

Auszug aus Hauptgutachten XVIII (2008/2009)

Kapitel IV

Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen und Fusionskontrolle

1. Allgemeines zur deutschen Kartellrechtspraxis
 2. Missbrauchsaufsicht nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
 3. Zusammenschlusskontrolle nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
 4. Europäische Fusionskontrolle
-

Inhaltsverzeichnis

Kapitel IV: Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen und Fusionskontrolle	193
1. Allgemeines zur deutschen Kartellrechtspraxis.....	193
1.1 Kartellrecht in der Finanzkrise.....	193
1.1.1 Unzulässigkeit unbegründeter Ausnahmen.....	193
1.1.2 Zur Wirksamkeit der Wettbewerbspolitik in der Krise.....	193
1.1.3 Struktur des Bankenmarktes und Machtausübung.....	194
1.1.4 Fazit: Keine Konjunktur- und Finanzmarktstützung auf Kosten des Wettbewerbs!.....	194
1.2 Neues Instrument Sektoruntersuchung.....	195
1.2.1 Außenwerbung.....	195
1.2.2 Sektoruntersuchungen im Energiebereich.....	195
1.2.3 Fazit: Effizientes Instrument mit Ausbaupotenzial.....	197
1.3 Neue Handlungsformen des Bundeskartellamtes.....	198
1.3.1 Auferlegung positiver Maßnahmen gemäß § 32 Abs. 2 GWB.....	199
1.3.2 Verpflichtungszusagen gemäß § 32b GWB.....	199
1.3.2.1 Wettbewerbsförderung im Rundholzvertrieb.....	199
1.3.2.2 Gaspreismissbrauch.....	200
1.3.2.3 Fazit: Effizientes Verfahren mit schwacher Vorfeldwirkung.....	201
1.3.3 Kein Anlass zum Tätigwerden gemäß § 32c GWB.....	201
1.3.4 Entziehung der Vorteile einer Gruppenfreistellungsverordnung gemäß § 32d GWB.....	201
1.4 Competition Advocacy: Vorfeldwirkung und effektiver Staat.....	202
1.5 Erfassung und Bewertung von Nachfragemacht.....	204
2. Missbrauchsaufsicht nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen.....	207
2.1 Kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht über staatliches Handeln.....	208
2.1.1 Grundlagen.....	208
2.1.2 Keine Rechtfertigung eines Boykotts durch unionsrechtswidrige Gesetze.....	209
2.1.3 Keine Mittelstandsförderung durch hoheitliche Kartelle.....	210
2.1.4 Kostendeckung und Förderungsauftrag bei staatlichen Forstdienstleistungen.....	211
2.2 Preisbasierte Missbräuche – Grenzen der Missbrauchsaufsicht?.....	212
2.2.1 Preis-Kosten-Schere.....	213
2.2.2 Untereinstandspreisverbot und Werbekostenzuschüsse.....	215
2.2.3 Ausbeutungsmissbrauch durch überhöhte Gaspreise bei Haushalts- und Gewerbekunden.....	217
2.2.4 Ausbeutungsmissbrauch durch überhöhte Heizstrompreise?.....	218
2.2.5 Behinderungsmissbrauch durch diskriminierende Konzessionsabgaben.....	218
2.2.6 Einstellen eines langwierigen Missbrauchsverfahrens nach Marktveränderungen.....	220
3. Zusammenschlusskontrolle nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen.....	221
3.1 Statistischer Überblick.....	221
3.2 Verfahrensfragen und Anwendbarkeit der Fusionskontrollvorschriften.....	226
3.2.1 Anwendung in hoheitlich überlagerten Bereichen.....	226
3.2.1.1 Fusionskontrolle im Krankenhaussektor.....	226

3.2.1.2 Fusionskontrolle im Glücksspielmarkt.....	226
3.2.1.3 Effektive Reichweite der Fusionskontrolle.....	226
3.2.2 Zusammenschlüsse mit Auslandsberührung.....	227
3.2.2.1 Einführung einer zweiten Inlandsumsatzschwelle.....	228
3.2.2.2 Zusammenschlüsse mit Schwerpunkt im Ausland.....	229
3.2.3 Umsatzzusammenrechnung bei Anwendung der Bagatellmarktklausel.....	230
3.2.4 Geltung des Vollzugsverbots ex lege nach Anmeldung.....	231
3.2.5 Zuständigkeiten im einstweiligen Rechtsschutzverfahren.....	232
3.2.6 Entflechtungsvoraussetzungen bei vollzogenen unangemeldeten Zusammenschlüssen.....	233
3.3 Gemeinschaftsunternehmen als Koordinationsplattformen.....	234
3.3.1 Ökonomische Effekte von Gemeinschaftsunternehmen.....	234
3.3.2 Erfassung von Gemeinschaftsunternehmen nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen.....	235
3.3.2.1 Erfassung durch die Fusionskontrolle.....	236
3.3.2.2 Erfassung durch das Kartellverbot.....	236
3.3.3 Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes zu Gemeinschaftsunternehmen.....	236
3.3.3.1 Vertriebskooperation für Molkereiprodukte.....	237
3.3.3.2 Beteiligungsstruktur und Einkaufskooperation in Lebensmitteleinzelhandels-Gemeinschaftsunternehmen.....	238
3.3.3.3 Fazit: Minimierung des Gruppeneffekts durch Nebenbestimmungen.....	238
3.3.4 Vernetzung in Oligopolmärkten: Verbundeffizienzen und Koordinationsplattformen.....	239
3.4 Wettbewerblich erheblicher Einfluss als Zusammenschlusstatbestand.....	240
3.4.1 Wettbewerbserheblicher Einfluss eines strategischen Investors mit Branchenkenntnis.....	241
3.4.2 Minderheitsbeteiligungen, Überkreuzbeteiligungen und Kartellverbot.....	242
3.5 Marktabgrenzung.....	243
3.5.1 Sachliche Marktabgrenzung.....	244
3.5.1.1 Marktabgrenzung in benachbarten dynamischen Märkten.....	245
3.5.1.2 Einheitliche Marktabgrenzung und abgestufter Wettbewerbsdruck im Lebensmitteleinzelhandel: EDEKA/Tengelmann.....	246
3.5.1.3 Getrennte Tankstellenmärkte für Benzin und Diesel.....	247
3.5.1.4 Eigenständiger Markt für Sauermilchkäse: Loose/Poelmeyer.....	248
3.5.1.5 Kostenlose Konkurrenz aus dem Internet: Bertelsmann/Brockhaus.....	250
3.5.2 Sachliche Marktabgrenzung in der Energiewirtschaft.....	250
3.5.2.1 Überblick: Verschiebung der Konzentrationstendenzen in der Energiewirtschaft.....	251
3.5.2.2 Stadtwerksverflechtungen und Stromkleinkunden: Integra/Thüga.....	251
3.5.2.3 Fernwärme: RWE/Exxon Mobil.....	253
3.5.3 Räumliche Marktabgrenzung.....	254
3.5.3.1 Clusterbetrachtung im Lebensmitteleinzelhandel.....	254
3.5.3.2 Erreichbarkeitsmodell in Tankstellenmärkten.....	255
3.6 Marktbeherrschung.....	255
3.6.1 Marktbeherrschung in Oligopolmärkten.....	256
3.6.1.1 Bundesgerichtshof und Europäischer Gerichtshof: Kriterien gemeinsamer Marktbeherrschung.....	256

3.6.1.2	Echte Vermutungswirkung des § 19 Abs. 3 Satz 2 GWB.....	257
3.6.1.3	Oligopol im Kraftstoff Einzelhandel.....	258
3.6.1.4	Oligopol im Zuckermarkt.....	258
3.6.1.5	Ausschreibungswettbewerb im Cabriodächer-Oligopol.....	260
3.6.1.6	Wettbewerbsdynamik und Oligopolverflechtungen.....	261
3.6.2	Marktbeherrschung in zweiseitigen Märkten.....	261
3.6.3	Bewertung potenziellen Wettbewerbs.....	262
3.6.3.1	Untersagung wegen Wegfalls potenziellen Wettbewerbs.....	263
3.6.3.2	Kein potenzieller Wettbewerb bei dauerhaften historisch gewachsenen Marktgrenzen.....	263
3.6.3.3	Freigabe unter Berücksichtigung erwarteten Marktzutritts.....	264
3.7	Spürbarkeit der Wettbewerbsverschlechterung?.....	265
3.7.1	Schutz des Restwettbewerbs ohne Spürbarkeitsschwelle.....	265
3.7.2	Mangelnde Spürbarkeit bei Tankstellenfusionen?.....	265
3.8	Abhilfemaßnahmen.....	266
3.8.1	Mustertexte für aufschiebende und auflösende Bedingungen sowie Auflagen.....	266
3.8.2	Verhaltensauflagen.....	268
3.8.2.1	Liefer- und Abnahmeverpflichtungen	268
3.8.2.2	Carve-Out mit Lizenzierungs- und Belieferungsverpflichtung.....	269
3.8.3	Auflösende Bedingungen und Zustandssicherung im Entflechtungsverfahren.....	270
4.	Europäische Fusionskontrolle.....	271
4.1	Einführung.....	271
4.2	Statistische Angaben.....	272
4.3	Marktabgrenzung.....	273
4.3.1	Keine Marktabgrenzung nach „Arbeitsgebieten“.....	273
4.3.2	Definition der Tankstellenmärkte.....	275
4.3.3	Marktabgrenzung im Energiesektor.....	277
4.4	Wettbewerbliche Beurteilung.....	278
4.4.1	Keine Wettbewerbsbeeinträchtigung trotz marktbeherrschender Stellung.....	279
4.4.2	Wettbewerbswirkungen der Fusion trotz bereits bestehender Beteiligung.....	280
4.4.3	Bagatellmarktschwelle in der europäischen Fusionskontrolle?.....	281
4.4.4	Nicht horizontale Zusammenschlüsse.....	281
4.4.5	Nachfragemacht.....	285
4.4.6	Koordinierte Effekte.....	287
4.4.7	Effizienzen.....	289
4.4.8	Ermittlungsbefugnisse und Analysemethoden.....	293
4.5	Abhilfemaßnahmen.....	296
4.5.1	Veräußerungsverpflichtungen.....	296
4.5.2	Abbau von Marktzutrittsschranken im Energiesektor.....	298
4.5.3	Abbau von Marktzutrittsschranken im Passagierluftverkehr.....	299
4.5.4	Verhaltensorientierte Abhilfemaßnahmen.....	300
4.5.5	Alternative Abhilfemaßnahmen.....	302
4.5.6	Fix-it-first- und Up-front-buyer-Lösungen.....	303

4.6	Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Gerichts erster Instanz.....	305
4.6.1	Bertelsmann und Sony/Impala.....	305
4.6.2	MyTravel/Kommission.....	308
4.6.3	Kommission/Schneider Electric.....	310
4.7	Legislative Entwicklungen.....	313
4.7.1	Mitteilung über zulässige Abhilfemaßnahmen.....	313
4.7.2	Bericht über die Zuständigkeitsverteilung im Rahmen der Fusionskontrollverordnung.....	314
4.7.2.1	Umsatzschwellen in Art. 1 Abs. 2 und 3 FKVO.....	314
4.7.2.2	Zwei-Drittel-Regel.....	315
4.7.2.3	Verweisung vor der Anmeldung gemäß Art. 4 Abs. 4 und 5 FKVO.....	315
4.7.2.4	Mechanismen zur Verweisung nach der Anmeldung gemäß Art. 22 und 9 FKVO.....	316

Kapitel IV

Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen und Fusionskontrolle

1. Allgemeines zur deutschen Kartellrechtspraxis

324. Neben den Einflüssen der Finanzkrise waren im Berichtszeitraum einige verfahrenstechnische Auswirkungen der Siebten Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) 2005 von besonderer Bedeutung, insbesondere die Durchführung von Sektoruntersuchungen und die Erweiterungen der kartellamtlichen Handlungsformen. Die Wirksamkeit kartellamtlichen Handelns außerhalb formeller Verfahren hat darüber hinaus zugenommen. Schließlich war der Umgang mit Nachfragemacht wiederholt und zunehmend Gegenstand kartellrechtlicher Verfahren.

1.1 Kartellrecht in der Finanzkrise

325. In wirtschaftlich schwierigen Zeiten steigt oftmals die Neigung von Unternehmen, rechtswidrige Kartelle zu schließen und ihre wirtschaftliche Macht zu missbrauchen. Zusammenschlussvorhaben werden wegen erschwerter Finanzierungsbedingungen und weniger günstiger Aussichten der Unternehmen zwar zurückgefahren. Allerdings steigt tendenziell auch die Zahl der Unternehmen in Schwierigkeiten. Und zur Rettung eines Unternehmens vor der Liquidation kann unter Umständen auch dessen Übernahme durch einen Wettbewerber zulässig sein. Schließlich ist die Politik in einer Krise eher bereit, ordnungspolitische Grundsätze einzuschränken. Staatlich finanzierte Rettungs- und Konjunkturstützungsprogramme können negative Auswirkungen auf den Wettbewerb haben. Insgesamt ist in Krisenzeiten regelmäßig ein Ansteigen der wettbewerbsfeindlichen Kräfte zu beobachten. Die Monopolkommission hat bereits im Januar 2009 ihre Befürchtungen öffentlich erläutert, dass staatliche Maßnahmen zur Eindämmung der konjunkturellen Kontraktion die Grundlagen der marktwirtschaftlich-wettbewerblichen Ordnung in Deutschland nicht nur temporär infrage stellen könnten.¹

1.1.1 Unzulässigkeit unbegründeter Ausnahmen

326. Die Schaffung eines wettbewerblichen Ausnahmereichs durch § 17 Finanzmarktstabilisierungsbeschleunigungsgesetz² ist zwar ordnungspolitisch zu bedauern,

hat aber erfreulicherweise – soweit ersichtlich – bislang nicht zu wettbewerbswidrigen Marktveränderungen geführt. Nach dieser Vorschrift gelten die wettbewerbsrechtlichen Vorschriften des GWB nicht für den Finanzmarktstabilisierungsfonds. Die genaue Reichweite dieser Vorschrift ist zwar im Spannungsfeld zwischen deren Wortlaut, der Gesetzesbegründung und dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht klar.³ Als Ausnahmevorschrift ist sie im Rahmen des Gesetzeszwecks jedoch zwingend eng auszulegen. Dieser Zweck kann nur die Übernahme von Unternehmensanteilen durch den Finanzmarktstabilisierungsfonds rechtfertigen, da nur die Übernahme eilbedürftig sein kann. Die Abgabe dieser Anteile im Rahmen einer Rückprivatisierung aber erscheint nicht eilbedürftig und muss daher, um unnötige Wettbewerbsverschlechterungen zu vermeiden, dem GWB unterliegen. Gleiches gilt für sonstige Wettbewerbsbehinderungen, die vom Finanzmarktstabilisierungsfonds ausgehen. Denn auch solche wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen staatlicher Unternehmen dürften kaum zu einer Linderung der Krise führen.⁴ Festzuhalten bleibt somit, dass Rückprivatisierungen von in der Krise zu Stabilisierungszwecken erworbenem staatlichem Eigentum den Vorschriften des GWB unterliegen.

1.1.2 Zur Wirksamkeit der Wettbewerbspolitik in der Krise

327. Die angesichts des konjunkturbedingt gestiegenen Wettbewerbsdrucks gestiegenen Anreize zur Kartellbildung und zur missbräuchlichen Ausübung wirtschaftlicher Macht haben sich bisher noch nicht in konkreten Verfahren des Bundeskartellamtes niedergeschlagen. Allerdings ist insoweit zu berücksichtigen, dass Kartell- wie Missbrauchsverfolgung nachlaufend geschieht, in den kommenden Jahren hier also möglicherweise mit steigenden Verfahrenszahlen zu rechnen ist. Bislang sind jedenfalls keine Missbrauchsauswirkungen der Krise bekannt geworden. Die gesunkene Zahl der Anmeldungen ermöglicht es den Beschlussabteilungen des Bundeskartellamtes im Gegenteil, die freigewordenen Kapazitäten fruchtbar in Verfahren und Bereichen einzusetzen, in denen bisher weniger kartellbehördliche Aktionen stattfanden (etwa zu Preisbindungen der zweiten Hand und in Sektoruntersuchungen).

¹ Vgl. Monopolkommission, Stellungnahme zum Finanzmarktstabilisierungsgesetz und dem „zweiten Konjunkturpaket“, Pressemitteilung vom 22. Januar 2009.

² Gesetz zur Beschleunigung und Vereinfachung des Erwerbs von Anteilen an sowie Risikopositionen von Unternehmen des Finanzsektors durch den Fonds „Finanzmarktstabilisierungsfonds – FMS“ (Finanzmarktstabilisierungsgesetz – FMStBG) vom 17. Oktober 2008 [Artikel 2 des Gesetzes zur Umsetzung eines Maßnahmenpakets zur Stabilisierung des Finanzmarktes (Finanzmarktstabilisierungsgesetz – FMStG) vom 17. Oktober 2008, BGBl. I S. 1982, in der Fassung des Gesetzes zur Fortentwicklung der Finanzmarktstabilisierung vom 17. Juli 2009, BGBl. I S. 1980].

³ § 17 FMStBG: „Die Vorschriften des Ersten bis Dritten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen finden keine Anwendung auf den Fonds.“ Im Gesetzentwurf heißt es: „... schließt insbesondere die Anwendung der deutschen Fusionskontrolle auf Beteiligung durch den Fonds aus“; vgl. Bundestagsdrucksache 16/10600 vom 14. Oktober 2008, S. 12.

⁴ Zu einer umfassenderen Diskussion der Kartellrechtsunterworfenheit staatlichen Handelns vgl. unten Tz. 397 ff. und 463 ff.

328. Strukturkrisenkartelle verbinden Unternehmen einer Branche, die im Extremfall gemeinsam die in der Krise zu groß gewordenen Kapazitäten reduzieren und die dabei entstehenden Kosten untereinander aufteilen. Solche Kartelle waren nach § 6 GWB a. F. bis 2005 freistellungsfähig, was aber kaum praktische Bedeutung erlangte. Nach europäischem Recht fallen sie unter das Kartellverbot, können jedoch nach Artikel 101 Absatz 3 AEUV freistellungsfähig sein.⁵ Die Voraussetzungen für eine solche Freistellung dürften freilich wie im deutschen Recht nach § 2 Absatz 1 GWB selten vorliegen, da eine angemessene Beteiligung der Verbraucher an den „Effizienz“-Gewinnen nicht oft gegeben sein dürfte.⁶ Diese Wertung deckt sich mit der Beobachtung, dass die Bildung von Kartellen kein effizienter Weg zur Anpassung an Veränderungen darstellt, wenn dadurch die Produktion beschränkt wird.⁷

329. Bislang sind in der Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes keine durch die noch andauernde Finanzkrise bedingten Sanierungsfusionen ersichtlich. Solche Zusammenschlüsse umfassen die Übernahme eines Unternehmens durch einen Wettbewerber, der dadurch zwar Marktanteile (auch erhebliche) gewinnt, diese Marktanteile aber aufgrund der Marktsituation ohnehin im Wesentlichen nach einer ohne diese Fusion unvermeidbaren Insolvenz jenes Unternehmens mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit übernommen hätte.⁸ Dabei wird die Kausalität des Zusammenschlusses für den Marktmachtzuwachs dann verneint, wenn das sanierungsbedürftige Unternehmen ohne den Zusammenschluss nicht überlebensfähig und kein alternativer Erwerber ersichtlich ist und zudem bei einem Ausscheiden des betroffenen Unternehmens aus dem Markt dessen Marktanteile unmittelbar auf den Erwerber übergehen würden. Voraussetzung dafür ist regelmäßig, dass im Insolvenzfall auch die Produktionsmittel des fraglichen Unternehmens entweder den Markt verlassen oder ohnehin von dem übernehmenden Unternehmen aus der Insolvenzmasse aufgekauft würden.

330. Zwischen November 2008 und Januar 2009 hat das Bundeskartellamt drei Zusammenschlüsse zwischen deutschen Großbanken in der Vorprüfphase freigegeben, weil diese nach Auffassung des Amtes „nicht kausal für die Entstehung oder Verstärkung marktbeherrschender Stellungen sein dürften“: Die Deutsche Bank plante den Erwerb der Alleinkontrolle über die Postbank in mehreren Schritten, deren erster Gegenstand der Fusionskontrollentscheidung war,⁹ die Commerzbank erwarb die Dresdner Bank von der Allianz¹⁰ und die Westdeutsche Genos-

schafts-Zentralbank (WGZ Bank) fusionierte mit der Deutschen Zentral-Genossenschaftsbank (DZ Bank).¹¹ Für die kartellbehördliche Beurteilung war die Finanzkrise nicht ausschlaggebend. Denn in den untersuchten Einzelmärkten wurde eine (gemeinsame) Marktbeherrschung weder geschaffen noch verstärkt, da sich die Marktanteile der jeweils Beteiligten auf den meisten betroffenen Märkten auf weniger als 12 Prozent addierten, lediglich in Einzelfällen wurde bis zu 25 Prozent Marktanteil erreicht. Auch unter Oligopolgesichtspunkten war nach Auffassung des Bundeskartellamtes keine erhebliche Wettbewerbsverschlechterung zu befürchten, da das neu geschaffene Dreier-Oligopol aus den drei Großbanken Deutsche Bank/Postbank, Commerzbank (neu) und dem dann drittstärksten Kreditinstitut HypoVereinsbank im deutschen Bankenmarkt noch ausreichendem Wettbewerb ausgesetzt sei. Obwohl die Monopolkommission die zunehmende Konzentration im Bankensektor kritisch betrachtet, ist aus im engeren Sinne wettbewerbspolitischer Sicht gegen diese Entscheidungen nichts einzuwenden.

1.1.3 Struktur des Bankenmarktes und Machtausübung

331. Zahlreiche Staaten haben sich in der jüngsten Finanzkrise zur Rettung solcher Banken gezwungen gesehen, deren Insolvenz die Stabilität des Bankensystems gegebenenfalls gefährdet hätte. Systemrelevanz vermittelt den einzelnen Banken Wettbewerbsvorteile und ermöglicht risikoreiche Geschäftsstrategien. Dies begünstigt die Verdrängung kleinerer, möglicherweise sogar effizienterer Banken. Soweit Vorteile für systemrelevante Institute bestehen, besteht sogar ein Anreiz für Banken, durch internes oder externes Wachstum in die Kategorie der Systemrelevanz zu gelangen.

332. Die Monopolkommission gibt zu bedenken, dass die beschriebenen Effekte nicht nur Wettbewerbsverzerrungen, sondern auch erhebliche negative Wohlfahrtswirkungen zur Folge haben können. Sie weist deshalb auf die Notwendigkeit hin, die Wettbewerbspolitik künftig nicht allein an der Vermeidung der Gewinnung und des Missbrauchs von Marktmacht auszurichten, sondern auch diejenigen Probleme in den Blick zu nehmen, die aus einem erleichterten Zugang von Großunternehmen der Bankwirtschaft, aber auch aus anderen Wirtschaftszweigen, zu staatlichen Unterstützungsleistungen resultieren können.

1.1.4 Fazit: Keine Konjunktur- und Finanzmarktstützung auf Kosten des Wettbewerbs!

333. Zunächst kann festgestellt werden, dass sich bislang die von der Monopolkommission im Winter 2008/2009 befürchteten unmittelbaren Gefährdungen der marktwirtschaftlich-wettbewerblichen Ordnung in Grenzen gehalten haben. Die mittel- und langfristigen Auswirkungen der staatlichen Reaktionen auf die wirtschaftliche

⁵ Vgl. EuGH, Urteil vom 20. November 2008, C-209/07 „Irish Beef“.

⁶ Heute so kaum noch nachvollziehbar: EG-Kommission, Entscheidung vom 29. April 1994, IV/34.456 „Stichting Baksteen“, Tz. 31.

⁷ Vgl. nur Böhm, F., Kartelle und Krise, Wirtschaft und Wettbewerb 4, 1954, S. 367–387.

⁸ Eingehender zu Sanierungsfusionen zuletzt Monopolkommission, Weniger Staat, mehr Wettbewerb, Hauptgutachten 2006/2007, Baden-Baden 2008, Tz. 589 ff.

⁹ BKartA, Beschlüsse vom 14. November 2008 und vom 18. Februar 2009, B4-133/08, B4-29/09 „Deutsche Bank/Deutsche Postbank“.

¹⁰ BKartA, Beschluss vom 10. Dezember 2008, B4-134/08 „Commerzbank/Dresdner Bank und Allianz“.

¹¹ BKartA, Beschluss vom 28. Januar 2009, B4-177/08 „DZ Bank/WGZ Bank“.

Kontraktion abzuschätzen, übersteigt jedoch die Möglichkeiten realistischer Prognose.

334. Die bereits geschehenen und zumindest politisch wohl unvermeidbaren Eingriffe in den Wettbewerb müssen allerdings zeitnah und wettbewerbskonform rückgängig gemacht, zurückgeführt oder zumindest kompensiert werden. Vor diesem Hintergrund erinnert die Monopolkommission nachdrücklich daran, dass funktionierende wettbewerbliche Strukturen der beste Garant für eine schnelle und reibungsarme Anpassung von Wirtschaftsstrukturen an veränderte Rahmenbedingungen sind.

335. Gerade in der Krise muss die Erhaltung zukunftsfähiger, selbsttragender und wettbewerblicher Strukturen besonders im Vordergrund stehen. Die Monopolkommission weist in diesem Zusammenhang auf das Grundprinzip jeder Ordnungspolitik hin: Der Gleichlauf von Eigentum, Verantwortung und Haftung muss gewahrt bleiben, um ein Funktionieren gesellschaftlichen wie wirtschaftlichen Austauschs nachhaltig zu gewährleisten.¹²

1.2 Neues Instrument Sektoruntersuchung

336. Das GWB ermächtigt das Bundeskartellamt seit seiner Siebten Novelle von 2005 in § 32e zur Durchführung von Sektoruntersuchungen. Anlass zu einer Sektoruntersuchung können starre Preise oder andere Umstände sein, die vermuten lassen, dass der Wettbewerb möglicherweise eingeschränkt oder verfälscht ist. Sektoruntersuchungen setzen keine konkreten Kartellrechtsverstöße voraus und richten sich nicht gegen einzelne Unternehmen. Zweck einer Sektoruntersuchung ist ein ganzheitliches Verständnis der Wettbewerbs- und Marktverhältnisse auf dem betroffenen Markt. Das Bundeskartellamt hat durch diese Vorschrift sehr umfangreiche Befugnisse zur Ermittlung unabhängig von einem konkreten Verfahren. Die Befugnisse entsprechen hier weitgehend denen der Europäischen Kommission gemäß Artikel 17 VO 1/2003¹³ und umfassen neben Auskunftsersuchen und Auskunftsbefehlen auch Gespräche mit Marktteilnehmern und Durchsuchungen wie unangekündigte Nachprüfungen zur Einsichtnahme in geschäftliche Unterlagen. Die Entscheidung zur Durchführung einer Sektoruntersuchung wird dezentral in den Beschlussabteilungen des Bundeskartellamtes getroffen.

337. Bisher hat das Bundeskartellamt zwei Sektoruntersuchungen in den Märkten für Außenwerbung und für Gastransport abgeschlossen. In den Bereichen Milch, Kraftstoffe, Stromgroßhandel sowie Fernwärme dauern die Untersuchungen noch an, in den beiden zuerst genannten Sektoruntersuchungen liegen bereits umfangreiche Zwischenberichte vor. Im Folgenden werden die Sektoruntersuchung Außenwerbung und die Sektoruntersuchungen im Energiebereich näher beleuchtet.

¹² Vgl. insoweit statt vieler Eucken, W., Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 4. Aufl., Tübingen 1968/1952, S. 279 ff.

¹³ Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. EG Nr. L 1 vom 4. Januar 2003, S. 1.

1.2.1 Außenwerbung

338. Die Sektoruntersuchung im Außenwerbungsmarkt war zeitlich die erste Sektoruntersuchung. Anlass waren gehäufte Beschwerden aus dem Markt, teilweise starkes, der Fusionskontrolle nicht unterliegendes externes Wachstum sowie die Erkenntnisse aus einem nach Abmahnung durch das Bundeskartellamt aufgegebenen Zusammenschlussvorhaben. Im Rahmen der Untersuchung befragte das Bundeskartellamt eine Vielzahl von Verpächtern von Außenwerbeflächen sowie Anbietern und Nachfragern auf dem Markt für Außenwerbung. Im Ergebnis wurden weitreichende Einschränkungen des Wettbewerbs auf den Außenwerbemärkten und erhebliche Rigiditäten insbesondere auf den vorgelagerten Angebotsmärkten für Außenwerbeflächen gefunden. Besonders erschienen hier insbesondere einige Vertragsklauseln: Die Verträge, mit denen die Kommunen die Außenwerbeflächen an Außenwerber verpachteten, wiesen sehr lange Laufzeiten bzw. automatische Verlängerungen, Exklusivitätsverpflichtungen, Kopplungen mit Stadtmöblierung sowie englische Klauseln (Vorpachrechte) auf.

339. Die Veröffentlichung der Ergebnisse der Sektoruntersuchung zusammenfassenden Eckpunktepapiers und die umfangreichen vom Bundeskartellamt mit Marktteilnehmern geführten Gespräche zeitigten binnen kurzer Frist eine wettbewerbliche Belebung des Marktes. In dem Eckpunktepapier und in Gesprächen hatte das Bundeskartellamt auf die wettbewerblichen Bedenken hingewiesen, denen die oben aufgeführten Vertragsklauseln begegnen. Viele Kommunen wurden dadurch auf die negativen Auswirkungen solcher Vertragsgestaltung aufmerksam; vielfach schreiben diese nunmehr Werbeflächen in kleineren Losen transparent und diskriminierungsfrei aus und verzichten größtenteils auf Exklusivitäts- wie englische Klauseln und teilweise auf Kopplungen mit Stadtmöblierung. Dadurch ist der Markt nach Aussage von Marktteilnehmern teilweise erheblich wettbewerblicher geworden.

1.2.2 Sektoruntersuchungen im Energiebereich

340. Im Energiesektor hat das Bundeskartellamt im Berichtszeitraum drei Sektoruntersuchungen eingeleitet, von denen bis dato eine abgeschlossen werden konnte. Die Untersuchungen betreffen den Stromgroßhandel, die Kapazitätssituation in den deutschen Gasfernleitungsnetzen und den Fernwärmesektor. Die Untersuchungen des Stromgroßhandels und der Gasfernleitungsnetze wurden bereits Anfang 2009 begonnen, wobei die zweitgenannte im Dezember 2009 abgeschlossen wurde¹⁴ und für die erstgenannte im Sommer 2010 mit ersten Ergebnissen in

¹⁴ Die Untersuchungen wurden in Form eines Abschlussberichts auf der Grundlage von § 32e Absatz 3 GWB veröffentlicht. Die Bundesnetzagentur, die Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission sowie das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie erhielten vorab einen Entwurf des Berichts und die Gelegenheit zur Stellungnahme. Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung, Kapazitätssituation in den deutschen Gasfernleitungsnetzen, Abschlussbericht gemäß § 32 Absatz 3 GWB, B10-7/09, Dezember 2009.

Form eines Zwischenberichts zu rechnen ist. Die Untersuchungen zum Fernwärmesektor wurden im September 2009 aufgenommen und dauern noch an.

341. Anlass für die Sektoruntersuchung der Kapazitätssituation in den deutschen Gasfernleitungsnetzen waren konkrete Beschwerden von Netznutzern, die berichteten, dass die von ihnen benötigten Transportkapazitäten zur Ein- und Ausspeisung von Gas lediglich auf der Basis unterbrechbarer Kapazitäten gebucht werden könnten.¹⁵ Das Bundeskartellamt vermutete, dass durch Langfristbuchungen verursachte vertragliche Kapazitätsengpässe in Fernleitungsnetzen ein branchenweites Phänomen darstellen könnten, und nahm die Untersuchungen auf. Es wurden Netzbetreiber und Transportkunden schriftlich und persönlich befragt sowie Gespräche mit Vertretern der Regulierungsbehörde, des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie sowie der Europäischen Kommission geführt. Darüber hinaus hat das Bundeskartellamt mehrere Tausend Kapazitätsverträge sowie Gasbezugs- und Gaslieferverträge ausgewertet und kam im Wesentlichen zu den im Folgenden dargelegten Ergebnissen:

342. Zahlreiche Grenzübergangspunkte sind auf lange Sicht hin ausgebucht. Das Bundeskartellamt erkennt hier die Gefahr einer Marktabschottung der nachgelagerten Gasliefermärkte nicht zuletzt deshalb, weil die Kapazitäten in hohem Maße von den Konzernschwestern der Netzbetreiber gehalten werden und neue Anbieter nicht auf dem Markt tätig werden können. Das Bundeskartellamt sieht hier einen dringenden kartellrechtlichen Handlungsbedarf, der die Einleitung von Missbrauchsverfahren nahelegt. Allerdings sollen zunächst die auf politischer und regulatorischer Ebene laufenden Anstrengungen abgewartet werden. Sowohl die Bundesnetzagentur als auch das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie sind aktuell aktiv, um eine Verbesserung der Kapazitätssituation in den deutschen Gasfernleitungsnetzen herbeizuführen.¹⁶ Im Rahmen der zwar verabschiedeten, aber noch nicht in Kraft getretenen Neufassung der Gasnetzzugangsverordnung werden die Laufzeiten der Kapazitätsbuchungen gesetzlich begrenzt.¹⁷ Dieses Vorhaben wird vonseiten des Bundeskartellamtes begrüßt und im Vergleich zur Einleitung einer Vielzahl kartellrechtlicher Verwaltungsverfahren als sehr viel effizienter

betrachtet. Aus diesem Grund geht das Bundeskartellamt zum aktuellen Zeitpunkt in dieser Sache nicht gegen die Gasfernleitungsnetzbetreiber vor.

343. Im Rahmen der Sektoruntersuchung wurden Erkenntnisse erlangt, die zur Einleitung weiterer kartellrechtlicher Schritte Anlass gegeben haben. So hat die Analyse der Gaslieferverträge ergeben, dass darin häufig eine Kombination von Take-or-Pay-Vereinbarungen mit Weiterverkaufsverböten von Gasmengen enthalten ist. Das Bundeskartellamt sieht hier ein erhebliches kartellrechtliches Problem und hat erste Verfahren dazu eingeleitet. Weiterer Anknüpfungspunkt ist die Überprüfung der Untersagung des Abschlusses von langfristigen Gaslieferverträgen aus dem Jahr 2006, die zeitlich befristet bis zum 30. September 2010 vorgenommen wurde.¹⁸ Ausgehend von einem sehr niedrigen Wettbewerbsniveau deuten die Ergebnisse der Sektoruntersuchung auf eine gewisse Belebung des Wettbewerbsgeschehens hin. Dieses gilt im Hinblick auf eine zunehmende Diversifizierung der Lieferantenstruktur im Bereich der Belieferung von Regional- und Ortsgasunternehmen. Um eine abschließende wettbewerbliche Beurteilung der Situation vornehmen zu können, reichen die Eindrücke und Erkenntnisse aus der Sektoruntersuchung jedoch noch nicht aus; insoweit bedarf es weiterer Untersuchungen.

344. Die Monopolkommission hat sich in ihrem Energiegutachten von 2009 dafür ausgesprochen, die Untersagung für weitere zwei Jahre in Betracht zu ziehen.¹⁹ Vor dem Hintergrund der erheblichen Veränderungen im Gassektor in den vergangenen zwei Jahren sieht das Bundeskartellamt keine akute Notwendigkeit zur Verlängerung der Regelungen zur Begrenzung der Laufzeiten von Gaslieferverträgen über den 30. September 2010 hinaus.²⁰ Die bereits in Kraft gesetzten²¹ sowie die weiteren absehbaren Änderungen²² der rechtlichen Regelungslandschaft, die tatsächlichen Marktentwicklungen in diesem Sektor nicht zuletzt aufgrund der ursprünglichen Untersagungsentscheidung des Bundeskartellamtes, aber auch die Tätigkeiten der Bundesnetzagentur in den betroffenen Märkten²³ lassen wettbewerblichere Strukturen im Gassektor dem Bundeskartellamt zufolge auch ohne globale Einschränkung langfristiger Gaslieferverträge durchaus möglich erscheinen. Die Monopolkommission hält es gleichwohl für erforderlich, dass das Bundeskartellamt auch in der Zukunft jedenfalls in geeigneten Einzelfällen gegen wettbewerbswidrige Vertragspraktiken vorgeht.

¹⁵ Mit diesem Phänomen setzte sich die Monopolkommission in ihrem zweiten Sondergutachten zur Energiewirtschaft auseinander und sah einen dringenden Handlungsbedarf; vgl. Monopolkommission, Strom und Gas 2009: Energiemärkte im Spannungsfeld von Politik und Wettbewerb, Sondergutachten 54, Baden-Baden 2009, Tz. 362 ff., insbesondere Tz. 373.

¹⁶ Am 9. Februar 2010 hat die Bundesnetzagentur ein Festlegungsverfahren zur Neugestaltung des Kapazitätsmanagements im Gasbereich eingeleitet, mit dem eine Auflösung der bestehenden vertraglichen Kapazitätsengpässe in den Fernleitungsnetzen erzielt werden soll. Vgl. BNetzA, Festlegungsverfahren zum Kapazitätsmanagement vom 9. Februar 2010, BK7-10-001. Die Festlegung macht Vorgaben zum Kapazitätsmanagement an den Buchungspunkten der nationalen Marktgebietsgrenzen und den internationalen Grenzkoppelpunkten.

¹⁷ Vgl. dazu Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Entwurf zur Neufassung der Gasnetzzugangsverordnung vom 19. Mai 2010 [online verfügbar].

¹⁸ BKartA, Beschluss vom 13. Januar 2006, B8-113-03, WuW/E DE-V 1147 „E.ON Ruhrgas“.

¹⁹ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 54, a. a. O., Tz. 502.

²⁰ BKartA, Bericht über die Evaluierung der Beschlüsse zu langfristigen Gaslieferverträgen vom 15. Juni 2010.

²¹ In diesem Zusammenhang sind z. B. das Zweivertragsmodell, GeLiGas und GaBiGas, zu nennen.

²² Vor allem die bereits am 19. Mai 2010 verabschiedete, aber noch nicht in Kraft getretene Novellierung der Gasnetzzugangsverordnung.

²³ Vgl. etwa die nun eröffnete Anreizregulierung der Netzentgelte für die Gasfernleitungsnetze sowie einige noch in Vorbereitung befindliche Festlegungen der Bundesnetzagentur, insbesondere das laufende Festlegungsverfahren Kapazitätsmanagement, BK7-10-001.

345. Mit erheblichem personellen Aufwand untersucht das Bundeskartellamt derzeit den Stromgroßhandel und die Stromerzeugung. Bereits im März 2009 wurden zahlreiche Auskunftsbeschlüsse versandt und in sehr umfangreichem Maße Erzeugungs- und Kostendaten für die Jahre 2007 und 2008 erhoben, mit denen das Bundeskartellamt annähernd den gesamten deutschen Markt abzubilden vermag. Die Monopolkommission ist zu der Einschätzung gelangt, die auch vom Bundeskartellamt geteilt wird, dass durch die spezielle Situation in Deutschland²⁴ sowohl Anreize als auch Möglichkeiten zur missbräuchlichen Ausnutzung von Erzeugermarktmacht auf dem Stromgroßhandelsmarkt gegeben sind. Durch unilaterale Maßnahmen oder über implizite oder explizite Koordination vermögen einige marktmächtige Stromanbieter in wohlfahrtsschädigender Weise Einfluss auf die Preisbildung zu nehmen.²⁵ Es bestehen im Markt Vermutungen, dass strategische Zurückhaltung von Kraftwerkskapazitäten vorgenommen wird, um den Preis an der Strombörse zu beeinflussen; die Monopolkommission erkennt hier jedenfalls eine für gewinnmaximierende marktmächtige Erzeuger rationale Strategie. Um allerdings ein konkretes Missbrauchsverfahren zu eröffnen, fehlte dem Bundeskartellamt bislang der Anfangsverdacht. Ziel der Sektoruntersuchung des Stromgroßhandels und der Stromerzeugung ist demnach die Abbildung der Marktstrukturen und die Überprüfung der Frage, ob der Preis an der Strombörse einen validen Referenzpreis für den Strommarkt darstellt. Darüber hinaus geht das Bundeskartellamt der Frage nach, ob auffällige Muster im Verhältnis von Angebots- und Nachfragekurve zu erkennen sind und die Einleitung von kartellrechtlichen Missbrauchsverfahren angezeigt ist.²⁶

346. Die Monopolkommission begrüßt das Vorgehen des Bundeskartellamtes und erwartet mit Spannung die Ergebnisse der Sektoruntersuchung zum Stromgroßhandel und zur Stromerzeugung. Die Untersuchungen erhöhen die Transparenz des Marktgeschehens und werden ermöglichen, das Verhalten der Akteure fundiert zu beurteilen und entsprechend dessen Einordnung weitere Schritte auf der Basis von Fakten vorzunehmen. Problematisch ist nach Auffassung der Monopolkommission dabei, dass es sich um eine Ex-Post-Analyse handelt, die nur rückwirkend den Markt abbilden und Unregelmäßigkeiten aufdecken kann. Sie vertritt die Ansicht, dass für den Stromgroßhandel und die Stromerzeugung ein systematisches „Market Monitoring“ erforderlich ist, mit dem

eine dauerhafte Möglichkeit zur Aufdeckung wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens geschaffen werden kann.²⁷ Die Bundesregierung hat diesen Vorschlag aufgegriffen und plant die Implementierung einer unabhängigen Marktüberwachungsstelle für den Stromgroßhandel.²⁸ Die Marktüberwachungsstelle soll für den börslichen und außerbörslichen Stromgroßhandel relevante Informationen zeitnah erheben und die Bietstrategien der Börsenteilnehmer auf marktkonformes Handeln und eventuelle Manipulationsversuche hin überprüfen. Die Monopolkommission begrüßt dieses Vorhaben.

347. Nach Vorstellung der Monopolkommission wird eine solche Marktüberwachungsstelle laufend und aktuell die Daten auswerten, die das Bundeskartellamt nun ex post analysiert. Sie versteht die Marktüberwachungsstelle als ein Alarm- und Kontrollsystem, welches laufend Informationen für die Aufsichtsbehörden Bundeskartellamt, Bundesnetzagentur und Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht bereitstellt. Vor dem Hintergrund, dass das Bundeskartellamt in den vergangenen Monaten erhebliche Erfahrungen bei der Datengewinnung und Datenauswertung gesammelt hat, und weil es um einen Bereich des Strommarktes geht, der nicht der Regulierung durch die Bundesnetzagentur unterliegt, spricht sich die Monopolkommission auch dafür aus, die unabhängige Marktüberwachungsstelle organisatorisch beim Bundeskartellamt anzusiedeln.

348. Die dritte Sektoruntersuchung, die die Energiemärkte betrifft, hat das Bundeskartellamt im September 2009 eingeleitet.²⁹ Der Fernwärmesektor wird einer detaillierten Untersuchung unterzogen mit dem Ziel, mehr Transparenz im Hinblick auf Preise und Strukturen zu gewinnen. Fernwärme nimmt mit einem Anteil von ca. 13 Prozent den dritten Platz der eingesetzten Heizmittel nach Erdgas (ca. 48 Prozent) und Heizöl (ca. 30 Prozent) ein. Grund für die Einleitung der Untersuchungen war, dass die Anbieter von Fernwärme innerhalb ihres Leitungsnetzes über eine Alleinstellung verfügen, welche in der Regel durch einen Anschluss- und Benutzungszwang rechtlich abgesichert ist. Durch diese Konstellation entstehen nach Auffassung des Bundeskartellamtes Preissetzungsspielräume, die im Fall von wettbewerblicher Konkurrenz nicht möglich gewesen wären. Die Kunden der Fernwärmeunternehmen gelten aus Sicht des Amtes als besonders schutzwürdig, da sie keine Wechselmöglichkeiten haben und in der Regel „gefangen“ sind. Die Untersuchung deckt wiederum die Jahre 2007 und 2008 ab.

1.2.3 Fazit: Effizientes Instrument mit Ausbaupotenzial

349. Die durch die Ergebnisse der Sektoruntersuchungen teilweise bereits ausgelösten Marktveränderungen zeigen deren Mehrwert deutlich: Nur ein umfassendes

²⁴ Die Stromerzeugung gilt als weitestgehend vermachtet und weist eine hohe Konzentration auf. Hinzu kommt eine Engpasssituation an den meisten internationalen Grenzen der Übertragungsnetzbetreiber, die verhindert, dass potenzieller Wettbewerb disziplinierend wirkt.

²⁵ Vgl. Monopolkommission, Strom und Gas 2007: Wettbewerbsdefizite und zögerliche Regulierung, Sondergutachten 49, Baden-Baden 2008, Tz. 215 ff., sowie Monopolkommission, Sondergutachten 54, a. a. O., Tz. 82, 180.

²⁶ Indizien für eine physische Kapazitätszurückhaltung wären zum Beispiel dann vorhanden, wenn verfügbare Kapazitäten nicht angeboten werden. Für eine ökonomische Kapazitätszurückhaltung spräche, wenn die Preisforderungen über den Grenzkosten liegen würden. Auf der Basis dieser Indizien könnte das Bundeskartellamt kartellrechtliche Missbrauchsverfahren einleiten.

²⁷ Vgl. zu diesem Vorschlag Monopolkommission, Sondergutachten 49, a. a. O. Tz. 211, und Monopolkommission, Sondergutachten 54, a. a. O., Tz. 181 ff.

²⁸ Vgl. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP, Wachstum, Bildung, Zusammenhalt., Berlin 2009, S. 30, Tz. 132 [online verfügbar].

²⁹ BKartA, Pressemitteilung vom 14. September 2009.

Verständnis der Wettbewerbs- und Marktverhältnisse eines bestimmten Marktes ermöglicht es, die Hindernisse, die sich wirksamem Wettbewerb in diesem Markt entgegenstellen, in ihrer Gesamtheit und ihrem Zusammenwirken zu würdigen. Während das Kartell- und das Missbrauchsverfahren, mehr noch das eng fristengebundene Fusionskontrollverfahren, auf konkretes Fehlverhalten bzw. das engere Umfeld der Zusammenschlussbeteiligten konzentriert sind und darüber hinaus im Regelfall weder Erkenntnisinteresse noch Handlungsbefugnisse haben, ermöglicht eine Sektoruntersuchung die Ermittlung der strukturellen Wettbewerbshindernisse. Überspitzt ausgedrückt: Während das klassische Verwaltungsverfahren oft auf ein Kurieren von Symptomen beschränkt bleibt, kann eine Sektoruntersuchung die Ursachen mangelnder Wettbewerbsfähigkeit aufzeigen. Für die Beseitigung dieser Ursachen kommen entweder die üblichen genannten Instrumente der Kartellbehörde oder, wie im Falle der Außenwerbung, ein Einwirken auf die strukturellen Wettbewerbshindernisse des Marktes in Betracht.

350. Nach Einschätzung der Monopolkommission stellt die Sektoruntersuchung ein hervorragendes Instrument dar, um Informationsasymmetrien zwischen Wettbewerbsbehörde und Unternehmen abzubauen. Ziel der Sektoruntersuchungen ist daher die Erlangung umfassender Einblicke in die Wettbewerbsbedingungen und die Identifikation möglicher Kartellrechtsverstöße. Insbesondere im Energiesektor hat sich dieses Instrument bis dato als sehr erfolgreich und nach Auskunft des Bundeskartellamtes auch als sehr informativ herausgestellt.

351. Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Sektoruntersuchung eine wertvolle Bereicherung des Handlungsarsenals des Bundeskartellamtes darstellt. Nicht unproblematisch scheint allerdings, dass die einzelnen Beschlussabteilungen eine Sektoruntersuchung mit der vorhandenen personellen Kapazität zusätzlich zu ihrem „Tagesgeschäft“ bewältigen müssen. Das mag zwar in Zeiten mit vergleichsweise wenig Fusionsanmeldungen dazu führen, dass schon länger als problematisch erachtete Märkte einer vertieften übergreifenden Untersuchung unterzogen werden können. Auch bietet eine Ansiedlung innerhalb der fachlich zuständigen Beschlussabteilung erhebliche informatorische und synergetische Effizienzen. Dennoch könnte – auch vor dem Hintergrund einer dedizierten Mannstärke der bei der Europäischen Kommission geführten Sektoruntersuchungen von teilweise weit über 30 – die Durchführung von Sektoruntersuchungen allein durch die Beschlussabteilungen ohne zusätzliche personelle Unterstützung auf Dauer unsicher erscheinen. Zur zentralen Akkumulation und Verfügbarkeit verfahrenstechnischer Erfahrung ist eine zentral angesiedelte Unterstützungseinheit für Sektoruntersuchungen (etwa innerhalb der Grundsatzabteilung) in Betracht zu ziehen.

352. Wie sich insbesondere am Beispiel der Außenwerbung gezeigt hat, sich auch in anderen Sektoruntersuchungen abzeichnet und aus anderen Verfahren hinlänglich bekannt ist, bestehen erhebliche Wettbe-

werbshindernisse oft in Strukturen und Normen, die nur teilweise von den Marktteilnehmern selbst abhängen. Solche Hindernisse kann das Bundeskartellamt nur zum Teil mit Überzeugungsarbeit gegenüber den Verantwortlichen abbauen. Vor diesem Hintergrund fordert die Monopolkommission das Bundeskartellamt auf, wie bisher dysfunktionale Marktordnungen in den untersuchten Wirtschaftsbereichen nicht hinzunehmen, sondern auf verschiedenen Wegen auf eine Möglichkeit von Wettbewerb, nötigenfalls durch Gesetzesänderung, zu dringen.

353. Die Monopolkommission ist der Auffassung, dass das Mandat des Bundeskartellamtes zum Wettbewerbschutz schon heute auch öffentliche Stellungnahmen zu dysfunktionalen Marktordnungen, deren Ineffizienzen und Verbesserungspotenzialen umfasst. Zur Ausräumung etwaiger Zweifel und gewisseren verfahrenstechnischen Einbindung aufseiten anderer Behörden, Ministerien und der Gesetzgeber ist diesbezüglich eine gesetzliche Klarstellung in Betracht zu ziehen. Die Monopolkommission verkennt an dieser Stelle nicht, dass solchermaßen weitergehendes Wirken des Bundeskartellamtes zur Folge haben müsste, dass Interessenvertreter Einfluss zu nehmen versuchten und das Bundeskartellamt stärker in der Öffentlichkeit, auch in der öffentlichen Kritik, stünde. Solches demonstrieren ansatzweise bereits die Erfahrungen aus den Sektoruntersuchungen und aus anderen Verfahren mit besonderer politischer und gesellschaftlicher Bedeutung. Die Monopolkommission ist jedoch zuversichtlich, dass das Bundeskartellamt auch unter gesteigerten Einflussnahmeversuchen seine Unabhängigkeit bewahren kann.

1.3 Neue Handlungsformen des Bundeskartellamtes

354. Grundsätzlich liegt es im Ermessen der Kartellbehörde, wann sie ein Kartell- oder Missbrauchsverfahren einleitet, während Fusionskontrollverfahren auf eine Anmeldung hin zu eröffnen sind und innerhalb enger Fristen abgeschlossen sein müssen. In dem von Aufgreiferem geprägten Bereich hat die Siebte GWB-Novelle mit der Änderung von § 32 und der Einfügung der §§ 32a bis d GWB eine Reihe von Erweiterungen der Kartellamtsbefugnisse eingeführt:³⁰ die Möglichkeit der positiven Tenorierung und der nachträglichen Feststellung eines Kartellverstoßes gemäß § 32 Absatz 2 und 3 GWB, das Instrument der Verpflichtungszusagen in § 32b GWB, Entscheidungen, mit denen festgestellt wird, dass gemäß § 32c GWB kein Anlass zum Tätigwerden besteht, die Möglichkeit zum Entzug der Vorteile einer Gruppenfreistellungsverordnung gemäß § 32d GWB. Erste Anwendungserfahrungen lassen nunmehr erste vorsichtige Einschätzungen der Vorschriften und ihrer Umsetzung zu.

³⁰ Vgl. hierzu bereits Monopolkommission, Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle, Sondergutachten 41, Baden-Baden 2004, Tz. 18 ff.

1.3.1 Auferlegung positiver Maßnahmen gemäß § 32 Absatz 2 GWB

355. § 32 GWB gestattet dem Bundeskartellamt seit 2005, Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen, die gegen eine Vorschrift des GWB verstoßen haben, alle Maßnahmen aufzugeben, die für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung erforderlich und gegenüber dem festgestellten Verstoß verhältnismäßig sind. Aus der Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes sind bislang kaum Verfahren ersichtlich, in denen das Amt nach § 32 Absatz 2 GWB den Beteiligten positive Maßnahmen aufgegeben hätte.³¹ Das dürfte wohl vor allem daran liegen, dass in Fällen, in denen eine solche Verfügung erwogen wird, die Beteiligten Verpflichtungsangebote abgeben, die das Bundeskartellamt, so diese die Wettbewerbsbeschränkung vollständig ausräumen, schon aus Gründen der Verhältnismäßigkeit nach § 32b GWB annehmen muss. Trotz dieser offenbar geringen direkten praktischen Bedeutung wirkt die Kompetenz des Bundeskartellamtes zur Auferlegung positiver Maßnahmen als Drohpotenzial, das Beteiligte zur Abgabe von entsprechenden Verpflichtungszusagen bewegt und so die Effektivität der Kartellrechtsdurchsetzung stärkt.

1.3.2 Verpflichtungszusagen gemäß § 32b GWB

356. Grundsätzlich liegt es im Ermessen der Kartellbehörde, welche Maßnahmen sie anordnet, um das illegale Verhalten abzustellen. Sie ist dabei allerdings an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebunden und muss im Rahmen des Erforderlichen bleiben. Das betroffene Unternehmen dagegen kann meist am besten abschätzen, welche Maßnahmen einfacher durchzuführen sind. Aus diesem Grund sind – wie praktisch schon lange im Fusionskontrollverfahren – verhandelte Verpflichtungszusagen oftmals die beste Möglichkeit, Wettbewerbshindernisse mit geringstmöglichem Aufwand aus der Welt zu schaffen und teilweise darüber hinaus Impulse für die Entstehung von Wettbewerb zu geben. Zwei Verfahren im Berichtszeitraum erscheinen besonders geeignet, die Funktionsweise, die Vorzüge und die Nachteile dieses Instruments anschaulich zu machen: der Versuch, wettbewerbliche Strukturen beim Rundholzvertrieb zu schaffen, sowie Teilerstattungen bzw. Senkungen und Nichterhöhungen missbräuchlich überhöhter Gaspreise.

1.3.2.1 Wettbewerbsförderung im Rundholzvertrieb

357. In der Vergangenheit übernahmen vielfach Landesforstverwaltungen oder -betriebe die zentrale Vermark-

tung auch von privat und kommunal angebautem Holz, was zur Bündelung der Vermarktung von regelmäßig mehr als zwei Dritteln des Rundholzmarktes in den einzelnen Bundesländern führte. Nach einem über siebenjährigen Verfahren haben die verfahrensbeteiligten Bundesländer Verpflichtungszusagen abgegeben, die einerseits eine solche Zentralvermarktungsdienstleistung auf das Sinnvolle und Notwendige beschränken und andererseits die Entstehung neuer wettbewerblicher Strukturen dezentraler Holzvermarktung fördern sollen.³²

358. Durch diese nach § 32b GWB als verpflichtend erklärten Zusagen erscheint es möglich, die bisherige zentrale Vormachtstellung der Landesforstverwaltungen durch dezentrale (private und kommunale) kooperative Vermarktungsstrukturen zu ersetzen. Der Inhalt der Zusagen beruht auf einem zwischen dem Bundeskartellamt und den verschiedenen Landesforstbehörden in einem reiterativen Prozess und im Rahmen der Forstchefkonferenz der Länder abgestimmten „Konkretisierungspapier“, das die Bedenken des Bundeskartellamtes sowie die kartellrechtskonformen Grundsätze einer zukünftigen Vermarktungspraxis darlegt und ergänzende Grundlage der Zusagenentscheidungen ist. Die deckungsgleichen Zusagen der Länder haben drei Schwerpunkte:

- Holzvermarktungsk Kooperationen mit staatlicher Beteiligung werden auf ein notwendiges Mindestmaß reduziert. Dabei sind solche dauernden Vermarktungsk Kooperationen mit staatlicher Beteiligung generell zulässig, bei denen keiner der nicht staatlichen Holzproduzenten den Schwellenwert von 3 000 ha Forstbetriebsfläche bzw. 8 000 ha für teilnehmende nicht staatliche Kooperationen übersteigt. Im Einzelfall sind solche Vermarktungsk Kooperationen mit staatlicher Beteiligung gestattet, die kapazitiv, zeitlich oder wirtschaftlich notwendig sind, um die Nachfrage eines bestimmten Abnehmers zu einem bestimmten Liefertermin oder Lieferzeitraum zu befriedigen; dabei muss dieser Abnehmer der Angebotsbündelung und der staatlichen Beteiligung an der Kooperation zumindest zustimmen.
- Private und kommunale Holzvermarktungsinitiativen werden durch die betroffenen Bundesländer gefördert, im Wesentlichen durch Nichtbehinderung und Unterstützung seitens der Länder im Sinne einer „Hilfe zur Selbsthilfe“ (etwa mittels „Nutzung und Fortentwicklung der landes- und bundesrechtlichen Instrumente zur forcierten Bildung und Vergrößerung forstwirtschaftlicher Kooperationen“, mittels Schulungstätigkeit oder organisatorischer und gegebenenfalls finanzieller Unterstützung). In einem Fünfjahreszeitraum sollen mindestens fünf gesondert zu benennende Pilotprojekte als Neugründungen, Vergrößerungen, Vereinigungen oder Intensivierungen eigenständiger Vermarktungsk Kooperationen besonders gefördert werden.
- Ein Monitoring-Rahmen, nach dem die Bundesländer dem Bundeskartellamt detaillierte Daten über noch ak-

³¹ Vgl. jedoch bereits BKartA, Beschluss vom 9. Februar 2006, B3-39/03, WuW/E DE-V 1177 „Soda-Club“; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. März 2007, VI-Kart 5/06 (V), WuW/E DE-R 1935 „Soda-Club“; BGH, Beschluss vom 4. März 2008, KVR 21/07, WuW/E DE-R 2268 „Soda-Club II“, sowie zu Rückerstattungsverpflichtungen auf dieser Grundlage BGH, Beschluss vom 10. Dezember 2008, KVR 2/08, WuW/E DE-R 2538 „Stadtwerke Uelzen“; BKartA, Beschluss vom 16. September 2009, B10-11/09, WuW/E DE-V 1803 „Gasversorgung Ahrensburg“.

³² Vgl. zu diesen Verfahren auch unten Tz. 408 ff.

tiv bestehende und zukünftige, nur im Einzelfall zulässige Vermarktungskoperationen zuleiten. Daneben sind Jahresübersichten zu erstellen, die sämtliche Lieferverträge mit einem Liefervolumen von mehr als 1 000 Ernte-Festmeter mit staatlicher Beteiligung erfassen. Zusätzlich sind die Daten zu beidem prüffähig vorzuhalten. Auch über den Fortschritt der Pilotprojekte sind die Länder berichtspflichtig.

359. Diese Zusagen machen die mögliche Komplexität von Zusagenentscheidungen anschaulich, die weit über eine bloße Untersagung hinausgeht. Eine solche hätte im Übrigen in diesen Fällen auch das Wettbewerbsproblem kaum gelöst, vielmehr zu einem zumindest teilweisen Zusammenbrechen der betroffenen Märkte geführt. Hier sollen erstmals in einem Kartellverfahren durch Zusagen auf einem bisher weitestgehend monopolisierten Markt in absehbarer Zeit wettbewerbliche Strukturen geschaffen werden. Solche Förderung von Wettbewerbern in bislang vermarkteten Märkten mit dem Ziel der nachhaltigen Schaffung von Wettbewerb wird zwar in Fusionskontrollfällen schon länger in gewissem Rahmen verfolgt, in Kartellfällen jedoch und von der überschießenden Tendenz (Schaffung neuen statt bloßer Erhaltung bestehenden Wettbewerbs) her stellt dies ein Novum dar.

360. Die Monopolkommission billigt das Vorgehen des Bundeskartellamtes und hält die gewählten Mittel – soweit abschätzbar – für geeignet, tatsächlich die Entstehung von wettbewerbsfähigen Anbietern auf den betroffenen Märkten zu fördern. Gleichzeitig bleibt auf verschiedene Schwierigkeiten und Limitationen solcher Ansätze hinzuweisen. So sind zum einen so weitreichende Zusagen wie hier nur von Beteiligten zu erhalten, die tatsächlich an der Schaffung von Wettbewerb interessiert oder zumindest nicht abgeneigt sind. In diesem Fall etwa haben die Ministerialverwaltungen, der Überzeugungsarbeit des Bundeskartellamtes folgend, das Ziel des Aufbaus von wettbewerblichen Marktstrukturen ganz überwiegend in den eigenen Zielkatalog mit aufgenommen. Solches Entgegenkommen der Verfahrensbeteiligten wird nicht immer gegeben sein. Damit hängt zum Zweiten die Schwierigkeit zusammen, die Umsetzung der Zusagen zu kontrollieren. Es dürfte schon in diesem besonders umsetzungsfreundlich gelagerten Fall das prinzipiell unbefristete Monitoring und die besondere Beobachtung von Pilotprojekten mit erheblichem Arbeitsaufwand für das Bundeskartellamt verbunden sein.³³ So füllte beispielsweise der erste Monitoringbericht eines Bundeslandes mehr als 1 500 Seiten. Insoweit kann die verfahrensführende Beschlussabteilung nur ermuntert werden, den Kontrollaufwand in einem Lernprozess mittels angepasster Reporting-Strukturen zu vermindern. Zum Dritten stellt sich in solchen Fällen positiver Maßnahmen das in (nahezu) allen Entscheidungen des Bundeskartellamtes vorhandene Informations- und Prognoseproblem in verschärfter Weise. So ist die entscheidungsleitende Pro-

gnose, weil auf positive Ergebnisse statt auf die bloße Vermeidung von Verschlechterungen gerichtet, mit zusätzlicher Unsicherheit belastet. Insoweit dürfte ein enges Monitoring mit Anpassung der Zusagen im Bedarfsfall meist unumgänglich sein. Zuletzt drohen die Grenzen zwischen politisch mehr oder weniger detailliert mandatiertem Regulierung und reinem Wettbewerbschutz zu verschwimmen.

361. Die genannten Schwierigkeiten schließen aber nach Ansicht der Monopolkommission den Aufbau von praktischen Erfahrungen in dieser Richtung nicht aus; im Gegenteil lassen sich nur durch solche Erfahrungen die oben besprochenen Gesetzesänderungen durch die Siebte GWB-Novelle mit Leben erfüllen. Ein rein negativ untersagender „Schutz“ nicht mehr existenten Wettbewerbs in der Hoffnung auf spontanes Entstehen wettbewerblicher Strukturen dürfte oftmals ins Leere gehen. Die sich hier abzeichnende Entwicklung bedeutet schließlich eine Annäherung der Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes an die der Europäischen Kommission, die mit der Gesetzesänderung auch intendiert war.

1.3.2.2 Gaspreismissbrauch

362. 2009 hat das Bundeskartellamt 30 Verfahren gegen Gasversorger wegen des Verdachts überhöhter Gaspreise für Haushalts- und Gewerbekunden nach § 29 GWB gegen Zusagen der Unternehmen nach § 32b GWB beendet.³⁴ Die Zusagen enthielten insbesondere den Verzicht auf Preiserhöhungen oder deren zeitliche Verschiebung, soweit sie auf Bezugskostensteigerungen basierten. Des Weiteren wurden Bonuszahlungen und Preisnachlässe für die Vergangenheit und die Überarbeitung der Preisgestaltung zugesichert. Nach Angaben des Bundeskartellamtes beläuft sich das Volumen aller Zusagen auf ca. 130 Mio. Euro (ca. 45 Prozent Gutschriften und ca. 55 Prozent Preismaßnahmen). Darüber hinaus haben die Gasversorger in einem Umfang von ca. 110 Mio. Euro³⁵ auf die Weitergabe gestiegener Gasbezugskosten verzichtet. Dieser Verzicht erfolgte bereits vor Abschluss der Verfahren und lässt sich sowohl durch das vom Bundeskartellamt eingeleitete Verfahren als auch durch den dadurch gesteigerten öffentlichen Druck auf die Unternehmen erklären. In allen Verfahren erhielt das Bundeskartellamt die Zusage, dass die erfolgten Senkungen für den Verbraucher nicht im Rahmen von späteren Preismaßnahmen im Jahr 2009 ausgeglichen werden. Der Umfang der Zusagen entspricht laut Auskunft des Bundeskartellamtes dem erwarteten Volumen der anderenfalls ergangenen Verfügungen. Zugeständnisse seien nicht beim Volumen, sondern nur hinsichtlich der Modalität der Rückerstattung gemacht worden.

363. Die Monopolkommission hat bereits in früheren Gutachten auf die problematischen Wirkungen hingewie-

³³ Vgl. das aus diesem Grund in § 40 Absatz 3 Satz 2 GWB normierte Verbot von Verhaltensauflagen und -bedingungen im Fusionskontrollverfahren.

³⁴ Eingehender zu diesen Verfahren bereits Monopolkommission, Sondergutachten 54, a. a. O., Tz. 503 ff.

³⁵ Die angegebenen Beträge sind Nettobeträge. Für den Endkunden wären zusätzlich noch Steuern und Abgaben hinzugekommen.

sen, die von Preiskontrollen nach § 29 GWB ausgehen.³⁶ Insbesondere steht sie den Auszahlungsmodalitäten kritisch gegenüber, die teilweise wie ein Kundenbindungsprogramm wirkten. Vor allem bedauert sie, unabhängig von generellen Fragen der Wirkungen von Preismissbrauchsverfahren,³⁷ dass in keinem Fall eine gerichtliche Klärung erfolgt ist oder erfolgen wird. Denn dadurch bleibt sowohl für das Bundeskartellamt und die Beteiligten als auch vor allem für andere Anbieter im Markt unsicher, wieweit der vom Bundeskartellamt zugrunde gelegte Erlösvergleich als mengengewichtete Zeitraumbetrachtung und die so ermittelten Vergleichspreise tatsächlich auf Dauer die zulässigen Höchstpreise abbilden. Eine verbindliche Klärung der Grenzen zulässiger Preisbildung wurde versäumt.

1.3.2.3 Fazit: Effizientes Verfahren mit schwacher Vorfeldwirkung

364. Eine Verfahrensbeendigung mit Verpflichtungszusagen kann komplizierte Verfahren zu einem relativ raschen Abschluss auch bei aufwendigen Abhilfeverpflichtungen bringen. Dadurch, dass die Entscheidungen (jedenfalls im Regelfall) nicht von Gerichten überprüft werden und insoweit weniger intensiven Begründungsaufwand erfordern und dass die Beteiligten kooperativ an einer konstruktiven Lösung mitarbeiten, erhöht sich die Verfahrenseffizienz deutlich. Allerdings werden offene Fragen des Kartellrechts dadurch nur zu einem Teil einer verbindlichen Lösung zugeführt. Zwar verpflichtet die Entscheidung die beteiligten Unternehmen in Bezug auf das mit ihr erfasste Verhalten. Die sich in Anwendung der einer Zusageentscheidung zugrunde liegenden Kartellrechtsnormen ergebende Rechtslage aber bleibt insgesamt ungeklärt. Für Dritte entfaltet eine solche Entscheidung keine, für Beteiligte nur eine eingeschränkte Vorfeldwirkung. Ein Minimum an Vorfeldwirkung lässt sich immerhin dadurch auch in einem solchen Verfahren erzielen, indem weitere potenzielle Verfügungsadressaten, soweit praktikabel, von Anfang an informell an dem Verfahren beteiligt werden.

365. Die Monopolkommission empfiehlt daher, vorrangig solche Verfahren mit Verpflichtungszusagen abzuschließen, die auf einer gesicherten rechtlichen Grundlage basieren. Neue Rechtsfragen und Sachverhalte mit großer Relevanz für weitere Marktteilnehmer sollten demgegenüber verbindlich geklärt und einer gerichtlichen Überprüfung zugeführt werden, um die Verhaltensregeln am Markt auch für am Verfahren Unbeteiligte klarzustellen.

1.3.3 Kein Anlass zum Tätigwerden gemäß § 32c GWB

366. Grundsätzlich liegt es im Ermessen der Kartellbehörde, ob sie ein Missbrauchsverfahren ohne oder mit ei-

ner Verfügung einstellt. Nach § 32c GWB kann die Behörde entscheiden, dass für sie kein Anlass zum Tätigwerden besteht, da die Voraussetzungen für ein Verbot nach den §§ 19 bis 21 GWB sowie Artikel 102 AEUV (ex-Artikel 82 EGV) nach den vorliegenden Erkenntnissen nicht gegeben sind. Der Zweck von Entscheidungen gemäß § 32c GWB liegt vor allem darin, die Rechtssicherheit für die Marktteilnehmer zu erhöhen. In einem Verfahren hat das Bundeskartellamt über zwei Jahre lang ermittelt, konnte aber keinen Verstoß feststellen, vor allem weil die Märkte sich zwischenzeitlich weiterentwickelt hatten. Dennoch wurde erwogen, in einer Entscheidung nach § 32c GWB zumindest festzustellen, dass die beiden Beteiligten ein wettbewerbsloses Oligopol bildeten und deshalb gemeinsam marktbeherrschend waren. Letztlich wurde auf eine solche Entscheidung verzichtet. Dennoch zeigt der Fall anschaulich die mögliche Anwendungswirkung dieser Norm: Durch eine Entscheidung nach § 32c GWB hätte das Bundeskartellamt seine Rechtsauffassung kundtun und den Beteiligten wie Dritten hiermit in Hinblick auf die Beurteilung des konkreten Falles Rechtssicherheit sowie Orientierung für ähnlich gelagerte Fälle geben können. Das Bundeskartellamt setzt diese Möglichkeit einer Erhöhung der Vorfeldwirkung bisher nur zurückhaltend ein.

1.3.4 Entziehung der Vorteile einer Gruppenfreistellungsverordnung gemäß § 32d GWB

367. Gruppenfreistellungsverordnungen der Europäischen Union gelten nach § 2 Absatz 2 GWB entsprechend auch für rein innerdeutsche Sachverhalte.³⁸ Diese Verordnungen stellen bestimmte, grundsätzlich gegen das Kartellverbot verstoßende Verhaltensweisen und Vertragsklauseln von diesem Verbot frei, wenn gewisse Bedingungen erfüllt werden.³⁹ Die Unanwendbarkeit einer Gruppenfreistellungsverordnung führt zu der Anwendbarkeit der Illegalitätsvermutung des Kartellverbots. Gruppenfreistellungsverordnungen bieten Rechtssicherheit für Unternehmen mit relativ geringen Marktanteilen und für vergleichsweise wettbewerbsneutrale Verhaltensweisen. Allerdings gelten sie typisiert für die gesamte Europäische Union, nehmen (mit Ausnahme marktspezifischer Gruppenfreistellungsverordnungen) Besonderheiten einzelner Märkte kaum auf und berücksichtigen ins-

³⁶ Eingehender zu dieser Kritik bereits Monopolkommission, Preiskontrollen in Energiewirtschaft und Handel? Zur Novellierung des GWB, Sondergutachten 47, Baden-Baden 2007, Tz. 5 ff., sowie Sondergutachten 54, a. a. O., Tz. 515 ff.

³⁷ Vgl. dazu eingehend Monopolkommission, Sondergutachten 54, a. a. O., Tz. 510 m. w. N., sowie unten Tz. 420 ff.

³⁸ Vgl. etwa Verordnung (EG) 2658/2000 vom 29. November 2000 (Spezialisierungsvereinbarungen), ABl. EG Nr. L 304 vom 5. Dezember 2000, S. 3; Verordnung (EU) Nr. 267/2010 vom 24. März 2010 (Versicherungssektor), ABl. EU L 83 vom 30. März 2010, S. 1; Verordnung (EG) 772/2004 vom 27. April 2004 (Technologietransfer), ABl. EG Nr. L 123 vom 27. April 2004, S. 11; Verordnung (EG) 330/2010 vom 20. April 2010 (Vertikalvereinbarungen), ABl. EG Nr. L 102 vom 23. April 2010, S. 1. Weitere Gruppenfreistellungsverordnungen bestehen für den Automobilvertrieb, für Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen, die Landwirtschaft, das Transport- sowie das Postwesen.

³⁹ Regelmäßig ist eine Marktanteilsschwelle vorgesehen (meist 30 Prozent), daneben Vertragsklauseln und Verhaltensweisen, die die Gruppenfreistellungsverordnung unanwendbar machen, solche, die nur alternativ zulässig, und solche, die im Regelfall unbedenklich sind.

besondere nicht die im Einzelfall tatsächlich gegebene Marktstruktur.

368. Um diesen Anpassungsdefiziten zu begegnen, hat die Europäische Kommission in Artikel 29 Absatz 1 VO 1/2003 und das Bundeskartellamt in Artikel 29 Absatz 2 VO 1/2003 wie in § 32d GWB die Befugnis erhalten, die Freistellung durch eine Gruppenfreistellungsverordnung für bestimmte Märkte zu entziehen. Das kann insbesondere auf Märkten von Interesse sein, in denen die in der Gruppenfreistellungsverordnung getroffenen typisierten Abwägungen unzutreffend sind und die daher für ihre Wettbewerbsfähigkeit ein strengeres Wettbewerbsregime benötigen als andere Märkte. So kann etwa ein Geflecht gleichartiger Verträge auch bei jeweils sehr geringen Marktanteilen stark wettbewerbseinschränkend wirken oder die Besonderheit der betroffenen Produkte einzelne, an sich unbedenkliche Praktiken wettbewerbsschädlich erscheinen lassen.

369. Das Bundeskartellamt hat bislang von dieser Befugnis keinen Gebrauch gemacht und ihre Anwendung – soweit ersichtlich – nur in einem Fall erwogen. Vor dem Hintergrund von in Sektoruntersuchungen oder einzelnen Zusammenschluss-, Kartell- oder Missbrauchsverfahren gewonnenen Erkenntnissen könnte aber in Zukunft häufiger die Notwendigkeit bestehen, Besonderheiten eines Marktes spezifisch gerecht zu werden und anderweitig erlaubtes Verhalten dort generell einzudämmen.

1.4 Competition Advocacy: Vorfeldwirkung und effektiver Staat

370. Mit dem Begriff „Competition Advocacy“ verknüpfen Kartellbehörden ihre Aufgabe, als Anwalt des Wettbewerbs tätig zu werden. Darunter wird einerseits die Erweiterung der Vorfeldwirkung des Kartellrechts durch Öffentlichkeitsarbeit im weitesten Sinne, andererseits die offensive Vertretung des Wettbewerbsgedankens innerhalb der staatlichen Organisationsstrukturen gefasst.⁴⁰ In diesen letzteren Rahmen sind auch das im jüngsten Entwurf zur Änderung des GWB vorgeschlagene Stellungnahmerecht des Bundeskartellamtes in Gesetzgebungsverfahren⁴¹ und das oben dargestellte Initiativ-Stellungnahmerecht des Bundeskartellamtes in Bezug auf wettbewerbswidrige Marktordnungen⁴² einzuordnen. Entsprechend lässt sich die Tätigkeit im Rahmen von „Competition Advocacy“ einteilen in marktbezogene und in staatsbezogene Aktivitäten.

371. Die Vorfeldwirkung macht effektiv den Großteil der Wirkung von Kartell- und Missbrauchsverbot aus. Selbstverantwortliche Kartellrechts-„Compliance“ der

Unternehmen findet statt durch Formung von Industrie- und Handelspraktiken, ohne dass das Bundeskartellamt unmittelbar tätig würde.⁴³ Diese Vorfeldwirkung ergibt sich – soweit sie sich nicht spontan einstellt – aus dem Bemühen der handelnden Unternehmen, Bußgelder oder Schadensersatzverpflichtungen, aber auch schon die bei Kartellamtsverfahren unvermeidliche „schlechte Presse“ zu vermeiden. Dies setzt ein Bewusstsein der Handelnden und der Entscheidungsträger im Unternehmen darüber voraus, wo sich die Grenzen des Zulässigen befinden und dass ein Überschreiten dieser Grenzen mit unangenehmen Folgen verknüpft ist. Für den Aufbau und den Erhalt einer Normbefolgungsbereitschaft ist die effektive Verfolgung von Verstößen weitgehend unverzichtbar.

372. Die Verfolgung von Rechtsverstößen stellt den klassischen Schwerpunkt der kartellbehördlichen Tätigkeit dar. Allerdings führt die Notwendigkeit des Erlasses gerichtsfester Entscheidungen regelmäßig zu einer Beschränkung der Verfolgung auf wenige herausragende Verstöße. Diese eingeschränkte Regeldurchsetzung kann dazu führen, dass in der Wahrnehmung von Managern die Reichweite eines kartellrechtlichen Verbots gegenüber seiner eigentlichen Geltung weit zurücksteht. Vornehmlich aus diesen Erwägungen nimmt bei allen modernen Kartellbehörden die „weiche“ Förderung der Durchsetzung des Kartellrechts eine wachsende Bedeutung ein.⁴⁴

373. Das Spektrum marktbezogener Advocacy-Aktivitäten im klassischen Geltungsbereich des Kartellrechts reicht von (Einzel-)Rechtsakten mit normativer Wirkung bis hin zu klassischer Öffentlichkeitsarbeit. Im Einzelnen lassen sich – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – folgende bereits heute nach dem GWB vorgesehene oder zulässige Handlungen der Kartellbehörde feststellen: die Entziehung der Vorteile einer Gruppenfreistellungsverordnung nach § 32d GWB, die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung nach § 32c GWB, die Veröffentlichung von Leitlinien, Merkblättern, Prioritätenlisten, „Vorsitzendenschreiben“, Workshops, Konferenzvorträge, Interviews, (gezielte) Pressearbeit, Veröffentlichung allgemeiner Informationen wie etwa des Tätigkeitsberichts und der Fallberichte. Effektiv dürfte vor allem ein Verbund verschiedener konzertierter Aktionen sein, etwa bestehend aus der Entscheidung konkreter Pilotfälle unter gleichzeitiger gezielter Information der Entscheidungsträger einer betroffenen Branche und/oder der Veröffentlichung allgemeinerer Dokumente wie Leitlinien.

374. Beispielhaft können hier die Aktivitäten des Bundeskartellamtes in Bezug auf Preissetzungsabstimmungen

⁴⁰ Vgl. insoweit statt vieler US DoJ Antitrust Division Manual, Stand 2009, Chapter V, sowie die für das britische Office of Fair Trading erstellte Studie „Choice and Competition in Public Services. A guide for policy makers“ [alle online verfügbar].

⁴¹ Vgl. Referentenentwurf vom 8. Januar 2010, S. 7; dazu bereits Monopolkommission, Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung, Sondergutachten 58, Baden-Baden 2010, Tz. 132 ff.

⁴² Vgl. oben Tz. 352 f.

⁴³ Vgl. etwa den Report des britischen Office of Fair Trading „Drivers of Compliance and Non-compliance with Competition Law“, Mai 2010 [online verfügbar].

⁴⁴ Vgl. das überblicksartige Papier der OECD „Competition Advocacy: Challenges for Developing Countries“ von Juni 2004, die Arbeitsergebnisse der ICN-Arbeitsgruppe Advocacy, etwa den Report von 2002: „Advocacy and Competition Policy“, sowie umfangreiche weitere Dokumente; sowie den für das britische Office of Fair Trading erstellten Evaluationsbericht „Evaluation of OFT Competition Advocacy“ von April 2010 [alle online verfügbar].

im Lebensmitteleinzelhandel herangezogen werden. Nachdem sich die Hinweise auf Unregelmäßigkeiten bei der Preissetzung in dieser Branche verdichtet hatten, durchsuchte das Bundeskartellamt schließlich im Januar 2010 die Verwaltungen zahlreicher Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels, des Drogeriewarenhandels und des Tierbedarfshandels sowie einiger Hersteller von Markenartikeln des Konsumgüterbereichs.⁴⁵ Aufgrund der Vielzahl der in den Asservaten belegten Vertragspraktiken entschloss sich die zuständige Beschlussabteilung, die größten Marktteilnehmer unmittelbar mit den gesetzlichen Vorschriften zu Preiskoordinationen bekannt zu machen. Das an einige Konzernzentralen verschickte und in Anlehnung an den Aufbau von Gruppenfreistellungsverordnungen erstellte „Vorsitzendenschreiben“ erklärte die Anwendung weit verstreuter Vorschriften in allgemein verständlicher und unmittelbar praktischer Form. Da sich im Laufe des Verfahrens herausstellte, dass ein Bewusstsein der Marktteilnehmer in Bezug auf die kartellrechtlichen Restriktionen gegenüber Preiskoordinationen teilweise überhaupt nicht, ganz überwiegend jedoch allenfalls ungenügend ausgeprägt war, erwägt das Bundeskartellamt die Veranstaltung eines „Workshops“, in dessen Rahmen Multiplikatoren und Entscheidungsträger aus den betroffenen Branchen über die genauen Regeln des Kartellrechts in diesen Bereichen informiert werden sollen. Ein intendierter Nebeneffekt dürfte insoweit auch eine unmittelbare Rückkoppelung der zuständigen Beschlussabteilung an die Sorgen und Bedürfnisse der Marktteilnehmer sein. Entscheidend ist jedoch in den Augen der Monopolkommission die Weckung eines allgemeineren kartellrechtlichen Bewusstseins in den betroffenen Unternehmen.

375. Begrenzt wird der Aktionsraum des Bundeskartellamtes in diesen Bereichen in zwei Richtungen: Zum einen kann und darf die Behörde keine Rechtsberatung für Private leisten; zum anderen kann sie als Teil der Exekutive nur insoweit Rechtsvorschriften erlassen, als eine gesetzliche Ermächtigung dazu besteht. Beide Restriktionen stehen aber den hier in Bezug genommenen Behördenaktivitäten nicht in grundsätzlicher Weise entgegen. Die gezielte Information Einzelner über bestimmte Kartellrechtsvorschriften stellt so lange keine unzulässige Rechtsberatung dar, wie die Tätigkeit der Durchsetzung des Kartellrechts dient. Entsprechend unproblematisch ist die Information von Verbänden, Branchen oder Gruppen von Unternehmen zur Kartellrechtsprävention. Auch der Spielraum des Bundeskartellamtes hinsichtlich einer normierenden Tätigkeit ist relativ weit: Selbstbindende Leitlinien, Merkblätter oder Erläuterungen sind von der allgemeinen Verwaltungskompetenz des Bundeskartellamtes abgedeckt; daneben steht die gesetzlich ausdrücklich vorgesehene Entziehung der Vorteile einer Gruppenfreistel-

lungsverordnung. In (öffentlichkeitswirksamen) Einzelfallentscheidungen hat das Bundeskartellamt, unter Kontrolle der Gerichte, schon seit Beginn seiner Tätigkeit die Rechtspraxis geprägt.

376. Die staatsbezogene Seite von „Competition Advocacy“ ist jüngerer Datums, gewinnt aber an Bedeutung mit einer Dynamisierung staatlicher Strukturen und staatlichen Handelns sowie der allgemeineren Einsicht in die Notwendigkeit, bis zu gewissem Grade auch innerhalb der staatlichen Verwaltung das Effizienzgebot zu beachten und die Vorteile von Wettbewerb auch darüberhinaus in Grenzbereichen zwischen Staat und Gesellschaft zu nutzen.

377. Das Spektrum staatsbezogener Advocacy-Aktivitäten der Kartellbehörde lässt sich im Einzelnen – wiederum ohne Anspruch auf Vollständigkeit – an folgenden Akten festmachen: Initiativ-Stellungnahmen zu Gesetzen und Gesetzgebungsprojekten, Einbindung in Gesetzgebungsprozesse, Auftritt als *amicus curiae* vor Gerichten sowie Einbindung in Verwaltungsvorgänge anderer Behörden. Während Initiativ-Stellungnahmen aus wettbewerbspolitischer Perspektive in relevanten Gesetzgebungsprozessen bereits heute vom Mandat des Bundeskartellamtes zum Wettbewerbsschutz umfasst werden und die Teilnahme an Drittprozessen als *amicus curiae* nach § 90 Absatz 2 GWB bereits in der Urfassung des GWB 1958 vorgesehen war, bedarf die formelle Einbindung des Bundeskartellamtes in Gesetzgebungsprozesse und in Verwaltungsvorgänge anderer Behörden noch einer gesetzlichen Regelung. Hinsichtlich der letzteren beiden Ziele gibt die Monopolkommission aus einer allgemeinen Perspektive Folgendes zu bedenken: Dafür spricht die zu erwartende, durch eine formelle Einbindung erheblich gesteigerte Wirksamkeit der Interventionen des Bundeskartellamtes, dagegen der unübersehbare zusätzliche Arbeitsaufwand und die mit einer regelmäßigen Beteiligung an solchen Verfahren unvermeidlich einhergehende lobbyistische „Belagerung“ des Einflusssträgers Bundeskartellamt. Wenngleich die Unabhängigkeit des Bundeskartellamtes nach den Erfahrungen der Monopolkommission auch in schwierigen Situationen außer Frage steht, könnten doch entsprechende interessengeleitete Versuche von Einflussnahme die Arbeitseffizienz der Kartellbehörde gefährden. Dennoch ist die Monopolkommission der Auffassung, dass die entsprechende gesetzliche und organisatorische Ausgestaltung einer formellen Einbindung des Bundeskartellamtes jedenfalls in Gesetzgebungsverfahren die erheblichen Vorzüge einer frühzeitigen Berücksichtigung wettbewerblicher Aspekte von Gesetzgebungsprojekten durchaus mit begrenzten Kosten verwirklichen könnte.

