vertikalen Integration in das Flugzeugleasing- und -finanzierungsgeschäft über gewisse strategische Möglichkeiten verfüge. So sei die Kommission zutreffend davon ausgegangen, dass GE in einigen Fällen erst mit Hilfe ihrer Tochterunternehmen GECAS und/oder GE Capital in der Lage war, bestimmte Verträge über die Lieferung von Triebwerken abzuschließen. Die Kommission habe jedoch nicht belegt, dass die neue Unternehmenseinheit diese Praktiken auch auf den Märkten für Avionik- und sonstige Erzeugnisse durchführen würde und Käufer von Flugzeugausrüstungen z. B. durch die Einräumung von Rabatten für sich gewinnen würde. Es sei nicht im Einzelnen dargelegt worden, dass ein derartiges Verhalten im wirtschaftlichen Interesse der Parteien gelegen hätte, also die dadurch erzielten Gewinne die entstehenden Verluste überwogen hätten. Darüber hinaus sei nicht erwiesen, dass bei Anwendung der beschriebenen Praktiken marktbeherrschende Positionen auf den Märkten für Avionik- und sonstige Erzeugnisse entstehen würden. In diesem Zusammenhang bemängelte das Gericht, dass die Kommission ihre Analyse der Märkte nicht genau genug durchgeführt habe und nicht auf die Besonderheiten der einzelnen Märkte eingegangen sei.

Die Kommission hat laut Gericht auch nicht hinreichend begründet, dass das fusionierte Unternehmen den Vertrieb der GE-Triebwerke für große Verkehrsflugzeuge mit Avionikprodukten und sonstigen Erzeugnissen von Honeywell gebündelt hätte. Dies gelte für alle drei von der Kommission angesprochenen Praktiken, nämlich reine, technische und gemischte Bündelung. Jedenfalls rechtfertige der bloße Umstand, dass die neue Unternehmenseinheit über eine größere Produktpalette verfüge als ihre Wettbewerber, nicht die Schlussfolgerung, eine marktbeherrschende Position werde begründet oder verstärkt. Auch die bloße Fähigkeit, Produkte zu bündeln, genüge für eine solche Feststellung nicht. Vielmehr müsse die Durchführung einer Bündelungsstrategie auch wahrscheinlich, d. h. für das neue Unternehmen wirtschaftlich sinnvoll sein. Die Kommission habe versäumt zu prüfen, welche Anreize für und gegen eine Produktbündelung sprächen. Sie sei beispielsweise nicht darauf eingegangen, für welche Produkte eine Bündelung wirtschaftlich vorteilhaft sein könnte, welche negativen wirtschaftlichen Effekte eine Bündelungsstrategie nach sich ziehen könnte und wie sich das Verbot des Artikel 82 EGV auswirken würde. Für den Bereich technical bundling habe die Kommission keinerlei Analyse der Möglichkeiten einer technischen Produktintegration geliefert.

**727.** Es erhebt sich die Frage, inwieweit das vorliegende Urteil in Bezug auf die darin enthaltenen Ausführungen zu Artikel 82 EGV mit der Entscheidung des EuGH im Fall Kommission/Tetra Laval vereinbar sind. Das Gericht erster Instanz hat der Europäischen Kommission hier – wie schon in seinem Urteil Tetra Laval – erneut zum Vorwurf gemacht, dass sie bei der Prognose künftiger Verhaltensweisen mögliche Sanktionen nach

Artikel 82 EGV außer Acht gelassen hat. Der EuGH hingegen hatte – wie oben dargelegt<sup>126</sup> – zwar bestätigt, dass die Europäische Kommission bei der Untersuchung möglicher künftiger Verhaltensweisen deren Wahrscheinlichkeit umfassend prüfen, d. h. sowohl positive als auch negative Anreize in Rechnung stellen müsse. Er hatte aber auch klargemacht, dass man von der Kommission nicht verlangen dürfe, bei jedem geplanten Zusammenschluss der Rechtswidrigkeit der fraglichen Verhaltensweisen, der Wahrscheinlichkeit ihrer Entdeckung und ihrer Verfolgung sowie den möglichen finanziellen Sanktionen nachzugehen. Vor diesem Hintergrund scheint ein gewisser Widerspruch zwischen den Überlegungen des EuGH und den – zeitlich nachfolgenden – Ausführungen des EuG zu bestehen.

Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass das EuG lediglich erklärt hat, die Kommission müsse die mögliche Rechtswidrigkeit und Sanktionierbarkeit bestimmter Verhaltensweisen im Prinzip berücksichtigen.<sup>127</sup> Ferner hat es ausdrücklich festgestellt, dass eine solche Einschätzung keine umfassende und detaillierte Untersuchung erfordere. Möglicherweise hat das EuG die Ausführungen des EuGH also dahingehend verstanden, dass von der Europäischen Kommission zwar keine umfassende Prüfung des Artikel 82 EGV verlangt werden dürfe, nichts desto trotz aber deutlich werden müsse, dass die Kommission Artikel 82 EGV als – prinzipiell – anreizmindernden Faktor zumindest erkannt und berücksichtigt hat. Solange eine höchstrichterliche Klärung der Frage, wie das EuGH-Urteil zu interpretieren ist, aussteht, sollte die Kommission daher in künftigen Entscheidungen wenigstens einen Hinweis auf mögliche abschreckende Wirkungen des Artikel 82 EGV aufnehmen und diese ausdrücklich bei ihrer Abwägung zwischen positiven und negativen Faktoren in Rechnung stellen.

**728.** Das Urteil bestätigt, dass die Rechtsprechung gerade in Fällen konglomerater Auswirkungen sorgfältigere Begründungen von der Europäischen Kommission erwartet. Im vorliegenden Fall hatte die Kommission ihre Prognose auf frühere Beispiele und Expertisen zur Vorteilhaftigkeit von Bündelstrategien gestützt. Relativ wenig Aufmerksamkeit schenkte sie der in Gegengutachten enthaltenen Kritik, dass die Vorteilhaftigkeit von Bündelstrategien entfallende, wenn die betreffenden Produkte nicht im offenen Markt gehandelt würden, sondern Gegenstand bilateraler Verhandlungen mit einzelnen Käufern seien, wie bei Triebwerken und Avionikprodukten typisch. Welche Auswirkungen die dargestellten Urteile auf die künftige Entscheidungspraxis der Kommission bei konglomeraten Zusammenschlüssen haben werden, bleibt abzuwarten. Ursprünglich hatte die Kommission das Rechtsmittel im Fall Tetra Laval mit dem Kommentar eingelegt, das Gericht erster Instanz habe überhöhte Beweisanforderungen gestellt, die den Erlass von Verbotsverfügungen bei Zusammenschlüssen des Konglomerattyps praktisch unmöglich machten. Im Anschluss an das Urteil des EuGH äußerten sich Kommissionsvertreter hingegen zuversicht-

<sup>126</sup> Vergleiche oben Tz. 722.

<sup>127</sup> EuG, Urteil vom 14. Dezember 2005, Rs. T-210/01, GE/Kommission, Rz. 70.

licher dahingehend, dass es auch künftig keine Probleme mit der Anwendung der Fusionskontrollvorschriften geben werde. Diese optimistische Prognose mag damit zusammenhängen, dass die Kommission bereits nach der gerichtlichen Aufhebung von drei Untersagungsentscheidungen im Jahr 2002 organisatorische und inhaltliche Maßnahmen getroffen hat, um ihre Entscheidungen künftig auf eine fundiertere Basis zu stellen. Fest steht allerdings auch, dass die Entscheidungspraxis der letzten Jahre einen deutlichen Rückgang an Untersagungen aufweist. Seit 2001 hat die Kommission erst ein Zusammenschlussvorhaben verboten, und zwar mit Hinweis auf dessen vertikale und horizontale Auswirkungen. Nicht auszuschließen ist deshalb, dass die Europäische Kommission die vorliegenden Urteile zum Anlass nimmt, in Zukunft noch größere Zurückhaltung bei der intensiven Prüfung konglomerater Zusammenschlüsse zu üben.

Abschließend ist festzustellen, dass sich das Urteil GE/Europäische Kommission durch einen Grundton auszeichnet, der um einiges wohlwollender klingt als dies noch bei den Entscheidungen des Jahres 2002 der Fall war. Bezeichnenderweise hebt das Gericht an mehreren Stellen auch die Darlegungslast der beteiligten Unternehmen hervor. Dies geschieht beispielsweise im Zusammenhang mit der Feststellung von Marktanteilen in Höhe von 50 Prozent und mehr, die nach Ansicht des Gerichts den Beweis des ersten Anscheins für Marktbeherrschung begründen. In einem solchen Fall müssten die Parteien Umstände darlegen, um die Vermutung außer Kraft zu setzen. Ebenso liege es an den Parteien, von der Kommission ermittelte Schwächen der vorgeschlagenen Abhilfemaßnahmen auszuräumen, wenn diese aus der „Sphäre der Parteien“ kämen.