378. Zur Illustration der Funktionsweise von „Competition Advocacy“ im staatlichen Bereich werden im Folgenden die Vorgänge um die Novellierung des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes (KrW/AbfG) geschildert. Bereits in dem Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht in der Frage der Voraussetzungen einer Untersagung privater Altpapiersammlungen hatte das Bundeskartell-

⁴⁵ Die bundesweite Aktion erstreckte sich auf insgesamt 15 Unternehmen, davon elf Handelsunternehmen. An der Durchsuchung waren 56 Mitarbeiter des Bundeskartellamtes und 62 Polizeibeamte beteiligt. Parallel sind Verfahren gegen weitere Handelsunternehmen schriftlich eingeleitet worden.

amt als *amicus curiae* teilgenommen.⁴⁶ Das Gericht berücksichtigte bei seiner Entscheidung dennoch wettbewerbliche Aspekte nur begrenzt und entschied, dass bereits „mehr als nur geringfügige Auswirkungen auf die Organisation und die Planungssicherheit des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers“ nach § 13 Absatz 3 Satz 1 Nr. 3 KrW/AbfG ausreichen, um private Sammlungen von Altpapier zu untersagen.⁴⁷ Mit dieser Judikatur wurde der ohnehin zu beobachtenden Re-Kommunalisierung der Abfall- und Recyclingwirtschaft Vorschub geleistet. Im Gesetzgebungsverfahren um die Novellierung dieses Gesetzes hat das Bundeskartellamt zur Verhinderung weiterer hoheitlicher Wettbewerbsbeschränkungen eine öffentliche Stellungnahme abgegeben, die Lösungswege für eine wettbewerbsfreundliche Novellierung aufzeigt.⁴⁸

379. Wenn auch in diesem Verfahren noch keine unmittelbaren Erfolge zu verzeichnen sind, dürften sich doch die vom Bundeskartellamt bereits in früheren Gesetzgebungsverfahren teilweise nicht öffentlich abgegebenen Stellungnahmen ebenso wie marktbezogene Advocacy-Aktivitäten schon nicht unerheblich zugunsten der Berücksichtigung des Wettbewerbsgedankens ausgewirkt haben. Die Monopolkommission begrüßt die dargelegten Erfolge und Leistungen des Bundeskartellamtes sowohl mit Markt- als auch mit Staatsbezug. Weitergehend empfiehlt sie dem Gesetzgeber, in die nächste Novelle des GWB die formelle Einbindung des Bundeskartellamtes jedenfalls in Gesetzgebungsverfahren mit aufzunehmen.⁴⁹

1.5 Erfassung und Bewertung von Nachfragemacht

380. Das Thema Nachfragemacht hat in der kartellrechtlichen Praxis und in der wissenschaftlichen Diskussion an Bedeutung zugenommen. Gründe dafür sind die weiterhin zunehmende Konzentration der Handelsstufe, speziell des Lebensmitteleinzelhandels, weitere Großfusionen im Handel wie EDEKA/Tengelmann oder auch die Proteste von Milchbauern über zu niedrige Milchpreise, die ebenfalls mit der Nachfragemacht des Handels in Verbindung gebracht werden. Die Diskussion über die Nachfragemacht des Handels wird zudem nicht nur in Deutschland, sondern auch auf der Ebene der Europäischen Union sowie in einzelnen Mitgliedstaaten wie Großbritannien geführt. So hat die britische Competition Commission den Lebensmitteleinzelhandel zuletzt im Jahr 2008 einer Sektoruntersuchung unterzogen und dabei in einigen Bereichen bedenkliche Praktiken der Su-

permärkte bei der Beschaffung festgestellt.⁵⁰ Die Europäische Kommission hat zur Beseitigung unausgewogener Vertragsverhandlungen zwischen Industrie und Handel die Einführung eines Verhaltenskodex („code of conduct“) für die Lebensmittelbranche vorgeschlagen.⁵¹

381. Im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle werden die Existenz und die Auswirkungen von Nachfragemacht in zweifacher Weise geprüft. Analog zur Angebotsmacht wird auf Beschaffungsmärkten untersucht, ob das beschaffende Unternehmen gegenüber seinen Lieferanten über eine marktmächtige Position verfügt. Das betrifft etwa das Verhältnis zwischen Handelsunternehmen und Herstellern von Markenartikeln, zwischen Automobilherstellern und ihren Zulieferern oder zwischen Molkereien und Milchbauern bzw. zwischen nachfragendem Handel und Molkereien. Nachfragemacht wird unter bestimmten Umständen auch in Form der gegengewichtigen Marktmacht erfasst. Beispielsweise kann Nachfragemacht die Angebotsmacht eines marktstarken Herstellers begrenzen. Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum Nachfragemacht in unterschiedlichen Zusammenhängen untersucht. Im Fall EDEKA/Tengelmann führte die Verstärkung von Nachfragemacht im Ergebnis dazu, dass die mit der Fusion angestrebte Einkaufskooperation der beiden Handelsunternehmen nicht durchgeführt werden durfte. Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Nachfragemacht eine marktmächtige Position auf Angebotsmärkten relativiert, wurde im Rahmen der Fusion der Automobilzulieferer Webasto AG und Edscha AG geprüft. Ausführlich wurde die Marktmachtverteilung auf den verschiedenen Stufen der Wertschöpfungskette zudem in der Sektoruntersuchung Milch des Bundeskartellamtes analysiert, für die ein Zwischenbericht vorliegt.⁵²

382. Ausgangspunkt jeder Analyse von Nachfragemacht ist die Abgrenzung des relevanten (Beschaffungsmarktes). Dabei stellt das Bundeskartellamt – ebenso wie bei der sachlichen Abgrenzung von Angebotsmärkten – auf das Bedarfsmarktkonzept im Sinne einer funktionalen Austauschbarkeit aus Sicht der Marktgegenseite ab. Die Marktgegenseite des Lebensmitteleinzelhandels sind die Herstellerunternehmen. Im Lebensmitteleinzelhandel grenzt das Bundeskartellamt die relevanten Beschaffungsmärkte anhand von 29 Produktgruppen ab. Es unterscheidet zudem zwischen Handelsmarken und Herstellermarken. Beide gehören nach Auffassung des Bundeskartellamtes nicht demselben relevanten Markt an, da die Hersteller ihre Produktion in aller Regel nicht

⁴⁶ BKartA, Stellungnahme vom April 2009 im Verfahren 7 C 16.08 vor dem Bundesverwaltungsgericht zum Verhältnis von europäischem Wettbewerbsrecht und nationalem Abfallwirtschaftsrecht (§ 13 KrW/AbfG) [online verfügbar].

⁴⁷ BVerwG, Entscheidung vom 18. Juni 2009, U 7 C 16.08 „Altpapier Kiel“.

⁴⁸ BKartA, Stellungnahme vom 13. März 2010 zum Arbeitsentwurf des Bundesumweltministeriums für ein Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG-E) vom 22. Februar 2010 [online verfügbar].

⁴⁹ Vgl. dazu bereits Monopolkommission, Sondergutachten 58, a. a. O., Tz. 132 ff.

⁵⁰ Die Sektoruntersuchung ist abrufbar unter <http://www.competition-commission.org.uk>.

⁵¹ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Lebensmittelpreise in Europa, 9. Dezember 2008, KOM(2008) 821 endg., S. 13; Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Die Funktionsweise der Lebensmittelversorgungskette in Europa verbessern, 28. Oktober 2009, KOM(2009) 591 endg.

⁵² BKartA, Sektoruntersuchung Milch, Zwischenbericht Dezember 2009, B2-19/08.

kurzfristig in die eine oder andere Richtung umstellen können. Dies liegt vor allem daran, wie die Produkte vermarktet werden. Während Handelsmarken im Auftrag eines Handelsunternehmens und häufig überwiegend oder ausschließlich durch diese vermarktet werden, werden Herstellermarken von den Produzenten selbstständig im Markt platziert und beworben sowie in der Regel an mehrere konkurrierende Händler geliefert. Markenartikelhersteller verfügen zudem häufig neben dem Einzelhandel über weitere Vertriebskanäle.

383. Als Kriterien für das Bestehen einer marktmächtigen Stellung in Beschaffungsmärkten wurden im Fall EDEKA/Tengelmann einerseits die Marktanteile des nachfragenden Handelsunternehmens auf den nach 29 Produktgruppen und zwischen Handels- und Herstellermarken differenzierten Beschaffungsmärkten und andererseits die individuelle Abhängigkeit der Lieferanten von einem Handelsunternehmen herangezogen. Ausdruck der individuellen Abhängigkeit ist die Verhandlungsmacht, über die das nachfragende Handelsunternehmen verfügt. Die Verhandlungsmacht steigt an, je weniger Ausweichalternativen ein Herstellerunternehmen hat, etwa weil der Verlust eines bestimmten Lieferauftrags für das Unternehmen existenzgefährdend ist. Dieser sog. „Drohpunkt“, ab dem ein Hersteller von einem nachfragenden Handelsunternehmen wirtschaftlich abhängig ist, wurde etwa von der Europäischen Kommission im Fall Rewe/Meinl bei einem Anteil von 22 Prozent am Gesamtumsatz des Herstellers gesehen.⁵³

384. Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Nachfragemacht überhaupt Wettbewerbsprobleme aufwirft, hängt maßgeblich von dem Leitbild des Wettbewerbs ab, welches verfolgt wird. Das GWB und das Bundeskartellamt in seiner Anwendungspraxis sehen den Wettbewerb an sich oder die Wettbewerbsfreiheit als Schutzobjekt. Bei diesem Ausgangspunkt erscheint Wettbewerb auf Beschaffungsmärkten ebenso schützenswert wie der Wettbewerb auf Angebotsmärkten. Zu einer anderen Beurteilung kann man gelangen, wenn – mit der Europäischen Kommission – angenommen wird, dass wettbewerbspolitisches Leitbild die Konsumentenwohlfehle ist. Unter dieser Prämisse ist Nachfragemacht positiv zu werten, solange erzielte Vorzugskonditionen im Wettbewerb auf den Handelsmärkten an die Konsumenten in Form niedrigerer Preise weitergegeben werden. Nachfragemacht ist allerdings auch nach Auffassung der Europäischen Kommission ein Wettbewerbsproblem, wenn negative Auswirkungen auf die nachgelagerten Handelsmärkte, etwa Marktstruktureffekte, zu erwarten sind.

385. In der neueren ökonomischen Theorie wird Nachfragemacht nicht mehr analog zur Angebotsmacht im Rahmen eines Monopson-Modells mit wenigen großen Nachfragern und vielen kleinen Anbietern analysiert, sondern als Verhandlungsmacht interpretiert und im Rahmen verhandlungstheoretischer Modelle untersucht.⁵⁴ Da-

nach gibt es im Wesentlichen drei Effekte, die durch Nachfragemacht auf den nachgelagerten Märkten ausgelöst werden können:

- Erzielt ein marktmächtiger Nachfrager bessere Einkaufskonditionen als seine Wettbewerber, führt dies auf dem nachgelagerten Handelsmarkt gegebenenfalls zu einem Ausscheiden von Anbietern, die lediglich zu schlechteren Konditionen beschaffen können. Dem marktmächtigen Nachfrager wachsen dann Marktanteile zu, die seine Nachfragemacht weiter stärken und für nochmalige Verbesserungen der Beschaffungskonditionen sorgen (Spiraleffekt).
- Hersteller versuchen ihre Margen dadurch zu sichern, dass sie Verluste durch das Einräumen besserer Einkaufskonditionen für marktmächtige Nachfrager durch die Verschlechterung der Konditionen für nicht marktmächtige Nachfrager ausgleichen (Wasserbetteffekt).
- Nachfragemacht führt dazu, dass Hersteller weniger in die Entwicklung neuer Produkte investieren können (Innovationseffekt).

In diesem Zusammenhang lässt sich auch auf den allgemeineren Begriff der „Marktverschließung“ („market foreclosure“) abstellen, der die genannten Effekte teilweise mit erfasst, teilweise über diese hinausgeht.⁵⁵ Grundgedanke dieses noch in der Entwicklung begriffenen heuristischen Werkzeugs ist, dass durch die Verschließung von Märkten die Wirkung der Wettbewerbskräfte stark eingeschränkt werden kann und insbesondere dynamische Marktprozesse leiden können. Typische Formen von Marktverschließung sind etwa die Beeinträchtigung des Zugangs zu Vorproduktmärkten („input foreclosure“) und zu Absatzmärkten („customer foreclosure“).

386. Das Bundeskartellamt bezieht wie die Europäische Kommission bei der Analyse von Nachfragemacht die Erkenntnisse der neueren ökonomischen Forschung zunehmend mit ein. Im Fall der Übernahme von 25 Prozent der zur Tengelman Warenhandelsgesellschaft KG gehörenden Plus Warenhandelsgesellschaft durch die EDEKA Zentrale KG, die dem Ziel diene, die Discountaktivitäten beider Unternehmen zusammenzuführen, hat das Bundeskartellamt erhebliche Auswirkungen auf die Beschaffungsmärkte festgestellt.⁵⁶

⁵³ Vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 3. Februar 1999, IV/M.1221 „Rewe/Meinl“, Rn. 101.

⁵⁴ Vgl. für einen Überblick Inderst, R., Wey, C., Die Wettbewerbsanalyse von Nachfragemacht aus verhandlungstheoretischer Sicht, Perspektiven der Wirtschaftspolitik 9, 2008, S. 465–485.

⁵⁵ Zu diesem Begriff vgl. bereits umfassender Monopolkommission, Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, Hauptgutachten 2002/2003, Baden-Baden 2004, Tz. 644 ff.; zuletzt Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O., Tz. 787. Eingehend werden Marktverschließungseffekte besprochen in: Mitteilung der Kommission – Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. EU Nr. C 45 vom 24. Februar 2009, S. 7, Tz. 19 ff. Zum verwandten Begriff der Marktabschottung insbesondere im Oligopolkontext vgl. EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EU Nr. C 265 vom 18. Oktober 2008, S. 7, Tz. 29 ff.

⁵⁶ Vgl. BKartA, Beschluss vom 30. Juni 2008, B2-333/07, WuW/E DE-V 1607 „EDEKA/Tengelmann“.

- Der Zusammenschluss führt zu erheblichen Additionen von Beschaffungsmarktanteilen. Dabei erlangen die Beteiligten im Vergleich zu ihren Wettbewerbern erhebliche Vorteile beim Zugang zu Beschaffungsmärkten. Das wiederum führt zu besseren Konditionen und damit zu Wettbewerbsvorsprüngen auf den Absatzmärkten des Handels (Spiraleffekt).
- Gleichzeitig nimmt die Abhängigkeit der Lieferanten zu, da diese wegen der Bedeutung von EDEKA auf den Absatzmärkten nicht auf die Lieferungen an EDEKA verzichten können.
- Die verbleibenden fünf großen Einzelhandelsketten im Lebensmitteleinzelhandel stellen für eine Vielzahl von Herstellern einen „Flaschenhals“ dar. Viele Hersteller sind darauf angewiesen, bei den führenden Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels gelistet zu sein. Die Abhängigkeit der Produzenten von sog. Zweit- und Drittmarken ist deutlich höher als die der Produzenten von sog. Erstmarken.
- Bei Erstmarken geht das Bundeskartellamt im Grundsatz von einer gegenseitigen Abhängigkeit zwischen Lieferant und Handelsunternehmen aus, wobei der Handel aber auch hier über Disziplinierungsinstrumente verfügt, wie etwa die Auslistung von Zweit- und Drittmarken des Herstellers oder Einschränkungen bei Marketingaktionen.

387. Das Bundeskartellamt hat den Zusammenschluss EDEKA/Tengelmann unter weitreichenden Nebenbestimmungen freigegeben. Dazu gehört, dass die Unternehmen auf den gemeinsamen Einkauf oder sonstige Kooperationen bei der Beschaffung verzichten.

388. Die Frage, ob Nachfragemacht ein wirksames Gegengewicht zur Angebotsmacht auf einem nachgelagerten Markt darstellen kann, hat das Bundeskartellamt für die Automobilindustrie im Fall der Übernahme der Edscha AG durch die Webasto AG untersucht.⁵⁷ Betroffen war der europäische Markt für die Entwicklung und Produktion von Cabrio-Dachsystemen, auf dem es zum damaligen Zeitpunkt noch vier Anbieter gab. Die These einer gegengewichtigen Marktmacht der Automobilindustrie gegenüber den marktstarken Zulieferunternehmen lehnt das Bundeskartellamt ab. Festgestellt wird, dass die Automobilindustrie sehr unterschiedliche Aufträge vergibt. Lediglich bei attraktiven Großserien bewerben sich mehrere Zulieferunternehmen, sodass der Automobilhersteller mit der Aufnahme von Verhandlungen mit anderen Anbietern drohen kann. In anderen Fällen scheidet eine Ausübung von Nachfragemacht bereits daran, dass keine alternativen Bezugsmöglichkeiten vorhanden sind und auch die Eigenentwicklung und Eigenerstellung in der Regel nicht möglich ist. In solchen Fällen könne – so das Bundeskartellamt – das Aufeinandertreffen von Angebots- und Nachfragemacht zu einer ineffizienten Allokation der Ressourcen führen, d. h. zu einem Verlust an Konsumentenwohlstand. Dies sei dann der Fall, wenn die

gegenseitige Marktmacht auf dem nachgelagerten Markt zu höheren Preisen oder auf dem vorgelagerten Markt zu geringeren Produktions- und Absatzmengen führe. Im Übrigen bezweifelt das Amt, dass das Einkaufsverhalten marktstarker Nachfrager überhaupt Anbieterwettbewerb, der Funktionen wie Preis- und Kostenbegrenzung, die Förderung von technischem Fortschritt und eine optimale Ressourcenallokation erfüllt, auf einem vorgelagerten Markt ersetzen kann.

389. Ebenfalls untersucht wird gegengewichtige Nachfragemacht im Fall der von der Europäischen Kommission entschiedenen Fusion der beiden führenden holländischen Molkereien Campina und Friesland.⁵⁸ Das fusionierte Unternehmen hat auf dem holländischen Markt für Frischmilch einen Marktanteil von 70 bis 80 Prozent. Der nachfragende marktstarke Handel verfügt nach Auffassung der Europäischen Kommission in diesem Fall nicht über gegengewichtige Marktmacht, da keine alternativen Bezugsmöglichkeiten für Frischmilch existieren. Grundsätzlich stellt die Europäische Kommission fest, dass Nachfragemacht nur dann ein Gegengewicht zur Angebotsmacht bilden kann, wenn nicht lediglich die nachfragemächtigen Handelsunternehmen vor der Angebotsmacht der Lieferanten geschützt werden, sondern auch die Handelsunternehmen, die über keine marktmächtige Position verfügen.

390. Ausführlich behandelt wird das Thema Nachfragemacht in der Sektoruntersuchung Milch des Bundeskartellamtes.⁵⁹ Gefragt wird, ob die Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels gegenüber den Molkereien über Nachfragemacht verfügen und diese dazu nutzen, Preissenkungen auf den Beschaffungsmärkten für Milchprodukte durchzusetzen. Endgültige und verallgemeinerbare Antworten werden nicht gegeben. Gleichwohl trifft das Amt einige Feststellungen derart, dass das Bestehen von Nachfragemacht seitens der Handelsunternehmen maßgeblich davon bestimmt wird, welche alternativen Absatzmöglichkeiten eine Molkerei hat:

- Je höher der Lieferanteil einer Molkerei bei einem Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels ist, desto größer ist tendenziell seine Abhängigkeit.
- Je kleiner die Anzahl der nachfragenden (Handels-) Unternehmen ist, desto weniger Ausweichmöglichkeiten hat der einzelne Lieferbetrieb.
- Für Handelsmarken, die nach spezifischen Vorgaben einzelner Handelsunternehmen hergestellt werden, ist der Abnehmerkreis stark eingeschränkt.
- Die Verhandlungsposition von Lieferanten und Nachfragern hängt auch davon ab, wer den ersten Konditionenvorschlag macht und ob Produkte im Paket mit anderen oder getrennt verhandelt werden.

391. Insgesamt sieht das Bundeskartellamt die nachfragenden Handelsunternehmen auf dem Markt für Milchprodukte in einer besseren Verhandlungsposition als die Molkereien. Diese könnten ihre Verhandlungsposition

⁵⁷ Vgl. BKartA, Beschluss vom 22. Dezember 2009, B9-84/09, WuW/E-DE-V 1837 „Edscha/Webasto“.

⁵⁸ Vgl. unten Tz. 735 ff.

⁵⁹ Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Milch, a. a. O., S. 92 ff.

unter anderem durch Kooperationen und Konzentration verbessern, die ihre wettbewerbsrechtlichen Grenzen nach Einschätzung des Amtes gegenwärtig eher in den Marktverhältnissen auf den Beschaffungsmärkten für Rohmilch als auf den Absatzmärkten der Molkereien finden.

392. Die Monopolkommission hat sich in ihren bisherigen Gutachten stets gegen die Auffassung gewendet, dass Handelsunternehmen über eine bedenklich starke Nachfragemacht gegenüber den Herstellerunternehmen verfügen.⁶⁰ Diese Auffassung wird durch die aktuellen Entwicklungen nicht infrage gestellt. Der Leistungsaustausch der Unternehmen ist grundsätzlich durch gegenseitige Abhängigkeiten gekennzeichnet. Bezogen auf einzelne Austauschverhältnisse gibt es individuelle und wechselnde Verhandlungsmachtkonstellationen. Dabei hängt die Verhandlungsstärke der einen oder der anderen Marktseite maßgeblich von deren Leistungsfähigkeit ab.⁶¹ Hersteller von Markenartikeln, insbesondere die Produzenten von sog. Must-have-Produkten verfügen über tendenziell stärkere Verhandlungspositionen. Das gilt nicht zwingend nur für die führenden international agierenden Markenartikelhersteller, sondern auch für kleine und mittlere Produzenten, deren Produkte auf regionalen oder lokalen Märkten anerkannte oder sogar führende Stellungen innehaben. Schwächere Verhandlungspositionen haben dagegen im Regelfall Hersteller, die nicht über die notwendige produktionswirtschaftliche Leistungsfähigkeit verfügen und etwa lediglich Zweit- oder Drittmarken anbieten. Ähnliches gilt umgekehrt für die Handelsunternehmen, deren absatzwirtschaftliche Leistungsfähigkeit hinter der anderer Handelsunternehmen zurückbleibt.

393. Nachfragemacht von Handelsunternehmen setzt voraus, dass die Lieferanten keine adäquaten Ausweichmöglichkeiten besitzen. Das ist im Handel, speziell im Lebensmitteleinzelhandel, nach den Erkenntnissen der Monopolkommission nicht der Fall. Den Herstellern steht weiterhin eine größere Anzahl von untereinander unabhängigen Handelsunternehmen und Einkaufskooperationen als Nachfrager gegenüber. Festzustellen ist allerdings, dass die Handelsunternehmen aufgrund ihrer zunehmenden Nachfragevolumina für die Hersteller wichtiger werden. Insbesondere die Hersteller von eingeführten Markenartikeln verfügen oftmals aber auch über alternative Absatzkanäle, wie den Fachhandel, den Eigenvertrieb oder den Export.

394. Gegen die Existenz von Nachfragemacht im Sinne von unkontrollierten Verhaltensspielräumen spricht auch der intensive Wettbewerb auf der Handelsstufe. Dieser führt dazu, dass erstens die Handelsunternehmen auch auf den Beschaffungsmärkten intensiv konkurrieren und dass zweitens die erzielten Einkaufsvorteile an die Verbraucher weitergegeben werden. Die Untersuchungen des Bundeskartellamtes bestätigen dies ausdrücklich für Milchprodukte. Das Amt hat bei seinen Markterhebungen

keine Anzeichen dafür gefunden, dass der Handel die im Einkauf erzielten Preisvorteile nicht zeitnah an die Verbraucher weitergegeben hat.⁶²

395. Abschließend lässt sich feststellen, dass die – abstrakte – Bewertung von Nachfragemacht stark abhängt von den Grundannahmen einer Analyse. Geht man mit dem neoklassischen Modell grundsätzlich von perfekten Märkten aus, erhöht Nachfragemacht automatisch die Konsumentenwohlfahrt, sofern nur Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt besteht. Sieht man mit dem GWB oder aus ordnungsökonomischer Perspektive den Schutz der (Wirtschafts-) Freiheit oder den Schutz vor der Ausübung wirtschaftlicher Macht als bedeutsam an, wird Nachfragemacht dann ein Problem, wenn sie sich zu echter Marktmacht in Beschaffungsmärkten auswächst. Vor diesem Hintergrund erinnert die Monopolkommission daran, dass das GWB grundsätzlich unabhängig davon vor Ausbeutung schützt, ob die vom nachfragemächtigen Unternehmen so erworbenen Vorteile in nachgelagerten Märkten aus Wettbewerbsgründen weitergegeben werden (müssen).⁶³ Andererseits weist die Monopolkommission darauf hin, dass das Kartellrecht nicht den Schutz ineffizienter Strukturen bezwecken kann.⁶⁴ Nicht zu vernachlässigen, wohlfahrtstheoretisch und quantitativ jedoch nur schlecht zu erfassen sind zudem dynamische Marktprozesse, die durch die Konzentration einer mittleren Produktionsstufe (wie dem Handel) in ihrer Diversität eingeschränkt sein können. Durch die (oligopolistische) Vermachtung einer bedeutenden Vertriebsplattform treten Marktverschließungseffekte auf, die sowohl die statische als auch die dynamische Effizienz der betroffenen Märkte vermindern können. Festzuhalten bleibt, dass Marktmacht in Beschaffungsmärkten stets eine sorgfältige Prüfung der wettbewerbslichen Beziehungen und Effekte im Einzelfall erfordert.

2. Missbrauchsaufsicht nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

396. Die Missbrauchsaufsicht stellt neben dem Kartellverbot und der Fusionskontrolle den dritten Pfeiler des GWB dar. Mit ihr soll eine missbräuchliche Ausnutzung wirtschaftlicher Machtstellungen unterbunden werden, bei denen marktmächtige Unternehmen nicht durch Wettbewerb kontrollierte Verhaltensspielräume nutzen, um am Markt entweder Wettbewerber zu behindern oder Lieferanten und/oder Abnehmer auszubeuten. Entsprechend ihrer Stoßrichtung werden solche Marktmachtmissbräuche traditionell in Behinderungs- und Ausbeutungsmissbrauch unterteilt. Daneben lässt sich eine Unterscheidung nach der Ausübung der missbräuchlichen Handlungsweise vornehmen: Während verhaltensbasierte Missbräuche sich in der Art des Verhaltens manifestieren und als qualitativ vergleichsweise einfacher erkennbar sind, ist der Nachweis quantitativen, preisbasierten Missbrauchs

⁶⁰ Vgl. zuletzt Monopolkommission, Sondergutachten 47, a. a. O., Tz. 78 ff.

⁶¹ Vgl. Monopolkommission, Marktstruktur und Wettbewerb im Handel, Sondergutachten 23, Baden-Baden 1994, Tz. 215 ff.

⁶² Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Milch, a. a. O., S. 124.

⁶³ Vgl. § 19 Absatz 4 Nr. 2 GWB.

⁶⁴ Gleichsinnig bereits BGH, Beschluss vom 31. Mai 1972, KVR 2/71, WuW/E BGH 1221 „Stromtarif“; zuletzt wieder ausdrücklich BGH, Beschluss vom 2. Februar 2010, KVR 66/08 „Wasserpreise Wetzlar“.

im Regelfall schwieriger, da hier Kosten und Vergleichsmärkte identifiziert werden müssen, was regelmäßig komplizierte Abgrenzungen und Berechnungen nötig macht. Der Fokus dieser Untersuchung liegt daher, neben der Auslotung hoheitlich-wettbewerbsfreier Räume, auf den Grenzen der Missbrauchsaufsicht bei preisbasierten Missbrauchsvorwürfen.

2.1 Kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht über staatliches Handeln

397. Wieweit Staatshandeln dem Kartellrecht und der kartellbehördlichen Kontrolle unterliegt, ist in den Einzelheiten noch immer nicht völlig geklärt. Hier wirkt sich das Fehlen einer ausdrücklichen nationalen gesetzlichen Beihilfen- oder Monopolkontrolle wie in Artikel 106 ff. AEUV ebenso aus wie die praktisch noch immer zu geringe Bedeutung des verfassungsrechtlichen Schutzes der Wettbewerbsfreiheit. Dennoch besteht über weitreichende Grundlagen Einigkeit.

Neben dem bereits im Einleitungskapitel diskutierten Urteil des Bundesgerichtshofs (BGH) in Sachen „Wasserpreise Wetzlar“ erscheinen hier vor allem drei in den Berichtszeitraum fallende Verfahren bedeutsam: Der BGH hat die Untersagung des Bundeskartellamtes in Sachen „Lottoblock“ bestätigt, der früher vielfach als Sternkartell organisierte Holzvertrieb der Bundesländer ist durch Zusagenentscheidungen auf dem Weg in den Wettbewerb und in Bezug auf die von verschiedenen Landesforstverwaltungen berechneten Entgelte für nicht hoheitliche forstliche Dienstleistungen führt das Bundeskartellamt verschiedene Verfahren fort.⁶⁵ Weitere Probleme der kartellrechtlichen Erfassung staatlichen Handelns stellen sich in Fusionskontrollverfahren; diese werden weiter unten in Abschnitt 3 behandelt.⁶⁶

2.1.1 Grundlagen

398. Die Ausübung von Hoheitsgewalt unterliegt nicht dem Kartellrecht. Wirtschaftliche Betätigung des Staates hingegen ist dem GWB unterworfen. Das gilt insbesondere für Unternehmen, die ganz oder teilweise im Eigentum der öffentlichen Hand stehen oder die von ihr verwaltet oder betrieben werden (§ 130 Absatz 1 GWB).⁶⁷ Dabei kann es nicht auf die bloße Form des problematischen Handelns als öffentlich- oder privatrechtlich ankommen. Entscheidendes Kriterium ist vielmehr die hoheitliche Natur der Tätigkeit.⁶⁸

⁶⁵ Bei dem Boykott der Landeslottogesellschaften und den Vertriebskartellen handelt es sich nicht im strengeren Sinne um Missbrauchsaufsicht; wegen ihrer besonderen Sachnähe und illustrativen Bedeutung werden diese Verfahren jedoch hier mit behandelt.

⁶⁶ Vgl. Tz. 463 ff.

⁶⁷ Ausgenommen sind lediglich die Deutsche Bundesbank und die Kreditanstalt für Wiederaufbau in Bezug auf Kartell- und Missbrauchsverbot (§ 130 Abs. 1 Satz 2 GWB).

⁶⁸ So ausdrücklich BVerwG, Urteil vom 22. Februar 1972, I C 24.69, BVerwGE 39, 329 ff. „Bestattungswesen“; BGH (Großer Senat), Beschluss vom 22. März 1976, GSZ 1/75, BGHZ 66, 269 ff. „Studentenversicherung“; Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes, Beschluss vom 29 Oktober 1987, GmS-OGB 1/86, BGHZ 102, 280 ff. „Krankenhilfsmittel“.

399. Entsprechend wird allgemein in Auslegung des § 130 Absatz 1 GWB von einem funktionalen Unternehmensbegriff ausgegangen, der alle Betätigungen von staatlicher Hand erfasst, die von einem Gleichordnungsverhältnis gekennzeichnet werden.⁶⁹ Darüber hinaus erfasst das GWB jedoch richtigerweise auch solche öffentlich-rechtlich ausgestalteten Leistungsbeziehungen zum Bürger, die die öffentliche Hand in Konkurrenz zu anderen Unternehmen am Markt anbietet oder nach Wegfall eines (unzulässig errichteten) staatlichen Monopols anbieten müsste.⁷⁰

400. Neben der Auslegung des GWB spricht entscheidend das Grundgesetz selbst für eine grundsätzliche Unterworfenheit nicht genuin-hoheitlicher staatlicher Tätigkeit unter das GWB. Denn das Grundgesetz schützt den freien Wettbewerb.⁷¹ Zwar findet dieser bislang keine ausdrückliche Erwähnung in der Verfassung. Die bestehende Wirtschaftsverfassung enthält jedoch den grundsätzlich freien Wettbewerb der als Anbieter und Nachfrager auf dem Markt auftretenden Unternehmer als eines ihrer Grundprinzipien.⁷² Auch die Schutzpflichten des Staates für Eigentum und Berufsfreiheit der Bürger gebieten eine Kontrolle willkürlich wettbewerbsverzerrenden unternehmerischen Handelns des Staates.⁷³ Dabei lässt die Bedeutung dieser Schutzgüter keine rein formale Abgrenzung nach Handlungsformen zu. Staatliche Stellen dürfen sich nicht durch die willkürliche Wahl einer hoheitlichen Handlungsform der eigentlich vorgesehenen wettbewerbsrechtlichen Kontrolle ihres Handelns entziehen. Diese Beschränkung staatlicher Monopole auf das zu ihrer Funktionserfüllung unverzichtbare Mindestmaß ist im Übrigen auch nach Artikel 106 Absatz 1 und 2 AEUV unionsrechtlich zwingend.

⁶⁹ Die Einschränkung des Unternehmensbegriffs bei hoheitlicher Beschaffungstätigkeit durch das EuG, Urteil vom 4. März 2003, T-319/99 „FENIN“, Rn. 36 ff., bestätigt durch EuGH, Urteil vom 11. Juli 2006, C-205/03 P „FENIN“, Rn. 26, gilt zum einen nach überzeugender Auffassung nur im Unionsrecht und betrifft zum anderen lediglich die Beschaffung, wenn diese nicht wettbewerblicher Verwendung dient. Vgl. dazu auch Abschnitt 6.2.1 in Kapitel VI dieses Gutachtens.

⁷⁰ So bereits BVerwG, Urteil vom 22. Februar 1972, I C 24.69 „Bestattungswesen“; BGH (Großer Senat), Beschluss vom 22. März 1976, GSZ 1/75, BGHZ 66, 269 ff. „Studentenversicherung“; ähnlich auch Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes, Beschluss vom 29 Oktober 1987, GmS-OGB 1/86, BGHZ 102, 280 ff. „Krankenhilfsmittel“.

⁷¹ Die Wettbewerbsfreiheit wird meist aus der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Artikel 2 Absatz 1 GG oder aus der Berufsfreiheit nach Artikel 12 Absatz 1 GG abgeleitet; vgl. Di Fabio, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Loseblattsammlung, Artikel 2 Absatz 1 GG Rn. 116 ff. m. w. N. Die Frage der Herleitung und Rangstellung der Wettbewerbsfreiheit kann hier nicht abschließend behandelt werden, über den Schutz der Wettbewerbsfreiheit von Verfassung wegen besteht jedenfalls Einigkeit; vgl. nur die Analyse bei Scholz, R., Entflechtung und Verfassung, Baden-Baden 1981, S. 92 ff. mit umfassenden Nachweisen.

⁷² So wörtlich BVerfG, Beschluss vom 8. Februar 1972, 1 BvR 170/71, BVerfGE 32, 311, 316 „Steinmetz“. Dieser Schutz der Wettbewerbsfreiheit in der bestehenden Wirtschaftsverfassung steht nicht im Widerspruch zu der vom Bundesverfassungsgericht wiederholt betonten wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes, denn er betrifft die Gütergewichtungen innerhalb der bestehenden Wirtschaftsordnung, nicht die Festlegung der Verfassung auf diese.

⁷³ Für eine Ausweitung der früher insoweit zuweilen zurückhaltenden Rechtsprechung bereits Di Fabio, a. a. O., Rn. 122 f.

401. Aus diesen Gründen gilt das GWB auch in Bereichen, in denen den Staat eine gesetzliche Förderungspflicht trifft. Denn die Teilnahme am allgemeinen Geschäftsverkehr durch einen Träger hoheitlicher Gewalt verliert den Charakter einer geschäftlichen, den Bindungen des Kartellrechts unterliegenden Tätigkeit nicht schon dadurch, dass mit ihr auch öffentliche Aufgaben erfüllt werden sollen oder dass ein öffentliches Interesse verfolgt wird. Greift ein Hoheitsträger bei der Erfüllung seiner Aufgaben zu den von der Privatrechtsordnung bereitgestellten Mitteln, unterliegt er den gleichen Beschränkungen wie jeder andere Teilnehmer am privat-rechtlich organisierten Markt und hat dabei insbesondere die durch das Wettbewerbsrecht gezogenen Grenzen einer solchen Tätigkeit zu beachten.⁷⁴ Die Erreichung des Förderziels kann zwar Einschränkungen des Wettbewerbs rechtfertigen. Doch je stärker der Wettbewerb beeinträchtigt würde, desto höher sind die Anforderungen an eine klare gesetzliche Grundlage für eine wettbewerbsschädliche Verwirklichung des Förderzwecks.⁷⁵

402. Die Monopolkommission weist ausdrücklich darauf hin, dass die Ausnahme hoheitlicher Tätigkeit von der Anwendbarkeit des GWB eine gültige rechtliche Grundlage des gegenständlichen Verwaltungshandelns erfordert. Entscheidend für die Wirksamkeit des einem Monopol zugrunde liegenden Rechtsaktes sind regelmäßig die oben dargelegten Maßstäbe des Grundgesetzes sowie die Maßstäbe des europäischen Rechts, vor allem Artikel 49 AEUV (Niederlassungsfreiheit) und Artikel 56 AEUV (Dienstleistungsfreiheit). Insbesondere das europäische Recht setzt für ein solches hoheitlich eingerichtetes Monopol voraus, dass dieses tatsächlich dem es begründenden Anliegen gerecht wird und seinen Zweck in kohärenter und systematischer Weise verfolgt.⁷⁶ Zu einer Kontrolle dieser Voraussetzungen im Einzelnen sind das Bundeskartellamt und die Gerichte auch verpflichtet.⁷⁷

⁷⁴ So bereits BGH, Beschluss vom 9. März 1999, KVR 20/97, WuW/E DE-R 289 „Lottospielgemeinschaft“, Tz. 31.

⁷⁵ Anschaulich BVerfG, Urteil vom 11. Juli 2006, 1 BvL 4/00 „Tarif-treuerregelung Berlin“. Dort befand das Bundesverfassungsgericht erst nach eingehender Prüfung des angegriffenen Berliner Tarif-treuegesetzes, dass ein ansonsten rechtmäßiges Landesgesetz einen sachlichen Grund für eine Diskriminierung nach § 20 Absatz 1 GWB darstellen kann. Dabei kommt es wie oben dargestellt entscheidend auf die Abwägung des Gesetzeszweckes mit der Einschränkung der – in diesem Urteil aus anderen Gründen nicht ausdrücklich geprüften – Wettbewerbsfreiheit an.

⁷⁶ Bei Eignung der Maßnahme zur Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels; vgl. EuGH, Urteil vom 6. März 2007, verb. Rs. C-338/04, C-359/04 und C-360/04, Slg. 2007, I-1891 „Placani-ca“, Rn. 53; EuGH, Urteil vom 10. März 2009, C-169/07, Slg. 2009, I-1721 „Hartlauer“, Rn. 55, sowie EuGH, Urteil vom 8. September 2009, C-42/07 „Liga Portuguesa“, Rn. 62.

⁷⁷ Vgl. zur unmittelbaren Anwendbarkeit der europarechtlichen Vorschriften schon EuGH, Urteil vom 16. August 1962, 26/62, Slg. 1963, 3 „van Gend en Loos“, sowie EuGH, Urteil vom 20. Februar 1964, 6/64, Slg. 1964, 1203 „Costa/ENEL“. Die Unanwendbarkeit europarechtswidriger nationaler Rechtsvorschriften ist von der Kartellbehörde ex nunc festzustellen; vgl. EuGH, Urteil vom 9. September 2003, C-198/01, Slg. I 2003, 8055 „CIF“, Tz. 51, 55; vgl. auch BGH, Beschluss vom 14. August 2008, KVR 54/07 „Lottoblock“, Rn. 83, wonach das Bundeskartellamt Unternehmen zur Nichtanwendung rechtswidriger Monopolvorschriften verpflichten muss.

2.1.2 Keine Rechtfertigung eines Boykotts durch unionsrechtswidrige Gesetze

403. Den im Deutschen Lotto- und Totoblock organisierten Lotteriegesellschaften der deutschen Bundesländer hatte das Bundeskartellamt untersagt, nur solche Lottoscheine anzunehmen, die auf dem Gebiet ihres jeweiligen Bundeslandes abgegeben worden waren.⁷⁸ Diese restriktive Praxis diente in erster Linie zur Unterbindung des Aufbaus privater Netze von Annahmestellen für Lottoscheine und beruhte auf einer Aufforderung des Rechtsausschusses des Deutschen Lotto- und Totoblocks sowie entsprechenden gesetzlichen Normen des damals geltenden Lotteriestaatsvertrages und von Landesgesetzen. Die – zwischenzeitlich vom BGH bestätigte – Entscheidung des Bundeskartellamtes konstatiert, dass die Aufforderung des Deutschen Lotto- und Totoblocks sowohl gegen § 1 GWB und Artikel 81 EGV (jetzt Artikel 101 AEUV) als auch gegen § 21 Absatz 1 GWB und Artikel 82 EGV (jetzt Artikel 102 AEUV) verstoße. Daneben stellt sie fest, dass die entsprechenden Vorschriften sowohl von Lotteriestaatsvertrag und Regionalisierungsstaatsvertrag als auch der jeweiligen Landesgesetze gegen Artikel 81 EGV verstoßen, soweit sie die Tätigkeit der Landeslotteriegesellschaft auf das jeweilige Bundesland beschränkten.

404. Im Beschwerdeverfahren wurde diese Entscheidung ganz überwiegend bestätigt; das Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf beschränkte jedoch den Untersagungs-ausspruch auf den Fortbestand des damals geltenden Lotterierechts, da Beschränkungen der gewerblichen Spielvermittlung nicht grundsätzlich verboten seien, sondern zum Schutz überwiegender Rechtsgüter prinzipiell zulässig sein könnten.⁷⁹

405. Der BGH bestätigte wiederum diese beiden Entscheidungen weitgehend auf der Grundlage des Kartellverbots; ob darüber hinaus ein rechtswidriger Boykott vorgelegen hat, wurde offengelassen.⁸⁰ Allerdings hielt der BGH die Feststellung des Bundeskartellamtes nach § 32 GWB, gesetzliche Vorschriften verstießen gegen Gemeinschaftsrecht, für unzulässig. Das Kartellverfahren richte sich lediglich gegen Unternehmen, denen aufgegeben werden könne, ihr Verhalten nicht an den gemeinschaftsrechtswidrigen und deshalb unanwendbaren Gesetzen auszurichten. Daher sei ein Verstoß mitgliedstaatlicher Regelungen gegen Artikel 10 EGV (jetzt Artikel 4 Absatz 3 AEUV) i. V. m. Artikel 81 EGV (jetzt Artikel 101 AEUV) zwar geeignet, eine Abstellungsverfügung zu begründen. Er könne aber nicht als solcher im Verfügungstenor festgestellt werden.⁸¹

406. Die Monopolkommission begrüßt die Entscheidung des BGH dem Grunde nach. Denn diese stellt klar fest, dass auch hoheitliche Einschränkungen des Wettbe-

⁷⁸ BKartA, Beschluss vom 23. August 2006, B10-148/05, WuW/E DE-V 1251 „Deutscher Lotto- und Totoblock“; vgl. dazu bereits Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O., Tz. 485 ff.

⁷⁹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. Oktober 2006, VI-Kart 15/06 (V), WuW/E DE-R 1869 „Deutscher Lotto- und Totoblock“.

⁸⁰ BGH, Beschluss vom 14. August 2008, KVR 54/07, WuW/E DE-R 2408 „Lottoblock“.

⁸¹ Vgl. ebenda, Rn. 83.

werbs einer gesetzlichen Grundlage bedürfen, die dem sie begründenden, vorrangigen Anliegen gerecht wird und ihren Zweck in kohärenter und systematischer Weise verfolgt. Allerdings erscheint vor dem Hintergrund der oben ausgeführten verfassungsrechtlichen Anforderungen bedauerlich, dass der BGH die entsprechenden Gesetze lediglich am Maßstab des europäischen Rechts, nicht jedoch des deutschen Verfassungsrechts prüft.

407. Des Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass die Einschränkung der Feststellungskompetenz des Bundeskartellamtes durch den BGH nicht mit der in seinem Urteil zitierten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) in Einklang steht, die ausdrücklich von einer solchen Feststellung durch die Kartellbehörde spricht.⁸² Danach gebietet vor allem die Wirkung der kartellbehördlichen Feststellung gegenüber den Unternehmen eine solche Feststellung, um auch deren zukünftigen Verhaltensrahmen deutlich zu definieren. Grundsätzlich dürfte zwar auch eine lediglich in Verfügungsgründen festgestellte Unanwendbarkeit solcher Gesetze die Wirkung haben, dass sich die Verfahrensbeteiligten zur Rechtfertigung ihrer Wettbewerbsverstöße nicht mehr auf deren Geltung berufen können. Auch liegen die staatsorganisatorischen Probleme und die Einbußen an Rechtssicherheit und -klarheit einer Verwerfung von Gesetzen durch Verwaltungsbehörden auf der Hand. Dennoch hält die Monopolkommission eine Kompetenz des Bundeskartellamtes, unionsrechtswidrige Gesetze ausdrücklich im Verfügungstenor als unanwendbar zu erklären, für einerseits geboten, um den *effet utile* des Unionsrechts nicht zu gefährden, und andererseits für wünschenswert, um unzulässige wettbewerbsfeindliche Gesetzgebung unattraktiv zu machen und ihr wirksam begegnen zu können.⁸³

2.1.3 Keine Mittelstandsförderung durch hoheitliche Kartelle

408. In der Vergangenheit übernahmen vielfach die Landesforstverwaltungen die zentrale Vermarktung auch von privat und kommunal angebautem Holz, was zur Bündelung der Vermarktung von regelmäßig mehr als zwei Dritteln des Rundholzmarktes in den einzelnen Bundesländern führte. Nach einem über siebenjährigen Verfahren haben nun die verfahrensbeteiligten Bundesländer Verpflichtungszusagen abgegeben, die erstens eine solche Zentralvermarktungsdienstleistung auf das Sinnvolle und Notwendige beschränken und zweitens die Entstehung neuer wettbewerblicher Strukturen dezentraler Holzvermarktung fördern sollen.⁸⁴

⁸² Vgl. EuGH, Urteil vom 9. September 2003, C-198/01, Slg. I 2003, 8055 „CIF“, Tz. 51, 55.

⁸³ Zum 1. Januar 2008 hat der Glücksspielstaatsvertrag den früheren Lotteriestaatsvertrag abgelöst. Auch dieser ist bereits mehrfach Gegenstand von Gerichtsverfahren und wird in nächster Zeit Gegenstand von Entscheidungen des EuGH sein; vgl. dazu im Einzelnen unten Tz. 468 f.

⁸⁴ BKartA, Beschluss vom 9. Dezember 2008, B2-90/01-4 „Baden-Württemberg“; BKartA, Beschluss vom 29. Januar 2009, B2-90/01-2 „Nordrhein-Westfalen“; BKartA, Beschluss vom 3. März 2009, B2-90/01-3 „Rheinland-Pfalz“; BKartA, Beschluss vom 17. September 2009, B2-90/01-1 „Thüringen“.

409. Viele Bundesländer bewirtschaften erhebliche Anteile der Landeswaldflächen als Staatsforste selbst⁸⁵ entweder hoheitlich oder in Eigenbetrieben. Neben dem in den Staatsforsten erzeugten Holz wurden in der Vergangenheit vielfach auch die von Privaten und Kommunen produzierten Rundholzmengen (Stammholz, Industrieholz, Energieholz, Waldrestholz) teilweise unentgeltlich auf öffentlich-rechtlicher, teilweise entgeltlich auf vertraglicher Grundlage zentral über die Vermarktungsstrukturen der Landesforste vermarktet. Diese Zusammenfassung von ca. 40 bis 80 Prozent der in den jeweiligen Bundesländern eingeschlagenen Rundholzmengen zu einem einheitlichen Angebot (mit einheitlichen Preisen und/oder Konditionen) führte dazu, dass am Markt keine Vermarktungsdienstleistungen für Rundholz angeboten wurden. Aufgrund der vielfach auf die Gebiete einzelner Bundesländer begrenzten Rundholzmärkte waren darüber hinaus Benachteiligungen der Abnehmerseite zu beobachten.

410. Das förmliche Verfahren hatte im Oktober 2001 mit dem Versand von Vorwurfsschreiben an die – als Holzvermarkter bedeutendsten – Bundesländer Baden-Württemberg, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz und Thüringen begonnen und wurde zwischen Dezember 2008 und September 2009 mit Entscheidungen nach § 1 und 32b GWB abgeschlossen. Diese erklären Zusagen der betroffenen Bundesländer für bindend und stellen die jeweiligen Verfahren ein. Der Inhalt der Zusagen beruht auf einem zwischen dem Bundeskartellamt und den verschiedenen Landesforstbehörden in einem reiterativen Prozess abgestimmten „Konkretisierungspapier“, das die Bedenken des Bundeskartellamtes sowie die kartellrechtskonformen Grundsätze einer zukünftigen Vermarktungspraxis darlegt und ergänzende Grundlage der Zusagenentscheidungen ist. Gegen fünf weitere Bundesländer⁸⁶ wurden kürzlich ebenfalls Verfahren wegen kartellrechtswidriger Vermarktungsbündelung eingeleitet. Da diese Bundesländer an den Verhandlungen mit dem Bundeskartellamt im Rahmen der Forstchefkonferenz der Länder teilhatten und so mit der Entwicklung näher vertraut sind, ist hier mit einer raschen Verfahrensbeendigung durch vergleichbare Verpflichtungsverfügungen zu rechnen.

411. Die mit den Zusagenentscheidungen abgestellten Vertriebspraktiken stellten je nach Ausprägung einfache Kartelle (bei Vereinbarungen oder Verhaltensabstimmungen über den gemeinsamen Holzverkauf zu einheitlichen Preisen und/oder Konditionen) oder Sternkartelle (bei hinsichtlich der Preise und Konditionen bewusst und gewollt inhaltsgleichen Lieferverträgen, die auf entsprechenden Rahmenverträgen der Landesforstverwaltung/des Landesforstbetriebs mit den Abnehmern beruhen) dar, die grundsätzlich gegen § 1 GWB verstoßen. Ausnahmen gelten lediglich, wenn und soweit die beteiligten Unternehmen etwa allein mangels ausreichender Größe

⁸⁵ Baden-Württemberg und Rheinland-Pfalz jeweils ca. 24 Prozent, Nordrhein-Westfalen ca. 13 Prozent der Landeswaldfläche.

⁸⁶ Brandenburg, Hessen, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt.

nicht in der Lage sind, bestimmte Lieferaufträge wegen deren Größenordnung ganz oder teilweise zu bedienen („Arbeitsgemeinschaft“), oder wenn die mit ihrer Vereinbarung bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung nach Ausmaß und/oder Intensität nicht geeignet ist, die Marktverhältnisse in einer für andere Wettbewerber oder die Marktgegenseite spürbaren Weise zu beeinflussen (Spürbarkeit, de minimis).

412. Die in § 40 Bundeswaldgesetz⁸⁷ vorgesehene Ausnahme vom Kartellverbot für Forstbetriebsgemeinschaften, Forstbetriebsverbände etc. war schon deshalb nicht anwendbar, weil die Vertriebskoordination gerade nicht in Form der von dieser Vorschrift erfassten Organisationsformen forstlicher Kooperationen erfolgte, sondern durch Vollmacht an die Forstbehörde/den Forstbetrieb des Landes oder durch deren Vermittlung. Eine Freistellung dieser Holzvermarktungskartelle nach § 2 GWB bzw. Artikel 81 Absatz 3 EGV (jetzt Artikel 101 Absatz 3 AEUV) kam ebenso wenig in Betracht, da mehrere der erforderlichen Freistellungsvoraussetzungen nicht vorlagen. Insbesondere war eine Verbesserung der Warenerzeugung lediglich für die Bündelung von unterhalb der Marktfähigkeit liegenden Angebotsmengen zu bejahen. Darüber hinaus wurde durch die Marktdominanz ihres gemeinsamen Angebots den Landesforstbehörden/-betrieben die Möglichkeit eröffnet, den Preiswettbewerb auszuschließen.

413. Die Zuständigkeit des Bundeskartellamtes für die beschriebenen Vertriebspraktiken war im Verlauf des Verfahrens immer wieder bestritten worden. Denn zum Ersten handelte es sich teilweise um in hoheitliche Form gekleidete Tätigkeiten von Landesbehörden. Zum Zweiten ist im Bundeswaldgesetz, in einigen Landesverfassungen und den meisten Landesforstgesetzen eine Förderungspflicht des Staates für privaten Waldbesitz festgeschrieben. Zum Dritten war diese Art der Vertriebsbündelung teilweise über Jahrzehnte unbeanstandet praktiziert worden. Die praktischen Schwierigkeiten, denen ein solches Verfahren in politisiertem Bereich gegenübersteht, werden besonders anschaulich anhand der Verfahrensdauer von bislang über sieben Jahren, anhand der Notwendigkeit der von der zuständigen Beschlussabteilung in einer Vielzahl von Foren und Veranstaltungen wirksam geleisteten Überzeugungsarbeit und nicht zuletzt anhand der („weichen“) Verfahrensbeendigung durch Zusagenentscheidungen. Gleichwohl und gerade deshalb zeigen diese Entscheidungen, dass die Zuständigkeit des Bundeskartellamtes weder rechtlich noch praktisch auf rein innermarktliche Sachverhalte beschränkt ist noch sein sollte. Die Vermachtung von Märkten durch oder unter der Führung von Landesverwaltungen oder -eigenbetrieben unterliegt vielmehr auch soweit dem Kartellgesetz, als den handelnden Stellen öffentlich-rechtliche Förderungspflichten obliegen. Denn einerseits hat der Gesetzgeber, der die Förderungspflicht in das Gesetz aufnahm, im Re-

gelfall nicht an einen Ausschluss des Wettbewerbs gedacht; auch gebietet schon das verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip, solche Förderpflichten mit möglichst geringen Eingriffen in den Wettbewerb zu erfüllen. Andererseits geht erfahrungsgemäß gerade von funktionsfähigem Wettbewerb diejenige Stimulation aus, die die stärksten nachhaltig fördernden Wirkungen zeitigt. Wettbewerb und öffentlich-rechtliche Förderungspflicht widersprechen einander also regelmäßig nur auf den ersten Blick.

414. Die Erreichung eines Förderziels kann zwar in Einzelfällen Einschränkungen des Wettbewerbs rechtfertigen. Doch je stärker der Wettbewerb beeinträchtigt würde, desto höher sind die Anforderungen an eine klare gesetzliche Grundlage für eine wettbewerbsschädliche Verwirklichung des Förderzwecks. In Fällen wie diesem, in denen einerseits nicht erkennbar ist, dass ein Rückgriff auf Marktkräfte der Effektivität einer Förderung abträglich sein könnte, und andererseits Wettbewerb weitestgehend unmöglich gemacht wird, erschiene eine auch nur partielle Nichtanwendung des GWB schon mit dem verfassungsmäßigen Gebot der Verhältnismäßigkeit unvereinbar. Diese Grenzziehung liegt auch deutlich § 40 Absatz 1 und 4 Bundeswaldgesetz zugrunde, der das Kartellverbot des GWB nur für manche Beschlüsse von Vereinigungen kleinerer Forstbetriebe für unanwendbar erklärt, für alle anderen forstbezogenen Sachverhalte die Vorschriften des GWB jedoch ausdrücklich unberührt lässt. Ebenso gestattet § 22 Absatz 2 Nummer 2 Bundeswaldgesetz die Bildung von Forstbetriebsverbänden nur unter der Voraussetzung, dass „der Zusammenschluss einen wesentlichen Wettbewerb auf dem Holzmarkt bestehen lässt“. Festzuhalten bleibt also, dass wettbewerbsschädliches Verhalten staatlicher Akteure stets einer Legitimierung bedarf.

415. Die Monopolkommission begrüßt diese Erfolge und Bestrebungen des Bundeskartellamtes. Der erhöhte Verfahrensaufwand hat sich nach heutigem Erkenntnisstand amortisiert. Wenn auch Umsetzung und Wirkung der wettbewerbsschaffenden Zusagen noch nicht im Einzelnen voll realisiert sind, zeichnen sich doch bereits 2010 erste Erfolge ab. Allerdings ist nicht absehbar, wie die so herbeigeführten Änderungen des Rundholzvertriebs sich auf die immer stärker konzentrierte Nachfrage- und die so entstehende Nachfragemacht auswirken. Insgesamt stellt die Monopolkommission fest, dass durch dieses Verfahren des Bundeskartellamtes die bislang weniger wettbewerblich, sondern durch Staatswirtschaft und überkommenen Konsens geprägte Forstwirtschaft bereits viele wettbewerbliche Impulse empfangen hat. Am wichtigsten jedoch erscheint der Monopolkommission, ein allgemeineres Bewusstsein dafür zu wecken, dass auch in Bereichen staatlicher Förderung das Wettbewerbsprinzip zu gelten hat.

2.1.4 Kostendeckung und Förderungsauftrag bei staatlichen Forstdienstleistungen

416. Neben Vermarktungsdienstleistungen erbringen viele Landesforstverwaltungen und -betriebe auch andere

⁸⁷ Gesetz zur Erhaltung des Waldes und zur Förderung der Forstwirtschaft vom 2. Mai 1975, BGBl. I S. 1037, in der Fassung des Gesetzes vom 31. Juli 2009, BGBl. I S. 2585.

Forstdienstleistungen⁸⁸ für andere Waldbesitzer. Die Entgelte, die für diese Dienstleistungen berechnet werden, dürften in vielen Fällen nicht kostendeckend sein, was den Wettbewerb privater Anbieter wesentlich erschwert oder gar unmöglich macht. Die Verfahren des Bundeskartellamtes auf der Grundlage von § 20 Absatz 4 GWB wegen unbilliger Behinderung von kleinen oder mittleren Wettbewerbern gestalten sich allerdings schwieriger als in den Fällen der Vermarktungsbündelung und wurden aus verfahrenswirtschaftlichen Gründen vorerst auf zwei Bundesländer beschränkt: Während Brandenburg bereits Unterkostendeckung bestreitet, hat Nordrhein-Westfalen zwar bereits vor zwei Jahren eine grundlegende Umstellung seiner Förder- und Dienstleistungspraxis im Forstsektor angekündigt. Eine konkrete Sachverhaltsermittlung und rechtlich-wettbewerbliche Untersuchung dieser Praxis durch das Bundeskartellamt steht jedoch bislang aus.

417. Ebenso wie bei der eben beschriebenen Vermarktungsbündelung sind vielfach die jeweiligen Landeswaldgesetze Grundlage für die teils unentgeltliche Erbringung dieser Dienstleistungen zur Förderung des nicht staatlichen Waldbesitzes. Ein solches System, in dem die staatliche Förderung nur erhält, wer die Forstdienstleistungen auch beim Staat bestellt, bewirkt jedoch in der Folge erhebliche und nicht gerechtfertigte Marktverzerrungen zu Lasten des privaten Angebotssektors; Markteintritte und wettbewerbliche Angebote privater Dienstleister werden wesentlich erschwert oder gar unmöglich gemacht.

418. Wie oben dargelegt, darf staatliche Förderung nicht ohne Notwendigkeit den Marktmechanismus vollständig aushebeln. Soweit der Staat wirtschaftlich als Nachfrager oder Anbieter im allgemeinen Wirtschaftsverkehr auftritt, unterliegt er den Vorschriften des GWB. Auch unter dem Einfluss gesetzlicher Förderungspflichten bedarf wettbewerbsschädliches Verhalten staatlicher Akteure stets einer an verfolgten Zielen und Unvermeidbarkeit der Wettbewerbswidrigkeit ausgerichteten Rechtfertigung. Das Fehlen einer solchen Rechtfertigung ist im Fall der allgemeinen Forstdienstleistungen schwieriger festzustellen als bei der Vermarktungsbündelung. Denn hier ist die Trennung zwischen hoheitlicher Forstaufsicht und Forstdienstleistungen weder praktisch noch kostenmäßig einfach. Die Synergien zwischen (fakultativen) Forstdienstleistungen und der (verpflichtenden) hoheitlichen Forstaufsicht erschweren die Berechnung eines Kostenbenchmarks (Problem der „Sowieso-Kosten“). So hat das Bundesland Brandenburg bereits bestritten, dass die von der Landesforstverwaltung berechneten Dienstleistungsentgelte die Kosten der jeweiligen Dienstleistungen nicht decken. Aber auch über die tatsächlich vorgenommenen Änderungen der Nordrhein-westfälischen Forstförderung stehen dem Bundeskartellamt bis heute keine verlässlichen Informationen zur Verfügung. Dieser vor-

läufige Verfahrensstand, auch und gerade in Bezug auf die noch ungeklärte Praxis in anderen Bundesländern, ist direkte Folge der Fokussierung der zuständigen Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes auf den oben beschriebenen Rundholzvertrieb, wohl auch der politischen Bedeutung der Verfahren und jedenfalls des damit zusammenhängenden Verfahrensaufwands.

419. Die Monopolkommission bedauert den nur vorläufigen Stand des Verfahrens und unterstützt die Bestrebungen des Bundeskartellamtes. Angesichts des hinsichtlich der Entgeltpraxis bei Forstdienstleistungen unwägbaren Verfahrensaufwands und des hohen sonstigen Arbeitsanfalls in der Beschlussabteilung billigt die Monopolkommission die Schwerpunktsetzung des Bundeskartellamtes in diesem Fall. Dennoch sollten die betroffenen Bundesländer weiterhin nachdrücklich zu einer Marktkonformität ihrer (forstlichen) Förderpraxis angehalten werden. Die marktgerechte Ausgestaltung von staatlichen Förderprogrammen dient nicht allein der Nutzung von Marktkräften, sondern fördert auch Flexibilität und Privatinitiative und dürfte nicht zuletzt – jedenfalls mittel- und langfristig – erfahrungsgemäß zu Kosteneinsparungen bei gleichem oder höherem Zielerreichungsgrad führen. Die Monopolkommission verkennt nicht, dass eine Umstellung in solchen Fällen mit Aufwand und Einschnitten verbunden sein kann. Auch aus gesamtwirtschaftlicher Perspektive sollten jedoch – insbesondere im Interesse der Effizienz, der Transparenz und der Zukunftsfähigkeit, aber auch zur Erfüllung von Verfassungsvorgaben – staatliche Fördermaßnahmen soweit wie möglich auf Marktmechanismen zurückgreifen. Zusammenfassend weist die Monopolkommission darauf hin, dass einerseits Restriktionen des freien Wettbewerbs durch Hoheitsträger engen Grenzen unterworfen sind, andererseits das Effizienzgebot und verfassungsmäßige Grundsätze staatliche Stellen zur weitestmöglichen Nutzung von Marktmechanismen verpflichten.

2.2 Preisbasierte Missbräuche – Grenzen der Missbrauchsaufsicht?

420. Anders als bei verhaltensbasierten Missbräuchen setzt die Verfolgung preisbasierter Missbräuche oft die genaue Zurechnung von Kosten und die Identifizierung von Vergleichsmärkten voraus, was im Einzelnen fast immer Betroffene und Bundeskartellamt zu unterschiedlichen Schlussfolgerungen über die Grenzen des Zulässigen kommen lässt. Aus diesen Gründen ist für die Verfolgung preisbasierter Missbräuche die Verfügbarkeit von Kostendaten und die (gesetzliche) Beweislastverteilung oft von entscheidender Bedeutung. Ein klarer Vergleichsmaßstab erleichtert die Einordnung gesetzter Preise als missbräuchlich auch bei preisbasierten Missbräuchen ganz erheblich.

421. Vor diesem Hintergrund erscheinen insbesondere folgende Verfahren im Berichtszeitraum bedeutsam: die Prüfung einer Preis-Kosten-Schere im Telekommunikationssektor, die Zurechnung von Werbekostenzuschüssen auf Einstandspreise, Ausbeutungsmissbräuche durch überhöhte Gaspreise bei Haushalts- und Gewerbekunden

⁸⁸ Der Begriff der Forstdienstleistungen umfasst ein breites Spektrum von Tätigkeiten der Betreuung von Waldflächen; hierzu zählen (neben der Holzvermarktung) unter anderem die sog. forstwirtschaftliche Einrichtung (Bestandserfassung), der Revierdienst, die Planung, Durchführung und Überwachung der forstlichen Arbeiten.

sowie Behinderungsmisbräuche durch diskriminierende Konzessionsabgaben. Das erste Verfahren illustriert im Grenzbereich zur sektorspezifischen Regulierung die Bedeutsamkeit von Kostenbenchmarks. Das zweite und dritte Verfahren, die das Untereinstandspreisverbot und das spezielle Preismissbrauchsverbot in der Energiewirtschaft anwenden, werfen ein Schlaglicht auf die erst 2007 verschärften §§ 20 Absatz 4 und 29 GWB.⁸⁹ Unter Vorbehalt lassen sich aus den Anwendungserfahrungen der zur Erleichterung und Erweiterung der kartellbehördlichen Verfolgung preisbasierten Missbrauchsverhaltens bereits mehrfach verschärften Vorschriften auch die möglichen Grenzen kartellrechtlich erfassbaren Marktverhaltens ablesen. Das vierte Verfahren demonstriert schließlich – ebenfalls im Grenzbereich zur Regulierung – anschaulich, wie Gesetzesunklarheiten zur Wettbewerberbehinderung genutzt werden können.

2.2.1 Preis-Kosten-Schere

422. Ein Behinderungsmisbrauch im Sinne der §§ 19 und 20 GWB, des Artikels 102 AEUV in Form einer Preis-Kosten-Schere kann vorliegen, wenn die Differenz zwischen dem Endkundenpreis eines marktbeherrschenden Anbieters (bzw. dem Preis für erbrachte Leistungen auf einem nachgelagerten Markt) und dem Entgelt für die Vorleistungen nicht dazu ausreicht, dass ein Wettbewerber vergleichbare Leistungen gegenüber Endkunden oder Nachfragern auf dem nachgelagerten Markt kostendeckend erbringen kann. Die Voraussetzung für eine missbräuchliche Behinderung mittels einer Preis-Kosten-Schere ist das Vorliegen von Marktbeherrschung auf dem Vorleistungsmarkt. Nicht erforderlich ist, dass der vertikal integrierte Anbieter zugleich auf dem nachgelagerten Markt über eine beherrschende Stellung verfügt.⁹⁰ Allerdings ist jedenfalls nach Auffassung des Bundeskartellamtes bei Marktbeherrschung nur auf dem Vorleistungsmarkt (einfache Marktbeherrschung) nicht, wie bei gleichzeitiger Marktbeherrschung auf dem Endkundenmarkt (doppelte Marktbeherrschung), jede Preis-Kosten-Schere missbräuchlich. Bei einfacher Marktbeherrschung sind vielmehr die konkreten Marktverhältnisse und die konkreten Wirkungen der Preis-Kosten-Schere zu berücksichtigen, da Eingriffe in die Preisgestaltungsfreiheit nur zulässig sind, wenn die Preisgestaltung des Marktbeherrschers in einer Verdrängungsabsicht erfolgt oder aus der Behinderung des Wettbewerbs eine konkrete und ernste Gefahr für den Bestand des Wettbewerbs erwächst.

423. Missbräuchlich ist eine Preis-Kosten-Schere nach Kartellrecht im Regelfall dann, wenn die Differenz zwischen dem Vorleistungspreis und dem Entgelt für den nachgelagerten Dienst negativ ist, ohne dass eine sachli-

che Rechtfertigung für solche Kostenstrukturen vorliegt.⁹¹ Für diesen Fall nimmt das Bundeskartellamt eine Verdrängungsabsicht an, da die Behinderungswirkung einer solchen Preisgestaltung offenkundig sei.⁹² Ist die Differenz zwischen dem Vorleistungspreis und dem Preis für den nachgelagerten Dienst nicht negativ, ist zu prüfen, ob die Spanne zwischen den Entgelten ausreicht, um die produktspezifischen Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens für die Erbringung seiner eigenen Dienste im nachgelagerten Markt zu decken. Als Kostenmaßstab ist für ein vertikal integriertes Unternehmen im Bereich der Telekommunikation das Konzept der langfristigen durchschnittlichen Zusatzkosten maßgeblich.⁹³ Gemeint sind damit die langfristigen durchschnittlichen variablen und fixen Kosten, die einem Unternehmen bei der Herstellung eines Produktes oder einer Leistung zusätzlich zu seiner übrigen Produktion entstehen. Davon zu unterscheiden ist das Konzept der variablen Durchschnittskosten, bei dem ausschließlich die zusätzlichen variablen Kosten berücksichtigt werden. Bei Netzindustrien ist dieser Ansatz, so das Bundeskartellamt, wegen des hohen Anteils fixer Kosten nicht sinnvoll. Bei Telekommunikationsdienstleistungen könne ein Preis, der ausschließlich den variablen Kosten entspricht, erheblich unterhalb des kostendeckenden Preises liegen. Weitere sachliche Rechtfertigungen für entsprechende Preis-Kostenstrukturen lassen sich nicht abschließend aufzählen, können aber insbesondere in den Besonderheiten des Marktes oder der betroffenen Produkte begründet sein, etwa zur Markteinführung eines neuen Produktes oder zur Erreichung von Lern- oder Skaleneffekten.

424. Das Bundeskartellamt hat im Jahr 2009 ein Missbrauchsverfahren gegen die Deutsche Telekom AG (DTAG) wegen eines möglichen Verstoßes gegen die §§ 19 und 20 GWB sowie Artikel 82 EGV (jetzt Artikel 102 AEUV) geführt. Dem Unternehmen wurde vorgeworfen, den Anbieter von Mehrwertdiensten Next ID GmbH durch die Anwendung einer Preis-Kosten-Schere missbräuchlich behindert zu haben. Next ID bietet – wie die DTAG – Programmanbietern sog. „Massenverkehrsdienste zu bestimmten Zielen“ (MABEZ-Dienste) an. Massenverkehrsdienste sind Telekommunikationsdienste wie die Entgegennahme, Bearbeitung und Auswertung von Anrufen, z. B. für Gewinnspiele, Abstimmungen oder Meinungsumfragen. Rufnummern für Massenverkehrsdienste werden aus dem Rufnummernbereich 0137 zur Verfügung gestellt. Charakteristisch für Massenverkehrsdienste ist ein hohes Verkehrsaufkommen in kurzer Zeit mit einer jeweils kurzen Belegungsdauer.

425. MABEZ-Dienste werden von der DTAG und von alternativen Mehrwertdiensteanbietern angeboten. Die Voraussetzung für das Angebot ist eine eigene technische Plattform, das sog. „Interactive Voice Response“ (IVR)-System. Alternative Mehrwertdiensteanbieter müssen für

⁸⁹ Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels vom 15. November 2007, BGBl. I S. 2966.

⁹⁰ Vgl. dazu auch Mitteilung der Europäischen Kommission – Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. EU Nr. C 45 vom 24. Februar 2009, S. 7, Rn. 51.

⁹¹ So bereits BKartA, Beschluss vom 9. August 2000, B8-77/00, WuW DE-V 289 „Freie Tankstellen“.

⁹² Vgl. BKartA, Beschluss vom 6. August 2009, B7-11/09, WuW/E DE-V 1769 „MABEZ“, Rn. 53.

⁹³ Vgl. ebenda, Rn. 26.

das Angebot von MABEZ-Diensten zusätzlich Vorleistungen bei der DTAG einkaufen. Kommen die Gespräche aus dem Teilnehmernetz der DTAG, werden Zuführungsleistungen erbracht; kommen sie aus anderen Teilnehmernetzen, erbringt die DTAG Transitleistungen. Darüber hinaus erfolgt die Abrechnung der Gespräche oftmals über die Telefonrechnung der DTAG, d. h. diese erstellt die Rechnungen, zieht die Beträge ein und übernimmt das Ausfallrisiko. Die Endkundenbeziehungen unterhält in diesen Fällen die DTAG als Teilnehmernetzbetreiber. Sie schüttet die Entgelte abzüglich der Entgelte für Vorleistungen entweder direkt an den Programmanbieter oder den zwischengeschalteten alternativen Mehrwertdiensteanbieter aus. Das Endkundenentgelt für Anrufe aus dem Festnetz zu Nummern aus den Bereichen 0137-8 und -9 wird gemäß § 67 Absatz 2 TKG von der Bundesnetzagentur festgelegt und beträgt gegenwärtig 0,50 Euro pro Anruf. Ebenfalls reguliert sind die Entgelte für Zusammenschaltungsleistungen im Festnetz, die der alternative Mehrwertdiensteanbieter in Anspruch nimmt.

426. Gegenstand des Missbrauchsverfahrens war die Preisgestaltung der DTAG für MABEZ-Dienste gegenüber der 9Live Fernsehen GmbH. Der zur ProSieben-Sat.1-Gruppe gehörende Sender finanziert sich vorwiegend über sog. Call-in-Gewinnspiele. Er hatte Mitte 2008 MABEZ-Dienste ausgeschrieben und dabei unter anderem Angaben zu einer fixen Vorauszahlung an den Sender (Signing Fee), dem Ausschüttungsanteil pro Anruf sowie weiteren Konditionen angefordert. Die DTAG hatte diese Ausschreibung gewonnen. Next ID sah sich missbräuchlich behindert, weil der Incumbent als marktbeherrschender Anbieter bei den Verhandlungen und dem Abschluss des Vertrags den Tatbestand der Preis-Kosten-Schere zur Anwendung gebracht habe. Das Bundeskartellamt sah diesen Vorwurf nach seinen Ermittlungen nicht bestätigt und schloss das Verfahren mit einer Entscheidung gemäß § 32c GWB ab, in der es feststellt, keinen Anlass zum Tätigwerden zu haben. In der Entscheidung finden sich grundsätzliche Aussagen des Amtes zu einem Prüfkonzept für Preis-Kosten-Scheren, welches im Zusammenhang mit der weiteren Deregulierung von Telekommunikationsmärkten an Bedeutung gewinnen kann.

427. In diesem Fall ergab die Prüfung des Bundeskartellamtes, dass keine negative Differenz zwischen den Entgelten der DTAG für die Vorleistungen gegenüber Next ID und den mit 9Live vereinbarten Entgelten für die MABEZ-Dienste festzustellen ist. Diese Feststellung gilt nach den Untersuchungen des Bundeskartellamtes für alle denkbaren Anrufvolumina sowie unterschiedliche Annahmen im Hinblick auf die Vorleistungsentgelte. Als produktbezogene zusätzliche Kosten für die Erbringung der vertraglich mit 9Live vereinbarten MABEZ-Dienste hat das Bundeskartellamt die Aufbau- und Entwicklungskosten für das jeweilige Projekt, die (Personal-)Kosten für den laufenden Betrieb sowie die Netzkosten für den Transport der eingehenden Gespräche anerkannt. Nicht anerkannt wurden die Kosten für die IVR-Plattform, da es sich hier nicht um langfristige zusätzliche Kosten handelt.

428. Die Monopolkommission begrüßt, dass das Bundeskartellamt seine Untersuchungen in dem vorliegenden Fall zum Anlass nimmt, grundlegende Aussagen zur Behandlung von Preis-Kosten-Scheren im Rahmen der kartellbehördlichen Missbrauchsaufsicht zu veröffentlichen. Sie ist wie das Amt der Auffassung, dass die Verhaltenskontrolle nach den Vorschriften des GWB im Bereich der Telekommunikation an Bedeutung gewinnt, je mehr Märkte aus der Regulierung entlassen werden. Darüber hinaus sind die Vorschriften zur Missbrauchsaufsicht des europäischen Wettbewerbsrechts auch neben dem sektorspezifischen nationalen Recht anwendbar. Die Preis-Kosten-Schere ist ein typischer Missbrauchstatbestand im Bereich der Telekommunikation, der in § 28 Absatz 2 TKG ausdrücklich als Vermutungstatbestand für missbräuchliches Verhalten genannt wird. Ein marktbeherrschendes, vertikal integriertes Unternehmen kann es seinen Wettbewerbern auf dem nachgelagerten Markt durch eine entsprechende Preisgestaltung unmöglich machen, ein wirtschaftlich tragfähiges Angebot ohne Inkaufnahme von temporären Verlusten zu machen. Das Ziel einer solchen Behinderungsstrategie ist es, Wettbewerber vom Markt zu verdrängen oder den Marktzutritt von Konkurrenten zu verhindern.

429. Der klassische Fall für eine Preis-Kosten-Schere auf dem deutschen Telekommunikationsmarkt betraf die Entgelte für den analogen Teilnehmeranschluss.⁹⁴ Diese lagen über einen längeren Zeitraum unterhalb der Entgelte, die die Wettbewerber der DTAG für die Vorleistung, nämlich den entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung, zahlen mussten. Die Bundesnetzagentur akzeptierte diese Preisgestaltung, da sie die analogen Anschlüsse im Verbund mit den höherpreisigen ISDN-Anschlüssen sah und sich bei einer Durchschnittspreisbetrachtung keine Preis-Kosten-Schere ergab. Anders sah dies die Europäische Kommission, die ein Missbrauchsverfahren gegen die DTAG einleitete, welches im Jahr 2003 mit der Untersagung der Preis-Kosten-Schere sowie einer Geldbuße gegen die DTAG abgeschlossen wurde.⁹⁵ Die Europäische Kommission hat ein zweites Verfahren wegen einer Preis-Kosten-Schere gegen den spanischen Telekommunikationskonzern Telefonica geführt.⁹⁶ Dem Unternehmen wurde vorgeworfen, auf den spanischen Märkten für Internet-Breitbandzugänge über mehrere Jahre eine Preis-Kosten-Schere praktiziert zu haben. Auch gegen Telefonica wurde eine empfindliche Geldbuße verhängt.

⁹⁴ Vgl. Monopolkommission, Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand, Sondergutachten 33, Baden-Baden 2002, Tz. 104 f.; Monopolkommission, Telekommunikation und Post 2003: Wettbewerbsintensivierung in der Telekommunikation – Zementierung des Postmonopols, Sondergutachten 39, Baden-Baden 2004, Tz. 143 f.

⁹⁵ Vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 21. Mai 2003, COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 „Deutsche Telekom AG“. Diese Entscheidung wurde bestätigt durch EuG, Urteil vom 10. April 2008, Rs. T-271/03 „Deutsche Telekom/Kommission“, und ist nunmehr vor dem EuGH anhängig, Rs. C-280/08 P.

⁹⁶ Vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 2. Juli 2007, COMP/38.784 „Wanadoo España/Telefónica“.

430. Das Bundeskartellamt hat sich bei der Entwicklung seines Prüfkonzeptes für Preis-Kosten-Scheren eng an die von der Europäischen Kommission in den genannten Fällen entwickelten Grundsätze angelehnt. Das betrifft unter anderem den Bezug auf die produktspezifischen Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens und die Verwendung des Konzeptes der langfristigen Durchschnittskosten bei der Prüfung der Spanne zwischen Vorleistungs- und Endkundenentgelten. Die langfristigen Durchschnittskosten beinhalten neben den produktspezifischen variablen auch die produktspezifischen Fixkosten. Damit entspricht dieser Kostenstandard weitgehend dem der Ex-ante-Regulierung nach dem Telekommunikationsgesetz. Dort wird auf die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung abgestellt, die als langfristige zusätzliche Kosten der Leistungsbereitstellung plus einem angemessenen Zuschlag für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten definiert werden. Die Monopolkommission begrüßt diesen Bezug, weil damit der Missbrauchsaufsicht Entgelte zugrunde gelegt werden, die sich auf einem fiktiven, durch Wettbewerb gekennzeichneten Markt ergeben würden. Das Abstellen auf „pure“ langfristige Zusatzkosten, wie etwa vom EuGH mit dem Konzept der durchschnittlichen variablen Kosten praktiziert⁹⁷ oder von der Europäischen Kommission für die Regulierung der Festnetz- und Mobilfunkterminierungsentgelte vorgeschlagen⁹⁸, hieße, die Missbrauchsaufsicht und die Regulierung an einem theoretischen Effizienzoptimum zu orientieren, welches der Realität nicht entspricht.⁹⁹ Die Telekommunikation ist eine Industrie mit hohen Gemeinkosten. Auf wettbewerblich organisierten Märkten werden in der Regel alle Geschäftsbereiche zur Deckung der Gemeinkosten herangezogen. Nimmt man den Marktteilnehmern die Möglichkeit, die entsprechenden Gemeinkostenanteile geltend zu machen, besteht das Risiko, dass es zu einer Gesamtkostenunterdeckung kommt. Dies ginge zulasten des Wettbewerbs, da gegebenenfalls effiziente Anbieter aus dem Markt ausscheiden müssten und die Marktzutrittsbarrieren für Newcomer erhöht würden.

431. Noch nicht letztgültig geklärt ist, welche Kosten nach deutschem und europäischem Wettbewerbsrecht maßgeblich für die Beurteilung der Preisspanne zwischen den Vorleistungs- und Endkundenentgelten sind. Die beiden Möglichkeiten werden mit „As-Efficient-Competitor-Test“ und „Reasonably-Efficient-Competitor-Test“ umschrieben;¹⁰⁰ dabei ist entscheidend, ob als Kostenmaßstab die produktspezifischen Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens, mithin die des Adressaten des Missbrauchsvorwurfs, herangezogen werden oder ob es

auf die Kosten eines kleineren oder jüngeren Wettbewerbers ankommt, die etwa bei Anwesenheit von Skalen-, Netzwerk-, und/oder Lerneffekten wesentlich höher sein können. Das Gericht erster Instanz (EuG) und teilweise die Europäische Kommission sowie das Bundeskartellamt in diesem Fall ziehen die produktspezifischen Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens heran. Nach Auffassung der Europäischen Kommission und des EuG kann der Marktbeherrscher für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit seiner Preispolitik nicht auf die Kostenstruktur der Wettbewerber verwiesen werden. Ansonsten liefe man Gefahr, gegen den allgemeinen Grundsatz der Rechtssicherheit zu verstoßen. Denn hinge die Rechtmäßigkeit der Preispolitik eines Unternehmens von der im Allgemeinen unbekanntem spezifischen Situation und der Kostenstruktur der Wettbewerber ab, wäre das Unternehmen nicht in der Lage, die Rechtmäßigkeit seines Verhaltens zu beurteilen.¹⁰¹

432. Die Monopolkommission teilt die Auffassung, dass bei der kartellrechtlichen Prüfung von Preis-Kosten-Scheren – anders als bei der Prüfung nach dem Telekommunikationsgesetz¹⁰² – auf die Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens abzustellen ist. Selbst wenn die Kosten eines Wettbewerbers aufgrund fehlender Verbund- und Größenvorteile (kurzfristig) höher sein können als die des marktbeherrschenden Unternehmens, muss ein effizienter Wettbewerber seine Leistungen auf längere Sicht zumindest ebenso effizient bereitstellen wie der etablierte Betreiber. Zusätzlich weist die Monopolkommission auf die anderweitigen sachlichen Rechtfertigungen hin, die entsprechende Preis-Kostenstrukturen legitimieren können.

2.2.2 Untereinstandspreisverbot und Werbekostenzuschüsse

433. Das Unterbieten der Preise von Wettbewerbern zur Steigerung des eigenen Absatzes ist grundsätzlich erwünschter Preiswettbewerb. In Einzelfällen, wie der gezielten Kampfpriesterunterbietung oder dem Verkauf von Waren unter Einstandspreis nach § 20 Absatz 4 GWB, kann jedoch eine unbillige Behinderung von Wettbewerbern vorliegen. Mit dem Untereinstandspreisverbot soll insbesondere der kleine und mittlere Einzelhandel geschützt werden, dessen Kunden durch „Lockvogelangebote“ unter Einstandspreis „abgeworben“ werden können. Die Anwendung der zuletzt 2007 verschärften Vorschrift wurde durch das mittlerweile vor dem BGH angefochtene Urteil des OLG Düsseldorf im Verfahren „Rossmann“ empfindlich in ihrer Reichweite eingeschränkt. Streitentscheidend war dabei die Frage der Zurechnung von Werbekostenzuschüssen, die für ein gesamtes Herstellersortiment gewährt werden, auf einzelne beworbene Produkte.¹⁰³

⁹⁷ Vgl. EuGH, Urteil vom 3. Juli 1991, Rs. C-62/86 „AKZO/Kommission“, Slg. 1991, I-3359.

⁹⁸ Vgl. Empfehlung der Europäischen Kommission vom 7. Mai 2009 über die Regulierung der Festnetz- und Mobilfunk-Zustellungsentgelte in der EU, ABl. EU Nr. L 124 vom 20. Mai 2009, S. 67.

⁹⁹ Vgl. Monopolkommission, Telekommunikation 2009: Klaren Wettbewerbskurs halten, Sondergutachten 56, Baden-Baden 2010, Tz. 173 f.

¹⁰⁰ Zu dieser Unterscheidung vgl. etwa Generalanwalt Mazak, Schlussanträge in der Verhandlung am 22. April 2010, Rs. C-280/08 P „Deutsche Telekom AG/Europäische Kommission“, Tz. 49.

¹⁰¹ Vgl. EuG, Urteil vom 10. April 2008, Rs. T-271/03 „Deutsche Telekom/Kommission“, Rn. 192.

¹⁰² Vgl. BNetzA, Hinweise zu Preis-Kosten-Scheren i. S. d. § 28 Absatz 2 Nr. 2 TKG vom 14. November 2007, S. 6 ff.

¹⁰³ Vgl. eingehend Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O., Tz. 474 ff.

434. Das Bundeskartellamt hat 2007 Bußgeldbescheide gegen die Dirk Rossmann GmbH und deren Geschäftsführer erlassen, weil diese es wiederholt und fahrlässig unterlassen hätten, ordnungswidrige Handlungen von Mitarbeitern zu verhindern, die darauf gerichtet waren, unter Ausnutzung überlegener Marktmacht kleine und mittlere Unternehmen unbillig durch den nicht nur gelegentlichen und nicht gerechtfertigten Verkauf von Waren unter Einstandspreis zu behindern.¹⁰⁴ Die Rossmann GmbH hatte Werbekostenzuschüsse, die gemäß vertraglicher Vereinbarungen mit den Herstellern pauschal als prozentualer Anteil des Gesamtumsatzes zwischen dem Hersteller und Rossmann gewährt wurden, bei der Ermittlung der Einstandspreise lediglich auf die tatsächlich beworbenen Produkte dieses Herstellers umgelegt. Nach Auffassung des Bundeskartellamtes war diese Praxis unzulässig. Alle nicht direkt zurechenbaren Abzüge wie Jahresboni, Werbekostenzuschüsse, Verkaufsförderungsentgelte usw. sind nach dieser Auffassung anteilig bei allen Produkten, die der betreffende Hersteller an das Handelsunternehmen liefert, anzurechnen. Um unangemessene Manipulationen der Einstandspreise auszuschließen, gelte dies grundsätzlich auch, wenn bestimmte Konditionen nur für die Förderung eines einzelnen Produktes, für befristete Kaufaktionen oder einzelne Vertriebschienen vereinbart wurden. Derartige Zuordnungen könnten zwar im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung von Untereinstandspreisen berücksichtigt werden, im vorliegenden Fall fehle es allerdings an Vorgaben der Hersteller, dass die Werbekostenzuschüsse für die Werbung bestimmter Produkte einzusetzen seien.

435. Das OLG Düsseldorf hat im November 2009 den Beschluss des Bundeskartellamtes aufgehoben.¹⁰⁵ Das Gericht sieht keinen Verstoß gegen § 20 Absatz 4 Satz 1 GWB, da die Zurechnungsmethode von Rossmann in Bezug auf die Werbekostenzuschüsse zulässig und damit kein Verkauf unter Einstandspreisen erfolgt sei. Das Gericht stellt fest, dass Werbekostenzuschüsse, die Hersteller gegenüber einem Händler als Prozentsatz des Gesamtumsatzes mit diesem Händler gewähren, nicht pauschal auf sämtliche bezogenen Produkte umgelegt werden müssen, sondern auf die tatsächlich beworbenen Produkte umgelegt werden können. Dies gelte jedenfalls dann, wenn die Hersteller dem Händler eine solche Zurechnung gestattet haben. Im vorliegenden Fall seien die ursprünglich in Form einer gezielten und individuellen Bezuschussung bestimmter, produktbezogener Werbemaßnahmen gewährten Werbekostenzuschüsse ab Anfang der 1990er Jahre durch einen pauschalen Rabatt vom Gesamtumsatz des Herstellers mit dem Händler ersetzt worden. Mit dieser Umstellung – so das OLG – sei keine Änderung bei der Zweckbestimmung der Werbekostenzuschüsse verbunden gewesen. Sie diene lediglich der Vereinfachung der Verfahrensabläufe und sollte für eine höhere Planungs- und Kalkulationssicherheit sowohl bei den Herstellern als auch bei dem Handelsunternehmen

sorgen. Werbekostenzuschüsse waren nach dem übereinstimmenden Willen aller Beteiligten ein Mittel der Absatzförderung und sollten preiswirksam einsetzbar und nicht lediglich eine Beteiligung der Hersteller an den unmittelbaren Kosten der Produktwerbung sein. Die Hersteller hätten es dabei Rossmann überlassen, welche Artikel im Laufe eines Jahres beworben werden und ihm mindestens stillschweigend gestattet, die pauschal gewährten Werbekostenzuschüsse auf die Rechnungspreise für die beworbenen Artikel zu verrechnen. Im Gegenzug war Rossmann verpflichtet, Werbemaßnahmen mindestens in dem Umfang des vorangegangenen Jahres oder marktgerecht zu erbringen. Mit einem Vorlauf von mehreren Wochen waren den Herstellern konkrete Werbeplannungen vorzulegen, damit diese die Möglichkeit hatten, den Umfang der Werbeaktionen zu prüfen und ihre Produktion danach auszurichten.

436. Die Monopolkommission hat die gesetzliche Verankerung eines Verbots von Verkäufen unter Einstandspreisen im Rahmen der Sechsten GWB-Novelle sowie die Verschärfung der Norm für den Handel mit Lebensmitteln im Jahr 2007 von Beginn an kritisch gesehen.¹⁰⁶ Ein Gegenargument war stets, dass die Norm in der Praxis mit erheblichen Anwendungsproblemen verbunden ist, weil bereits die Feststellung der Einstandspreise im Einzelhandel schwierig ist. Probleme bereitet insbesondere die Zuordnung der unterschiedlichen Rabatte und Boni, die die Geschäftsbeziehungen zwischen Herstellern und Handelsunternehmen prägen. Die Zuordnung der Werbekostenzuschüsse stellt ein besonderes Problem dar, weil es sich hier um die bei weitem werthaltigste Bezugsvergünstigung handelt. Die Kosten der eigentlichen Werbemaßnahmen werden damit – jedenfalls im Drogeriehandel – oftmals um ein Vielfaches übertroffen. Besteht die Möglichkeit, die Werbekostenzuschüsse einzelnen Artikeln zuzurechnen, können Einstandspreise – zumindest im Zusammenspiel mit anderen Rabatten und Boni – nahezu beliebig reduziert werden. Die Handelsunternehmen besitzen einen Gestaltungsspielraum, der das Verbot der Untereinstandspreisverkäufe des § 20 Absatz 4 GWB ins Leere laufen lassen kann. Andererseits würde ein generelles Gebot, Werbekostenzuschüsse stets auch allen anderen als den beworbenen Artikeln zuzurechnen, die Preisgestaltungsfreiheit der Hersteller und Händler sehr weitgehend einschränken. Es ist fraglich, ob der Gesetzgeber bei der Einführung des § 20 Absatz 4 GWB eine derart hohe Eingriffsintensität im Sinn hatte. Das Bundeskartellamt wendet die Vorschrift jedenfalls restriktiv an, indem die Zuordnung bestimmter Boni auf einzelne Produkte durch den Hersteller lediglich im Rahmen der Prüfung der sachlichen Rechtfertigung eines Untereinstandspreises berücksichtigt werden kann. Die Monopolkommission hat bereits in ihrem letzten Hauptgutachten zum Ausdruck gebracht, dass sie dieses Vorgehen für nicht gerechtfertigt hält.¹⁰⁷ Es sollte den betroffenen Un-

¹⁰⁴ BKartA, Beschluss vom 6. Februar 2007, B9-167/05.

¹⁰⁵ OLG Düsseldorf, Urteil vom 12. November 2009, VI-2 Kart 9/08 OWi.

¹⁰⁶ Vgl. nur Monopolkommission, Marktöffnung umfassend verwirklichen, Hauptgutachten 1996/1997, Baden-Baden 1998, Tz 99 ff.; Monopolkommission, Sondergutachten 47, a. a. O.

¹⁰⁷ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O., Tz. 479 ff.

ternehmen – Herstellern und Händlern – überlassen bleiben, in welcher Weise die Zurechnung der Werbekostenzuschüsse bei der Bestimmung der Einstandspreise erfolgt. Das OLG Düsseldorf argumentiert im Fall Rossmann ähnlich. Die Generalstaatsanwaltschaft beim OLG Düsseldorf hat gegen das Urteil Rechtsbeschwerde eingelegt. Die Entscheidung des BGH bleibt abzuwarten.

2.2.3 Ausbeutungsmissbrauch durch überhöhte Gaspreise bei Haushalts- und Gewerbekunden

437. Im Jahre 2007 wurde zur Erleichterung der Verfolgung von Preismissbräuchen in der Energiewirtschaft mit § 29 GWB eine Vorschrift eingeführt, die die prinzipiellen Nachweisschwierigkeiten der Kartellbehörde in Preismissbrauchsverfahren ausräumen soll:¹⁰⁸ Eine Erweiterung des auch im Rahmen der allgemeinen Vorschrift des § 19 Absatz 4 Nummer 2 GWB geltenden Vergleichsmarktkonzeptes, eine förmliche Beweislastumkehr sowie die zusätzliche Normierung eines an den Kosten einer wettbewerblichen Leistungserstellung orientierten, eigenständigen Entgeltmaßstabs ermöglichen dem Bundeskartellamt eine effektivere Preismissbrauchsaufsicht in der Energiewirtschaft. Mittlerweile wurden die ersten Verfahren nach § 29 GWB abgeschlossen und ermöglichen eine Würdigung der Wirksamkeit dieser vorerst bis Ende 2012 geltenden Sondervorschrift.¹⁰⁹

438. Im Jahr 2008 hat das Bundeskartellamt Missbrauchsverfahren gegen 35 Gasversorger wegen des Verdachts überhöhter Gaspreise für Haushalts- und Gewerbekunden geführt. Gegenstand der Verfahren war die Preisgestaltung in den Jahren 2007 und 2008. Geführt wurden die Verfahren auf der Basis des neuen § 29 GWB für das Jahr 2008 und auf der Basis von § 19 Absatz 1 i. V. m. Absatz 4 Nummer 2 GWB für das Jahr 2007.¹¹⁰ Drei Verfahren wurden eingestellt, weil kein Missbrauch nachgewiesen werden konnte, eines der betroffenen Unternehmen diente als Vergleichsunternehmen und ein Fall wurde an die zuständige Landeskartellbehörde verwiesen. Die übrigen 30 Verfahren wurden gegen Zusagen der Unternehmen eingestellt.

439. Diese Zusagen enthielten insbesondere den Verzicht auf Preiserhöhungen oder deren Verschiebung, soweit sie auf Bezugskostensteigerungen basierten. Des Weiteren wurden Bonuszahlungen und Preisnachlässe auf verbrauchte Kilowattstunden und die Überarbeitung der

Preisgestaltung zugesichert. Das Bundeskartellamt gibt an, dass sich das Volumen aller Zusagen auf ca. 130 Mio. Euro beläuft und sich zu ca. 45 Prozent aus Gutschriften und zu ca. 55 Prozent aus Preismaßnahmen zusammensetzt. Darüber hinaus haben die Gasversorger in einem Umfang von ca. 110 Mio. Euro¹¹¹ auf die Weitergabe gestiegener Gasbezugskosten verzichtet. Dieser Verzicht erfolgte bereits vor Abschluss der Verfahren und lässt sich sowohl durch das vom Bundeskartellamt eingeleitete Verfahren als auch durch eine Steigerung des öffentlichen Drucks erklären. In allen Verfahren erhielt das Bundeskartellamt die Zusage, dass die erfolgten Senkungen für den Verbraucher nicht im Rahmen von späteren Preismaßnahmen im Jahr 2009 ausgeglichen werden. Der Umfang der Zusagen entspricht nach Angaben des Bundeskartellamtes dem erwarteten Volumen der andernfalls ergangenen Verfügungen. Zugeständnisse seien nicht beim Volumen, sondern nur hinsichtlich der Modalität der Rückerstattung gemacht worden.

440. Die Monopolkommission sieht, wie bereits in ihrem Sondergutachten zur Novellierung des GWB dargelegt, in der Anwendung von § 29 GWB kein geeignetes Instrument zur Verfolgung des Ziels eines funktionsfähigen Wettbewerbs im Gasmarkt.¹¹² Hauptkritikpunkt ist, dass mit § 29 GWB nicht an den eigentlichen Ursachen eines fehlenden Wettbewerbs im Energiesektor angesetzt wird, sondern lediglich auf seine Symptome reagiert wird. Die Verfahren haben in Deutschland ein großes öffentliches Interesse auf sich gezogen, worin die Monopolkommission einen der Gründe für die umfangreichen Zusageangebote der betroffenen Unternehmen sieht. Der grundsätzlichen Anwendungspraxis des § 29 GWB durch das Bundeskartellamt möchte die Monopolkommission nicht widersprechen, sie sieht jedoch einige Punkte kritisch.¹¹³

441. Die zeitgleiche Einleitung von 35 Verfahren gegen Gasversorgungsunternehmen führt dazu, dass erhebliche Markteintrittsbarrieren entstehen. Die durch § 29 Satz 1 Nummer 1 GWB induzierte Gefahr eines Parallelverhaltens und damit einer Preisgleichschaltung erhöht sich, für neue Anbieter wird ein Markteintritt weniger attraktiv und die Anreize für neue Investitionen werden erheblich gemindert. Die Monopolkommission gibt zu bedenken, dass gerade die signifikanten Preisunterschiede die Endverbraucher zu einem Anbieterwechsel motivieren können. Ein neuer Anbieter kann dann Kunden akquirieren, wenn er die etablierten Anbieter unterbietet. Nach Auffassung der Monopolkommission wäre es vor diesem Hintergrund wesentlich sinnvoller gewesen, die Wechselbereitschaft der Endkunden zu fördern und den dadurch entstehenden Preisdruck wirken zu lassen. Auch wird sich nur schwerlich eine Vielfalt von Angeboten entwi-

¹⁰⁸ Vgl. dazu Monopolkommission, Sondergutachten 47, a. a. O.

¹⁰⁹ Vgl. dazu bereits ausführlich Monopolkommission, Sondergutachten 54, a. a. O., Tz. 504 ff.

¹¹⁰ § 29 GWB trat Ende 2007 in Kraft und ist bis zum 31. Dezember 2012 befristet. Originär ist das Bundeskartellamt nur für rund 5 Prozent der deutschen Gasversorgungsunternehmen zuständig, die rund 15 Prozent der Gaskunden bedienen. Die restlichen 85 Prozent fallen in den Zuständigkeitsbereich der Landeskartellbehörden. Von den 35 Gasversorgungsunternehmen fielen 20 Unternehmen in die Zuständigkeit des Amtes, die übrigen wurden von den zuständigen Landesregulierungsbehörden übernommen. Damit waren rund 35 Prozent der deutschen Gaskleinkunden und 25 Prozent der abgesetzten Gasmenge in Deutschland Gegenstand der Verfahren.

¹¹¹ Die angegebenen Beträge sind Nettobeträge. Für den Endkunden wären zusätzlich noch Steuern und Abgaben hinzugekommen.

¹¹² Vgl. dazu und zum Folgenden Monopolkommission, Sondergutachten 47, a. a. O., sowie Monopolkommission, Sondergutachten 54, a. a. O., 2009, Tz. 503 ff.

¹¹³ Vgl. zu dieser Vorschrift bereits umfassend Monopolkommission, Sondergutachten 54, a. a. O., 2009, Tz. 504 ff.

ckeln, weil das Unterscheidungsmerkmal Preis in den Regionen, in denen ein Verfahren gelaufen ist oder noch zu laufen droht, seine Wirkungen nicht entfalten kann.

442. Die von den Zusagen implizierten Wirkungen schätzt die Monopolkommission als höchst problematisch ein. Die betroffenen Unternehmen haben zugesagt, Rückerstattungen und Bonuszahlungen zu tätigen und auf Preiserhöhungen zu verzichten. Hier entstehen erhebliche Marktverschlusseffekte, weil die Zusagen wie ein „Quasi-Kundenbindungsprogramm“ wirken. Ein Anbieterwechsel wird gar bestraft, da nur diejenigen Kunden von den Zusagen profitieren, die auch aktuell zu den Kunden des entsprechenden Unternehmens zählen. Gegenüber der Monopolkommission wurde vor allem vonseiten der neuen Anbieter im Markt geäußert, dass insbesondere in den regionalen Märkten die Position der Wettbewerber durch diese Konstellation sehr stark gefährdet ist und bereits vermehrt in Betracht gezogen wurde, sich aus der Fläche zurückzuziehen. Nach Auffassung der Monopolkommission ist diese Problematik dem § 29 GWB immanent und kann auch nicht, wie vom Bundeskartellamt beabsichtigt, im Rahmen der Berücksichtigung des Erheblichkeitszuschlags¹¹⁴ ausgeglichen werden.

443. Die finanzielle Kompensation der Endkunden hat zwar eine erfreuliche Öffentlichkeitswirkung, kann allerdings nicht zur Wettbewerbsförderung beitragen. Vor diesem Hintergrund begrüßt die Monopolkommission das Vorgehen des Bundeskartellamtes im Falle der GASAG, in der die Zusagenentscheidung neben einer Gaspreissenkung auch eine strukturelle Zusage enthielt. Die GASAG sagte zugunsten der neuen Wettbewerber zu, eine Gasnetzkarte von Berlin zu veröffentlichen, die anonymisierte Angaben, differenziert nach Straßen und Postleitzahlen, zu Gasnetzanschlüssen enthält. Eine solche Gasnetzkarte stellt eine erhebliche Erleichterung für den Markteintritt neuer Wettbewerber dar und wird von der Monopolkommission als wettbewerbsfördernd eingestuft. Die Monopolkommission würde eine Einigung auf der Basis von strukturellen Zusagen in eventuellen zukünftigen Fällen daher als sehr sinnvoll erachten und empfiehlt dem Bundeskartellamt ein solches Vorgehen.

444. Die Monopolkommission sieht die grundsätzlich falschen Signalwirkungen, die von den Verfahren an die Endkundenebene gesendet werden, sehr kritisch. Es entsteht der Eindruck, dass das Bundeskartellamt die disziplinierende Wirkung eines Anbieterwechsels durch die Regulierung der Preise übernimmt. Der Kunde erhält den Eindruck, er zahle einen marktgerechten Preis. Das Bundeskartellamt stellt damit den kurzfristigen Konsumentenschutz vor den Schutz des Wettbewerbs. Es wird abzu-

warten sein, ob sich die Verfahren negativ auf die grundsätzlich zunehmende Wechselbereitschaft der Gaskunden auswirken werden.

2.2.4 Ausbeutungsmisbrauch durch überhöhte Heizstrompreise?

445. Gegen Anbieter von Heizstrom wurden durch das Bundeskartellamt im September 2009 weitere Verfahren nach §§ 29, 32 GWB eingeleitet, die zu Redaktionschluss im Juni 2010 noch andauern. Im Fokus der Verfahren steht der vom Bundeskartellamt als eigenständig angesehene Markt für Heizstrom. Heizstrom wird vornehmlich nachts zum Betrieb von Nachtspeicherheizungen und Wärmepumpen bezogen. Auf diesem Markt besteht kein wirksamer Wettbewerb: Alternative Anbieter, die Wechselmöglichkeiten für die Kunden anbieten würden, sind, anders als auf dem Markt für die Belieferung mit Haushaltsstrom, nicht vorhanden. Etwa 4 Prozent aller Wohnungen in Deutschland werden mit Strom beheizt. Die vom Bundeskartellamt zu untersuchenden Unternehmen beliefern ca. 1,2 Millionen Kunden. Auch preisgünstige Anbieter, die als Vergleichsunternehmen herangezogen werden können, werden betrachtet. Die Verfahren werden auf der Basis des Vergleichsmarktkonzeptes geführt. Ebenso wie bei den Gaspreisverfahren prüft das Bundeskartellamt nicht die Preiserhöhungen einzelner Versorger, sondern deren Preisniveau im Vergleich zu anderen günstigen Vergleichsunternehmen.

446. Ebenso wie das Bundeskartellamt betrachtet die Monopolkommission den Markt für die Belieferung mit Heizstrom als eigenständigen Markt¹¹⁵ und sieht hier aufgrund der besonderen Konstellation erhebliches Potenzial für Ausbeutungsmisbrauch. Sie begrüßt daher, dass das Bundeskartellamt eine detaillierte Untersuchung vornimmt. Gründe für den fehlenden Wettbewerb auf dem Heizstrommarkt finden sich in geringen Gewinnmargen und einem hohen Kommunikationsaufwand mit den zuständigen Netzbetreibern. Ein Gutachten im Auftrag der Bundesnetzagentur kommt zu dem Schluss, dass eine Vereinfachung des Zugangs für neue Stromanbieter mit sehr hohen Kosten für den Netzbetreiber verbunden sei. Daraus wiederum resultieren steigende Netznutzungsentgelte, die ihrerseits zu höheren Strompreisen führen. Eine Überarbeitung des Zugangsregimes lehnt das Gutachten daher ab.¹¹⁶

2.2.5 Behinderungsmisbrauch durch diskriminierende Konzessionsabgaben

447. Die durch die oben behandelten Preismisbrauchsverfahren im Gassektor gewonnenen vertieften Markteinblicke waren Anlass für weitere Verfahren. Das Bundeskartellamt sieht in der unterschiedlichen Handhabung der Erhebung von Konzessionsabgaben bei Grundversorgern und Drittlieferanten Anhaltspunkte für einen Behinde-

¹¹⁴ Um regionale Unterschiede zwischen den Unternehmen zu berücksichtigen und um Vergleichbarkeit herzustellen, hat das Bundeskartellamt nach der Rechtsprechung des BGH einen Erheblichkeitszuschlag gewährt. Vgl. dazu BGH, Urteil vom 22. Juli 1999, WuW/E DE-R 375, 379 „Flugpreisspaltung“. Die Höhe des Erheblichkeitszuschlags richtet sich nach der Intensität des auf dem relevanten Markt vorhandenen Restwettbewerbs. Das Bundeskartellamt berücksichtigt diesen im vorliegenden Fall anhand der Wechselquote im betreffenden Versorgungsgebiet.

¹¹⁵ Zur Marktabgrenzung im Stromkleinkundenbereich unten Tz. 578 ff.

¹¹⁶ Vgl. Ecofys Germany GmbH, Standardlastprofile für unterbrechbare, temperaturabhängige Verbrauchseinrichtungen, Gutachten im Auftrag der Bundesnetzagentur, Köln, Januar 2008.

rungsmissbrauch nach § 19 Absatz 4 Nummer 1 GWB. Das Amt leitete Verfahren gegen Netzbetreiber ein, die überwiegend in kommunaler Hand sind und gleichzeitig eine maßgebliche Beteiligung am Grundversorgungsunternehmen haben. Von den ursprünglich zwölf eingeleiteten Verfahren wurden aktuell neun abgeschlossen, von denen wiederum in sechs Fällen kein Missbrauch nachgewiesen werden konnte bzw. das beanstandete Verhalten unverzüglich aufgegeben wurde, zwei mittels Zusagenangeboten beendet wurden und in einem Verfahren eine Verfügung gemäß § 32 GWB erging. Ein Unternehmen, die Gasversorgung Ahrensburg, hat Beschwerde beim OLG Düsseldorf eingereicht.¹¹⁷ Vor dem Hintergrund, dass im Laufe der kommenden Monate ca. 2 000 Konzessionsverträge auslaufen und neue geschlossen werden, sieht das Bundeskartellamt dieses Verfahren als Musterverfahren an, um gerichtlich Klarheit zum folgenden Sachverhalt zu schaffen.

448. Die Konzessionsabgabenverordnung und der jeweilige Konzessionsvertrag zwischen dem Netzbetreiber und der Kommune stellen die Rechtsgrundlage für die Konzessionsabgaben dar. Gemäß § 1 Absatz 2 der Konzessionsabgabenverordnung (KAV) sind Konzessionsabgaben „Entgelte für die Einräumung des Rechts zur Benutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die der unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet mit Strom und Gas dienen.“ Konzessionsabgaben werden von den Netzbetreibern an die Gemeinden für das Versorgungsrecht und für die Erlaubnis der Infrastrukturnutzung entrichtet. Es besteht kein Zwang zur Vereinbarung von Konzessionsabgaben. Die Grenzen für ihre Höhe werden jedoch von der Konzessionsabgabenverordnung festgelegt. Es wird differenziert zwischen Tarifkunden und Sondervertragskunden, wobei die Konzessionsabgaben für Tarifkunden um ein Vielfaches höher sind als die für Sondervertragskunden. So darf die Gasversorgung Ahrensburg gemäß § 2 Absatz 2 KAV 0,61 Cent/kWh für Kochgaskunden und 0,27 Cent/kWh für Heizgaskunden vereinbaren, wobei die Höhe durch die Gemeindegröße determiniert wird.¹¹⁸ Für Sondervertragskunden darf unabhängig von der Einwohnerzahl der Gemeinde ein Betrag von maximal 0,03 Cent/kWh als Konzessionsabgabe vereinbart werden.

449. Die Kommunen verfügen über ein Monopol auf dem Markt für die entgeltliche Vergabe von Wegerechten. Durch die Konzessionierung des lokalen Netzbetreibers erwirbt dieser eine Alleinstellung im Hinblick auf die Sekundärvermarktung dieser Wegerechte für die Fälle der Durchleitung von Gas durch unabhängige Gaslieferanten. Nach Auffassung des Bundeskartellamtes missbraucht der Netzbetreiber, der zugleich auch Grundversorger ist, seine Alleinstellung, wenn er von dritten Gaslieferanten, die Gas an Letztverbraucher im Gemeindegebiet durchleiten wollen, die überhöhte Tarifkundenkonzessionsab-

gabe einfordert. Dieses Verhalten behindert neue Gasanbieter und damit den aufkommenden Wettbewerb. Das Bundeskartellamt hat im Rahmen der Gaspreisverfahren erhoben, dass die Wechselquoten in manchen Gebieten im Jahr 2008 auf bis zu 8 Prozent von zuvor maximal 1 bis 2 Prozent gestiegen sind. Dabei geht jedoch ein hoher Konzessionsabgabensatz in aller Regel mit geringen Wechselquoten einher und umgekehrt ein durchschnittlich geringerer Konzessionsabgabensatz mit hohen Wechselquoten.

450. Die Gasversorgung Ahrensburg stuft Gewerbekunden mit einem jährlichen Verbrauch von mehr als 10 000, aber weniger als 100 000 kWh als Tarifkunden ein. Diese Einstufung ist nicht vereinbar mit der Konzessionsabgabenverordnung und führte zu einer überhöhten Einnahme von Konzessionsabgaben. Das Bundeskartellamt führt aus, dass die Gasversorgung Ahrensburg ihre marktbeherrschende Stellung durch ihre Praxis der Hinzurechnung überhöhter Konzessionsabgaben zum Durchleitungsentgelt missbraucht. Die grenzwertabhängige Einstufung bewirkt, dass von Gaslieferanten zusätzlich zum Durchleitungsentgelt ein Entgelt in Höhe des Konzessionsabgabensatzes für Tariflieferungen erhoben wird, welches gegenüber dem Satz für Sondervertragslieferungen sehr viel höher liegt. Für den Drittlieferanten ergibt sich eine Steigerung der Kosten, daher fällt dieses Verhalten in die Missbrauchsfallgruppe des Behinderungsmissbrauchs „Raising Rivals‘ Costs“. Die Belastung trifft zwar in gleichem Maße auch den örtlichen Grundversorger, der in kommunaler Trägerschaft geführt wird, doch sei die Margeneinbuße hier weniger relevant, weil durch die höheren Konzessionsabgaben entsprechende Einnahmen in der Kommune anfallen. Bezogen auf den kommunalen Unternehmensverbund wird die Marge lediglich verschoben.

451. Auch besteht grundsätzlich ein Problem darin, Drittlieferanten, die per definitionem kein Grundversorger sind, als Tarifkunden einzustufen, da Tarifkunden laut § 1 Absatz 3 KAV Kunden sind, die auf der Grundlage von Verträgen nach den §§ 36 und 38 sowie § 115 Absatz 2 und § 116 EnWG beliefert werden, also Grundversorger sind. Alle Kunden, die keine Tarifkunden sind, sind laut § 1 Absatz 4 KAV Sondervertragskunden. Dieses gilt damit zwangsläufig für Drittlieferanten. Allerdings besteht gemäß § 2 Absatz 6 Satz 1 KAV die Möglichkeit, von Drittlieferanten Konzessionsabgaben in der Höhe zu verlangen, die der Netzbetreiber in vergleichbaren Fällen zu zahlen hat.

452. Schließt das kommunale Unternehmen im betreffenden Gebiet ausschließlich Grundversorgungsverträge ab bzw. tut es dies bis zu einer mit der Kommune vereinbarten Mengengrenze, kann es die höhere Konzessionsabgabe verlangen und diese dann auch dem Drittlieferanten in Rechnung stellen. Den Behinderungsmissbrauch sieht das Bundeskartellamt darin, dass vom Grundversorgungsunternehmen bis zur definierten Mengengrenze ausschließlich Grundversorgungsverträge angeboten werden, die dem Netzbetreiber – und damit letztlich der Kommune – zu hohen Konzessionseinnahmen verhelfen.

¹¹⁷ BKartA, Beschluss vom 16. September 2009, B10-11/09, WuW/E DE-V 1803 „Gasversorgung Ahrensburg“.

¹¹⁸ Ahrensburg ist eine Stadt in Schleswig-Holstein mit etwa 31 000 Einwohnern.

Für den Drittlieferanten entstehen damit höhere Kosten, womit sich die Margen und damit die Attraktivität des Markteintritts verringern. Bedingt durch die eigentumsrechtliche Verflechtung von Kommune und Grundversorgungsunternehmen spielt für das Grundversorgungsunternehmen die Höhe der Konzessionsabgabe keine Rolle, da davon ausgegangen werden kann, dass sowohl die Konzessionsabgabe als auch die realisierte Marge an die Kommune fließen. Das Bundeskartellamt sieht hier eine verdeckte Gewinnausschüttung an die Kommune und eine Wettbewerbsbehinderung für Drittlieferanten.

453. Nach Auffassung der Monopolkommission stellt die geschilderte Konstellation eine Situation dar, die wettbewerblich sehr bedenklich ist.¹¹⁹ Für neue Wettbewerber ergibt sich eine erhebliche Markteintrittsbarriere, deren Wirkung sich in den erhobenen Wechselquoten manifestiert. Ursprüngliches Ziel der Regelung war, die kommunalen Unternehmen gegenüber den Drittlieferanten wettbewerblich nicht schlechter zu stellen, indem diesen deutlich niedrigere Konzessionsabgaben als dem kommunalen Anbieter abverlangt werden.¹²⁰ Die Monopolkommission sieht den systemimmanenten Anreiz, sehr hohe Konzessionsabgaben zu verlangen und so die Margen der Drittlieferanten deutlich herabzusetzen. Das Ziel des Verordnungsgebers, eine wettbewerbsneutrale Ausgestaltung der Regelungen zu den Konzessionsabgaben zu finden, wurde nach Auffassung der Monopolkommission verfehlt. Sie schlägt daher eine rechtliche Klarstellung durch den Verordnungsgeber und damit auch eine Entscheidung darüber vor, wie hoch das Aufkommen der Konzessionsabgaben sein wird.

2.2.6 Einstellen eines langwierigen Missbrauchsverfahrens nach Marktveränderungen

454. Verfahren des Bundeskartellamtes benötigen Zeit. Bis zur Entscheidungsreife eines Verfahrens können sich die zugrunde liegenden Marktdaten entscheidend verändert haben. Das ist zum einen der erforderlichen sorgfältigen Sachverhaltsaufklärung und der hohen Arbeitsbelastung in den einzelnen Beschlussabteilungen geschuldet. Zum Zweiten ist das Missbrauchsverfahren aufgrund seiner Förmlichkeit strukturell nicht besonders für schnelle Eingriffe geeignet. Denn § 32a GWB fordert für einstweilige Maßnahmen, dass die Gefahr eines ernstesten, nicht wieder gutzumachenden Schadens für den Wettbewerb besteht. Dabei müssen einerseits bei einer summarischen Prüfung konkrete Gründe vorliegen, die das Bestehen eines Kartellrechtsverstößes wahrscheinlich machen, was bei umfangreichen quantitativen Überprüfungen und komplizierten Wirkungszusammenhängen kaum je ausreichend binnen Kurzem ermittelt werden kann. Andererseits ist die konkrete Gefahr eines nicht wiedergutzumachenden ernstesten Schadens für den Wettbewerb selten vor

der Verwirklichung der Gefahr mit hinreichender Wahrscheinlichkeit abzuschätzen, wenn nicht gerade der Weiterbestand eines Wettbewerbers unmittelbar gefährdet ist. In der überwiegenden Anzahl der Fälle verbleiben erhebliche Unsicherheiten, die die Schwelle für ein Eingreifen des Bundeskartellamtes selten erreichen. Anschaulich demonstriert dieses Problem ein Verfahren, das über zweieinhalb Jahre geführt wurde, ohne zu einer Entscheidung zu kommen. Am Ende wurde das Verfahren eingestellt, da sich die betroffenen Märkte so verändert hatten, dass das vorgeworfene Verhalten nicht mehr die frühere erhebliche Wettbewerbsrelevanz hatte.

455. Das Bundeskartellamt hat im Ende Dezember 2009 ein gegen die Mobilfunknetzbetreiber T-Mobile Deutschland und Vodafone D2 geführtes Verfahren wegen des Verdachts des Missbrauchs einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung eingestellt, welches im Juli 2007 eingeleitet worden war. T-Mobile und Vodafone wurde unter anderem vorgeworfen, ihre Wettbewerber auf dem Markt für Mobilfunkdienste durch Preisdifferenzierung zwischen On-Net- und Off-Net-Tarifen (Anrufe in das Mobilfunknetz des Vertragspartners und in die Netze anderer Betreiber) missbräuchlich im Sinne der §§ 19 und 20 GWB sowie Artikel 82 EGV (jetzt Artikel 102 AEUV) zu behindern. Sind die Tarife für Gespräche innerhalb eines Mobilfunknetzes spürbar günstiger als die Tarife für Gespräche in andere Mobilfunknetze, kann dies zu Vorteilen bei der Akquisition neuer Kunden (Netzwerkeffekt) und bei der Bindung alter Kunden (Lock-in-Effekt) führen. Auslöser des Verfahrens war eine Beschwerde des Konkurrenten E-Plus Mobilfunk.

456. In der Sache hatte das Bundeskartellamt zu klären, ob T-Mobile und Vodafone auf dem relevanten Markt für Mobilfunkgespräche (inklusive Kurznachrichten, SMS) gemeinsam marktbeherrschend sind und ob die Preisdifferenzierung missbräuchlich ist. Beide Fragen wurden trotz eines nicht unerheblichen Ermittlungsaufwands letztlich offengelassen. Zwar hatten die Ermittlungen eine Reihe von Anhaltspunkten für fehlenden Binnenwettbewerb zwischen den beiden führenden Netzbetreibern ergeben. Dazu gehört der hohe gemeinsame Marktanteil, die über Jahre zu beobachtende Symmetrie der Marktanteile, die weitgehend ähnliche Ausstattung mit Frequenzen, die Verfügbarkeit über ähnlich ausgestattete Netze, ähnliche Finanzkraft und EBITDA-Margen. Hinzu kommt das weitgehend parallele Marktverhalten im Hinblick auf Preisänderungen und die Einführung neuer Tarife oder Produkte sowie der Umstand, dass Wettbewerbsimpulse auf dem Mobilfunkmarkt in der Vergangenheit nur von Oligopolaußenseitern, nämlich den beiden kleineren Mobilfunknetzbetreibern, ausgingen. Auch können niedrigere On-Net-Tarife nach Auffassung des Bundeskartellamtes im Zusammenhang mit zweijährigen Tariflaufzeiten Marktverschließungseffekte haben. Gleichwohl verzichtete das Amt sowohl auf die Ausermittlung der Marktbeherrschung als auch auf die Feststellung der Missbräuchlichkeit der praktizierten Tarife. Begründet wird dies damit, dass die On-Net-Tarife als Grundlage für den Missbrauchsvorwurf im Markt an Bedeutung verlieren. Stattdessen seien dort zunehmend sog.

¹¹⁹ Vgl. dazu auch Monopolkommission, Sondergutachten 54, a. a. O., Tz. 520.

¹²⁰ Vgl. Bundesregierung, Erste Verordnung zur Änderung der Konzessionsabgabenverordnung, Bundesratsdrucksache 358/99 vom 9. Juni 1999, S. 4.

All-Net-Tarife anzutreffen, bei denen die Gespräche in sämtliche Netze gleich bepreist werden. Ein eventueller Missbrauch sei vor diesem Hintergrund für die Zukunft nicht mehr zu erwarten.

457. Kritisch an diesem Fall sind die lange Verfahrensdauer und der Umstand, dass das Verfahren trotz eines nicht unerheblichen Ermittlungsaufwands ohne Verfügung eingestellt wurde. Eine Verfahrensdauer von zweieinhalb Jahren überschreitet nach Auffassung der Monopolkommission den tolerierbaren Zeitrahmen im Missbrauchsverfahren. Zwar sehen weder das nationale Recht noch das Unionsrecht im Rahmen der kartellbehördlichen Missbrauchsaufsicht Fristen vor. Auch sind längere Verfahrenszeiträume eher die Regel denn die Ausnahme. Ein Grund dafür mag sein, dass die Zusammenschlusskontrolle nach deutschem und europäischem Wettbewerbsrecht an vergleichsweise enge Fristen gebunden ist, was dazu führt, dass Missbrauchsverfahren in der kartellbehördlichen Praxis zeitlich nachrangig behandelt werden. Lange Verfahrensdauern gehen allerdings zulasten der von den missbräuchlichen Verhaltensweisen betroffenen Unternehmen oder Konsumenten. Im Fall von Behinderungsmisbräuchen sind die Geschädigten des Missbrauchs Unternehmen mit einer nachgeordneten Marktstellung. Je länger sie einem etwaigen Behinderungsmisbrauch ausgesetzt sind, desto größer ist die Gefahr, dass sie im Wettbewerb mit dem oder den marktmächtigen Unternehmen dauerhaft zurückfallen oder gar aus dem Markt ausscheiden.

3. Zusammenschlusskontrolle nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

3.1 Statistischer Überblick

458. Die Fusionskontrollstatistik des Bundeskartellamtes weist für den Berichtszeitraum 2008/2009 der Monopolkommission einen deutlichen Rückgang der Fallzahlen gegenüber den Vorjahren auf. Die Zahl der angemeldeten Zusammenschlüsse sank von 4 069 in den Jahren 2006 und 2007 auf etwa 2 675 in diesem Berichtszeitraum.¹²¹

459. Dieser Rückgang ist zum einen zurückzuführen auf die weltweite Krise an den Finanzmärkten, die im Berichtszeitraum ihren (vorläufigen) Höhepunkt erreichte, den daraus folgenden Finanzierungsschwierigkeiten von Unternehmen und deren genereller Zurückhaltung. Zum anderen hat die Einführung einer zweiten Inlandsumsatzschwelle in § 35 Absatz 1 Nummer 2 GWB die vom Gesetzgeber intendierte erhebliche Reduzierung der Anmeldezahlen im Fusionskontrollverfahren zur Folge gehabt.¹²² Eine Quantifizierung der Einzeleffekte ist hier jedoch nicht möglich. Darüber hinaus ist festzustellen,

dass ein signifikanter Rückgang sämtlicher ausgewiesener Einzeldaten bereits zwischen den Berichtsjahren 2007 und 2008, also vor dem (vollen) Einsetzen der globalen Finanz- und Wirtschaftskrise und vor der Einführung der zweiten Inlandsumsatzschwelle, stattgefunden hat.

460. Die Statistik der angezeigten vollzogenen Zusammenschlüsse kann nicht weiter fortgeführt werden, da Vollzugsanzeigen in der Statistik des Bundeskartellamtes nicht mehr gesondert erfasst werden und insoweit statistische Daten nicht verfügbar sind. Seit Inkrafttreten der Siebten GWB-Novelle 2005 werden Vollzugsanzeigen nicht mehr im Bundesanzeiger bekannt gemacht. Der Vollzug von Zusammenschlüssen wird dem Bundeskartellamt weiterhin angezeigt, aber nicht mehr statistisch aufbereitet. Daher wird seit dem Berichtszeitraum 2005/2006 des Bundeskartellamtes auf die Zahl der Anmeldungen abgestellt. Um einen Bruch in der Berichterstattung zu vermeiden und die Vergleichbarkeit zu den Vorperioden zu gewährleisten, wurden die entsprechenden Vollzugsanzeigen letztmalig für den vorigen Berichtszeitraum 2006/2007 im Rahmen einer Sonderauswertung erhoben und sind hier nochmals aufgeführt.

461. Erstmals erfasst werden hier Vorfeldfälle und nachträgliche Prüfungen bereits vollzogener Zusammenschlüsse im Entflechtungsverfahren. Als Vorfeldfälle werden solche Zusammenschlussvorhaben bezeichnet, die wegen wettbewerblicher Bedenken des Bundeskartellamtes entweder nicht bzw. modifiziert angemeldet worden sind; die hier angegebene Zahl enthält mangels gesonderter statistischer Erfassung grundsätzlich auch insoweit veranlasste Rücknahmen in erster und zweiter Phase. In diesen Fällen kann auch ohne abschließende Verfügung die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung verhindert werden. Die Prüfung von anmeldepflichtigen, aber unangemeldet vollzogenen Zusammenschlüssen durch das Bundeskartellamt erfolgt seit Mai 2008 in einem einzügigen Entflechtungsverfahren.¹²³

462. Für die Interpretation der Zahlen und der Abweichungen der angemeldeten Zusammenschlüsse von den angezeigten vollzogenen Zusammenschlüssen sind die zeitlichen Abstände zu beachten, die zwischen dem Zeitpunkt, zu dem die Unternehmen einen Zusammenschluss beschließen, dem Zeitpunkt der Anmeldung des Vorhabens beim Bundeskartellamt, dem Zeitpunkt des tatsächlichen Vollzugs, dem Zeitpunkt der Anzeige des Vollzugs und – bei Fällen vor dem 1. Juli 2005 – der Bekanntmachung im Bundesanzeiger liegen können. Die Zeit zwischen tatsächlichem Vollzug und Bekanntmachung und damit der statistischen Erfassung eines Falles betrug durchschnittlich drei bis sechs Monate. Teilweise sind die Angaben nicht völlig kongruent, da die Zahlen nach Kalenderjahren erfasst werden. So wird etwa über einen im Dezember eines Jahres angemeldeten Zusammenschluss vielfach erst im darauffolgenden Jahr entschieden; Anmeldung und Entscheidung werden in diesem Fall in getrennten Kalenderjahren erfasst.

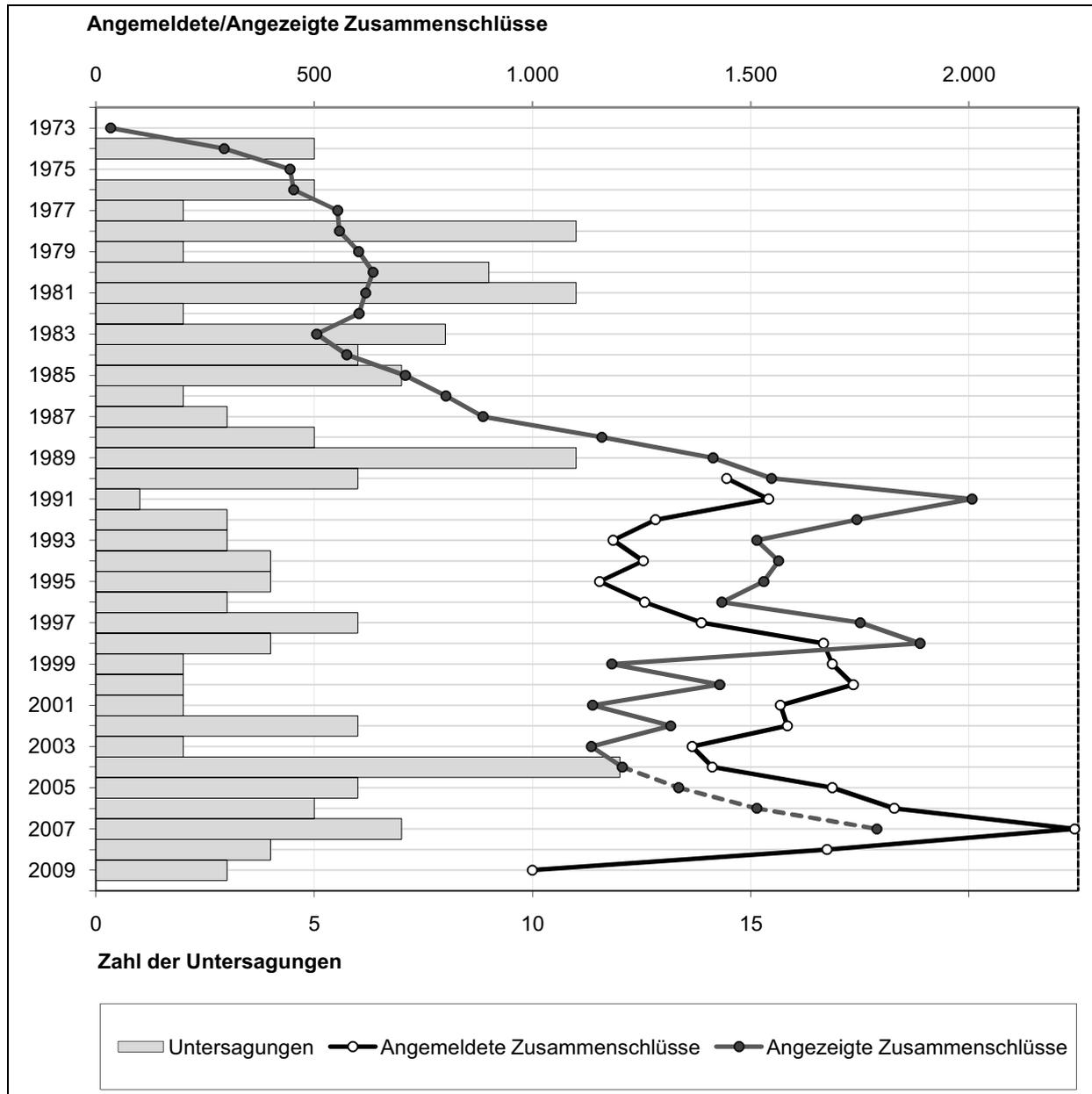
¹²¹ Vgl. für eine umfassendere statistische Übersicht für das erste Jahr des Berichtszeitraums den Anhang des Tätigkeitsberichts des Bundeskartellamtes, Bundestagsdrucksache 16/13500 vom 22. Juni 2009, S. 177 ff.

¹²² Fundierte Schätzungen gingen von einer Reduzierungswirkung von etwa einem Drittel der Fallzahlen aus; vgl. näher dazu unten Tz. 472 f.

¹²³ Vgl. eingehend unten Tz. 496 ff.

Abbildung IV.1

Anzahl der Fusionskontrollverfahren und der Untersagungsentscheidungen



Anmerkung: Die abrupte Abnahme der angezeigten Zusammenschlüsse zwischen 1998 und 1999 ist zurückzuführen auf die Abschaffung der nachträglichen und die Einführung der generellen präventiven Fusionskontrolle durch die Sechste GWB-Novelle. Wegen der Erhöhung der Schwellenwerte von 500 Mio. Deutsche Mark auf 1 Mrd. Deutsche Mark im Rahmen dieser Novelle hat sich die Zahl der anmeldepflichtigen Zusammenschlüsse insgesamt verringert. Im Übrigen wird auf die Anmerkungen zur inhaltsgleichen Tabelle IV.1 verwiesen.

Quelle: Eigene Darstellung nach Angaben des Bundeskartellamtes

Tabelle IV.1

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

Jahr	Anzeigen vollzogener Zusammenschlüsse^{1,3}	Angemeldete Zusammenschlüsse¹	Zahl der Untersagungen
1973/1975	773		5
1976/1977	1.007		7
1978/1979	1.160		14
1980/1981	1.253		21
1982/1983	1.109		10
1984/1985	1.284		13
1986/1987	1.689		5
1988/1989	2.573		16
1990/1991	3.555	2.986	7
1992/1993	3.257	2.467	6
1994/1995	3.094	2.408	8
1996/1997	3.185	2.644	9
1998/1999	3.070	3.354	8
2000/2001	2.567	3.303	4
2002/2003	2.452	2.950	8
2004/2005	2.541	3.099	18
2006/2007	3.303 ²	4.071	12
2008/2009	– ³	2.675 ⁴	7
davon: 2008	– ³	1.675	4
2009	– ³	1.000 ⁴	3
Insgesamt	(bis 2007) 37.872³	(seit 1990) 29.957⁴	178

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

² Sonderauswertung mit eingeschränkter Aussagekraft.

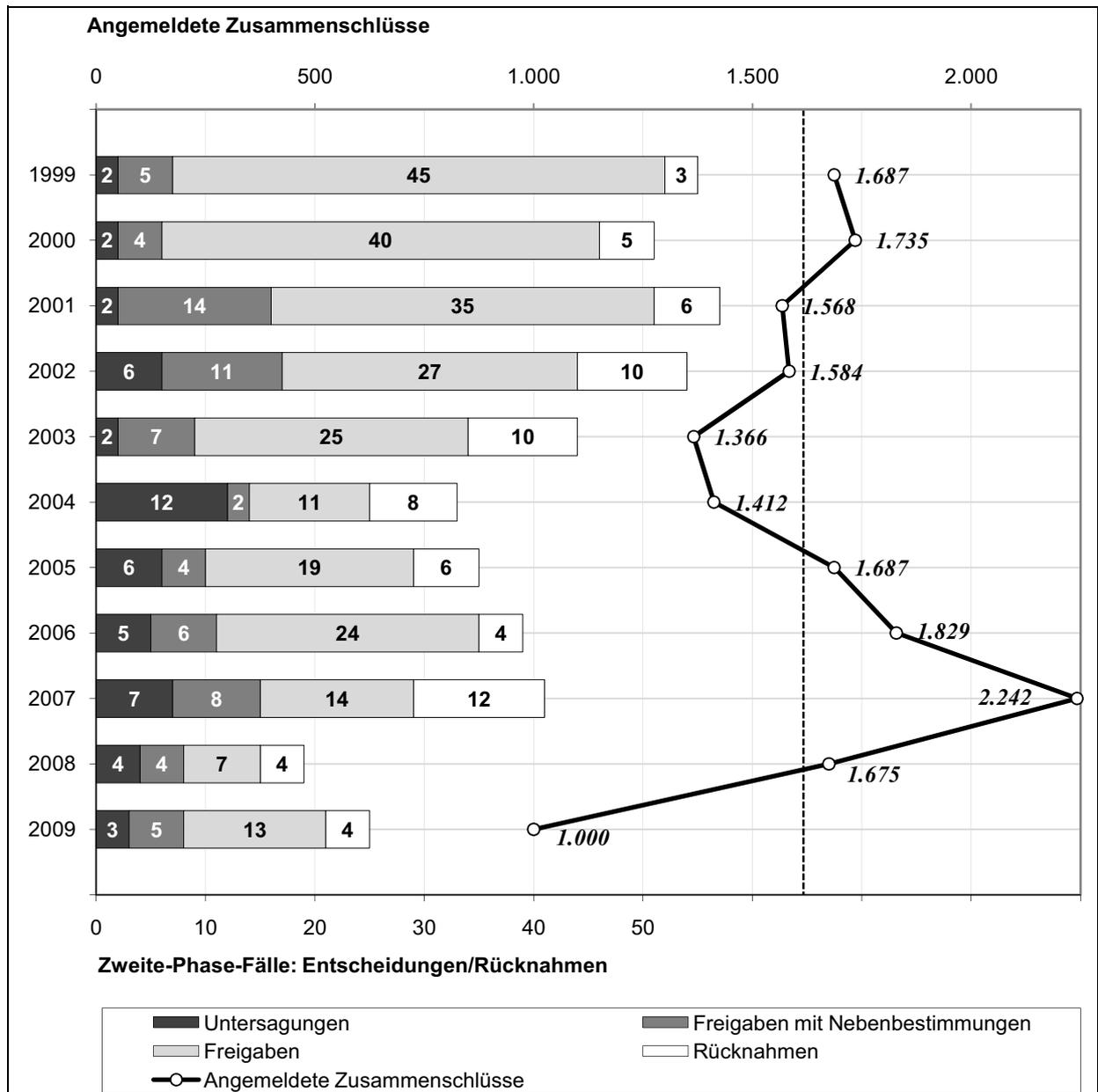
³ Der Vollzug von Zusammenschlüssen wird seit 2007 nicht mehr gesondert statistisch erfasst. Daher wird ab diesem Zeitpunkt nur mehr auf die Zahl der Anmeldungen abgestellt. Zur besseren Vergleichbarkeit sind die Zahlen über Vollzugsanzeigen bis 2007 weiterhin aufgeführt.

⁴ Vorläufiger Wert.

Quelle: Bundeskartellamt

Abbildung IV.2

Anzahl der Fusionskontrollanmeldungen und der Hauptprüfverfahren



Anmerkung: Zur Erläuterung der Einzelheiten vgl. die Anmerkungen zur teilweise inhaltsgleichen Tabelle IV.2.

Quelle: Eigene Darstellung nach Angaben des Bundeskartellamtes

Tabelle IV.2

Übersicht über den Stand der deutschen Zusammenschlusskontrolle 2006 bis 2009

		2006	2007	2008	2009 ¹
I.	Fusionskontrollverfahren				
	Eingegangene Anmeldungen nach § 39 GWB	1.829	2.242	1.675	rd. 1.000
	Vorfeldfälle ²	15	19	20	
	Fusionsprüfung im Entflechtungsverfahren ³	–	–	4	
II.	Vorprüfverfahren (Erste-Phase-Fälle)				
	Freigabe ohne Nebenbestimmungen	1.649	2.082	1.573	
	Eintritt ins Hauptprüfverfahren	39	41	19	25
	Rücknahme/Einstellung	40	26	52	
	Keine Kontrollpflichtigkeit ⁵	91	126	117	
III.	Hauptprüfverfahren (Zweite-Phase-Fälle)				
	Entscheidungen	35	29	15	21
	davon: Freigabe ohne Nebenbestimmungen	24	14	7	13
	Freigabe mit Nebenbestimmungen	6	8	4	5
	Untersagung	5	7	4	3
	Rücknahme/Einstellung	4	12	4	4

¹ Teilweise vorläufige Zahlen; fehlende Angaben waren bis Redaktionsschluss nicht verfügbar.

² Als Vorfeldfälle werden solche Zusammenschlussvorhaben bezeichnet, die wegen wettbewerblicher Bedenken des Bundeskartellamtes entweder nicht bzw. modifiziert angemeldet worden sind; die hier angegebene Zahl enthält mangels gesonderter statistischer Erfassung grundsätzlich auch insoweit veranlasste Rücknahmen in erster und zweiter Phase. In diesen Fällen kann auch ohne abschließende Verfügung die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung verhindert werden. Die Zahlen waren vom Bundeskartellamt nicht für Einzeljahre verfügbar und werden daher als Mittel der verfügbaren Zweijahreswerte angegeben.

³ Unangemeldet vollzogene, aber anmeldepflichtige Zusammenschlüsse werden nach der neueren Praxis des Bundeskartellamtes seit 2008 im Entflechtungsverfahren geprüft. Für 2008 werden in Zukunft die Verfahren ab Veröffentlichung des entsprechenden Merkblatts des Bundeskartellamtes am 13. Mai 2008 erfasst.

⁴ Angabe bis Redaktionsschluss nicht verfügbar.

⁵ Die Feststellung fehlender Kontrollpflichtigkeit erfolgt lediglich in absoluten Ausnahmefällen erst im Hauptprüfverfahren, etwa wenn die genaue Marktabgrenzung zur Anwendung der Bagatellmarktklausel des § 35 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 GWB führt.

Quelle: Bundeskartellamt

Tabelle IV.3

Art des Zusammenschlusstatbestands der beim Bundeskartellamt zwischen 2006 und 2009 angemeldeten Unternehmenszusammenschlüsse

		2006	2007	2008	2009 ¹
	Insgesamt	1.829	2.242	1.675	ca. 1.000
I.	Vermögenserwerb	422	394	271	
II.	Kontrollerwerb	1.253	1.445	1.142	
	davon: Anteilserwerb	928	1.204	948	
	durch Vertrag	121	60	65	
	Gemeinschaftsunternehmen	144	181	129	
III.	Anteilserwerb	145	286	180	
	davon: Mehrheitserwerb	24	30	26	
	Minderheitsserwerb	37	76	47	
	Gemeinschaftsunternehmen	84	180	107	
IV.	Veränderung der Kontrolle	60	95	58	
V.	Wettbewerblich erheblicher Einfluss	9	22	24	
	Insgesamt	1.829	2.242	1.675	

¹ Fehlende Angaben waren bis Redaktionsschluss nicht verfügbar.

Quelle: Bundeskartellamt

3.2 Verfahrensfragen und Anwendbarkeit der Fusionskontrollvorschriften

3.2.1 Anwendung in hoheitlich überlagerten Bereichen

463. Die Fusionskontrollvorschriften des GWB werden seit ihrer Einführung auch auf Zusammenschlüsse von Unternehmen in Staatshand angewandt¹²⁴. Bei Unternehmenszusammenschlüssen in wesentlich durch staatlichen Einfluss oder Sondergesetze bestimmten Wirtschaftsbereichen wird jedoch immer wieder vorgebracht, eine Transaktion unterliege nicht der Fusionskontrolle, weil das GWB durch sondergesetzliche Bereichsausnahmen verdrängt würde oder weil die Transaktion als hoheitliches Handeln dem Anwendungsbereich des GWB entzogen sei. In diesem Zusammenhang hervorzuheben sind vor allem zwei in den Berichtszeitraum fallende, rechtskräftige Entscheidungen des OLG Düsseldorf mit Bezug auf den Glücksspiel- und auf den Krankenhausmarkt, die anschaulich die geringe Tragkraft solcher Ausnahmegründe demonstrieren.

3.2.1.1 Fusionskontrolle im Krankenhaussektor

464. Die uneingeschränkte Anwendbarkeit der Vorschriften über die Fusionskontrolle auf Zusammenschlüsse von Krankenhäusern hatte bereits der BGH in seinem Urteil im Verfahren Kreiskrankenhaus Bad Neustadt festgestellt.¹²⁵ Danach stehen die Vorschriften über die Fusionskontrolle und die über die Krankenhausfinanzierung gleichrangig nebeneinander. Der Beschluss des OLG Düsseldorf im Verfahren Asklepios/Mariahilf führt weitergehend aus, dass auch die verbindliche Aufnahme der fusionierenden Krankenhäuser als einzelne Betriebs Einheit in den Krankenhausplan nach Krankenhausfinanzierungsgesetz die Anwendbarkeit der Zusammenschlusskontrolle nicht hindert.¹²⁶ Denn aus dieser einheitlichen Aufnahme in den Krankenhausplan ergeben sich zwar Rechte der Einheit nach der Fusion. Entscheidend aber sei das Fehlen einer Verpflichtung der beiden Krankenhausträger zur Fusion aus dem Krankenhausplan, weshalb auch in diesem Falle der Zusammenschluss als unternehmerisches Handeln erfasst werde.

3.2.1.2 Fusionskontrolle im Glücksspielmarkt

465. Im Verfahren Lotto Rheinland-Pfalz entschied das OLG Düsseldorf¹²⁷ unter Aufhebung der Untersagungsentscheidung des Bundeskartellamtes¹²⁸, dass die Über-

nahme der Lotto Rheinland-Pfalz GmbH durch das Land Rheinland-Pfalz deshalb nicht den Fusionskontrollvorschriften unterliege, weil nach der vorangegangenen Änderung des Glücksspielstaatsvertrags und des Landesglücksspielgesetzes Rheinland-Pfalz¹²⁹ der betroffene Lotteriemarkt als öffentliches Monopol organisiert und insoweit der Fusionskontrolle entzogen sei. Diese Entscheidung der Bundesländer in Glücksspielstaatsvertrag und Landesglücksspielgesetzen aber unterliege als hoheitliches Handeln keiner Aufsicht des Bundeskartellamtes. Auch aus Artikel 31 GG („Bundesrecht bricht Landesrecht“) ergebe sich nichts anderes, da infolge der hoheitlichen Monopolbestimmung der betroffene Markt keinem Wettbewerb unterliege und das bundesrechtliche GWB deshalb schon nicht anwendbar sei, also auch kein Normenkonflikt vorliege.

3.2.1.3 Effektive Reichweite der Fusionskontrolle

466. Während das OLG im Fall Lotto Rheinland-Pfalz die Kausalität des Zusammenschlusses für die Wettbewerbsverschlechterung ablehnt, ist es im Verfahren Asklepios/Mariahilf deutlicher auf die Voraussetzungen eingegangen, nach denen Zusammenschlüsse infolge hoheitlicher Vorgabe der Fusionskontrolle entzogen sein können. Es wendet dabei den Grundsatz an, dass das GWB nur die Aufsicht über unternehmerisches Handeln begründet, hoheitliches Handeln jedoch grundsätzlich nicht der allgemeinen Wettbewerbskontrolle durch das Bundeskartellamt unterliegt. Allerdings gilt bei Zusammenschlüssen von Unternehmen der öffentlichen Hand nach allgemeinen Grundsätzen generell das Fusionskontrollrecht (§ 130 Absatz 1 GWB). Dabei kann angesichts der möglichen Auswirkungen auf den Wettbewerb nicht die bloße Form der Veranlassung des Zusammenschlusses über dessen Fusionskontrollpflichtigkeit entscheiden. Denn dann hätten die Bundesländer die beliebige Möglichkeit, ihnen gehörigen Unternehmen zu rechtswidriger Marktbeherrschung zu verhelfen. Insoweit kommt allein dem Unternehmensbegriff die Unterscheidungsfunktion hinsichtlich der Wettbewerbskontrolle zu:¹³⁰ Unternehmerische Strukturmaßnahmen unterliegen dem GWB, allein staatsorganisationsrechtliche Strukturmaßnahmen sind als inhaltlich hoheitliche Maßnahmen von der Fusionskontrolle ausgenommen.¹³¹

Entscheidend für diese Auffassung spricht weiter, dass bereits in § 24a Absatz 1 Satz 2 Nummer 3 GWB a. F. bis 1998 ausdrücklich geregelt war, dass auch und gerade solche Zusammenschlüsse anzumelden (und also unabhängig vom Erreichen der Umsatzschwellen fusionskontrollpflichtig) waren, die „nach Landesrecht durch Gesetz

¹²⁴ Zuerst im Zusammenschlussverfahren BKartA, Beschluss vom 7. Januar 1974, B8-33/74, WuW/E BKartA 1457 „VEBA/Gelsenberg“; vgl. dazu zuletzt Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O., Tz. 530 ff.

¹²⁵ Vgl. BGH, Beschluss vom 16. Januar 2008, KVR 26/07, WuW/E DE-R 2327 „Kreiskrankenhaus Bad Neustadt“; vgl. dazu ausführlich Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O., Tz. 531 f.

¹²⁶ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. Oktober 2008, VI-Kart 10/07 (V) „Asklepios/Mariahilf“; vgl. zu dem Verfahren Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O., Tz. 530 ff.

¹²⁷ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. September 2008, VI-Kart 19/07 (V), WuW/E DE-R 2436 „Lotto Rheinland-Pfalz“.

¹²⁸ BKartA, Beschluss vom 29. November 2007, B6-158/07, WuW/E DE-V 1517; vgl. dazu Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O., Tz. 593 ff.

¹²⁹ Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland, in Kraft getreten zum 1. Januar 2008, Landesgesetz zu dem Glücksspielstaatsvertrag vom 3. Dezember 2007, GVBl. RP 2007, Nr. 16, S. 240.

¹³⁰ Vgl. eingehender zum Unternehmensbegriff oben Tz. 398 ff.

¹³¹ So schon BKartA, Beschluss vom 13. Dezember 2006, B3-1001/06, vormals B10-29/06 „Region Hannover/Klinikum Region Hannover“, Tz. 36 ff.; vgl. dazu bereits Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O., Tz. 533.

oder durch sonstigen Hoheitsakt bewirkt werden“ sollten. Ein Wille des Gesetzgebers zur Änderung dieser Erfassung hoheitlich bewirkter Fusionen ist ausweislich der Gesetzesbegründung und auch sonst nicht ersichtlich.¹³²

467. Aber auch auf nach diesen Kriterien *prima facie* nicht dem GWB unterworfenen Zusammenschlüsse kann nach genauerer Prüfung die Fusionskontrolle anwendbar sein. So betont das OLG im Beschluss Asklepios/Mariahilf zu Recht, dass nur die rechtlich verbindlichen, notwendigen Verpflichtungen aufgrund von Hoheitsakten die Unanwendbarkeit des GWB auf Unternehmenszusammenschlüsse zur Folge haben können. Das setzt zum einen das direkte Gebot des hoheitlichen Rechtsaktes an den/die Normunterworfenen zum Zusammenschluss, zum anderen die Wirksamkeit des zugrunde liegenden Rechtsaktes voraus.

468. Entscheidend für die Wirksamkeit des dem Monopol zugrunde liegenden Rechtsaktes sind regelmäßig die Maßstäbe des Grundgesetzes, namentlich des Artikel 12 Absatz 1 (Berufsfreiheit), sowie die Maßstäbe des europäischen Rechts, vor allem Artikel 49 AEUV (Niederlassungsfreiheit) und Artikel 56 AEUV (Dienstleistungsfreiheit). Insbesondere das europäische Recht setzt für ein solches hoheitlich eingerichtetes Monopol voraus, dass dieses tatsächlich dem es begründenden Anliegen gerecht wird und seinen Zweck in kohärenter und systematischer Weise verfolgt.¹³³ Ob vorliegend die Vorschriften des Glücksspielstaatsvertrags bzw. des rheinland-pfälzischen Glücksspielgesetzes diesen Anforderungen genügen, vermag hier nicht abschließend beurteilt zu werden.¹³⁴ Angesichts der weiterhin dominierenden Gewinnerzielungsabsicht des staatlichen Lotteriebetrriebs und der fehlenden Erfassung des Automatenglücksspiels erscheinen Zweifel vorliegend jedoch nicht unangebracht.

¹³² Vgl. Bundestagsdrucksache 13/9720 vom 29. Januar 1998, S. 55, 58, sowie die Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft, Bundestagsdrucksache 13/10633 vom 6. Mai 1998.

¹³³ Bei Eignung der Maßnahme zur Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels; vgl. EuGH, Urteil vom 6. März 2007, verb. Rs. C-338/04, C-359/04 und C-360/04, Slg. 2007, I-1891 „Placanica“, Rn. 53; EuGH, Urteil vom 10. März 2009, C-169/07, Slg. 2009, I-1721 „Hartlauer“, Rn. 55, sowie EuGH, Urteil vom 8. September 2009, C-42/07 „Liga Portuguesa“, Rn. 62.

¹³⁴ Der Glücksspielstaatsvertrag ist Gegenstand verschiedener – allerdings in erster Linie auf Sportwetten bezogener – Vorlageverfahren vor dem EuGH, unter anderem Verfahren C-46/08 „Carmen Media Group“, sowie eines Vertragsverletzungsverfahrens der Europäischen Kommission; vgl. das Aufforderungsschreiben der Europäischen Kommission, Vertragsverletzung-Nr. 2007/4866 vom 31. Januar 2008. Zwischenzeitlich hat eine Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts die Vereinbarkeit des Glücksspielstaatsvertrags mit deutschem Verfassungsrecht angenommen, vgl. BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 14. Oktober 2008, 1 BvR 928/08. Demgegenüber sind verschiedene Gerichte zumindest von einer Europarechtswidrigkeit von Vorschriften des Glücksspielstaatsvertrags ausgegangen, vgl. etwa VG Berlin, Urteil vom 22. September 2008, 35 A 15.08; LG Hamburg, Urteil vom 20. Februar 2009, 408 O 12/09. Der Glücksspielstaatsvertrag tritt regulär erst Ende 2011 außer Kraft, zumindest ein Bundesland dringt offenbar bereits seit Ende 2009 auf vorzeitige Kündigung. Die Erforderlichkeit einer Neuregelung durch regulierte Marktöffnung wird mittlerweile weitgehend nicht mehr infrage gestellt.

469. Im Fall Lotto Rheinland-Pfalz lagen bereits zwei in der Entscheidung des OLG Düsseldorf zitierte, die Vereinbarkeit des Glücksspielstaatsvertrags mit deutschem Verfassungs- und mit Europarecht bestätigende zweitinstanzliche Verwaltungsgerichtsentscheidungen vor, so dass dort eine genauere Auseinandersetzung des OLG mit diesen auch politisch problematischen Fragen entbehrlich erschienen haben mag. Grundsätzlich jedoch ist eine detaillierte Überprüfung solcher Monopole schaffenden Vorschriften an den maßgeblichen höherrangigen Normen unentbehrlich. Denn eine unkritische Annahme der Verdrängung des GWB durch jegliche derart wirkende (Landes-)Vorschrift liefe nicht allein den Grundwertungen der genannten verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Vorschriften sowie der Vorschrift des § 130 Absatz 1 Satz 1 GWB zuwider. Sie würde darüber hinaus auch die politisch determinierte Schaffung ineffizienter Monopole unnötig erleichtern und den grundsätzlichen Vorrang des bundesgesetzlichen GWB vor landesrechtlichen Normen (Artikel 31 GG: „Bundesrecht bricht Landesrecht“) aushebeln.

470. Festzuhalten bleibt, dass die Anwendung der Fusionskontrollvorschriften zwar in engen Ausnahmefällen durch verbindliche, den Wettbewerb ausschließende hoheitliche Anordnungen verdrängt sein kann, die zugrunde liegenden Vorschriften und Entscheidungen allerdings – auch bei Verfolgung öffentlicher Zwecke¹³⁵ – strengen Anforderungen in Bezug auf den mit der Monopolanordnung verfolgten Zweck sowie die Geeignetheit, Verhältnismäßigkeit und Kohärenz dieses Mittels unterliegen. Zu einer Kontrolle dieser Voraussetzungen im einzelnen sind das Bundeskartellamt und die Gerichte auch verpflichtet.¹³⁶ Auf diese Verpflichtung weist die Monopolkommission ausdrücklich hin und begrüßt die Erfolge und Bestrebungen des Bundeskartellamtes zum Schutze des Wettbewerbs auch in hoheitlich determinierten Bereichen.

3.2.2 Zusammenschlüsse mit Auslandsberührung

471. Zusammenschlüsse, deren Parteien nicht in Deutschland ansässig sind, können gleichwohl der deutschen Fusionskontrolle unterliegen. Voraussetzung einer Anwendung des GWB sind Auswirkungen auf den Wettbewerb in Deutschland. Dieses in § 130 Absatz 2 GWB verankerte Auswirkungsprinzip hat im Berichtszeitraum zwei Präzisierungen erfahren: Nach Einführung einer zweiten Inlandsumsatzschwelle müssen für die Anwend-

¹³⁵ Vgl. dazu bereits oben Tz. 398 ff., 401.

¹³⁶ Vgl. zur unmittelbaren Anwendbarkeit der europarechtlichen Vorschriften schon EuGH, Urteil vom 16. August 1962, 26/62, Slg. 1963, 3 „van Gend en Loos“, sowie EuGH, Urteil vom 20. Februar 1964, 6/64, Slg. 1964, 1203 „Costa/ENEL“. Die Unanwendbarkeit europarechtswidriger nationaler Rechtsvorschriften ist von der Kartellbehörde ex nunc festzustellen; vgl. EuGH, Urteil vom 9. September 2003, C-198/01, Slg. I-2003, 8055 „CIF“, Tz. 51, 55; vgl. auch BGH, Beschluss vom 14. August 2008, KVR 54/07, WuW/E DE-R 2408 „Lottoblock“, Rn. 83, nach dem das Bundeskartellamt Unternehmen zur Nichtanwendung rechtswidriger Monopolvorschriften verpflichten muss.

barkeit der deutschen Fusionskontrolle nunmehr mindestens zwei fusionsbeteiligte Parteien signifikante Umsätze in Deutschland aufweisen. Daneben hat eine Entscheidung des OLG Düsseldorf klargestellt, dass nach dem GWB auch solche Fusionen vollständig untersagt werden können, deren beteiligte Unternehmen nur einen Bruchteil ihrer Umsätze in Deutschland erzielen, wenn die im Ausland veranlasste Wettbewerbsbeschränkung aufgrund konkreter Umstände geeignet ist, den inländischen freien Wettbewerb unmittelbar und spürbar zu beeinträchtigen.

3.2.2.1 Einführung einer zweiten Inlandsumsatzschwelle

472. Bis März 2009 war die deutsche Fusionskontrolle schon dann auf einen Zusammenschluss anwendbar, wenn lediglich eines der beteiligten Unternehmen Umsätze in Deutschland aufwies. Seither hat das Dritte Mittelstandsentlastungsgesetz¹³⁷ in § 35 Absatz 1 Nummer 2 GWB eine zweite Inlandsumsatzschwelle eingefügt. Danach unterliegen Zusammenschlüsse nur dann der deutschen Fusionskontrolle, wenn die beteiligten Unternehmen weltweite Jahresumsatzerlöse von mehr als 500 Mio. Euro sowie im Inland mindestens ein beteiligtes Unternehmen Umsatzerlöse von mehr als 25 Mio. Euro und (dies das neue Kriterium) ein anderes beteiligtes Unternehmen Umsatzerlöse von mehr als 5 Mio. Euro aufweisen.¹³⁸

473. Diese Gesetzesänderung reduziert die den Unternehmen durch die Anmeldepflicht nach § 39 GWB obliegenden Pflichten, entsprechende Belastungen der Privatwirtschaft und Verwaltungskosten.¹³⁹ Zudem wurde damit der Forderung nach einer Reduzierung der nationalen Anmeldepflichten für (internationale) Zusammenschlüsse ohne erhebliche Inlandsauswirkungen entsprochen, die in letzter Zeit angesichts der stark zunehmenden Anzahl nationaler Fusionskontrollsysteme und entsprechender Anmeldepflichten immer dringlicher gestellt worden war. Die Beschränkung der Anwendung des deutschen Kartellrechts nach § 130 Absatz 2 GWB auf Sachverhalte mit „spürbarer“ Auswirkung in Deutschland kann diese Aufgabe nicht allein erfüllen, da die beteiligten Unternehmen die „Spürbarkeit“ und ihre daraus folgende Anmeldepflicht oft selbst schlecht einschätzen können. Die zweite Inlandsumsatzschwelle bringt also Rechtssicherheit und reduziert bei Fusionen ohne erhebliche Inlandsberührung den Transaktionsaufwand für beteiligte Unternehmen und das Bundeskartellamt.¹⁴⁰ Allerdings dürfte in Einzelfällen

so auch der Weg für manche Zusammenschlüsse geöffnet werden, die wettbewerbsschädlich sind und nunmehr keiner Kontrolle unterliegen. Die Anzahl solcher Zusammenschlüsse ist zwar schlecht abzuschätzen. Allerdings ist, auch da viele Auslandszusammenschlüsse von der Europäischen Kommission überprüft werden, in den letzten beiden Berichtszeiträumen kein deutscher Untersuchungsfall ersichtlich, der heute nicht mehr erfasst würde. Eine konkret nachweisbare Absenkung des Schutzniveaus ist also zumindest für diesen Zeitraum nicht feststellbar. Das ist entscheidend dem im Vergleich mit der früheren Diskussion niedrig angesetzten Umsatzwert von 5 Mio. Euro zu verdanken.¹⁴¹ Den von der Monopolkommission früher geäußerten Bedenken¹⁴² ist so weitgehend Rechnung getragen worden. Die Monopolkommission geht davon aus, dass die mit der Gesetzesänderung verbundene Einschränkung des GWB grundsätzlich durch den anderweitigen Einsatz von solcherart eingesparten Ressourcen aufgewogen wird.

474. Dieses zweite Umsatzerfordernis nimmt entsprechend seiner Intention auch jene Zusammenschlüsse von der Fusionskontrolle aus, die ohne Auslandsberührung auf einer Seite ein Unternehmen betreffen, das die nunmehr geforderten 5 Mio. Euro Jahresumsatz (knapp) nicht erreicht. Das mag in vielen Fällen von tatsächlich geringen gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen sein. Allerdings wird so dem Bundeskartellamt die Möglichkeit genommen, in (seltenen) Fällen einer beginnenden Konzentrationstendenz oder in noch relativ jungen Märkten unterschiedliche Zusammenschlüsse zu kontrollieren, die mittelfristig erhebliche Auswirkungen haben können. Diese reinen Inlandsauswirkungen erscheinen auch der Monopolkommission jedoch vor dem Hintergrund der dadurch erreichten Transaktions- und Verwaltungskostenersparnis zumindest vorläufig gerechtfertigt.

475. Ein Folgeproblem allerdings bedarf der zeitnahen Nachbesserung. Durch die zweite Inlandsumsatzschwelle sind für Unternehmen Anreize entstanden, zur Vermeidung der deutschen Fusionskontrolle größere Transaktionen mit Auslandsbezug so aufzuteilen, dass jeder einzelne (Teil-)Zusammenschluss nicht mehr durch das GWB erfasst wird. In der Praxis des Bundeskartellamtes haben sich bereits mehrfach Hinweise auf solche künstlich aufgespaltenen Zusammenschlüsse ergeben. Diese Umgehungsstrategien sind im Gesetzgebungsverfahren offenbar nicht vorhergesehen worden,¹⁴³ lassen sich aber, etwa wie in der europäischen Fusionskontrollverordnung,¹⁴⁴ durch eine Zusammenrechnungsvor-

¹³⁷ Drittes Gesetz zum Abbau bürokratischer Hemmnisse insbesondere in der mittelständischen Wirtschaft (Drittes Mittelstandsentlastungsgesetz) vom 17. März 2009, BGBl. I S. 550.

¹³⁸ Bei ausschließlicher Zuständigkeit der Europäischen Kommission nach der Fusionskontrollverordnung allerdings wird die deutsche Fusionskontrolle verdrängt; vgl. § 35 Absatz 3 GWB.

¹³⁹ So zu Recht die Gesetzesbegründung, Bundestagsdrucksache 16/10490 vom 7. Oktober 2008, S. 8, 10 ff.

¹⁴⁰ Eine konkrete Auswirkung nach Anmeldezahlen lässt sich nicht isolieren, da deren erheblicher Rückgang zum Teil auch anderen Gründen, insbesondere der wirtschaftlichen Gesamtsituation zuzuschreiben ist; Schätzungen gehen aber von einer durch die Gesetzesänderung bedingten Reduktion um bis zu einem Drittel aus; vgl. die statistische Übersicht oben in Abschnitt 3.1.

¹⁴¹ Bei einer zweiten Inlandsumsatzschwelle von – wie im Gesetzgebungsverfahren diskutiert – 25 Mio. Euro hingegen wären in diesem Zeitraum mehrere untersagte bzw. nur mit Nebenbestimmungen freigegebene Zusammenschlüsse nicht von der deutschen Fusionskontrolle erfasst worden.

¹⁴² Vgl. schon Monopolkommission, Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs, Hauptgutachten 1994/1995, Baden-Baden 1996, Tz. 990; zuletzt Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O., Tz. 60, 529.

¹⁴³ Vgl. Gesetzesbegründung, Bundestagsdrucksache 16/10490 vom 7. Oktober 2008, S. 19.

¹⁴⁴ Vgl. Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EG Nr. L 24 vom 29. Januar 2004, S. 1, Artikel 5 Absatz 2 Satz 2.

schrift erfassen, nach der die Umsätze von innerhalb eines Zeitraums zwischen den gleichen Beteiligten übertragenen Unternehmen für die Berechnung der Inlandsumsatzschwelle addiert werden müssten. Vor diesem Hintergrund rät die Monopolkommission dringend zur Anfügung einer solchen Summierungsklausel an § 35 Absatz 1 Satz 1 GWB. Deren Wortlaut könnte in Anlehnung an die FKVO etwa lauten:

„Zwei oder mehr Erwerbsvorgänge im Sinne von Satz 1 Nr. 2, die innerhalb von zwei Jahren zwischen denselben Personen oder Unternehmen¹⁴⁵ getätigt werden, werden hingegen als ein einziger Zusammenschluss behandelt, der zum Zeitpunkt des letzten Erwerbsvorgangs stattfindet.“

3.2.2.2 Zusammenschlüsse mit Schwerpunkt im Ausland

476. Nach § 130 Absatz 2 GWB ist das deutsche Kartellrecht auch auf alle außerhalb Deutschlands verursachten Wettbewerbsbeschränkungen anwendbar, soweit sie sich im deutschen Inland auswirken. Das OLG Düsseldorf hat dieses – international anerkannte – Auswirkungsprinzip in seiner Entscheidung im Fall Phonak/ReSound im Einzelnen präzisiert.¹⁴⁶

In der durch das OLG bestätigten Entscheidung des Bundeskartellamtes war die Übernahme dänischer, deutscher und US-amerikanischer Tochtergesellschaften der dänischen GN ReSound durch die in der Schweiz ansässige Phonak untersagt worden,¹⁴⁷ während die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen weniger als 10 Prozent ihres weltweiten und weniger als 20 Prozent ihres gemeinschaftsweiten Umsatzes in Deutschland erwirtschafteten. Das Staatssekretariat für Wirtschaft der Schweizerischen Eidgenossenschaft hatte in einer Eingabe geltend gemacht, dass sich der Schwerpunkt des Zusammenschlusses im Ausland befinde, die Auswirkungen der geplanten Fusion vor allem in den beiden Hauptsitzländern anfielen und das Vorhaben dort entweder kontrollfrei oder kartellbehördlich gestattet worden sei. Deshalb müsse das Interesse der Bundesrepublik Deutschland, die mit der Fusion verbundenen Inlandswirkungen abzuwehren, dem nationalen Interesse Dänemarks und der Schweiz an dem Zusammenschlussvorhaben Vorrang gewähren.

477. Die durch den Zusammenschluss im Ausland verursachte Wettbewerbsbeschränkung war auch nach Ansicht des OLG Düsseldorf aufgrund konkreter Umstände geeignet, den inländischen freien Wettbewerb auf dem Markt für Hörgeräte „unmittelbar und spürbar“ zu beeinträchtigen. Das solcherart verstandene Auswirkungsprinzip gemäß § 130 Absatz 2 GWB stelle eine völkerrecht-

lich unbedenkliche Anknüpfung für die Anwendbarkeit des deutschen Kartellrechts auf Auslandssachverhalte dar, weil der Schutz der eigenen Wettbewerbsordnung gegen Auslandsbeschränkungen ein legitimes Anliegen des Auswirkungsstaates sei. Dem berechtigten Interesse des ausländischen Veranlassungsstaates, dass das nationale Kartellrecht nur bei relevanten Inlandsberührungen zur Geltung komme, sei durch diese qualifizierten Anforderungen an die Inlandswirkung nach § 130 Absatz 2 GWB im Sinne einer konkreten Eignung zur unmittelbaren und spürbaren Wettbewerbsbeeinträchtigung Genüge getan: Beide Zusammenschlussbeteiligten unterhielten im Bundesgebiet Vertriebsgesellschaften, eine Tochtergesellschaft der ReSound stellte zudem in Deutschland Hörgeräte her. Durch den beabsichtigten Zusammenschluss wären Phonak sämtliche Produktions- und Vertriebsaktivitäten, die ReSound im Inland unterhielt, zugefallen, was mit einem Marktanteilszuwachs von zwischen 5 und 10 Prozent zu einer spürbaren, also mehr als nur unbedeutenden Veränderung der inländischen Wettbewerbsstruktur geführt hätte.

478. Eine Nichtanwendung der deutschen Fusionskontrollvorschriften ungeachtet vorhandener Inlandswirkungen aufgrund völkerrechtlicher Grundsätze käme – so das OLG – allein in einem Extremfall in Betracht, der hier nicht vorliege. So verbiete das völkerrechtliche Missbrauchsverbot Staaten die Anwendung und Durchsetzung ihres nationalen Kartellrechts bei Auslandssachverhalten nur dann, wenn der Nachteil, den die Rechtsanwendung dem anderen Staat zufügt, in einem krassen Missverhältnis zu dem eigenen Regelungs- und Rechtsanwendungsinteresse stehe. Das ebenfalls völkerrechtliche Einmischungsverbot verbiete es, durch Ausübung von Druck Einfluss auf die Willensbildung eines fremden Staates zu nehmen. Daraus werde überwiegend das Gebot abgeleitet, die Interessen des handelnden Staates an der Durchsetzung seiner eigenen Rechtsordnung mit den gegenläufigen Interessen der negativ betroffenen Staaten abzuwägen, was bei deutlichem Überwiegen der letztgenannten Belange in extremen Fällen zur Unanwendbarkeit des nationalen Kartellrechts führen könne.

479. Ohne über die aufgeführten völkerrechtlichen Prinzipien im Einzelnen zu entscheiden, stellte das OLG fest, dass jedenfalls schon keine berücksichtigungsfähigen Belange der betroffenen Veranlasserstaaten Schweiz und Dänemark geltend gemacht worden seien. Die Anwendung der deutschen Fusionskontrollvorschriften setzten nicht voraus, dass der Schwerpunkt eines Zusammenschlusses in Deutschland liege. Allein hier nicht vorgetragene überwiegende Interessen, keinesfalls aber wie hier die ausländische kartellrechtliche Genehmigung oder Genehmigungsfreiheit des Zusammenschlusses, vermöchten in Einzelfällen aus völkerrechtlichen Gründen die Nichtanwendung deutschen Kartellrechts zu erwirken.

480. Die Monopolkommission teilt die ausgeführte Auffassung des OLG Düsseldorf. Der Schutz des Wettbewerbs auf deutschen Märkten in Anwendung des GWB kann aufgrund völkerrechtlicher Erwägungen lediglich in besonderen Ausnahmefällen hinter erheblichen, konkre-

¹⁴⁵ Dabei werden von dem kartellrechtlichen Unternehmensbegriff auch nach § 36 Absatz 2 GWB verbundene Unternehmen erfasst; vgl. BGH, Urteil vom 23. Juni 2009, KZR 21/08 „Entega“.

¹⁴⁶ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. November 2008, VI-Kart 8/07 (V), WuW/E DE-R 2477 „Phonak/ReSound“; insoweit unbeanstandet von BGH, Beschluss vom 20. April 2010, KVR 1/09, WuW/E DE-R 2905 „Phonak/ReSound“.

¹⁴⁷ BKartA, Beschluss vom 11. April 2007, B3-578/06, WuW/E DE-V 1365 „Phonak/ReSound“.

ten und klar überwiegenden Interessen dritter Sitzstaaten von Zusammenschlussparteien zurücktreten, und dies auch nur unter der Voraussetzung, dass keine dritte Lösung, etwa vermittels Nebenbestimmungen, möglich ist. Die Anwendung nationalen Kartellrechts entsprechend dem international anerkannten Auswirkungsprinzip als Ausformung des objektiven Territorialitätsprinzips verlangt gerade nicht, dass der Schwerpunkt der gegenständlichen Handlung in dem Staat liegt, der Maßnahmen ergreift. Vielmehr ist auch nach Völkerrecht für eine nationale Zuständigkeit bereits ausreichend, wenn konkrete Umstände eine unmittelbare und spürbare Beeinträchtigung des Inlandswettbewerbs befürchten lassen.

3.2.3 Umsatzzusammenrechnung bei Anwendung der Bagatellmarktklausel

481. Die Bagatellmarktklausel des § 35 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 GWB nimmt diejenigen Zusammenschlüsse von der Fusionskontrolle aus, die, obwohl sie deren übri- gige Anwendungsvoraussetzungen erfüllen, nur einen Markt betreffen, der seit mindestens fünf Jahren besteht und auf dem im letzten Kalenderjahr vor der Anmeldung weniger als 15 Mio. Euro umgesetzt wurden. Diese Ausnahme setzt die Abgrenzung des sachlich betroffenen Marktes voraus, betrifft aber die formellen Voraussetzungen der Anwendbarkeit der Fusionskontrollvorschriften. Insbesondere die Kriterien einer Zusammenrechnung der Umsätze auf verwandten betroffenen Märkten haben im Berichtszeitraum eine Behandlung durch die Gerichte erfahren, die einen schon früher aufgezeigten gesetzlichen Regelungsbedarf erneut indiziert.