### 3.6.2 Vertikale Zusammenschlüsse

**729.** Dem Urteil GE/Europäische Kommission kommt auch im Zusammenhang mit vertikalen Auswirkungen von Zusammenschlüssen erhebliche Bedeutung zu. Das Gericht trifft hierzu Feststellungen grundsätzlicher Natur. Die Kommission hatte festgestellt, dass der Zusammenschluss die marktbeherrschende Position von GE auf dem Markt für Triebwerke für große Verkehrsflugzeuge verstärken würde. Diese Überzeugung beruhte vor allem auf der vertikalen Verbindung von Honeywells führender Position bei Triebwerksstartern und der marktbeherrschenden Position von GE bei Triebwerken. Nach Ansicht des Gerichts hat die Kommission allerdings nicht ausreichend begründet, dass aufgrund der vertikalen Integration von Triebwerken einerseits und Triebwerksstartern andererseits die marktbeherrschende Position von GE verstärkt werden würde. Seiner Ansicht nach hängt die Beurteilung nämlich von einem künftigen Verhalten der Parteien ab, das von der Kommission nachgewiesen werden müsse. Zwar bestätigt das Gericht die Ergebnisse der Kommissionsuntersuchung, wonach Honeywell der einzige Lieferant für den Wettbewerber Rolls-Royce sei und mit dem Zusammenschluss gewisse Anreize für einen Ausschluss von Lieferungen an Rolls-Royce sowie für Preissteigerungen verbunden wären. So habe die Kommission überzeugend dargelegt, dass eine Nichtbelieferung offensichtlich den wirtschaftlichen Interessen der neuen Unternehmens-

einheit nutzen würde. Ebenso wie bei konglomeraten Effekten müsse die Kommission bei der Einschätzung des künftigen Verhaltens jedoch eine mögliche Abschreckungswirkung des Artikel 82 EGV berücksichtigen, was im vorliegenden Fall unterblieben sei. Die Kommission habe sowohl die Anreize für ein mögliches Verhalten als auch die Gründe, die gegen die Durchführung eines verbotenen Verhaltens sprechen, in Rechnung zu stellen. In diesem Zusammenhang betonte das Gericht, dass die Kommission im Fall einer Lieferverweigerung gegenüber Rolls-Royce den Nachweis eines diskriminierenden Verhaltens besonders leicht hätte erbringen können. Dass die Kommission das nicht berücksichtigte, stellt nach Ansicht des Gerichts einen schweren Beurteilungsfehler dar.

**730.** Die Ausführungen des Gerichts lassen darauf schließen, dass es auch bei vertikalen Zusammenschlüssen nicht nur auf Marktstrukturen, sondern auch auf das künftige Verhalten der Parteien abstellt. Wie schon in dem Urteil Tetra Laval/Kommission geht das Gericht zunächst der Frage nach, ob die beteiligten Unternehmen die Fähigkeit und Anreize besitzen, bestimmte Verhaltensweisen durchzuführen. Allerdings müssen nach Auffassung des Gerichts auch die negativen Anreize für die kritischen Verhaltensweisen geprüft werden. Dazu gehören solche Anreize, die das Wettbewerbsrecht selbst setzt. Die Rechtsprechung verlagert also in diesem Bereich die vorzunehmende Untersuchung ebenfalls weg von den Marktstrukturen und hin zu einem künftigen Verhalten der beteiligten Unternehmen.

Diesem Ansatz steht die Monopolkommission – ebenso wie der EuGH in dem Verfahren Tetra Laval/Kommission – kritisch gegenüber.<sup>128</sup> Der Sinn der Fusionskontrolle ist es ja gerade, eine nachfolgende Verhaltenskontrolle zu erübrigen und sowohl Wettbewerbsbehörden als auch Unternehmen von den Zumutungen einer Verhaltensaufsicht zu befreien. Wenn das Gericht erster Instanz bei der Fusionskontrolle einen Einbezug des künftigen Verhaltens der beteiligten Unternehmen fordert, riskiert es, dass genau dieser Sinn der Fusionskontrolle verloren geht. Mit der Verlagerung auf künftige Verhaltensweisen entsteht die Gefahr, dass den negativen wettbewerblichen Auswirkungen von Zusammenschlüssen nicht genügend Einhalt geboten wird.