482. Der Bagatellausnahme liegt die Erwägung zugrunde, dass in Märkten von geringer volkswirtschaftlicher Bedeutung auch die im schlimmsten Fall zu befürchtenden Wettbewerbsverschlechterungen angesichts des geringen Umsatzvolumens in solchen Märkten nur geringen volkswirtschaftlichen Schaden verursachen dürften. § 35 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 GWB trifft somit eine typisierende Abwägung zwischen der Belastung für die Marktteilnehmer und das Bundeskartellamt durch die Anmelde- und Kontrollpflicht auf der einen Seite sowie den gesamtwirtschaftlichen Risikokosten von Wettbewerbsverschlechterungen durch unkontrollierte Zusammenschlüsse in Bagatellmärkten auf der anderen Seite. Vor diesem Hintergrund besteht weitgehende Einigkeit darüber, dass die Umsätze separater Bagatellmärkte für die Prüfung der Umsatzschwellen der Bagatellmarktklausel immer dann zusammenzufassen sind, wenn zu erwartende Auswirkungen einem Zusammenschluss eine gesamtwirtschaftliche Bedeutung verleihen, die über die vom Gesetzgeber erfassten Kleinmärkte hinausgeht, wenn also eine isolierte Betrachtung der betroffenen Einzelmärkte dem Sinn und Zweck der Bagatellmarktklausel nicht gerecht würde, Vorhaben von der Fusionskontrolle auszunehmen, die einen gesamtwirtschaftlich unbedeutenden Markt betreffen.¹⁴⁸

¹⁴⁸ Gesetzesbegründung zur Zweiten GWB-Novelle 1971, Bundestagsdrucksache VI/2520 vom 18. August 1971, S. 32.

483. Die Frage, unter welchen konkreten Voraussetzungen sachlich relevante Märkte im Hinblick auf die Bagatellmarktklausel zusammengefasst werden können, ist allerdings auch nach Anwendung und Judikatur über nahezu vierzig Jahre weder in der Praxis des Bundeskartellamtes noch in der wissenschaftlichen Diskussion hinreichend geklärt.¹⁴⁹ Einige Konstellationen sind höchstrichterlich bestätigt und weitgehend anerkannt:

- der Fall einer künstlichen Marktaufteilung, in dem die Abgrenzung lokaler Teilmärkte durch ein am Zusammenschluss beteiligtes Unternehmen willkürlich herbeigeführt worden war,¹⁵⁰
- der Fall, dass von dem Zusammenschluss eine Vielzahl benachbarter, jeweils entsprechend strukturierter räumlicher Märkte betroffen ist, die von den Zusammenschlussbeteiligten durch flächendeckende Organisationsstrukturen abgedeckt werden und die über die Bagatellmarktschwelle wesentlich hinausgehen,¹⁵¹
- der Fall, dass die Zusammenschlussbeteiligten gleichzeitig auf dem Bagatellmarkt und einem vor- oder nachgelagerten Nichtbagatellmarkt tätig sind und die Wettbewerbsbedingungen auf dem Bagatellmarkt unmittelbar darüber entscheiden, welche Wettbewerber rechtlich und tatsächlich in der Lage sind, ihre Waren oder Dienstleistungen auch auf dem anderen Markt anzubieten.¹⁵²

484. Die ständige Praxis des Bundeskartellamtes fasst darüber hinaus sachlich eng verwandte oder benachbarte Bagatellmärkte auch dann zusammen, wenn die an dem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten eine einheitliche Unternehmenspolitik verfolgen und die Märkte durch im Wesentlichen homogene Wettbewerbsbedingungen gekennzeichnet sind.¹⁵³ Eine Gesamtbetrachtung sei deshalb insbesondere dann geboten, wenn die benachbarten Märkte durch eine moderate Angebotsumstellungsflexibilität geprägt seien, die den Markt bestimmenden Anbieter und Nachfrager im Wesentlichen identisch seien und die Produkte über dieselben Vertriebswege abgesetzt und einheitlich vermarktet

¹⁴⁹ So wörtlich BGH, Beschluss vom 25. September 2007, KVR 19/07, WuW/E DE-R 2133 „Sulzer/Kelmix“, Rn. 22.

¹⁵⁰ Vgl. BGH, Beschluss vom 22. Juni 1981, KVR 7/80, WuW/E BGH 1810 „Transportbeton Sauerland“.

¹⁵¹ Vgl. BGH, Beschluss vom 19. Dezember 1995, KVR 6/95, WuW/E BGH 3037, 3043 „Raiffeisen“; dabei sind wohl die Kriterien einer übergreifenden Betriebsstruktur und des erheblichen Überschreitens der Bagatellmarktschwelle nicht mehr in vollem Umfang erforderlich; vgl. BGH, Beschluss vom 11. Juli 2006, KVR 28/05, WuW/E DE-R 1797 „Deutsche Bahn/KVS Saarlouis“, Rn. 15; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. Februar 2008, VI-Kart 18/07 (V), WuW DE-R 2383 „Asphaltmischwerke Langenthal“, Rn. 31 f. sowie erneut OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. April 2009, VI-Kart 18/07 (V), WuW DE-R 2622 „Faber/Basalt“, Rn. 82.

¹⁵² Vgl. BGH, Beschluss vom 11. Juli 2006, KVR 28/05, WuW/E DE-R 1797, 1799 „Deutsche Bahn/KVS Saarlouis“, Rn. 16.

¹⁵³ So z. B. BKartA, Beschluss vom 9. Dezember 1999, B4-106/99, WuW/E DE-V 203 „Krautkrämer/Nutronik“; BKartA, Beschluss vom 20. Dezember 2001, B 2-75/01, WuW/E DE-V 527 „Marzipanrohmasse“; BKartA, Beschluss vom 14. Februar 2007, B5-10/07, WuW/E DE-V 1340 „Sulzer/Kelmix“, Rn. 35.

würden. Die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf fordert allerdings das Vorliegen „besonderer Gründe“ als Voraussetzung für eine Zusammenrechnung der Umsätze.¹⁵⁴ Solche Gründe sollen insbesondere dann vorliegen, wenn die Einzelmärkte als gleichartig anzusehen sind, also in sachlicher Hinsicht und auch hinsichtlich ihrer Marktstruktur hinreichende Übereinstimmungen aufweisen. Vollständige Einigkeit besteht also hinsichtlich der Umsatzzusammenrechnung bei Bagatellmärkten über weite Strecken nur insoweit, als es sich um eine mehr oder weniger eng auszulegende Ausnahme handelt, die an besondere Voraussetzungen geknüpft ist.

485. Das Vorliegen solcher Voraussetzungen wird von Zusammenschlussparteien, Wettbewerbern und Bundeskartellamt häufig unterschiedlich bewertet, letztlich hängt mitunter auch die Untersagung des Zusammenschlusses vom Eingreifen der Bagatellmarktausnahme ab. Die beschriebene Uneindeutigkeit der Rechtslage hinsichtlich des Vorliegens spezifischer Voraussetzungen solcher Zusammenrechnung kann Verfahren erheblich belasten und bedeutende Unsicherheiten und Konfliktpotenzial in sich bergen, zumal das Vollzugsverbot des § 41 Absatz 1 GWB auch im Streitfall gilt.¹⁵⁵ Entscheidend kommt hinzu, dass Fusionen mit Auswirkungen auf mehreren Bagatellmärkten typischerweise ein sehr viel höheres Potenzial zur Schädigung des Wettbewerbs und damit der Gesamtwirtschaft aufweisen als die vom Gesetzgeber mit dieser Vorschrift gemeinten einzelnen Bagatellmärkte.

486. Um das Fusionskontrollverfahren von diesen Belastungen zu befreien und dem potenziellen Schaden von Zusammenschlüssen gerecht zu werden, fordert die Monopolkommission eine gesetzliche Vorschrift, die die Zusammenrechnung von Umsätzen verwandter betroffener Märkte bei Anwendung der Bagatellmarktklausel und deren Voraussetzungen ausdrücklich regelt. Dabei kann nicht auf eine unscharfe wesentliche Betroffenheit abgestellt werden. Vielmehr sollte ausdrücklich eine ungefähr Marktanteilsschwelle von etwa 10 Prozent zugrunde gelegt werden, wie sie für De-minimis-Regelungen allgemein anerkannt ist. Denn ihre Funktion der Transaktionskostenminderung kann die Bagatellmarktklausel nur dann sinnvoll erfüllen, wenn sie einen effektiven und leicht einzuschätzenden Vorfilter bietet. Für Grenzfälle dem Bundeskartellamt eingeräumtes Ermessen ließe zudem die Möglichkeit, bei drohenden erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigungen auf mehreren Bagatellmärkten im Zweifel die materiellen Fusionskontrollvorschriften anzuwenden.

¹⁵⁴ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5. März 2007, VI-Kart 3/07 (V), WuW/E DE-R 1931 „Sulzer/Kelmix“; vom BGH im Rahmen eines Rechtsbeschwerdeverfahrens in lediglich summarischer Prüfung insoweit unbeanstandet, vgl. BGH, Beschluss vom 25. September 2007, KVR 19/07, WuW/E DE-R 2133 „Sulzer/Kelmix“; zuletzt erneut OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. April 2009, VI-Kart 18/07 (V), WuW DE-R 2622 „Faber/Basalt“, Rn. 75.

¹⁵⁵ BGH, Beschluss vom 14. Oktober 2008, KVR 30/08, WuW/E DE-R 2507 „Faber/Basalt“, Rn. 7 f.

487. Eine solche gesetzliche Klarstellung entspricht der wiederholten Forderung der Monopolkommission¹⁵⁶ und erscheint nach wie vor als die einzige Möglichkeit, Unsicherheiten über eine Umsatzsummierung und entsprechende Transaktionskosten zu vermeiden und wieder der ursprünglichen Konzeption des Gesetzgebers zu entsprechen. Die Monopolkommission empfiehlt dem Gesetzgeber daher, die Zusammenfassung mehrerer Inlandsmärkte explizit in § 35 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 GWB aufzunehmen. Der Wortlaut könnte etwa lauten:

„Sind Auswirkungen auf mehrere solche Märkte zu erwarten, so werden für die Anwendung dieser Vorschrift die Umsätze auf allen berührten Märkten zusammengeschnet.“

3.2.4 Geltung des Vollzugsverbots ex lege nach Anmeldung

488. § 41 Absatz 1 GWB verbietet den Vollzug von nicht freigegebenen fusionskontrollpflichtigen Zusammenschlüssen vor Ablauf der Fusionskontrollfristen. Verschärft wird dieses Verbot durch die Nichtigkeit von entsprechenden Rechtsgeschäften und durch eine Bußgeldbewehrung.¹⁵⁷ Diese Sanktionen bieten Zusammenschlussparteien einen wesentlichen Anreiz, ein Fusionsvorhaben beim Bundeskartellamt anzumelden. Ein Urteil des BGH hat nunmehr klargestellt, dass dieses Vollzugsverbot unmittelbar aus dem Gesetz für alle angemeldeten Zusammenschlüsse gilt, also auch bei einem Streit über die formelle Anwendbarkeit der Fusionskontrollvorschriften.

489. In dem Verfahren Faber/Basalt war zwischen den Parteien und dem Bundeskartellamt streitig, ob die betroffenen Märkte der Bagatellmarktklausel unterfallen.¹⁵⁸ Das OLG Düsseldorf hatte im einstweiligen Rechtsschutzverfahren die aufschiebende Wirkung der von den Parteien eingelegten Beschwerde nach § 65 Absatz 3 Satz 3 GWB gegen den Untersagungsbeschluss des Bundeskartellamtes angeordnet, da der zweite betroffene Markt lediglich ein Bagatellmarkt sei und somit mangels Anwendbarkeit der Fusionskontrollvorschriften nicht dem Vollzugsverbot des § 41 Absatz 1 GWB unterliege.¹⁵⁹ Demgegenüber hat der BGH klargestellt, dass das Vollzugsverbot für alle beim Bundeskartellamt angemeldeten Zusammenschlüsse gilt, gleichgültig ob letztlich die formellen und materiellen Voraussetzungen für die Untersa-

¹⁵⁶ Vgl. Monopolkommission, Gesamtwirtschaftliche Chancen und Risiken wachsender Unternehmensgrößen, Hauptgutachten 1984/1985, Baden-Baden 1986, Tz. 428; Monopolkommission, Wettbewerbspolitik oder Industriepolitik, Hauptgutachten 1990/1991, Baden-Baden 1992, Tz. 544 f.; zuletzt Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O., Tz. 520.

¹⁵⁷ § 81 Absatz 2 Nr. 1 GWB.

¹⁵⁸ BGH, Beschluss vom 14. Oktober 2008, KVR 30/08, WuW/E DE-R 2507 „Faber/Basalt“, Rn. 7 f.; zuvor BKartA, Beschluss vom 15. November 2007, B1-190/07, WuW DE-V 1507 „Asphaltmischerwerke Langenthal“.

¹⁵⁹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. Februar 2008, VI-Kart 18/07 (V), WuW DE-R 2383 „Asphaltmischerwerke Langenthal“, Rn. 16 f., 31 f.

gung des Zusammenschusses vorliegen.¹⁶⁰ Dies folge aus der Zielsetzung des Gesetzes, unkontrollierte strukturelle Verschlechterungen der Wettbewerbsbedingungen zu verhindern. Dieser weitreichende Strukturschutz sei nicht gewährleistet, wenn wie häufig Streit über die Überschreitung der Umsatzgrenzen des § 35 GWB, das Vorliegen eines Zusammenschlusses im Sinne des § 37 GWB oder das Eingreifen der Bagatelmarktklausel bestünde und infolgedessen die Parteien während des Verfahrens legal vollziehen dürften. Vielmehr sei daher für das Vollzugsverbot allein auf den ohne Weiteres zu bestimmenden Umstand abzustellen, dass das Vorhaben angemeldet worden ist.

490. Die Monopolkommission begrüßt diese Klarstellung einer Anknüpfung des Vollzugsverbots an den formellen Umstand der Anmeldung. Zwar kann dieses Kriterium Anreize der Unternehmen verstärken, in Zweifelsfällen nun gar nicht erst anzumelden. Doch aufgrund der oben erwähnten Sanktionen, die auch in formell und materiell der Fusionskontrolle unterliegenden, unangemeldeten Zusammenschlussfällen gelten, und angesichts der üblichen Praxis des Bundeskartellamtes, auch gegen sonst bekannt gewordene unangemeldete Fusionen vorzugehen und deren Beteiligte bei vorwerfbar Verhalten mit hohen Bußgeldern zu belegen, dürfte die Zahl der bewusst nicht angemeldeten Zweifelsfälle sehr gering sein. Vor diesem Hintergrund bedeutet die Befreiung des Vollzugsverbots von materiellen Unwägbarkeiten eine Stärkung des Strukturschutzes im Fusionskontrollverfahren an wichtiger Stelle.

3.2.5 Zuständigkeiten im einstweiligen Rechtsschutzverfahren

491. Die Entscheidung über eine Befreiung von Zusammenschlussparteien vom Vollzugsverbot des § 41 Absatz 1 GWB obliegt nach § 41 Absatz 2 GWB dem Bundeskartellamt. Der BGH hat nunmehr entgegen einer anderslautenden Entscheidung des OLG Düsseldorf festgestellt, dass ab Anfechtung einer Untersagungsverfügung das Beschwerdegericht über die Befreiung vom Vollzugsverbot zu befinden hat.¹⁶¹

492. Das OLG hatte sich durch die mit der Sechsten GWB-Novelle eingeführte ausdrückliche Kompetenznorm des § 41 Absatz 2 GWB zugunsten des Bundeskartellamtes an einer Entscheidung über das Vollzugsverbot gehindert gesehen.¹⁶² Unter der alten Rechtslage hatte bereits das Kammergericht diese Kompetenz für sich in Anspruch genommen unter Hinweis darauf, dass die Kompetenz zum Erlass von einstweiligen Anordnungen auf das Beschwerdegericht übergehe.¹⁶³ Der BGH hat nun-

mehr die Bedenken des OLG abgewiesen und mit der weit überwiegenden Literatur zugunsten einer unmittelbaren Zuständigkeit des Beschwerdegerichts über die Entscheidung über eine Befreiung vom Vollzugsverbot entschieden. Als ausschlaggebend wurde wie unter der alten Rechtslage der Umstand angesehen, dass nach Erlass der Untersagungsverfügung das Beschwerdegericht in erster Linie dazu berufen sei, die nach § 41 Absatz 2 GWB gebotene Abwägung auch unter Berücksichtigung des Umstandes zu treffen, dass die angefochtene Entscheidung möglicherweise unter schweren formellen oder materiellen Fehlern leidet. Hinzu komme, dass der Rechtsschutz der Zusammenschlussbeteiligten erheblich beschränkt wäre, wenn stets zunächst das Bundeskartellamt über den Antrag auf Befreiung vom Vollzugsverbot entscheiden müsste und diese Entscheidung vom Beschwerdegericht nur auf Ermessensfehler überprüft werden könnte.

493. Prüfungsmaßstab auch des Beschwerdegerichts sind dabei – dem Wortlaut des § 41 Absatz 2 GWB entsprechend und anders als bei § 65 Absatz 3 Satz 3 GWB – wichtige Gründe, insbesondere ein den Beteiligten oder Dritten drohender schwerer Schaden. Die Erfolgsaussichten der Beschwerde stellen dabei lediglich einen Faktor der Abwägung dar. Im Rahmen dieser Abwägung kann für eine Befreiung sprechen, dass die Untersagungsverfügung aus der Sicht des Beschwerdegerichts an schweren formellen oder materiellen Fehlern leidet. Gegen eine Befreiung kann demgegenüber sprechen, dass durch einen vorläufigen Vollzug Fakten geschaffen werden, die im Falle einer Bestätigung der Untersagungsverfügung nicht mehr oder nur eingeschränkt rückgängig gemacht werden können.¹⁶⁴

494. Aus der Kompetenzzuweisung an das Beschwerdegericht ergeben sich zwar eine Reihe von Schwierigkeiten. So erscheint eine Überleitung der Zuständigkeit eines im Laufe des kartellamtlichen Verfahrens gestellten Antrags auf Befreiung vom Vollzugsverbot mit Anfechtung schon praktisch problembehaftet. Zudem ist jedenfalls bei einem Antrag im frühen Verfahrensstadium die Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes mit den Fakten des Falls genauer vertraut und wäre insoweit auch der sachnähere Entscheider. Dennoch begrüßt die Monopolkommission diese Kompetenzklarstellung, da das Bundeskartellamt so der Pflicht enthoben wird, teilweise als Richter in eigener Sache aufzutreten. Zudem erscheint eine Zuständigkeitskonzentration beim Beschwerdegericht ab Anfechtung der Verfahrenseffizienz zuträglich und insoweit konsequent.

495. Besonders begrüßt die Monopolkommission die Klarstellung des BGH, dass für eine Freistellung vom Vollzugsverbot nicht allein ernstliche Zweifel am Bestand der angegriffenen Untersagungsverfügung ausreichen. Vielmehr kommt es insoweit auf eine Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an einem Schutz der Märkte vor strukturellen Wettbewerbsverschlechterun-

¹⁶⁰ Vgl. BGH, Beschluss vom 14. Oktober 2008, KVR 30/08, WuW/E DE-R 2507 „Faber/Basalt“, Rn. 14 f.

¹⁶¹ BGH, Beschluss vom 14. Oktober 2008, KVR 30/08, WuW/E DE-R 2507 „Faber/Basalt“, Rn. 17 f.

¹⁶² OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. August 2007, VI-Kart 8/07 (V), WuW DE-R 2069, „Phonak/ReSound“.

¹⁶³ Nach § 63 Absatz 3 GWB a. F., § 64 Absatz 3 Satz 1 GWB n. F.; KG, Beschluss vom 26. November 1980, Kart 17/80, WuW/E OLG 2419 „Synthetischer Kautschuk I“; KG, Beschluss vom 17. Juli 1981, WuW/E OLG 2571 „Gaslöschanlagen“.

¹⁶⁴ Vgl. BGH, Beschluss vom 14. Oktober 2008, KVR 30/08, WuW/E DE-R 2507 „Faber/Basalt“, Rn. 24.

gen und den konkreten schutzwürdigen Interessen betroffener Privater an. Dabei muss für die betroffenen Privaten die Aufrechterhaltung des generellen Vollzugsverbots eine besondere Härte darstellen.

3.2.6 Entflechtungsvoraussetzungen bei vollzogenen unangemeldeten Zusammenschlüssen

496. Nach § 41 Absatz 3 Satz 1 GWB ist ein vollzogener Zusammenschluss, der die Untersagungsvoraussetzungen nach § 36 Absatz 1 erfüllt, aufzulösen. Bis zur Siebten GWB-Novelle 2005 war ausdrückliche Voraussetzung einer solchen Entflechtungsanordnung die Rechtskraft einer vorausgegangenen Untersagungsverfügung. Nach Wegfall dieser formellen Voraussetzung prüft das Bundeskartellamt nunmehr anmeldepflichtige, doch ohne Anmeldung vollzogene Zusammenschlüsse unmittelbar im Entflechtungsverfahren. Auflösungsvoraussetzung ist nicht mehr eine formelle Untersagung, sondern allein die materielle Kartellrechtswidrigkeit des Zusammenschlusses. Entsprechendes gilt für die Auflösung eines nach § 41 Absatz 2 GWB vorläufig vom Vollzugsverbot befreiten vollzogenen Zusammenschlusses, der untersagt wird¹⁶⁵, für Zusammenschlüsse, die aufschiebend bedingt freigegeben und vor Bedingungseintritt vollzogen wurden, für auflösend bedingt freigegebene Zusammenschlüsse nach Bedingungseintritt sowie für Zusammenschlüsse, deren Freigabe nach § 40 Absatz 3a GWB widerrufen wurde.

497. Eine nachträgliche „Anmeldung“ eines vollzogenen Zusammenschlusses hat das Amt erstmals im Fall Sulzer/Kelmix im Entflechtungsverfahren geprüft, und zusammen mit der Untersagung eine Auflösungsverpflichtung ausgesprochen.¹⁶⁶ Die zweite kombinierte Untersagungs- und Auflösungsanordnung erging im Fall A-Tec,¹⁶⁷ gefolgt von einer Mitteilung des Bundeskartellamtes zu diesem Thema.¹⁶⁸

498. Praktisch ergeben sich durch diese Änderung erhebliche Nachteile für betroffene Unternehmen. So sind die kurzen Fristen des Zusammenschlusskontrollverfahrens unanwendbar, was das Verfahren für die Zusammenschlussbeteiligten zeitlich unabsehbar macht; zudem werden dadurch deren Rechtsschutzmöglichkeiten eingeschränkt. Entsprechend umstritten ist die neue Praxis des

Bundeskartellamtes in der Literatur. Die kritischen Argumente vermögen aber letztlich nicht zu überzeugen.

499. Im Einzelnen lässt sich feststellen, dass der Wortlaut des Gesetzes¹⁶⁹ insoweit eindeutig ist: Voraussetzung für die Pflicht des Bundeskartellamtes zur Auflösung ist nach § 41 Absatz 3 Satz 1 Halbsatz 1 GWB (neben dem Fehlen einer Ministererlaubnis) allein die Erfüllung der (materiellen) Untersagungsvoraussetzungen des § 36 Absatz 1 GWB. Eine eventuelle Unklarheit der Gesetzesbegründung bezieht sich jedenfalls nicht auf die Voraussetzungen des Auflösungsverfahrens.¹⁷⁰

500. Auch die nach § 41 Absatz 3 Satz 1 Halbsatz 2 GWB explizit weiterhin zulässige Beantragung einer Ministererlaubnis wird durch ein kombiniertes Untersagungs-Entflechtungsverfahren nicht ausgehöhlt. Zwar setzt der Wortlaut des § 42 Absatz 1 GWB für einen Ministererlaubnis Antrag an einer „Untersagung“ eines Zusammenschlusses durch das Bundeskartellamt an, wie auch die Monatsfrist des § 42 Absatz 3 GWB zur Stellung der Ministererlaubnis erst ab Zustellung der Untersagung bzw. deren Unanfechtbarkeit läuft. Das führt aber nicht dazu, dass solche kombinierten Untersagungs- und Auflösungsverfügungen mangels Erfüllung ihrer Voraussetzungen – zumindest bis zum Ablauf Monatsfrist des § 42 Absatz 3 GWB – immer rechtswidrig wären.¹⁷¹ Dem Wortlaut des Gesetzes lässt sich dadurch Genüge tun, dass das Bundeskartellamt die – endgültigen – Entflechtungsverpflichtungen durch den Fristablauf oder die Versagung der Ministererlaubnis aufschiebend bedingt ausspricht, was freilich vorläufige Sicherungsmaßnahmen zusätzlich notwendig machen kann. Entsprechend werden auch in der Praxis des Bundeskartellamtes Untersagung und Auflösungsverpflichtung getrennt tenoriert,¹⁷² sodass auch dem Wortlaut des diese Konstellation offenbar nicht berücksichtigenden¹⁷³ § 42 GWB Genüge getan wird. Insgesamt wird ohnehin erfahrungsgemäß nur für einen verschwindend geringen Teil der Zusammenschlussvorhaben eine Ministererlaubnis infrage kommen, was eine Ausrichtung der übrigen, völlig überwiegenden Zusammenschlüsse an der rein hypothetischen Möglichkeit eines Ministererlaubnis Antrags als wenig angemessen erscheinen ließe.

¹⁶⁵ Dabei kommt es nicht auf die Bestandskraft des Untersagungsbescheides, sondern allein auf dessen Zustellung an, und zwar unabhängig von einer – regelmäßig vom Bundeskartellamt ausgesprochenen – auflösenden Bedingung der vorläufigen Befreiung durch eine Untersagung.

¹⁶⁶ Vgl. BKartA, Beschluss vom 14. März 2007, B5-10/07, WuW/E DE-V 1340 „Sulzer/Kelmix“, S. 45 f., insoweit unbeanstandet von OLG und BGH; vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O., Tz. 517.

¹⁶⁷ Vgl. BKartA, Beschluss vom 27. Februar 2008, B5-198/07, WuW/E DE-V 1553 „A-TEC/Norddeutsche Affinerie“, S. 71 f., insoweit nicht überprüft vom OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. November 2008, VI-Kart 5/08, Rn. 109 ff.

¹⁶⁸ BKartA, Keine nachträgliche Anmeldung bereits vollzogener Zusammenschlüsse, Mitteilung vom 13. Mai 2008.

¹⁶⁹ § 41 Absatz 3 Satz 1 GWB: „Ein vollzogener Zusammenschluss, der die Untersagungsvoraussetzungen nach § 36 Absatz 1 erfüllt, ist aufzulösen, wenn nicht der Bundesminister für Wirtschaft und Technologie nach § 42 die Erlaubnis zu dem Zusammenschluss erteilt.“

¹⁷⁰ Vgl. Bundestagsdrucksache 15/3640 vom 12. August 2004, S. 59. Die in der Literatur angeführten Unklarheiten beziehen sich teils auf die Gesetzesbegründung zur Sechsten GWB-Novelle, teils auf systematische Bezüge der Gesetzesbegründung. Der Wille des Gesetzgebers aber ist in Bezug auf die direkte Einleitung eines Entflechtungsverfahrens eindeutig erkennbar.

¹⁷¹ So aber die Feststellung in OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. November 2008, VI-Kart 5/08, WuW/E DE-R 2462 „A-TEC/Norddeutsche Affinerie“, Rn. 130, dort allerdings im Rahmen der Gebührenbeschwerde nur beiläufig bemerkt. In jenem Fall war die Beschwerde gegen die Entflechtungsanordnung bereits unzulässig.

¹⁷² BKartA, Beschluss vom 14. März 2007, B5-10/07, WuW/E DE-V 1340 „Sulzer/Kelmix“; BKartA, Beschluss vom 27. Februar 2008, B5-198/07, WuW/E DE-V 1553 „A-TEC/Norddeutsche Affinerie“.

¹⁷³ Vgl. die Gesetzesbegründung zur Sechsten GWB-Novelle, Bundestagsdrucksache 15/3640 vom 12. August 2004, S. 59.

501. Die von Gegnern dieser Verfahrensänderung vielfach ins Feld geführte Rechtssicherheit und Praktikabilität des Entflechtungsverfahrens erscheint nicht wesentlich eingeschränkt. Zwar stehen den Beteiligten nicht mehr wie früher zwei getrennte Rechtsschutzverfahren (gegen die Untersagung und gegen die Auflösungsanordnung) zur Verfügung. Die in solch getrennten Verfahren geprüften Tatbestände sind jedoch identisch mit den nunmehr in einem einheitlichen Rechtsschutzverfahren geprüften: das Vorliegen der Untersagungsvoraussetzungen und die Notwendigkeit der Entflechtung zur Wiederherstellung des Wettbewerbs. Eine vorläufige Möglichkeit für die Beteiligten, mit der rechtswidrig erlangten Marktmacht während der Dauer der Verfahren am Markt aufzutreten, erscheint weder zur Rechtssicherheit noch zur Praktikabilität des Entflechtungsverfahrens erforderlich. Ebenso wenig ist ein schutzwürdiges Interesse der Beteiligten an „vorläufiger“ Ausübung der so rechtswidrig erlangten Marktmacht erkennbar. Bereits unter der früheren Gesetzesfassung hatte das Bundeskartellamt die Möglichkeit, einstweilige Maßnahmen zur Sicherung der wettbewerblichen Situation zu treffen. Insoweit stellt sich die Situation lediglich mit umgekehrten Vorzeichen dar: Das Bundeskartellamt muss nicht mehr einstweilige Maßnahmen zur Sicherung des Wettbewerbs verhängen und rechtfertigen, sondern die Zusammenschlussbeteiligten müssen solche zur Verhinderung wesentlicher Nachteile auf ihre Unternehmen erwirken. Grundsätzlich sind nach der neuen Regelung in erster Linie nicht mehr die vorzeitig vollziehenden Beteiligten, sondern der Wettbewerb geschützt. Dies ist aus Sicht der Monopolkommission zu begrüßen.

502. Nur auf den ersten Blick mag problematisch erscheinen, dass das Bundeskartellamt im Entflechtungsverfahren nicht mehr an die kurzen Fristen des § 40 Absatz 1 GWB gebunden, die Phase der Unsicherheit für die Unternehmen also rechtlich nicht begrenzt ist. Denn zum einen hätten die Beteiligten im Falle eines Vollzugs ohne vorhergehende Anmeldung die einfache Möglichkeit gehabt, den Fristlauf mit einer rechtzeitigen Anmeldung des Zusammenschlusses auszulösen. Bei Vollzug unter vorläufiger Befreiung vom Vollzugsverbot oder vor Eintritt der aufschiebenden Bedingung der Freigabe wurde unter bewusster Inkaufnahme des Entflechtungsrisikos vollzogen. Bei Eintritt einer auflösenden Bedingung oder beim Vorliegen von Widerrufsgründen liegt sogar regelmäßig eigenes, oftmals vorsätzliches Missverhalten der betroffenen Unternehmen vor. Zudem liegt dem Bundeskartellamt im Entflechtungsverfahren nach nicht angemeldeten Zusammenschlüssen regelmäßig keine der Anmeldung vergleichbare Marktübersichtsgrundlage vor, auch die Kooperationsbereitschaft der Beteiligten dürfte weniger ausgeprägt sein, was beides eine Bindung des Bundeskartellamtes an kurze Fristen wenig angezeigt erscheinen lässt.

503. In der Gesamtschau erscheinen der Monopolkommission die Interessen der ohne Anmeldung oder auf vorläufiger Grundlage fusionierenden Parteien wenig schutzwürdig. Da der infrage stehende Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt und trotz der in solchen Fällen schon wegen des Umfangs und der Komplexität solcher Transaktionen unumgänglichen anwaltlichen Beratung nicht angemeldet oder nur

vorläufig vollzogen wurde, erscheint ein ungehindertes Fortwirken des neuen Marktbeherrschers zulasten von dessen Wettbewerbern während eines Ministererlaubnisverfahrens oder auch nur während des Laufs der Monatsfrist zur Antragstellung kaum tragbar. Schließlich haben die Beteiligten im Regelfall ordnungswidrig gegen das Vollzugsverbot aus § 41 Absatz 1 Satz 1 GWB verstoßen. Die Monopolkommission begrüßt die neue Entflechtungspraxis vor dem Hintergrund dieser Interessenlage, der ausgeführten problemlosen Möglichkeit, mit der mangelnden Präzision des Gesetzes umzugehen, sowie der zugunsten des Wettbewerbs wirkenden, mit der Vereinfachung eintretenden Verfahrensbeschleunigung und der so verstärkten Abschreckungswirkung des Vollzugsverbots.

504. Um dem in der Literatur geführten Streit um diese Frage jeglichen Grund zu entziehen, empfiehlt die Monopolkommission dem Gesetzgeber weitergehend, in § 41 Absatz 3 GWB eine Klarstellung einzufügen. Danach könnte § 41 Absatz 3 etwa lauten:

„Ein vollzogener Zusammenschluss, der die Untersagungsvoraussetzungen nach § 36 Absatz 1 erfüllt, ist aufzulösen. Das Bundeskartellamt ordnet die zur Auflösung des Zusammenschlusses erforderlichen Maßnahmen an. Die Wettbewerbsbeschränkung kann auch auf andere Weise als durch Wiederherstellung des früheren Zustands beseitigt werden. Soweit die Parteien einen Antrag nach § 42 stellen wollen, können sie diesen mit einem Antrag nach Absatz 2 verbinden.“

3.3 Gemeinschaftsunternehmen als Koordinationsplattformen

505. Gemeinschaftsunternehmen sind Unternehmen, die von zwei oder mehr voneinander unabhängigen Muttergesellschaften kontrolliert werden. Solche oft auch Joint-Ventures genannten Unternehmen werden zur Kooperation zwischen Unternehmen gegründet, die ihre Unabhängigkeit – weitgehend – weiter bewahren, und dienen etwa gemeinsamer Entwicklung, Produktion oder gemeinsamem Vertrieb. Sie entstehen regelmäßig durch die Zusammenlegung von Betriebsteilen oder Tochterunternehmen der Muttergesellschaften, durch Veräußerung von Anteilen an Tochtergesellschaften an Dritte oder als Neugründung durch mehrere Muttergesellschaften. Vielfach ist die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens fusionskontrollpflichtig. Daneben gilt für die Koordinationswirkungen zwischen den Muttergesellschaften weitgehend auch das Kartellverbot (§ 1 ff. GWB, Artikel 101 AEUV).

3.3.1 Ökonomische Effekte von Gemeinschaftsunternehmen

506. Die Auswirkungen von Gemeinschaftsunternehmen sind im Regelfall sowohl effizienzsteigernd als auch wettbewerbsbeschränkend.¹⁷⁴ Einerseits ermöglichen sie

¹⁷⁴ Vgl. statt vieler bereits die umfassende Analyse bei Monopolkommission, Mehr Wettbewerb ist möglich, Hauptgutachten 1973/1975, Baden-Baden 1976, Tz. 886 ff., sowie die Übersicht bei Kogut, B., Joint Ventures: Theoretical and Empirical Perspectives, Strategic Management Journal 9, 1988, S. 319–332.

in vielen Fällen erst die Forschung und Entwicklung in großem Maße, sie verteilen Risiken, ermöglichen Verbund- und Skaleneffizienzen. Andererseits schwächen sie den Wettbewerb dreifach: zum einen unmittelbar durch die Vergemeinschaftung der Aktivitäten des Gemeinschaftsunternehmens, wodurch etwa bei einem Einkaufsgemeinschaftsunternehmen der Nachfragewettbewerb auf den Beschaffungsmärkten, bei einem Forschungs- und Entwicklungs-Gemeinschaftsunternehmen der F&E-Wettbewerb eingeschränkt wird; zum Zweiten durch Wettbewerbsbeschränkungen zwischen den Muttergesellschaften und dem Gemeinschaftsunternehmen, etwa durch Wettbewerbsverbote, Produktions- und Absatzregelungen; drittens kann die Zusammenarbeit in dem Gemeinschaftsunternehmen den Wettbewerb auch auf nur mittelbar betroffenen Märkten beeinträchtigen: Mit Gemeinschaftsunternehmen sind in gewissem Grade etwa stets zusätzliche Transparenz zwischen den Mutterunternehmen, eine gewisse Gleichrichtung von deren Interessen und zusätzliche wechselseitige Sanktionspotenziale verbunden, was sich insbesondere in konzentrierten oder oligopolistisch strukturierten Märkten schädlich auswirken kann. Diese Gruppeneffekt („spillover effect“) genannte, mittelbare Koordinationswirkung des das Gemeinschaftsunternehmen umgebenden Beziehungsgeflechts wird allgemein anerkannt, lässt sich jedoch nur sehr schwer im Einzelnen erfassen. Zusätzlich können Gemeinschaftsunternehmen die Stabilität von Kartellen auch zwischen Minderheitsbeteiligten fördern.¹⁷⁵

Über diese Effekte hinaus bedeutet die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens (stärker als die meisten Zusammenschlüsse zwischen zwei Unternehmen) in der Regel auch die Reduktion der Vielfalt in dem betroffenen Markt. Dadurch wird die Funktion des Wettbewerbs als Entdeckungsverfahren eingeschränkt, Pfadabhängigkeiten entstehen oder werden verfestigt. Insbesondere diese Wirkung lässt sich in Bezug auf die Wohlfahrtsauswirkungen kaum quantitativ erfassen, kann aber auf mittlere und längere Sicht erhebliche Bedeutung entwickeln.

507. Aufgrund der Ambivalenz positiver und negativer Auswirkungen der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen lassen sich diese nicht mit einer allgemeinen Formel erfassen; vielmehr muss grundsätzlich jeder einzelne Fall geprüft werden. Die kombinierten Marktanteile der betreffenden Unternehmen sind jedoch ein guter erster Anhaltspunkt. Allgemein lässt sich lediglich festhalten, dass die koordinierende Wirkung von Gemeinschaftsunternehmen auf das zur Erreichung der möglichen Skalen-, Verbund- und sonstigen Effizienzen notwendige Mindestmaß beschränkt bleiben sollte. Praktisch problematisch bleibt diese Richtschnur zwar aufgrund der bei der Gründung kaum absehbaren dynamischen Auswirkungen solcher Kooperationen. Hinzu kommen insbesondere die mit einer Unsicherheit über die Grenzen des Erlaubten verbundenen Kosten und negativen Anreizeffekte. Die tatsächliche Kosten-Nutzenbilanz der Kartellrechtsschran-

ken für Gemeinschaftsunternehmen lässt sich jedoch optimieren durch eine Art beweglicher Schranken zum Schutz des in den betroffenen Märkten bestehenden Restwettbewerbs: Je schützenswerter der noch verbleibende wirksame Wettbewerb ist, desto kritischer ist aus wettbewerbstheoretischer Perspektive jede marktanteilsrelevante Kooperation und desto eher ist diese auf ein Minimum an koordinierenden Wirkungen zu beschränken.

3.3.2 Erfassung von Gemeinschaftsunternehmen nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

508. Die konzentrativen Wirkungen von Gemeinschaftsunternehmen werden durch die Fusionskontrolle nach §§ 35 ff. GWB, die kooperativen Wirkungen durch das Kartellverbot nach §§ 1 ff. GWB erfasst. Dabei sind Fusionskontrolle und Kartellverbot grundsätzlich nebeneinander anwendbar, da sie unterschiedliche Gegenstände regeln, die sich nur bei einigen Sachverhalten überschneiden.¹⁷⁶ Einfluss auf die Missbrauchsaufsicht nach den §§ 19 ff. GWB haben Gemeinschaftsunternehmen in erster Linie als Mitverursacher gemeinschaftlicher Marktherrschaft mehrerer Unternehmen.

509. Die Doppelkontrolle nach § 1 ff., § 35 ff. GWB lässt kein in der Literatur vor allem früher teilweise angenommenes Konzentrationsprivileg als (ausschließlichen) Vorrang der Fusionskontrolle gelten. Vielmehr ist jedes Gemeinschaftsunternehmen auf die von seiner Gründung ausgehenden koordinierenden Wirkungen vor dem Hintergrund der Strukturen der betroffenen Märkte zu würdigen. Der oftmals verwendeten Unterscheidung nach der Struktur und Funktionsweise des Gemeinschaftsunternehmens in konzentrierte und kooperative Gemeinschaftsunternehmen kommt daher lediglich der Rang einer Abgrenzungshilfe zu.¹⁷⁷ Dabei berücksichtigt das Bundeskartellamt bei fusionskontrollpflichtigen Gemeinschaftsunternehmen koordinierende Wirkungen weitestmöglich, ein späteres Einschreiten auf der Grundlage des Kartellverbots bleibt aber möglich. Solche Doppelkontrolle bedeutet zwar eine gewisse Rechtsunsicherheit und damit eine Belastung für die Muttergesellschaften. Denn diese können sich nicht auf eine auch die koordinierenden Wirkungen des Gemeinschaftsunternehmens abschließend bewertende Freigabeentscheidung der Kartellbehörde berufen. Da aber vielfach die effektiven Wettbewerbsauswirkungen zwischen den Muttergesellschaften erst im Verlaufe der tatsächlichen Zusammenarbeit im Rahmen des Gemeinschaftsunternehmens abzusehen sind, wäre eine abschließende Prüfung auch des Gruppeneffekts bereits in der vorher abzuschließenden Fusionskontrolle jedoch gar nicht wirksam möglich. Zudem wirkt

¹⁷⁵ Vgl. etwa Kamien, M., Muller, E., Zang, I., Research Joint Ventures and R&D Cartels, American Economic Review 82, 1992, 1293–1306.

¹⁷⁶ Vgl. BGH, Beschluss vom 22. Juni 1981, KVR 7/80, BGHZ 81, 56, 66, WuW/E BGH 1810 „Transportbeton Sauerland“, Tz. 28; zuletzt BGH, Beschluss vom 4. März 2008, KVZ 55/07, WuW DE-R 2361 „Nord-KS/Xella“, Tz. 14.

¹⁷⁷ Vgl. BGH Beschluss vom 1. Oktober 1985, KVR 6/84, BGHZ 96, 69, WuW/E BGH 2169 „Mischwerke“; zuletzt BGH, Beschluss vom 4. März 2008, KVZ 55/07, WuW DE-R 2361 „Nord-KS/Xella“, Tz. 14.

die Möglichkeit einer Kartellrechtswidrigkeit des Gemeinschaftsunternehmens auch als effektives Disziplinierungsmittel für die Muttergesellschaften, das Gemeinschaftsunternehmen nicht als Koordinationsinstrument zu nutzen.

510. Im europäischen Unionsrecht werden die koordinierenden Effekte mancher Gemeinschaftsunternehmen mit gemeinschaftsweiten Auswirkungen im Fusionskontrollverfahren abschließend mitgeprüft (Artikel 21 Absatz 1 FKVO). Das gilt jedoch allein für die kommissionsseitige Prüfung selbstständig am Markt tätiger Gemeinschaftsunternehmen (sog. Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen nach Artikel 3 Absatz 4 FKVO). Eine solche abschließende Vorabprüfung führt allerdings zu einer weitgehenden Orientierung an Marktstrukturkriterien, die mit erheblichen Prognoseunsicherheiten belastet bleibt. Zudem kann die Konzentrationswirkung der Freigabeentscheidung nur soweit reichen, wie die wettbewerbsbeschränkenden Praktiken und Informationsflüsse Gegenstand der Anmeldung waren. So ist schon eine Förderung der Verfahrenseffizienz und der Rechtssicherheit durch eine (oftmals nur scheinbar) umfassende Freigabeentscheidung zweifelhaft. Jedenfalls aber werden durch eine abschließende Wirkung der Fusionskontrollentscheidung die Aufsichtsmöglichkeiten der Kartellbehörde und die disziplinierende Wirkung des Kartellverbots bei solchen Unternehmensverflechtungen erheblich beschränkt. Festzuhalten bleibt, dass die nach GWB vorgesehene Doppelkontrolle zur effektiven kartellrechtlichen Einhegung von Gemeinschaftsunternehmen alternativlos ist.

3.3.2.1 Erfassung durch die Fusionskontrolle

511. Im Einzelnen lassen sich zwei Arten von fusionskontrollrechtlich relevanten Effekten unterscheiden: die Zusammenschlusswirkungen zwischen den Mutterunternehmen und dem Gemeinschaftsunternehmen sowie die Zusammenschlusswirkungen zwischen den Mutterunternehmen. Bei der Gründung strukturell verfestigter Gemeinschaftsunternehmen gelten zum Ersten die allgemeinen Regeln: Erfasst wird der Erwerb der (gemeinsamen) Kontrolle, der Erwerb von mindestens 25 Prozent des Kapitals oder der Stimmrechte sowie der Erwerb wettbewerbsmäßig erheblichen Einflusses. Dabei liegt ein gemeinsamer Kontrollerwerb bereits dann vor, wenn konkrete Umstände vorliegen, die eine gesicherte einheitliche Einflussnahme einer Gruppe von beteiligten Unternehmen oder der Gesamtheit derselben auf der Grundlage einer auf Dauer angelegten Interessengleichheit erwarten lassen.¹⁷⁸ Zweitens wird nach § 37 Absatz 1 Nummer 3 Satz 3 GWB ein Zusammenschluss der Muttergesellschaften für den Markt des Gemeinschaftsunternehmens fingiert. Das gilt jedenfalls für die Anmeldeschwellen des § 35 Absatz 1 GWB. Für die Annahme einer wettbewerbslichen Einheit in der materiellen Fusionskontrolle fordert die Rechtsprechung zusätzlich eine besondere Marktwirkung, die zum

Mindesten eine Abschwächung des Wettbewerbs erwarten lässt. So kann etwa durch die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens eine unzulässige Marktbeherrschung einer oder mehrerer Muttergesellschaften auf dritten Märkten entstehen oder verstärkt werden, wenn deren Marktstellung durch die Gründung erheblich verbessert wird.¹⁷⁹

3.3.2.2 Erfassung durch das Kartellverbot

512. Gemeinschaftsunternehmen führen durch das entstehende Beziehungsgeflecht regelmäßig zu einer gewissen Koordination des Verhaltens zwischen den unabhängigen Muttergesellschaften und zwischen diesen und dem Gemeinschaftsunternehmen. Das Kartellverbot des § 1 GWB wird jedoch grundsätzlich nicht angewendet auf ein eigenständig funktionsfähiges Gemeinschaftsunternehmen, das alle wesentlichen Unternehmensfunktionen aufweist, marktbezogene Leistungen erbringt und nicht ausschließlich oder überwiegend auf einer vor- oder nachgelagerten Stufe für die Muttergesellschaften tätig ist, wenn die Muttergesellschaften ihrerseits auf dem sachlichen Markt des Gemeinschaftsunternehmens nicht oder nicht mehr tätig sind.¹⁸⁰ Bei solchen kartellrechtsneutralen Gemeinschaftsunternehmen sind Wettbewerbsbeschränkungen (wie Wettbewerbsverbote, Abnahmepflichten etc.) zulässig, die nicht über das hinausgehen, was zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Gemeinschaftsunternehmens notwendig ist.¹⁸¹ Ausnahmen vom Kartellverbot ergeben sich darüber hinaus nach § 2 Absatz 1 und 2 GWB für solche Wettbewerbsbeschränkungen, die – vereinfacht – einen positiven Gesamtnutzen aufweisen, ohne den Wettbewerb auszuschalten.¹⁸²

3.3.3 Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes zu Gemeinschaftsunternehmen

513. Etwa ein Siebtel der Fusionskontrollentscheidungen des Bundeskartellamtes¹⁸³ betrifft die Gründung oder Erweiterung von Gemeinschaftsunternehmen, in der Kar-

¹⁷⁸ So bereits zu § 23 Absatz 2 Nummer 5 GWB a. F. BGH, Beschluss vom 22. Juni 1981, KVR 7/80, WuW/E BGH 1810 „Transportbeton Sauerland“, Tz. 19.

¹⁷⁹ Vgl. BGH, Beschluss vom 12. Dezember 1978, KVR 6/77, WuW/E BGH 1533 „Erdgas Schwaben“, Tz. 22 ff.; ähnlich auch Monopolkommission, Hauptgutachten 1990/1991, a. a. O., Tz. 548 ff.

¹⁸⁰ Vgl. BGH, Beschluss vom 1. Dezember 1985, KVR 6/84, BGHZ 96, 69, 79, WuW/E BGH „Mischwerke“, Tz. 33.

¹⁸¹ Vgl. schon BGH, Urteil vom 6. Dezember 1962, KZR 4/62 „Bonbonniere“, Tz. 20; zuletzt BGH, Urteil vom 23. Juni 2009, KZR 58/07 „Gratiszeitung Hallo“, Tz. 17 ff.

¹⁸² Neben der allgemeinen Regel, die eine abwägende Selbsteinschätzung der betroffenen Unternehmen erfordert, gelten die europäischen Gruppenfreistellungen auch in Bezug auf rein innerdeutsche Gemeinschaftsunternehmen, vgl. etwa Verordnung (EG) 2659/2000 vom 29. November 2000 (Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung), ABl. EG Nr. L 304 vom 5. Dezember 2001, S. 7; Verordnung (EG) 772/2004 vom 27. April 2004 (Technologietransfer), ABl. EG Nr. L 123 vom 27. April 2004, S. 11; Verordnung (EU) 330/2010 vom 20. April 2010 (Vertikalvereinbarungen), ABl. EG Nr. L 102 vom 23. April 2010, S. 1. Hilfreich für die Selbsteinschätzung der Kooperationspartner sind auch die ergänzenden Leitlinien des Bundeskartellamtes und der Europäischen Kommission.

¹⁸³ Zwischen 2007 und 2009 zwischen 14 und 16 Prozent der angemeldeten Zusammenschlüsse; vgl. oben Abschnitt 3.1.

tellsanktionspraxis spielen Gemeinschaftsunternehmen jedoch eine ungleich geringere Rolle. In Freigabeentscheidungen im Fusionskontrollverfahren werden gelegentlich das gesamte Vorhaben oder einzelne wettbewerbskritische Bestimmungen der angemeldeten Grundvereinbarung des geplanten Gemeinschaftsunternehmens untersagt.¹⁸⁴ Die Auflösung von Verflechtungen über Gemeinschaftsunternehmen kommt vor,¹⁸⁵ ist aber wie Entflechtungen allgemein sehr aufwendig.¹⁸⁶ Im Berichtszeitraum ragen insbesondere zwei (Teil-)Freigaben von Gemeinschaftsunternehmen im Fusionskontrollverfahren heraus: die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens im Milchvertrieb zwischen Humana und Nordmilch sowie die Gründung einer gemeinsamen Tochtergesellschaft von EDEKA und Tengelmann im Discount-Lebensmitteleinzelhandel.

3.3.3.1 Vertriebskooperation für Molkereiprodukte

514. Nach eingehender Prüfung hat das Bundeskartellamt die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens zwischen der Humana Milchindustrie und der Nordmilch für den gemeinsamen Vertrieb von Milchprodukten freigegeben.¹⁸⁷ Dadurch wird seither ein wesentlicher Teil der Produktion von zwei der größten Molkereien Deutschlands gemeinsam vertrieben. Aufgrund der Struktur der betroffenen Märkte sah das Bundeskartellamt jedoch keinen Grund zur Untersagung.

515. Die Schwelle der Marktbeherrschungsvermutung von 33,3 Prozent wurde auf der Absatzseite allein im angenommenen bundesweiten Markt für Quarkprodukte in etwa erreicht. Diese Vermutung wurde nach Ansicht des Bundeskartellamtes jedoch durch die in einem weiterhin vielfältigen Molkereimarkt für die Abnehmerseite bestehenden ausreichenden Ausweichmöglichkeiten ebenso widerlegt wie durch die starke Nachfragemacht der hochkonzentrierten und finanzkräftigen Abnehmer, sodass das Entstehen unkontrollierter Verhaltensspielräume für die Zusammenschlussbeteiligten ausgeschlossen werden konnte.

516. Auch auf dem Beschaffungsmarkt der Rohmilcherfassung war nach Ansicht des Bundeskartellamtes keine Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zu befürchten. Das ergebe sich zwar noch nicht aus der Beschränkung des Gemeinschaftsunternehmens

auf den Vertrieb und die weiterhin unabhängige Entscheidung der Muttergesellschaften über die Modalitäten der Milcherfassung. Denn die Vergemeinschaftung des Vertriebs lasse eine Angleichung der Milchauszahlungspreise ebenso erwarten wie eine weitere Dämpfung des schon bisher wenig ausgeprägten Wettbewerbs auf diesen Märkten. Die Überschreitung der Marktbeherrschungsvermutung von 33,3 Prozent Marktanteil auf nahezu allen betroffenen regionalen Milcherfassungsmärkten lasse jedoch weder die Entstehung noch die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung befürchten, da den Milchherzeugern auf allen diesen Märkten weiterhin eine ausreichende Zahl alternativer Abnehmer zur Verfügung stehe. Zudem sei für die angesichts der gesättigten Milchnachfrage im gegenwärtigen Marktumfeld tatsächliche Schwierigkeit eines Abnehmerwechsels der Zusammenschluss weder kausal noch wirke er verschärfend. Zuletzt lehnt der Beschluss die Befürchtung ab, höhere Gewinne aus dem gemeinsamen Vertrieb könnten den Muttergesellschaften erlauben, Wettbewerbern auf dem Milchbeschaffungsmarkt die Rohstoffbeschaffung mit konkurrenzlos hohen Ankaufspreisen zu erschweren und sie dadurch zum Marktaustritt zu zwingen (Kampfpreisüberbietung). Denn für taktische Preisdifferenzierungen gegenüber einzelnen Wettbewerbern ließen die genossenschaftlichen Strukturen von Humana und Nordmilch wenig Raum. Für eine Verschließung des Erfassungsmarktes durch generell höhere Auszahlungspreise und eine daraus folgende Verdrängung von Wettbewerbern¹⁸⁸ sei die Stellung der Beteiligten auf dem Absatzmarkt nicht ausreichend stark.

517. Die Entscheidung demonstriert exemplarisch, wie das Bundeskartellamt im Fusionskontrollverfahren auch koordinierende Effekte auf nicht vergemeinschafteten und nur mittelbar betroffenen Märkten soweit wie möglich prüft. Das Ergebnis für die Milcherfassungsmärkte überrascht zwar auf den ersten Blick, da in einzelnen Regionalmärkten teilweise Marktanteile von über drei Vierteln erreicht werden. Die Entstehung zum Missbrauch geeigneter Nachfragemacht wurde jedoch nach Auffassung der Monopolkommission zu Recht ausgeschlossen durch die ermittelten bestehenden Absatzalternativen und die ganz überwiegende genossenschaftliche Verbindung der betroffenen Milchlieferanten zu Humana und Nordmilch. Denn nach den Satzungsbestimmungen sind diese beiden funktionalen Genossenschaften zu einer vollständigen Auskehrung der Gewinne verpflichtet, was eine Ausübung von Marktmacht zur Durchsetzung niedriger Preise unwahrscheinlich macht, zumal eine Änderung dieser Strukturen nicht absehbar und jedenfalls sehr unwahrscheinlich ist. Zudem bleibt dem Bundeskartellamt nach den Grundsätzen der Doppelkontrolle die Möglichkeit, bei nicht absehbaren koordinierenden Auswirkungen des Gemeinschaftsunternehmens nach den § 1 und 32 GWB

¹⁸⁴ So etwa BKartA, Beschluss vom 21. August 1997, B2-13/97, WuW/E DE-V 9 „Ostfleisch“; BKartA, Beschluss vom 30. Juni 2008, B2-333/07, WuW/E DE-V 1607 „EDEKA/Tengelmann“.

¹⁸⁵ Etwa BKartA, Beschluss vom 9. August 2006, B1-116/04, WuW/E DE-V 1277 „Nord-KS/Xella“.

¹⁸⁶ Vgl. beispielhaft nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25. Oktober 2006, VI-Kart 14/06 (V), WuW/E DE-R 2081 „Kalksandsteinwerk“ (Eilverfahren); OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20. Juni 2007, VI-Kart 14/06 (V), WuW/E DE-R 2146 „Nord-KS/Xella“; BGH, Beschluss vom 4. März 2008, KVZ 55/07, WuW DE-R 2361 „Nord-KS/Xella“; BKartA, Beschluss vom 26. August 2009, B1-80/09 „Heidelberger Zement/Xella“ (der Entflechtung nachfolgende Veräußerung).

¹⁸⁷ BKartA, Beschluss vom 9. Juni 2009, B2-29/09 „Humana/Nordmilch“.

¹⁸⁸ So angenommen von der Europäischen Kommission in einem vergleichbaren Fall im niederländischen Milchmarkt; vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 17. Dezember 2008, COMP/M. 5046 „Friesland/Campina“, Rn. 97 ff., 104 ff., 130 ff.; vgl. dazu näher unten Tz. 704 ff.

einzugreifen. An diesem Fall zeigt sich anschaulich, wie Fusionskontrollentscheidungen über Gemeinschaftsunternehmen noch stärker als einfache Zusammenschlüsse auf schwierigen Prognosen basieren. Deutlich wird, dass auf eine Doppelkontrolle nur unter erheblichen Einbußen für den effektiven Wettbewerbsschutz verzichtet werden könnte.

3.3.3.2 Beteiligungsstruktur und Einkaufskooperation in Lebensmittel-einzelhandels-Gemeinschaftsunternehmen

518. Nach umfangreichen Marktermittlungen hat das Bundeskartellamt die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens zwischen der EDEKA Zentrale und der Tengelman Warenhandelsgesellschaft unter weitreichenden aufschiebenden Bedingungen freigegeben.¹⁸⁹ Das freigegebene Vorhaben wurde im Verlaufe des Verfahrens erheblich umstrukturiert und fasst nunmehr die beiden Tochtergesellschaften der Beteiligten, Netto und Plus, in dem Gemeinschaftsunternehmen „Netto Marken-Discount“ zusammen, an dem Edeka 80 Prozent und Tengelman 20 Prozent der Anteile hält.

519. Das Bundeskartellamt ging von einem einheitlichen sachlichen Markt im Lebensmitteleinzelhandel aus, der in 345 regionale Absatzmärkte aufgliedert wurde.¹⁹⁰ Zur Vermeidung der Entstehung oder Verstärkung marktbeherrschender Stellungen in regional wettbewerbskritischen „Clustern“ benachbarter Märkte wurde den Beteiligten aufgegeben, 359 einzelne Supermarktstandorte an Wettbewerber zu veräußern oder bei nachweislicher Unverkäuflichkeit zu schließen. Daneben drohte nach der angemeldeten Transaktion der Preissetzungsspielraum von EDEKA weiter zuzunehmen, der mitursächlich aus der gleichzeitigen Abdeckung der am stärksten konkurrierenden Einzelhandelsvertriebslinien Vollsortiment und Soft-Discount resultiert. Auch zur Vermeidung dieser Verstärkung der Marktmacht von EDEKA im Absatzmarkt musste die Transaktion so umstrukturiert werden, dass die bei Tengelman verbleibenden Einzelhandelsgeschäfte (Kaiser's) weiterhin unabhängig geführt werden.

520. Diese Umstrukturierung hin zu einer vollständigen Unabhängigkeit von Tengelman erschien ebenfalls notwendig zur Vermeidung einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von EDEKA auf den Beschaffungsmärkten. Deren eingehende Analyse auf der Basis einer Unterteilung des Warensortiments in 29 Untergruppen differenziert nach Hersteller- und Handelsmarken. Danach hätte die angemeldete Transaktion infolge einer weitgehenden Verflechtung der Muttergesellschaften zu einer wesentlichen Verstärkung der bereits bestehenden erheblichen Marktmacht von EDEKA auf einer Vielzahl von Beschaffungsmärkten geführt, insbesondere zu stär-

kerer Nachfragemacht¹⁹¹ gegenüber Herstellern von Handelsmarken.

521. Die angemeldete Transaktion sah ursprünglich eine strategische Partnerschaft mit verbundener Einkaufskooperation und eine Anteilsverteilung von 70 zu 30 vor, was die Voraussetzungen der Fiktion des § 37 Absatz 1 Nummer 3 Satz 3 GWB eines Zusammenschlusses zwischen den Muttergesellschaften erfüllt hätte. Das letztlich freigegebene Gemeinschaftsunternehmen stellt für Tengelman lediglich eine erweiterte Finanzbeteiligung dar. Dabei ist zusätzlich zu der Reduzierung der Anteile von Tengelman bis unter 25 Prozent die Nichtdurchführung der mit angemeldeten Einkaufskooperation zwischen den Muttergesellschaften eine aufschiebende Bedingung der Freigabe bzw. eine mit dieser verbundene Auflage. Auch dürfen nach der Entscheidung Mitarbeiter von Tengelman keinen Einblick in Beschaffungskonditionen der EDEKA oder nicht öffentliche Lieferantendaten haben. Daneben legt die Entscheidung des Bundeskartellamtes ausdrücklich und mit strukturellen Vorgaben an die Grundvereinbarung des Gemeinschaftsunternehmens fest, dass die Geschäftsführung des Gemeinschaftsunternehmens allein mit Vertretern von EDEKA besetzt werden darf. So soll verhindert werden, dass das Gemeinschaftsunternehmen als „Informationsbrücke“ und Koordinationsplattform wirken kann.

3.3.3.3 Fazit: Minimierung des Gruppeneffekts durch Nebenbestimmungen

522. Die Monopolkommission begrüßt die oben dargestellten Bestrebungen des Bundeskartellamtes, die Koordinationswirkungen von fusionskontrollpflichtigen Gemeinschaftsunternehmen auf das zur Erreichung der mit deren Gründung angestrebten Verbund- und sonstigen legitimen Vorteile notwendige Mindestmaß zu beschränken. Konkrete Vorgaben zur Struktur des Gemeinschaftsunternehmens und der diese umgebenden Beziehungen zwischen den Muttergesellschaften wie im Fall EDEKA/Tengelman können dabei auch nach Auffassung der Monopolkommission wirksam wettbewerbschädliche Auswirkungen des unvermeidbaren Gruppeneffekts verhindern. Allerdings stellt die Kontrolle der Einhaltung solcher Nebenbestimmungen über die Zeit ihrer Geltungsdauer Probleme, die denen von nach § 40 Absatz 3 Satz 2 GWB unzulässigen, eine laufende Verhaltenskontrolle bedingenden Verhaltensauflagen¹⁹² nahekommen. Die vom Bundeskartellamt gewählte Lösung, die nachweisliche Schaffung entsprechender Abläufe und Strukturen als aufschiebende Bedingung der Freigabe vorzusehen, überzeugt zwar zunächst. Doch die nachfolgende Auflage zur Aufrechterhaltung dieser Abläufe und Strukturen wirft die Kartellbehörde wieder auf das Kontrollproblem von Verhaltensauflagen zurück. Die Monopolkommission empfiehlt dem Bundeskartellamt daher,

¹⁸⁹ BKartA, Beschluss vom 30. Juni 2008, B2-333/07, WuW/E DE-V 1607 „EDEKA/Tengelman“.

¹⁹⁰ Vgl. zur Marktabgrenzung bereits eingehender Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O., Tz. 560 ff.

¹⁹¹ Zur eingehenden Behandlung von Nachfragemacht vgl. oben Abschnitt 1.5

¹⁹² Vgl. dazu insgesamt Monopolkommission, Sondergutachten 41, a. a. O., Tz. 116 ff. sowie unten Tz. 649 f.

insoweit entsprechende auflösende Bedingungen statt (wie im Fall EDEKA/Tengelmann) nachlaufender Auflagen vorzusehen. Das würde diese Verpflichtungen der Zusammenschlussparteien selbstdurchsetzend machen, da bei Zuwiderhandlung der Zusammenschluss rechtswidrig wäre und die Beteiligten mit einer Entflechtung nach § 41 Absatz 3 GWB rechnen müssten. Für die so Verpflichteten entstünde dadurch auch keine unzumutbare Unsicherheit. Denn ihnen würde lediglich obliegen, die nachgewiesenen und vom Bundeskartellamt akzeptierten Abläufe und Strukturen nicht (ohne Einverständnis des Bundeskartellamtes) zu verändern. So würde zwar nicht das Kontrollproblem ausgeräumt, die Wahrscheinlichkeit und die Anreize zu einer Zuwiderhandlung würden aber substantziell reduziert.

523. Besonders begrüßt die Monopolkommission die Praxis des Bundeskartellamtes, über die Fusionskontrollentscheidung hinaus die Beteiligten ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass eine Kontrolle des Gemeinschaftsunternehmens, des damit verbundenen Beziehungsgeflechtes sowie vor allem der tatsächlichen Verhaltenskoordination vorbehalten bleibt. Zwar stellt dies lediglich einen Hinweis auf das ohnehin geltende Kartellverbot dar. Dennoch ist die tatsächliche Wirkung eines solchen Hinweises nicht nur bei Unternehmen ohne eigene Compliance-Abteilung von kaum zu unterschätzender Anreizwirkung für die verantwortlichen Manager.

524. Weitergehend könnte eine Leitlinien-Mitteilung des Bundeskartellamtes zu den kartellrechtlichen Grenzen und Problemen von Gemeinschaftsunternehmen und zulässigen Kooperationspraktiken dazu beitragen, Unternehmen die Kartellrechtsrelevanz ihrer strukturellen Kooperationen deutlicher aufzuzeigen, betroffene Manager für ihre daraus folgenden Pflichten und Haftungsrisiken zu sensibilisieren und die Vorfeldwirkung des Kartellverbots insoweit zu stärken. Gerade vor dem Hintergrund der begrenzten Kapazitäten des Bundeskartellamtes ließe sich so, in Verbindung mit der Entscheidung einiger wichtiger Pilotverfahren, die tatsächliche Reichweite der §§ 1 f. GWB in diesem sensiblen Bereich erhöhen.¹⁹³ Die Monopolkommission verkennt nicht die Schwierigkeiten, die die Erstellung eines solchen generalisierenden Papiers bedeutet. Dennoch kann davon ausgegangen werden, dass die zentrale Bündelung der Erfahrungen der verschiedenen Beschlussabteilungen in einem öffentlichen Papier einen Mehrwert an Transparenz der kartellrechtlichen Anforderungen bedeuten würde und dadurch erheblichen positiven Einfluss auf die Sensibilität betroffener Unternehmen und ihrer Manager haben könnte.

¹⁹³ Beispiele für solche Leitlinien sind etwa das Merkblatt des Bundeskartellamtes über Kooperationsmöglichkeiten für kleinere und mittlere Unternehmen von März 2007 oder die Leitlinien der Europäischen Kommission zur Anwendbarkeit von Artikel 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit („Horizontal-Leitlinien“), ABl. EG Nr. C 3 vom 6. Januar 2001, S. 2. Dort wird teilweise auch auf die Freistellungs Voraussetzungen nach verschiedenen Gruppenfreistellungsverordnungen eingegangen.

3.3.4 Vernetzung in Oligopolmärkten: Verbundeffizienzen und Koordinationsplattformen

525. Der Gruppeneffekt als koordinierende Auswirkung einer Verflechtung über Gemeinschaftsunternehmen wirkt insbesondere dann wettbewerbsschädlich, wenn der Restwettbewerb in den betroffenen Märkten ohnehin schon eingeschränkt ist.¹⁹⁴ Regelmäßig werden durch eine Zusammenarbeit Faktoren verstärkt, die auch als Indikatoren für die Wettbewerbslosigkeit eines Oligopols¹⁹⁵ dienen: gegenseitige Transparenz bzw. Informationsaustausch, Möglichkeiten zur Sanktionierung abweichenden Verhaltens und die Gleichrichtung der Interessen der Muttergesellschaften. Die durch Verflechtungen gesteigerte Reaktionsverbundenheit im Oligopol steigert im Regelfall auch die damit verbundenen Wohlfahrtsverluste. Insbesondere in Oligopolmärkten sollten daher die Strukturen von Gemeinschaftsunternehmen und entsprechende Beziehungsgeflechte immer so ausgerichtet sein, dass wesentliche negative Rückwirkungen auf den Wettbewerb ausgeschlossen sind oder jedenfalls auf das unvermeidliche Minimum reduziert bleiben.

526. Im Berichtszeitraum sind einige solche Verflechtungen in Oligopolmärkten mit ihrer wettbewerblichen Bedeutung in den Fokus des Bundeskartellamtes gerückt. So untersucht etwa der Zwischenbericht der Sektoruntersuchung Kraftstoffe Verflechtungen in der Mineralölwirtschaft.¹⁹⁶ Im Fusionskontrollverfahren genehmigte internationale Verflechtungen in der Zuckerbranche stellten sich – in Vollzug gesetzt, im Marktkontext wirksam und nach Erkenntnisgewinn durch Durchsuchungen – als jedenfalls nicht unproblematisch heraus.¹⁹⁷ Die im Fusionsfall EDEKA/Tengelmann erforderliche Analyse der Beschaffungsmärkte des Lebensmitteleinzelhandels hat die Aufmerksamkeit des Bundeskartellamtes insbesondere auf Einkaufskooperationen in diesem Bereich gelenkt.

527. Auf der anderen Seite weist etwa die Entscheidung, mit der die Europäische Kommission den Austausch von Energieerzeugungskapazitäten zwischen E.ON und Electrabel/GdF Suez freigegeben hat, eine bedenkliche Nichtprüfung solcher Gruppeneffekte auf.¹⁹⁸ Eine Freigabe im vereinfachten Verfahren erscheint umso weniger verständlich, als zeitnah ein weiteres Verfahren

¹⁹⁴ Vgl. bereits zum Strommarkt Monopolkommission, Sondergutachten 49, a. a. O., Tz. 170 ff.

¹⁹⁵ Vgl. EuG, Urteil vom 6. Juni 2002, T-342/99, Slg. 2002, II-2585, WuW/E EU-R 559 „Airtours/Kommission“, Tz. 61 ff., inhaltlich bestätigt durch EuGH, Urteil vom 10. Juli 2008, C-413/06 P, Slg. 2008, I-4951, WuW/E EU-R 1498 „Impala/Kommission“, Tz. 121 ff.; vgl. BGH, Beschluss vom 11. November 2008, KVR 60/07, WuW/E DE-R 2451 „E.ON/Stadtwerke Eschwege“, Tz. 36 ff., ausdrücklich zu Verflechtungen im Allgemeinen Tz. 56. Vgl. dazu näher unten Tz. 597 ff.

¹⁹⁶ Vgl. etwa die Analyse und Einschätzungen in BKartA, Sektoruntersuchung Kraftstoffe, Zwischenbericht Juni 2009, B8-100/07, S. 39 f.

¹⁹⁷ Vgl. etwa die Analyse und Einschätzungen in BKartA, Beschluss vom 17. Februar 2009, B2-46/08 „Nordzucker/Danisco“, Tz. 291 ff.

¹⁹⁸ EU-Kommission, Entscheidung vom 13. Oktober 2009, COMP/M.5519 „E.ON/ELECTRABEL“ sowie vom 16. Oktober 2009, COMP/M.5512 „ELECTRABEL/E.ON“, anhängig beim EuG, T-370/09.

gegen die beiden Beteiligten E.ON und GdF wegen missbräuchlicher Abschottung nationaler Gasmärkte entschieden worden ist, die durch die Verflechtung über ein Gemeinschaftsunternehmen wesentlich erleichtert worden war.¹⁹⁹

528. Die aufgeführten Fälle illustrieren beispielhaft die Wirkung von Verflechtungen über Gemeinschaftsunternehmen als Koordinationsplattformen. Sie unterliegen rechtlich klar dem Maßstab des Kartellverbots nach § 1 GWB und Artikel 101 AEUV, faktisch jedoch stellen sie einen Graubereich dar, den die Kartellbehörden nur in wenigen Fällen aufgreifen können, etwa wenn die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens im Fusionskontrollverfahren angemeldet bzw. im Rahmen oder Vorfeld eines solchen Verfahrens bekannt wird oder aber die offensichtlichen marktlichen Auswirkungen aufgrund von Beschwerden von Marktteilnehmern ein Eingreifen indizieren. Eigenständige Überprüfungen von Gemeinschaftsunternehmen unabhängig von Fusionskontrollverfahren kommen allerdings überaus selten vor.

529. Vor diesem Hintergrund regt die Monopolkommission an, dass das Bundeskartellamt in oligopolistisch strukturierten Branchen die bestehenden Verflechtungen systematisch etwa im Rahmen von Sektoruntersuchungen oder im Nachgang zu Fusionskontrollverfahren in betroffenen Branchen²⁰⁰ überprüft und verstärkt nach § 1 f. und § 32 GWB einschreitet. Dabei könnten bereits wenige Pilotentscheidungen die Änderung kartellrechtswidriger Koordinationspraktiken zur Folge haben. Sie könnten Unternehmen für die Problematik sensibilisieren und den Zielsetzungen des Kartellgesetzes gerade in wettbewerblich problematischen Bereichen stärkere Geltung verschaffen. Zeitnah zu solchen Entscheidungen veröffentlichte Leitlinien oder einfache Bekanntmachungen des Bundeskartellamtes, die die Probleme und Grenzen von Gemeinschaftsunternehmen umreißen, könnten eine Steigerung der Sensibilität von betroffenen Unternehmen für ihre kartellrechtlichen Pflichten und Restriktionen sowie die Kartellrechtstreue von verantwortlichen Managern signifikant unterstützen und erleichtern.²⁰¹

3.4 Wettbewerblich erheblicher Einfluss als Zusammenschlusstatbestand

530. Der Auffangtatbestand des § 37 Absatz 1 Nummer 4 GWB gibt dem Bundeskartellamt die Möglichkeit, Zusammenschlüsse auch dann im Fusionskontrollverfahren 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 würde. Diese Vorschrift wird wegen ihrer scheinbaren Unwägbarkeit von Unternehmen und privaten Rechtsberatern vielfach als wohlfahrtsschädlich kritisiert. Tatsächlich entscheidet das Bundeskartellamt

auf dieser Grundlage jedoch nur etwa 20 Fälle im Jahr.²⁰² Die Entscheidungspraxis von Kartellbehörde und -gerichten ist nach 20-jähriger Anwendung der Vorschrift gefestigt, transparent und in jedem einschlägigen Gesetzeskommentar einfach zu überschauen. Schließlich ist bei jeder so erfassten Transaktion stets eine ausdrückliche Absicht der Beteiligten zur Beeinflussung des Wettbewerbs gegeben, was eine Berufung der Betroffenen auf gesetzliche Unsicherheiten stark relativieren dürfte. Wie bei Gemeinschaftsunternehmen geht es hier oft um Grenzfälle zu einer kartellähnlichen Koordination. Eine in Einzelfällen verbleibende geringe Restunsicherheit²⁰³ ist in solchen Grenzfällen unvermeidlich und wird jedenfalls mehr als aufgewogen durch die Erfassung von speziell zur Umgehung der übrigen Zusammenschlusstatbestände gestalteten Transaktionen. Ihre Effektivität zur Erhaltung besonders schützenswerten Restwettbewerbs hat die Vorschrift insbesondere in den Bereichen Medien und Energie bewiesen.²⁰⁴

531. Da diese Norm Umgehungstatbestände erfassen will, ist eine abschließende Typisierung der Anwendungskriterien nicht möglich; vielmehr kommt es immer auf die tatsächlichen wettbewerblichen Auswirkungen an. Hauptvoraussetzung ist stets ein Wettbewerbsverhältnis zwischen Erwerber und Zielunternehmen. Ein fast immer erfülltes Kriterium ist die Vertretung des Minderheitsgesellschafters in Gesellschaftsorganen, welche auch ohne formelle Sperrminorität erheblichen Einfluss vermitteln kann und immer mit Informations- und Einsichtsrechten verbunden ist. Von entscheidender Bedeutung ist regelmäßig die Gesellschaftsstruktur des Zielunternehmens: Ein Minderheitsgesellschafter mit geringem Anteil kann als einziger strategischer Investor mit Branchenkenntnis (etwa als Wettbewerber oder Lieferant) erheblichen Einfluss auf die Geschäftspolitik des Unternehmens haben. Die Vergrößerung einer homogenen Minderheitsgesellschaftsgruppe kann deren Einfluss erheblich vermehren, ein starker Mehrheitsgesellschafter kann (bei entsprechender Interessenlage) den Einfluss eines Minderheitsgesellschafters gering halten. Dagegen ist die Vermittlung eines wettbewerblich erheblichen Einflusses an keine Mindestbeteiligung gebunden. So hat dem Bundeskartellamt bereits ein Kapitalanteil von 1 Prozent an einem Gemeinschaftsunternehmen ausgereicht, um die Beteilig-

¹⁹⁹ EU-Kommission, Entscheidung vom 8. Juli 2009, COMP/39.401 „E.ON/GdF“.

²⁰⁰ Vgl. etwa die Analyse und Einschätzungen in BKartA, Beschluss vom 17. Februar 2009, B2-46/08 „Nordzucker/Danisco“, Tz. 291 ff.

²⁰¹ Vgl. dazu auch unten Tz. 543 sowie allgemein oben Tz. 371 ff.

²⁰² Ein Anteil von durchschnittlich gut 1 Prozent der insgesamt rund 1 700 angemeldeten Fälle pro Jahr; vgl. oben Abschnitt 3.1.

²⁰³ Darauf weist eine Quote von etwa 11 Prozent angemeldeter Transaktionen hin, die nicht der Fusionskontrolle unterliegen. Dieser Anteil liegt bei den übrigen Anmeldungen nur bei etwa 4 Prozent. Zudem wird aus der Beratungspraxis erhöhter Beratungsbedarf der Unternehmen berichtet.

²⁰⁴ Vgl. statt vieler nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6. Juli 2005, Kart 26/04 (V), WuW/E DE-R 1571, 1583 f. „Bonner Zeitungsdruckerei“; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. November 2005, Kart 14/04 (V), WuW/E DE-R 1639, 1640 ff. „Mainova/Aschaffener Versorgungs GmbH“. Dazu Monopolkommission, Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor!, Hauptgutachten 2004/2005, Baden-Baden 2006, Tz. 436 ff. und 525 ff.

ten zu einer Umstrukturierung des Vorhabens zu bewegen.²⁰⁵

532. Die Rechtsprechung hat klare Kriterien entwickelt, die für die Feststellung eines wettbewerblich erheblichen Einflusses vorliegen müssen: Entscheidend ist, ob der zur Beurteilung stehende Anteilserwerb eine Einflussnahme auf die Willensbildung und damit auf das Marktverhalten des Zielunternehmens ermöglicht und den Erwerber in die Lage versetzt, eigene Wettbewerbsinteressen zur Geltung zu bringen.²⁰⁶ Notwendig und hinreichend ist dabei eine gesellschaftsrechtlich vermittelte²⁰⁷ und auf Dauer angelegte²⁰⁸ Möglichkeit der Einflussnahme. Diese muss sich nicht auf das gesamte Wettbewerbspotenzial des Beteiligungsunternehmens beziehen. Es genügt vielmehr, wenn dieses infolge der Beteiligung auch von dem Erwerber für die von ihm verfolgten wettbewerblichen Zwecke nutzbar gemacht und eingesetzt werden kann. Ein Zusammenschlussstatbestand nach § 37 Absatz 1 Nummer 4 GWB ist daher anzunehmen, wenn nach der Art der Vertragsgestaltung und der wirtschaftlichen Verhältnisse zu erwarten ist, dass der Mehrheitsgesellschafter auf die Vorstellungen des Erwerbers Rücksicht nimmt oder diesem freien Raum lässt, auch wenn dies nur geschieht, soweit es seinen eigenen Interessen nicht zuwiderläuft.²⁰⁹

533. Mögen diese Kriterien auf den ersten Blick auch kompliziert erscheinen, so ist doch allen erfassten Fällen das Entstehen konkreter Möglichkeiten und konkreter Anreize zur strukturellen Koordinierung von Verhalten zwischen Wettbewerbern gemein. Vor diesem Hintergrund und angesichts der allgemeinen Fusionskontrollschwellen des § 35 Absatz 1 GWB (insbesondere mehr als 500 Mio. Euro Jahresumsatz) stellt die Verpflichtung der planenden Unternehmen zur fusionskontrollrechtlichen Anmeldung der Beteiligung keine übermäßige Belastung dar. Denn Unternehmen dieser Größenordnung, die solche Beteiligungen planen, dürften regelmäßig auch ohne spezialisierte anwaltliche Beratung von einer Kartellrechtsrelevanz des Vorhabens ausgehen.

534. Im Berichtszeitraum erscheinen insbesondere zwei Anwendungsfälle der Vorschrift bedeutsam. So hat das

Bundeskartellamt erstens, bestätigt durch das OLG Düsseldorf, die Minderheitsbeteiligung von A-TEC an der Norddeutschen Affinerie untersagt, da trotz einer relativ geringen Beteiligung die Gesamtumstände einen wettbewerblich erheblichen Einfluss seitens A-TEC erwarten ließen. Daneben war zweitens in einem anderen Fall eine (beidseitig) nach § 37 Absatz 1 Nummer 4 GWB erfasste Überkreuzbeteiligung zwischen Air Berlin und TUI angemeldet, die aber nach Vorabklärung mit dem Bundeskartellamt in eine einseitige Beteiligung abgewandelt wurde. Diese Konstruktion erfüllte schließlich weder den Zusammenschlussstatbestand, noch war sie hinsichtlich des Kartellverbotes bedenklich.

3.4.1 Wettbewerbserheblicher Einfluss eines strategischen Investors mit Branchenkenntnis

535. Den bereits erfolgten Erwerb von rund 13,75 Prozent der Stimmrechtsanteile an der Norddeutschen Affinerie (NA) durch A-TEC hat das Bundeskartellamt infolge der nachträglichen Anmeldung untersagt.²¹⁰ Eine Entflechtung durch Verkauf der Anteile wurde mit zusätzlichen vorläufigen Sicherungsmaßnahmen angeordnet. Nach Auffassung des Bundeskartellamtes hätte der Zusammenschluss zur Entstehung von Marktbeherrschung auf dem Markt für sauerstofffreie Kupferstranggussformate geführt. A-TEC und Norddeutsche Affinerie sind die wichtigsten Wettbewerber bei der Herstellung und dem Vertrieb von sauerstofffreien Kupferstranggussformaten im EWR mit einem gemeinsamen Marktanteil von weit über 85 Prozent. Während den Nachfragern von sauerstofffreien Kupferstranggussformaten vor dem Zusammenschluss zwei gleichwertige, voneinander unabhängig agierende Lieferanten zur Verfügung standen, ging das Bundeskartellamt davon aus, dass beide Beteiligten nach dem Zusammenschluss ihr Verhalten im Wettbewerb aufeinander abstimmen würden und so für die Abnehmer keine wesentlichen Ausweichmöglichkeiten mehr bestünden.

536. Die Annahme eines wettbewerblich erheblichen Einflusses begründete das Bundeskartellamt dreifach: Da in früheren Jahren die Abstimmungspräsenz in der Hauptversammlung der NA konstant niedrig gewesen sei, würden die von A-TEC gehaltenen Anteile dieser eine faktisch mit der aktienrechtlichen Sperrminorität von 25 Prozent vergleichbare Position bei Abstimmungen vermitteln. Zweitens war für A-TEC die Entsendung dreier Vertreter in den Aufsichtsrat der NA vorgesehen. Drittens wiesen sämtliche anderen Aktionäre der NA weder eine vertiefte Branchenkenntnis im Kupferbereich auf noch verfolgten sie langfristige strategische, auf das Marktverhalten von NA ausgerichtete Interessen, während A-TEC selbst in allen wesentlichen Geschäftsbereichen der NA aktiv ist. Aus dieser Branchenkenntnis, den offensichtlichen strategischen Interessen von A-TEC und dem Fehlen anderer strategisch interessierter Investoren

²⁰⁵ Allerdings war diese Beteiligung eingebunden in ein weitreichendes Geflecht von langfristigen Vertragsbeziehungen und einem weiteren Gemeinschaftsunternehmen, die dem Vorhaben – wie von den Beteiligten intendiert – erhebliche wettbewerbliche Auswirkungen verschaffen; BKartA, Tätigkeitsbericht 2001/2002, Bundestagsdrucksache 15/1226 vom 27. Juni 2003, S. 218 f., Abfallentsorgungsanlage Märkischer Kreis.

²⁰⁶ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. November 2008, Kart 5/08 (V), WuW/E DE-R 2462 „A-TEC/Norddeutsche Affinerie“.

²⁰⁷ BGH, Beschluss vom 21. Dezember 2004, KVR 26/03, WuW/E DE-R 1419 „trans-o-flex“.

²⁰⁸ BGH, Beschluss vom 21. November 2000, KVR 16/99, WuW/E DE-R 607 „Minderheitsbeteiligung im Zeitschriftenhandel“.

²⁰⁹ Vgl. etwa Beschluss vom 21. Dezember 2004, KVR 26/03, WuW/E DE-R 1419 „trans-o-flex“; BGH, Beschluss vom 21. November 2000, KVR 16/99, WuW/E DE-R 607 „Minderheitsbeteiligung im Zeitschriftenhandel“; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6. Juli 2005, Kart 26/04 (V), WuW/E DE-R 1571 „Bonner Zeitungsdruckerei“; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. November 2005, Kart 14/04 (V), WuW/E DE-R 1639 „Mainova/Aschaffener Versorgungs GmbH“.

²¹⁰ BKartA, Entscheidung vom 27. Februar 2008, B5-198/07, WuW/E DE-V 1553 „A-TEC/Norddeutsche Affinerie“.

im Gesellschafterkreis der NA, die einem koordinierenden Einfluss von A-TEC hätten entgegenwirken können, schloss das Bundeskartellamt auf das Vorliegen eines wettbewerblich erheblichen Einflusses. Denn diese Tatsachen ließen erwarten, dass die Minderheitsbeteiligung der A-TEC einen erheblichen Einfluss auf Geschäftspolitik und strategische Ausrichtung der NA vermittelt hätte.

537. Das OLG Düsseldorf bestätigte die Entscheidung des Bundeskartellamtes inhaltlich.²¹¹ Es stellte auch fest, dass der Zusammenschlusstatbestand des wettbewerblich erheblichen Einflusses im Sinne von § 37 Absatz 1 Nummer 4 GWB jedenfalls dann erfüllt ist, wenn der Erwerber zwar eine unter 25 Prozent liegende Gesellschaftsbeteiligung erwirbt, jedoch aufgrund sonstiger rechtlicher oder tatsächlicher Umstände dauerhaft die Stellung des Inhabers einer aktienrechtlichen Sperrminorität von 25 Prozent besitzt. Dabei spiele keine Rolle, ob diese faktische Sperrminorität auf Zusatzabreden, Einflussmöglichkeiten tatsächlicher Art oder darauf beruht, dass sich ein hinreichend großer Anteil des Grundkapitals im Streubesitz befindet, sodass im Allgemeinen nur ein hinreichend geringer Teil des stimmberechtigten Kapitals in den Hauptversammlungen vertreten ist. Allerdings reiche für die Annahme einer faktischen Sperrminorität im Allgemeinen nicht aus, dass lediglich in den vergangenen drei Jahren eine derart geringe Hauptversammlungspräsenz zu verzeichnen war. So sei etwa die Abstimmungspräsenz auf der der Kartellamtsentscheidung nachfolgenden Hauptversammlung der NA höher als in vorigen Jahren gewesen, sodass A-TEC dort keine faktische Sperrminorität erreicht hätte. Jedoch genüge für die Annahme eines wettbewerblich erheblichen Einflusses bereits ein zur Erlangung eines Aufsichtsratsmandats ausreichender Stimmrechtsanteil, wenn wie hier zu erwarten sei, dass dieser Vertreter des Minderheitsgesellschafters aufgrund seiner Branchenkunde und Markterfahrung in einem ansonsten von branchenfremden Gesellschaftern besetzten Aufsichtsrat seinen mit den Interessen der Zielgesellschaft (teilweise) identischen strategischen Interessen Geltung verschaffe. Sei also schon der Anteilserwerb von 13,75 Prozent bei einer entsprechenden Gesellschafterkonstellation ausreichend für den Zusammenschlusstatbestand, so gelte dies um so mehr und eigenständig für den angemeldeten Erwerb dreier Aufsichtsratsmandate.

538. Die Monopolkommission pflichtet der Entscheidung des OLG bei. Der Erwerb einer faktischen Sperrminorität stellt den paradigmatischen Fall wettbewerbserheblichen Einflusses dar, ist aber für das Vorliegen eines Zusammenschlusstatbestands nicht zwingend erforderlich. Dabei lassen die bisherige Hauptversammlungspräsenz und die Anteilsverteilung substanzielle Prognosen für zukünftigen Abstimmungseinfluss einer Minderheitsbeteiligung nur in besonderen Fällen zu, in denen die Beteiligungsverhältnisse etwa strukturell verfestigt sind. Ein Stimmrechtsanteil, der vor dem Hintergrund der übrigen Gesellschafterstruktur, Branchenkenntnis und strategi-

scher Interessen des Minderheitsgesellschafters diesem eine wesentliche Einflussnahme auf die Willensbildung und damit auf das Marktverhalten des Zielunternehmens ermöglicht und dadurch den Erwerber in die Lage versetzt, eigene Wettbewerbsinteressen zur Geltung zu bringen, genügt für den Zusammenschlusstatbestand auch bei noch geringeren Stimmrechtsanteilen als hier. Umso mehr genügt dafür das Recht oder die faktische Möglichkeit, einen oder mehrere Vertreter in den Aufsichtsrat zu entsenden, wenn dies vor dem Hintergrund der sonstigen gesellschaftsrechtlichen und faktischen Umstände zu einer tatsächlichen, nicht unerheblichen Einflussnahme führen kann.

3.4.2 Minderheitsbeteiligungen, Überkreuzbeteiligungen und Kartellverbot

539. Ohne regelmäßige Erfassung in förmlichen Verfahren, aber praktisch zumindest ebenso bedeutsam sind Minderheitsbeteiligungen unterhalb der Zusammenschlussschwelle.²¹² Stärker noch als einseitige können solche Minderheitsbeteiligungen koordinierend wirken, durch die Unternehmen wechselseitig miteinander verflochten sind. Solche Überkreuzbeteiligungen werden üblicherweise als strukturelle Grundlage einer (geplanten) umfangreichen und langfristigen Zusammenarbeit vereinbart. Auch wenn derartige Transaktionen – bei entsprechender Geringfügigkeit der strukturell bedingten Einflussnahmemöglichkeit – nicht den Zusammenschlusstatbestand des wettbewerblich erheblichen Einflusses erfüllen und daher nicht anmeldepflichtig nach §§ 37 und 39 GWB sind, können sie wegen Verstoßes gegen das Kartellverbot nach § 1 GWB unzulässig sein. Aufgrund der Fokussierung seiner Praxis auf volkswirtschaftlich im Allgemeinen schädlichere sog. Kernkartelle²¹³ kontrolliert das Bundeskartellamt solche niedrigschwelligen Überkreuzbeteiligungen nur selten. In manchen Fällen jedoch müssen Unternehmen angemeldete, aber nicht unverändert genehmigungsfähige Transaktionen derart umstrukturieren, dass sie nicht mehr gegen Kartellrecht verstoßen. In diesen Fällen eines bereits eröffneten Kartellamtsverfahrens wird auch der Maßstab des Kartellverbots angewandt.

²¹¹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. November 2008, Kart 5/08 (V), WuW/E DE-R 2462 „A-TEC/Norddeutsche Affinerie“.

²¹² Auch wegen deren wettbewerblicher Bedeutung untersucht die Monopolkommission seit 1990 regelmäßig die zwischen den größten deutschen Unternehmen bestehenden Gemeinschaftsunternehmen sowie Kapitalbeteiligungen in diesem Kreis, um den Grad der gegenseitigen Verflechtung und Tendenzen insoweit sichtbar zu machen. Vgl. zu Verflechtungen der Großunternehmen Kapitel II, Abschnitt 4. zu Kapitalverflechtungen Kapitel II, Abschnitt 4.2 und zu Gemeinschaftsunternehmen Kapitel II, Abschnitt 4.4. Daneben werden unregelmäßig solche Verflechtungen in spezifischen Branchen untersucht; vgl. etwa Monopolkommission, Sondergutachten 49, a. a. O., Tz. 170 ff.

²¹³ Kernkartelle (auch Hard-Core-Kartelle genannt) sind geheime Absprachen zwischen Unternehmen auf derselben Stufe der Produktions- oder Vertriebskette, um Wettbewerb unter ihnen auszuschalten oder zu beschränken. In der Regel betreffen Kernkartelle die Festsetzung der An- oder Verkaufspreise, die Beschränkung der Produktion, die Aufteilung der Märkte, Zuteilung von Kunden oder Gebieten, Angebotsabsprachen oder eine Kombination dieser spezifischen Arten von Beschränkungen.

540. So hatten etwa die Beteiligten der Übernahme des Städtefluggeschäfts der TUIfly durch Air Berlin zunächst zusätzlich zu dieser Übernahme den Erwerb von jeweils 19,9 Prozent der Anteile an Air Berlin durch die TUI AG sowie an der TUIfly durch die Air Berlin angemeldet.²¹⁴ Die Beteiligungen waren jeweils mit Stimmrechten bzw. der Ausübung von Vetorechten versehen, sodass sie jeweils den Zusammenschlusstatbestand des wettbewerblich erheblichen Einflusses erfüllt hätten. Diese Transaktion hätte zu einem Zusammenschluss im Bereich des Charterflugverkehrs geführt, in dem beide Unternehmen marktstarke Anbieter sind. Die Beteiligten hatten daraufhin zunächst die beabsichtigte gegenseitige Beteiligung auf jeweils 9,9 Prozent reduziert und die Anmeldung insoweit modifiziert. Wechselseitige Beteiligungen in dieser Höhe hätten zwar keinen Zusammenschlusstatbestand mehr erfüllt, wären aber im Hinblick auf mögliche Koordinierungswirkungen für den Bereich des Charterfluggeschäfts nach § 1 GWB, Artikel 81 EG (jetzt Artikel 101 AEUV) problematisch gewesen.

541. Nach intensiver Diskussion mit dem Bundeskartellamt beschränkten die Beteiligten diesen Teil des Vorhabens auf eine einseitige Beteiligung der TUI in Höhe von 9,9 Prozent an Air Berlin. Eine solche Beteiligung allein konnte nach Auffassung des Bundeskartellamtes auch im Zusammenhang mit den übrigen langfristigen Verträgen zwischen den Beteiligten den Verdacht einer wettbewerblichen Koordinierung nicht mehr begründen, zumal die TUI AG auf Stimm- und Vetorechte verzichtete und sich verpflichtete, diese Beteiligung in der Zukunft wieder abzubauen. Das Bundeskartellamt sah nach dieser Umstrukturierung keinen Anlass mehr, ein Prüfverfahren nach § 1 GWB, Artikel 101 AEUV einzuleiten. Es wies die Parteien jedoch darauf hin, dass das Marktverhalten der beteiligten Unternehmen im Hinblick auf mögliche Koordinierungen weiter beobachtet werde.

542. Die Monopolkommission begrüßt dieses ausdrückliche Aufgreifen unterschwelliger Überkreuzbeteiligungen durch das Bundeskartellamt. Solche wechselseitigen Beteiligungen dürften im Regelfall zu einer weitreichenden Koordination des wettbewerblichen Verhaltens der beteiligten Unternehmen führen, auch wenn sie keine strukturelle Position vermitteln, die als wettbewerblich erheblicher Einfluss erfasst würde. Vor diesem Hintergrund ist nach § 1 GWB, Artikel 101 AEUV eine regelmäßige Ausrichtung von unterschwelligen Überkreuzbeteiligungen an den Anforderungen des Kartellverbots rechtlich zwingend vorgeschrieben. Die Kapazitätsbeschränkungen des Bundeskartellamtes und vor allem die Entscheidung des GWB, eine regelmäßige Kontrolle von Beteiligungen nur für nach § 37 GWB erfasste Zusammenschlüsse durchzuführen, lassen eine Überprüfung aller wettbewerbserheblichen Überkreuzbeteiligungen jedoch nicht zu. Eine Klarstellung der wettbewerbsrechtlichen Grenzen und Probleme solcher Verflechtungen in einem Leitlinien-Merkblatt könnte die faktische Reich-

weite des Kartellverbots erhöhen und mit vergleichsweise niederschwelligem Aufwand des Bundeskartellamtes den Zielsetzungen des GWB eine erhöhte tatsächliche Geltung verschaffen.²¹⁵

3.5 Marktabgrenzung

543. Oft kommt der Abgrenzung des wettbewerblich erheblichen Marktes eine vorentscheidende Bedeutung in Fusionskontrollverfahren zu. Wird ein Markt weit abgegrenzt, so ergeben sich verhältnismäßig geringe Marktanteile der Zusammenschlussbeteiligten, was auf das Fehlen negativer wettbewerblicher Zusammenschlussauswirkungen hindeutet. Eine enge Marktabgrenzung führt dagegen zu einer Annahme höherer Marktanteile, welche eine Prognose erheblicher Wettbewerbsauswirkungen näher legt. Mitunter – etwa bei fraglichem Erreichen der Bagatellmarktschwelle des § 35 Absatz 2 Nummer 2 GWB – hängt von der Marktabgrenzung sogar die Anwendbarkeit der Zusammenschlusskontrolle und damit das Bestehen einer Anmeldepflicht der Beteiligten ab.²¹⁶

544. Märkte werden sachlich und räumlich, nur in Einzelfällen zusätzlich zeitlich, abgegrenzt.²¹⁷ Dabei ist ein Markt nicht quasi-naturgesetzlich vorgegeben und lediglich zu ermitteln. Vielmehr stellt insbesondere der kartellrechtlich relevante Markt eine soziale Konstruktion dar.²¹⁸ Bei seiner Abgrenzung kommt es darauf an, die für die tatsächlichen Wettbewerbsverhältnisse der von einem Zusammenschluss betroffenen Märkte erheblichen Tatsachen in einem geeigneten Rahmen zu erfassen.

545. Die deutsche Kartellrechtspraxis geht dabei für Absatzmärkte in der Regel vom sog. modifizierten Bedarfsmarkt-konzept aus. Danach sind zunächst sämtliche Güter, die sich nach ihren Eigenschaften, ihrem wirtschaftlichen Verwendungszweck und ihrer Preislage so nahe stehen, dass der verständige Verbraucher sie als für die Deckung eines bestimmten Bedarfs geeignet und miteinander austauschbar ansieht, in einen Markt einzubeziehen. Dieses (reine) Bedarfsmarkt-konzept stellt lediglich ein Hilfsmittel dar, die Wettbewerbskräfte zu ermitteln, denen die beteiligten Unternehmen ausgesetzt sind. Es bedarf im Einzelfall der Korrektur, wenn und soweit es die auf die beteiligten Unternehmen wirkenden Wettbewerbskräfte nicht zutreffend und umfassend abbildet.²¹⁹ So sind neben der Austauschbarkeit aus Sicht der Marktgegenseite (Nachfragesubstituierbarkeit) zusätzlich die Möglichkeiten von Herstellern anderer Produkte einzubeziehen, ihre Produktion auf die vom Zusammen-

²¹⁴ BKartA, Beschluss vom 4. September 2009, B9-56/09, WuW/E DE-V 1867 „Air Berlin/TUIfly“.

²¹⁵ Vgl. oben Tz. 524.

²¹⁶ Vgl. für einen solchen Fall das Verfahren Faber/Basalt, Entscheidungen von BKartA, OLG und BGH, oben Tz. 474.

²¹⁷ Umfassend zur sachlichen Marktabgrenzung vgl. bereits Monopolkommission, Ökonomische Kriterien für die Rechtsanwendung, Hauptgutachten 1982/1983, Baden-Baden 1984, Tz. 606 ff.

²¹⁸ Vgl. Engel, C., Marktabgrenzung als soziale Konstruktion, in: Fuchs, A., Schwintowski, H.-P., Zimmer, D. (Hrsg.), Wirtschafts- und Privatrecht im Spannungsfeld von Privatautonomie, Wettbewerb und Regulierung (Festschrift Immenga), München 2004, S. 127–147.

²¹⁹ So ausdrücklich BGH, Beschluss vom 11. November 2008, KVR 60/07, WuW/E DE-R 2451 „E.ON/Stadtwerke Eschwege“, Tz. 17.

schluss betroffenen Waren umzustellen (Angebotsumstellungsflexibilität).²²⁰ Letztlich kommt es dabei auf den tatsächlichen wettbewerblichen Druck an, dem die Zusammenschlussbeteiligten ausgesetzt sind.²²¹ Für Beschaffungsmärkte gilt das Ausgeführte spiegelbildlich: Maßgeblich sind in erster Linie die alternativen Absatzmöglichkeiten der Produzenten, deren Produktionsumstellungsflexibilität sowie die Ausweichmöglichkeiten der Nachfrager. Die räumliche Dimension von Märkten ergibt sich aus den tatsächlichen Absatz-, Nachfrage- und Handelsströmen, die etwa durch Transportkosten, regulatorische Barrieren oder Gewohnheiten der Marktteilnehmer beeinflusst werden. Neben welt- oder europaweiten lassen sich deutschlandweite sowie regionale Märkte beobachten.

546. Bei der Beantwortung der für die Fusionskontrolle entscheidenden Frage, ob durch den angemeldeten Zusammenschluss für die Beteiligten ein nicht mehr vom Wettbewerb kontrollierter Verhaltensspielraum entstehen oder verstärkt würde, hat das Hilfsinstrument der Marktabgrenzung eine dienende Funktion.²²² Bei der Prognose der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung werden weitere Wettbewerbsfaktoren einbezogen, die nicht unmittelbar in die Marktabgrenzung eingeflossen sind. Relevant sind insbesondere die längerfristig wirkenden Möglichkeiten des Markteintritts bisher nicht in diesem Markt anbietender Produzenten (potenzielle Konkurrenz)²²³ sowie das (teilweise) Ausweichen der Nachfrager auf vergleichbare Produkte, die (partiell) ähnliche Bedürfnisse erfüllen wie die Produkte des sachlich relevanten Marktes (Substitutionswettbewerb)²²⁴. Sachlich eng verwandte Märkte lassen sich dabei zuweilen ohne Verstoß gegen die anerkannte Methodik entweder in einem gemeinsamen Markt zusammenfassen oder wechselseitig als Faktoren der Marktbeherrschung berücksichtigen, ohne dass dadurch das Ergebnis beeinflusst würde. So führt etwa § 19 Absatz 2 Nummer 2 GWB als Maßstab für eine überragende Marktstellung unter anderem potenzielle Konkurrenz sowie Angebots- und Nachfrageumstellungsflexibilitäten an.

547. In der industrieökonomischen Literatur und zunehmend in der Entscheidungspraxis ausländischer Kartellbehörden und der Europäischen Kommission sowie des Bundeskartellamtes finden immer häufiger Versuche statt, den relevanten Markt (unmittelbar) aus quantitativen Analysen abzuleiten, etwa vermittels des „Small-but-Significant Non-transitory Increase-in-Price Test“ (SSNIP-Test)²²⁵ oder vermittels Preis-Korrelationsanaly-

sen²²⁶. Vorgeschlagen wird darüber hinausgehend, den vorherrschenden Wettbewerbsdruck unmittelbar zu messen (etwa durch die Ermittlung des durch eine geplante Fusion entstehenden Preisdrucks („Upward Pricing Pressure“))²²⁷.

548. Die Monopolkommission befürwortet grundsätzlich den Einsatz solcher quantitativer Instrumente in Einzelfällen oder Sektoruntersuchungen, wenn entsprechend verwertbare Daten vorliegen oder die Bedeutung des relevanten Marktes den Erhebungsaufwand rechtfertigen. Allerdings ist zum gegenwärtigen Zeitpunkt aufgrund praktischer Beschränkungen der Aussagekraft solcher Verfahren davon auszugehen, dass sie in den meisten Fällen lediglich als zusätzliche Informationsquelle, aufbauend auf einer konzeptionellen Analyse des Marktes, dienen können. In Einzelfällen, etwa bei vorliegenden verwertbaren Daten und klarer Fragestellung, haben entsprechende Untersuchungen bereits zusätzliche Informationen liefern können und dienen insbesondere zur Erhärtung der konzeptionell gewonnenen Erkenntnisse.²²⁸ Die Monopolkommission befürwortet ausdrücklich den Aufbau von Expertise in diesem Gebiet durch das Bundeskartellamt sowie die Durchführung entsprechender Untersuchungen in geeigneten Fällen. Denn die praktischen Grenzen der Anwendung quantitativer Techniken sind nur durch deren Anwendung und Verbesserung in praxi zu verschieben. Das setzt allerdings eine adäquate Ausstattung des Bundeskartellamtes auch in diesem Bereich, insbesondere in personeller Hinsicht, voraus. In diesem Zusammenhang bereitet das Bundeskartellamt eine Bekanntmachung vor, die die Grundanforderungen darlegen soll, die an ökonomische Gutachten zu stellen sind.

3.5.1 Sachliche Marktabgrenzung

549. Die sachliche Marktabgrenzung stellt fest, für welche Produkt- und/oder Dienstleistungsmärkte ein Zusammenschluss Bedeutung hat. Stellt die Marktabgrenzung auch ein wichtiges Element jeder Fusionskontrollentscheidung dar, so erscheinen doch einige Verfahren im Berichtszeitraum insoweit besonders bedeutsam: Im ersten sogleich diskutierten Verfahren, das einen Zusammenschluss von Schließanlagenherstellern zum Gegenstand hatte, waren zwei jedenfalls sehr eng verwandte Märkte betroffen, die erhebliches Konvergenz- und Substitutionspotenzial insbesondere für die Zukunft aufwiesen; die Entscheidungen des Bundeskartellamtes und des OLG legten insgesamt drei unterschiedliche Marktabgrenzungen zugrunde, die jede für sich die ausgesprochene Untersagung rechtfertigten. Im Lebensmitteleinzelhandel hat das Bundeskartellamt den unterschiedlichen

²²⁰ Vgl. nur BGH, Beschluss vom 16. Januar 2007, KVR 12/06, WuW/E DE-R 1925 „National Geographic II“, Tz. 19 ff.

²²¹ Vgl. BGH, Beschluss vom 11. November 2008, KVR 60/07, WuW/E DE-R 2451 „E.ON/Stadtwerke Eschwege“, Tz. 18 ff.

²²² Zum Merkmal der Marktbeherrschung vgl. im Einzelnen unten Tz. 595 ff.

²²³ Dazu im Einzelnen unten Tz. 624 ff.

²²⁴ Vgl. BGH, Beschluss vom 29. September 1981, KVR 2/80, WuW/E BGH 1854 „Straßenverkaufszeitungen“, Tz. 19; zuletzt BGH, Beschluss vom 4. März 2008, KVR 21/07, WuW/E DE-R 2268 „Soda-Club II“, Tz. 15.

²²⁵ Vgl. dazu ausführlich Monopolkommission, Sondergutachten 54, a. a. O., Tz. 74 ff.

²²⁶ Etwa in BKartA, Beschluss vom 2. Juli 2008, B2-359/07, WuW/E DE-V 1591 „Loose/Poelmeyer“, sowie die entsprechende Entscheidung des OLG Düsseldorf; vgl. dazu unten Tz. 561 ff.

²²⁷ Vgl. etwa bereits Farrell, J., Shapiro, C., Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition, Working Paper, Erstfassung 2008 [online verfügbar].

²²⁸ Vgl. sogleich zu einer Anwendung sowie aus der Praxis der Europäischen Kommission Tz. 561 ff.

Wettbewerbsdruck differierender Vertriebskonzepte nicht in der Marktabgrenzung, sondern in der Marktbeherrschungsbetrachtung gewürdigt. In Tankstellenmärkten werden nach neuerer Praxis des Bundeskartellamtes sachlich getrennte Märkte für Otto- und für Dieselmotorenstoffe angenommen. Ein eigenständiger sachlicher Markt für Sauermilchkäse lag einer Untersagung im Molkereisektor zugrunde. Die Abgrenzung von Lexika als gedruckten Büchern und als Online-Ressource führte letztlich zu einer Ablehnung der Fusionskontrollpflicht für die Lexikonsparten von Bertelsmann und Brockhaus. Die sachliche Marktabgrenzung im Energiesektor schließlich ist Gegenstand von Abschnitt 3.5.2 dieses Kapitels.

3.5.1.1 Marktabgrenzung in benachbarten dynamischen Märkten

550. In dem durch Untersagung abgeschlossenen Zusammenschlussverfahren Assa Abloy/Simons Voss²²⁹ ging das Bundeskartellamt von einem nationalen Angebotsmarkt für elektronische und mechatronische Schließzylinder (rein elektronischer Schlüsselchip bzw. zusätzlich mit elektronischem Chip versehene mechanische Schlüssel) aus, in den weder mechanische Schließanlagen noch elektronische Beschläge und konventionelle Zutrittskontrollanlagen einzubeziehen seien. Zwischen elektronischen und mechatronischen Schließzylindern bestünden enge Substitutionsbeziehungen, die sich in erster Linie aus den vergleichbaren Kosten und vor allem vergleichbarer Funktionalität ergäben. Andererseits seien mechanische Schließzylinder nicht in den Markt mit einzubeziehen, da deren Kosten im Durchschnitt bei nur etwa 10 bis 30 Prozent der Kosten von mechatronischen und elektronischen Schließzylindern lägen, sie wesentliche Sicherheitsfunktionen Letzterer nicht ermöglichten und sich schließlich auch die Anbieterstruktur auf jenem Markt wesentlich unterscheide. Die Märkte für nicht zylinderbasierte Schließtechnik (insbesondere sog. Beschlagslösungen und sonstige Zutrittskontrolllösungen) unterschieden sich wegen des stark erhöhten Einbauaufwands, des wesentlich höheren Preises, der weitgehend unterschiedlichen Vertriebswege, signifikant höheren Einnahmen aus dem Service- und Dienstleistungsgeschäft und der völlig anderen Wettbewerberstruktur wesentlich von den Märkten für zylinderbasierte Schließsysteme. Eine Unterscheidung zwischen in Echtzeit kontrollierbaren Anlagen (online) und solchen ohne diese Möglichkeit (offline) hielt das Bundeskartellamt nach einer Abnehmerbefragung wegen der Nachrangigkeit dieses Merkmals nicht für erforderlich.

Auf diesem Markt lasse die Fusion die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung erwarten, insbesondere weil Assa Abloy beim Absatz von mechatronischen Zylindern und Simons Voss beim Vertrieb von elektronischen Zylindern (Marktanteile von über 80 bzw. 50 Prozent) jeweils mit großen Abständen zum nächstkleineren Wettbewerber führend seien.

Hilfsweise basierte die Entscheidung auf einer Betrachtung getrennter Märkte für mechatronische und für elektronische Schließzylinder. Es sei auch dann von einer wesentlichen Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auszugehen, da diese beiden Märkte jedenfalls sachlich eng benachbart seien und von den Zusammenschlussbeteiligten dominiert würden. Unter der Annahme getrennter Märkte entfalle durch den Zusammenschluss der von dem jeweils anderen ausgehende erhebliche Wettbewerbsdruck. Entscheidend wurden hier aufgeführt die fusionsbedingt zu erwartende Stärkung des Zugangs der Beteiligten zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten, die bestehenden erheblichen Markteintrittsbarrieren sowie die Stellung von Assa Abloy als mit Abstand ressourcenstärkstem Marktteilnehmer.

Die Ausführungen zur Marktabgrenzung in dem Beschluss sind ungewöhnlich umfangreich und beschreiben die weitreichenden Sachverhaltsermittlungen des Bundeskartellamtes detailliert, die sich insbesondere mit den Substitutionsmöglichkeiten verschiedenster Abnehmerkreise und mit den Absatzstrukturen auseinandersetzen.

551. Das OLG Düsseldorf hat den Beschluss im Beschwerdeverfahren auf der Grundlage der Annahme eines einheitlichen Marktes bestätigt, der sowohl mechatronische und elektronische Schließzylinder als auch elektronische Beschläge und Zutrittskontrollanlagen in ihrer jeweiligen Offline-Variante umfasse.²³⁰

Das Oberlandesgericht analysiert im Einzelnen die Kosten, Verwendungsarten und spezifischen Vor- und Nachteile der unterschiedlichen relevanten Produkte und definiert für mechanische Schließzylinder sowie für echtzeitvernetzte Systeme jeweils eigenständige Märkte. Einen gemeinsamen Markt hingegen nimmt es für elektronische und mechatronische Schließzylinder, elektronische Beschläge und konventionelle Zutrittskontrollanlagen ohne Echtzeitvernetzung an. Daneben lehnt es die Annahme eines separaten Marktes für elektronische Schließsysteme (mehrere miteinander zu einem System verbundene Schließzylinder), die den Geschäftsgegenstand von Simons Voss darstellen sollen, ab. Denn einerseits gebe es keine Mindestgröße für abgegebene Systeme, andererseits sei Simons Voss jedenfalls unter dem Aspekt der Angebotsumstellungsflexibilität dem Markt für elektronische Schließzylinder zuzuordnen.

Mit ähnlichen Erwägungen wie das Bundeskartellamt geht das OLG davon aus, dass die bereits bestehenden marktbeherrschenden Stellungen der Beteiligten durch den Zusammenschluss weiter verstärkt würden. Auch diese Entscheidung ist in ihren Ausführungen zur Marktabgrenzung außergewöhnlich tiefgründig und umfassend, was wie bei der Kartellamtsentscheidung mit dem umfangreichen Vortrag der Beteiligten zusammenhängt.

552. Die Entscheidungen zeigen anschaulich, dass die Marktabgrenzung nur einen ersten Schritt bei der Ermitt-

²²⁹ BKartA, Beschluss vom 5. November 2008, B5-25/08, WuW/E DE-V 1652.

²³⁰ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Oktober 2009, VI-Kart 14/08 (V), zur Marktabgrenzung ab Tz. 36.

lung der wettbewerblichen Effekte eines Zusammenschlusses darstellt und nicht immer wesentlichen Einfluss auf die wettbewerbsrechtliche Einschätzung hat. Während das Bundeskartellamt in seiner Entscheidung die Unterschiede zwischen Online- und Offline-Lösungen als nicht unterscheidungserheblich angesehen hatte und vielmehr auf die konkrete Austauschbarkeit aufgrund von Kosten und Einbauaufwand abstellte, war für das OLG die Echtzeitvernetzung entscheidend. Ein wesentlicher Grund für diesen Unterschied war die Bewertung dynamischer Effekte im Markt. Das Bundeskartellamt hatte Abnehmer ausdrücklich nach dem Wettbewerbsverhältnis zwischen Online- und Offline-Lösungen gefragt und war zu dem Schluss gekommen, dass diese nur begrenzt austauschbar seien. In der Einschätzung des OLG hingegen spielte die mit der Online-Vernetzung verbundene Zukunftsfähigkeit der Schließsysteme eine entscheidende Rolle. Letztlich wurde unter allen drei ausgeführten Marktabgrenzungen die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bejaht.

553. Auch ohne genaue Marktabgrenzung erscheint die Situation in diesem Fall schon auf den ersten Blick recht eindeutig: Der absolute Marktführer bei den hergebrachten Schließtechnologien, der über Vertragsnetzwerke und Vertriebsverträge die Absatzkette wesentlich dominiert, will den absoluten Marktführer in einem jedenfalls unmittelbar angrenzenden Markt, der die zukunftsorientierte Fortsetzung des ersten Gesamtmarkts darstellt, übernehmen; hinzu kommt die Konvergenz der beiden betroffenen Produkte. Bei einheitlicher Prüfung einer zu befürchtenden erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung hätte hier die genaue Marktabgrenzung offenbleiben können, da jedenfalls der Wegfall des von dem jeweils anderen ausgehenden potenziellen und Randwettbewerbs die Verstärkung der marktbeherrschenden Stellungen auf den betroffenen Märkten wahrscheinlich gemacht hätte.²³¹ In diese Richtung weist auch der zweifache kurze, doch mitentscheidende Hinweis des OLG auf die erhebliche Angebotsumstellungsflexibilität der Beteiligten in diesem Verfahren, der allerdings jeweils der Rechtfertigung der vorgenommenen Marktabgrenzung, nicht der engeren Analyse der zu erwartenden Wettbewerbsbeeinträchtigung dient.

554. Vor dem Hintergrund des von den Beteiligten in dieser Sache betriebenen erheblichen Daten- und Gutachtenaufwands mag eine so vertiefte Befassung des Bundeskartellamtes und des Oberlandesgerichts mit den Einzelheiten der Marktabgrenzung angezeigt gewesen sein. Auch dürften im Regelfall zusätzliche Untersuchungen genauere Entscheidungen mit höherer Richtigkeitsgewähr ermöglichen. Gleichwohl gibt die Monopolkommission zu bedenken, dass in Fällen wie diesem, wo die langfristige Substituierbarkeit zweier Produkte außerordentlich hoch ist und (wie in den meisten Märkten mit bestimmten elektronischen Bauteilen) die von den Zusammenschlussbeteiligten bereits ausgeschöpften und infolge des

Zusammenschlusses weiter verstärkten Netzwerk- und Skaleneffekte eine entscheidende Rolle spielen, auch bei erheblichem Interesse der Beteiligten und entsprechend umfangreichem Sachvortrag lange Marktabgrenzungserörterungen durch den schlichten Hinweis auf erheblichen potenziellen Wettbewerb entbehrlich werden können. Insoweit sollte nicht aus den Augen verloren werden, dass Gegenstand der Prüfung die Ermittlung von Verhaltensspielräumen ist. Wegen der Marktbeherrschungsvermutungen des § 19 Absatz 3 GWB hat zwar die Ermittlung von Marktanteilen in verfahrensökonomischer Hinsicht grundsätzlich einen erheblichen Wert.²³² In Ausnahmefällen wie dem vorliegenden sollte aber mit Augenmaß auf eine genaue Abgrenzung der betroffenen Märkte verzichtet werden, wenn die absehbaren wettbewerblichen Auswirkungen eines Zusammenschlusses ohnedies deutlich sind. Insoweit erinnert die Monopolkommission daran, dass Fusionskontrollentscheidungen Prognoseentscheidungen sind, bei denen zumindest nach der bisherigen Konzeption des GWB auch die Anzahl und Diversität der in betroffenen Märkten Tätigen ein wesentliches Kriterium sein muss.

3.5.1.2 Einheitliche Marktabgrenzung und abgestufter Wettbewerbsdruck im Lebensmitteleinzelhandel: EDEKA/Tengelmann

555. Bei der bedingten Freigabe der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens zwischen der EDEKA Zentrale und der Tengelmann Warenhandels-gesellschaft („Netto Marken-Discount“) ist das Bundeskartellamt entsprechend seiner ständigen Praxis²³³ von einem einheitlichen sachlichen Absatzmarkt im Lebensmitteleinzelhandel ausgegangen.²³⁴ Das Lebensmittelhandwerk (Bäcker, Fleischereien, Obst- und Gemüsehändler, Wochenmärkte etc.), Drogeriemärkte und Cash&Carry-Grossmärkte werden nicht in den relevanten Markt einbezogen. Denn hier sei allenfalls von einem teilweisen Wettbewerbsverhältnis auszugehen; regelmäßig seien die Verkaufslö-kale in Sortiment, Lage, Größe, Einkaufsverhältnis etc. nicht ausreichend vergleichbar, während das Angebot der Cash&Carry-Märkte überwiegend nicht auf den Endverbraucher ausgerichtet sei. Auf der Beschaffungsseite hingegen wurden für 29 Produktgruppen und differenziert zwischen Handels- und Herstellermarken getrennte sachlich relevante Märkte unterschieden.²³⁵

556. Innerhalb dieses so definierten einheitlichen Lebensmitteleinzelhandels bestehe zwar eine starke Segmentierung über differenzierte Vertriebsschienenkon-

²³¹ Vgl. hierzu etwa OECD, Merger Review in Emerging High Innovation Markets, 2003 [online verfügbar].

²³² Vgl. dazu Tz. 601 ff.

²³³ Vgl. zuletzt BKartA, Beschluss vom 25. August 2005, B9-27/05 „EDEKA/Spar“; dazu Monopolkommission, Hauptgutachten 2004/2005, a. a. O., Tz. 474 ff.

²³⁴ BKartA, Beschluss vom 30. Juni 2008, B2-333/07, WuW/E DE-V 1607 „EDEKA/Tengelmann“. Vgl. zur Marktabgrenzung bereits Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O., Tz. 560 ff.; zu der in diesem Zusammenschlussverfahren gleichzeitig untersagten Beschaffungskoope-ration vgl. auch oben Tz. 518 ff.

²³⁵ Vgl. dazu oben Tz. 383.

zepte oder Vertriebslinien, die mit den Begriffen SB-Warenhäuser, Vollsortimenter, Soft-Discounter und Hard-Discounter bezeichnet werden und sich vor allem hinsichtlich der Sortimentsbreite (Anzahl der Produkte), der Sortimenttiefe (Anzahl der Marken pro Produkt und Anteil Herstellermarken/Handelsmarken), der Warenpräsentation und des Ambientes sowie teilweise hinsichtlich der Verkaufsfläche unterscheiden. Zwischen den Vertriebslinien bestehe jedoch ein – stark abgestuftes – Wettbewerbsverhältnis. Die Unterschiede zwischen diesen seien nicht so weitgehend, dass sie die Abgrenzung jeweils getrennter sachlich relevanter Märkte rechtfertigen würden. Denn zum einen tätigten die Endverbraucher ihre Einkäufe überwiegend in Geschäften mehrerer Vertriebslinien, zum anderen hätten die den Markt prägenden Lebensmitteleinzelhandelsanbieter ein Geschäftsmodell, das sich im Regelfall auf mehrere Vertriebslinien erstreckt. So seien EDEKA, REWE, Tengelmann und Lidl sowohl im Vollsortiment als auch im Soft-Discount vertreten.

557. Der unterschiedliche Wettbewerbsdruck der unterschiedlichen Vertriebslinien auf die jeweils anderen wird im Einzelnen untersucht und gewürdigt; die sorgfältige Ermittlung der Wettbewerbssituation auf den betroffenen Märkten wurde durch mehrere von den Beteiligten beauftragte oder vorgelegte Gutachten jedenfalls teilweise erleichtert. Der Wettbewerbsdruck vonseiten des Hard-Discounts betreffe im Wesentlichen die Preissetzung im Bereich der Handelsmarken. Dagegen bewegten sich die Wettbewerbsstrategien der Soft-Discounter und erst recht der Vollsortimenter mit einem hohen Anteil an Herstellermarken im Hinblick auf Preispolitik, Qualität, Service, Werbung, Verkaufsflächenkonzept und räumliche Gestaltung bezogen auf die Herstellermarken weitgehend unabhängig vom Hard-Discount. Entscheidend wirkte sich in diesem Fall das engere Wettbewerbsverhältnis zwischen Soft-Discounter- und Vollsortimenterbereich insoweit aus, als beide Beteiligten in diesen beiden Vertriebslinien tätig sind, der Zusammenschluss dadurch sowohl direkt als auch mittelbar die beiden Bereiche betraf und dadurch zumindest eine marktbeherrschende Stellung in einer Vielzahl von Regionalmärkten begründet hätte; in jenen Regionalmärkten mussten zur Ausräumung der wettbewerblichen Bedenken Verkaufsstätten der Beteiligten an Wettbewerber veräußert werden.

558. Die Monopolkommission begrüßt die einheitliche Marktabgrenzung mit der differenzierten Untersuchung abgestufter Wettbewerbsverhältnisse. Weder die Annahme nach Vertriebslinien sachlich getrennter Märkte noch die undifferenzierte Betrachtung des Wettbewerbsdrucks im einheitlichen Lebensmitteleinzelhandelsmarkt hätten die Marktverhältnisse ausreichend detailliert abzubilden vermocht. Durch die vorgenommene Untersuchung der abgestuften Wettbewerbsverhältnisse im Lebensmitteleinzelhandel können die tatsächlichen Marktverhältnisse zwischen den verschiedenen Vertriebslinien unter differenzierter Berücksichtigung von Handels- und Herstellermarken nach Auffassung der Monopolkommission ausreichend präzise erfasst werden. Auch die Nichteinbeziehung von Lebensmittelhandwerk, Dro-

geriemärkten und Cash&Carry-Grossmärkten wird überzeugend begründet. Insoweit bestehen zwar gewisse geringe Substitutionspotenziale; diese stellen jedoch von ihrer relativen Stärke und ihrem absoluten Volumen kaum wirksame Begrenzungen von Handlungsspielräumen im Lebensmitteleinzelhandel dar und würden sich praktisch kaum abbilden lassen. Die Entscheidung stellt nach Ansicht der Monopolkommission ein gutes Beispiel für die differenzierte Würdigung unterschiedlich stark wirkenden Wettbewerbs innerhalb eines einheitlichen Marktes dar.

3.5.1.3 Getrennte Tankstellenmärkte für Benzin und Diesel

559. Entgegen seiner bisherigen Entscheidungspraxis²³⁶ und der aktuellen Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission²³⁷ geht das Bundeskartellamt nunmehr von sachlich getrennten Märkten beim Tankstellenvertrieb von Otto- und von Dieselmotorkraftstoff aus.²³⁸ Dies liege darin begründet, dass die Nachfrager immer entweder Otto- oder Dieselmotorkraftstoff nachfragen würden, bedingt durch ihre vorhergehende Systementscheidung für ein Automobil mit entsprechender Motortechnologie. Zudem sei die Preisbewegung beider Produkte nicht parallel; vielmehr schwanke die Preisdifferenz zwischen Otto- und Dieselmotorkraftstoff z. B. im Verlauf der Jahreszeiten. Der Sortimentsgedanke, nach dem etwa im Lebensmitteleinzelhandel eine typischerweise nachgefragte Produktpalette zusammengefasst wird, sei hier nicht tragfähig. Denn der Abnehmer frage eben lediglich ein Produkt, nicht – wie typischerweise in Sortimentsmärkten – mehrere Produkte aus dem Sortiment nach. Insoweit steige hier auch die Attraktivität der Verkaufsstelle nicht mit zunehmender Sortimentsbreite.

560. Diese Differenzierung getrennter Märkte für Otto- und für Dieselmotorkraftstoff dürfte vor dem Hintergrund der berichteten Argumente tatsächlich den Wettbewerbsdruck zutreffend beschreiben. Ob dies zu einer unterschiedlichen Betrachtung im Einzelfall führen kann, vermag hier nicht geklärt zu werden. Weitergehend ließen sich die Märkte wohl nach dem sonstigen Sortiment der Tankstelle (Kleinsupermarkt, Bistro, Café, Werkstattbetrieb, Waschanlage etc.) aufgliedern. Der Aufwand für die Erhebung der Wettbewerbsparameter dürfte so deutlich ansteigen. Letztlich scheint wenig erstaunlich, dass die Entscheidungen des Bundeskartellamtes aus der getrennten sachlichen Marktabgrenzung jedenfalls bislang keine eigenständigen Schlüsse ziehen, wenn auch die errechneten Marktanteile für Otto- und Dieselmotorkraftstoff teilweise um

²³⁶ Zuletzt zweifelnd BKartA, Beschluss vom 7. März 2008, B8-134/07, WuW/E DE-V 1584 „Shell/HPV“.

²³⁷ EU-Kommission, Entscheidung vom 21. November 2008, COMP/M.4919 „StatoilHydro/Conoco Phillips“; vgl. dazu unten Tz. 682 ff.

²³⁸ So schon in BKartA, Beschluss vom 7. März 2008, B8-134/07, WuW/E DE-V 1584 „Shell/HPV“; seither konsequenter: BKartA, Beschluss vom 29. April 2009, B8-175/08, WuW/E DE-V 1719 „Total Deutschland/OMV Deutschland“; ebenso BKartA, Beschluss vom 8. Juni 2009, B8-31/09 „Rheinland Kraftstoff/Honsel Mineralölvertriebs GmbH“; BKartA, Beschluss vom 8. Mai 2009, B8-32/09 „Shell Deutschland Oil/Lorenz Mohr“.

bis zu 10 Prozent divergieren. Die Monopolkommission begrüßt zwar grundsätzlich die Steigerung der Differenziertheit von Marktabgrenzungen. Ob der Mehraufwand der Erhebung vor dem Hintergrund der tatsächlichen Wettbewerbssituation und deren praktischer Erfassbarkeit tatsächlich eine unterschiedliche Marktabgrenzung in Tankstellenfusionsfällen sinnvoll scheinen lässt, muss die Zukunft zeigen.

3.5.1.4 Eigenständiger Markt für Sauermilchkäse: Loose/Poelmeyer

561. Unter Zugrundelegung eines eigenständigen sachlichen Marktes für Sauermilchkäse hat das Bundeskartellamt – bestätigt durch das OLG Düsseldorf – die geplante Übernahme der Poelmeyer Holding durch die Käserei Loose, eine Tochtergesellschaft der Unternehmensgruppe Theo Müller, untersagt.²³⁹ Durch den Zusammenschluss wäre nach Auffassung des Bundeskartellamtes eine marktbeherrschende Stellung der Beteiligten entstanden, die sich aus deren Marktanteil von über etwa 70 Prozent und anhand der Strukturbetrachtungen des betroffenen Marktes ergaben. Dieser Markt stagniere seit Längerem und habe bereits einen starken Konzentrationsprozess erfahren. Nach dem Zusammenschluss verbleibe nur noch ein namhafter Wettbewerber, auch dieser mit geringen Marktanteilen. Allein der Übernehmer produziere das für die Herstellung von Sauermilchkäse notwendige Vorprodukt Sauermilchquark selbst, was zu signifikanten Vorteilen auf der Beschaffungsseite führe. Durch das den Beteiligten zur Verfügung stehende flächendeckende logistische Vertriebsnetz der Gruppe, deren breites Angebotsortiment und deren Finanzkraft seien günstigere Abgabepreise, Portfolioeffekte und eine Steigerung wettbewerblcher Aktivitäten möglich. Effektiv disziplinierende Nachfragemacht oder Markteintritte seien nicht zu erwarten.

562. Die Untersagung hing ab von der Abgrenzung eines eigenständigen Produktmarktes für die Herstellung von Sauermilchkäse (bekannt z. B. als „Harzer Roller“ oder „Handkäs“). Entscheidend kam es an auf die fehlende Austauschbarkeit von Sauermilchkäse mit anderen Käsesorten, insbesondere mit Weichkäse, wie z. B. Camembert oder Brie. Aufgrund von Marktbeobachtungen und Informationen der internen Beschaffungsmarktforschung des Lebensmitteleinzelhandels stellte das Bundeskartellamt fest, dass Sauermilchkäse eine überwiegend nur von Stammkunden erworbene Käsespezialität sei, die schwerpunktmäßig auch nur in bestimmten Regionen Deutschlands verzehrt werde, sodass ein solcher spezieller Käse aus Sicht der Verbraucher nicht gegen andere (Weichkäse-)Sorten funktionell austauschbar sei. Zudem hat das Bundeskartellamt zur Begründung seiner sachlichen Marktabgrenzung auf Unterschiede in der Herstellung von Sauermilchkäse zu anderen Käsesorten, insbesondere im Vergleich mit Weichkäse verwiesen. Die durchgeführten Ermittlungen zur Produktionsumstel-

lungsflexibilität gelangten ebenfalls zu dem Ergebnis, dass von einem eigenständigen Produktmarkt für die Herstellung von Sauermilchkäse ausgegangen werden müsse. Auf den Produktionsanlagen für Sauermilchkäse könne kein Weichkäse hergestellt werden. Auch in der umgekehrten Konstellation fehle es an einer Umstellungsflexibilität der Hersteller, denn die Aufnahme einer Sauermilchkäseproduktion sei mit einem erheblichen Kosten- und Zeitaufwand sowie mit dem lebensmittelhygienischen Risiko einer Listerieninfektion der übrigen Käseherstellung verbunden. Schließlich verweist das Bundeskartellamt darauf, dass auch in der deutschen Käseverordnung Sauermilchkäse als eigenständige Gruppe von Käse geführt werde.

563. Das OLG Düsseldorf hat die Entscheidung mit der zugrunde liegenden Marktabgrenzung bestätigt.²⁴⁰ Entsprechend etablierter Rechtsprechung wird auf die Perspektive des verständigen Verbrauchers abgestellt. Danach sei Sauermilchkäse eine nicht durch andere Käsesorten substituierbare Käsespezialität. Insbesondere sei aus Verbrauchersicht Sauermilchkäse nicht durch andere Weichkäsesorten austauschbar. Denn aufgrund der Gesamtheit der für Sauermilchkäse typischen Eigenschaften (namentlich des sehr geringen Fettgehaltes von 9 Prozent i. Tr. gegenüber mindestens 40 Prozent i. Tr. bei den anderen Weichkäsesorten sowie des hohen Mineralstoffgehaltes), seiner Konsistenz und seines ganz besonderen, pikanten Geschmacks habe dieser Käse aus Sicht der Verbraucher ein Alleinstellungsmerkmal im Vergleich zu anderen Käsesorten. Einzelne Gemeinsamkeiten mit anderen Weichkäsesorten wie Konsistenz, Äußeres und Geschmack bestimmter Sauermilchkäseprodukte könnten noch keine Austauschbarkeit mit Weichkäse begründen. Der verständige Verbraucher sehe in Sauermilchkäse eine besondere Spezialität, die oftmals mit spezifischen, größtenteils regionalen Verbrauchsgewohnheiten in Zusammenhang gebracht werde und dazu führe, dass in der Produktvorstellung der Verbraucher Sauermilchkäse einzigartig sei. Auch der Umstand, dass sowohl Weichkäse als auch Sauermilchkäse üblicherweise als Brotbelag verzehrt werden, begründe noch nicht deren Austauschbarkeit.

Entscheidend stellen die Mitglieder des entscheidenden Senats des OLG, die zu dem angesprochenen Nachfragerkreis gehören, auf ihre eigene Lebenserfahrung ab, die ihnen die Feststellung ermögliche, dass Sauermilchkäse aufgrund der beschriebenen Besonderheiten aus Sicht des Endverbrauchers nicht mit anderen Weichkäsesorten austauschbar sei.²⁴¹ Insoweit komme es auf die vom Bundeskartellamt durchgeführte, umfangreiche Regressionsanalyse nicht entscheidend an, zumal diese die bereits aufgrund eigener Sachkunde des Gerichts festgestellte Marktabgrenzung bestätige. Entscheidend sei weiter deren Bestätigung durch die Aussagen von Käseproduzen-

²³⁹ BKartA, Beschluss vom 2. Juli 2008, B2-359/07, WuW/E DE-V 1591 „Loose/Poelmeyer“.

²⁴⁰ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Mai 2009, VI-Kart 10/08 (V) „Sauermilchkäse“.

²⁴¹ Vgl. ebenda, Rn. 25 mit Hinweis auf BGH, Beschluss vom 16. Januar 2007, KVR 12/06, WuW/E DE-R 1925 „National Geographic II“, Tz. 15.

ten und Handelsunternehmen, die aufgrund ihrer Markt­ tätigkeit das Verbraucherverhalten kennen und deshalb eine äußerst fundierte und verlässliche Aussage über die Verbrauchersicht machen könnten.

564. Zudem stellte das Oberlandesgericht fest, dass einerseits das Bundeskartellamt über die durchgeführten Ermittlungen (in erster Linie Befragungen von Käseproduzenten und Handelsunternehmen) hinaus nicht gehalten gewesen sei, zusätzlich eine Verbraucherbefragung durchzuführen.²⁴² Für eine Verbraucherbefragung bestehe nur in besonderen Ausnahmefällen Veranlassung, nämlich dann, wenn durch andere Methoden keine belastbaren Aussagen zu erlangen seien, ob Waren oder Dienstleistungen aus Sicht des Endabnehmers funktionell austauschbar sind. Das sei vorliegend nicht der Fall. Im Konsumbereich – und so auch hier – stellten Ermittlungen bei der unmittelbaren Marktgegenseite der an dem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen ein geeignetes Mittel dar, um die Konsumentengewohnheiten der Endverbraucher zu ermitteln. Denn die Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels als unmittelbare Marktgegenseite der Produzenten bildeten die Erwartung der Endabnehmer in besonders gutem Maße ab, weil die Erkenntnisse des Einzelhandels im Konsumbereich spiegelbildlich das allgemeine Konsumverhalten der Verbraucher wiedergäben. Der hohe Wettbewerbsgrad im Einzelhandel schließe zuletzt eine erhebliche Beeinflussung des Verbraucherverhaltens durch den Handel oder eine verzerrte oder unzutreffende Wiedergabe des Verbraucherverhaltens aus.

565. Weiter konstatierte das Oberlandesgericht, das Bundeskartellamt sei nicht gehalten gewesen, die Ergebnisse der von den Beteiligten durchgeführten Verbraucherbefragungen ausschlaggebend zu berücksichtigen. Repräsentative Verbraucherbefragungen könnten zwar zur Ermittlung der Verbrauchergewohnheiten geeignet sein und dadurch Aussagen über die Austauschbarkeit von Produkten ermöglichen. Dies setze aber voraus, dass die Befragung eine repräsentative Personengruppe erfasse und ferner die Befragungsmethodik die Gewähr für ein objektives, unbeeinflusstes Befragungsergebnis biete. In diesem Kontext müsse insbesondere ausgeschlossen sein, dass den Befragten durch Inhalt, Art oder Anordnung der Fragen bestimmte Antworten nahegelegt werden. Es liege auf der Hand, dass sonst ein zuverlässiges und aussagekräftiges – weil unbeeinflusstes – Befragungsergebnis nicht zu erzielen sei. Im vorliegenden Fall teilte das OLG die vom Bundeskartellamt geäußerten durchgreifenden Zweifel an der Aussagekraft der in den Verbraucherbefragungen ermittelten Ergebnisse. Insbesondere sei beiden von den Beteiligten vorgelegten Untersuchungen vorzuwerfen, dass sie das Gebot einer neutralen Fragestellung missachtet hätten.

566. Schließlich sei das Bundeskartellamt nicht an die in früheren Fällen vorgenommenen, eventuell abweichenden Markt­ abgrenzungen gebunden. Denn die Abgren-

zung des räumlich und sachlich relevanten Marktes sei stets einzelfallbezogen durchzuführen; nur dadurch ließen sich die tatsächlichen wettbewerblichen Gegebenheiten im konkreten Fall berücksichtigen. Das schließe eine irgendwie geartete Bindung des Amtes an frühere Beurteilungen der Markt­ grenzen in aller Regel aus. Anhaltspunkte für einen Vertrauensschutz der Zusammenschlussbeteiligten lägen nicht vor. Ebenso wenig bestehe eine Bindungswirkung an Entscheidungen der Europäischen Kommission für das Bundeskartellamt; zudem ließe auch deren Praxis teilweise sehr eng abgegrenzte Käsemärkte erkennen. Zuletzt sei die Gefahr einer Zersplitterung des Käsemarktes in viele Einzelmärkte zwar zu berücksichtigen, habe aber vorliegend angesichts der tatsächlichen Marktsituation keine Auswirkungen haben können. Auf diesem Markt sah schließlich auch das OLG die Gefahr der Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung als gegeben an. Der weit überwiegende Marktanteil der Beteiligten und die entsprechende Marktbeherrschungsvermutung würden bestätigt durch die Marktstruktur.

567. Die Monopolkommission begrüßt die Entscheidungen des Bundeskartellamtes und des Oberlandesgerichts. Die Abgrenzung eines derart engen Marktes ist zwingend, wenn die tatsächlichen Wettbewerbsverhältnisse dies erfordern. Die Monopolkommission weist in diesem Zusammenhang auch auf vergleichbar eng abgegrenzte Märkte in Zusammenschlussverfahren der Europäischen Kommission und der britischen Wettbewerbskommission hin, die auch vom Oberlandesgericht und teilweise in der Entscheidung des Bundeskartellamtes erwähnt werden: So wurden Einzelmärkte abgegrenzt für Mozzarella, Gorgonzola, Crescenza, Mascarpone,²⁴³ Camembert und Brie,²⁴⁴ sowie für Stilton (eine Art Blauschimmelkäse)²⁴⁵. Auch in diesem Fall war aufgrund der spezifischen Produkteigenschaften und der besonderen Marktstrukturmerkmale allein die Abgrenzung eines besonderen Marktes für Sauer­ milchkäse geeignet, die tatsächlichen Wettbewerbsbedingungen abzubilden.

568. Die Ausführungen des Oberlandesgerichts zu einer Bindungswirkung des Bundeskartellamtes an eigene frühere Entscheidungen unterstützt die Monopolkommission: Markt­ abgrenzungen in früheren Fusionskontrollverfahren können nur in seltenen, besonderen Ausnahmefällen eine Bindungswirkung für das Bundeskartellamt haben. Denn jede Markt­ abgrenzung ist im Zusammenhang mit dem sie betreffenden Zusammenschlussvorhaben zu sehen und kann nicht ohne Sinnentstellung unkritisch auf andere Sachverhalte übertragen werden. Oft jedoch sind die Verhältnisse vergleichbar und führen auch zu identischen Markt­ abgren-

²⁴³ Vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 24. April 2006, COMP/M.4135 „Lactalis/Galbani“.

²⁴⁴ Vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 18. Oktober 2007, COMP/M.4761 „Bongrain/Soodial“; hier erfolgte eine getrennte Markt­ betrachtung nur für Frankreich und Belgien, für Resteuropa bildeten Camembert und Brie einheitliche Märkte, da dort die Verbraucher nicht notwendigerweise streng zwischen diesen beiden Sorten unterscheiden.

²⁴⁵ UK Competition Commission, Entscheidung vom 14. Januar 2009 „Long Clawson Dairy Ltd./Millway“ [online verfügbar].

²⁴² Vgl. ebenda, Rn. 29.

zungen, sodass zwar keine rechtliche Bindungswirkung besteht, aber frühere Entscheidungen in der überwiegenden Anzahl aller Fälle anmeldenden Unternehmen einen guten Leitfaden an die Hand geben. Auch eine Bindungswirkung von Marktabgrenzungen in Entscheidungen der Europäischen Kommission wurde nach Auffassung der Monopolkommission zu Recht abgelehnt.

569. Verbraucherbefragungen können ein gutes Werkzeug zur Wahrnehmung des tatsächlichen Verbraucherverhaltens sein; das allerdings setzt, wie von Bundeskartellamt und Oberlandesgericht zu Recht klargestellt, eine methodisch transparente und einwandfreie Methode voraus. Die suggestiven Befragungen im vorliegenden Fall hingegen ließen aber auch nach Ansicht der Monopolkommission keine Aussagen über Verbraucherverhalten zu.

570. Die Abgrenzung von Produktmärkten aufgrund eigener Sachkenntnis der entscheidenden Richter als Teil des angesprochenen Verbraucherkreises hat eine lange Tradition. Allerdings erscheint vor dem Hintergrund jüngerer psychologischer Forschung nicht unproblematisch, wenn verfügbare wissenschaftliche Erkenntnisse mit dem Hinweis auf eigenes Wissen der Entscheider ungenutzt bleiben.²⁴⁶ Zudem erscheint der Monopolkommission bedauerlich, dass sich das OLG mit der vom Bundeskartellamt in diesem Verfahren durchgeführten Regressionsanalyse nicht eingehender auseinandergesetzt, sondern lediglich ausgeführt hat, darauf komme es nicht erheblich an, zumal sich deren Ergebnisse mit denen der übrigen Marktanalysemethoden sowie der richterlichen Verbrauchereinschätzung deckten. Denn gerade in diesem Fall lagen aus einem früheren unverbundenen Fusionskontrollverfahren sog. Scannerdaten (Verkaufsdaten aus computerisierten Kassensystemen) vor, die aufgrund ihrer Vielzahl und Abdeckung des gesamten Sortiments einer bedeutenden Supermarktkette klare Schlussfolgerungen über das tatsächliche Verbraucherverhalten liefern konnten. Insoweit bedauert die Monopolkommission das Verstreichenlassen einer guten Gelegenheit, seitens des OLG zur Verfahrensstellung und den Anforderungen ökonomischer Analysen Stellung zu nehmen. Da diese Entscheidung zwischenzeitlich bestandskräftig geworden ist, ist hier insoweit auch nicht mit einer Stellungnahme des BGH zu rechnen.

3.5.1.5 Kostenlose Konkurrenz aus dem Internet: Bertelsmann/Brockhaus

571. Vor dem Hintergrund der zunehmenden Konvergenz zwischen klassischen Print- und neuen elektronischen Medien hat das Bundeskartellamt die Übernahme des Lexikongeschäfts der F.A. Brockhaus GmbH durch die Wissensmedia, einer Tochtergesellschaft der Bertelsmann AG, freigegeben, obwohl dadurch auf den beiden vorrangig betroffenen Märkten für Universal- und The-

menlexika Marktanteile von mehr als 90 Prozent bzw. 60 bis 75 Prozent entstehen.²⁴⁷ Allerdings werden auf diesen beiden Märkten die Umsatzschwellen für Bagatellmärkte nicht erreicht und der Zusammenschluss unterlag demnach nicht der deutschen Zusammenschlusskontrolle.

572. In der Entscheidung des Bundeskartellamtes wird die Frage einer Einbeziehung der gratis online verfügbaren Lexika (wie Wikipedia, Encarta etc.) in die abgegrenzten Märkte (mangels Umsätzen oder anderer operabler Vergleichsgrößen) offengelassen, der von diesen ausgehende Wettbewerbsdruck jedoch eingehend gewürdigt. Nach Auffassung des Bundeskartellamtes weist der starke Umsatzrückgang von weit über 50 Prozent allein zwischen 2006 und 2008 bei gedruckten Universal- und Themenlexika bei eingehender Analyse der Gründe und Marktwirkungen darauf hin, dass auch ein Quasi-Monopolist in diesen Märkten wirksamem Wettbewerb ausgesetzt sein könne. Dies ergebe sich aus dem zugrunde liegenden Strukturwandel umso mehr, als die Preissensibilität der Nachfrager wohl erheblich gestiegen sei, was jedoch mit Rücksicht auf die Bagatellmarkteigenschaft beider Märkte zuletzt offengelassen wird.

573. Der letztlich aufgrund der anwendbaren Bagatellmarktklausel in der Sache nicht entschiedene Fall illustriert anschaulich die Geschwindigkeit, in der das Internet Märkte verändern kann, wobei die Veränderungen in den hier betrachteten Märkten und Zeitspannen außergewöhnlich groß gewesen sein dürften.²⁴⁸ Die hier offen gelassene Frage nach der Einbeziehung kostenloser Konkurrenzprodukte in die Prüfung der Marktabgrenzung oder in die der Marktbeherrschung lässt sich angesichts der möglichen Unterschiede und Vergleichbarkeit von Produkten nicht pauschal beantworten und bleibt wegen der bei kostenlosen Produkten schlecht vergleichbaren Umsätze problematisch; nicht nur bei wie hier lediglich teilweiser Substituierbarkeit dürfte die Berücksichtigung unter dem Aspekt der Marktbeherrschung zu Zwischenergebnissen führen, die die Wettbewerbssituation besser abbilden.

3.5.2 Sachliche Marktabgrenzung in der Energiewirtschaft

574. Die Marktabgrenzung des Bundeskartellamtes sowohl im Elektrizitäts- als auch im Gassektor ist höchstrichterlich bestätigt worden, hat sich in der Praxis bewährt und wurde von der Monopolkommission bereits mehrfach als angemessen beurteilt. Eine Überarbeitung der Marktabgrenzung erfolgt nicht zwangsläufig dann,

²⁴⁶ Vgl. bereits Oskamp, S., *Overconfidence in Case-Study Judgements*, *The Journal of Consulting Psychology* 29, 1965, S. 261–265 (wiederabgedruckt in Kahneman, D., Slovic, P., Tversky, A. (Hrsg.), *Judgment under Uncertainty*, Cambridge 1982, S. 287 ff.).

²⁴⁷ BKartA, Beschluss vom 29. April 2009, B6-09/09 „Wissensmedia (Bertelsmann)/Brockhaus“.

²⁴⁸ Zu einer Untersuchung des Internet als wettbewerbspolitischer Herausforderung vgl. bereits umfassend Monopolkommission, *Netz-wettbewerb durch Regulierung*, Hauptgutachten 2000/2001, Baden-Baden 2002, Tz. 628 ff. Vgl. für eine neuere Untersuchung des vom Online-Buchhandel auf stationäre Buchläden ausgehenden Wettbewerbsdrucks auch BKartA, Beschluss vom 30. April 2008, B6-8/08, WuW/E DE-V 1635 „Thalia/BuchKaiser“, wo mangels Entscheidungserheblichkeit die Frage offengelassen wird; das Bundeskartellamt geht jedoch von zumindest bedeutsamer Substitutionskonkurrenz am Marktrand aus.

wenn die rechtlichen Rahmenbedingungen umgestaltet werden, sondern nur, wenn sich auch die tatsächlichen marktlichen Verhältnisse verändert haben. Für einen grundsätzlichen Änderungsbedarf seiner Marktabgrenzungen sowohl im Elektrizitäts- als auch im Gassektor hat das Bundeskartellamt bisher keinen Anlass gesehen, obwohl umfangreiche regulatorische Maßnahmen initiiert worden sind. Im Rahmen der Prüfungen des Erwerbs der Thüga-Anteile durch Integra hat das Amt Indizien gesehen, die Abgrenzung des bis dato definierten Stromkleinkundenmarktes weiter zu segmentieren. Im Fall Exxon Mobil/RWE wiederum hat es erstmalig Grundsätze zur Marktabgrenzung im Fernwärmesektor aufgestellt und Aussagen zum Nachfrageverhalten von Industrie- und Kraftwerkskunden auf der Endkundenstufe im Gassektor und damit zu der Frage, ob sie dem gleichen relevanten Markt zuzuordnen sind, getroffen.

3.5.2.1 Überblick: Verschiebung der Konzentrationstendenzen in der Energiewirtschaft

575. In der energiewirtschaftlichen Fusionskontrolle setzt sich der Trend fort, dass statt der Integration von Stadtwerken durch die großen Versorger zunehmend Zusammenschlüsse und Kooperationen von kleineren Versorgern vollzogen werden. Insbesondere Einkaufs- und Vertriebskooperationen sind in diesem Zusammenhang vermehrt auszumachen. Die Monopolkommission führt diesen Wandel auf die restriktive Untersagungspolitik des Bundeskartellamtes bei Beteiligungen von marktbeherrschenden Vorlieferanten an Weiterverteilern und die Anforderungen, die sich aus dem regulierten Umfeld ergeben, zurück.²⁴⁹ Prägend für den Berichtszeitraum ist weiterhin das Festhalten des Bundeskartellamtes an seinem Befund, dass E.ON und RWE bei der Belieferung von Weiterverteilern mit Strom ein marktbeherrschendes Dyopol bilden. Als relevanter Markt wurde vor allem der bundesweite Markt für den erstmaligen Absatz von Strom zugrunde gelegt. Diese Einschätzung wurde sowohl vom OLG Düsseldorf als auch jetzt höchstrichterlich vom BGH bestätigt.²⁵⁰

576. Die Kooperation benachbarter Stadtwerke in speziellen Geschäftsfeldern, etwa im Bereich der Messdienstleistungen, stuft das Bundeskartellamt als wettbewerblich unbedenklich ein. Eine Stadtwerkskooperation ist nach seiner Auffassung auch dann nicht bedenklich, wenn es sich um unabhängige, rein kommunale Stadtwerke handelt. Sie seien zwar auf ihren lokalen Märkten marktbeherrschend, ihre Stellung werde aber durch einen Zusammenschluss nicht zwangsläufig im Sinne von § 36 Absatz 1 GWB verstärkt. Dies lasse sich dadurch begrün-

den, dass die Stadtwerke untereinander weder aktuelle noch potenzielle Wettbewerber gewesen seien, sondern auf ihr jeweiliges Gebiet beschränkt gewesen seien. Relevante Wettbewerber der Stadtwerke seien damit bundesweit aktive, zumeist internetbasierte Gas- und Stromanbieter sowie die marktbeherrschenden Vorlieferanten. Die Errichtung von Gemeinschaftsunternehmen oder die Kooperation von Stadtwerken schaffe die Möglichkeit, Synergien zu erzielen. Dies gelte vorrangig für den Einkauf oder die gemeinsame Beteiligung an Kraftwerken oder Gasspeichern. Unbedenklich blieben diese Kooperationen nach Auffassung des Bundeskartellamtes so lange, wie keine großen Energieversorgungsunternehmen bzw. der marktbeherrschende Vorlieferant beteiligt seien.

577. Die Monopolkommission begrüßt die Abkehr von der Vorwärtsintegration auf den Energiemärkten, möchte aber zwischen den wettbewerblichen Wirkungen von Einkaufs- und Vertriebskooperationen unterscheiden.²⁵¹ Die Einkaufskooperationen stuft sie als weitestgehend unkritisch ein, sieht bei den Vertriebskooperationen allerdings mögliche ungünstige wettbewerbliche Wirkungen. Im Rahmen der Einkaufskooperation können von den Beteiligten bessere Konditionen erzielt werden, die wiederum dazu führen, dass der Wettbewerb auf der nachgelagerten Endkundenstufe verbessert werden kann, weil gegenüber den großen Energieerzeugern ein gewisser Wettbewerbsdruck aufgebaut werden kann. Damit haben diese Kooperationen eine grundsätzlich positive wettbewerbliche Wirkung, was auf die Vertriebskooperationen so nicht zutrifft. Für diese bedarf es einer Differenzierung nach dem Aktionsradius. Kooperieren kleine bis dato nur lokal aktive Anbieter mit dem Ziel, in den bundesweiten Wettbewerb einzutreten, dann ist dies grundsätzlich zu befürworten. Die Kooperation kann den Wettbewerb beleben und wird in aller Regel lediglich geringe Marktanteile auf sich vereinen können. Entsprechende Fälle wurden nach Auskunft des Bundeskartellamtes in der ersten Phase freigegeben. Auf den angestammten Märkten hingegen verfügen die Anbieter über eine marktbeherrschende Stellung. So kann die Kooperation benachbarter Stadtwerke auch der Absicherung dieser Stellung dienen. Potenzieller Wettbewerb entfällt, weil der möglichen Ausdehnung der Aktivitäten von Stadtwerken in das benachbarte Gebiet hinein durch die Kooperation vorgebeugt wird. Diese Konstellation erscheint wettbewerblich bedenklich. Daher ist die Monopolkommission der Auffassung, dass hier eine sehr genaue Abschätzung der Kooperationsmotive und der Wirkungen der Kooperation durch das Bundeskartellamt erfolgen muss.

3.5.2.2 Stadtwerksverflechtungen und Stromkleinkunden: Integra/Thüga

578. Am 30. November 2009 hat das Bundeskartellamt das Vorhaben mehrerer Stadtwerke freigegeben, über die eigens dafür gegründete Holding Integra Energie GmbH & Co. KGaA sämtliche Anteile an der Thüga Aktienge-

²⁴⁹ Vgl. BKartA, Beschluss vom 12. März 2007, B8-62-06, WuW/E DE-V 1357 „RWE/Saar Ferngas“; BKartA, Beschluss vom 23. Oktober 2007, B8-93-07 „RWE/Krefeld Neuss“, sowie BKartA, Beschluss vom 19. Dezember 2007, B8-123/07 „E.ON Avacon/Salzgitter“.

²⁵⁰ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6. Juni 2007, WuW/E DE-R 2094 „E.ON/Stadtwerke Eschwege“, sowie BGH, Beschluss vom 11. November 2008, KVR 60/07, WuW/E DE-R 2451 „E.ON/Stadtwerke Eschwege“.

²⁵¹ Vgl. dazu auch ausführlicher Monopolkommission, Sondergutachten 54, a. a. O., Tz. 470.

sellschaft vom E.ON-Konzern zu übernehmen. Die Thüga ist ein Verbund vor allem von Minderheitsbeteiligungen an etwa 90 Stadtwerken und Regionalversorgern, der von Deutschlands bedeutendstem Ferngasunternehmen, der E.ON Ruhrgas, kontrolliert wurde. Diese Kontrolle stellte ein Beispiel für die bereits angesprochene und von der Monopolkommission vielfach als Ursache der Wettbewerbsdefizite auf den Energiemärkten identifizierte hohe vertikale Integration der großen Energieversorgungsunternehmen dar. E.ON als marktbeherrschender Gasvorlieferant vermochte durch die umfangreichen Beteiligungen lange Zeit die Gasmärkte gegenüber Wettbewerbern aus dem In- und Ausland abzuschotten. So sah auch das Bundeskartellamt in dem freiwilligen Verkauf der Thüga durch E.ON einen wichtigen Beitrag zur Schaffung wettbewerblicher Strukturen im Energiesektor. Die Gesellschafter der Integra sind überwiegend Unternehmen, die selbst zu den Beteiligungsunternehmen zählen, nämlich die N-ERGIE in Nürnberg, die Mainova in Frankfurt/Main, die Stadtwerke Hannover sowie 47 weitere, über das Freiburger Konsortium Kom9 einbezogene kommunale Versorger.

579. Sowohl der Elektrizitäts- als auch der Gasbereich sind von dem Zusammenschluss betroffen. Im Elektrizitätsbereich sind in sachlicher Hinsicht schwerpunktmäßig die Märkte der Letztverbraucherstufe einbezogen. Auf den Märkten der Erzeugerstufe und der Distributionsstufe wirkt sich das Vorhaben nur in sehr geringem Umfang aus. Im Gasbereich sind die Märkte für die Belieferung von Weiterverteilern mit Erdgas durch regionale Ferngasgesellschaften und die Märkte für die Belieferung von leistungsgemessenen und nicht leistungsgemessenen Endkunden mit Gas erfasst. Die detaillierten Prüfungen des Bundeskartellamtes kommen zu dem Ergebnis, dass es auf keinem der Gas- und Strommärkte zu der Entstehung oder der Verstärkung von marktbeherrschenden Stellungen kommt. Das Vorhaben bewirkt gar, dass die vertikale Integration von E.ON reduziert wird.

580. Die Monopolkommission geht ebenso wie das Bundeskartellamt davon aus, dass die Veräußerung der Thüga durch E.ON mit positiven wettbewerblichen Wirkungen verbunden sein wird, und sieht hier eine eindeutig dezentrierte Strukturverbesserung. Die positiven Folgen lassen sich aus zwei Blickwinkeln kennzeichnen. Auf der einen Seite fallen die Absatzsicherung von E.ON und die damit verbundene Marktabschottung weg. Diese konnten über Kenntnisse, die sich aus der Beteiligung und der Möglichkeit zur Mitsprache in den Gremien ergaben, aufgebaut werden. Auf der anderen Seite wird durch die Aufgabe der Beteiligung der Vorlieferant nun automatisch zum wichtigsten potenziellen Wettbewerber des Stadtwerks bei der Endkundenbelieferung. So wird Wettbewerbsdruck auf das Stadtwerk ausgeübt, was wettbewerblich wiederum sehr positiv zu werten ist.

581. Das Bundeskartellamt hat sich in seiner Analyse sehr intensiv mit den marktlichen Gegebenheiten der Endkundenbelieferung mit Strom beschäftigt und ist hier zu dem Schluss gekommen, dass es einer differenzierten Betrachtung der Stromkleinkunden bedarf. Strom-

kleinkunden sind nicht leistungsgemessene Letztverbraucher, die zumeist an das Niederspannungsnetz angeschlossen sind. Ihr Verbrauch wird mithilfe normierter Standardlastprofile abgebildet. Im Gegensatz dazu sind Stromgroßkunden, die meist aus der Industrie stammen oder gewerblich orientiert sind, leistungsgemessen und sind in der Regel an eine höhere Spannungsebene angeschlossen. Bis dato war das Bundeskartellamt davon ausgegangen, dass ein einheitlicher Markt für den Stromabsatz an Stromkleinkunden besteht, der eine räumliche Begrenzung auf das etablierte Versorgungsgebiet hat. Dafür sprach nach Ansicht des Bundeskartellamtes, dass trotz der technischen Wechsellmöglichkeiten die Angebote eine starke regionale Ausrichtung hatten und die Loyalität zum etablierten Anbieter, in aller Regel dem Grundversorger, sehr hoch war. Im Rahmen des Verfahrens hat das Bundeskartellamt zunächst den Heizstrommarkt aus diesem Segment herausgelöst und beim Haushaltsstrom zwischen der Belieferung von Stromkleinkunden zu Allgemeinen Preisen (Grundversorgungsmarkt) und der Belieferung von Stromkleinkunden außerhalb Allgemeiner Preise mit Haushaltsstrom (Sondervertragsmarkt) differenziert.

582. Mit dem Heizstrommarkt beschäftigte sich das Bundeskartellamt bereits parallel im Rahmen des angesprochenen Missbrauchsverfahrens und konnte dort Erkenntnisse zur Abgrenzung des Marktes gewinnen.²⁵² Es handelt sich um einen separaten Markt mit einem vom Haushaltskundenbereich abweichenden Nachfrageverhalten, der auch von der Preisgestaltung her nicht substitutiv ist. Charakteristisch für den Heizstrommarkt ist, dass es nahezu keine alternativen Lieferanten gibt und der Marktzutritt sehr aufwändig und stark risikobehaftet ist.

583. Die Differenzierung zwischen dem Grundversorgungsmarkt und dem Sondervertragsmarkt begründet das Bundeskartellamt mit der Beobachtung, dass Stromanbieter zunehmend um wechselwillige und häufig internetaffine Kunden werben. Grundversorgungskunden unterschieden sich in erster Linie dadurch von den Sondervertragskunden, dass sie nicht aktiv zu werden brauchen, um einen Stromliefervertrag abzuschließen. Sondervertragskunden hingegen wenden Suchkosten auf und entscheiden sich sehr bewusst für einen bestimmten Vertrag eines bestimmten Anbieters. So umfasst der Markt für die Belieferung von Grundversorgungskunden alle die Letztverbraucher, deren Verbrauch auf der Basis eines Standardlastprofils ohne registrierende Leistungsmessung und zu Allgemeinen Preisen im Sinne des § 36 Absatz 1 EnWG und des § 38 Absatz 1 EnWG abgerechnet wird. Der Markt für die Belieferung von Sondervertragskunden hingegen umfasst die Endkunden, deren Verbrauch auf der Basis eines Standardlastprofils ohne registrierende Leistungsmessung außerhalb Allgemeiner Preise abgerechnet wird. Das Bundeskartellamt argumentiert weiter, dass sich das Preisniveau der beiden Kundengruppen zum Teil erheblich unterscheidet. Das liegt mitunter auch daran, dass der Grundversorgungsanbieter

²⁵² Vgl. dazu Tz. 445 f.

seine Kunden aufgrund des Kontrahierungszwangs nicht selektieren kann und von daher ganz andere Ausfallrisiken einpreisen muss als der Sondervertragsanbieter. Den Grundversorgungsmarkt grenzt das Bundeskartellamt bezogen auf das etablierte Versorgungsgebiet ab. Dies ergibt sich aus der gesetzlichen Regelung, dass nur ein Unternehmen im festgelegten Netz die Aufgabe des Grundversorgers übernehmen kann. Der Sondervertragskundenmarkt hingegen wird bundesweit abgegrenzt, da hier die alternativen Anbieter für den Letztverbraucher zu finden sind. Unabhängig davon kann allerdings auch ein Grundversorger bundesweite Sondervertragsangebote machen, da ihm in diesem Fall eine andere Preisgestaltung möglich ist als bei einem Kontrahierungszwang.

584. Die Monopolkommission stimmt dem Bundeskartellamt hinsichtlich der Notwendigkeit einer isolierten Betrachtung des Heizstromkundenmarktes zu. Nicht ganz überzeugt ist sie allerdings von der marktlichen Differenzierung zwischen Grundversorgungskunden und Sondervertragskunden. Sie erkennt an, dass die Wechselaktivitäten der Haushaltskunden deutlich zugenommen haben, und sieht auch, dass einige Kunden sehr aktiv und häufig auch wiederholt wechseln, andere hingegen wenig aktiv sind, lokal orientiert sind und keinen persönlichen Nutzen aus einem Wechsel des Stromanbieters zu ziehen scheinen.²⁵³ Dennoch sieht sie hier weiteres Wechselpotenzial und spricht sich dafür aus, eine dynamische Betrachtung vorzunehmen. Die Monopolkommission schreibt der Endkundenstufe ein starkes wettbewerbsbelebendes Potenzial zu. Sie hat von daher die geringen Wechselquoten wiederholt bedauert und Informationsdefizite, gewohnheitsmäßiges Verhalten und die regionale Bindung an den Grundversorger als Gründe identifiziert. Es lässt sich erkennen, dass sich das Wechselverhalten weiter zunehmend verändert. Auf die Gruppe der Kunden, die sich im Grundversorgungstarif befindet, aber theoretisch wechseln könnte, wirkt ein gewisser Druck, sich der Gruppe der Sondervertragskunden anzuschließen. Die Monopolkommission geht davon aus, dass die Gruppe derer, die sich im Grundversorgungstarif befindet, weil sie nicht wechseln kann oder bewusst nicht wechseln will, kleiner ist als die Gruppe derer, die potenzielle Sondervertragskunden darstellt. Die Marktabgrenzung könnte daher unter Umständen zu eng sein mit der Folge, dass es sich tatsächlich nicht um zwei getrennte Märkte handelt.

585. Nach Ansicht der Monopolkommission wäre die Frage, ob die beiden vom Bundeskartellamt definierten Märkte tatsächlich separat zu betrachten sind, ein Anwendungsfall für eine quantitative Überprüfung der vorge-

nommenen Marktabgrenzung.²⁵⁴ Die Anwendung solcher Verfahren darf kein Selbstzweck sein, doch sieht die Monopolkommission hier zum Beispiel in der Durchführung des hypothetischen Monopolistentests einen deutlichen Erkenntnisgewinn. So ließe sich der hypothetische Monopolistentest etwa in Gestalt des SSNIP-Tests durchführen. Er untersucht im Rahmen eines gedanklichen Experiments, inwiefern für den Anbieter eines Gutes eine dauerhafte, geringfügige, aber signifikante Preiserhöhung über das wettbewerbliche Niveau hinaus profitabel wäre, wenn er hypothetisch eine Monopolstellung für das Gut hätte. Es wird die Frage gestellt, ob die Nachfrager als Reaktion auf eine angenommene Erhöhung der Preise im Bereich von 5 bis 10 Prozent über das wettbewerbliche Niveau hinaus auf verfügbare Substitute ausweichen würden. Dabei wird auch berücksichtigt, ob potenzielle Konkurrenten aufgrund der hypothetischen Preiserhöhung ihr Angebot umstellen würden (Angebotssubstituierbarkeit). Ist die Substitution so groß, dass durch den damit einhergehenden Absatzrückgang eine Preiserhöhung nicht mehr einträglich wäre, so werden in den relevanten Markt so viele weitere Produkte einbezogen, bis kleine Erhöhungen der relativen Preise einen dauerhaften Gewinn einbringen würden. Auch wenn das Bundeskartellamt den bis dato gemachten Vorschlägen der Monopolkommission entgegnet, dass eine solche Überprüfung aus prozessökonomischen Gründen im Rahmen eines Fusionskontrollverfahrens nicht durchgeführt werden könne und der Aufwand außer Verhältnis zu etwaigen zusätzlichen Erkenntnissen stehe,²⁵⁵ möchte die Monopolkommission doch darauf hinweisen, dass sich Glaubwürdigkeit und Akzeptanz einer Marktabgrenzung deutlich erhöhen lassen, insbesondere dann, wenn auf einem gegebenenfalls sehr eng definierten Markt eine Marktbeherrschung festgestellt wird, die für das Votum des Bundeskartellamtes im Zusammenschlussverfahren entscheidend ist.

3.5.2.3 Fernwärme: RWE/Exxon Mobil

586. Der Erwerb der deutschen Fernwärmeaktivitäten der Exxon Mobil durch RWE war die seit langer Zeit größte Fusion im Fernwärmesektor.²⁵⁶ Das Bundeskartellamt sah diesen Zusammenschluss als unkritisch an und erkannte keine Anzeichen für die Entstehung oder Verstärkung von marktbeherrschenden Stellungen. Betroffen waren neben den Märkten für die Versorgung von Endkunden und Weiterverteilern mit Fernwärme auch der Markt für die Belieferung von leistungsgemessenen Kunden mit Erdgas sowie der Markt für den Erstabsatz von Strom.

587. Das Bundeskartellamt hat in diesem Fall zum ersten Mal Grundsätze zur Marktabgrenzung im Fernwärme-

²⁵³ Eine Untersuchung des Zentrums für Europäische Wirtschaftsforschung zeigt, dass es zwei Segmente gibt. Es wird unterschieden zwischen dem wettbewerblichen Markt für wechselbereite Kunden und dem trägen Segment der Grundversorger. Das Segment, welches von den Grundversorgern determiniert wird, weist höhere Preise auf als das Segment, welches von den Sondervertragsanbietern bestimmt wird. Ebenfalls charakteristisch ist, dass die Preise der Grundversorger über das gesamte Bundesgebiet eine geringe Varianz aufweisen. Vgl. Löschl, A., Mennel, T., Wölfling, N., Retailmarkt für Strom und Gas: Funktioniert der Wettbewerb?, *Energiewirtschaftliche Tagesfragen* 60, 2010, S. 10–14.

²⁵⁴ Zum Vorschlag der quantitativen Überprüfung der Marktabgrenzung im Energiesektor vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 49, a. a. O., Tz. 448; Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O., Tz. 552 ff.; Monopolkommission, Sondergutachten 54, a. a. O., Tz. 74–77 bzw. 130–136.

²⁵⁵ Vgl. BKartA, Beschluss vom 24. August 2009, B8-67/09 „EnBW/VNG“, S. 24.

²⁵⁶ BKartA, Beschluss vom 8. Mai 2009, B8-24/09.

sektor aufgestellt. Fernwärmeversorger sind sowohl auf ihren sachlichen als auch auf ihren räumlichen Märkten für die Versorgung von Endkunden und Weiterverteilern mit Fernwärme Monopolanbieter. Dieser besonderen Konstellation widmet sich das Bundeskartellamt auch in seiner im September 2009 eingeleiteten und von der Monopolkommission bereits thematisierten Sektoruntersuchung.²⁵⁷ Das Bundeskartellamt stellt des Weiteren fest, dass bei der Belieferung von Endkunden mit Fernwärme grundsätzlich von dem Vorliegen eines eigenständigen Marktes auszugehen ist und damit kein einheitlicher Wärmemarkt für Endkunden besteht, der auch die Belieferung mit anderen Heizmitteln umfasst.²⁵⁸ Das Bundeskartellamt unterscheidet bei der Belieferung mit Fernwärme zwischen Haushaltskunden und Industriekunden, weil sich zum einen unterschiedliche Versorgungsbedingungen ergeben und zum anderen verschiedene Verwendungszwecke bestehen. Erstmals trifft das Bundeskartellamt auch Aussagen zu der Frage, ob Gaslieferungen an Kraftwerke und Industriekunden zu einem sachlich relevanten Markt zusammenzufassen sind. Beide sind dem Markt für die Belieferung von leistungsgemessenen Großkunden zuzurechnen. Bis dato hatte das Bundeskartellamt diese Frage immer offengelassen. Im Rahmen dieser Entscheidung kommt es zu dem Schluss, dass es sich nicht um sachlich getrennte Märkte handelt.

3.5.3 Räumliche Marktabgrenzung

588. Die Abgrenzung der wettbewerblich relevanten Märkte in räumlicher Hinsicht spielt insbesondere bei der Beurteilung von Regionalmärkten eine erhebliche Rolle. Räumliche Beschränkungen des Wettbewerbsdrucks können aus Transportkosten bzw. Fahrtzeiten, aus regionalen Besonderheiten oder schlichtweg aus dem regionalen Bezug eines Produkts (etwa bei Lokalzeitungen) resultieren. Im Berichtszeitraum waren insbesondere die räumlichen Marktabgrenzungen im Lebensmitteleinzelhandel sowie im Tankstellenmarkt bedeutsam.

3.5.3.1 Clusterbetrachtung im Lebensmitteleinzelhandel

589. EDEKA und Tengelmann haben ihre Discount-Töchter Netto und Plus in eine gemeinsame Tochtergesellschaft eingebracht; die Freigabe des Bundeskartellamtes war jedoch aufschiebend bedingt unter anderem durch die vorherige Veräußerung sämtlicher Plus-Märkte in 63 räumlich abgegrenzten Regionalmärkten, in denen das Bundeskartellamt wettbewerbliche Bedenken ermittelt hatte.²⁵⁹ Die Ermittlung der Regionalmärkte erfolgte – entsprechend der regelmäßigen Entscheidungs-

praxis²⁶⁰ – mit einem Radius von 20 km bzw. mit einer Fahrtzeit von 20 Autominuten um das sie prägende regionale Oberzentrum; im Einzelfall wurde dieser Radius auf der Grundlage der jeweiligen wirtschaftsgeografischen Gegebenheiten korrigiert. Insgesamt unterteilt das Bundeskartellamt das Bundesgebiet in 345 räumliche Regionalmärkte.