### 3.6.3 Besonderheiten auf dem portugiesischen Gasmarkt

**731.** Am 9. Dezember 2004 hat die Europäische Kommission den gemeinsamen Kontrollerwerb durch Energias de Portugal (EDP) und ENI an Gás de Portugal (GDP) untersagt. Nach Ansicht der Europäischen Kommission führte der Zusammenschluss zu einer Verstärkung beherrschender Positionen von EDP auf dem Großhandelsmarkt für Strom, auf dem Markt für Regelenergie sowie auf den Märkten für die Belieferung von großen industriellen Kunden und für die Belieferung von Klein- und Haushaltskunden. Daneben würde die beherrschende

<sup>128</sup> EuGH, Urteile vom 15. Februar 2005, Rs. C-12/03 P und C-13/03, Europäische Kommission/Tetra Laval; vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 870.

Stellung von GDP auf den Märkten der Gaslieferung an Stromerzeuger, an lokale Weiterverteiler und an Klein- und Haushaltskunden verstärkt.

Zur Begründung nannte die Kommission sowohl horizontale als auch nichthorizontale Effekte des Zusammenschlusses. Bezüglich des Strombereichs führte die Kommission als Hauptargument den Wegfall von GDP als wichtigsten potentiellen Wettbewerber auf jedem der genannten Märkte an. Außerdem würde EDP durch den Zusammenschluss Kenntnis von dem Gasbedarf und den Input-Kosten seiner direkten Konkurrenten bei der Stromerzeugung erlangen, was sich abschreckend auf potentielle Wettbewerber auswirke. Ferner könnte EDP privilegierten Zugang zu den in Portugal verfügbaren Gasressourcen erhalten und hätte die Möglichkeit, mittels Erhöhung der Gaspreise den Markt gegenüber Wettbewerbern abzuschotten. Im Gassegment begründete die Kommission ihre Ansicht mit dem Wegfall von EDP als potentiellem Wettbewerber auf dem Markt für die Belieferung von großen Industriekunden sowie Klein- und Haushaltskunden. Als weiteres Argument zog die Kommission den Ausschlusseffekt gegenüber den Gasnachfragern auf dem Markt für lokale Weiterverteiler heran.

**732.** Gegen die Untersagungsentscheidung wendete EDP ein, die Europäische Kommission habe bei der Beurteilung des Zusammenschlusses die Befreiung Portugals von dem in der zweiten EU-Gasrichtlinie enthaltenen strikten Zeitrahmen für die Marktöffnung nicht berücksichtigt.<sup>129</sup> Den rechtlichen Hintergrund für dieses Vorbringen bildet die zweite Gasrichtlinie, die einen Zeitplan für die Liberalisierung der Gasmärkte in den Mitgliedstaaten enthält.<sup>130</sup> Hiernach sollen die Märkte für Nichthaushaltskunden bis zum 1. Juli 2004, die Märkte für sonstige Kunden bis 1. Juli 2007 geöffnet werden. Gemäß Artikel 28 Abs. 2 sind die Hauptpflichten der Richtlinie allerdings bei solchen Mitgliedstaaten ausgesetzt, die „als entstehende Märkte“ eingestuft werden, was unstreitig für den portugiesischen Staat zutrifft.<sup>131</sup> Für Portugal ergibt sich aus der Regelung des Artikel 28 Abs. 3 folgender Zeitplan: Öffnung des Marktes für mindestens 33 Prozent des jährlichen Gesamtgasverbrauchs ab 2007, Öffnung für alle „zugelassenen Kunden“ ab 2009 und für alle Haushaltskunden ab 2010. Aufgrund der genannten Ausnahmeregelung ist laut Gericht davon auszugehen, dass auf den portugiesischen Gasmärkten im Zeitpunkt der Kommissionsentscheidung kein Wettbewerb herrschte. Dieser Umstand berühre auch die Anwendung von Artikel 2 Abs. 3 FKVO.