590. In diesem Verfahren erfolgt erstmals systematisch²⁶¹ die zusätzliche Betrachtung der Marktverhältnisse auf den benachbarten Regionalmärkten, sodass auch sog. Cluster zusammenhängender Regionalmärkte mit erheblichen Marktanteilen der Beteiligten (mehr als 20 Prozent) in die wettbewerbliche Würdigung einbezogen wurden. Die Clusterbildung erstreckt sich nach dem Verständnis des Bundeskartellamtes auf eine Vielzahl benachbarter Märkte, auf denen die Zusammenschlussbeteiligten regelmäßig Marktanteile oberhalb der Schwelle der Marktbeherrschungsvermutung erreichen und die Marktposition der Zusammenschlussbeteiligten nicht durch die Marktverhältnisse auf den benachbarten Märkten relativiert wird. Auf diese Weise wird räumlicher Randwettbewerb, vor allem aber die Absicherung von Marktbeherrschung über erhebliche Marktpräsenz in räumlich angrenzenden Regionalmärkten mit erfasst. Diese Clusterbetrachtung führte zu der Bedingung der Freigabe des Bundeskartellamtes, unter anderem durch die Veräußerung einer jeweils bestimmten Anzahl von Verkaufsstandorten in sieben identifizierten Clustern, die sich jeweils aus drei bis 21 Regionalmärkten zusammensetzen.

591. Die Monopolkommission begrüßt die konsequente Durchführung der Clusterbetrachtung durch das Bundeskartellamt in diesem Verfahren. Auf diese Weise lassen sich Verstärkungseffekte, die von einem Zusammenwirken der Marktstärke von Zusammenschlussbeteiligten auf benachbarten, aber getrennten Regionalmärkten ausgehen, auch quantitativ und damit nachprüfbar würdigen. Das hier abgestufte Grundproblem ist eng verwandt mit der Frage einer Gesamtbetrachtung benachbarter Bagatellmärkte, lässt sich aber nicht wie dort über eine schlichte Umsatz- oder Marktanteilszusammenrechnung lösen,²⁶² sondern kann nur über eine einzelfallbezogene abwägende Einbeziehung des tatsächlichen Wettbewerbsdrucks geschehen. Dazu erscheint der Monopolkommission die vom Bundeskartellamt in diesem Verfahren weiterentwickelte Methode durchaus tauglich. Weitergehend weist die Monopolkommission darauf hin, dass derartiger schwer wägbarer Wettbewerbsdruck insbesondere in Oligopolmärkten, vor allem zur Würdigung des bestehenden Sanktionspotenzials der Marktteilnehmer, von Bedeutung ist. So dürfte die – soweit ersichtlich – erste umfassende Clusterbetrachtung in der Praxis des Bundeskartellamtes nicht zufällig im hochkonzentrierten Lebensmitteleinzel-

²⁵⁷ Vgl. oben Tz. 348.

²⁵⁸ Vgl. zur Wärmemarkthese ausführlich Monopolkommission, Sondergutachten 54, a. a. O., Tz. 132 ff.; Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O. Tz. 558 f.

²⁵⁹ BKartA, Beschluss vom 30. Juni 2008, B2-333/07, WuW/E DE-V 1607 „EDEKA/Tengelmann“; vgl. zur Beschaffungs Kooperation (dort auch Einzelheiten zu dem Zusammenschluss) oben Tz. 518 ff., zur sachlichen Marktabgrenzung Tz. 555 ff. sowie zu Nachfrage-machtaspekten Tz. 383.

²⁶⁰ Vgl. zuletzt BKartA, Beschluss vom 25. August 2005, B9-27/05 „EDEKA/SPAR“; dazu Monopolkommission, Hauptgutachten 2004/2005, a. a. O., Tz. 471 ff.

²⁶¹ Die wettbewerbliche Betrachtung der Regionalmärkte im Verfahren EDEKA/SPAR erfolgte lediglich innerhalb der Marktbeherrschungsprüfung und war dort ohne Erheblichkeit.

²⁶² Vgl. zum Problem verwandter Bagatellmärkte oben Tz. 481 ff.

handel stattgefunden haben. In Zukunft erscheint eine Anwendung der dort entwickelten Methode auch in anderen geeigneten Fällen wahrscheinlich und der Monopolkommission wünschenswert.

3.5.3.2 Erreichbarkeitsmodell in Tankstellenmärkten

592. Die schon bisher übliche regionale Marktabgrenzung im Tankstellenmarkt wurde im Berichtszeitraum weiter differenziert: In den Zusammenschlussverfahren Shell/HPV²⁶³ und Total/OMV²⁶⁴ hat das Bundeskartellamt das sog. Erreichbarkeitsmodell angewendet, welches vom Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung für Zwecke der Raumplanung (etwa zur Bestimmung der Erreichbarkeit von Krankenhäusern, Feuerwehrdepots etc.) entwickelt wurde. Grundlage sind die tatsächlichen Gegebenheiten der örtlichen Straßeninfrastruktur. Ausgehend von jeder vom Zusammenschlussvorhaben betroffenen Tankstelle hat das Bundeskartellamt auf diese Weise vom Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung jeweils diejenigen Tankstellen ermitteln lassen, die innerhalb einer bestimmten Fahrzeit erreicht werden können. So kann dargestellt werden, welche anderen Tankstellen ein Kraftfahrer von jeder der vom Zusammenschluss betroffenen Tankstellen aus gesehen innerhalb bestimmter Fahrzeiten mit dem Pkw tatsächlich erreichen kann, um alternativ dort zu tanken. Im ländlichen Bereich geht das Bundeskartellamt von einer maximalen Fahrtzeit von 60 Minuten, im städtischen Bereich von 30 Minuten aus. Im Fall Total/OMV wurde die Ermittlung des tatsächlichen Wettbewerbsdrucks durch eine entfernungsabhängige Gewichtung der konkurrierenden Tankstellen weiter verfeinert: Bei der Berechnung der Marktanteile multiplizierte das Bundeskartellamt die Absatzdaten von Tankstellen im städtischen Bereich, die vom Mittelpunkt des räumlichen Marktes innerhalb von fünf Minuten erreichbar sind, mit dem Faktor 4, die der zwischen fünf und zehn Minuten entfernten mit dem Faktor 3, die der zwischen zehn und 20 Minuten entfernten mit dem Faktor 2 und die zwischen 20 Minuten und 30 Minuten entfernen mit dem Faktor 1. Auch in nachfolgenden Fusionskontrollbeschlüssen zum Tankstellenmarkt wurde auf dieses im Verfahren Total/OMV verfeinerte Modell zurückgegriffen.²⁶⁵

593. Eine regionale Marktabgrenzung ist auch nach Auffassung der Monopolkommission in diesen Märkten angezeigt. Zwar bestehen aufgrund der weitgehend bundeseinheitlichen Marktteilnehmer, der teilweise bundesweiten, jedenfalls aber regelmäßig überregionalen Versorgungsketten, der bundesweit überwiegend vergleichbaren Preise und Preisentwicklungen sowie bundeseinheitlicher Auftritte vieler Tankstellenmarken gewisse bundeseinheitliche Wettbewerbsparameter. Den-

noch geht der Großteil des Wettbewerbsdrucks von regionalen Faktoren, nicht zuletzt dem im Regelfall lokalen Nachfragerverhalten, aus. Liegen also Regionalmärkte vor, erscheint der Monopolkommission die Ermittlung der Marktgrenzen nach tatsächlichen Fahrzeiten, die eine abgestufte Ermittlung des Wettbewerbsdrucks unterschiedlich weit voneinander entfernter Tankstellen vordergründig erlauben, als jedenfalls gegenüber einer reinen (Luft-)Kilometerbetrachtung überlegen.²⁶⁶

594. Allerdings liegt – wie in Bezug auf die getrennte sachliche Marktabgrenzung für Diesel- und Ottokraftstoff – auf der Hand, dass eine Reihe spezifischer Wettbewerbsfaktoren, wie insbesondere tatsächliche Pendlerströme und deren tageszeitabhängige Richtungen sowie die Kundenwahrnehmungen, weitaus größeren Einfluss auf das tatsächliche Nachfragerverhalten haben dürften als reine Fahrzeiten. Die Monopolkommission erkennt insoweit nicht, dass in der Kürze der Fusionskontrollfristen umfassende empirische Marktforschungen kaum möglich sind und das Bundeskartellamt dadurch vielfach auf einfache Erkenntnisverfahren angewiesen ist. Diese näherungsweise Marktabgrenzungen dürften in der ganz überwiegenden Anzahl der Fälle für die Ermittlung des betroffenen Marktes auch ausreichen, zumal es sich hierbei nur um einen ersten Zwischenschritt handelt. Weitergehend scheint der Tankstellenmarkt auch für eine empirische Analyse geeignet. Dafür kommen verschiedene Untersuchungsdesigns in Betracht; unter Berücksichtigung der erwartbaren Aufwände und Erkenntnisgewinne scheint die Analyse der bereits bei den Tankstellenbetreibern vorhandenen Kundendaten aus Kundenbindungsprogrammen eine besonders vielversprechende Option darzustellen. Unter Umständen ergeben sich im weiteren Verlauf der Sektoruntersuchung Kraftstoffe²⁶⁷ neue Erkenntnisse, die eine neuartige regionale Marktabgrenzung oder detailliertere Marktuntersuchungsmethoden anstoßen.

3.6 Marktbeherrschung

595. Ist infolge eines angemeldeten Zusammenschlusses die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zu erwarten, muss das Bundeskartellamt dieses Vorhaben untersagen, wenn nicht die damit verbundenen Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen überwiegen. Marktbeherrschung in diesem Sinne (wie im Sinne der Missbrauchsaufsicht) bedeutet das Ent- oder Bestehen von Verhaltensspielräumen in den sachlich und räumlich abgegrenzten Märkten gegenüber Lieferanten, Abnehmern oder Wettbewerbern, die unter Wettbewerbsverhältnissen nicht bestünden und die nicht (ausreichend) durch andere Faktoren, insbesondere potenziellen Wettbewerb oder die Marktgegenseite, eingegrenzt werden. Stark verkürzt bedeutet Marktbeherrschung hier die (weitgehende) Unabhängigkeit von Wettbewerbszwän-

²⁶³ BKartA, Beschluss vom 7. März 2008, B8-134/07, WuW/E DE-V 1584 „Shell/HPV“.

²⁶⁴ BKartA, Beschluss vom 29. April 2009, B8-175/08, WuW/E DE-V 1719 „Total Deutschland/OMV Deutschland“.

²⁶⁵ BKartA, Beschluss vom 8. Juni 2009, B8-31/09 „Rheinland Kraftstoff/Honsel Mineralölvertriebs GmbH“; BKartA, Beschluss vom 8. Mai 2009, B8-32/09 „Shell Deutschland Oil/Lorenz Mohr“.

²⁶⁶ In der letzten Konzentrationswelle im Tankstellensektor konnte die genaue räumliche Marktabgrenzung jeweils offenbleiben; vgl. BKartA, Beschlüsse vom 19. Dezember 2001, B8-120/01 „Shell/DEA“ sowie B8-130/01 „BP/E.ON (Aral)“.

²⁶⁷ BKartA, Sektoruntersuchung Kraftstoffe, B8-100/07, Zwischenbericht von Juni 2009.

gen, etwa zur illegitimen Anhebung von Preisen, zur Senkung der Qualität und des Innovationsniveaus, aber auch zur Verfestigung einer marktbeherrschenden Stellung. Dabei kommt es bei der präventiven Fusionskontrolle auf eine Prognose der Entwicklung der betroffenen Märkte infolge der Fusion im Vergleich zu einer wahrscheinlichen Entwicklung ohne diese an, was wie alle Prognosen mit einer gewissen Unsicherheit belastet bleibt. Insoweit bedeuten die Regelungen des § 19 Absatz 3 GWB, nach denen bei Erreichen bestimmter Marktanteilsschwellen eine Marktbeherrschung vermutet wird, eine erhebliche Verfahrenserleichterung für das Bundeskartellamt.

596. Im Berichtszeitraum erscheinen die Entwicklungen in drei Bereichen besonders hervorhebenswert: die Bedingungen und Bewertung der Marktbeherrschung in Märkten mit wenigen Anbietern (Oligopolmärkten), die Prüfung der Wettbewerbsbedingungen in zweiseitigen (oder Plattform-)Märkten sowie die Einbeziehung potenziellen Wettbewerbs in die wettbewerbliche Würdigung.

3.6.1 Marktbeherrschung in Oligopolmärkten

597. Oligopolmärkte sind durch die geringe Zahl der auf einem Markt präsenten Unternehmen gekennzeichnet. Insbesondere bei Hinzutreten weiterer Umstände ergibt sich regelmäßig eine Reaktionsverbundenheit zwischen diesen Unternehmen, die den Wettbewerb erheblich einschränken kann, ohne dass eine vom Kartellverbot des § 1 GWB und des Artikel 101 AEUV erfasste explizite Verhaltenskoordination notwendig wäre. Dieses Parallelverhalten infolge strategischer Interdependenz kann erhebliche Wohlfahrtsverluste mit sich bringen und die Dynamik der betroffenen Märkte stark einschränken. Auch aus diesen Gründen erleichtert § 19 Absatz 3 Satz 2 GWB mit einer Vermutungsregelung die Feststellung kollektiver Marktbeherrschung. Danach gelten zwei oder drei Unternehmen mit einem gemeinsamen Marktanteil von 50 Prozent oder vier oder fünf Unternehmen mit einem Marktanteil von zwei Dritteln als gemeinsam marktbeherrschend, wenn sie nicht wirksamen Binnen- oder Außenwettbewerb nachweisen. Im Berichtszeitraum haben sowohl der EuGH als auch der BGH die Bedingungen gemeinsamer Marktbeherrschung näher präzisiert; zudem sind das OLG Düsseldorf und teilweise auch der BGH näher auf die genauen Wirkungen der Beweislastumkehr für gemeinsame Marktbeherrschung eingegangen. Drei Entscheidungen des Bundeskartellamtes im Kraftstoff Einzelhandel, im Zuckermarkt und im Markt für Cabriodächer illustrieren anschaulich die Bedingungen oligopolistischer Marktbeherrschung und deren Auswirkungen auf die betroffenen Märkte.

3.6.1.1 Bundesgerichtshof und Europäischer Gerichtshof: Kriterien gemeinsamer Marktbeherrschung

598. Die bereits 2002 vom EuG aufgestellten und auch vom Bundeskartellamt verwendeten²⁶⁸ Kriterien für die Feststellung oligopolistischer Marktbeherr-

schung²⁶⁹ wurden inhaltlich vom EuGH nunmehr bestätigt²⁷⁰ und weitgehend inhaltsgleich auch vom BGH formuliert²⁷¹, der zudem in einem weiteren Urteil²⁷² Einzelheiten weiter präzisiert hat. Wie der EuGH betont allerdings der BGH die Notwendigkeit, über die Prüfung einzelner Kriterien hinaus in einer Gesamtschau zu untersuchen, ob der wirtschaftliche Gesamtmechanismus Koordinationsstrategien faktisch plausibel erscheinen lässt.²⁷³ Die dort entwickelten Prüfungspunkte entsprechen dem Stand der industrieökonomischen und spieltheoretischen Diskussion,²⁷⁴ obwohl neuere experimentall-ökonomische Studien deren Erkenntnisse teilweise relativieren.²⁷⁵

599. Nach dieser Rechtsprechung kommt – jedenfalls im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle – für die Feststellung der Wettbewerbsverhältnisse in einem möglichen Oligopol den die Marktstruktur bestimmenden Merkmalen eine besondere Bedeutung zu. Entscheidend ist hier nach, ob aufgrund der Marktstruktur mit einem dauerhaft einheitlichen Verhalten der Mitglieder des möglichen Oligopols zu rechnen ist. Das wird angenommen, wenn zwischen den beteiligten Unternehmen eine enge Reaktionsverbundenheit besteht. Entscheidende Indizien dafür sind die Markttransparenz und die Abschreckungs- und Sanktionsmittel bei abweichendem Marktverhalten sowie fehlender Außenseiterwettbewerb und fehlende Disziplinierungsmittel der Marktgegenseite. Es muss ein Anreiz bestehen, nicht von dem gemeinsamen Vorgehen abzuweichen. Davon ist dann auszugehen, wenn jedes beteiligte Unternehmen weiß, dass eine auf Vergrößerung seines Marktanteils gerichtete, wettbewerbsorientierte Maßnahme die gleiche oder andere gleichgerichtete Maßnahmen seitens der anderen Unternehmen auslösen würde, sodass es keinerlei Vorteil aus seiner Initiative ziehen könnte. So besteht etwa kein Anreiz für einen Preiswettbewerb, wenn eine Preissenkung durch ein Unternehmen von den anderen Unternehmen des Oligopols sofort erkannt und mit einer identischen Preissenkung beantwortet werden kann, ohne dass sich dadurch die Marktan-

²⁶⁸ Vgl. etwa BKartA, Beschluss vom 28. Oktober 2004, B10-86/04, WuW/E DEV 1017 „Schneider/Classen“ oder BKartA, Beschluss vom 7. März 2008, B8-134/07, WuW/E DE-V 1584 „Shell/HPV“.

²⁶⁹ EuG, Urteil vom 6. Juni 2002, T-342/99, Slg. 2002, II-2585, WuW/E EU-R 559 „Airtours/Kommission“, vgl. dazu bereits ausführlich Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 855 ff.

²⁷⁰ EuGH, Urteil vom 10. Juli 2008, Rs. C-413/06 P, Slg. 2008, I-4951, WuW/E EU-R 1498 „Impala/Kommission“, vgl. dazu eingehender unten Tz. 739 ff., 821 ff.

²⁷¹ BGH, Beschluss vom 11. November 2008, KVR 60/07, WuW/E DE-R 2451 „E.ON/Stadtwerke Eschwege“.

²⁷² BGH, Beschluss vom 20. April 2010, KVR 1/09, WuW/E DE-R 2905 „Phonak/ReSound“.

²⁷³ Vgl. EuGH, Urteil vom 10. Juli 2008, Rs. C-413/06 P, Slg. 2008, I-4951, WuW/E EU-R 1498 „Impala/Kommission“, Tz. 120 ff., 125 ff.; BGH, Beschluss vom 11. November 2008, KVR 60/07, WuW/E DE-R 2451 „E.ON/Stadtwerke Eschwege“, Tz. 39.

²⁷⁴ Umfassend etwa die „Study on Assessment Criteria for Distinguishing between Competitive and Dominant Oligopolies in Merger Control“, Abschlussbericht von Europe Economics für die Europäische Kommission, Mai 2001 [online verfügbar].

²⁷⁵ Vgl. statt vieler Huck, S., Normann, H. T., Oechssler, J., Two are few and four are many: number effects in experimental oligopolies, *Journal of Economic Behavior & Organization* 53, 2004, S. 435–446. Praktisch relevant sind diese Erkenntnisse bereits in den beiden Fusionskontrollfällen im Markt für Cabriodächer geworden; vgl. dazu unten Tz. 612 ff.

teile aller beteiligten Unternehmen verändern. In Bezug auf implizite Kollusion sind weitere Indikatoren zu berücksichtigen, etwa die Symmetrie der beteiligten Unternehmen hinsichtlich der Produktpalette, der verwendeten Technologie und der Kostenstruktur, etwaige Marktzutrittschranken, die Nachfragemacht der Marktgegenseite und die Preiselastizität der Nachfrage. Von Bedeutung kann auch sein, ob aufgrund der Homogenität des vertriebenen Produkts ein Produkt- und Qualitätswettbewerb nur eingeschränkt oder gar nicht in Betracht kommt und ob die Mitglieder des möglichen Oligopols gesellschaftsrechtlich miteinander verflochten sind. Daneben ist das tatsächliche Wettbewerbsverhalten der beteiligten Unternehmen auf dem betreffenden Markt zu berücksichtigen. Dabei kann eine geringe Kundenwechselquote ein Anzeichen für einen fehlenden Binnenwettbewerb sein. Umgekehrt reicht die Transparenz des Marktes verbunden mit eingeschränktem Wettbewerb dann nicht für den Nachweis kollektiver Marktbeherrschung aus, wenn tatsächlich etwa erhebliche nachhaltige Marktanteilsverschiebungen zu beobachten sind.²⁷⁶

600. Insgesamt betonen die genannten Entscheidungen, dass die aufgeführten Kriterien nicht abschließend sind, sondern vielmehr lediglich die typischen Konstellationen kollektiver Marktbeherrschung wiedergeben. Dennoch ist der Praxis durch die drei Prüfungspunkte Markttransparenz, Sanktionsmechanismus und fehlender Außenwettbewerb ein effektives heuristisches Werkzeug zur Beurteilung oligopolistischer Märkte an die Hand gegeben, das in einzelnen Entscheidungen stark ausgeweitet und angepasst wird. Entscheidend sind letztlich die tatsächlichen Anreizstrukturen, die ein Markt den Unternehmen entgegenstellt, und entsprechend derer wettbewerbsloses oder wettbewerbsarmes Parallelverhalten begünstigt oder erschwert wird, sowie eventuell abweichende Marktveränderungen, die den Anschein von Wettbewerbslosigkeit im Einzelfall widerlegen können. Dabei wirkt die prognostische Natur von Fusionskontrollentscheidungen ganz erheblich auf die Würdigung von Marktstrukturmerkmalen zurück.

3.6.1.2 Echte Vermutungswirkung des § 19 Absatz 3 Satz 2 GWB

601. Zur Erleichterung des kartellbehördlichen Nachweises kollektiver Marktbeherrschung gelten nach der Vermutungsregelung des § 19 Absatz 3 Satz 2 GWB zwei oder drei Unternehmen mit einem gemeinsamen Marktanteil von 50 Prozent oder vier oder fünf Unternehmen mit einem Marktanteil von zwei Dritteln als gemeinsam marktbeherrschend, wenn sie nicht nachweisen, dass entweder zwischen ihnen oder vonseiten Dritter innerhalb des Marktes wirksamer Wettbewerb besteht (Binnen-/Außenwettbewerb). Die Reichweite dieser Marktbeherrschungsvermutung ist im Einzelnen noch nicht vollständig geklärt, war jedoch im Berichtszeitraum Gegenstand dreier Entscheidungen des OLG Düsseldorf.

²⁷⁶ Vgl. BGH, Beschluss vom 20. April 2010, KVR 1/09, WuW/E DE-R 2905 „Phonak/ReSound“, Tz. 66.

602. Die mögliche Auslegung dieser Vermutungsregelung erstreckt sich zwischen zwei Extremen: Die Erfüllung des Vermutungstatbestands durch gemeinsames Halten der entsprechenden Marktanteile kann einen reinen Aufgreifstatbestand bedeuten oder die volle Umkehr der formellen Beweislast. Während die erstere Auslegung lediglich das Aufgreifermessen des Bundeskartellamtes beeinflussen würde, läge bei Annahme der (vollen) Beweislastumkehr bereits bei Erreichen der Marktanteilschwellen die materielle und formelle Beweislast für bestehenden Binnen- und Außenwettbewerb bei den betroffenen Unternehmen. Die Gesetzesbegründung bleibt insoweit stumm;²⁷⁷ lediglich die Empfehlungen des Wirtschaftsausschusses des Bundestages gingen 1980 von einer echten Vermutungsregelung aus.²⁷⁸ Der BGH hat sich zu dieser Frage bislang lediglich in einem – unverbindlichen – obiter dictum geäußert und dort von einem „Gegenbeweis“ gesprochen, der den Beteiligten auferlegt sei.²⁷⁹ Das OLG Düsseldorf hatte 2005 daraus abgeleitet, dass diese Vermutungsregelung lediglich in dem Falle den Ausschlag geben könnte, in dem das Bestehen wesentlichen Binnen- oder Außenwettbewerbs letztlich weder erwiesen noch widerlegt werden könne; auf die Amtsermittlungspflicht des Bundeskartellamtes habe sie jedoch grundsätzlich keinen Einfluss.²⁸⁰ Diese Beschränkung der Vermutungsregelung auf die formelle Beweislast hat das OLG Düsseldorf seit 2008 in drei Beschlüssen revidiert und geht nunmehr von einer eingeschränkten echten materiellen Beweislastumkehr zulasten der Unternehmen aus.

603. Im Cargotec-Beschluss von Mai 2008,²⁸¹ auf den insoweit in den späteren Beschlüssen Phonak/ReSound²⁸² und Springer/ProSiebenSat²⁸³ verwiesen wird, stellt das OLG fest, dass die Oligopolmarktbeherrschungsvermutung, anders als die Einzelmarktbeherrschungsvermutung des § 19 Absatz 3 Satz 1 GWB, „eine echte Umkehr der Beweislast“ enthalte und dass die formelle Beweislast ebenso wie die materielle Beweislast bei Unaufklärbarkeit des Bestehens wesentlichen Wettbewerbs insgesamt bei den am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen verbleibe. Eingeschränkt ist die umfangreiche Beweislast

²⁷⁷ Vgl. die Begründung des Regierungsentwurfs zur Zweiten GWB-Novelle, Bundestagsdrucksache VI/2520 vom 18. August 1971, S. 23, und die Regierungsbegründung zur Vierten GWB-Novelle, Bundestagsdrucksache 8/2136 vom 27. September 1978, S. 22.

²⁷⁸ Vgl. die Empfehlungen des Wirtschaftsausschusses zur Vierten GWB-Novelle, Bundestagsdrucksache 8/3690 vom 21. Februar 1980, S. 27: „aus der Umkehr der Beweislast folgende qualifizierte Vermutung“.

²⁷⁹ BGH, Beschluss vom 2. Dezember 1980, KVR 1/80, WuW/E BGH 1749 „Klöckner-Becorit“.

²⁸⁰ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2. November 2005, VI-Kart 30/04 (V), WuW/E DE-R 1625 „Rethmann-GfA Köthen“.

²⁸¹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7. Mai 2008, VI – (Kart) 13/07 (V) „Cargotec“.

²⁸² OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. November 2008, VI-Kart 8/07 (V), WuW/DE-R 2477 „Phonak/ReSound“.

²⁸³ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3. Dezember 2008, VI-Kart 7/06 (V), WuW DE-R 2593 „Springer/ProSiebenSat.1“; bestätigt durch BGH, Beschluss vom 8. Juni 2010, KVR 4/09 [Beschlussgründe waren bei Redaktionsschluss des Hauptgutachtens noch nicht verfügbar].

der Unternehmen hiernach lediglich, soweit diese zur Ermittlung der relevanten Tatsachen mangels hoheitlicher Ermittlungsbefugnisse außerstande sind; insoweit beschränkt sich ihre Darlegungslast auf den Vortrag der entsprechenden Vermutungen und der zu deren Beweis dienenden – nur dem Bundeskartellamt zugänglichen – Tatsachen. Der BGH hat in seiner den Beschluss des OLG aufhebenden Entscheidung in der Sache Phonak/ReSound²⁸⁴ diese Frage offengelassen.

604. Die Monopolkommission begrüßt die revidierte Auffassung des OLG Düsseldorf. Insbesondere in Oligopolmärkten ist ein Schutz des Restwettbewerbs besonders bedeutsam. Auch steigert diese Auslegung der Vermutungsregel die Anreize der Beteiligten erheblich, von sich aus wesentliche Tatsachen zum Funktionieren der betroffenen Märkte vorzutragen. Ob diese Veränderung große praktische Bedeutung hat, ist angesichts der seltenen Fallpraxis, die sich entscheidungserheblich auf die Vermutungswirkung stützt, nicht einfach abzuschätzen. Im ganz überwiegenden Regelfall jedoch werden die relevanten Tatsachen bereits Gegenstand des Verfahrens sein, sodass vielmehr deren tatsächliche Würdigung entscheidend ist.²⁸⁵ So hob etwa der BGH im Beschluss Phonak die auf die Oligopolmarkt-Vermutungsregel gestützte Entscheidung des OLG²⁸⁶ mit der Begründung auf, das OLG habe „rechtsfehlerhaft“ die Wirkungen von Marktanteilsangleichungen und von bestehendem Innovationswettbewerb nicht zugunsten der Zusammenschlussbeteiligten gewürdigt,²⁸⁷ während das Bundeskartellamt die Marktverhältnisse von einer aus seiner – und insoweit mit der Auffassung des BGH identischen – Sicht ausermittelten Tatsachengrundlage beurteilt hatte.²⁸⁸ Da die Marktbeherrschungsvermutungen einen praktisch sehr wertvollen ersten Orientierungspunkt in der Vielzahl der Entscheidungen des Bundeskartellamtes darstellen, ist die Signalwirkung dieser Entscheidungen des OLG hin zu einer wettbewerbsfreundlicheren Einschätzung von Oligopolmärkten dennoch kaum zu unterschätzen.

3.6.1.3 Oligopol im Kraftstoffeinzehandel

605. In mehreren Fusionskontrollverfahren stellte das Bundeskartellamt eine gemeinsame Marktbeherrschung der Unternehmen BP/Aral, ConocoPhillips/Jet, Exxon-Mobil/Esso, Shell und Total im Einzelhandel mit Kraft-

stoff über Tankstellen fest.²⁸⁹ Diese – regional in Einzelheiten differenzierte – Einschätzung hat sich auch im Verlauf der Sektoruntersuchung Kraftstoffe bestätigt.²⁹⁰ Insbesondere auf den vorgelagerten Marktstufen finden sich Strukturmerkmale, die stark dämpfend auf den Binnen- und den Außenwettbewerb insgesamt und damit auch auf die Endverbrauchermärkte (Tankstellen) wirken, indem einerseits eine hohe Transparenz erzeugt sowie ein hohes Vergeltungspotenzial eröffnet und andererseits die überragende Marktstellung der marktbeherrschenden Unternehmen gefestigt wird. Die durch die völlig transparenten Preise bereits außergewöhnlich hohe Reaktionsverbundenheit wird weiter erhöht durch die vielfältigen Verflechtungen (über Gemeinschaftsunternehmen gehaltene Pipelines, Raffinerien, Tanklager sowie regelmäßige gegenseitige Belieferung), die erhebliches Vergeltungspotenzial bei abweichendem Verhalten bieten, und die strukturelle Symmetrie zwischen den vertikal integrierten Oligopolisten, die sich zudem auf vielen anderen (ausländischen) Märkten wieder begegnen. Angesichts fehlender Nachfragemacht, geringer Preiselastizität sowie der Abhängigkeit und Zersplitterung der Außenseiterwettbewerber nehmen die Oligopolisten eine überragende Marktstellung ein und sehen sich keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt.

606. Als besonders bedeutsam erscheinen in diesem Markt die vielfältigen Verflechtungen der Oligopolisten sowie deren durchgängige vertikale Integration, die einerseits die bestehende Transparenz vergrößern und Sanktionspotenziale schaffen, andererseits über die daraus folgende Symmetrie und die multiplen Kontakte der gleichen Unternehmen auf einer Vielzahl unterschiedlicher Märkte den Anreiz zu wettbewerbslosem Parallelverhalten stark erhöhen.²⁹¹ Vor diesem Hintergrund weist die Monopolkommission darauf hin, dass der verbleibende geringe Restwettbewerb in diesen Märkten besonders schutzwürdig erscheint.²⁹² Sie würde es begrüßen, wenn die bestehenden und nur teilweise und jeweils isoliert in Fusionskontrollverfahren geprüften Verflechtungen der Oligopolisten in näherer Zukunft einer umfassenderen wettbewerbliehen und kartellrechtlichen Analyse unterzogen würden.

3.6.1.4 Oligopol im Zuckermarkt

607. Die Freigabe des Erwerbs sämtlicher Zuckeraktivitäten der dänischen Danisco durch Nordzucker seitens des Bundeskartellamtes erfolgte unter der aufschiebenden

²⁸⁴ Vgl. BGH, Beschluss vom 20. April 2010, KVR 1/09, WuW/E DE-R 2905 „Phonak/ReSound“, Tz. 54 ff.

²⁸⁵ Vgl. jedoch etwa die Berufung des Bundeskartellamtes auf diese Vermutungswirkung in den Beschlüssen vom 7. März 2008, B8-134/07, WuW/E DE-V 1584 „Shell/HPV“, sowie vom 29. April 2009, B8-175/08, WuW/E DE-V 1719 „Total Deutschland/OMV Deutschland“.

²⁸⁶ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. November 2008, VI-Kart 8/07 (V), WuW/DE-R 2477 „Phonak/ ReSound“, Tz. 57 ff.

²⁸⁷ Vgl. BGH, Beschluss vom 20. April 2010, KVR 1/09, WuW/E DE-R 2905 „Phonak/ReSound“, Tz. 54 ff.

²⁸⁸ Vgl. BKartA, Beschluss vom 13. Dezember 2006, B3-578/06, WuW/E DE-V 1365 „Phonak/ReSound“, Tz. 126 ff., 254 ff.; dazu bereits eingehend Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O., Tz. 573 ff.

²⁸⁹ BKartA, Beschluss vom 7. März 2008, B8-134/07, WuW/E DE-V 1584 „Shell / HPV“; ebenso BKartA, Beschluss vom 29. April 2009, B8-175/08, WuW/E DE-V 1719 „Total Deutschland/OMV Deutschland“; BKartA, Beschluss vom 8. Mai 2009, B8-32/09 „Shell Deutschland Oil/Lorenz Mohr“; BKartA, Beschluss vom 8. Juni 2009, B8-31/09 „Rheinland Kraftstoff/Honsel Mineralölvertriebs GmbH“.

²⁹⁰ Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Kraftstoffe, B8-100/07, Zwischenbericht Juni 2009, S. 33 ff.

²⁹¹ Eine eingehende Analyse der Funktionsweise dieses Marktes unter dem Aspekt der Missbrauchsaufsicht findet sich bei Monopolkommission, Hauptgutachten 2000/2001, a. a. O., Tz. 390 ff.

²⁹² Vgl. dazu näher unten Tz. 635 ff.

Bedingung der Veräußerung des Standortes Anklam und damit aller deutschen Aktivitäten des Erwerbsziels Danisco Sugar, sodass die Freigabe im Wesentlichen für die ausländischen Aktivitäten der Danisco Sugar wirkt.²⁹³ In dem aufgrund von Kettensubstitution²⁹⁴ bundesweiten Markt für Verarbeitungszucker lasse der angemeldete Zusammenschluss entsprechend dem Beschluss des Bundeskartellamtes die Verstärkung einer bereits bestehenden oligopolistischen Marktbeherrschung durch Nordzucker, Südzucker (und, soweit unter Zweifeln offengelassen, Pfeifer & Langen) erwarten. Nach Erörterung der konzeptionellen Grundlagen oligopolistischer Marktbeherrschung prüft der Beschluss erstens die Strukturbedingungen zur Begünstigung von Parallelverhalten, zweitens die Auswirkungen dieser Strukturbedingungen auf den Binnenwettbewerb im Oligopol und drittens die Auswirkungen auf den aktuellen und potenziellen Außenwettbewerb sowie schließlich viertens das Fehlen gegengewichtiger Nachfragemacht.

608. Im Einzelnen werden als Struktur- und Wettbewerbsbedingungen erörtert: die Marktkonzentration und die Marktanteile (statisch, dynamisch und durch Importentwicklungen), die Marktzutrittsschranken, die Regelmäßigkeit der Interaktion zwischen den Oligopolisten, die Stabilität der Angebots- und Nachfragebedingungen und die Preiselastizität, die Homogenität von Produkt und Produktportfolios, die Markttransparenz, die Symmetrie des Oligopols sowie Verflechtungen und Kooperationen zwischen den Oligopolisten und inländischen wie ausländischen Wettbewerbern. Die Auswirkungen dieser Strukturbedingungen auf den Binnenwettbewerb im Oligopol werden anhand einer detaillierten Untersuchung der Koordinierungs- und Sanktionsmechanismen in dem untersuchten Markt und des aktuellen deutschen und europäischen Wettbewerbsgeschehens zwischen den Oligopolisten analysiert. Die Auswirkungen der marktlichen Strukturbedingungen auf den Wettbewerb vonseiten aktueller und potenzieller inländischer und ausländischer Wettbewerber schließen sich an. Zuletzt wird angesichts eines weitgehend zersplitterten Abnehmerfeldes das Fehlen gleichgewichtiger Nachfragemacht festgestellt.

609. Die Verstärkung dieser oligopolistischen Marktbeherrschung durch den geplanten Zusammenschluss wird erörtert anhand der Erhöhung des deutschen Marktanteils der beiden Oligopolisten um 10 bis 15 Prozent, der im Detail erhobenen, niedrigen Kundenwechselquoten, des Wegfalls eines Außenseiterwettbewerbers, der Verstärkung der Marktpräsenz des Oligopols in angrenzenden ausländischen Märkten und deren Rückwirkung auf den deutschen Markt, des weiteren Abschottungs- und Abschreckungseffekts gegenüber potenziellem Wettbewerb aus dem Ausland und schließlich der weiteren Verbesserung der Koordinierungs- und Abschreckungsmöglichkeiten des Oligopols gegenüber abweichendem Marktver-

halten. In der abschließenden Gesamtbetrachtung erfolgt die Würdigung der einzelnen Faktoren auch unter dynamischen Aspekten und anhand von historischen Markterfahrungen. Aus der Gesamtschau dieser Umstände zieht das Bundeskartellamt den Schluss, dass die Veräußerung der deutschen Tochter der Danisco, insbesondere des Produktionsstandortes Anklam, an einen ausländischen Zuckerproduzenten notwendig, aber auch ausreichend wäre, die negativen Inlandsauswirkungen des Zusammenschlusses zu beseitigen.

610. Die Monopolkommission hält die Ausführungen des Bundeskartellamtes zu kollektiver Marktbeherrschung, die die Vorgaben der oben referierten Entscheidungen von EuGH und BGH wiedergeben und umsetzen, in diesem Fall für beispielhaft und stimmt ihnen zu. Sie begrüßt und unterstützt die Klarstellung, dass keine vollständige Produkt-, Preis- und Konditionentransparenz erforderlich ist, sondern dass für eine oligopolistische Marktbeherrschung insoweit schon ausreicht, wenn die einzelnen Unternehmen ihre Wettbewerber, deren Produkt- und Preisstrategie sowie deren Wettbewerbsvorstöße ausreichend zeitnah erkennen, um ihr Angebot anzupassen und den Wettbewerbsvorsprung des „Ausreißers“ zu neutralisieren bzw. zu sanktionieren.

611. Schließlich zeigt dieses Verfahren exemplarisch, wie Marktregulierungen, die anderen Zielen dienen sollen als dem Wettbewerb, insbesondere solche der EU-Agrarmarkordnung, oftmals die Marktstrukturen in einer Weise beeinflussen, dass funktionierender Wettbewerb stark eingeschränkt wird. In diesem Fall wirken sich insbesondere die Zuckerquote und die von der Zuckermarktordnung vorgeschriebenen Konditionen der Zuckerrübenanlieferung als Wettbewerbshindernis aus. Oft wird dabei, trotz schlechter Quantifizierbarkeit der jeweiligen Effekte, ein Überwiegen der negativen über die positiven Auswirkungen solcher unwettbewerblicher Marktordnungen festzustellen sein. Insbesondere in Märkten wie dem vorliegenden, in denen die Homogenität der Produkte und relativ hohe Transportkosten der Rohstoffe das Wettbewerbspotenzial schon von vornherein einschränken, können dysfunktionale Marktordnungen sich besonders schädlich auswirken. Vor diesem Hintergrund weist die Monopolkommission erneut auf die Ordnungskraft eines funktionierenden Wettbewerbs hin und fordert den europäischen wie den deutschen Gesetzgeber auf, wettbewerbschädliche Regelungen soweit wie möglich zu vermeiden. Ein erster – Transparenz und Öffentlichkeit erzeugender – Schritt könnte die spontane oder obligatorische Stellungnahme des Bundeskartellamtes zu dysfunktionalen Marktordnungen bzw. eine Prüfung der Wettbewerbsauswirkungen von Gesetzgebungsvorhaben mit konkretem Marktbezug sein. Diese könnten selbst bei Gesetzgebungsverfahren mit weitgehend nach Unionsrecht vorgegebenem Rahmen eine möglichst wettbewerbskonforme Ausgestaltung im deutschen Recht bewirken.²⁹⁵

²⁹³ BKartA, Beschluss vom 17. Februar 2009, B2-46/08 „Nordzucker/Danisco“.

²⁹⁴ Grundsätzlich räumlich getrennte Märkte überlappen sich jeweils gegenseitig so stark, dass der mittelbare Wettbewerbsdruck auch sich nicht unmittelbar berührende räumliche Märkte einheitlich erfasst.

²⁹⁵ Vgl. zum Stellungnahmerecht bereits allgemein oben Tz. 353, 370 ff.

3.6.1.5 Ausschreibungswettbewerb im Cabriodächer-Oligopol

612. Der Markt für die Herstellung von Cabriodächern für Automobilhersteller konzentrierte sich vor Durchführung der hier beschriebenen Fusionskontrollverfahren in Europa im Wesentlichen auf vier Hersteller: Webasto, Magna Car Top Systems, Edscha und Karmann. Die beiden Letzteren waren infolge der Finanz- und Wirtschaftskrise in Probleme geraten und befanden sich im Insolvenzverfahren. In einem ersten Fusionskontrollverfahren hat das Bundeskartellamt die Übernahme von Edscha durch Webasto und damit die Reduktion des Oligopols von vier auf drei Marktteilnehmer zugelassen.²⁹⁶ Bereits in dieser Entscheidung wurde darauf hingewiesen, dass eine darüber hinausgehende Verengung des Oligopols durch einen weiteren Zusammenschluss nach den seinerzeitigen Erkenntnissen wettbewerbslich bedenklich wäre. Das im Monat nach dieser Entscheidung angemeldete Zusammenschlussvorhaben Magna/ Karmann hingegen wurde untersagt, da die Reduktion eines Dreier-Oligopols auf nur mehr zwei Unternehmen auch unter der Berücksichtigung der besonderen wettbewerbslichen Strukturen des betroffenen Marktes dem Bundeskartellamt nicht zulässig erschien.²⁹⁷

613. Die europäischen Automobilhersteller haben die Eigenfertigung in den letzten Jahren wegen Unwirtschaftlichkeit eingestellt. Sie schreiben Entwicklung und Produktion von Dachsystemen für neue Cabriomodelle aus und vergeben Aufträge in einem zweistufigen Verfahren jeweils für die Konzeption und für die Produktion eines modellspezifischen Cabriodaches für die gesamte Laufzeit des Modells an (jeweils) einen Hersteller („single sourcing“). Die Marktanteile der ursprünglich vier Unternehmen lagen jeweils zwischen 20 und 30 Prozent. Trotz dieser bereits hohen Konzentration haben die Ermittlungen des Bundeskartellamtes keinen Hinweis auf ein abgestimmtes Verhalten der Unternehmen ergeben: Die Möglichkeit von wettbewerbsarmem Parallelverhalten sei durch das zweistufige Ausschreibungsverfahren sowie sonstige Marktgegebenheiten, nicht jedoch durch eine etwaige, eingehend geprüfte Nachfragemacht der Automobilunternehmen stark eingeschränkt. Zudem beteiligten sich auch an den volumenstarken Ausschreibungsverfahren der Automobilhersteller regelmäßig nur drei der ursprünglich vier Unternehmen, wie die Untersuchung der Ausschreibungen der vergangenen Jahre zeigte.

614. Vor dem Hintergrund, dass sich aus den bestehenden Wettbewerbsverhältnissen keine Hinweise auf Kollusion innerhalb des Oligopols ergaben, sei zu erwarten, dass sich daran auch bei einer Verengung des Marktes auf drei Anbieter nichts ändere. Mit Webasto und Edscha schlossen sich im Übrigen Unternehmen zusammen, die – wie die Begegnungsquoten in Ausschreibungsverfahren und die jeweiligen Kernkompetenzen zeigten – nicht zu den engsten Wettbewerbern auf dem Markt zählten. Da-

rüber hinaus habe sich der von Webasto ausgehende Wettbewerbsdruck in den letzten Jahren deutlich abgeschwächt. Die aufgrund der notwendigen aufwendigen Entwicklungsarbeit hohen Marktzutrittsschranken könnten für sich allein keine kollektive Marktbeherrschung begründen. Das Zusammenschlussvorhaben Webasto/Edscha sei nach einer Gesamtwürdigung dieser Faktoren freizugeben, da nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwarten sei, dass der Zusammenschluss zu einer Beschränkung der Wettbewerbsverhältnisse führen werde.

615. Das Zusammenschlussvorhaben zwischen Magna und Karmann wurde – entsprechend der bereits im Verfahren Webasto/Edscha geäußerten Einschätzung – untersagt, da dadurch nicht nur die Zahl der Wettbewerber auf zwei schrumpfen würde, sondern darüber hinaus die beiden verbleibenden Wettbewerber aufgrund ähnlich starker Marktanteile und einer vergleichbaren Unternehmensgröße besondere Anreize zu stillschweigend kollusivem Verhalten hätten. Bei dieser Analyse stützt sich das Bundeskartellamt auch auf die Erkenntnisse der experimentellen Industrieökonomik, nach denen die Effizienz von Dyopolen regelmäßig erheblich hinter der von Dreier-Oligopolen zurückbleibt.²⁹⁸ Dieses allgemeine Erkenntnis werde im vorliegenden Fall weiter untermauert, da bei Freigabe des Zusammenschlusses die Zahl der Ausschreibungsteilnehmer empfindlich reduziert und die Symmetrie zwischen den verbleibenden Unternehmen wesentlich verstärkt würde. Wettbewerbsvorstöße eines der verbleibenden Unternehmen könnten bei der dann bestehenden Markttransparenz vom anderen sofort erkannt und sehr zielgerichtet sanktioniert werden. Daher sei Binnenwettbewerb zwischen den dann nahezu gleich starken Unternehmen unwahrscheinlich. Auch einige Automobilhersteller befürchteten Wettbewerbsbeschränkungen und hatten sich im Rahmen der Ermittlungen skeptisch gegenüber dem Zusammenschluss gezeigt. Die Berufung der Zusammenschlussbeteiligten auf die Grundsätze der Sanierungsfusion²⁹⁹ wurde mit dem Hinweis auf andere ernsthafte Erwerbsinteressenten für die insolvente Karmann GmbH i. L. für unerheblich erklärt.

616. Die Monopolkommission begrüßt die Entscheidungen des Bundeskartellamtes, die Freigabe im Fall Webasto/Edscha jedoch nur cum grano salis. Die Analyse der tatsächlichen Begegnungsquoten der ursprünglichen vier Marktteilnehmer und des tatsächlichen Bietverhaltens in Ausschreibungen erscheint zwar besonders geeignet, die tatsächlichen Wettbewerbsverhältnisse in engen Ausschreibungsmärkten zu untersuchen. Das in dem betroffenen Markt übliche zweistufige Ausschreibungsverfahren erscheint auch nicht ungeeignet, die schon im Vier- und umso mehr im Dreier-Oligopol bestehende Verhandlungsmacht der Anbieter einzuschränken.

²⁹⁶ BKartA, Beschluss vom 22. Dezember 2009, B9-84/09, WuW/E DE-V 1837 „Edscha/Webasto“.

²⁹⁷ BKartA, Beschluss vom 21. Mai 2009, B9-13/10 „Magna/Karmann“.

²⁹⁸ Zitiert werden die Übersichtsstudien von Huck, S., Normann, H. T., Oechssler, J., Two are few and four are many: number effects in experimental oligopolies, a. a. O., sowie von Engel, C., Tacit Collusion: The Neglected Experimental Evidence. Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods Bonn 2007/14.

²⁹⁹ Vgl. dazu oben Tz. 329.

617. Dennoch erscheint der Monopolkommission – selbst bei Inrechnungstellung der experimentalökonomischen Forschungsergebnisse, der Einzelheiten der relevanten Ausschreibungsverfahren und der zuversichtlichen, überwiegend eine gewisse Konsolidierung der Anbieterseite befürwortenden Nachfrager – bereits die Reduktion eines Vierer- auf ein Dreier-Oligopol bedenklich. So schließt das Bundeskartellamt allein auf der Grundlage der vor der Konsolidierung wettbewerblichen Ausschreibungen, dass es den Automobilherstellern auch in Zukunft gelingen werde, mittels ihres gewählten Ausschreibungsdesigns (Konzeptwettbewerb, Serienausschreibung, Nachverhandlung, seltene und werthaltige Ausschreibungen) stabile Kollusion unter drei Anbietern zu verhindern, ohne diese Hoffnung weiter zu begründen. Wenig hilfreich erscheint auch der Hinweis, verbleibende Zweifel daran, dass der relevante Markt trotz Verengung auf drei Marktteilnehmer wettbewerblich bleibt, würden durch einen ohne diesen Zusammenschluss wahrscheinlichen Marktaustritt von Edscha relativiert. Denn dem Bundeskartellamt verblieben hier offenbar Zweifel über die zukünftige Wettbewerbsfähigkeit des Marktes. Auch erscheint angesichts des aus der Presse und der Untersagungsentscheidung im Fall Magna/Karmann zu entnehmenden, nicht unerheblichen Interesses Dritter an einer Übernahme eines Cabriodachproduzenten mehr als zweifelhaft, ob Edscha im Fall einer Untersagung tatsächlich aus dem Markt ausgetreten wäre, was die Entscheidung zusätzlich anführt. Jedenfalls aber ist nicht ersichtlich, dass im Fall des tatsächlichen Marktaustritts von Edscha alle Marktanteile auf Webasto übergehen würden, sodass der freigegebene Zusammenschluss kausal für die nun eintretende Marktanteilsaddition wäre. Vor diesem Hintergrund hätte die Monopolkommission auch die Untersagung bereits des ersten Zusammenschlusses befürwortet, um die ohnehin bereits fragile Wettbewerbssituation nicht noch weiter zu schwächen. Diese Bedenken werden allerdings abgemildert durch die erheblichen Ressourcen der nachfragenden Automobilhersteller, die Anlass zu der Hoffnung geben, auch in Zukunft durch eine geeignete Ausschreibungsgestaltung die effektive Entstehung gemeinsamer Marktmacht der Cabriodachhersteller zu verhindern. Ob die sehr positive Einschätzung dieser Möglichkeit durch das Bundeskartellamt sich in der Zukunft bestätigt, bleibt abzuwarten. In jedem Fall weist die Monopolkommission insoweit darauf hin, dass es auch nach Auffassung des BGH für eine Untersagung eines Zusammenschlussvorhabens in einem Oligopolmarkt ausreicht, wenn rechtliche oder tatsächliche Umstände dem marktbeherrschenden Unternehmen oder Oligopol zwar nicht zwingend, aber doch mit einiger Wahrscheinlichkeit eine günstigere Wettbewerbssituation verschaffen.³⁰⁰ In Märkten mit einem hohen Konzentrationsgrad genügt dabei schon eine geringfügige Beeinträchtigung des verbliebenen oder potenziellen Wettbewerbs.³⁰¹

³⁰⁰ Vgl. BGH, Beschluss vom 11. November 2008, KVR 60/07, WuW/E DE-R 2451 „E.ON/Stadtwerke Eschwege“, Tz. 61 ff.

³⁰¹ Vgl. dazu eingehender unten Tz. 635 ff.

3.6.1.6 Wettbewerbsdynamik und Oligopolverflechtungen

618. Insbesondere in den vorgestellten Verfahren im Kraftstoff- und im Zuckermarkt stellten die gegenseitigen Verflechtungen der Oligopolisten etwa über Gemeinschaftsunternehmen, Mengenaustausch- oder gegenseitige Belieferungsverträge wesentliche Strukturmerkmale für eine implizite Kollusion der Marktteilnehmer dar. Verflechtungen sind auch nach Auffassung von EuG, EuGH und BGH wesentliche Indizien für das Bestehen von Anreizen zu wettbewerbslosem Parallelverhalten. Insbesondere in oligopolistischen Märkten dürften viele Verflechtungen erhebliche Koordinationswirkung zwischen den verbundenen Unternehmen mit sich bringen.³⁰² Dadurch kann vor allem die Dynamik des in den betroffenen Märkten herrschenden Wettbewerbs leiden.

3.6.2 Marktbeherrschung in zweiseitigen Märkten

619. Zweiseitige Märkte stellen Plattformen dar, auf denen ein Anbieter zwei unterschiedliche Kundengruppen zusammenführt, etwa ein Print- oder elektronisches Nachrichtenmedium Leser- und Anzeigenkunden, ein Kreditkartenunternehmen Akzeptanzstellen und Kreditkarteninhaber oder ein Auktionshaus Käufer und Einlieferer.³⁰³ Typischerweise bestehen starke (indirekte) Netzwerkeffekte zwischen den unterschiedlichen Kundengruppen, die Attraktivität einer Plattform für eine Nutzergruppe wird durch die Anzahl der Nutzer aus der anderen Nutzergruppe stark beeinflusst: Eine höhere Leserzahl macht eine Zeitung für Anzeigenkunden attraktiver; erst viele Akzeptanzstellen lassen eine Kreditkarte praktisch erscheinen; viele Versteigerungslose locken viele (potenzielle) Käufer in ein Auktionshaus: Das lässt wiederum höhere Preise erwarten und macht das Auktionshaus für die Einlieferer interessanter. Vielfach ist die Attraktivitätssteigerung asymmetrisch, sodass auch die Preise, die der Plattformbetreiber den unterschiedlichen Kundengruppen abverlangt, unterschiedlich sind; das erklärt etwa den freien Eintritt für weibliche Gäste in manche Tanzlokale, was (zahlende) männliche Gäste anlocken soll, ebenso die Verfügbarkeit zahlloser kostenloser haptischer und elektronischer Medien, die allein durch Werbung finanziert werden.

620. Dass die Anbieter auf Plattformmärkten ihr Produkt faktisch zwei verschiedenen Kundengruppen (oder Marktseiten) anbieten, sollte bei der wettbewerblichen Würdigung solcher Märkte berücksichtigt werden. Dabei muss zwar im Regelfall aufgrund der unterschiedlichen Nachfragergruppen von zwei unterschiedlichen sachlich relevanten Märkten ausgegangen werden. Die zwischen diesen Märkten bestehenden Wechselwirkungen können

³⁰² Vgl. eingehender oben Tz. 525 ff.

³⁰³ Vgl. zu dieser noch jungen Theorie zweiseitiger Märkte etwa Evans, D., The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets, Yale Journal on Regulation 20, 2003, S. 325–82; Rochet, J. C. und Tirole, J., Platform Competition in Two-Sided Markets, Journal of the European Economic Association 1, 2003, S. 990–1029.

jedoch die wettbewerbliche Beurteilung wesentlich beeinflussen.

Die besonderen Merkmale zweiseitiger Märkte haben darüber hinaus erheblichen Einfluss auf Wahrscheinlichkeit und Erfolgsaussichten eines Marktzutritts. In Gegenwart von Netzwerkeffekten ist für eine langfristige Profitabilität das Erreichen einer kritischen Masse von Kunden vor allem auf derjenigen Marktseite der Plattform ausschlaggebend, von der besonders starke Netzwerkeffekte ausgehen. Sind die potenziellen Nachfrager schon Kunden eines Wettbewerbers und haben sie kein Interesse an der Teilnahme an einer zweiten Plattform („single-homing“; Gegenbegriff „multi-homing“, etwa gleichzeitiges Lesen einer konkurrierenden Zeitung oder Zeitschrift, Nutzung einer konkurrierenden Online-Ressource oder -Plattform), so können selbst für ein überlegenes Produkt unüberwindliche Markteintrittsbarrieren bestehen, wenn das Nutzerverhalten faktisch zu einer Sättigung des Marktes führt.

621. In der Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes wurden bisher vorrangig Zeitungs- und Zeitschriftenmärkte unter dem Aspekt zweiseitiger Märkte geprüft. Zeitungen stellen wie Zeitschriften und Online-Nachrichtenseiten Kommunikationsplattformen dar. Diese Plattformen führen Leser einerseits und Anzeigekunden andererseits zusammen. Die zwischen diesen Märkten bestehenden positiven Rückkopplungen oder (indirekten) Netzwerkeffekte werden in der kartellrechtlichen Praxis schon seit Langem als „Auflagen-Anzeigen-Spirale“ erfasst: Für Anzeigekunden einer Zeitung ist entscheidend, wie viele ihrer potenziellen Kunden zum Leserkreis der entsprechenden Zeitung zählen. Entsprechend werden Anzeigenpreise in der Werbebranche oft als „Tausender-Kontakt-Preis“ beziffert. Der Nutzen von Anzeigen für die Leser variiert, korreliert jedoch im Allgemeinen nicht durchgängig positiv mit deren Anzahl; insoweit bestehen deutliche Asymmetrien zwischen den beiden Seiten dieses Plattformmarktes. Im Berichtszeitraum beruhten zwei Untersagungen auf einer durch Netzwerkeffekte zweiseitiger Märkte gefestigten Marktbeherrschung; auf die erste Untersagung wird nachfolgend eingegangen, die zweite wird in Abschnitt 3.6.3.1 aufgegriffen, weil in diesem Verfahren auch der Aspekt potenziellen Wettbewerbs eine erhebliche Rolle spielte.

622. Einen Zusammenschluss zweier Verlage für Kosmetikfachzeitschriften, die gleichzeitig Kosmetikmessen ausrichten, hat das Bundeskartellamt aufgrund der durch die auf beiden Märkten zu befürchtende und sich gegenseitig verstärkende Marktbeherrschung untersagt.³⁰⁴ Die beiden betroffenen Märkte stellen zweiseitige Märkte dar: Während Zeitschriften Inserenten und Leser zusammenführen, vermittelt das Messegeschäft zwischen Ausstellern und Besuchern. Die gemeinsamen Marktanteile auf den entsprechenden Leser- bzw. Anzeigenmärkten lagen (bei umsatzzeitiger Betrachtung) mit jeweils über 70 Prozent weit über der Marktbeherrschungsvermutung. Die

Tatsache, dass die Beteiligten sechs von insgesamt acht in Deutschland stattfindenden Kosmetik-Fachmessen organisieren sowie über eine gegenüber Mitbewerbern weit überlegene Finanzkraft verfügen, vermittelt den Beteiligten Vorteile beim Zugang zu den Absatzmärkten. So sind, wie die eingehende Marktuntersuchung des Bundeskartellamtes zeigte, Messen zur Verbreitung von Fachzeitschriften sowie die aufgrund der Anzeigen-Auflagenspirale notwendigen Mindestauflagengrößen auch praktisch erhebliche Markteintrittsbarrieren. Zudem sind die Beteiligten die engsten Wettbewerber auf den betroffenen Märkten mit gleichzeitig hoher Wettbewerbsintensität untereinander. Weiter war nicht zu erwarten, dass der Wegfall des aktuell stärksten Wettbewerbers durch hinreichend starken potenziellen Wettbewerb aufgefangen würde, was insbesondere auf Marktsättigung und Netzwerkeffekte zurückzuführen war, welche die Beteiligten als große und etablierte Plattformen schützen. Daher hätte der Zusammenschluss zu einer starken Reduktion der Wettbewerbsintensität geführt und den Beteiligten einen durch Wettbewerb nicht hinreichend kontrollierten Verhaltensspielraum vermittelt.

623. Das Verfahren zeigt anschaulich die Bedeutung von Netzwerkeffekten in Plattformmärkten; nach den Marktermittlungen machen die gefestigten Positionen der Beteiligten Markteintritte praktisch äußerst schwierig. Hinzu kommt die enge Verbindung zwischen Zeitschriften- und Messeveranstaltungsmärkten, die in diesem Fall die ohnehin auf den Einzelmärkten bestehende Marktherrschaft noch weiter verstärkte. Zusammengefasst ließ sich feststellen, dass die Eigenschaft der Beteiligten als Betreiber zweier zielgruppenrelevanter Arten von Plattformen (Kosmetikmessen und Kosmetikfachzeitschriften) zu einer Intensivierung der Kontakte mit ein und derselben Kundengruppe und damit zu einer Steigerung der Qualität der entsprechenden mit den Plattformen verbundenen Netzwerke führte. Hinzu kamen noch erhebliche Behinderungspotenziale gegenüber Wettbewerbern. Aufgrund dieser doppelten und verschränkten Netzwerkeffekte war nach dem geplanten Zusammenschluss weder wesentlicher aktueller noch realistischer potenzieller Wettbewerb zu erwarten.

3.6.3 Bewertung potenziellen Wettbewerbs

624. Potenzieller Wettbewerb wird nicht, wie die Umstellungsflexibilität der Anbieterseite, in der Marktabgrenzung erfasst, sondern in der Bewertung der Marktbeherrschung. Faktisch dürfte eine Abgrenzung im Einzelfall schwerfallen; als potenzielle Wettbewerber berücksichtigte Unternehmen benötigen jedoch zu einem Markteintritt im Regelfall größere Umstellungen und Investitionen.

625. Die Umbrüche in der Medienlandschaft insbesondere durch das Internet führen zu einer erhöhten Anzahl von Zusammenschlüssen im Pressebereich. Dabei spielt die Berücksichtigung potenziellen Wettbewerbs eine entscheidende Rolle, meist weil entweder eine marktbeherrschende Stellung durch Wegfall eines potenziellen Wettbewerbers verstärkt würde oder weil kein potenzieller

³⁰⁴ BKartA, Beschluss vom 29. August 2008, B6-52/08 WuW/E DE-V 1643 „Intermedia/Health & Beauty“.

Wettbewerb feststellbar ist, was an einer Untersagung und einer Freigabe aus dem Pressebereich aufgezeigt wird. Daneben wurde unter wesentlicher Berücksichtigung potenziellen Wettbewerbs ein Zusammenschluss auf einem Markt freigegeben, in den der potenzielle Wettbewerber teilweise einzutreten im Begriff war.

3.6.3.1 Untersagung wegen Wegfalls potenziellen Wettbewerbs

626. Die Übernahme des Zeitungsverlags Schwäbisch Hall, der das „Haller Tagblatt“ herausgibt, durch die bereits auf vielen, teilweise benachbarten Pressemärkten tätige Neue Pressegesellschaft (NPG) wurde wegen des zu befürchtenden Wegfalls potenzieller Konkurrenz seitens der Übernehmerin untersagt.³⁰⁵ Dabei geht das Bundeskartellamt entsprechend seiner ständigen und höchstrichterlich bestätigten Praxis von einem eigenständigen sachlichen Lesermarkt für Abonnement-Tageszeitungen mit lokaler bzw. regionaler Berichterstattung aus, der überregionale Tageszeitungen und Straßenverkaufszeitungen nicht mit umfasst.³⁰⁶ Während das „Haller Tagblatt“ in seinem Verbreitungsgebiet, dem Altkreis Schwäbisch Hall, auf dem Lesermarkt für regional berichtende Abonnement-Tageszeitungen über ein Quasi-Monopol einen Marktanteil in der Nähe von 100 Prozent hält, sei ein teilweise auf den Anzeigenmärkten bestehender Wettbewerb durch die Stellung des „Haller Tagblatts“ auf dem Lesermarkt aufgrund seiner Marktstellung erheblich begrenzt; von Online-Angeboten könne – auch aufgrund ihrer Kostenlosigkeit – höchstens eine begrenzte Substitutionskonkurrenz ausgehen.

627. Der von der Übernehmerin über Tochtergesellschaften ausgeübte potenzielle Wettbewerb wird in der Untersagungsentscheidung anhand von Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit eines Markteintritts auf dem Gebiet des „Haller Tagblatts“ untersucht. Die geografischen, wirtschaftlichen, verwaltungsmäßigen und politischen Beziehungen des Verbreitungsgebiets des „Haller Tagblatts“ und der benachbarten Verbreitungsgebiete der durch NPG kontrollierten Tageszeitungen machten nach Einschätzung des Bundeskartellamtes einen Markteintritt auf den Lesermärkten sowie dessen konkrete Praktikabilität (Drucklegung, Redaktions- und Anzeigenbüros) zumindest möglich. Die Wahrscheinlichkeit eines solchen Markteintritts werde auch nicht ausgeschlossen durch die zwischen den Beteiligten schon bestehenden Verbindungen durch Mantellieferungsvertrag (NPG liefert eine Rohfassung des überregionalen Teils des „Haller Tagblatts“) und Anzeigenkooperation. Denn beide seien kündbar und eine Fortdauer nicht unbedingt gewährleistet. In jedem Falle sei bei derart hohen Marktanteilen schon eine nur geringe Verstärkungswirkung für eine Untersagung ausreichend. Auch auf dem lokal abgegrenzten Anzeigenmarkt (ohne Rubrikanzeigen) halte die Ver-

lagsgesellschaft des „Haller Tagblatts“ mit diesem und einem wöchentlichen Anzeigenblatt bereits ein Monopol. Der Substitutionswettbewerb von anderen Anzeigenblättern und Online-Angeboten sei nur marginal. Insgesamt käme es zudem wegen der auch in den Anzeigenmärkten wirksamen Netzwerkeffekte zu einer erheblichen Verstärkungswirkung.

628. Die Monopolkommission pflichtet der Entscheidung des Bundeskartellamtes bei. Die Untersuchung der Potenziale für einen Markteintritt der NPG auf dem Gebiet des „Haller Tagblatts“ ermittelt die relevanten Möglichkeiten, Hindernisse und Anreize, die den hier entscheidenden potenziellen Wettbewerb bestimmen. Dabei kommt es insbesondere auf die erzielbaren Synergien und die effektiven Markteintrittsbarrieren an, die soweit ersichtlich zutreffend und umfassend dargestellt werden; wesentliches Indiz für die erzielbaren Synergien sind dabei die Überlappungen der Verteilungsgebiete, die zudem einen Markteintritt weniger kostspielig und risikoärmer machen können. Die Entscheidung illustriert anschaulich die Bedeutung potenziellen Wettbewerbs für die Einschätzung von Zusammenschlusswirkungen. Insbesondere in Märkten, in denen aktueller Wettbewerb praktisch ohne Bedeutung ist, gewinnt die Disziplinierung von Marktmacht durch potenziellen Wettbewerb erheblich an Bedeutung. Dabei kommt es im Regelfall nicht darauf an, ob bereits Markteintrittsversuche zu beobachten waren; bereits der zukünftige Wegfall potenziellen Wettbewerbs rechtfertigt vielmehr die Untersagung eines Zusammenschlusses.

3.6.3.2 Kein potenzieller Wettbewerb bei dauerhaften historisch gewachsenen Marktgrenzen

629. Die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens zwischen zwei Zeitungsverlagen in Mecklenburg-Vorpommern zur Erstellung einer „Roh-Version“ des Mantelteils der von ihnen jeweils verlegten Tageszeitungen wurde innerhalb der Monatsfrist freigegeben.³⁰⁷ Obwohl die Verteilungsgebiete der beiden betroffenen Blätter unmittelbar aneinandergrenzen, bestehe doch weder aktueller noch potenzieller Wettbewerb zwischen beiden. Selbst innerhalb des 1990 gegründeten Landkreises Güstrow gebe es keine Überlappungen der Verbreitungsgebiete, da sich die Verteilung entsprechend der Lesertreue weiter nach den mitten durch diesen Landkreis verlaufenden früheren DDR-Bezirksgrenzen richtet. Eine Betrachtung nach Eindringungsversuchen in der Vergangenheit, Verkehrsinfrastruktur und Pendlerströmen, der Attraktivität des Wirtschaftsraums, politischer und natürlicher Grenzen, landsmannschaftlicher und kulturhistorischer Verbindungen bzw. Trennlinien und grenzüberschreitender Aktivitäten der Beteiligten oder Dritter (Anzeigenkooperationen) bestätigte das Fehlen potenziellen Wettbewerbs.

³⁰⁵ BKartA, Beschluss vom 21. April 2009, B6-150/08, WuW/E DE-V 1745 „NPG/Detjen“.

³⁰⁶ Vgl. nur BGH, Beschluss vom 26. Mai 1987, KVR 3/86, WuW/E BGH 2425 „Niederrheinische Anzeigenblätter“.

³⁰⁷ BKartA, Beschluss vom 13. Januar 2009, B6-10/09 „Zeitungsverlag Schwerin/Kurierverlag Neubrandenburg“.

630. Diese Entscheidung illustriert im Kontrast mit der vordiskutierten Untersagung NPG/Haller Tagblatt unterschiedliche Grade potenziellen Wettbewerbs. Während bei erheblichen Pendlerströmen, wirtschaftlicher und politischer Verflechtung aneinandergrenzender Verteilungsgebiete die Schwelle zum Markteintritt relativ gering und die Anreize dazu erheblich sein können, lässt sich umgekehrt aus dem vollständigen Weiterbestehen früherer Verwaltungsgrenzen für die Verteilung einer Tageszeitung und aus dem vollständigen Fehlen von Überlappungen der Verteilungsgebiete schließen, dass in diesem Fall ein Markteintritt jenseits der Grenzen der für die Berücksichtigung als potenzieller Wettbewerb notwendigen Eintrittswahrscheinlichkeit liegt.

3.6.3.3 Freigabe unter Berücksichtigung erwarteten Marktzutritts

631. Innerhalb der Monatsfrist des Vorprüfverfahrens hat das Bundeskartellamt die Übernahme der Kagema Industrieausrüstungen durch KSB freigegeben.³⁰⁸ KSB stellt unter anderem spezielle, für den Einsatz in Sprinkleranlagen VdS-zertifizierte Pumpen her; auf diesem Bagatellmarkt verfügt es nach eigenen Schätzungen über einen Marktanteil zwischen 80 und 90 Prozent. Diese Pumpen verbindet Kagema mit Diesel- oder Elektromotoren und Schaltschränken zu Pumpenaggregaten. Unzertifizierte und nach anderen Standards zertifizierte Pumpen sind keine Substitute, da die in Deutschland üblichen Brandschutzversicherungsbedingungen eine mit VdS-zertifizierten Bauteilen erstellte Brandschutzanlage voraussetzen und eine entsprechende Zertifizierung durchgängig Bestandteil von entsprechenden Ausschreibungen ist.

632. Auf den Teilmärkten für VdS-Pumpenaggregate (mit Diesel- und Elektroantrieb bzw. Unterwasserpumpen) war bislang neben kleineren Wettbewerbern im Wesentlichen ein weiterer Wettbewerber tätig, der seine Pumpen ebenfalls von KSB bezogen hat. Ein weiterer großer Pumpenhersteller, Grundfos, hatte zum Entscheidungszeitpunkt die für Sprinkleranlagenpumpen notwendigen VdS-Zertifizierungen erworben und war teilweise bereits in den Markt für Pumpenaggregate eingetreten. In der Entscheidung würdigt das Bundeskartellamt die durch die vertikale Vorwärtsintegration von KSB entstehenden Anreize, ihren bisherigen Abnehmer und neuen Wettbewerber auf dem nachgelagerten Markt für Pumpenaggregate dadurch zu behindern, dass sie die Lieferung der benötigten Pumpen einstellt oder verschlechtert (etwa durch höhere Preise, längere Lieferfristen, schlechtere Koordination etc.). Diese Gefahr der Verschließung des vorgelagerten Marktes („input foreclosure“) sieht der Beschluss jedoch auch deshalb als gering an, weil der teilweise bereits erfolgte, teilweise abzusehende Eintritt des weiteren vertikal integrierten Pumpenherstellers Grundfos die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung für KSB verhindere. Die noch bestehenden Marktzutrittsschranken zur Komplettierung eines marktfähigen Portfolios seien für diesen ohne Weiteres zu überwinden, die im Zusam-

menhang der VdS-Zertifizierung eingegangenen erheblichen Kosten belegten auch dessen nachhaltige Verfolgung dieses Ziels. Zudem agierten auf diesem Markt weitere kleine, vertikal integrierte Pumpenaggregathersteller, die ihre Marktanteile ausbauen könnten. Vor diesem Hintergrund eines nach der Prognose des Bundeskartellamtes weiterhin gewährleisteten Wettbewerbs auf diesem Markt schien eine schwierig zu begründende Untersagung verzichtbar. Zum Schutz dieses Wettbewerbs weist der Beschluss jedoch ausdrücklich auf die marktbeherrschende Stellung der KSB im VdS-Pumpenmarkt und die Sanktionierung einer eventuellen Lieferverweigerung durch § 20 Absatz 1 und 2 GWB hin.

633. Die Grundlage für die Freigabeentscheidung des Bundeskartellamtes stellt die Annahme (weit überwiegend) potenziellen Wettbewerbs dar. Der als den Verhaltensspielraum der Beteiligten erheblich beschränkend angesehene Marktteilnehmer Grundfos war zum Entscheidungszeitpunkt nur teilweise auf den betroffenen Markt eingetreten. Auf den Märkten, auf denen zum Zeitpunkt der Freigabeentscheidung noch kein Markteintritt erfolgt war, war der erwartete Wettbewerb zu diesem Zeitpunkt ganz überwiegend potenziell. Doch die Tatsache, dass Grundfos den aufwendigen und kostenintensiven Prozess einer zur Tätigkeit in diesem Markt notwendigen VdS-Zertifizierung auf sich genommen hatte, zeigte jedenfalls deutlich dessen ernsthafte Absicht, entsprechende Pumpen auf den Markt zu bringen (wenn auch nicht notwendig als Vorprodukt Einzelpumpe). In solchen Fällen erheblichen Vorbereitungsaufwands kann ein aufgrund konkreter Anhaltspunkte zeitnah zu erwartender Markteintritt bei der wettbewerblichen Würdigung eines Zusammenschlussvorhabens mit zu berücksichtigen sein.³⁰⁹

634. Die Monopolkommission hält die Berücksichtigung zeitnah zu erwartenden Markteintritts in der wettbewerblichen Würdigung im Grundsatz für richtig. In diesem Fall allerdings hatte die entscheidende Beschlussabteilung offenbar selbst Bedenken, dass der Übernehmer KSB seinen neuen Wettbewerber auf dem abgeleiteten Markt in Zukunft nicht mehr mit Einzelpumpen beliefern könnte, was den ausdrücklichen Hinweis auf das Diskriminierungsverbot in der Freigabeentscheidung erklärt. Die Anreize des erwarteten neuen Wettbewerbers auf dem Pumpenmarkt, nicht allein im margenstärkeren Aggregate-Geschäft tätig zu werden, sondern auch zertifizierte Pumpen an Wettbewerber auf dem Aggregat-Markt zu veräußern, bleiben in der Entscheidung unklar. Dennoch scheint aufgrund der Präsenz einiger kleinerer Pumpenhersteller mit entsprechenden Zertifizierungen weiterhin die Erwartung wirksamen Wettbewerbs begründet. Soweit diese bislang (noch) nicht auf dem national abgegrenzten deutschen Markt vertreten sind, handelt es sich auch hier um potenzielle Wettbewerber, die entsprechend

³⁰⁸ BKartA, Beschluss vom 18. Mai 2009, B5-45/09.

³⁰⁹ Vgl. zu den Wahrscheinlichkeitsschwellen potenziellen Wettbewerbs auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. März 2010, VI-U (Kart) 13/09, WuW DE-R 2897 „Infodental Düsseldorf“, sowie BGH, Beschluss vom 21. Dezember 2004, KVR 26/, WuW/E DE-R 1419 „trans-o-flex“.

ihrer Markteintrittswahrscheinlichkeit in der wettbewerblichen Würdigung Berücksichtigung finden können.

3.7 Spürbarkeit der Wettbewerbsverschlechterung?

635. Nach § 36 Absatz 1 GWB ist ein Zusammenschluss zu untersagen, wenn zu erwarten ist, dass durch ihn eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird. Das Gesetz sieht insoweit keine Abstufung nach dem Grad der Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen vor.³¹⁰ Die Rechtsprechung des BGH setzt – anders als für Kartellwirkungen nach § 1 GWB – in der Fusionskontrolle keine spürbare Beeinträchtigung voraus, sondern fordert lediglich eine aufgrund konkreter Umstände feststellbare Verstärkungswirkung, die in Abhängigkeit von bestehendem Restwettbewerb sehr gering ausfallen kann.³¹¹ So kann bereits die Absicherung einer marktbeherrschenden Stellung ohne konkrete Marktanteilszuwächse eine fusionskontrollrechtliche Untersagung rechtfertigen.³¹² Im Berichtszeitraum erinnerte der BGH ausdrücklich an die geringen Voraussetzungen an die Verstärkungswirkung, während die Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes in dieser Hinsicht in einem Fall nicht ganz eindeutig war.

3.7.1 Schutz des Restwettbewerbs ohne Spürbarkeitsschwelle

636. In seiner oben bereits mehrfach angesprochenen Entscheidung im Fall E.ON/Eschwege hat der BGH ausdrücklich Stellung zu dem für Untersagungen notwendigen Grad an Wettbewerbsbeeinträchtigung genommen.³¹³ Danach kommt es bei der Prognose, ob die marktbeherrschende Stellung durch den Zusammenschluss im Sinne des § 36 Absatz 1 GWB verstärkt wird, nicht auf einen bestimmten Grad an Spürbarkeit an. Bei Märkten mit einem hohen Konzentrationsgrad genügt schon eine geringfügige Beeinträchtigung des verbliebenen oder potenziellen Wettbewerbs. Es reicht aus, wenn rechtliche oder tatsächliche Umstände dem marktbeherrschenden Unternehmen oder Oligopol zwar nicht zwingend, aber doch mit einiger Wahrscheinlichkeit eine günstigere Wettbewerbssituation verschaffen. Dafür genügt es, wenn die Gefahr entsteht oder erhöht wird, dass potenzielle Wettbewerber entmutigt und so von einem nachstoßenden Wettbewerb abgehalten werden. Die marktbeherrschende Stellung eines Oligopols wird auch grundsätzlich schon dann verstärkt, wenn die Absatzmöglichkeiten nur eines der Oligopolmitglieder verbessert werden. Letztlich han-

delt es sich hierbei um bewegliche Schranken: Je stärker der Grad der bereits verwirklichten Wettbewerbsbeschränkung ist, desto nachhaltiger ist der Restwettbewerb zu schützen und desto weitreichendere Grenzen muss sich das marktbeherrschende Unternehmen gefallen lassen.³¹⁴ Dies ist letztlich auch Ausfluss des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips. Insbesondere in oligopolistischen Märkten können so bereits sehr geringe Verstärkungswirkungen eine Untersagung rechtfertigen.

3.7.2 Mangelnde Spürbarkeit bei Tankstellenfusionen?

637. Die Praxis des Bundeskartellamtes zur Spürbarkeit bei Tankstellenfusionen erscheint nicht einheitlich. So wird zwar regelmäßig sorgsam auf den Schutz von Restwettbewerb geachtet, in Einzelfällen jedoch auch ein den geringen Restwettbewerb auf einem Markt nicht völlig unerheblich einschränkender Zusammenschluss freigegeben. So wurde im bereits diskutierten Fall Shell/HPV der Erwerb von sechs Tankstellen durch einen der Oligopolisten freigegeben, da er den Marktanteil des Oligopols von 72,5 Prozent bundesweit um lediglich 0,07 Prozent, bei angezeigter regionaler Betrachtung jedoch zwischen 0,4 und 0,7 Prozent, erhöhte.³¹⁵ Zwar gebe es in der deutschen Fusionskontrolle keine Erheblichkeitsschwelle; die genannten marginalen Marktanteilszuwächse könnten allein jedoch keine Untersagung rechtfertigen; eine Absicht der Marktabschottung sei nicht ersichtlich, ebenso wenig eine effektive Verstärkungswirkung, die über den nach Marktanteilszuwächsen marginalen Machtzuwachs hinausginge.

638. Der Monopolkommission erscheint diese Entscheidungspraxis nicht kohärent. Auf bereits hochkonzentrierten Märkten wie dem für Kraftstoff Einzelhandel an Tankstellen erscheint der noch bestehende Restwettbewerb unabhängig von einer Absicht der Beteiligten zur Marktabschottung oder der Überschreitung einer wie auch immer gearteten Marginalitätsschwelle schützenswert. Die Monopolkommission verkennt nicht, dass bei einer strikten Anwendung der Fusionskontrollvorschriften auf bereits hochkonzentrierten Märkten wie etwa dem Tankstellenmarkt keinerlei externes Wachstum für die Oligopolisten zulässig ist. Doch genau diese Forderung folgt aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung und dem nach dem GWB vorgesehenen Schutz des Wettbewerbs. Eine solche Einschränkung der Fusionsaktivitäten der betroffenen Oligopolisten ist auch mit deren Eigentums- und allgemeiner Handlungsfreiheit vereinbar. Denn einerseits bleibt ihnen die Möglichkeit, mittels anderweitiger Veräußerung die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen des Zusammenschlusses überzukompensieren und so die Abwägungsklausel des § 36 Absatz 1 Halb-

³¹⁰ Demgegenüber fordert die europäische Fusionskontrollverordnung in Artikel 2 Absatz 3 eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs.

³¹¹ Vgl. bereits BGH, Beschluss vom 21. Februar 1978, KVR 4/77, WuW/E BGH 1501 „Kfz-Kupplungen“; zuletzt BGH, Beschluss vom 11. November 2008, KVR 60/07, WuW/E DE-R 2451 „E.ON/Stadtwerke Eschwege“, Tz. 61 ff. m. w. N.

³¹² Vgl. etwa BGH, Beschluss vom 21. Dezember 2004, KVR 26/03, WuW/E DE-R 1419 „trans-o-flex“, m. w. N.

³¹³ Vgl. BGH, Beschluss vom 11. November 2008, KVR 60/07, WuW/E DE-R 2451 „E.ON/Stadtwerke Eschwege“, Tz. 61 ff.

³¹⁴ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3. Dezember 2008, VI-Kart 7/06 (V), WuW/E DE-R 2593 „Springer/ProSiebenSat.1“, Tz. 154 m. w. N.; bestätigt durch BGH, Beschluss vom 8. Juni 2010, KVR 4/09 [Beschlussgründe waren bei Redaktionsschluss noch nicht verfügbar].

³¹⁵ BKartA, Beschluss vom 7. März 2008, B8-134/07, WuW/DE-V 1584 „Shell/HPV“; vgl. dazu bereits oben Tz. 605.

satz 2 GWB in Anspruch zu nehmen.³¹⁶ Andererseits überwiegt der Schutz der – ebenfalls verfassungsrechtlich geschützten – Wettbewerbsfreiheit nach der Konzeption des GWB in solchen Fällen.

3.8 Abhilfemaßnahmen

639. Als Abhilfemaßnahmen werden im Fusionskontrollverfahren diejenigen Modifikationen eines angemeldeten Zusammenschlusses bezeichnet, die zur Ausräumung von wettbewerblichen Bedenken des Bundeskartellamtes als rechtlich verbindliche Nebenbestimmungen zu einer Fusionsfreigabe vorgenommen werden. Unter diesen Begriff fallen nicht solche Umstrukturierungen einer geplanten Transaktion vor deren Anmeldung, die auf kartellrechtliche Bedenken der Parteien oder vom Bundeskartellamt in informellen Vorgesprächen geäußerte Bedenken zurückgehen. Auch die nach Rücknahme der Anmeldung vorgenommene Modifikation einer problematischen Transaktion vor erneuter Anmeldung ist keine Abhilfemaßnahme. Solche Vorgänge werden nur teilweise statistisch als Vorfeldfälle erfasst (diese entsprechen numerisch regelmäßig etwa 1 Prozent der angemeldeten Vorhaben), stellen jedoch zahlenmäßig in der Regel ein Vielfaches der unter Nebenbestimmungen freigegebenen oder untersagten Zusammenschlüsse dar (diese machen regelmäßig jeweils zwischen 0,2 und 0,5 Prozent der angemeldeten Vorhaben aus).³¹⁷ Denn größere Transaktionen werden in der privaten kartellrechtlichen Beratungspraxis, nicht selten unter informeller Rückkopplung mit der zuständigen Beschlussabteilung, auf wettbewerbliche Probleme untersucht und vor einer Fusionsanmeldung entsprechend strukturiert; insoweit stellen die vom Bundeskartellamt im Hauptprüfverfahren untersuchten Fusionen (jeweils zwischen 1 und 3 Prozent der angemeldeten Vorhaben) lediglich die „Spitze des Eisberges“ aller Transaktionen dar, deren Kartellrechtsmäßigkeit eingehender untersucht wird.

640. Abhilfemaßnahmen kommen im Normalfall als für verbindlich erklärte Zusagen der Zusammenschlussbeteiligten zustande und haben dann die Form von Nebenbestimmungen. Diese sind möglich als Bedingungen und Auflagen. Während Erstere unmittelbar auf die Wirksamkeit der betroffenen Fusionsfreigabe wirken, stellen Letztere eine selbständig durchsetzbare Verpflichtung der Beteiligten dar. Aufschiebende Bedingungen lassen die Freigabe erst mit Erfüllung der Bedingung wirksam werden, der Eintritt einer auflösenden Bedingung lässt die Freigabe nachträglich entfallen. Typische Nebenbestimmungen sind die Pflicht zur Veräußerung von Unternehmensteilen oder zur Lizenzierung von für Wettbewerber wesentlichen geistigen Eigentumsrechten.

641. Dem europäischen Vorbild folgend hat das Bundeskartellamt 2008 Mustertexte für Nebenbestimmungen veröffentlicht, die von den einzelnen Beschlussabteilungen in ihren Freigabeverfügungen zugrunde gelegt und

für den Einzelfall angepasst werden. Daneben war im Berichtszeitraum erneut die Abgrenzung zwischen strukturell wirkenden Auflagen, Verhaltensaufgaben und laufender Verhaltenskontrolle von Bedeutung. Schließlich wurden in einem Fall zur Sicherung des Status quo entflechtungsvorbereitende Maßnahmen beschlossen, nachdem die auflösend bedingte Freigabe weggefallen war, was auch ein Schlaglicht auf die Probleme auflösender Bedingungen wirft.

3.8.1 Mustertexte für aufschiebende und auflösende Bedingungen sowie Auflagen

642. Seit der Sechsten GWB-Novelle 1998 steht die bis dahin vom Bundeskartellamt in Form von Zusagenvereinbarungen auf unsicherer rechtlicher Basis geübte Praxis, Freigaben problematischer Zusammenschlüsse mit Nebenbestimmungen zu erteilen, mit § 40 Absatz 3 GWB auf sicherer Grundlage.³¹⁸ Am 18. Februar 2008 schließlich hat das Bundeskartellamt vier Mustertexte für aufschiebende und für auflösende Bedingungen sowie für Auflagen und für Treuhändlerverträge veröffentlicht.³¹⁹ Diese bündeln die Erfahrungen der einzelnen Beschlussabteilungen und stellen Hilfestellungen für die Anordnung von Nebenbestimmungen in konkreten Verfahren dar. Die Mustertexte werden auf den Einzelfall angepasst und erleichtern vermittels der durch sie hergestellten Transparenz die Kommunikation zwischen dem Bundeskartellamt und den anmeldenden Unternehmen.

643. Die Monopolkommission begrüßt die Veröffentlichung dieser Mustertexte, weil dadurch das Fusionskontrollverfahren insbesondere für kleinere Unternehmen und weniger spezialisierte Rechtsberater transparenter und berechenbarer wird. Zudem wird so das in den Beschlussabteilungen des Bundeskartellamtes verstreute implizite Anwendungs- und Erfahrungswissen explizit gemacht und auf einer breiteren Basis angewandt. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die Mustertexte ihrem Inhalt nach dem aktuellen Stand der international anerkannten Kartellbehördenpraxis entsprechen.³²⁰

644. So soll etwa bei aufschiebenden wie bei auflösenden Bedingungen unmittelbar nach Zustellung des Frei-

³¹⁸ Sechste GWB-Novelle vom 26. August 1998, BGBl. I S. 2521, 2546, in Kraft getreten zum 1. Januar 1999; vgl. Gesetzesbegründung, Bundestagsdrucksache 13/9720 vom 29. Januar 1998, S. 60.

³¹⁹ Verfügbar auch in englischer Übersetzung unter www.bundeskartellamt.de.

³²⁰ Vgl. insoweit etwa die ältere Übersicht der OECD „Merger Remedies Roundtable“ vom 23. Dezember 2003, DAF/COMP(2004) 21; den „Merger Remedies Review Project Report“ der ICN-Arbeitsgruppe Mergers Juni 2005; den „US DoJ Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies“ von Oktober 2004; die Untersuchung „Merger Remedies Study“, DG Competition, Oktober 2005; die entsprechenden europäischen Mitteilungen, Best-Practice-Papiere und Mustertexte: Mitteilung der Kommission über nach der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission zulässige Abhilfemaßnahmen vom 22. Oktober 2008, ABl. EU Nr. C 267 vom 22. Oktober 2008, S. 1; „Standard Model for Divestiture Commitments“, „Standard Trustee Mandate“ und „Explanatory Note“ von Mai 2003 sowie die „Merger Remedies Guidelines“ der britischen Competition Commission von November 2008 [alle online verfügbar].

³¹⁶ Vgl. dazu zuletzt Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O., Tz. 600 ff.

³¹⁷ Vgl. oben Abschnitt 3.1.

gabebeschlusses die unternehmerische Eigenständigkeit eines Veräußerungsobjektes durch die Zusammenschlussbeteiligten gesichert werden. Dies geschieht durch eine wirtschaftliche Getrennthaltung des Veräußerungsobjekts und die Verpflichtung zur Spezifizierung seiner Markt- und Wettbewerbsfähigkeit. Diese Getrennthaltungs- oder Hold-Separate-Verpflichtung wird flankiert durch die Einsetzung eines Sicherungstreuhänders, der als Vertreter des Bundeskartellamtes die Einhaltung dieser Verpflichtungen überwachen soll.

645. Die Mustertexte geben folgende, durch Beispiele erläuterte Mindestangaben zum Veräußerungsobjekt vor: materielle und immaterielle Vermögensgegenstände, zum Geschäftsbetrieb erforderliche vertragliche und sonstige Rechtsverhältnisse sowie namentlich aufzuführende Arbeitnehmer. Die Pflicht zur wirtschaftlichen Getrennthaltung umfasst danach insbesondere die wirtschaftliche, personelle, informatorische und (von steigender und oft kritischer Bedeutung) informationstechnische Trennung von Muttergesellschaft und Veräußerungsobjekt. Auch die Anforderungen an den Erwerber, der die unabhängige Fortführung des Veräußerungsobjekts gewährleisten muss, werden strukturiert dargelegt.

Daneben ist für den Fall des erfolglosen Verstreichens einer ersten Veräußerungsfrist die Einsetzung eines Veräußerungstreuhänders vorgesehen, der ermächtigt ist, den Verkauf des Veräußerungsobjekts auf Rechnung der Verpflichteten weisungsfrei, bestmöglich und ohne Bindung an einen Mindestpreis innerhalb einer von vornherein vorzusehenden zweiten Veräußerungsfrist an einen vom Bundeskartellamt zu genehmigenden Erwerber vorzunehmen.

646. Diese bereits in den Mustertexten mit Beispielen und Erläuterungen versehenen Bestimmungen werden von den Beschlussabteilungen entsprechend den Umständen eines konkreten Falles im Einzelnen teilweise erheblich erweitert. Von besonderer praktischer Bedeutung sind Regelungen, die die Führung des Nachweises für die Erfüllung des Eintritts einer Bedingung leiten. Bedeutsam sind ebenso Bestimmungen für den Übergang zwischen den verschiedenen Phasen der Umsetzung der Nebenbestimmungen, wie etwa die Überleitung von Verpflichtungen vor Veräußerung in solche nach Bedingungseintritt. Insbesondere für die Ausgestaltung des Umgangs mit Gemeinschaftsunternehmen oder unterschwelligem Verflechtungen bleibt vieles den Prognosefähigkeiten der Beschlussabteilung und ihrer Gestaltungskraft überlassen.

647. Nicht allein nach Auffassung der Monopolkommission stellen diese Mustertexte bereits einen großen Mehrwert für die mit der Praxis des Fusionskartellrechts befassten Unternehmen, Berater und nicht zuletzt das Bundeskartellamt selbst dar. Allerdings stehen die einzelnen Texte unverbunden nebeneinander; ein nicht zu knapper synthetischer Überblick über die verschiedenen Möglichkeiten von Nebenbestimmungen sowie ihr jeweiliges Für und Wider könnte, an US-amerikanische, europäische oder britische Vorbilder angelehnt, auch weniger spezialisierten die Materie zugänglich und für Spezialisten die Entscheidungen des Bundeskartellamtes transparenter

und vorhersehbarer machen. Wünschenswert wäre darüber hinaus eine regelmäßige Aktualisierung um als sinnvoll erkannte Varianten oder Neuerungen oder zumindest ein entsprechendes explizites internes Expertensystem.

648. Zuletzt sei noch auf zwei in der Praxis mitunter nicht unwesentliche Details hingewiesen: Die Einsetzung eines Angestellten des Veräußerungsobjekts als Mitverantwortlichen für die Umsetzung der Trennungsverpflichtung und für das unveränderte wirtschaftliche Weiterbestehen des Veräußerungsobjekts (Sicherungsmanager oder „hold separate manager“) ist in den Mustertexten lediglich als Option des Sicherungstreuhänders vorgesehen; dessen Aufgaben werden als primär informatorisch umrissen. Vorzuziehen wäre nach Einschätzung der Monopolkommission und europäischem Vorbild³²¹ die regelmäßige Einsetzung eines solchen Sicherungsmanagers mit umfassenderen Kompetenzen oder zumindest weitergehenden Untersuchungs- und Berichtspflichten. Dieser dürfte nicht von den zur Veräußerung Verpflichteten bestimmt werden, sondern müsste vielmehr nach seiner Kompetenz und Verbundenheit mit dem Veräußerungsobjekt ausgesucht werden. Denn die Anreize eines leitenden Angestellten, der seine Zukunft in dem zu veräußernden Unternehmen sieht, dürften aufgrund seiner Kenntnisse des Unternehmens und seiner persönlichen Betroffenheit geeigneter als die eines außenstehenden (vom Veräußerer ausgesuchten und bezahlten) Sicherungstreuhänders sein, den Fortführungswert des Veräußerungsobjekts und dessen Wettbewerbspotenzial in der Übergangszeit zu gewährleisten.³²²

Auch in Bezug auf die Auswahl, die vertraglichen Anreizstrukturen und die Verfahrensrolle von Sicherungs- und Veräußerungstreuhänder lassen die Mustertexte manches im Unbestimmten.³²³ Hier bietet sich vor allem die Erstellung zumindest eines kartellamtsinternen Best-Practice-Papiers an, das die verstreut gemachten Erfahrungen bündeln und explizit breiter verfügbar machen würde. Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass der mit den Mustertexten erreichte Standard bereits hoch, aber noch verbesserungsfähig ist.

³²¹ Vgl. EU-Kommission, „Best practice on divestiture commitments“ vom 2. Mai 2003, Nr. 21, unter Hinweis auf „Model texts for divestiture commitments“, vom 2. Mai 2003, C. S. 7; Mitteilung der Kommission über nach der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission zulässige Abhilfemaßnahmen vom 22. Oktober 2008, ABl. EG 2008, C 267, S.1, 23, Ziffer 112 [beide online verfügbar].

³²² Vgl. zu dieser Anreizkonstellation allgemeiner schon Engel, C., Corporate Design for Regulability. A Principal-Agent-Supervisor Model, Journal of Institutional and Theoretical Economics 162, 2006, S. 104–124 sowie die danach folgenden Diskussionen.

³²³ Diese Beschränkung der Mustertexte auf Grundstrukturen liegt teilweise in ihrer Natur begründet. Dennoch bleiben auch in Kombination der Mustertexte für Nebenbestimmungen und für den Treuhändervertrag Anreiz- und Verantwortlichkeitsstrukturen teilweise nur schematisch umrissen, zumal der Treuhänder kein unabhängiger Richter ist, sondern diese Dienstleistung an möglichst viele andere Veräußerungsverpflichtete in der Zukunft erbringen möchte, also erheblichen Störanreizen unterliegt.

3.8.2 Verhaltensauflagen

649. Fusionskontrolle ist Strukturkontrolle. Dennoch sind solche Nebenbestimmungen, die infolge von Zusammenschlüssen entstehende Wettbewerbsbeeinträchtigungen durch Verpflichtung zu bestimmtem Verhalten verhindern bzw. kompensieren sollen, nicht grundsätzlich unzulässig. Der insoweit verwandte Begriff Verhaltenszusage oder -auflage sagt lediglich aus, dass das Schwergewicht der Verpflichtung auf einem Verhalten liegt. § 40 Absatz 3 Satz 2 GWB dagegen erklärt nur solche Nebenbestimmungen für unzulässig, die darauf gerichtet sind, die beteiligten Unternehmen einer laufenden Verhaltenskontrolle zu unterstellen. Es liegt auf der Hand, dass strukturelle Nebenbestimmungen grundsätzlich besser geeignet sind, Wettbewerbsbedenken wirksam zu begegnen. Nach Vollzug bedürfen sie keiner Kontrolle, bieten kein oder wesentlich geringeres Missbrauchspotenzial, auch besteht bei ihnen selten die Gefahr einer Koordination zwischen Verpflichtetem und Begünstigtem. Allerdings ist der Weg zu ihrem Vollzug nicht selten ein steiniger; in manchen Fällen ist auch eine strukturelle Veränderung allein nicht tragfähig, etwa wenn die zu veräußernde Betriebsstätte weiterhin auf Vorprodukte oder die Absatzstruktur der (früheren) Konzernmutter angewiesen ist.

650. Die Monopolkommission hat sich wiederholt gegen eine unkritische Freigabe wettbewerblich bedenklicher Zusammenschlüsse unter schlecht kontrollierbaren, auf Dauer angelegten Nebenbestimmungen ausgesprochen.³²⁴ Dabei waren stets Kontrollierbarkeit und Kontrollaufwand über die gesamte vorgesehene Dauer der Verpflichtungen Kern des Arguments. Es bedarf keiner erneuten Betonung, dass eine auf Dauer angelegte, jedoch kaum auf Dauer effizient kontrollierbare Verhaltenspflicht keine Strukturverschlechterung unwirksam machen kann. In Abgrenzung zu solchen pseudostrukturellen Verhaltensauflagen sind vielfach solche verhaltensbasierten Nebenbestimmungen denkbar, die entweder nahezu strukturelle Wirkung aus sich besitzen, selbstdurchsetzend sind und/oder die Wirksamkeit einer strukturellen Nebenbestimmung erst effektiv ermöglichen. Solche Verhaltenszusagen werden bei entsprechender Ausgestaltung von der Kritik der Monopolkommission nicht erfasst, wenn sie nur über einen begrenzten Zeitraum laufen, leicht kontrollierbar oder selbstdurchsetzend sind und vor allem lediglich flankierend zu bereits umgesetzten, strukturell wirkenden Maßnahmen vorgesehen sind. Zur Illustration der Bedenken der Monopolkommission und der neueren Praxis des Bundeskartellamtes auf der Grundlage der oben besprochenen Mustertexte eignen sich besonders zwei Verfahren: der bereits oben unter Oligopolgesichtspunkten besprochene Zusammenschluss im Zuckermarkt sowie eine Übernahme im Bereich tragbarer Kleinmotoren. In beiden Fällen wurden zur Ausräumung

wettbewerblicher Bedenken Tochtergesellschaften des Erwerbsobjekts an Dritte veräußert, um diese weiterhin als Wettbewerber auf den betroffenen Märkten zu erhalten. Solche Veräußerungsbestimmungen sind die häufigsten Nebenbestimmungen in Fusionskontrollverfahren, da sie relativ leicht umzusetzen und als Vorab-Abhilfemaßnahmen möglich sind. In der aktuellen Praxis des Bundeskartellamtes beinhalten die meisten mit Nebenbestimmungen versehenen Fusionsfreigaben solche Veräußerungsbedingungen als „Up-front-Remedies“.

3.8.2.1 Liefer- und Abnahmeverpflichtungen

651. In dem Zusammenschlussvorhaben Nordzucker/Danisco³²⁵ wurden der Veräußerin neben anderen Nebenbestimmungen verschiedene über mehrere Jahre laufende Verhaltenspflichten auferlegt, einige davon als auflösende Bedingungen. Alle dienten der Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit der als vollständiges Unternehmen veräußerten Tochtergesellschaft des Erwerbsobjekts. So wurden wie regelmäßig in solchen Fällen und entsprechend den oben besprochenen Mustertexten Verbote ausgesprochen, das Veräußerungsobjekt innerhalb der nächsten fünf Jahre zurückzuerwerben oder namentlich benannte Mitarbeiter aus Schlüsselpositionen abzuwerben. Darüber hinaus wurde die Anmelderin verpflichtet, dieses verselbstständigte Tochterunternehmen über zwölf Monate mit zur Komplettierung des Sortiments notwendigen und bislang von der Veräußerin gelieferten Produkten zu gleichbleibenden Konditionen zu beliefern sowie zusätzlich nach Belieben des Veräußerungsobjekts diesem über fünf Jahre das in dessen Anlagen produzierte Ethanol abzunehmen, dessen Produktionsmenge allein nicht für eine problemlose Vermarktung ausreichte.

652. Die bei Veräußerungsbestimmungen typischen Abwerbe- und Rückkaufverbote sind wie der stets in solchen Fällen ausgesprochene Verzicht auf die Ausübung vertraglicher Wettbewerbsverbote in Bezug auf die Transaktion trotz ihrer Laufzeit über fünf Jahre ab Vollzug der Veräußerung relativ unproblematisch. Zwar bleibt ein gewisses Rest-Kontrollrisiko. Doch im Regelfall ist davon auszugehen, dass das durch den Verlust negativ betroffene Unternehmen eine Abwerbung dem Kartellamt berichten würde. Ein Rückerwerb des Veräußerungsobjekts hätte zwar regelmäßig keinen solchen interessierten und des Sachverhalts kundigen Geschädigten, da Abnehmer typischerweise die fusionskontrollrechtlichen Nebenbestimmungen nicht kennen. Aber eine Transaktion im regelmäßig erforderlichen Ausmaß ließe sich kaum vor den Augen der die Branchen laufend beobachtenden Beschlussabteilungen verbergen. Auch eine Ausgestaltung der Verpflichtungen als auflösende Bedingungen mit der unmittelbaren Drohung einer Nichtigkeit aller Vollzugshandlungen im Falle eines Verstoßes wirkt zweifelsohne sehr motivierend für die betroffenen Manager.

653. Die Belieferungsverpflichtung lief zwar nur über ein Jahr und nimmt auf die dem Veräußerungsobjekt bis-

³²⁴ Vgl. etwa ausführlicher Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 165 ff.; Monopolkommission, Sondergutachten 41, a. a. O., Tz. 114 ff.; zur europäischen Praxis vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2000/2001, a. a. O., Tz. 537 ff.; Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O., Tz. 762 ff.

³²⁵ Vgl. oben Tz. 607 ff.

lang von seiner bisherigen Muttergesellschaft gewährten Bedingungen Bezug. Dennoch bleiben insoweit stets Unklarheiten und jedenfalls viel Potenzial zur unterschwelligen Behinderung. Die Abnahmeverpflichtung läuft deutlich länger, erscheint aber angesichts des über Marktpreise verfügbaren Preisbenchmarks wegen der bei Abnahme regelmäßig geringeren Konditionen- und Zeitkritizität und der höheren Beeinflussbarkeit der Umsetzung der Verpflichtung durch den Begünstigten nicht unbedingt problematischer. Auch hier wirkt die Ausgestaltung der Verpflichtungen als auflösende Bedingungen stark durchsetzungsfördernd.

654. Alle in diesem Fall auferlegten Verhaltenspflichten dienten unmittelbar der Aufrechterhaltung der Wettbewerbsfähigkeit des Veräußerungsobjekts und ließen in ihrer Ausgestaltung eine relativ problemlose und weitestgehend selbstdurchsetzende Erfüllung erwarten. Die Verhaltensbestimmungen waren lediglich flankierend zu der vor Zusammenschluss bereits als Vorab-Abhilfemaßnahme erfolgten Veräußerung vorgesehen, vergleichsweise leicht zu kontrollieren sowie als erfüllungsfördernde auflösende Bedingung ausgestaltet. Entscheidend erscheint der Monopolkommission, dass letztlich das Veräußerungsobjekt im Zweifelsfall auch bei Verletzung dieser Pflichten handlungsfähig geblieben wäre und Schadensersatz hätte geltend machen können, ohne zuvor aus dem Markt hinausgedrängt worden zu sein.

3.8.2.2 Carve-Out mit Lizenzierungs- und Belieferungsverpflichtung

655. Die Übernahme von ZAMA, einem japanischen Hersteller von Membranvergäsern für Kleinbenzinmotoren, durch die deutsche Stihl AG, einen führenden Hersteller von tragbaren motorisierten Werkzeugen, wurde durch das Bundeskartellamt genehmigt unter der Bedingung der vorherigen Veräußerung der US-amerikanischen Tochtergesellschaft des Erwerbsobjekts, ZAMA USA, die umfangreiche Lizenzen und das Recht der Belieferung durch ZAMA erhalten musste.³²⁶ Die wettbewerblichen Bedenken ergaben sich daraus, dass ZAMA außer für Stihl noch für andere Kunden Membranvergäser entwickelt und herstellt, die unmittelbar im Wettbewerb mit Stihl stehen. Da die Komplexität und Notwendigkeit einer Anpassung der Vergäser einen einfachen Anbieterwechsel nicht zulässt, war ein Verschließungseffekt auf dem Markt für Vorprodukte („input foreclosure“) zu befürchten. Bedeutsam ist die Entscheidung in erster Linie aufgrund der weitreichenden und besonders detaillierten Bedingungen, die den Auftritt der zu veräußernden ZAMA USA als eigenständigem echtem Wettbewerber ermöglichen sollen. Die vorgesehenen Belieferungsverpflichtungen kommen Verhaltensauflagen nahe und beugen den gleichen Bedenken.

656. Die Probleme der Verselbstständigung („carve out“) der ZAMA USA ergaben sich vor allem daraus,

dass ZAMA USA weder über eine eigene Fertigung von Vorprodukten noch über entsprechendes geistiges Eigentum wie Patente verfügte. Zur Herstellung und Gewährleistung der eigenständigen Wettbewerbsfähigkeit von ZAMA USA wurden als auflösende Bedingungen – neben den typischen, oben bei der Diskussion der Muster-texte aufgeführten Verpflichtungen – vor allem eine Lieferverpflichtung für Vorprodukte (über fünf Jahre nach Veräußerung mindestens die Abnahmemenge aus 2007 nach Belieben des Erwerbers zu marktüblichen Bedingungen) sowie für alle relevanten geistigen Schutzrechte eine zeitlich unbefristete, unwiderrufliche, unentgeltliche und exklusive Lizenzierungsverpflichtung ausgesprochen.

657. Problematisch ist insoweit allein die angeordnete Lieferverpflichtung für Vorprodukte. Denn diese kommt einer vom Gesetz untersagten laufenden Verhaltenskontrolle nahe. Zudem bietet die Verpflichtung zur „terminergerechten“ Belieferung „zu marktüblichen Bedingungen“ erhebliches Konfliktpotenzial. Die vom Gesetz vorgesehene strukturelle Gewähr von effektivem Wettbewerb kann eine solche Lieferverpflichtung, insbesondere in diesem Fall des Firmensitzes in den USA und japanischer Eigner, kaum bieten. Auch die Tatsache, dass mittelfristig die Möglichkeit einer anderweitigen wettbewerblichen Beschaffung von Vorprodukten sehr wahrscheinlich war, kann nicht über die kurzfristig mögliche Beeinträchtigung des Geschäfts der verselbständigten Tochtergesellschaft ZAMA USA hinweghelfen. Mildernd wirkt sich insoweit jedoch aus, dass bei echter selbständiger Fortführung des zu beliefernden Betriebs davon ausgegangen werden kann, dass dieser seine Rechte auch beim Bundeskartellamt oder den zuständigen Gerichten geltend macht.

658. Demgegenüber erweckt die Verpflichtung zur Erteilung zeitlich unbefristeter, unwiderruflicher, unentgeltlicher und exklusiver Lizenzen für alle zum Geschäftsbetrieb notwendigen, bei ZAMA und Stihl befindlichen Patente und sonstigen geistigen Schutzrechte weniger Bedenken. Denn hier ist die Aufgabenerfüllung in einem Rechtsakt zum Zeitpunkt der Veräußerung möglich und in casu auch erfolgt, sodass eine solche Lizenzerteilung unmittelbar und quasi-strukturell auf die Marktstruktur zurückwirkt.

659. Dieser Zusammenschluss demonstriert deutlich die Bedeutung der Auswahl eines geeigneten Käufers für das Veräußerungsobjekt. Denn nur ein tatsächlich unabhängiges Unternehmen bietet bei starken Anreizen zur Inputmarktverschließung wie in diesem Fall die Gewähr, auch über die Zeitachse echten Wettbewerb zu erzeugen. Zwischenzeitlich ist die Veräußerung an unabhängige japanische Lieferanten von Vorprodukten für Membranvergäser erfolgt, die nach fundierter Einschätzung des Bundeskartellamtes die Gewähr für ein zukünftiges eigenständiges Auftreten von ZAMA USA bieten, sowohl wegen ihrer bisherigen eigenen Positionierung am Markt als auch aufgrund ihrer demonstrierten Finanz- und Innovationskraft. Die Monopolkommission heißt auch vor dem Hintergrund des positiv zu bewertenden Ausgangs diese Entscheidung des Bundeskartellamtes cum grano salis gut.

³²⁶ BKartA, Beschluss vom 18. Juli 2008, B5-84/08, WuW/E DE-V 1669.

Die Unwägbarkeiten der Verselbstständigung einer Tochtergesellschaft lassen sich in einem solchen Fall allein durch den Verkauf an einen tatsächlich unabhängigen Dritten mit eigenem Fortführungsinteresse ausräumen. In diesem Fall verfügte der Käufer sogar über eine eigene Fertigung der von der Lieferverpflichtung erfassten Vorprodukte, sodass aller Voraussicht nach die verselbständigte Tochtergesellschaft weiterhin als Wettbewerberin am Markt bleibt. Freilich bleibt festzuhalten, dass das Bundeskartellamt faktisch weder dies noch das mit ausgesprochene Abwerbverbot für Schlüsselpersonal kontrollieren oder durchsetzen kann.

3.8.3 Auflösende Bedingungen und Zustandsicherung im Entflechtungsverfahren

660. Tritt eine auflösende Bedingung nach Vollzug der Fusion ein, so fällt die bedingte Freigabe nachträglich weg. Der betroffene Zusammenschluss ist wegen Verstoßes gegen das Vollzugsverbot aus § 41 Absatz 1 GWB rechtswidrig und nach § 41 Absatz 3 GWB grundsätzlich aufzulösen. Die Schwierigkeit, bereits integrierte Unternehmensbestandteile in einer Entflechtung wieder zu trennen, liegt auf der Hand. Zudem bietet § 41 Absatz 3 Satz 3 GWB die Möglichkeit, die nunmehr bestehende Wettbewerbsbeschränkung auch auf andere Weise als durch Wiederherstellung des früheren Zustands zu beseitigen. Ein solches Verfahren zur nachträglichen Wiederherstellung von Wettbewerb bedeutet jedoch in jedem Fall für das Bundeskartellamt einen großen Aufwand, erstreckt sich über einen langen Zeitraum und wird regelmäßig die Gerichte umfangreich beschäftigen.

661. Ein Beispiel für ein solches Verfahren im Nachgang zu eingetretenen auflösenden Freigabebedingungen stellt die Anordnung sichernder Maßnahmen im Fall Globus/Hela dar.³²⁷ Das Bundeskartellamt hatte die Übernahme des Baumarktgeschäfts der Distributa-Gruppe durch die Globus Fachmärkte mit der Verpflichtung freigegeben, in vier betroffenen Regionalmärkten jeweils einen Baumarkt (aus einer Liste von insgesamt sieben Baumärkten) an einen anderen, unabhängigen Baumarktbetreiber zu veräußern. Die Veräußerungsverpflichtungen waren dabei in Form von auflösenden Bedingungen ausgesprochen worden.³²⁸

Die Beteiligten hatten den Zusammenschluss vollzogen, gleichzeitig jedoch die Nebenbestimmungen vor dem OLG Düsseldorf angefochten. Während des Gerichtsverfahrens beantragten sie beim Bundeskartellamt die Umwandlung der Veräußerungsbedingungen in Veräußerungsauflagen, hilfsweise eine Verlängerung der Veräußerungsfrist, da keine wirtschaftlich tragfähigen Angebote von Erwerbern vorlägen und eine – allein mögliche – Veräußerung zu negativem Kaufpreis (unter zu-

sätzlicher Zahlung an den Abnehmer) wirtschaftlich nicht hinzunehmen sei. Beide Anträge hat das Bundeskartellamt abgelehnt, da eine Auflage nicht in gleichem Maße wie eine auflösende Bedingung zur Beseitigung der durch den Zusammenschluss ausgelösten wettbewerblichen Bedenken geeignet sei und eine Fristverlängerung im Hinblick auf die dann zu befürchtende weitere wettbewerbliche Verschlechterung ausscheide. Den Antrag der Beteiligten auf Anordnung dahingehender einstweiliger Maßnahmen hat das OLG mit der Begründung abgelehnt, eine Fristverlängerung könne mit der Beschwerdeentscheidung erfolgen und für eine Untersagung der vom Bundeskartellamt bereits angedeuteten Entflechtungsmaßnahmen fehle es an der Dringlichkeit, da deren Anordnung abgewartet werden könne. Auch die Beschwerde gegen die Ablehnung der Anträge auf Umwandlung der Nebenbestimmung, hilfsweise Fristverlängerung, durch das Bundeskartellamt wies das OLG ab: Globus habe sich durch die Inanspruchnahme der bedingten Fusionsfreigabe selbst in die Zwangslage versetzt, sei so das Risiko, die betroffenen Standorte vor einer Entscheidung in der Hauptsache verkaufen zu müssen, sehenden Auges eingegangen und habe dieses folglich auch zu tragen.

Das Bundeskartellamt leitete nach Ablauf der vorgesehenen Veräußerungsfrist ein Entflechtungsverfahren ein. Globus bot daraufhin die Einsetzung eines Sicherungstreuhänders für die sieben betroffenen Standorte an. Das Bundeskartellamt lehnte diesen Vorschlag ab, da die Entflechtungsverpflichtung nach Bedingungseintritt und Wegfall der Freigabe alle von der Fusion betroffenen Standorte umfasse, nicht allein die schon für sich wettbewerblich problematischen.

Mit Beschluss des Bundeskartellamtes vom 6. März 2009 wurde Globus zur Sicherung der Situation vor weiterer Verschlechterung und zur Vorbereitung einer Entflechtung verpflichtet, die Leistungs- und Wettbewerbsfähigkeit aller im Rahmen des Zusammenschlusses übernommenen Standorte unter Einhaltung präzise benannter Einzelverpflichtungen aufrechtzuerhalten.³²⁹ Zudem wurde Globus aufgegeben, einen unabhängigen Sicherungstreuhänder zur Überwachung der Einhaltung dieser Verpflichtungen einzusetzen.

662. Dieser Zusammenschluss mit seinen drei eigenständigen Rechtsmittelverfahren³³⁰ zeigt anschaulich die Schwierigkeiten, die durch auflösende Bedingungen entstehen können. Zwar hätte das Bundeskartellamt unmittelbar nach § 41 Absatz 3 GWB eine Entflechtung anordnen können.³³¹ Die Beschränkung auf die angeordneten einstweiligen Sicherungsmaßnahmen war vorliegend allerdings wohl nicht aus dem Verhältnismäßigkeitsgrund-

³²⁷ BKartA, Beschluss vom 6. März 2009, B9-165/08 „Globus/Hela“.

³²⁸ BKartA, Beschluss vom 5. Dezember 2007, B9-125/07 „Globus/Hela“. Die auflösenden Bedingungen folgten dem Muster: „Die Beteiligte zu 1. unterlässt es, einen der folgenden Hela-Baumärkte an einen unabhängigen Erwerber innerhalb einer Frist bis [...] zu veräußern“.

³²⁹ Insbesondere keinen Standort zu schließen und die Standorte weiter wie bisher zu betreiben.

³³⁰ Globus hat gegen diese Beschwerdeentscheidung Nichtzulassungsbeschwerde vor dem BGH eingelegt, die jedoch derzeit ruht. Eine Verfahrensbeendigung durch Veräußerung der problematischen Standorte an einen Wettbewerber war zum Redaktionsschluss des Hauptgutachtens zumindest absehbar.

³³¹ Dafür ist nach überzeugender Ansicht weder eine rechtskräftige Entscheidung noch der Ablauf der Frist zur Einlegung des Antrags auf Ministererlaubnis erforderlich; vgl. oben Tz. 496 ff.

satz geboten, sondern allein der Verfahrensökonomie geschuldet. Die Voraussetzungen sichernder Maßnahmen nach § 60 Absatz 1 GWB lagen vor: Insbesondere sind im Rahmen der danach vorzunehmenden Abwägung die Interessen des auf vorläufiger Grundlage Vollziehenden als regelmäßig gering einzustufen, zumal durch die entstandene Wettbewerbsbeschränkung erhebliche öffentliche Interessen beeinträchtigt werden. Eine Beschränkung solcher vorläufiger Sicherungs- und auch endgültiger Entflechtungsverfahren auf die in der auflösenden Bedingung genannten Regionalmärkte kommt nicht in Betracht. Denn zum einen ist die Fortführung des mit dem Vollzug des Zusammenschlusses eingeschränkten Wettbewerbs nur von einer wettbewerbsfähigen Einheit zu erwarten. Einzelne, typischerweise in Nebenbestimmungen aufgeführte Standorte aber bieten regelmäßig wie auch hier nicht diese Gewähr. Zudem sind einzelne Standorte in der Regel schlechter zu veräußern als eine zusammenhängende Gruppe von Standorten. Zweitens sieht das Gesetz in § 41 Absatz 3 GWB keine Teilentflechtung vor; vielmehr entfällt mit Bedingungseintritt die Freigabe für den gesamten Zusammenschluss. Drittens, und nach Ansicht der Monopolkommission entscheidend, kommt hinzu, dass eine Beschränkung von Sicherungs- und Entflechtungsmaßnahmen auf die von vornherein zu veräußernden Unternehmensteile den Verpflichteten wenig Anreize gäbe, ihren Verpflichtungen aus der Freigabeverfügung nachzukommen. Diese Wertung trifft auch der Gesetzgeber, der in § 41 Absatz 3 GWB auch aus diesem Grund die Drohung einer unmittelbaren Entflechtung aufstellt.³³² Vor diesem Hintergrund findet das Vorgehen des Bundeskartellamtes die Zustimmung der Monopolkommission. Sie weist ergänzend darauf hin, dass solche vom Verwaltungsaufwand her und allein für den Einzelfall betrachtet übermäßig aufwendigen Verfahren aus übergreifender Perspektive unverzichtbar sind. Denn nur die auch aufwendige Durchsetzung des geltenden Rechts – nötigenfalls in Pilotverfahren – kann allen, insbesondere von dem Verfahren nicht betroffenen Regelunterworfenen die gesetzlichen Normen und deren Geltung verdeutlichen. Würden Normen wegen ihres Vollzugsaufwands nicht mehr umgesetzt, entstünden rechtsfreie Räume. Insoweit ist der vom Bundeskartellamt in diesem Verfahren geleistete Aufwand – über den unmittelbar betroffenen Zusammenschluss hinaus – als ein Beitrag zur Sicherung der Funktionsbedingungen der Fusionskontrolle zu verstehen.

663. Zur Vermeidung derart aufwendiger Verfahren sollten jedoch auflösende Bedingungen auf ein Mindestmaß beschränkt bleiben und soweit als möglich aufschiebende Bedingungen ausgesprochen werden (sog. Fix-it-first- und Up-front-buyer-Lösungen). Zumindest sollten auflösende Bedingungen regelmäßig nur in Verbindung mit einer Getrennthaltungspflicht unter Einsetzung eines Treuhänders ausgesprochen werden. Die Monopolkommission sieht auch unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten keine Pflicht des Bundeskartellamtes, Nebenbestimmungen vorrangig als auflösende Bedingungen oder Auflagen auszusprechen. Denn sind diese auch weniger

belastend für die Beteiligten des Zusammenschlusses, sind sie doch wesentlich schlechter geeignet, die durch den Zusammenschluss entstehenden wettbewerblichen Bedenken zu beseitigen. Auch aus Gründen der Verfahrenseffizienz sind aufschiebende Bedingungen bei Weitem vorzuziehen. Die neuere Praxis des Bundeskartellamtes, angelehnt an die oben besprochenen Mustertexte, berücksichtigt diese Abwägung weitgehend.³³³

4. Europäische Fusionskontrolle

4.1 Einführung

664. Die europäische Fusionskontrolle war im Berichtszeitraum 2008/2009 aufgrund der globalen Finanzkrise besonderen Anforderungen ausgesetzt. Vielfach wurde darüber diskutiert, ob die Prüfungsstandards der Fusionskontrolle herabgesetzt werden sollten, um auf die Verwerfungen auf den Gütermärkten zu reagieren. Die Europäische Kommission hat erfreulicherweise solchen Forderungen schon früh eine Absage erteilt und deutlich gemacht, dass sie eine Aufweichung der Prinzipien der europäischen Fusionskontrolle nicht in Betracht zieht. Sie hat allerdings ihre Bereitschaft erklärt, im Einzelfall eine gewisse Flexibilität walten zu lassen. Diese Flexibilität bezog sich namentlich auf die Möglichkeit, Zusammenschlussvorhaben vom Vollzugsverbot freizustellen, sowie auf das Instrument der „failing firm defense“, mittels dessen Zusammenschlüsse unter Beteiligung von insolventen Unternehmen unter erleichterten Bedingungen freigegeben werden können. Generell sagte die Europäische Kommission zu, bei der Anwendung der fusionskontrollrechtlichen Regeln besonders zügig vorzugehen und Entscheidungen sehr schnell zu treffen.

665. In der Praxis der europäischen Fusionskontrolle sind – zumindest bisher – nur wenige unmittelbare Auswirkungen der Finanzkrise zu spüren. Zum einen sank die Zahl der Anmeldungen in den Jahren 2008/2009 im Vergleich zum vorangegangenen Berichtszeitraum deutlich. Während 2007 noch 402 Anmeldungen in Brüssel eingegangen waren, sind 2008 nur 347 Fälle angemeldet worden. Ein weiterer Rückgang ist für das Jahr 2009 mit 259 Notifizierungen zu verzeichnen. Zum Zweiten ist auf die hohe Zahl von Anmeldeabbrüchen hinzuweisen. Im Berichtszeitraum wurden in der ersten Verfahrensphase 16, in der zweiten Verfahrensphase immerhin noch fünf Anmeldungen zurückgenommen. Im Vergleich dazu war es im vorangegangenen Berichtszeitraum – bei einer deutlich höheren Gesamtzahl von Anmeldungen – lediglich zu 14 Rücknahmen gekommen. Ferner kam es vereinzelt zu sehr zügigen Entscheidungen der Europäischen Kommission im Rahmen der ersten Verfahrensphase, z. B. in dem Verfahren BNP Paribas/Fortis, das trotz der Notwendigkeit von Abhilfemaßnahmen in nur 25 Arbeitstagen abgeschlossen wurde.

666. Viele Zusammenschlüsse unter Beteiligung von Banken lagen außerhalb des Zuständigkeitsbereichs der

³³² Vgl. oben Tz. 499 f.

³³³ Vgl. insoweit auch BKartA, Tätigkeitsbericht 2007/08, Bundestagsdrucksache 16/13500 vom 22. Juni 2009, S. 20.

Europäischen Kommission. Soweit nationale Regierungen Maßnahmen ergriffen, um inländische Banken zu stützen, ging dies in der Regel nicht mit einem Kontroll-erwerb im Sinne von Artikel 3 FKVO einher. Anders war dies im Fall SoFFin/Hypo Real Estate, den die Europäische Kommission in der ersten Verfahrensphase prüfte und angesichts der niedrigen gemeinsamen Marktanteile im Mai 2009 ohne Bedingungen und Auflagen freigab. Sofern eine Bank durch einen Wettbewerber übernommen wurde, fehlte – wie im Fall Commerzbank/Dresdner Bank – häufig die gemeinschaftsweite Bedeutung aufgrund der Zwei-Drittel-Regel. Grenzüberschreitende Zusammenschlüsse warfen in aller Regel keine Bedenken auf, da die Bankenmärkte überwiegend national abgegrenzt werden und nicht hoch konzentriert sind.³³⁴ Dies führte auch dazu, dass in keinem dieser Fälle der Einwand der Sanierungsfusion geprüft werden musste.

667. Einen Schwerpunkt der Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission in den Jahren 2008/2009 bildeten vertikale Zusammenschlüsse, also Zusammenschlüsse zwischen Unternehmen, die auf verschiedenen Stufen der Lieferkette tätig sind. Die Europäische Kommission nahm die Prüfung dieser Vorhaben erstmals anhand ihrer Ende 2007 veröffentlichten Mitteilung zu nicht horizontalen Zusammenschlüssen vor. Sie klärte eine Reihe von Zusammenschlussvorhaben in der ersten Verfahrensphase, leitete aber auch mehrmals die zweite Verfahrensphase ein. Im Ergebnis wurden alle vertikalen Zweite-Phase-Fälle ohne Bedingungen und Auflagen freigegeben.

668. Besondere Aufmerksamkeit verdient die Entscheidung der Europäischen Kommission in dem Fall ABF/GBI. Hier hat die Wettbewerbsbehörde erstmals nach längerer Abstinenz wieder ein Zusammenschlussvorhaben ausschließlich wegen koordinierter Auswirkungen in der zweiten Verfahrensphase geprüft und nur in Verbindung mit Abhilfemaßnahmen genehmigt. Die Entscheidung der Europäischen Kommission ist vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu sehen. Der Gerichtshof hatte kurz zuvor in seinem Urteil Bertelsmann und Sony Corporation of America/Impala die vom Gericht erster Instanz aufgestellten Kriterien für das Vorliegen koordinierter Effekte bestätigt und wichtige Fragen zum Beweismaßstab und zum Beurteilungsspielraum der Europäischen Kommission geklärt.

669. Bemerkenswert ist ferner die Zunahme der Zusammenschlussverfahren, in denen die Fusionsparteien Effizienzgesichtspunkte geltend gemacht haben. Der Effizienzseinwand wird ganz überwiegend in Zweite-Phase-Fällen vorgebracht. Die Zusammenschlussparteien haben sich während des Berichtszeitraums in sieben von 17 Zweite-Phase-Verfahren auf Effizienzen infolge ihres Zusammenschlussvorhabens berufen. Die Europäische Kommission ließ den Effizienzseinwand allerdings in den meisten Fällen unberücksichtigt, weil ihrer Ansicht nach

zwar teilweise einzelne Voraussetzungen, nicht aber sämtliche Erfordernisse kumulativ erfüllt waren. Nur in zwei vertikalen Zusammenschlüssen – TomTom/Tele Atlas und Nokia/Navteq – hat sie das Vorliegen sämtlicher Anforderungen bejaht. Gleichwohl waren die festgestellten Effizienzen auch insoweit nicht entscheidungserheblich.

670. Im Berichtszeitraum hat die Europäische Kommission ihre überarbeitete Mitteilung zu zulässigen Abhilfemaßnahmen vorgelegt. Sie nimmt hierin eine strengere Haltung gegenüber Zusagen ein als in ihren Leitlinien aus dem Jahr 2001 und unterstreicht erneut den Vorrang von Veräußerungszusagen. Besondere Bedeutung weist sie der Lebensfähigkeit der zu veräußernden Vermögensteile und der Identität eines potenziellen Erwerbers für die Wettbewerbsfähigkeit des veräußerten Geschäfts zu. Den Zusammenschlussparteien werden umfangliche Informations- und Begründungspflichten auferlegt. Außerdem tragen sie die Verantwortung für die Erfüllung der eingegangenen Verpflichtungen. Es ist insbesondere bei Betrachtung der Zweite-Phase-Entscheidungen feststellbar, dass die Europäische Kommission diese strengere Einstellung auch in der konkreten Fallpraxis umgesetzt hat.

671. Hinsichtlich der Tätigkeit des Europäischen Gerichtshofs und des Gerichts erster Instanz sind neben der bereits erwähnten Entscheidung Bertelsmann und Sony/Impala zwei weitere Urteile hervorzuheben. In den Verfahren MyTravel/Kommission und Kommission/Schneider Electric wurde erneut über die Frage fusionskontrollrechtlicher Schadensersatzansprüche entschieden. In dem Verfahren MyTravel/Kommission hat das Gericht erster Instanz die geltend gemachten Ansprüche der Zusammenschlussbeteiligten gänzlich verworfen. Der EuGH hat im Verfahren Kommission/Schneider Electric die – zuvor vom Gericht erster Instanz festgestellten – Schadensersatzansprüche von Schneider begrenzt.

4.2 Statistische Angaben

672. Während des Berichtszeitraums wurden laut Statistik der Europäischen Kommission insgesamt 606 Zusammenschlussvorhaben in Brüssel angemeldet. Auf das Jahr 2008 entfielen 347 Anmeldungen, im Jahr 2009 erfolgten 259 Notifizierungen. Im Vergleich zum vorangegangenen Berichtszeitraum mit insgesamt 758 Fällen sank die Zahl der Anmeldungen um 152, d. h. um ca. 20 Prozent.

673. Im Berichtszeitraum stellten die Mitgliedstaaten acht Anträge nach Artikel 9 FKVO auf Verweisung an die nationalen Wettbewerbsbehörden.³³⁵ Die Europäische Kommission gab entsprechenden Ersuchen zweimal teilweise und dreimal vollständig statt. In einem Fall verweigerte die sie die Abgabe der Zuständigkeit. Die Mitglied-

³³⁴ In der Entscheidung BNP/Paribas wurde BNP die Verpflichtung auferlegt, ihr Kreditkartengeschäft in Belgien und Luxemburg zu veräußern.

³³⁵ Die Zahl der während des Berichtszeitraums eingegangenen Anträge nach Artikel 9 FKVO muss nicht mit der Zahl der im Berichtszeitraum getroffenen Entscheidungen übereinstimmen. Zum Teil beziehen sich Entscheidungen auf Anträge aus dem vorigen Berichtszeitraum, zum Teil werden die in 2009 gestellten Anträge erst in 2010 entschieden. Dasselbe gilt auch für Anträge nach Artikel 22 und Artikel 4 FKVO.

staaten haben in den Jahren 2008/2009 drei Mal von der Möglichkeit des Artikel 22 FKVO Gebrauch gemacht und eine Verweisung an die Brüsseler Wettbewerbsbehörde beantragt. Im gleichen Zeitraum hat die Europäische Kommission vier Fälle zur Prüfung angenommen. Es gibt keinen Fall, in dem sie die Verweisung verweigert hat. Die Fallzahlen in Bezug auf Artikel 9 FKVO sind somit etwa auf dem Niveau des letzten Berichtszeitraums verblieben. Die Zahl der Anträge nach Artikel 22 FKVO ist hingegen um mehr als die Hälfte gesunken. Es zeigt sich erneut, dass die Verweisungen auf Initiative der Mitgliedstaaten erheblich an Bedeutung abgenommen haben, seitdem im Jahr 2004 den Zusammenschlussbeteiligten selbst die Möglichkeit eingeräumt wurde, eine Verweisung in die eine oder andere Richtung anzustoßen.

674. Diese Befugnis ist mit der VO 139/2004 in der Fusionskontrollverordnung verankert worden und hat erhebliche Bedeutung in der Entscheidungspraxis erlangt. Während des Berichtszeitraums beantragten die Fusionsparteien in 17 Fällen die Verweisung an eine nationale Wettbewerbsbehörde. Die Anzahl der Anträge verharrt somit auf dem Niveau der letzten beiden Berichtszeiträume (2004/2005: 16 und 2006/2007: 18). In den Jahren 2008/2009 waren 15 derartige Ersuchen vollständig erfolgreich. Es kam in keinem Fall zu einer partiellen Verweisung oder zu einer Ablehnung von Anträgen. In 46 Fällen haben die Zusammenschlussbeteiligten eine Übertragung der Zuständigkeit auf die Europäische Kommission beantragt. Damit sank das Level in etwa auf das der Jahre 2004/2005 (48 Anträge) ab. Noch im letzten Berichtszeitraum waren deutlich mehr, nämlich 89, derartige Anträge gestellt worden. Brüssel hat 47 Verfahren zur Prüfung angenommen, sie lehnte keinen Antrag ab. Auch die Mitgliedstaaten erhoben in keinem einzigen Fall Einspruch.

675. In der ersten Verfahrensphase traf die Europäische Kommission 564 Entscheidungen. In keinem Fall kam es zu einer Ablehnung der Brüsseler Zuständigkeit nach Artikel 6 Absatz 1 lit. a FKVO. In 532 Fällen verneinte die Europäische Kommission ernsthaft wettbewerbliche Bedenken und schloss das Verfahren mit einer Verfügung nach Artikel 6 Absatz 1 lit. b FKVO ohne Bedingungen und Auflagen ab. 32 Transaktionen führten zu erheblichen Wettbewerbsproblemen und wurden nur in Verbindung mit Abhilfemaßnahmen erlaubt. Im Verhältnis zum vorigen Berichtszeitraum, in dem bei einer weit höheren Gesamtzahl von Anmeldungen 691 bedingungslose Freigaben erfolgten, ist das Verhältnis zwischen Anmeldungen und unbedingten Entscheidungen nach Artikel 6 Absatz 1 lit. b FKVO in etwa gleich geblieben. Setzt man die Anmeldungen mit den bedingten Genehmigungen ins Verhältnis, lässt sich hingegen für den derzeitigen Berichtszeitraum eine deutliche Erhöhung feststellen: Während in den Jahren 2006/2007 nur etwa 4 Prozent der Erste-Phase-Fälle mit Abhilfemaßnahmen verbunden worden sind, waren es in den Jahren 2008/2009 immerhin knapp 6 Prozent. Auf hohem Niveau hält sich die Anzahl der Fälle, die im vereinfachten Verfahren geprüft werden. Die Europäische Kommission hat im Berichtszeitraum 333 derartige Entscheidungen getroffen.

676. Die Europäische Kommission hat in 15 Fällen die zweite Verfahrensphase gemäß Artikel 6 Absatz 1 lit. c FKVO eröffnet. Im Vergleich zum vorigen Berichtszeitraum mit 28 derartigen Entscheidungen ist die Zahl deutlich gesunken. Gleich geblieben ist dagegen die Zahl der Zweite-Phase-Entscheidungen ohne Bedingungen und Auflagen. Wie im vorigen Berichtszeitraum sind auch in den Jahren 2008/2009 neun solcher Verfügungen ergangen, und zwar alle im Jahr 2008. In den Fällen Google/DoubleClick, Ineos/Kerling, IBM/Telelogic, Norddeutsche Affinerie/Cumerio, TomTom/Tele Atlas sowie Iteva/Barcovision Division, Nokia/Navteq, STX Aker Yards und KLM/Martinair ergingen die Verfügungen nach Artikel 8 Absatz 1 FKVO. Lediglich acht Entscheidungen wurden in der zweiten Verfahrensphase unter Bedingungen und Auflagen erlassen. Die Europäische Kommission genehmigte die Vorhaben Arjowiggins/M-Real Zanders Reflex, Thomson Corporation/Reuters Group, StatoilHydro/ConocoPhillips, ABF/GBI Business sowie Friesland/Campina, Arsenal/DSP, Lufthansa/SN Airholding und Lufthansa/Austrian Airlines gemäß Artikel 8 Absatz 2 FKVO. Im Verhältnis zum vorigen Berichtszeitraum mit zehn solchen Entscheidungen blieb die Zahl in etwa gleich.

677. Die Europäische Kommission hat in den Jahren 2008/2009 – wie bereits im letzten Berichtszeitraum – keine einzige Untersagungsverfügung erlassen. Die Gesamtzahl der Untersagungen seit Inkrafttreten der Fusionskontrollverordnung liegt damit konstant bei 20. Allerdings wurden im Berichtszeitraum insgesamt 21 Anmeldungen zurückgenommen. Eine solche Rücknahme erfolgte 16 Mal in der ersten Verfahrensphase und fünf Mal in der zweiten Verfahrensphase. In den Jahren 2006/2007 war es bei einer wesentlich höheren Gesamtzahl von Anmeldungen nur zu 16 Rücknahmen gekommen. Das relativ hohe Niveau von Rücknahmen im derzeitigen Berichtszeitraum dürfte jedenfalls zum Teil der aktuellen Finanzkrise geschuldet sein. Festzuhalten bleibt, dass die Europäische Kommission weiterhin dazu tendiert, selbst bei erheblichen Wettbewerbsbedenken eher Freigabeentscheidungen unter zum Teil sehr umfangreichen Bedingungen zu treffen, als eine Verbotsverfügung zu erlassen. Die Monopolkommission steht einer solchen Tendenz – ohne das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu verkennen – vor allem deshalb skeptisch gegenüber, weil die Effizienz von Abhilfemaßnahmen in der Vergangenheit eher fraglich war. Abzuwarten bleibt insoweit, ob die striktere Haltung gegenüber Verpflichtungsmaßnahmen, die sich in den neuen Leitlinien der Europäischen Kommission abzeichnen, Abhilfe schafft.

4.3 Marktabgrenzung

4.3.1 Keine Marktabgrenzung nach „Arbeitsgebieten“

678. Die Europäische Kommission hat im Dezember 2008 den Zusammenschluss Friesland/Campina nach Artikel 8 Absatz 2 FKVO unter Bedingungen und Auflagen freigegeben.³³⁶ Friesland und Campina sind die beiden

³³⁶ Vgl. zu Friesland/Campina auch Tz. 704, 735, 775, 800.

größten Molkereigenossenschaften in den Niederlanden. Sie sammeln Rohmilch von ihren Mitgliedern ein und verarbeiten sie zu verschiedenen Molkereiprodukten für Verbraucher und Industrie. Von dem Vorhaben sind eine Vielzahl von Märkten, unter anderem der Markt für die Beschaffung von Rohmilch sowie die Märkte für Basis-milchprodukte, Butter, Käse und Sahne, betroffen. Die Europäische Kommission hat auf mehreren der genannten Märkte wettbewerbliche Probleme festgestellt und das Vorhaben daher nur unter Bedingungen und Auflagen freigegeben.

679. Die Europäische Kommission unterteilt den sachlichen Markt für die Beschaffung von Rohmilch wie die Anmelder in zwei separate Märkte für die Beschaffung von Bio-Milch und für konventionelle Milch. Wettbewerbliche Bedenken bestehen nur in Hinsicht auf den Markt für die Beschaffung von konventioneller Milch, den die Europäische Kommission – anders als die Zusammenschlussparteien – national definiert. Nach Ansicht von Campina und Friesland sind die Beschaffungsmärkte für konventionelle Rohmilch hingegen subnational und fallen vollständig mit ihren jeweiligen „Arbeitsgebieten“ zusammen. Friesland sammelt Milch im Osten und Norden der Niederlande, Campina im Süden und Westen der Niederlande ein. Zusammengenommen decken die Arbeitsgebiete von Friesland und Campina das gesamte Staatsgebiet der Niederlande ab, wobei sich in der Provinz Flevoland eine geringfügige Überschneidung ergibt. Die Anmelder tragen vor, dass die Kosten für das Einsammeln der Rohmilch von den Transportdistanzen und von der Dichte der Milchviehhalter in einem Sammelgebiet abhängen. Diese Faktoren würden den räumlichen Markt auf ein lokal begrenztes Gebiet beschränken. Zudem herrschten innerhalb der beide Arbeitsgebiete jeweils homogene Wettbewerbsbedingungen, während sich die Wettbewerbsbedingungen in den beiden Arbeitsgebieten voneinander unterschieden. Die Gleichartigkeit der Wettbewerbsbedingungen resultiere daraus, dass konkurrierende Genossenschaften und private Käufer ihren Auszahlungspreis an dem Preis orientierten, den die jeweils marktführende Genossenschaft auszahle.

680. Die Europäische Kommission folgt dieser Argumentation nicht. Zwar geht auch sie davon aus, dass große Lieferentfernungen die effiziente Beschaffung konventioneller Rohmilch einschränken können. Obwohl konventionelle Rohmilch theoretisch über sehr lange Strecken transportiert werden könne, betrage die Entfernung zwischen den Milchviehhaltern und den verarbeitenden Betrieben im Durchschnitt ungefähr 40 bis 50 km. Die Lieferdistanz bilde jedoch nicht den einzigen Faktor, der die Kosten für das Einsammeln bestimme. Vielmehr würden die Beschaffungskosten auch durch die Größe der weiterverarbeitenden Betriebe sowie die Größe der Erzeugerbetriebe beeinflusst. Bei größeren Kapazitäten der weiterverarbeitenden Betriebe könnten Größenvorteile der Milchmengen und des Einzugsgebiets genutzt und so die höheren Kosten für das Einsammeln der Rohmilch ausgeglichen werden. Die Marktuntersuchung ergab außerdem, dass die Wettbewerber der Zusammenschlussbeteiligten konventionelle Rohmilch in Gebieten einsam-

eln, die regelmäßig die Grenzen der jeweiligen Arbeitsgebiete von Friesland und Campina überschreiten und einen bedeutenden Teil der Niederlande umfassen. Daraus folgert die Europäische Kommission, dass auch die Zusammenschlussparteien eine Ausdehnung ihrer Arbeitsgebiete beschließen könnten. Einer Änderung der aktuellen Arbeitsgebiete stünden keine wesentlichen Hindernisse im Wege, zumal sowohl Friesland als auch Campina selbst auf eine Reihe von Zusammenschlüssen kleinerer Genossenschaften zurückgingen, die über einige Jahrzehnte hinweg in benachbarten Arbeitsgebieten tätig gewesen waren. Nach Erkenntnissen der Europäischen Kommission orientierten sich darüber hinaus die Wettbewerber der Fusionsparteien nicht unbedingt an deren Auszahlungspreis, sondern zahlen ihren Milchviehhaltern unabhängig von deren Standort einen einheitlichen Rohmilchpreis.

681. Auch die Monopolkommission ist von der Argumentation der Zusammenschlussparteien nicht überzeugt. Ein Abstellen auf die jeweiligen „Arbeitsgebiete“ bei der räumlichen Marktabgrenzung erscheint aus verschiedenen Gründen unangemessen. Zum einen sind nach den Ermittlungen der Europäischen Kommission die Wettbewerbsbedingungen innerhalb der beiden Arbeitsgebiete nicht jeweils homogen, sondern weichen z. B. in Bezug auf die Preisgestaltung ab. Zum anderen zeigt das Beispiel mehrerer Wettbewerber, dass ein Transport über die Grenzen der jeweiligen Arbeitsgebiete hinaus vorgenommen wird und profitabel ist. Transportkosten sind zwar ein wichtiger, aber nicht der allein maßgebende Indikator für die räumliche Marktabgrenzung. So steigen die Kosten mit einer längeren Transportstrecke zwar regelmäßig, diese Kostensteigerung kann aber durch andere Umstände – die Größe der beteiligten Betriebe, die zusätzlich gelieferte Milchmenge, die Auslastung der Kapazitäten etc. – ausgeglichen werden. Laut Europäischer Kommission stehen längeren Transportstrecken im vorliegenden Fall auch keine technischen Hindernisse entgegen. Der Wettbewerbsbehörde ist darüber hinaus insoweit beizupflichten, als sie bei der Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes nicht nur die tatsächlichen Lieferbeziehungen der Fusionsparteien berücksichtigt, sondern auf das potenzielle Absatzgebiet der Milchviehhalter abstellt. Aktuelle Lieferbeziehungen sollten nach Ansicht der Monopolkommission regelmäßig nur den Ausgangspunkt der räumlichen Marktdefinition bilden, entscheidend sind jedoch die tatsächlichen Ausweichmöglichkeiten der Milchviehhalter. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die aktuelle Ausdehnung der jeweiligen Arbeitsgebiete der Genossenschaften auch Ausdruck des herrschenden Wettbewerbsdrucks oder – im Gegenteil – von stillschweigender Kollusion sein kann. Schließlich wird die Argumentation der Zusammenschlussparteien spätestens mit Durchführung des Zusammenschlusses obsolet. Selbst die Parteien räumen ein, dass das künftige Arbeitsgebiet der neuen Unternehmenseinheit die gesamten Niederlande umfassen wird. Dies entspricht den Feststellungen der Europäischen Kommission, wonach die aktuellen Arbeitsgebiete der Parteien historisch gewachsen sind und einfach geändert werden könnten.

4.3.2 Definition der Tankstellenmärkte

682. Im Berichtszeitraum haben sowohl die Europäische Kommission als auch das Bundeskartellamt Zusammenschlussvorhaben mit Auswirkungen auf den Einzelhandelsmarkt für Kraftstoffe geprüft. Die Europäische Kommission gab die Transaktion StatoilHydro/ConocoPhillips in der zweiten Verfahrensphase unter Bedingungen und Auflagen frei.³³⁷ Das Bundeskartellamt untersagte das Zusammenschlussvorhaben Total/OMV und genehmigte den Zusammenschluss zwischen Shell und LorenzMohr unter Bedingungen. Ein Vergleich der vorliegenden Entscheidungen ist von besonderem Interesse, weil die Europäische Kommission und das Bundeskartellamt nicht nur abweichende Aussagen zur sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung treffen, sondern auch unterschiedliche Prüfkriterien und Untersuchungsmethoden anwenden. Einigkeit zwischen den Wettbewerbsbehörden besteht allerdings darin, dass im Ergebnis alle Zusammenschlussvorhaben wettbewerbliche Bedenken hervorrufen.

683. In dem Verfahren StatoilHydro/ConocoPhillips folgt die Europäische Kommission bei der sachlichen Marktabgrenzung ihren früheren Entscheidungen, in denen sie einen gemeinsamen Markt für den Verkauf von Motorkraftstoffen an Autofahrer an Tankstellen festgestellt hatte, ohne zwischen verschiedenen Arten von Kraftstoffen wie Benzin und Diesel zu unterscheiden. Die Europäische Kommission räumt zwar die fehlende nachfrageseitige Substituierbarkeit der Produkte ein: Autofahrer müssten die für ihr jeweiliges Fahrzeug geeignete Art von Kraftstoff verwenden und könnten nicht auf ein anderes Produkt ausweichen. Mit dem kurzen Hinweis darauf, dass Benzin und Diesel immer über dieselben Verkaufsstellen vertrieben würden, da Tankstellen eine möglichst hohe Zahl von Autofahrern bedienen wollten, grenzt sie dann jedoch einen einheitlichen Markt für den Verkauf von Motorkraftstoffen an Tankstellen ab.

684. Bei der räumlichen Marktabgrenzung erkennt die Europäische Kommission sowohl nationale als auch lokale Wettbewerbselemente. Für eine lokale Marktabgrenzung führt die Kommission zwar an, dass tendenziell eher Tankstellen in der Nähe des Wohnorts oder der Arbeitsstelle aufgesucht würden. Für die Definition nationaler Märkte spricht ihrer Ansicht nach jedoch zum einen die Existenz überlappender Einzugsgebiete, die sich auf die Preisgestaltung auswirke. Die Europäische Kommission führt insofern aus, dass bei den meisten Tankstellenketten die jeweils eng benachbarten Tankstellen der Konkurrenz beobachtet werden. Dies erfolgt in der Weise, dass ein Tankstellenbetrieb eine Liste der Wettbewerber aufstellt, die jeweils in seiner nächsten Umgebung liegen („Cluster“). In diesen Clustern werden die Preise regelmäßig überwacht und herangezogen, um die eigenen Preise dem lokalen Niveau anzupassen. Da sich der Großteil der

Cluster überlappt, seien die meisten Tankstellenbetriebe innerhalb eines Mitgliedstaats durch den Substitutionseffekt einem Wettbewerbsdruck seitens anderer Tankstellen ausgesetzt. Die lokalen Preise hingen außerdem von den empfohlenen nationalen Preisen ab, die von den jeweiligen Tankstellengesellschaften festgelegt werden. Zum Zweiten würde über die wichtigsten Wettbewerbsparameter – z. B. Preise, Produktpalette, Produktbeschaffung, Qualität und Werbeaktivitäten – eher auf nationaler als auf lokaler Ebene entschieden. Drittens hätten die konkurrierenden Tankstellenketten mehr oder weniger vergleichbare Marktanteile in einzelnen Mitgliedstaaten. Insgesamt erscheint es der Europäischen Kommission daher „zweckdienlich“, die Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf nationaler Ebene zu bewerten, wobei sie jedoch berücksichtige, dass Wettbewerb auch auf lokaler Ebene stattfinde.

685. In dem Zusammenschlussfall Total/OMV gab das Bundeskartellamt im Rahmen der sachlichen Marktabgrenzung seine bisherige Praxis auf, einen einheitlichen Absatzmarkt für den Vertrieb von Otto- und Dieselmotorkraftstoff über Tankstellen zu definieren.³³⁸ Zur Begründung führt es an, dass Otto- und Dieselmotorkraftstoff zwar demselben Rohstoff entstammen, nach ihrer Veredelung aber aus Sicht der Nachfrager nicht austauschbar seien, wenn erst einmal eine Entscheidung für eine bestimmte Motortechnologie (Systementscheidung) getroffen wurde. Auch wenn Tankstellen nicht nur eine Kraftstoffart, sondern durchgängig sowohl Otto- als auch Dieselmotorkraftstoff anbieten, so seien weder die Wettbewerbsverhältnisse bei Otto- und Dieselmotorkraftstoff zwangsläufig gleich noch komme der Sortimentsgedanke zur Begründung eines einheitlichen Absatzmarktes zur Anwendung. Die Unterschiede bei den Wettbewerbsverhältnissen belegte das Amt mit Berechnungen der Tankstellenpreise für Otto- und Dieselmotorkraftstoff für die Jahre 2007 und 2008. Hierbei zeigte sich, dass die Entwicklung der Tankstellenpreise zumindest zeitweise signifikant voneinander abwich. Zwar war die Differenz zwischen dem Preis für Ottomotorkraftstoff und dem Preis für Dieselmotorkraftstoff in den Jahren 2007 und 2008 fast durchgängig positiv, d. h. Ottomotorkraftstoff wurde zu einem höheren Preis als Diesel verkauft. Jedoch war die Höhe dieser Differenz uneinheitlich und schwankte zwischen 0 ct/l und 25 ct/l. Auch der Sortimentsgedanke lässt sich nach Auffassung des Bundeskartellamtes nicht zur Begründung eines einheitlichen Marktes heranziehen, denn dieser basiere auf der Annahme, dass die Marktgegenseite nicht nur ein, sondern mehrere Produkte aus dem angebotenen Sortiment nachfragt. Die Attraktivität eines Sortiments wachse daher mit der Breite des Sortiments. Diese Überlegungen spielten jedoch im Kraftstoffeinzelnhandel keine Rolle, da ein Nachfrager aufgrund der einmal getroffenen Systementscheidung immer entweder Otto- oder Dieselmotorkraftstoff, aber niemals beide Produkte gleichzeitig nachfrage.

³³⁷ Vgl. zu StatoilHydro/ConocoPhillips auch Tz. 771, 784.

³³⁸ Vgl. Tz. 559 ff.

686. Auch bei der räumlichen Marktabgrenzung nimmt das Bundeskartellamt ausführlicher Stellung als die Europäische Kommission. Es stützt sich bei seinen Ausführungen ausdrücklich auf das Bedarfsmarktkonzept. Entscheidend seien hiernach die tatsächlichen Ausweichmöglichkeiten der Abnehmer, für die es im jeweiligen Raum unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten (noch) sinnvoll sein müsse, die betroffenen Produkte zu beziehen. Das Bundeskartellamt weist die Argumentation von Total zurück, das für eine bundesweite Abgrenzung eintritt. Regelmäßig werde eine bundesweite Abgrenzung damit begründet, dass sich die Wettbewerbsbedingungen regional nicht wesentlich unterscheiden und das Beschaffungsverhalten der Abnehmer homogen sei. Ferner werde die Reaktionsverbundenheit hinsichtlich preislicher Impulse betont. Nach Ansicht des Bundeskartellamtes überwiegen jedoch im vorliegenden Fall die nachfrageseitigen Argumente. Für eine regionale Betrachtung spreche vor allem das tatsächliche Nachfrageverhalten, da Tankstellenkunden ihren Kraftstoffbedarf erfahrungsgemäß in einem variablen Umkreis um ihren Geschäfts- oder Wohnsitz decken. In diesem Zusammenhang räumt das Bundeskartellamt Schwierigkeiten bei der Eingrenzung der Gebiete ein, in denen es für Kraftfahrer unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten sinnvoll ist, alternative Tankstellen anzufahren. Befragungen der Kunden zu ihrem räumlichen Nachfrageverhalten seien aufgrund des engen Fristenregimes der Fusionskontrolle unmöglich gewesen. Da der Verkauf an Tankstellen als Massengeschäft des täglichen Lebens weitgehend anonymisiert erfolgt, seien auch die Tankstellengesellschaften nicht ohne Weiteres in der Lage, Auskunft über Herkunft bzw. Anfahrstrecke ihrer Kunden zu geben. Das Bundeskartellamt greift daher auf das sog. Erreichbarkeitsmodell des Bundesamtes für Bauwesen und Raumordnung zurück und modifiziert dieses in verschiedener Hinsicht.³³⁹

687. Festzuhalten ist, dass die Europäische Kommission bei ihrer Entscheidung zur sachlichen Marktabgrenzung die anbieterseitigen Aspekte, vor allem den Umstand, dass Otto- und Dieselkraftstoffe stets gemeinsam an Tankstellen verkauft werden, betont. Das Bundeskartellamt konzentriert sich dagegen stärker auf die Nachfrageseite und die unterschiedlichen Wettbewerbsverhältnisse bei Otto- und Dieselkraftstoff. Noch in den vor einigen Jahren entschiedenen Verfahren Shell/DEA und BP/E.ON war allerdings auch das Bundeskartellamt von einem Gesamtmarkt ausgegangen. Mit der Entscheidung Shell/HPV zweifelte das Amt diese Auffassung dann zum ersten Mal an und fokussierte sich stärker auf die Nachfragersicht. Aus Sicht der Nachfrager seien die verschiedenen Kraftstoffe nicht austauschbar, wenn einmal eine Entscheidung für eine bestimmte Motortechnologie getroffen wurde. Somit bestünden nicht zwangsläufig dieselben Wettbewerbsverhältnisse für Otto- und Dieselkraftstoff. Zudem sei die Nachfrage nach Diesel in der Regel im Winter höher als im Sommer, während die Nachfrage nach Ottokraftstoff im Sommer höher sei als

im Winter. In dem Verfahren Shell/HPV nimmt das Bundeskartellamt allerdings im Ergebnis noch eine Gesamtmarkt Betrachtung vor, weil die Ermittlungen keine Anhaltspunkte dafür ergeben hätten, dass eine nach Kraftstoffen getrennte Betrachtung zu anderen Schlussfolgerungen führen würde. Nunmehr rückt das Bundeskartellamt von dieser Auffassung ab und geht zum ersten Mal von separaten Märkten für den Verkauf von Otto- und Dieselkraftstoff an Tankstellen aus. Das Amt fügt seinen bisherigen Ausführungen Berechnungen über die Preisentwicklung bei den beiden Kraftstoffen hinzu und kann nach Auffassung der Monopolkommission überzeugend belegen, dass jedenfalls zeitweise signifikante Unterschiede und somit nicht ohne Weiteres vergleichbare Wettbewerbsverhältnisse bei beiden Produkten bestehen. Für die Existenz getrennter Märkte spricht darüber hinaus, dass die Europäische Kommission – jedenfalls im Rahmen ihrer quantitativen Analyse – den Einfluss der JET-Tankstellen auf die Statoil-Preise separat für Otto- und Dieselkraftstoff untersucht und ausgewiesen hat. Auch dies ist nach Ansicht der Monopolkommission ein Indiz dafür, dass wichtige Argumente für eine Marktunterteilung sprechen.

688. Bei der räumlichen Marktabgrenzung erkennen beide Wettbewerbsbehörden an, dass sowohl Argumente für eine lokale bzw. regionale als auch für eine nationale Marktdefinition existieren. Im Ergebnis stellt die Europäische Kommission – wie bei der sachlichen Marktabgrenzung – erneut die Angebotsseite in den Vordergrund und legt ihrer wettbewerblichen Beurteilung jeweils nationale Märkte zugrunde. Das Bundeskartellamt hingegen legt in beiden dargestellten Entscheidungen ausdrücklich das Bedarfsmarktkonzept zugrunde, betont also wiederum die nachfrageseitigen Aspekte und gelangt zu einer lokalen bzw. regionalen Marktdefinition.

689. Die nationale Marktabgrenzung seitens der Europäischen Kommission ist nach Ansicht der Monopolkommission nicht ohne Weiteres nachvollziehbar. Am deutlichsten wird dies am Beispiel Norwegens. Die Europäische Kommission macht selbst geltend, dass JET vorwiegend im Südosten Norwegens tätig ist und dort wesentlich höhere Marktanteile aufweist als im Rest des Landes. Sie berücksichtigt diese Besonderheit auch ausdrücklich im weiteren Verlauf der wettbewerblichen Prüfung. Selbst wenn man also wie die Europäische Kommission für die Marktabgrenzung auf die Anbieterseite abstellt, erscheint eine nationale Definition hier wenig überzeugend. Das Argument, in allen untersuchten Staaten seien die Marktanteile national ähnlich verteilt, trifft jedenfalls auf Norwegen nicht zu. Es ist außerdem wegen der logistischen Probleme von JET, die nur im südöstlichen Teil des Landes abgemildert sind, nicht davon auszugehen, dass landesweit dieselbe wettbewerbliche Situation herrscht. Darüber hinaus ist es – wie schon im Rahmen der sachlichen Marktabgrenzung – als problematisch anzusehen, wenn die qualitative und die quantitative Analyse innerhalb einer Entscheidung von unterschiedlichen Ausgangspunkten ausgehen. Während die Europäische Kommission in der qualitativen Analyse für alle drei betroffenen Länder nationale Märkte definiert, basieren

³³⁹ Vgl. zur Marktabgrenzung durch das Bundeskartellamt Tz. 592 ff.

ihre ökonomischen Untersuchungen ausschließlich auf der Betrachtung von Clustern um die jeweiligen Statoil-Tankstellen. Diese Cluster beinhalten nach eigener Aussage der Wettbewerbsbehörde nur die jeweils nächstgelegenen Tankstellenbetriebe, deren Preispolitik täglich beobachtet wird. Die Europäische Kommission verzichtet zwar auf konkrete Aussagen über die Ausdehnung dieser Cluster, nach den von ihr beschriebenen Marktgegebenheiten dürfte es sich aber um Gebiete mit lokaler oder allenfalls geringer regionaler Ausdehnung handeln. Nach Ansicht der Monopolkommission können empirische Untersuchungen in Zusammenschlussverfahren durchaus sinnvoll sein. Die Wettbewerbsbehörden müssen jedoch darauf achten, Unstimmigkeiten zwischen qualitativer und quantitativer Analyse zu vermeiden.

690. Ein möglicher Grund für die weite – qualitative – Marktabgrenzung durch die Europäische Kommission könnte in der Regelung des Artikel 2 Absatz 2 und 3 FKVO liegen. Hiernach sind Zusammenschlüsse für vereinbar bzw. unvereinbar zu erklären, sofern durch sie wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben nicht behindert bzw. behindert würde. Eventuell befürchtete die Europäische Kommission, dass bei der Abgrenzung lokaler Märkte bezweifelt werden würde, ob ein wesentlicher Teil des Gemeinsamen Marktes durch den Zusammenschluss berührt ist. Gleichwohl hat die Marktabgrenzung nach Ansicht der Monopolkommission aufgrund der tatsächlichen ökonomischen Gegebenheiten zu erfolgen. Liegen aus ökonomischer Sicht lokale oder regionale Märkte vor, muss die Europäische Kommission dies feststellen und ausdrücklich begründen, warum die untersuchten Märkte einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes darstellen und ihre Zuständigkeit gegeben ist.

4.3.3 Marktabgrenzung im Energiesektor

691. In den Jahren 2008/2009 hat es eine Reihe von Fusionsvorhaben im Energiesektor mit gemeinschaftsweiter Bedeutung gegeben. Zu nennen sind insbesondere die Fälle Vattenfall/ Nuon, RWE/Essent und Electricité de France (EdF)/British Energy (BE).³⁴⁰ Festzustellen ist, dass die Europäische Kommission in Bezug auf die Marktabgrenzung im Wesentlichen ihrer bisherigen Praxis folgte. Allerdings hat sie im Einzelfall auch über Änderungen ihrer traditionellen Marktdefinition diskutiert.

692. Im Strombereich grenzt die Europäische Kommission üblicherweise einen einheitlichen Markt für die Erzeugung und den Großhandel sowie verschiedene Endkundenmärkte ab. Der Großhandelsmarkt erfasst neben den im Inland erzeugten Strommengen auch die Stromimporte. Im Großhandelsbereich werden Strombezugsverträge an der Börse, über Broker als OTC-Geschäfte oder direkt durch bilaterale Verträge gehandelt. Diese Abgrenzung entspricht der Marktdefinition des Bundeskartellam-

tes, das diesen Markt als den des erstmaligen Absatzes von Strom bezeichnet.³⁴¹

693. In Bezug auf den Großhandelsmarkt untersuchte die Europäische Kommission im Rahmen des Zusammenschlussverfahrens EdF/BE, ob eine weitere Differenzierung des Marktes in die einzelnen Segmente erforderlich ist und ob auch die einzelnen Börsenprodukte separate Märkte darstellen. Im Ergebnis hat sie im Rahmen ihrer Ermittlungen keine Indizien dafür gefunden. Im Fall RWE/Essent differenzierte die niederländische Wettbewerbsbehörde die gehandelten Stromprodukte, indem sie einen Markt für Peak- und einen Markt für Off-Peak-Stromlieferungen annahm. Diesbezüglich konnte die Europäische Kommission jedoch keine neuen Erkenntnisse im Rahmen ihrer Marktuntersuchung gewinnen und ließ im Ergebnis die Frage einer weiteren Segmentierung offen.

694. Räumlich definiert die Europäische Kommission den Großhandelsmarkt – z. B. in dem Fall Vattenfall/ Nuon – grundsätzlich national und geht insoweit konform mit dem Bundeskartellamt. Im Verfahren RWE/Essent diskutiert sie, ob eventuell von einem Markt auszugehen sei, der größer ist als der niederländische Markt, weil das niederländische Wirtschaftsministerium die Erwägung eines nordwesteuropäischen Marktes angeregt hatte. Die niederländische Wettbewerbsbehörde bewertet den Peak-Markt als nationalen Markt und den Off-Peak-Markt als einen Markt, der Deutschland und die Niederlande umfasst. Aus der Marktuntersuchung der Europäischen Kommission ergaben sich zwar Hinweise darauf, dass die Integration der nordwesteuropäischen Märkte fortschreitet, allerdings ist nach Ansicht der europäischen Wettbewerbsbehörde aktuell nach wie vor von nationalen Märkten auszugehen.

695. Auf der Letztverbraucherstufe grenzt die Europäische Kommission entsprechend ihrer bisherigen Praxis den Markt für die Versorgung von Endkunden mit Strom ab. Sie differenziert weiter zwischen großen Industriekunden, die an das Hochspannungsnetz angeschlossen sind und zu halbstündlichen Tarifen Strom beziehen, und Kleingewerbe und Haushaltskunden, die nicht zu halbstündlichen Tarifen beziehen und an das Niederspannungsnetz angebunden sind.³⁴² Auch wenn sich die Begrifflichkeiten unterscheiden, entspricht diese Abgrenzung des Endkundengeschäfts weitgehend der des Bundeskartellamtes, welches zwischen leistungsgemessenen Stromgroßkunden und nicht leistungsgemessenen Stromkleinkunden unterscheidet.

696. Im Fall EdF/BE ist die Europäische Kommission erstmalig von ihrer Differenzierung abgewichen und hat drei Segmente des Endkundenmarktes unterschieden. Sie sieht drei separate Märkte: den Markt für Haushaltskunden, den Markt für kleine Industrie- und Gewerbekunden (SME), die nicht zu halbstündlichen Tarifen Strom bezie-

³⁴⁰ Vgl. zu Vattenfall/Nuon auch Tz. 766, 791, zu RWE/Essent Tz. 769, 791 und zu EdF/BE Tz. 767, 792.

³⁴¹ BKartA, Beschluss vom 30. November 2009, B8-107/09 „Integra/Thüga“.

³⁴² EU-Kommission, Entscheidung vom 9. Dezember 2004, COMP/M.3440 „ENI/EDP/GDP“.

hen, und den Markt für große Industrie- und Gewerbetunden (I&C), die zu halbstündigen Tarifen Strom beziehen. Die Zusammenschlussparteien haben sich dafür ausgesprochen, eine weitere Marktabgrenzung vorzunehmen und SME und I&C einem einheitlichen Markt zuzuordnen. Die Marktuntersuchung der Kommission gab jedoch klare Hinweise für die vorgenommene Dreiteilung des Marktes,³⁴³ die später auch im Fall RWE/Essent angewendet wurde. Auch das Bundeskartellamt hat in seiner jüngsten Fallpraxis eine Modifikation der Marktabgrenzung auf der Endkundenebene vorgenommen. Bislang unterschied das Amt zwischen Stromkleinkunden und Stromgroßkunden. Inzwischen hat es eine weitere Differenzierung des Stromkleinkundensegments vorgenommen und dabei zunächst den Heizstrommarkt herausgelöst und beim Haushaltsstrom zwischen der Belieferung von Stromkleinkunden zu allgemeinen Preisen (Grundversorgungsmarkt) und der Belieferung von Stromkleinkunden außerhalb von allgemeinen Preisen mit Haushaltsstrom (Sondervertragsmarkt) unterschieden. Dies ist jedoch eine andere Unterteilung als die von der Europäischen Kommission vorgenommene. Die Monopolkommission nimmt im Rahmen der nationalen Fusionskontrolle eine skeptische Haltung gegenüber der neuen Marktabgrenzung des Bundeskartellamtes ein.³⁴⁴ Im Gegensatz zum Bundeskartellamt belegt die Europäische Kommission ihre Feststellung mit einer Marktuntersuchung und gewinnt damit nach Ansicht der Monopolkommission an Glaubwürdigkeit.

697. In Bezug auf die räumliche Marktabgrenzung der Stromversorgung von Kleinkunden geht die Europäische Kommission traditionell von regionalen Märkten aus. In der Entscheidung Vattenfall/Nuon diskutiert sie unter anderem anhand verschiedener empirischer Untersuchungen eine weitere Marktabgrenzung, die das gesamte Bundesgebiet abdecken würde. Letztlich bestätigt sie jedoch die regionale Reichweite der betroffenen Märkte. Für diese Feststellung sprach auch eine empirische Untersuchung, die auf den Daten des Monitoringberichts der Bundesnetzagentur basierte. Darüber hinaus stellte die Europäische Kommission einer von Vattenfall vorgelegten ökonomischen Studie auf der Basis von Verivox-Daten eine eigene Erhebung gegenüber, aus der deutliche Unterschiede der Wettbewerbsbedingungen in den Gebieten der verschiedenen Verteilnetzbetreiber hervorgingen. Für eine regionale Marktdefinition sprach daneben der Umstand, dass eine Vielzahl von Anbietern ihre Marketingstrategie regional ausrichtet. Gleichwohl stellte die Europäische Kommission fest, dass es auch deutschlandweite Angebote gibt und ein zunehmender Trend hin zu einem deutschlandweiten Markt für die Versorgung von Kleinkunden mit Strom besteht. Insgesamt überwiegen nach Ansicht der Europäischen Kommission – zum aktuellen Zeitpunkt – jedoch noch die Indizien für eine regionale Marktabgrenzung. In dieser Hinsicht stimmt die

Auffassung der Europäischen Kommission grundsätzlich mit der Überzeugung des Bundeskartellamtes überein. Allerdings nimmt das Bundeskartellamt neuerdings eine nationale Abgrenzung für die Kunden im Sondervertragssegment vor und schätzt lediglich den Grundversorgungsmarkt als regional ein.³⁴⁵

698. Die Monopolkommission begrüßt ausdrücklich die differenzierte Auseinandersetzung der Europäischen Kommission mit der Marktabgrenzung im Energiesektor. Sie unterstützt die vorsichtige Haltung der Europäischen Kommission in Bezug auf die behördliche Feststellung größerer als der traditionell abgegrenzten Märkte. Eine zu weite Marktabgrenzung birgt die Gefahr, dass die Marktmacht der Unternehmen auf ihren relevanten Märkten unterschätzt wird. Solange tragfähige Indizien auf eine regionale bzw. nationale Marktabgrenzung hindeuten, sollten daher die relevanten Märkte entsprechend eng definiert werden. Nach Auffassung der Monopolkommission bildet der potenzielle Wettbewerb, der disziplinierende Wirkungen auf das wettbewerbliche Verhalten der Marktakteure hat, eine der großen Chancen des europäischen Binnenmarktes. In diesem Zusammenhang ist auf die Entwicklung hinzuweisen, dass ehemalige nationale Monopolunternehmen verstärkt im Ausland investieren. Eine Ausweitung der Aktivitäten auf dem heimischen Markt ist für diese Unternehmen häufig nicht mehr möglich. So ist etwa in Deutschland die Konzentration sowohl auf der Erzeugungsebene im Elektrizitätsbereich als auch beim Angebot von Gas sehr hoch. Hinzu kommt die restriktive Fusionskontrollpraxis des Bundeskartellamtes, die Untersagungen bzw. strenge Abhilfemaßnahmen einschließt. Die Monopolkommission sieht die zunehmende Konzentration bei der Energieerzeugung auf europäischer Ebene mit Besorgnis. Eine zu großzügige Anwendung der fusionskontrollrechtlichen Vorschriften könnte zu einer Situation führen, die länderübergreifend der aktuellen Lage in Deutschland mit einer hohen Konzentration auf der Erzeugerebene bzw. einer Konzentration des Gasangebots auf wenige Unternehmen entspricht.

4.4 Wettbewerbliche Beurteilung

699. Während des Berichtszeitraums lag der Schwerpunkt der von der Europäischen Kommission vorgenommenen Untersuchungen nach wie vor auf den horizontalen Effekten. In dem Verfahren Friesland/Campina hat die Europäische Kommission erstmals auf der Grundlage des SIEC-Tests eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung ausgeschlossen, obwohl zuvor die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung angenommen worden war. In dem Fall Arjowiggins/M-Real Zanders Reflex berücksichtigte sie – jedenfalls inzident – eine Art Bagatellmarktschwelle bei der wettbewerblichen Analyse.

700. Die Europäische Kommission hat sich im Berichtszeitraum erkennbar häufiger und detaillierter mit den vertikalen Auswirkungen von Zusammenschlüssen befasst. Unter diesem Gesichtspunkt untersuchte sie z. B. die Vor-

³⁴³ Diese Erkenntnis wurde auch gestützt durch die Marktuntersuchung im Fall EdF/Seaboard; vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 25. Juli 2002, COMP/M.2890.

³⁴⁴ Vgl. dazu Tz. 584.

³⁴⁵ Vgl. zur Marktabgrenzung des Bundeskartellamtes Tz. 583.

haben Vivendi/Activision, Ingersoll Rand/Trane, Nokia/Trolltech sowie CVC/Schuitema, Eni/Distrigaz und CVC/RAG/Evonik in der ersten Verfahrensphase. Eine eingehendere Prüfung nahm sie in den Fällen TomTom/Teleatlas, Nokia/Navteq sowie Iteva/Barcovision und Google/DoubleClick vor. Die wettbewerbliche Beurteilung dieser Fälle fand auf der Grundlage der Leitlinien zu nicht horizontalen Zusammenschlüssen statt, welche die Europäische Kommission Ende 2007 verabschiedet hat.³⁴⁶

701. Die Europäische Kommission konzentrierte sich während des Berichtszeitraums – wie in den vergangenen Jahren – überwiegend auf die nicht koordinierten Effekte von Zusammenschlüssen. In einigen Fällen ging sie daneben möglichen koordinierten Auswirkungen nach, hielt ihre entsprechenden Ausführungen jedoch regelmäßig eher kurz. Nur vereinzelt äußerte sie Wettbewerbsbedenken aufgrund von koordinierten Wirkungen. Lediglich in einem Verfahren – ABF/GBI – hat die Europäische Kommission ausschließlich koordinierte Effekte zum Anlass genommen, um eine vertiefte Prüfung vorzunehmen. Das Vorhaben wurde unter Bedingungen und Auflagen freigegeben.

702. Bemerkenswert ist die Zunahme der Verfahren während des Berichtszeitraums, in denen die Zusammenschlussparteien Effizienzargumente vorgetragen haben. Die Europäische Kommission stellte häufig nach einer relativ knappen Prüfung fest, dass einzelne oder sämtliche Voraussetzungen für eine Berücksichtigung des Effizienz Einwands fehlen. Im Berichtszeitraum hat sie allerdings zwei Mal – in den vertikalen Zusammenschlüssen TomTom/Tele Atlas und Nokia/Navteq – das Vorliegen aller Voraussetzungen bestätigt. In dem Verfahren Lufthansa/SN Airholding nahm sie erstmals eine Abwägung zwischen der Wettbewerbsbeeinträchtigung einerseits und den Effizienzen andererseits vor.