**733.** Nach Ansicht des EuG können die zwei Untersagungs Voraussetzungen des Artikel 2 Abs. 3 FKVO nicht erfüllt werden, da in Portugal die Gasmärkte nicht für den Wettbewerb geöffnet seien. Portugal habe die gesetzliche Ausnahme vom Liberalisierungsfahrplan genutzt, um auf

allen Stufen des Gasmarktes das Monopolunternehmen GDP zu etablieren. Unter diesen Bedingungen könne der geprüfte Zusammenschluss weder zu einer Entstehung oder Verstärkung marktbeherrschender Positionen noch zu einer Wettbewerbsbehinderung führen. Die existierende Monopolstellung von GDP sei nämlich bereits die stärkste vorstellbare Ausprägung von Marktbeherrschung. Das Gericht verweist in diesem Zusammenhang auf frühere Entscheidungen, welche die Artikel 81 und 82 EGV als nicht erfüllt erklärt hatten, weil bereits der nationale Rechtsrahmen jeglichen Wettbewerb zwischen Unternehmen ausgeschlossen habe.

Das Gericht führte weiter aus, die Kommission habe die Ausnahmeregelung des Artikel 28 Abs. 2 zwar insoweit respektiert, als sie lediglich die künftigen, im Zeitpunkt der erwarteten Marktöffnung auftretenden Auswirkungen des Zusammenschlusses beurteilt habe. Sie habe dabei jedoch übersehen, dass der portugiesische Staat den Gasmarkt während der Geltung der Ausnahmeregelung beliebig umstrukturieren dürfe. Die Kommission verhindere somit unzulässigerweise, dass die Parteien von den Vorzügen des Zusammenschlusses in einer Zeitspanne profitierten, in welcher dieser nicht hätte verboten werden dürfen. Gleichzeitig bemängelte das Gericht allerdings auch, dass die Kommission lediglich die künftigen, nicht aber die zeitlich unmittelbar folgenden Auswirkungen des Zusammenschlusses gewürdigt habe. Dies führe dazu, dass positive Effekte des Vorhabens wie z. B. eine um zwei bis drei Jahre vorgezogene Öffnung des Gasmarktes nicht in die Gesamtbetrachtung des Zusammenschlusses einbezogen worden seien.

Das Gericht betonte abschließend, dass im vorliegenden Fall nicht die Anwendbarkeit der FKVO als solche in Frage stünde. Lediglich die Kriterien des Artikel 2 Abs. 3 FKVO könnten auf den Gasmärkten nicht erfüllt werden. Die angegriffene Entscheidung leide daher insoweit an einem Rechtsfehler, als sie die Verstärkung der marktbeherrschenden Position von GDP auf den Gasmärkten bejahete.

**734.** Dem Gericht ist zuzustimmen, dass eine Verschlechterung der Wettbewerbssituation auf den Gasmärkten unmittelbar nach dem Zusammenschluss nicht eintritt, denn GDP verfügt hier gegenwärtig schon über eine gesetzlich verankerte Monopolstellung. In Betracht kommen allerdings Wettbewerbsbeeinträchtigungen im Hinblick auf die in spätestens drei, fünf und sechs Jahren eintretende Marktöffnung, wie sie von der Europäischen Kommission ursprünglich festgestellt worden waren.

Eine Fokussierung auf die Zeit nach der Marktöffnung ist auch aus der deutschen Entscheidungs- und Rechtsprechungspraxis bekannt. Mitte der neunziger Jahre, als in Deutschland Regelungen für den Strom- und Gasbereich vorbereitet wurden, welche die Beseitigung der geschlossenen Versorgungsgebiete und eine erleichterte Durchleitung beinhalteten, untersagte das Bundeskartellamt den Zusammenschluss Hannover Braunschweigische Stromversorgungs-AG (Hastra)/Stadtwerke Garbsen GmbH.<sup>132</sup>

<sup>129</sup> EuG, Urteil vom 21. September 2005, Rs. T-87/05, EDP/Kommission, Tz. 108 ff.

<sup>130</sup> Richtlinie 2003/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 98/30/EG, ABl. EU Nr. L 176 vom 15. Juli 2003, S. 57.

<sup>131</sup> Artikel 2 Nr. 31 der Erdgasbinnenmarkt-Richtlinie.

<sup>132</sup> BKartA, Beschluss vom 30. September 1994, B8-111/94, WuW/E BKartA 2701.

Nach Ansicht des Amtes hätten sich die marktbeherrschenden Stellungen von Hastra auf dem Stromendkunden- und Weiterverteilermarkt sowie der Stadtwerke Hannover als Gaslieferant der Stadt Garbsen auf der Weiterverteilerebene verstärkt. Dabei ging das Amt davon aus, dass die zu erwartende Verstärkung der Marktbeherrschung auch durch die Erhaltung und Sicherung der erlangten Marktstellung begründet werden könne. Die Verstärkung der Marktbeherrschung wurde für den Zeitpunkt erwartet, ab dem die bestehenden Gebietsschutzverträge ausliefen. Das Kammergericht hob die Untersagungsentscheidung zwar insbesondere wegen einer abweichenden Einschätzung der künftigen räumlichen Marktabgrenzung auf. Das Gericht stellte aber nicht grundsätzlich in Frage, dass bei der Beurteilung des Zusammenschlusses auf die künftigen, nach der Markttöffnung entstehenden Marktstrukturen abzustellen sei. Der BGH vertrat dieselbe Ansicht und bestätigte die Entscheidung des Bundeskartellamtes auch im Übrigen. Die Monopolkommission begrüßte das Vorgehen des Amtes und des BGH, Vorsorge für die Zeit der Markttöffnung zu treffen.<sup>133</sup> Im Hinblick auf die zu erwartende Liberalisierung des Energiemarktes schwäche der Zusammenschluss den potentiellen Wettbewerb insbesondere durch die langfristige Absicherung von Absatzkanälen und die Möglichkeit der Zusammenschlussparteien, Kenntnisse über wettbewerbsrelevante Daten von Konkurrenten zu erlangen.

Im vorliegenden Urteil lässt das Gericht erster Instanz offen, ob eine solche Wettbewerbsverschlechterung im Hinblick auf die zu erwartende Markttöffnung zu bejahen ist. Nach Ansicht des Gerichts durfte die Kommission dieser Frage wegen der auf Portugal anwendbaren Ausnahmeregelung in der zweiten Gasrichtlinie nicht nachgehen. Laut Gericht ermöglicht diese Ausnahmeregelung nicht nur eine Verschiebung der Markttöffnung um einige Jahre, sondern bezweckt gerade, dass Portugal bis zum Jahre 2007 den heimischen Gasmarkt nach eigenem Belieben umstrukturieren darf, ohne an fusionskontrollrechtliche Vorgaben gebunden zu sein. Das Gericht bewertet die Ausnahmeregelung demnach praktisch als *Lex specialis* zur FKVO, die zwar nicht deren Anwendbarkeit insgesamt, aber eine Untersagung nach Artikel 2 Abs. 3 FKVO verhindert. Aus fusionskontrollrechtlicher Sicht ist diese Ausnahme sicherlich zu kritisieren. Letztlich muss man sie jedoch – wie das Gericht es getan hat – als eine politische Entscheidung des europäischen Gesetzgebers respektieren, der Mitgliedstaaten wie Portugal erlauben wollte, vor der Markttöffnung einen heimischen Incumbent aufzubauen. Positiv zu vermerken bleibt, dass der Liberalisierungsprozess zur Zeit der Kommissionsentscheidung zumindest im portugiesischen Stromsektor schon in Gang gesetzt war. Andernfalls hätte die Untersagung der rechtlichen Überprüfung auch insoweit nicht standgehalten.

Aus verfahrensrechtlicher Sicht ist zu bemerken, dass der Prozess EDP/Kommission im sogenannten beschleunig-

ten Verfahren durchgeführt wurde. Mit einer Dauer von lediglich ca. sieben Monaten stellt er das bislang kürzeste Verfahren in einem Fusionskontrollfall dar.

#### 3.6.4 Abwägungsklausel

**735.** Die Einschätzung der Europäischen Kommission in Bezug auf den portugiesischen Strommarkt wurde vom Gericht erster Instanz geteilt. Insbesondere die Annahme, dass GDP ohne den Zusammenschluss auf dem Strommarkt tätig geworden wäre, hielt das Gericht für überzeugend. Dagegen hatte die Klägerin mit ihrem Vorbringen keinen Erfolg, dass die kombinierten Effekte sämtlicher Abhilfemaßnahmen in Bezug auf die Strom- und Gasmärkte den Wegfall von GDP als potentiellen Wettbewerber auf dem Markt für Stromgroßhandel mehr als ausgleichen würde. Das Gericht bestätigte zwar, dass die verschiedenen Strommärkte untereinander sowie mit den Gasmärkten verbunden seien und daher bei der wettbewerblichen Beurteilung eines dieser Märkte auch die Wettbewerbssituation auf den jeweils anderen Märkten berücksichtigt werden müsse. Auch bei einer Gesamtbetrachtung sämtlicher Abhilfemaßnahmen erweise sich die Untersagungsentscheidung aber als sachlich zutreffend. Denn die Kommission habe zu Recht angenommen, dass die Verbesserung der Wettbewerbssituation auf den Gasmärkten – eine vorgezogene Markttöffnung um ca. zwei bis drei Jahre – die negativen Effekte auf den Strommärkten – den Wegfall von GDP als potentielltem Wettbewerber – nicht ausgleiche. Das Gericht stellte ausdrücklich fest, dass die Kommission den Zusammenschluss nicht wegen der positiven Effekte im Gasbereich erlauben durfte, ohne die negativen Effekte im Strombereich zu beachten. Die Untersagungskriterien seien nämlich bereits dann erfüllt, wenn sie sich lediglich für einen relevanten Markt feststellen ließen. In diesem Zusammenhang sei ferner zu berücksichtigen, dass die positiven Effekte auf dem Gassektor aufgrund des festen Liberalisierungszeitplans in jedem Fall eintreten würden, wenn auch zwei oder drei Jahre später.

**736.** Damit machte das Gericht deutlich, dass eine Abwägungsklausel, wie sie in § 36 Abs. 1 2. Halbsatz GWB enthalten ist, im europäischen Fusionskontrollrecht keine Entsprechung findet. 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. Zwar muss auch die Europäische Kommission nach dem vorliegenden Urteil positive Effekte auf einem verbundenen Markt in die Gesamtbetrachtung des untersuchten Marktes einfließen lassen. Dies darf aber nur dann zur Freigabe des Zusammenschlusses führen, wenn die genannten positiven Effekte die Wettbewerbsbedingungen auf dem untersuchten Markt selbst derart beeinflussen, dass dort von einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung nicht mehr die Rede sein kann.

**737.** Die Monopolkommission hingegen hält die Abwägungsklausel für ein sinnvolles Instrument bei der Beur-

<sup>133</sup> Vergleiche Monopolkommission, Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs, Hauptgutachten 1994/1995, Baden-Baden 1996, Tz. 602 ff., 638.

teilung von Zusammenschlüssen. Eine solche Klausel ermöglicht es, neben den negativen Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf einem bestimmten Markt auch seine positiven wettbewerblichen Effekte auf anderen Märkten zu berücksichtigen. Nur auf diese Weise können sämtliche für eine Gesamtwürdigung des Zusammenschlusses erforderlichen Wettbewerbswirkungen in die Beurteilung einbezogen werden. Von einer Abwägungsklausel würden auch Transparenz und Nachvollziehbarkeit von fusionskontrollrechtlichen Entscheidungen profitieren. Verboten man nämlich die Berücksichtigung positiver Auswirkungen auf Drittmärkten, sind Ausweichreaktionen der betroffenen Unternehmen zu befürchten. Diese könnten etwa darin bestehen, tatsächlich vorliegende Wettbewerbsbeschränkungen zu bestreiten oder nicht vorhandene Effizienzvorteile zu behaupten. Da die Prüfung positiver und negativer Aspekte bei Anwendung einer Abwägungsklausel auf rein wettbewerbliche, also kommensurable Aspekte beschränkt bleibt, sind die Wettbewerbsbehörden und -gerichte grundsätzlich auch in der Lage, die erforderliche Abwägung vorzunehmen. Die Einbeziehung gesamtwirtschaftlicher oder allgemeinpoltischer Aspekte ist dagegen nicht mit einer Anwendung der Abwägungsklausel im hier verstandenen Sinne verbunden.

### 3.6.5 Aufgabe eines Zusammenschlussvorhabens

**738.** Am 28. September 2004 hat das Gericht erster Instanz erneut eine Untersagungsentscheidung der Europäischen Kommission für nichtig erklärt.<sup>134</sup> In dem Verfahren kritisierte das Gericht allerdings nicht den materiellrechtlichen Teil der Entscheidung WorldCom (MCI)/Sprint, sondern konzentrierte sich darauf, dass die Europäische Kommission nicht zur Entscheidung befugt gewesen sei.

**739.** Das Vorhaben der Parteien, das im Januar 2000 in Brüssel angemeldet worden war, löste sowohl bei den europäischen als auch bei den US-amerikanischen Behörden wettbewerbliche Bedenken aus. Anfang Juni informierten die beteiligten Unternehmen die Kommission darüber, dass sie ihre Anmeldung förmlich zurücknahmen und nicht mehr beabsichtigten, den geplanten Zusammenschluss in der geschilderten Form durchzuführen. Gleichzeitig veröffentlichten sie jedoch eine Pressemitteilung zu dem vom Department of Justice angestrebten Gerichtsverfahren in den USA, die vermuten ließ, dass das Zusammenschlussvorhaben noch nicht endgültig aufgegeben worden war. Die Europäische Kommission nahm dies zum Anlass, die Fusion Ende Juni zu untersagen. Sie trat den Standpunkt, dass die Mitteilung der Rücknahme keinen „formalen Widerruf des angemeldeten Fusionsvertrags“ darstelle, der Zusammenschluss also noch verboten werden könne.

**740.** Das Gericht folgte dieser Ansicht nicht und hob die Untersagungsverfügung auf. Es ging davon aus, dass die Parteien mit der an die Kommission gerichteten Mit-

teilung auf den Zusammenschluss in der angemeldeten Form verzichtet hatten. Die Erklärung der Parteien lasse sich nur so verstehen, dass damit der Fusionsvertrag, so wie er geschlossen und angemeldet worden war, hinfällig sei. Die von der Kommission vorgenommene Unterscheidung zwischen Rücknahme der Anmeldung und Widerruf des Fusionsvertrags hielt das Gericht für übermäßig formalistisch. Selbst wenn die Parteien sich für die Zukunft die Möglichkeit eines anderen Zusammenschlusses vorbehalten hätten, sei dies irrelevant für die Beurteilung, ob zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Entscheidung ein Fusionsvertrag in der notwendigen Form vorgelegen habe. Die bloße Fusionsabsicht genüge nicht, um einen Fusionsvertrag anzunehmen, der Gegenstand einer Entscheidung der Kommission sein könne. Ebenso wie die Kommission zum Verbot eines Zusammenschlusses nicht vor dem Abschluss eines Fusionsvertrags befugt sei, ende die dahingehende Befugnis der Kommission, sobald von dem entsprechenden Vertrag Abstand genommen werde. Dies gelte selbst dann, wenn die betreffenden Unternehmen ihre Verhandlungen fortsetzten, um einen Vertrag in einer anderen Form zu schließen.

Daneben hielt es das Gericht zwar – wie die Europäische Kommission – für möglich, dass die Parteien ihren Vertrag heimlich aufrechterhalten wollten. Die Kommission habe hierfür jedoch keine ausreichenden Beweismittel vorgelegt. Zudem hätte sie genug Zeit gehabt, sich mit Hilfe eines Auskunftsverlangens zu vergewissern, dass der Fusionsvertrag tatsächlich widerrufen oder aufgegeben worden war. Das Gericht führte weiter aus, dass die Parteien jedenfalls aufgrund der früheren Verwaltungspraxis der Kommission darauf vertrauen durften, dass der Widerruf der Anmeldung genügen würde, um das Verfahren ohne Sachentscheidung zu beenden.

**741.** Als Reaktion auf die Klage von MCI dürfte die Neuregelung in Artikel 6 Abs. 1 lit. c Satz 2 FKVO anzusehen sein, die mit der Reform der FKVO am 1. Mai 2004 in Kraft getreten ist. Hiernach muss ein Zweite-Phase-Verfahren außer in Verweisungsfällen stets mit einer förmlichen Freigabe- oder Untersagungsentscheidung nach Artikel 8 FKVO abgeschlossen werden, es sei denn, die beteiligten Unternehmen haben der Kommission gegenüber „glaubhaft gemacht, dass sie den Zusammenschluss aufgegeben haben“. Die bloße Rücknahme der Anmeldung wird in Zukunft also nicht mehr ausreichen, damit ein Verfahren ohne Entscheidung in der Sache eingestellt wird. Dies ist zu begrüßen, da die Rücknahme der Notifizierung in der Regel weder die vertraglichen noch die börsenrechtlichen Verpflichtungen der beteiligten Unternehmen berührt. Aus dem inzwischen von der Europäischen Kommission veröffentlichten Informationsblatt geht hervor, dass die beteiligten Unternehmen einen Nachweis vorlegen müssen, der in Form und Rechtscharakter dem Akt, auf dessen Grundlage die Anmeldung stattgefunden hat, entspricht. Offen bleibt allerdings, wie die Europäische Kommission die Rücknahme von Anmeldungen innerhalb der ersten Verfahrensphase handhaben will. Insoweit wurde keine gesetzliche Regelung getroffen. Es erscheint aber angebracht, diese Fälle genauso zu behandeln wie Rücknahmen in der Hauptprüfphase.

<sup>134</sup> EuG, Urteil vom 28. September 2004, Rs. T-310/00, MCI/Kommission.

## **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.