703. Die Europäische Kommission hat sich im Berichtszeitraum – vor allem in Zweite-Phase-Verfahren – vermehrt mit ökonomischen Studien und quantitativen Analysen auseinandergesetzt. Wie bislang werden solche Studien und Analysen überwiegend von den Zusammenschlussparteien oder der Europäischen Kommission in das fusionskontrollrechtliche Verfahren eingeführt. Dies erfolgte z. B. in den Fällen Arjowiggins/M-Real Zanders Reflex, Arsenal/DSP, TomTom/Tele Atlas, Nokia/Navteq und Friesland/Campina. Vereinzelt legen aber auch Dritte, wie im Verfahren Rewe/Adeg, entsprechende Dokumente vor, um ihren Standpunkt zu untermauern. Die Europäische Kommission hat im Berichtszeitraum verstärkt Verbraucherbefragungen durchgeführt und wertete zunehmend auch interne Unterlagen der Zusammenschlussbeteiligten aus.

4.4.1 Keine Wettbewerbsbeeinträchtigung trotz marktbeherrschender Stellung

704. In der Entscheidung Friesland/Campina hat die Europäische Kommission – soweit ersichtlich – erstmals seit Inkrafttreten der VO 139/2004 eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung verneint, obwohl sie zuvor die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung festgestellt hatte. Das angemeldete Vorhaben würde die beiden größten Abnehmer von konventioneller Rohmilch in den Niederlanden vereinen, die gemeinsam zwischen 70 und 80 Prozent des Marktes kontrollieren. Die Marktanteile der Zusammenschlussparteien haben sich nach den Erkenntnissen der Europäischen Kommission in der Vergangenheit als sehr stabil erwiesen. Die beiden nächsten Wettbewerber halten jeweils 5 bis 10 Prozent der Marktanteile, zwei weitere Konkurrenten kommen auf Marktanteile von je 0 bis 5 Prozent. Überdies ist die Lieferantenseite stark fragmentiert. Die Marktuntersuchung hat ferner nicht bestätigt, dass die Wettbewerber in jüngerer Vergangenheit imstande waren, eine bedeutende Anzahl Mitglieder von den Anmeldern abzuwerben. Diese Faktoren lassen nach Überzeugung der Europäischen Kommission mit hoher Wahrscheinlichkeit auf eine beherrschende Stellung der Zusammenschlussbeteiligten auf dem Beschaffungsmarkt für Rohmilch schließen. Darüber hinaus geht die Europäische Kommission davon aus, dass der Zusammenschluss den Zugang zu Rohmilch insbesondere für kleinere Wettbewerber erschweren wird, da deren Lieferanten von den günstigeren Bedingungen der Anmelder angezogen werden würden. Dies wiederum würde die Stellung der Anmelder auf den vorgelagerten Märkten weiter stärken.

705. Im Ergebnis hält die Europäische Kommission das Vorliegen einer erheblichen Wettbewerbsbehinderung gleichwohl für unwahrscheinlich. Ihrer Auffassung nach steht der Möglichkeit der neuen Unternehmenseinheit, den Milchviehhaltern durch eine Drosselung der Abnahme niedrigere Preise aufzuzwingen – was geringere Produktionsmengen für die nachgelagerten Märkte zur Folge hätte und somit dem Wohl der Verbraucher schaden würde –, die Unternehmensstruktur der beiden Fusionsbeteiligten als Genossenschaften entgegen. Hauptziel der Genossenschaften sei es, langfristig die bestmöglichen Auszahlungspreise für ihre Mitglieder zu erzielen. Eine Senkung des Auszahlungspreises ist nach Ansicht der Europäischen Kommission nicht durchsetzbar, da die Milchviehhalter als Genossenschaftsmitglieder in einem solchen Fall die Geschäftsführung absetzen würden. Die neue Unternehmenseinheit könne daher, sofern sie ihre genossenschaftliche Struktur beibehalte, langfristig keine Politik betreiben, die das Einkommen der Mitglieder senke. Es bestehe auch kein Grund anzunehmen, dass das fusionierte Unternehmen in absehbarer Zukunft keine Genossenschaft mehr sein werde. Deshalb wird es nach Ansicht der Europäischen Kommission weder fähig sein noch Anreize haben, den Rohmilchpreis derart zu senken, dass reduzierte Produktionsmengen und Preiserhöhungen auf nachgelagerten Märkten die Folge wären.

³⁴⁶ Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EU Nr. C 265 vom 18. Oktober 2008, S. 6.

706. Die Europäische Kommission hat in diesem Zusammenhang außerdem untersucht, inwiefern der Zusammenschluss den Wettbewerb auf den nachgelagerten Märkten beeinträchtigen würde. Sie kommt zu dem Schluss, dass die neue Unternehmenseinheit die Möglichkeit und den Anreiz hätte, ihre starke Stellung auf dem Beschaffungsmarkt zu nutzen, um gegenüber bestehenden oder potenziellen Wettbewerbern auf nachgelagerten Märkten den Zugang zu Rohmilch zu beschränken oder zu erschweren. Dafür spreche, dass Friesland/Campina nach dem Zusammenschluss auf einigen nachgelagerten Märkten über Marktmacht bzw. beherrschende Stellungen verfügen und dadurch zu einem unumgänglichen Handelspartner werde. Dies werde es ihr erleichtern, auf den betroffenen nachgelagerten Märkten höhere Preise und Gewinnspannen zu erzielen. Die Europäische Kommission geht weiter davon aus, dass die zusätzlichen Gewinne in Form von höheren Auszahlungspreisen an die Genossenschaftsmitglieder ausgezahlt werden. Aufgrund der höheren Auszahlungspreise für Rohmilch könnten die Zusammenschlussparteien wiederum neue Mitglieder gewinnen bzw. verhindern, dass ihre Mitglieder zu Wettbewerbern wechseln.

707. Bemerkenswert sind die dargestellten Ausführungen zum vorgelagerten Markt für die Beschaffung von Rohmilch, weil die Europäische Kommission zwar eine marktbeherrschende Stellung der Fusionsbeteiligten gegenüber den Milchlieferanten bejaht, ausnahmsweise aber eine erhebliche Wettbewerbsbehinderung im Ergebnis verneint. Der Europäischen Kommission ist insofern zuzustimmen, als die Zusammenschlussparteien ihren Milchviehhaltern gegenüber keine Nachfragemacht ausüben können. Dieses Ergebnis ist der besonderen Struktur der Zusammenschlussparteien als Genossenschaften geschuldet. Deren Lieferanten haben als Genossenschaftsmitglieder entscheidenden Einfluss auf die Geschäftsführung der beteiligten Genossenschaften und werden auch nach vollzogenem Zusammenschluss an dem Ziel festhalten, möglichst hohe Auszahlungspreise sicherzustellen. Eine Aufgabe der genossenschaftlichen Struktur ist nicht geplant. Zweifel bestehen indes an der Feststellung der Europäischen Kommission, die Genossenschaften nähmen eine marktbeherrschende Stellung gegenüber ihren Lieferanten ein. Die dargestellten Besonderheiten des Falles – personelle Identität von Lieferanten und Genossen, maßgebliche Einflussmöglichkeiten der Lieferanten auf die Geschäftsführung der Genossenschaft, genossenschaftliche Zielsetzung – sprechen dafür, bereits die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung gegenüber den Genossenschaftsmitgliedern zu verneinen. In diesem Sinn hat auch das Bundeskartellamt in dem Fall Humana/Nordmilch entschieden, in dem es um den Zusammenschluss von zwei deutschen Milchgenossenschaften ging.³⁴⁷ Das Bundeskartellamt verneinte die Entstehung von Nachfragemacht unter anderem mit der Begründung, dass die Erlöse der Genossenschaften vollständig an die Genossen ausgezahlt werden und auch nach dem Zusam-

menschluss kein Gewinn bei der Genossenschaft verbleibt. Die Genossenschaften seien ferner nicht imstande, einzelne Genossenschaftsmitglieder auszuschließen. Eine Änderung der gesellschaftsrechtlichen Rahmenbedingungen sei wiederum nur mit der (indirekten) Zustimmung der Genossen möglich. Sämtliche dieser Faktoren treffen auch auf den von der Europäischen Kommission entschiedenen Fall zu. Der Vergleich der beiden Entscheidungen verdeutlicht, dass auf der Grundlage des Marktbeherrschungstests kein anderes Ergebnis erzielt worden wäre.

4.4.2 Wettbewerbswirkungen der Fusion trotz bereits bestehender Beteiligung

708. Im Dezember 2008 hat die Europäische Kommission das Zusammenschlussvorhaben KLM/Martinair in der zweiten Verfahrensphase ohne Bedingungen und Auflagen freigegeben.³⁴⁸ Beide Unternehmen sind im weltweiten Luftfracht- und Passagierluftverkehr tätig. Von dem Zusammenschlussvorhaben betroffen sind die Bereiche Luftfracht und Passagiertransport. Die Europäische Kommission äußerte insbesondere beim Passagiertransport auf den Strecken Amsterdam–Curaçao und Amsterdam–Aruba ernsthafte Wettbewerbsbedenken, unter anderem wegen der hohen gemeinsamen Marktanteile der Parteien von jeweils mehr als 80 Prozent. KLM war bereits vor dem Zusammenschluss mit 50 Prozent an Martinair beteiligt und beabsichtigte nun, die übrigen Anteile von der dänischen Maersk-Gruppe zu erwerben. In diesem Zusammenhang prüfte die Europäische Kommission zunächst, ob aufgrund der bisherigen Beteiligung von KLM an Martinair überhaupt von Wettbewerb zwischen den beiden Beteiligten auszugehen ist, der durch den Zusammenschluss behindert werden könnte. Im Ergebnis bejahte sie das Vorliegen von Wettbewerb, wenn auch in begrenztem Umfang. Nach Ansicht der Europäischen Kommission können beide Fluggesellschaften grundsätzlich als Wettbewerber angesehen werden. Durch den Übergang von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle würde die derzeitige operative Unabhängigkeit von Martinair gegenüber KLM und der bestehende Wettbewerbsdruck zwischen den beiden Fluggesellschaften entfallen. Wegen des Umstands, dass KLM bereits vor dem Zusammenschluss Kontrolle über Martinair ausgeübt habe, würden die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb jedoch geringer ausfallen. Letztlich verneinte die Europäische Kommission das Auftreten erheblicher Wettbewerbsbehinderungen mit Hinweis auf den Wettbewerber Arkefly, der auf beiden Strecken Linienflüge anbietet und Aruba mit drei Direktflügen pro Woche sowie Curaçao mit täglichen Direktflügen bedient.

709. Die Europäische Kommission hat bereits früher über Konstellationen entschieden, in denen die Zusammenschlussparteien schon im Vorfeld der angemeldeten Transaktion gesellschaftsrechtlich verbunden waren. In mehreren dieser Verfahren wertete die Europäische Kommission den Umstand, dass das erwerbende Unternehmen

³⁴⁷ BKartA, Entscheidung vom 9. Juni 2009, B2-29/09; vgl. Tz. 514 ff.

³⁴⁸ Vgl. zu KLM/Martinair auch Tz. 806.

bereits vor dem Zusammenschluss einen Teil der Kontrolle an dem Erwerbobjekt hielt, als ein wesentliches Argument für das Fehlen von Wettbewerbsproblemen. In komplexeren Fällen, z. B. Coca-Cola/Amalgamated Beverages GB, hat die Europäische Kommission die Auswirkungen des Zusammenschlusses allerdings eingehend untersucht, wobei auch hier das Ausmaß des Wettbewerbsdrucks zwischen den beteiligten Unternehmen vor dem Zusammenschluss von maßgeblicher Bedeutung war. Die Monopolkommission beurteilt diese differenzierte Vorgehensweise positiv. Die Auswirkungen einer im Vorfeld bestehenden Beteiligung werden von Fall zu Fall unterschiedlich ausfallen und müssen jeweils anhand der konkreten Vertrags- und Marktverhältnisse eingeschätzt werden. Es ist daher zu begrüßen, dass die Europäische Kommission im vorliegenden Fall eine fundierte Prüfung vornahm und negative Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens nicht pauschal ablehnte.

710. Nach Auffassung der Monopolkommission ist im vorliegenden Fall der Umstand entscheidend, dass der wettbewerbliche Druck, den Martinair auf KLM ausübt, in Zukunft auch ohne den Zusammenschluss geringer ausfallen wird. Nach den Ermittlungen der Europäischen Kommission wird Martinair nur wettbewerbsfähig bleiben, falls erhebliche Investitionen in ihre Passagierflugzeugflotte fließen. Solche Investitionen können jedoch nur mit Zustimmung von KLM und Maersk erfolgen. Selbst wenn Maersk Investitionen befürworten sollte – was unwahrscheinlich erscheint, weil das Unternehmen bereits seinen Rückzug aus dem Luftfracht- und -passagiergeschäft angekündigt hat –, bedarf es zusätzlich der Zustimmung von KLM. Es erscheint zumindest fraglich, ob KLM ausreichende Anreize für eine Erneuerung von Martinairs Passagierflugzeugflotte hat, zumal das Unternehmen nach Erkenntnissen der Europäischen Kommission vor allem am Luftfrachtgeschäft von Martinair interessiert ist. Mithin ist die Annahme vertretbar, dass KLM und Martinair zwar vor dem Zusammenschluss auf gewissen Routen als Konkurrenten auftreten, der wettbewerbliche Druck seitens Martinair aber sukzessive abnehmen wird. Die Europäische Kommission hat daher die Auswirkungen des Zusammenschlusses in zutreffender Weise als gering angesehen.

4.4.3 Bagatellmarktschwelle in der europäischen Fusionskontrolle?

711. Das Zusammenschlussvorhaben Arjowiggins/M-Real Zanders Reflex, das die Europäische Kommission im Juni 2008 in Verbindung mit Abhilfemaßnahmen freigab, wirkte sich unter anderem auf den Markt für Selbstdurchschreibpapier sowie auf die Märkte für industrielles und grafisches Transparent-Zeichenpapier aus.³⁴⁹ Die genaue räumliche Marktabgrenzung ließ die Europäische Kommission offen und prüfte das Vorhaben parallel auf der Grundlage EWR-weiter und globaler Märkte. Sie erhob Wettbewerbsbedenken lediglich auf dem Markt für Selbstdurchschreibpapier, wo die neue Unternehmensein-

heit gemeinsame Marktanteile in Höhe von 40 bis 50 Prozent bei einem Marktanteilszuwachs von 15 bis 20 Prozent erreichen würde. Daneben verwies die Europäische Kommission vor allem auf die stabilen Kundenbeziehungen auf dem relevanten Markt. Sie gab den Zusammenschluss erst frei, nachdem die Fusionsparteien Veräußerungsverpflichtungen eingegangen waren.

712. Auf den Märkten für industrielles und grafisches Transparent-Zeichenpapier erkannte die Europäische Kommission hingegen keine Wettbewerbsprobleme, obwohl die Parteien auf dem erstgenannten Markt gemeinsame EWR-weite Marktanteile von 50 bis 60 Prozent hatten. Bei grafischem Transparent-Zeichenpapier lagen die jeweiligen Marktanteile sogar noch höher – für Arjowiggins bei 60 bis 70 Prozent und für Reflex bei 10 bis 20 Prozent. Zur Begründung ihrer Auffassung verwies die Europäische Kommission in erster Linie auf das geringe Volumen der betroffenen Märkte. Tatsächlich betragen die Marktvolumina auf dem europäischen Markt für industrielles Transparent-Zeichenpapier lediglich knapp 10 Mio. Euro und auf dem europäischen Markt für grafisches Transparent-Zeichenpapier etwa 40 Mio. Euro. Darüber hinaus argumentierte die Europäische Kommission mit einem gewissen Wettbewerbsdruck durch andere Papiersorten, die sie jedoch zuvor aus dem relevanten sachlichen Markt ausgeschlossen hatte.

713. Die Monopolkommission verkennt nicht, dass der wirtschaftliche Schwerpunkt des Zusammenschlusses auf dem Markt für Selbstdurchschreibpapier liegt und die Märkte für Transparent-Zeichenpapier von geringer wirtschaftlicher Bedeutung sind. Dennoch erinnert sie daran, dass die Fusionskontrollverordnung keine Bagatellmarktschwelle enthält, auf deren Grundlage von einer Prüfung kleiner Märkte abgesehen werden kann. Gemeinsame Marktanteile in Höhe von 70 bis 80 Prozent, wie auf dem Markt für grafisches Transparent-Zeichenpapier festgestellt, bedürfen daher einer eingehenden Untersuchung seitens der Europäischen Kommission. Dies gilt um so mehr, als sich während des Verfahrens verschiedene Marktteilnehmer kritisch zu dem Zusammenschluss geäußert und auf den erheblichen Preissetzungsspielraum der neuen Unternehmenseinheit hingewiesen haben.

4.4.4 Nicht horizontale Zusammenschlüsse

714. Im November 2007 hat die Europäische Kommission Leitlinien zu nicht horizontalen Zusammenschlüssen veröffentlicht.³⁵⁰ Nicht horizontale Zusammenschlüsse können vertikaler und konglomerater Natur sein. Die Europäische Kommission geht einerseits davon aus, dass nicht horizontale Zusammenschlüsse üblicherweise weniger Anlass zu Wettbewerbsbedenken geben als horizontale Fusionen, da sie nicht mit einem Verlust an direktem Wettbewerb einhergehen und häufig mit erheblichen Effi-

³⁴⁹ Vgl. zu Arjowiggins/M-Real Zanders Reflex auch Tz. 750, 815.

³⁵⁰ Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EU Nr. C 265 vom 18. Oktober 2008, S. 6. Auf der Website der Europäischen Kommission konnten die Leitlinien bereits im November 2007 eingesehen werden.

zierungsgewinnen verbunden sind. Andererseits räumt sie ein, dass nicht horizontale Zusammenschlüsse den Wettbewerb im Einzelfall auch erheblich behindern können. Diese Gefahr besteht insbesondere dann, wenn die fusionierenden Unternehmen über ein deutliches Maß an Marktmacht verfügen. Dieses fehlt nach Ansicht der Europäischen Kommission, wenn der Marktanteil der neuen Unternehmenseinheit auf jedem der betroffenen Märkte unterhalb von 30 Prozent und der Herfindahl-Hirshman-Index (HHI) unterhalb von 2 000 liegt.

715. Bei ihrer Prüfung berücksichtigt die Europäische Kommission nicht koordinierte und koordinierte Auswirkungen von nicht horizontalen Zusammenschlüssen. Im Zusammenhang mit nicht koordinierten Auswirkungen stellt die Europäische Kommission in erster Linie auf mögliche Abschottungseffekte ab und unterscheidet hierbei zwischen zwei Arten des Marktverschlusses – der Abschottung von Einsatzmitteln („input foreclosure“) und der Abschottung des Zugangs von Kunden („customer foreclosure“). Eine Abschottung von Einsatzmitteln wird dann angenommen, wenn das neue Unternehmen nach der Fusion imstande ist, den Zugang zu wichtigen Vorprodukten für seine Wettbewerber auf dem nachgelagerten Markt zu erschweren oder zu verhindern. Eine Abschottung des Zugangs von Kunden liegt dann vor, wenn ein Lieferant und ein für die Branche wichtiger Abnehmer fusionieren und infolgedessen die Möglichkeiten für die Wettbewerber des Lieferanten, ihre (Vor-)Produkte an Kunden zu veräußern, erschwert wird. Eine Abschottung in diesem Sinn kann z. B. durch einen vollständigen oder teilweisen Liefer- oder Abnahmestopp, aber auch mittels Preiserhöhungen oder Qualitätsminderungen stattfinden. Gemäß den Leitlinien soll sich die fusionskontrollrechtliche Prüfung auf drei Fragen konzentrieren: Hat die neue Unternehmenseinheit die Möglichkeit zur Abschottung? Existieren ausreichende Anreize für eine solche Unternehmensstrategie? Welche Auswirkungen hätte eine solche Abschottungspolitik auf den Wettbewerb?

716. Bei der Möglichkeit zur Abschottung ist insbesondere der Frage nachzugehen, ob die fusionierte Unternehmenseinheit über Marktmacht verfügt und das betroffene Einsatzmittel für die Herstellung des nachgelagerten Produkts von besonderer Bedeutung ist. Der Abschottungsanreiz hängt davon ab, in welchem Maß eine Abschottung profitabel wäre. Im Wesentlichen wird das neue Unternehmen zwischen dem Gewinnrückgang im vorgelagerten Markt, der auf den geringeren Einsatzmittelabsatz zurückzuführen ist, und dem kurz- oder längerfristigen Gewinnzuwachs aufgrund des Absatzwachstums bzw. der Preiserhöhung im nachgeordneten Bereich abwägen.

717. Neben der Gefahr der Marktabschottung kann ein nicht horizontaler Zusammenschluss durch den Zugang zu Informationen der Wettbewerber negative Wettbewerbswirkungen entfalten. So besteht die Möglichkeit, dass das neue Unternehmen durch seine Tätigkeit auf der vorgelagerten Marktstufe Informationen über Wettbewerbsparameter seiner Konkurrenten auf dem nachgelagerten Markt erlangt. Bei ihrer Beurteilung nicht horizon-

taler Auswirkungen beachtet die Europäische Kommission sowohl mögliche wettbewerbswidrige Wirkungen des Zusammenschlusses als auch potenzielle Effizienzgewinne. Für die Beurteilung der Effizienzgewinne gelten die Ausführungen in den Horizontal-Leitlinien.³⁵¹ Hier ist festgelegt, dass Effizienzvorteile bei der Analyse einer Fusion nur dann berücksichtigt werden können, wenn sie quantifiziert werden, den Verbrauchern zugutekommen, fusionspezifisch und nachprüfbar sind.

718. Die Monopolkommission hat in ihrem letzten Hauptgutachten die Veröffentlichung der nicht horizontalen Leitlinien grundsätzlich begrüßt und den Ausführungen der Europäischen Kommission zum großen Teil zugestimmt.³⁵² Sie bekräftigt indes ihre Überzeugung, dass in der Praxis vor allem auf Märkten mit heterogenen Gütern Schwierigkeiten bestehen können, zwischen horizontalen und nicht horizontalen Fusionen zu unterscheiden. Deshalb tritt sie nach wie vor dafür ein, auch bei der Untersuchung nicht horizontaler Zusammenschlüsse Marktstrukturkriterien zu berücksichtigen. Die Monopolkommission unterstützt den Ansatz der Europäischen Kommission, positive und negative Anreize zur Marktabschottung zu untersuchen. Sie lehnt es jedoch ab, bereits zum Zeitpunkt des Fusionskontrollverfahrens zu berücksichtigen, inwieweit die Anreize zu Missbrauchspraktiken durch drohende Sanktionen effektiv beeinflusst bzw. vermindert werden. Eine fundierte Prüfung solcher Verhaltensweisen im Rahmen des Fusionskontrollverfahrens scheitert schon an den engen gesetzlichen Fristen. Eine „erste Analyse“ nach Artikel 102 AEUV oder nationalen Missbrauchsvorschriften, wie sie die Leitlinien vorsehen, gesteht der Wettbewerbsbehörde einen fast unbegrenzten Beurteilungsspielraum zu. Auch der EuGH hat die Simulation eines Missbrauchsverfahrens in der Folge eines Zusammenschlusses im Zeitpunkt der präventiven Fusionskontrolle als zu spekulativ abgelehnt.³⁵³

719. Im Berichtszeitraum hatte die Europäische Kommission eine ganze Reihe von Zusammenschlussvorhaben zu entscheiden, in denen nicht horizontale Aspekte eine Rolle spielten. Im Vordergrund standen hierbei vertikale Auswirkungen, nur sehr selten traten – wie im Fall Vivendi/Activision – daneben konglomerate Effekte auf. Teilweise beinhalteten die untersuchten Vorhaben neben nicht horizontalen auch horizontale Aspekte, z. B. in den Verfahren Ricoh/Ikon und ENI/Distrigaz. Der Großteil der Fälle mit nicht horizontalen Auswirkungen wurde nach kurzer Prüfung in der ersten Verfahrensphase ohne Bedingungen und Auflagen freigegeben. Hier sind unter anderem die Verfahren Vivendi/Activision, Ingersoll Rand/Trane, Nokia/Trolltech, CVC/Schuitema, ENI/Distrigaz, CVC/RAG/Evonik sowie Ricoh/Ikon und Barclays/Investcorp/N&V Global Vending zu nennen, in

³⁵¹ Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EU Nr. C 31 vom 5. Februar 2004, S. 5.

³⁵² Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O., Tz. 789 ff.

³⁵³ EuGH, Urteil vom 15. Februar 2005, Rs. C-12/03 P „Kommission/Tetra Laval“, Slg. 2005, I-987, Rn. 71 ff.

denen eine Freigabe gemäß Artikel 6 Absatz 1 lit. b FKVO erteilt wurde. In den Verfahren TomTom/Tele Atlas, Nokia/Navteq sowie Iteama/Barcovision und Google/DoubleClick eröffnete die Europäische Kommission hingegen die zweite Prüfungsphase und führte eingehende Untersuchungen durch. In allen vier Fällen kam sie zu dem Ergebnis, dass keine Wettbewerbsbeeinträchtigungen zu befürchten seien. Sie gab daher auch diese Vorhaben ohne Bedingungen und Auflagen nach Artikel 8 Absatz 1 FKVO frei.

720. Aus den genannten Erste-Phase-Entscheidungen wird deutlich, wie die Europäische Kommission mit nicht horizontalen, insbesondere vertikalen Zusammenschlüssen, umgeht. Ausgangspunkt ist die in den Leitlinien genannte 30-Prozent-Marktanteilsgrenze. Wird diese Grenze verfehlt, verneint die Kommission das Vorliegen vertikaler Auswirkungen. Wird die Grenze erreicht, findet eine Prüfung der Fähigkeit und der Anreize zur Marktabschottung statt. Bei der Frage, ob die Fähigkeit zum Marktverschluss existiert, geht die Europäische Kommission – wenn auch kurz – auf die Aspekte Marktmacht, Existenz von Wettbewerbern sowie Bedeutung des Einsatzmittels ein. Für die Feststellung von Marktmacht sind in erster Linie die Marktanteile der beteiligten Unternehmen und ihrer Wettbewerber relevant. Existiert eine Reihe von Wettbewerbern mit entsprechend hohen Marktanteilen, wird die Fähigkeit zur Marktabschottungsstrategie regelmäßig verneint. Daneben erwähnt die Europäische Kommission in den dargestellten Fällen Argumente, die für oder gegen das Bestehen von Anreizen zur Abschottung sprechen. Dazu gehören Faktoren wie der Anteil der Input- an den Gesamtkosten der Produktion, die jeweiligen Gewinnmargen beim Vor- und Endprodukt sowie die Kosten eines Wechsels von einem Anbieter zum anderen. Zum Teil geht die Europäische Kommission auch auf Fragen der Vertragsgestaltung mit bestehenden Kunden ein. Das Vorliegen langfristiger Verträge oder Vertragsklauseln, die den existierenden Kundenstamm vor Preiserhöhungen oder Qualitätsverlusten schützen, sprechen ihrer Ansicht nach gegen die Gefahr einer Marktabschottung.

721. Ferner ist festzustellen, dass jedenfalls bislang die Gefahr eines Marktverschlusses hinsichtlich der Einsatzmittel („input foreclosure“) im Mittelpunkt der Erste-Phase-Fälle stand, das Problem einer Kundenabschottung („customer foreclosure“) wurde eher selten thematisiert. Zum Teil hat die Europäische Kommission die Anreize zur Marktabschottung untersucht, obwohl sie die entsprechende Fähigkeit vorher bereits verneint hatte. In keinem der genannten Fälle wurden Effizienzgesichtspunkte geprüft. Außerdem wurden lediglich die nicht koordinierten Effekte der Zusammenschlussvorhaben angesprochen, koordinierte Auswirkungen bildeten hingegen keinen Untersuchungsgegenstand. Insgesamt lässt sich ein pragmatisches Vorgehen der Europäischen Kommission feststellen, das sich in einer relativ kurzen Prüfung der wesentlichen Aspekte niederschlägt.

722. Die zweite Verfahrensphase leitete die Europäische Kommission unter anderem in den Fällen TomTom/Tele

Atlas und Nokia/Navteq ein.³⁵⁴ Die beiden Zusammenschlüsse wurden kurz nacheinander in Brüssel angemeldet und zeichnen sich dadurch aus, dass sie beide – auch – den Markt für digitale Kartendatenbanken für die Navigation betreffen, auf dem Tele Atlas und Navteq tätig sind. TomTom produziert auf den nachgelagerten Märkten sowohl Navigationssoftware als auch Navigationsgeräte, sog. PNDs (Personal Navigation Devices). Nokia ist der größte Produzent von Mobiltelefonen, die zunehmend mit Navigationsanwendungen ausgestattet werden.

723. Der vorgelagerte Markt für digitale Kartendatenbanken zu Navigationszwecken ist durch ein Duopol charakterisiert – Tele Atlas und sein Wettbewerber Navteq sind die einzigen Anbieter von digitalen Navigationsdatenbanken, die die Staaten des EWR abdecken. Tele Atlas hält Marktanteile in Höhe von 50 bis 70 Prozent, Navteq erreicht Anteile von 30 bis 50 Prozent.³⁵⁵ Während TomTom im Jahr 2006 70 bis 90 Prozent seiner navigationsfähigen digitalen Kartendatenbanken von Tele Atlas erworben hatte, nutzt der Wettbewerber Garmin nahezu ausschließlich die navigationsfähigen digitalen Kartendatenbanken von Navteq. Die Verträge zwischen Garmin und Navteq laufen bis 2015 und enthalten eine Verlängerungsmöglichkeit bis 2019. Hindernisse für einen Wechsel des Anbieters sieht die Europäische Kommission als niedrig an. Die Möglichkeit von Markteintritten lehnt die Kommission als unwahrscheinlich ab. Den nachgelagerten Markt für Navigationsgeräte unterteilt sie je nach Art der Navigationsgeräte (PNDs, PDAs (Personal Digital Assistants)), Mobiltelefone mit Navigationsfunktion und Geräte, die in Armaturenbretter eingebaut werden). Größter Anbieter auf dem Markt für PNDs ist TomTom mit Marktanteilen von 30 bis 50 Prozent, es folgen MiTac und Garmin mit jeweils 10 bis 20 Prozent sowie einige kleinere Konkurrenten.

724. Im Ergebnis bejaht die Europäische Kommission zwar die Fähigkeit von TomTom/Tele Atlas zur Marktabschottung in Form von Preiserhöhungen und Qualitätsminderungen, lehnt aber entsprechende Anreize ab. Zum einen verfüge Tele Atlas mit ca. 50 Prozent der Marktanteile über die erforderliche Marktmacht. Zum Zweiten handle es sich bei den Kartendatenbanken trotz des geringen auf sie entfallenden Kostenanteils von 10 Prozent um eine wichtige Komponente für die Herstellung von PNDs. Drittens fehle es an zeitnahen und wirksamen Gegenstrategien seitens der Wettbewerber. Mangels ausreichender Anreize für eine solche Unternehmensstrategie hält es die Europäische Kommission allerdings für unwahrscheinlich, dass das geplante Vorhaben zu einer Wettbewerbsbeeinträchtigung führen würde. Nach Ansicht der Europäischen Kommission wäre der Nutzen, den eine Erhöhung der Preise für Kartendatenbanken gegenüber den Mitbewerbern von TomTom bringen würde, angesichts des kleinen Anteils der Kartendatenbanken an den Gesamtkosten relativ gering. Aus diesem Grund

³⁵⁴ Vgl. zu TomTom/Tele Atlas und Nokia/Navteq auch Tz. 755.

³⁵⁵ Im zeitlich nachfolgenden Verfahren Nokia/Navteq ermittelte die Europäische Kommission Marktanteile von Navteq in Höhe von 40 bis 45 Prozent und von Tele Atlas in Höhe von 55 bis 60 Prozent.

müssten die Preise für Kartendatenbanken erheblich steigen, damit sie sich auf die Preise auf dem nachgelagerten PND-Markt auswirken und es dem fusionierten Unternehmen erlauben, dort erhebliche Verkaufszuwächse zu erzielen. Außerdem geht die Europäische Kommission davon aus, dass zumindest ein Teil der Wettbewerber die Preiserhöhung nicht an die Endverbraucher weitergeben würde. Zudem wäre der Wettbewerber Garmin jedenfalls mittelfristig nicht von einer Preiserhöhung betroffen.

725. Im Fall Nokia/Navteq war mit Navteq der zweite Anbieter von navigationsfähigen Kartendatenbanken mit EWR-Abdeckung involviert. Auf dem nachgelagerten Markt für Mobiltelefone mit Navigationsfunktionen erreicht Nokia einen Anteil von 35 bis 45 Prozent. Nach den Ermittlungen der Europäischen Kommission herrscht auf dem Markt starker Wettbewerb unter Einschluss häufiger Marktzutritte, dennoch werde kurzfristig niemand Nokia seine starke Position streitig machen können. Bei ihrer wettbewerblichen Analyse lässt die Europäische Kommission letztlich offen, ob das neue Unternehmen die Fähigkeit zur Marktabstottung besitzen würde. Sie bejaht zwar das Vorliegen von Marktmacht bei Navteq, weil ca. 50 Prozent der Marktanteile auf das Unternehmen entfallen und nicht mit Marktzutritten zu rechnen sei. Unklar ist ihrer Ansicht nach jedoch schon, ob Kartendatenbanken einen unentbehrlichen Bestandteil von Mobiltelefonen darstellen. Die Navigationsfähigkeit von Mobiltelefonen sei nur eine von mehreren Zusatzfunktionen, zwischen denen Mobiltelefonhersteller wählen könnten. Nicht auszuschließen sei darüber hinaus, dass rechtzeitige und ausreichende Gegenstrategien zur Verfügung stünden. Hier nennt die Europäische Kommission in erster Linie den Wettbewerber Tele Atlas – aber auch Garmin –, der aufgrund seiner langfristigen Vertragsbeziehungen für eine Reihe von Jahren vor Preiserhöhungen geschützt sei und quasi als dritter Wettbewerber auftrete. Schließlich gehe von den Mobilfunknetzbetreibern eine gewisse Gegenmacht aus. Nach Auffassung der Europäischen Kommission fehlt jedenfalls der Anreiz für das neue Unternehmen, eine Verdrängungsstrategie zu verfolgen. Sie begründet diese Einschätzung ähnlich wie im Fall TomTom/Tele Atlas.

726. Neben dem Aspekt der Marktabstottung prüft die Europäische Kommission in beiden Fällen die Auswirkungen des Zusammenschlusses im Hinblick auf den Zugang des fusionierten Unternehmens zu vertraulichen Informationen von Wettbewerbern auf den nachgelagerten Märkten. Die Europäische Kommission stellt zum einen fest, dass keine Pflicht zur Informationsweitergabe existiert. Zum Zweiten sei der tatsächlich stattfindende Informationsaustausch eher begrenzt und könne ohne nachteilige Folgen weiter reduziert werden. Drittens bestünden auch nach der Fusion Anreize für die neuen Unternehmenseinheiten, die vertraulichen Informationen ihrer Kunden zu schützen, weil der Ruf als neutraler Anbieter für die Erweiterung des Kundenstamms und die Steigerung des Verkaufserlöses von wesentlicher Bedeutung sei.

727. Nach Auffassung der Monopolkommission ist bemerkenswert, dass in den Fällen TomTom/Tele Atlas und Nokia/Navteq eine Reihe der erläuterten Aspekte nach den Leitlinien zur Bewertung nicht horizontaler Zusammenschlüsse deutlich dafür spricht, dass die fusionierten Unternehmen Anreize haben, ihre Wettbewerber von dem Zugang zu Einsatzmitteln abzuschotten. Die Europäische Kommission interpretiert die in den Leitlinien aufgeführten Kriterien jedoch nicht als „Checkliste“, sondern weist einigen Faktoren eine größere Bedeutung hinsichtlich der Anreizwirkung für „input foreclosure“ zu als anderen. So hat sie eine empirische Untersuchung durchgeführt und festgestellt, dass in beiden Fällen trotz aller begünstigenden Faktoren der Trade-off zwischen Gewinneinbußen auf dem vorgelagerten Markt und dem Zusatzgewinn auf dem nachgelagerten Markt gegen eine Marktabstottungspolitik spricht. Im Fall Nokia/Navteq schätzte die Kommission, dass eine Abstottungsstrategie für das fusionierte Unternehmen nur dann profitabel sei, wenn Tele Atlas die Preise infolgedessen um über 200 Prozent erhöht; ein solcher Preisanstieg wurde aber für unrealistisch befunden. Eine ähnliche Einschätzung traf die Europäische Kommission umgekehrt im Fall TomTom/Tele Atlas. Die limitierenden Faktoren für die Anreize zur Abstottung waren in beiden Fällen der geringe Kostenanteil der Kartendatenbank an den gesamten Herstellungskosten für PNDs bzw. Mobiltelefone und die Tatsache, dass jeweils ein zweiter Anbieter auf dem Markt für Vorleistungen vorhanden ist, der nicht vertikal integriert ist mit einem Anbieter auf demselben nachgelagerten Markt.

728. Diese Einschätzung hält die Monopolkommission für kritikwürdig. Erstens sind laut Ermittlungen der Europäischen Kommission die Gewinnspannen der anderen Anbieter von PNDs niedriger als die von TomTom. Es ist davon auszugehen, dass auch ein Preisanstieg für die Kartendatenbanken, der erheblich unter 200 Prozent liegt und die anderen Hersteller nicht unmittelbar zu einer Preiserhöhung zwingt, deren Möglichkeiten, zukünftig in Forschung und Entwicklung sowie in Werbung zu investieren, vermindert und somit ihre Wettbewerbsposition beeinträchtigt. Somit sind die alternativen Hersteller von PNDs durch einen zweiten Anbieter auf dem Markt für Vorleistungen nur teilweise geschützt. Zweitens ist angesichts der schnellen technischen Entwicklung schwer abzusehen, ob für die anderen Hersteller von PNDs und Mobiltelefonen mit Navigationsfunktion langfristig tatsächlich mindestens ein alternativer Anbieter von Kartendatenbanken zur Verfügung steht. Zum einen muss die Möglichkeit in Betracht gezogen werden, dass sich die Entwicklungspfade von Kartendatenbanken für PNDs und Mobiltelefone mit Navigationsfunktion trennen, sodass diese nicht ohne Weiteres in beiden Geräteklassen sinnvoll eingesetzt werden können. Zum anderen ist vorstellbar, dass sich die fusionierten Unternehmen durch eigene Produkte oder Kooperationen mit Dritten auf dem Markt für Mobiltelefone mit Navigationsfunktion (TomTom/Tele Atlas) bzw. auf dem Markt für PNDs (Nokia/Navteq) engagieren. In diesem Fall wäre kein zweiter Anbieter auf dem Markt für Vorleistungen vorhanden, der

nicht verbunden ist mit einem Hersteller auf demselben nachgelagerten Markt. Der Einwand der Europäischen Kommission, dass neben Tele Atlas und Navteq im Übrigen Garmin Navigationslösungen inklusive Kartenmaterial anderen Herstellern anbiete und damit eine dritte Bezugsquelle darstelle, gilt erst einmal nur so lange, wie der Vertrag zwischen Garmin und Navteq besteht, nämlich bis 2015, unter Umständen bis 2019. Dies hätte die EU-Kommission auch bei der Beurteilung der Möglichkeiten der Koordinierung zwischen TomTom/Tele Atlas und Nokia/Navteq auf den nachgelagerten Märkten stärker anerkennen müssen.

729. Positiv steht die Monopolkommission hingegen der Feststellung der Europäischen Kommission in dem Verfahren Nokia/Navteq gegenüber, wonach eine prognostizierte Marktabschottung auch dann zu negativen Wettbewerbswirkungen führen kann, wenn nur einige Wettbewerber davon betroffen wären. Nokia hatte damit argumentiert, dass neben Mobiltelefonherstellern auch Mobilfunknetzbetreiber Navigationsanwendungen für Mobilfunkkunden anbieten, Letztere aber aufgrund ihrer erheblichen Einkaufsmacht wirksame Gegenstrategien gegen eine mögliche Abschottungspolitik des neuen Unternehmens verfolgen könnten. Die Europäische Kommission hielt diesen Einwand indes für wenig überzeugend, da die Angebote von Mobiltelefonherstellern und Mobilfunknetzbetreibern nicht vollständig substituierbar seien. Vielmehr gebe es aufseiten der Endkunden Präferenzen für bestimmte Angebote, sodass sich auch eine Abschottung, die auf bestimmte Produkte begrenzt sei, negativ auf die Verbraucher auswirken könne.

4.4.5 Nachfragemacht

730. Sowohl in der Wissenschaft als auch in der Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes wird das Thema Nachfragemacht in jüngster Zeit verstärkt diskutiert.³⁵⁶ Für die Zwecke der Fusionskontrolle sind zwei Aspekte der Nachfragemacht zu unterscheiden. Einerseits kann Nachfragemacht bei der Beurteilung von Zusammenschlussvorhaben relevant werden, wenn die Fusionsparteien auf Beschaffungsmärkten gegenüber ihren Zulieferern über starke Marktstellungen verfügen. Andererseits kann Nachfragemacht in Form von gegengewichtiger Marktmacht vorliegen, mittels derer die Angebotsmacht der Zusammenschlussbeteiligten begrenzt wird. Der Schwerpunkt der Kommissionspraxis liegt nach wie vor auf Zusammenschlussvorhaben, die sich auf den Angebotswettbewerb auswirken. Vereinzelt, z. B. im Fall Friesland/Campina, hat die Europäische Kommission allerdings auch zu wettbewerblichen Auswirkungen auf Beschaffungsmärkten Stellung genommen. Gegengewichtige Marktmacht war Gegenstand der Entscheidungen ABF/GBI, Friesland/Campina und Rewe/Adeg. So war im Verfahren ABF/GBI die Feststellung von gegengewichtiger Nachfragemacht auf dem betroffenen französischen Markt ausschlaggebend dafür, dass koordinierte Effekte des Vorhabens entfielen.

³⁵⁶ Vgl. hierzu ausführlicher Tz. 380 ff.

731. Die Europäische Kommission hat in ihren Horizontal-Leitlinien zu beiden Aspekten der Nachfragemacht Stellung genommen. Hinsichtlich der Nachfragemacht auf Beschaffungsmärkten erläutert sie, dass sie Transaktionen gegebenenfalls auch daraufhin untersucht, in welchem Ausmaß ein fusioniertes Unternehmen seine Kaufkraft in vorgelagerten Märkten verstärken kann und welche Auswirkungen davon ausgehen.³⁵⁷ Die Europäische Kommission geht davon aus, dass mit einer Verstärkung der Nachfragemacht positive und negative Auswirkungen verbunden sein können. Positiv kann sich eine erhöhte Nachfragemacht dadurch auswirken, dass die Kosten für die Beschaffung gesenkt und die Kostensparnis an die Verbraucher in Form niedrigerer Preise weitergegeben werden. Negative Effekte können sich ergeben, wenn das fusionierte Unternehmen seine Bezüge reduziert und in der Folge auch seine eigene Produktion im Markt der Endprodukte senkt (Output-Beschränkung). Daneben kann der Wettbewerb in den nachgeordneten Märkten beeinträchtigt werden, sofern die fusionierte Einheit ihre Nachfragemacht gegenüber ihren Lieferanten ausübt, um Mitbewerber abzuschotten (Abschottung). In diesen Ausführungen manifestiert sich die Grundhaltung der Europäischen Kommission, wonach die wettbewerbliche Beurteilung von Nachfragemacht maßgeblich von den Effekten auf die Konsumentenwohlfeahrt bestimmt wird.

732. Gegengewichtige Nachfragemacht ist laut Leitlinien als die Verhandlungsmacht anzusehen, die ein Käufer gegenüber seinem Lieferanten angesichts seiner Größe, seiner wirtschaftlichen Bedeutung für den Verkäufer und seiner Fähigkeit ausspielen kann, zu anderen Lieferanten überzuwechseln.³⁵⁸ Nach Ansicht der Europäischen Kommission sind sogar Unternehmen auf der Angebotsseite mit hohen Marktanteilen nicht in der Lage, Wettbewerb spürbar zu verhindern, wenn ihre Kunden gegengewichtige Nachfragemacht ausüben können. Gegengewichtige Nachfragemacht drückt sich in der glaubwürdigen Androhung aus, kurzfristig zu einer anderen Lieferquelle zu wechseln, eine vertikale Integration in den vorgelagerten Markt vorzunehmen oder die Expansion bzw. einen Marktzutritt im vorgelagerten Markt zu fördern. Ein Kunde kann ferner Gegenmacht ausüben, indem er sich weigert, andere von seinem Lieferanten hergestellte Produkte zu beziehen, oder seine Bezüge hinauszögert. Im Einzelfall sind die Anreize des Abnehmers zu prüfen, seine Nachfragemacht tatsächlich auszuüben. Außerdem ist nach Auffassung der Europäischen Kommission nicht davon auszugehen, dass Nachfragemacht die negativen Wirkungen eines Zusammenschlusses ausgleicht, wenn lediglich ein bestimmtes Kundensegment vor nachteiligen Wirkungen des Zusammenschlusses geschützt wird. Schließlich ist es unzureichend, wenn Nachfragemacht lediglich vor dem Zusammenschluss, nicht aber danach besteht.

³⁵⁷ Vgl. Horizontal-Leitlinien, Tz. 61 ff.

³⁵⁸ Vgl. ebenda, Tz. 64 ff.

733. In dem Verfahren Rewe/Adeg, das in der ersten Verfahrensphase unter Bedingungen und Auflagen abgeschlossen wurde, prüfte die Europäische Kommission insbesondere die Auswirkungen auf den österreichischen Einzelhandel mit Konsumgütern des täglichen Gebrauchs und auf die entsprechenden Beschaffungsmärkte.³⁵⁹ Da der Zusammenschluss ihrer Einschätzung nach zu einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung auf den Einzelhandelsmärkten führt, mussten die Parteien entsprechende Veräußerungszusagen anbieten. Soweit die Beschaffungsmärkte betroffen sind, grenzt die Wettbewerbsbehörde separate Märkte für 20 Produktkategorien ab und ermittelt die entsprechenden Marktanteile. Mit Verweis auf die Kommissionsentscheidung im Fall Rewe/Meinl, in der ein Marktanteilsschwellenwert von 22 Prozent genannt wird, ab dem ein Kunde für einen Lieferanten unverzichtbar wird, folgert die Europäische Kommission, dass die neue Unternehmenseinheit auf vier der betrachteten Beschaffungsmärkte Nachfragemacht erlangen wird.³⁶⁰

734. Trotz dieser Feststellung äußert die Europäische Kommission keine ernsthaften wettbewerblichen Bedenken auf den Beschaffungsmärkten. Ihrer Ansicht nach ist Nachfragemacht nicht per se als wettbewerbsfeindlich zu bewerten. Sofern effektiver Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt herrsche, seien marktstarke Käufer gezwungen, die Verbesserung ihrer Einkaufsbedingungen an den Endverbraucher weiterzugeben. Die Mehrheit der antwortenden Lieferanten hatte angegeben, dass Rewe schon vor dem Zusammenschluss aufgrund seiner Nachfragemacht unabhängig von seinen Lieferanten handeln konnte. Es ging auch niemand davon aus, dass die Preise auf dem Endkundenmarkt steigen würden. Vielmehr wird eine Stärkung des Wettbewerbs auf dem nachgelagerten Markt infolge der besseren Einkaufsbedingungen erwartet, die Rewe nach dem Zusammenschluss vermutlich erreichen wird. Im vorliegenden Fall werden laut Europäischer Kommission die wettbewerblichen Bedenken auf dem nachgelagerten Markt des Lebensmitteleinzelhandels durch die von Rewe vorgelegten Zusagen beseitigt. Daher sei es unwahrscheinlich, dass wettbewerbliche Probleme in den Beschaffungsmärkten auftreten, die Nachteile für die Verbraucher mit sich bringen.

735. In der Entscheidung Friesland/Campina setzt sich die Europäische Kommission mit beiden Aspekten der Nachfragemacht auseinander. Einerseits hält sie es für wahrscheinlich, dass die neue Unternehmenseinheit eine beherrschende Stellung auf dem Markt für die Beschaffung von konventioneller Rohmilch einnehmen würde. Wie oben erläutert,³⁶¹ lehnt sie jedoch aufgrund der Genossenschaftsstruktur der Zusammenschlussparteien das Vorliegen einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung auf dem vorgelagerten Markt ab. Andererseits verneint sie auf den nachgelagerten Märkten für Molke- und Milchprodukte das Bestehen von gegengewichtiger Nachfra-

gemacht seitens des Einzelhandels. In Bezug auf die nachgelagerten Märkte, z. B. den Markt für den Verkauf von Frischmilch, hatten die Zusammenschlussparteien geltend gemacht, dass die größten Handelsketten aufgrund ihrer Verhandlungsmacht Preiserhöhungen verhindern könnten. Die Europäische Kommission verwirft diese Argumentation und stellt zunächst klar, dass es nicht ausreicht, wenn nur vor dem Zusammenschluss ein gewisses Maß an Nachfragemacht besteht. Dieses müsse vielmehr auch nach der Fusion weiterbestehen, um bei der wettbewerblichen Würdigung berücksichtigt werden zu können. Im Anschluss stellt die Wettbewerbsbehörde die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Präsenz (einiger weniger) einflussreicher Abnehmer geeignet ist, kleinere oder weniger einflussreiche Käufer vor einer Verschlechterung der Lieferbedingungen zu schützen. Sie geht davon aus, dass Unternehmen, die nur geringe Mengen einkaufen, sehr wahrscheinlich nicht in der Lage sein werden, der neuen Unternehmenseinheit nennenswerte Nachfragemacht entgegenzusetzen. Selbst wenn große Einzelhändler über eine gewisse Verhandlungsmacht verfügten, sei nicht anzunehmen, dass auch andere Einzelhändler davon profitierten. Zum einen wäre das fusionierte Unternehmen nicht gezwungen, kleineren Abnehmern ähnliche Rabatte zu gewähren wie größeren Abnehmern. Zum anderen sei der Einzelhandelsmarkt für Frischmilch von einem relativ starken Wettbewerb geprägt, sodass für größere Abnehmer kein Anreiz bestehe, Konkurrenten vor Preiserhöhungen zu schützen.

736. Weitergehend stellt die Europäische Kommission fest, dass die Großabnehmer im konkreten Fall keine Verhandlungsmacht gegenüber der neuen Unternehmenseinheit ausüben können. Es bestehe angesichts der starken Stellung von Friesland/Campina auf dem Frischmilchmarkt mit 60 bis 70 Prozent Marktanteil keine realistische Möglichkeit, zu einem anderen Lieferanten zu wechseln. Zwar nehme prinzipiell die Glaubwürdigkeit einer Substitutionsdrohung mit der Größe des Abnehmers zu – je größer die abgenommene Menge, desto lohnender ein Lieferantenwechsel –, allerdings habe ein Großabnehmer gegebenenfalls auch größere Schwierigkeiten, seinen derzeitigen Lieferanten zu ersetzen. Zudem beliefern die Parteien große Einzelhändler nicht nur mit Frischmilch, sondern auch mit einer Reihe anderer Milchprodukte, bei denen sie über ein hohes Maß an Marktmacht verfügen. Das fusionierte Unternehmen könne glaubwürdig drohen, sein diesbezügliches Angebot zu verknappen oder den Preis zu erhöhen. Die schwache Verhandlungsmacht des Einzelhandels komme ferner darin zum Ausdruck, dass keine Einzelhandelskette einen „Türsteherstatus“ inne habe, d. h. auf irgendeinem Segment des Frischmilchmarktes über eine Monopolstellung oder eine Quasi-Monopolstellung verfüge.

737. Im vorliegenden Fall stellt auch die Drohung mit einer Rückwärtsintegration nach Ansicht der Europäischen Kommission keine glaubwürdige Drohung dar. Insbesondere angesichts der Tatsache, dass Milchprodukte nur eine von einer Vielzahl weiterer Produktkategorien ihres Verkaufssortiments bilden, deute nichts auf Fähigkeit und Anreize der Einzelhändler hin, in den Milchver-

³⁵⁹ Vgl. zu Rewe/Adeg auch Tz. 809.

³⁶⁰ EU-Kommission, Entscheidung vom 3. Februar 1999, COMP/M.1221 „Rewe/Meinl“.

³⁶¹ Vgl. Tz. 41 ff.

arbeitsmarkt einzutreten. Schließlich konnte die Wettbewerbsbehörde keine Unternehmen ermitteln, die in der Lage wären, kurzfristig auf dem niederländischen Frischmilchmarkt tätig zu werden.

738. Die Monopolkommission stimmt den Ausführungen der Europäischen Kommission insoweit zu, als Nachfragemacht nur dann ein Gegengewicht zu den festgestellten negativen Auswirkungen eines Zusammenschlusses bilden kann, wenn sie auch noch nach dem Zusammenschluss fortbesteht. Die Möglichkeit hierzu wird jedoch stark beschränkt, wenn der Einzelhandel – wie im vorliegenden Fall – zwar vor dem Zusammenschluss über zwei zuverlässige Beschaffungsquellen verfügt, nach dem Zusammenschluss jedoch nur noch eine dieser Quellen verbleibt. Die Wahrscheinlichkeit, dass die Nachfragemacht der gesteigerten Marktmacht als ausgleichender Faktor entgegenwirkt, entfällt, sobald den Abnehmern keine Alternativen mehr zur Verfügung stehen. Von besonderem Interesse sind die weiteren Ausführungen der Europäischen Kommission, wonach das Bestehen von gegengewichtiger Nachfragemacht nur dann berücksichtigt werden kann, wenn diese sämtliche Abnehmer vor negativen Auswirkungen eines Zusammenschlusses schützt. Es genügt also nicht, wenn einige starke Nachfrager sich gegen Preiserhöhungen oder Qualitätseinbußen seitens der neuen Unternehmenseinheit wehren können. Vielmehr müssen auch kleinere Abnehmer entweder selbst Nachfragemacht ausüben oder von der Nachfragemacht ihrer großen Wettbewerber profitieren. Da starke Nachfrager eher selten Anreize zum Schutz ihrer kleineren Wettbewerber haben dürften, ist davon auszugehen, dass die Europäische Kommission das Bestehen von Nachfragemacht künftig regelmäßig nur dann beachtet, wenn der Abnehmermarkt monopolistisch strukturiert ist, sämtliche Abnehmer in der Lage sind, Nachfragemacht auszuüben oder keine Fähigkeit der Anbieter zur Preisdiskriminierung besteht.

4.4.6 Koordinierte Effekte

739. Während des Berichtszeitraums hat der Europäische Gerichtshof in der Entscheidung Bertelsmann und Sony/Impala die vom Gericht erster Instanz in seinem Airtours-Urteil aufgestellten Kriterien für den Nachweis koordinierter Effekte bestätigt.³⁶² Hiernach müssen die folgenden Voraussetzungen kumulativ vorliegen:

- Der Markt muss ausreichend transparent sein, damit die Oligopolisten ihr Verhalten gegenseitig beobachten können.
- Es muss Anreize für jedes Oligopolmitglied geben, nicht dauerhaft von einem gemeinsamen Vorgehen auf dem Markt abzuweichen. Insbesondere müssen wirkungsvolle Abschreckungsmechanismen existieren.

³⁶² EuGH, Urteil vom 10. Juli 2008, Rs. C-413/06 P „Bertelsmann und Sony Corporation of America/Impala“.

- Wettbewerber und Nachfrager dürfen nicht imstande sein, den Verhaltensspielraum der führenden Unternehmensgruppe zu beschränken.

740. Die Europäische Kommission prüfte im Berichtszeitraum zwar neben den nicht koordinierten Auswirkungen verschiedentlich auch die potenziellen koordinierten Effekte von Zusammenschlussvorhaben, z. B. in den Verfahren Arsenal/DSP und Arjowiggins/M-Real Zanders Reflex. Die entsprechenden Ausführungen in den Entscheidungen der Kommission fallen jedoch in aller Regel knapp aus und bleiben ohne negative Konsequenzen für die Zusammenschlussbeteiligten. In der Entscheidung Arsenal/DSP ging die Europäische Kommission in nachvollziehbarer Weise davon aus, dass sich ein Teil der aktuellen Wettbewerber der Parteien einer Koordinierung entziehen würde. Den Zusammenschlussparteien standen unter anderem mehrere Konkurrenten aus China gegenüber, die ihre Einfuhren in den europäischen Markt in den letzten neun Jahren um 400 Prozent gesteigert und einen Marktanteil von 25 bis 45 Prozent erreicht hatten. Die Europäische Kommission hielt es daher für unwahrscheinlich, dass sich sämtliche oder die Mehrheit dieser Anbieter Koordinierungsmaßnahmen anschließen würden. In der Verfügung Arjowiggins/M-Real Zanders Reflex griff die Europäische Kommission den Aspekt koordinierter Effekte nur ganz kurz auf und verzichtete mit dem Hinweis auf die – im Hinblick auf die nicht koordinierten Wettbewerbsbedenken – abgegebenen Verpflichtungszugaben auf eine weitere Prüfung.

741. Lediglich in einem Zweite-Phase-Verfahren – ABF/GBI Business – begründete die Europäische Kommission ihre wettbewerblichen Zweifel nach längerer Zeit erstmals wieder ausschließlich mit koordinierten Effekten des Zusammenschlusses und gab das Vorhaben nur unter Bedingungen und Auflagen frei.³⁶³ Gegenstand des Zusammenschlusses bildete der Erwerb des Hefegeschäfts von GBI durch ABF. Die Europäische Kommission konzentrierte ihre Ausführungen auf den spanischen, portugiesischen und französischen Markt für Presshefe. Sie stellte auf den beiden erstgenannten Märkten die Entstehung bzw. Verstärkung koordinierter Effekte fest, während sie auf dem französischen Markt keine negativen Auswirkungen des Zusammenschlusses erkannte. In allen drei Mitgliedstaaten waren vor dem Zusammenschluss drei Hauptwettbewerber – ABF, GBI und Lesaffre – sowie einige kleinere Marktteilnehmer präsent.

742. Hinsichtlich des spanischen und portugiesischen Marktes ergaben sich aus der Untersuchung der Europäischen Kommission zahlreiche Faktoren, die eine Koordinierung erwarten ließen. Nach dem Zusammenschluss würde die Zahl der Hauptanbieter in Spanien und Portugal von drei auf zwei zurückgehen. ABF/GBI und Lesaffre würden zusammen ca. 90 bis 100 Prozent der Marktanteile halten. Die betroffenen Märkte sind relativ stabil, die Technik der Hefeproduktion ist ausgereift und die Elastizität der Nachfrage ist gering. Auf den Märkten

³⁶³ Vgl. zu ABF/GBI auch Tz. 147.

herrscht ein hohes Maß an Produkthomogenität, z. B. in Hinsicht auf Haltbarkeit, Verfügbarkeit und Kundendienst. Die Europäische Kommission schätzte außerdem die Transparenz bezüglich Preisen, Lieferbeziehungen und Lieferantenwechsel als hoch ein. In diesem Zusammenhang spielt die Organisation des Vertriebs eine wichtige Rolle: Die Belieferung der Handwerksbäckereien, deren Anteil am Gesamtumsatz in Spanien 70 bis 80 Prozent und in Portugal 90 bis 100 Prozent beträgt, erfolgt über eine Vielzahl kleiner Vertriebshändler. Zwar verfügt keiner der Hefeproduzenten über eine eigene Vertriebsorganisation, die Geschäftsbeziehungen zwischen Hefeproduzenten und Vertriebshändlern beruhen aber auf langfristigen Ausschließlichkeitsvereinbarungen bzw. auf De-facto-Exklusivität. Die Beziehungen zwischen Vertriebshändlern und Bäckereien sind ebenfalls durch Langfristigkeit und persönliche Kontakte gekennzeichnet, wodurch die Vertriebshändler umfassende Informationen über Preise und Lieferantenwechsel erhalten, die sie vertragsgemäß an ihre jeweiligen Lieferanten weiterleiten. Die Märkte für Presshefe sind darüber hinaus von hohem Marktzutrittsschranken geprägt. Ein erfolgreicher Marktzutritt setzt insbesondere ein Vertriebsystem vor Ort sowie den Einsatz bekannter Marken voraus.

743. Abweichungen von der stillschweigenden Koordination können nach Auffassung der Europäischen Kommission aufgrund der Markttransparenz einfach überwacht werden. Daneben hält die Kommission die Möglichkeit, zu einem wettbewerblichen Verhalten zurückzukehren, für einen glaubhaften und zügig umsetzbaren Sanktionsmechanismus. Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass die Glaubwürdigkeit solcher Maßnahmen nach Ansicht der Kommission dadurch verstärkt wird, dass ABF, GBI und Lesaffre sich auf verschiedenen nationalen Märkten innerhalb und außerhalb Europas als Wettbewerber gegenüberstehen und Vergeltungsmaßnahmen sowohl innerhalb von Spanien und Portugal als auch außerhalb dieser Märkte ergreifen können. Weder Wettbewerber noch Kunden sind nach Auffassung der Europäischen Kommission in der Lage, das Ergebnis der stillschweigenden Koordination zu gefährden. Unter anderem weist sie darauf hin, dass die Nachfrage fragmentiert ist und die Vertriebshändler bis zu einem gewissen Grad von technischen und wirtschaftlichen Hilfsleistungen der Lieferanten abhängig sind. Die Europäische Kommission geht schließlich davon aus, dass die stillschweigende Koordination durch den Zusammenschluss erleichtert bzw. stabilisiert wird.

744. Auf dem französischen Markt verneinte die Europäische Kommission hingegen das Vorliegen koordinierter Effekte aufgrund der starken Stellung von Lesaffre und der gegengewichtigen Marktmacht der Vertriebshändler. Zum einen gibt es auf dem französischen Markt einen wesentlich höheren Anteil von industriellen Bäckereien, die ihre Hefe von mehreren Quellen beziehen und offener für eine Belieferung aus dem Ausland sind. Zum anderen wird zwar das Segment der Handwerksbäckereien wie in Spanien und Portugal von Vertriebshändlern bedient. Diese bilden jedoch kein Netz von (De-facto-) Alleinvertriebshändlern, sondern haben sich im Wesentli-

chen zu drei großen Vertriebsgruppen/Einkaufsorganisationen zusammengeschlossen. Jede Gruppe handelt die Verkaufsbedingungen mit einem oder zwei Hefeproduzenten aus. Die Vertriebshändler vertreiben oft Produkte von mehr als einem Hersteller und unterliegen keiner Berichtspflicht.

745. Positiv ist zu werten, dass die Europäische Kommission nach einer längeren Phase der Zurückhaltung wieder Fälle mit koordinierten Effekten aufgreift. In den letzten Jahren neigte die Wettbewerbsbehörde dazu, sich auch bei oligopolistisch geprägten Märkten auf die Untersuchung von nicht koordinierten Auswirkungen zu konzentrieren, während koordinierte Effekte allenfalls ergänzend in der wettbewerblichen Beurteilung erwähnt wurden. Im vorliegenden Fall weist nach Einschätzung der Monopolkommission jedenfalls der spanische Markt sämtliche Voraussetzungen auf, die für koordinierte Effekte eines Zusammenschlusses sprechen: ein hohes Maß an Homogenität und Transparenz, eine niedrige Zahl von Marktteilnehmern, regelmäßig und in kurzen Abständen wiederkehrende Geschäftskontakte, ein hohes Maß an Symmetrie zwischen den verbleibenden Wettbewerbern sowie die Möglichkeit von Koordinierungs- und Abschreckungsmechanismen. Auch die Erleichterung der Koordination begründet die Europäische Kommission nachvollziehbar mit der Reduzierung der Marktteilnehmer von drei auf zwei sowie der erhöhten Transparenz, die sowohl die Koordination als auch die Möglichkeit der Überwachung und der Bestrafung erleichtere. Daneben reduziere der Zusammenschluss die Gefahr, dass GBI, das aufgrund der Produktion außerhalb der betroffenen Märkte und einer gewissen Innovationstätigkeit andere Anreize als ABF und Lesaffre haben könnte, eine stillschweigende Koordination destabilisiert.

746. Die asymmetrische Marktanteilsverteilung auf dem portugiesischen Markt – ABF/GBI halten gemeinsame Marktanteile in Höhe von 70 bis 80 Prozent, Lesaffre erreicht 20 bis 30 Prozent – lässt zwar eher auf nicht koordinierte Effekte des Zusammenschlusses schließen. Deren Vorliegen wird von der Europäischen Kommission lediglich kurz angesprochen und dann offen gelassen. Die Wettbewerbsbehörde begründet die Gefahr koordinierter Auswirkungen jedoch nachvollziehbar mit den sonstigen Marktmerkmalen und der engen Verbundenheit zwischen dem spanischen und dem portugiesischen Markt. Auf dem französischen Markt – mit vergleichbarer, wenn auch umgekehrter Marktanteilsverteilung zwischen ABF/GBI und Lesaffre – verneint die Europäische Kommission hingegen eine Kollusionsgefahr. Maßgebend ist die sehr starke Marktstellung von Lesaffre, die der Europäischen Kommission kaum angreifbar erscheint. Außerdem sprechen nach Ansicht der Europäischen Kommission vor allem die geringere Transparenz und die Gegenmacht der großen Einkaufsgemeinschaften gegen das Auftreten koordinierter Wirkungen. Bedenklich stimmt in diesem Zusammenhang allerdings, dass die Europäische Kommission eine von der französischen Wettbewerbsbehörde im Jahr 1989 festgestellte Kartellbildung auf dem französischen Frischhefemarkt unberücksichtigt lässt. Der französische Markt war zu diesem Zeitpunkt – wie auch künftig

nach Vollzug des geplanten Zusammenschlusses – durch eine duopolistische Struktur geprägt. Die französische Wettbewerbsbehörde stellte damals fast gleichzeitige Preiserhöhungen der Duopolisten für Handwerksbäckereien unter der Führung von Lesaffre sowie gezielte Abwehrreaktionen gegenüber neu auf den Markt eintretenden Herstellern fest. Angesichts der Tatsache, dass sich bei vergleichbarer Marktstruktur ein Kartell in der Vergangenheit als stabil erwiesen hat, hätte die Europäische Kommission zumindest erläutern müssen, warum sie nunmehr keine Kollisionsgefahr annimmt.

4.4.7 Effizienzen

747. Die Europäische Kommission hat während des Berichtszeitraums mehrfach zu möglichen Effizienzgewinnen von Zusammenschlussvorhaben Stellung genommen. Erwägungsgrund 29 der VO 139/2004 bestimmt, dass die Europäische Kommission begründeten und wahrscheinlichen Effizienzvorteilen Rechnung tragen soll. In den Horizontal-Leitlinien wird näher ausgeführt, unter welchen Voraussetzungen sie die von den Zusammenschlussparteien vorgebrachten Effizienzvorteile berücksichtigen wird.³⁶⁴ Hiernach können sich Effizienzen nur dann positiv auf die Bewertung seitens der Wettbewerbsbehörde auswirken, wenn sie nachprüfbar und fusionsspezifisch sind und den Verbrauchern auf den relevanten Märkten direkt zugutekommen. Typische Effizienzvorteile sind Kostensenkungen bei Produktion oder Vertrieb, die Einführung neuer Produkte und Dienstleistungen oder die Verbesserung bestehender Produkte.

748. In den Zweite-Phase-Fällen Itama/Barcovision und Friesland/Campina werden Effizienzgesichtspunkte nur ganz kurz erwähnt.³⁶⁵ In der erstgenannten Entscheidung geht lediglich aus einer Fußnote hervor, dass die Europäische Kommission Effizienzgewinne aufgrund der Eliminierung von doppelten Preisauflagen für möglich hält.³⁶⁶ Da die Zusammenschlussparteien jedoch weder diese noch andere Effizienzvorteile geltend gemacht hatten, ließ die Wettbewerbsbehörde mögliche Effizienzen bei den von ihr vorgenommenen Berechnungen außer Acht. In der Entscheidung Friesland/Campina deutet die Europäische Kommission in einer Textziffer an, dass die beteiligten Unternehmen mit Effizienzgesichtspunkten argumentiert hatten.³⁶⁷ Die Wettbewerbsbehörde ging dieser Argumentation allerdings mit der Begründung nicht nach, dass schon keine Wettbewerbsbedenken auf dem betroffenen Markt festgestellt worden seien und daher die Auseinandersetzung mit möglichen Effizienzen unterbleiben könne. Auch in dem Fall Lufthansa/Austrian Airlines handelte die Europäische Kommission den Aspekt der Effizienzvorteile relativ kurz ab. Lufthansa hat

nur vage auf Kostenersparnisse und sonstige Effizienzen zugunsten der Verbraucher hingewiesen. Die Europäische Kommission bemängelte daher das Fehlen jeglicher Beweise für diese Behauptungen und lässt das Vorbringen der Parteien unberücksichtigt.

749. In dem Verfahren Arsenal/DSP äußerte die Europäische Kommission ernsthafte Bedenken hinsichtlich des Marktes für feste Benzoesäure, weil die neue Unternehmenseinheit der einzige Hersteller im EWR gewesen wäre und kaum Importe zu verzeichnen sind.³⁶⁸ Arsenal machte Effizienzvorteile geltend und argumentierte im Einzelnen damit, das Unternehmen werde aufgrund des Zusammenschlusses seine Kapazitäten zur Reinigung von Benzoesäure steigern und einen Teil dieser zusätzlichen Benzoesäure auf dem freien Markt anbieten. Arsenal betrieb sich weiter darauf, dass DSP seine Produktionskapazitäten für Benzoesäure nicht ausbauen wolle und deshalb das Benzoesäureangebot auf dem freien Markt nur durch das geplante Vorhaben erhöht werden könne. Die Europäische Kommission verwarf diese Argumentation, da internen Dokumenten von DSP zu entnehmen war, dass das Unternehmen – entgegen den Angaben von Arsenal – einen Ausbau seiner entsprechenden Sparte plante. Die damit verbundene Kapazitätssteigerung wäre sogar größer gewesen als die von Arsenal für den freien Markt geplante Mengensteigerung. Die Europäische Kommission wies die vorgebrachten Effizienzgesichtspunkte deshalb als nicht fusionsspezifisch zurück.

750. In dem Verfahren Arjowiggins/M-Real Zander Reflex nahm Arjowiggins zwar nicht ausdrücklich Effizienzgewinne in Anspruch, zählte aber in seiner Antwort auf die Beschwerdepunkte vier Bereiche auf, in denen die angemeldete Transaktion seiner Meinung nach vorteilhafte Wirkungen für Arjowiggins, Reflex, die Verbraucher sowie die europäische Industrie haben würde. Die Europäische Kommission ging dem Vorbringen zu Verbrauchervorteilen im Rahmen einer Effizienzprüfung nach. Die diesbezüglichen Angaben von Arjowiggins waren allerdings laut Europäischer Kommission nur kurz und eher unbestimmt. Unter anderem erwarte Arjowiggins Effizienzvorteile infolge von Bemühungen um Rationalisierung und F&E. Die entsprechenden Ausführungen von Arjowiggins seien aber viel zu knapp, um eine Überprüfung zu erlauben. Da auch keinerlei Belege übermittelt worden waren, unterstrich die Europäische Kommission, dass F&E-Ausgaben grundsätzlich Fixkosten und versunkene Kosten darstellen und daher im Allgemeinen nicht zu fusionsspezifischen Effizienzvorteilen führen, die den Verbrauchern nach Maßgabe der Horizontal-Leitlinien zugutekommen. An einer anderen Stelle nannte Arjowiggins als Effizienzvorteile bessere Verkaufspreise und Synergien, ohne allerdings darauf einzugehen, inwiefern die Voraussetzungen der Horizontal-Leitlinien vorlagen. Die behaupteten Effizienzvorteile wurden auf der Grundlage von Schätzungen zur Kostenwettbewerbsfähigkeit verschiedener Produktionsstätten für Selbstdurchschreibepapier berechnet. Nach Auffas-

³⁶⁴ Vgl. Horizontal-Leitlinien, Rn. 76 ff.

³⁶⁵ In der ersten Verfahrensphase hat sich die Europäische Kommission z. B. in dem Fall KLM/Martinair kurz mit den vorgebrachten Effizienzgesichtspunkten auseinandergesetzt.

³⁶⁶ Vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 4. August 2008, COMP/M.4874, Fn. 54.

³⁶⁷ Vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 17. Dezember 2008, COMP/M.5046, Tz. 1768.

³⁶⁸ Vgl. zu Arsenal/DSP auch Tz. 789.

sung der Europäischen Kommission wies die vorgelegte Analyse allerdings mehrere Mängel auf und lieferte keinen Beleg dafür, dass die geltend gemachten Effizienzen fusionspezifisch sind.

751. Noch ausführlicher befasste sich die Europäische Kommission mit Effizienzvorteilen in dem Fall Lufthansa/SN Airholding. Das Zusammenschlussvorhaben gab auf vier Strecken zwischen Belgien und Deutschland bzw. zwischen Belgien und der Schweiz Anlass zu Wettbewerbsbedenken und hätte auf zwei dieser Strecken zu einem Monopol der neuen Unternehmenseinheit geführt. Lufthansa machte vier verschiedene Effizienzvorteile geltend. Erstens könnte SN aufgrund der finanziellen Stärke und Kaufmacht von Lufthansa seine variablen und Fixkosten senken. Einsparungen ließen sich durch niedrigere Kaufpreise für Flugzeuge und Treibstoff, niedrigere Finanzierungskosten sowie niedrigere Kosten für Wartung, Reparatur und Überholung erzielen. Zweitens würden SN und Lufthansa auf den Überschneidungstrecken die Verbindungsnetze und Frequenzen optimieren, was Kosteneinsparungen und die Gestaltung günstigerer Flugpläne ermöglichte. Drittens könnte das Treueprogramm von SN durch die Integration in das Vielfliegerprogramm von Lufthansa verbessert werden. Viertens würde der Zusammenschluss durch das Beibehalten einer Reihe von Strecken, die SN ansonsten möglicherweise aufgegeben hätte, und durch die Entwicklung neuer direkter Linien ab Brüssel das Streckennetz verbessern. Nach Auffassung der Europäischen Kommission sind die geltend gemachten Effizienzvorteile nicht nachprüfbar und weitgehend nicht fusionspezifisch; sie kommen ferner den Verbrauchern auf den betroffenen Strecken nicht ausreichend zugute, um die festgestellten Wettbewerbsbeeinträchtigungen auszugleichen.

752. In Bezug auf die Nachprüfbarkeit der Effizienzen bemängelte die Europäische Kommission zum einen, dass die übermittelten Belege größtenteils in Unterlagen bestanden, die eigens für diese Untersuchung angefertigt worden waren. Lufthansa habe keine aus der Zeit vor dem Zusammenschlussvorhaben stammenden Dokumente zur Untermauerung der geltend gemachten Vorteile vorgelegt. Ferner hielt die Europäische Kommission die Schätzung, auf der die Angaben von Lufthansa zu geringeren Finanzierungs- und Beschaffungskosten beim Kauf von Flugzeugen basierten, für fragwürdig. Schließlich sah es die Wettbewerbsbehörde nicht als angemessen an, die Erfahrungen von Lufthansa mit Synergien in anderen Zusammenschlussfällen ohne Weiteres auf das vorliegende Vorhaben zu übertragen. Dies betonte die Europäische Kommission sowohl im Hinblick auf bei früheren Zusammenschlüssen erzielte Synergien im operativen Bereich als auch in Bezug auf die mögliche Neueröffnung von Routen.

753. Hinsichtlich der Fusionspezifität kommt die Europäische Kommission zu einer differenzierten Beurteilung. Während die Wettbewerbsbehörde einige Effizienzvorteile, z. B. die Kosteneinsparungen durch geringere Beschaffungskosten, als fusionspezifisch anerkannte, lehnte sie dies im Übrigen ab. Im Zusammenhang mit den

Vielfliegerprogrammen und der Netzwerkoptimierung können die geltend gemachten Effizienzgewinne nach Ansicht der Europäischen Kommission auch durch weniger wettbewerbswidrige Kooperationsvereinbarungen mit Lufthansa oder anderen Fluggesellschaften erreicht werden. Bezüglich der angegebenen Einsparung von Betriebskosten vermisste die Europäische Kommission einen Vergleich mit den Einsparungen, die SN ohne den Zusammenschluss hätte vornehmen können.

754. Die Europäische Kommission bezweifelte ferner, dass die angegebenen Effizienzvorteile den Verbrauchern auf den relevanten Märkten zugutekommen. Insbesondere habe Lufthansa keine konkreten Beweise dafür vorgelegt, dass die Vorteile aus dem Vielfliegerprogramm ausreichen, um die fusionsbedingte Wettbewerbsbeeinträchtigung auszugleichen. In Bezug auf die neu zu eröffnenden bzw. beizubehaltenden Direktverbindungen ist es laut Europäischer Kommission ebenfalls fraglich, ob sämtliche Kunden auf den betroffenen Strecken so große Vorteile erlangen, dass hypothetische Preiserhöhungen ausgeglichen wären. Soweit niedrigere Kaufpreise für Flugzeuge und niedrigere Finanzierungskosten betroffen sind, ist nach Auffassung der Europäischen Kommission unklar, wie diese Fixkosteneinsparungen an die Verbraucher weitergegeben werden sollen. Selbst wenn die behaupteten Effizienzgewinne aus dem Zusammenschlussvorhaben resultierten, würde ein etwaiger Verbrauchernutzen nach Ansicht der Wettbewerbsbehörde nur mittelbar eintreten. Somit wäre der eingetretene Nutzen deutlich weniger wahrscheinlich als bei einer Senkung der Grenzkosten. Abschließend hält die Europäische Kommission fest, dass angesichts der Tatsache, dass der geplante Zusammenschluss auf mindestens zwei Strecken ein Monopol begründen und auf einer weiteren Strecke den engsten Wettbewerber eliminieren würde, viele der geltend gemachten Einsparungen Fixkosten betreffen und der Anmelder die Verbraucherbeteiligung nicht belegt hat, ausreichende Effizienzgewinne als Folge des Zusammenschlussvorhabens unwahrscheinlich sind.

755. Soweit ersichtlich, hat die Europäische Kommission lediglich in den vertikalen Fällen TomTom/Tele Atlas und Nokia/Navteq das kumulative Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen für die Berücksichtigung von Effizienzgesichtspunkten bestätigt. Entsprechend den Leitlinien ging die Europäische Kommission davon aus, dass beide Zusammenschlüsse zu einem Wegfall von doppelten Aufschlägen führten. Im Verfahren TomTom/Tele Atlas bezifferte sie den Rückgang der durchschnittlichen Marktpreise für ein PND von TomTom mit 0 bis 5 Prozent. Nach Ansicht der Kommission würde der Endverbraucher infolge der Fusion auch von häufigeren und umfassenderen Aktualisierungen der Kartendatenbanken profitieren. Sie verwies hierzu auf die Leitlinien, wonach eine vertikale Fusion gemeinsame Anreize für die Parteien hinsichtlich Investitionen in neue Produkte, neue Herstellungsprozesse und in die Vermarktung des Produkts schaffen könne.

756. Die Europäische Kommission ging in ihrer Entscheidung ferner der Frage nach, ob die festgestellten Ef-

fizienzgewinne fusionsspezifisch waren. In Bezug auf die Eliminierung doppelter Preisaufschläge untersuchte sie, ob vertikale Vereinbarungen ohne den geplanten Zusammenschluss zu vergleichbaren Effizienzen führen würden. Maßgeblich sei hierbei, ob die fusionierenden Parteien ohne die Fusion Verträge mit einer nicht linearen Preisbildung abschließen würden. In diesem Zusammenhang prüfte die Kommission die Vertragsgestaltung zwischen Tele Atlas und Navteq einerseits und den PND-Herstellern andererseits. Dabei stellte sich heraus, dass Mengenrabatte zwar in der Branche üblich, diese Rabatte aber zu begrenzt seien, um doppelte Preisaufschläge aufzufangen. Aus diesem Grund betrachtete sie die Ausschaltung der doppelten Aufschläge als weitgehend fusionsbezogen. Soweit es um das Angebot besserer Karten ging, hielt die Wettbewerbsbehörde die Effizienzgewinne jedenfalls teilweise für fusionsspezifisch. Ein Teil der Gewinne könne zwar möglicherweise auch im Wege entsprechender Verträge über den Austausch von Feedback-Daten erzielt werden. Die notwendigen erheblichen Investitionen würden jedoch ohne den Zusammenschluss wahrscheinlich nicht getätigt werden.

757. Im Verfahren Nokia/Navteq bejahte die Wettbewerbsbehörde ebenfalls Effizienzgewinne durch den Wegfall doppelter Aufschläge. Laut den Parteien sollte der Zusammenschluss außerdem zu einer schnelleren Entwicklung von besseren Navigationsanwendungen für Fußgänger führen. Insoweit lehnte die Kommission einen Kausalzusammenhang jedoch ab.

758. In den beiden zuletzt dargestellten Verfahren erklärte die Europäische Kommission ausdrücklich, dass die Berücksichtigung von Effizienzgewinnen im Rahmen einer Gesamtanalyse der Auswirkungen des Zusammenschlusses, die sowohl die wettbewerbsbeeinträchtigenden als auch die wettbewerbsfördernden Effekte umfasst, zu erfolgen hat. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass die Europäische Kommission in beiden Fällen auf mögliche Effizienzgewinne der Zusammenschlussvorhaben einging, obwohl sie zuvor bereits die Fähigkeit und/oder Anreize zur Marktabschottung verneint hatte. Es ist anzunehmen, dass sie mit dieser Vorgehensweise das Erfordernis einer Gesamtanalyse unterstreichen wollte, verfahrensökonomisch sieht die Monopolkommission ein solches Vorgehen allerdings kritisch.

759. Kritikwürdig ist teilweise auch die Beurteilung der Europäischen Kommission hinsichtlich der zu erwartenden Effizienzgewinne. Sie verweist hierzu auf die Leitlinien, wonach vertikale Fusionen stärkere Anreize hinsichtlich Investitionen in neue Produkte, Herstellungsprozesse und in die Vermarktung des Produkts schaffen, und erwartet, dass die Fusion TomTom/Tele Atlas die Qualität der Kartendatenbank verbessere. Diese Verbesserung wird von der Europäischen Kommission zum Teil als fusionsspezifisch angesehen. Wenn TomTom zukünftig stärkeren Einfluss auf die Konzerntochter Tele Atlas bei der Herstellung der Kartendatenbanken ausübt, stellt sich die Frage, inwieweit dabei den Anforderungen der anderen Hersteller von PNDs Rechnung getragen wird. Wenn die Wettbewerber – und wenn auch nur in Details –

abweichende Erfordernisse haben und sie nicht in gleicher Weise wie TomTom Einfluss auf den Herstellungsprozess nehmen können, bewirkt die Fusion, dass sich die Qualität der Kartendatenbanken für TomTom verbessert und für Dritte verschlechtert. Die Wettbewerber müssen entweder unter Inkaufnahme von Wechselkosten auf NavTeq als Zulieferer für Kartendatenbanken ausweichen und dort auf eine vergleichbare Qualitätsverbesserung hinwirken oder aber sich auf einen ähnlich intensiven Informationsaustausch mit Tele Atlas einlassen. Ein verstärkter Informationsaustausch mit Tele Atlas dürfte für viele Wettbewerber auf dem PND-Markt nach der Fusion mit TomTom nicht infrage kommen. Sie hatten die Sorge geäußert, dass die vertraulichen Informationen, die sie bis dato an Tele Atlas geliefert hatten, nach der Fusion für TomTom zugänglich sein könnten. Die Kommission vertrat diesbezüglich den Standpunkt, dass Tele Atlas keine Pflicht zur Informationsweitergabe habe, der Informationsaustausch begrenzt sei, ohne nachteilige Folgen weiter reduziert werden könne und schließlich, dass Tele Atlas ein Interesse daran habe, vertrauliche Informationen zu schützen, um den Ruf als neutraler Anbieter nicht zu gefährden.

760. Sämtliche Einschätzungen sind problematisch. Erstens müssen andere Hersteller vertraulich mit Tele Atlas zusammenarbeiten können, um auch zukünftig Einfluss auf die Erstellung der Kartendatenbank nehmen zu können, zweitens bestehen keine überprüfbareren Barrieren für die Weitergabe sensibler Informationen und drittens hat die Konzernmutter TomTom sehr wohl ein starkes Interesse, über Tele Atlas an sensible Informationen der Wettbewerber zu gelangen. Es besteht nur kein Interesse daran, dass die Weitergabe dieser Informationen öffentlich bekannt wird. Für eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung der Fusion ist aber nicht maßgeblich, ob Tele Atlas tatsächlich Informationen an TomTom weitergibt. Wenn die Wettbewerber ein Risiko darin sehen und weniger Informationen gegenüber Tele Atlas preisgeben, müssen sie eine Entwicklung der Kartendatenbank akzeptieren, die nicht ihren eigenen Anforderungen entspricht, oder aber zu Navteq wechseln. Im ersten Fall verschlechtert sich ihre Wettbewerbsposition gegenüber TomTom, im zweiten Fall verstärkt sich die Marktmacht und damit der Preissetzungsspielraum von Navteq. Ebenso wenig würdigt die Europäische Kommission diese Probleme im Fall Nokia/Navteq und den Markt für Mobiltelefone mit Navigationsfunktion.

761. Daneben ist Folgendes zu bemängeln: Die nicht horizontalen Leitlinien verweisen in Bezug auf die Behandlung der Effizienzgewinne auf die horizontalen Leitlinien. Daraus ließe sich prinzipiell ableiten, dass die dort genannten Kriterien und Maßstäbe auch bei vertikalen und konglomeraten Zusammenschlüssen maßgebend sind. Tatsächlich nennt die Europäische Kommission in den dargestellten Fällen verschiedene Voraussetzungen, wie die Quantifizierbarkeit der Effizienzen, den Kausalzusammenhang zwischen Fusion und Effizienzen und mittelbar auch die Weitergabe der Effizienzgewinne an die Verbraucher. Im Einzelnen ist jedoch eine Vorgehensweise erkennbar, die deutlich von der bei horizontalen

Zusammenschlüssen abweicht. Zum einen ist der Begründungsaufwand seitens der Europäischen Kommission wesentlich geringer. Soweit der Wegfall der doppelten Aufschläge betroffen ist, wiederholt die Kommission im Wesentlichen nur die Ausführungen aus den Leitlinien, geht jedoch nicht auf Details des Einzelfalls ein. Sie erörtert ferner nur kurz die Möglichkeit, dass ein Kausalzusammenhang zwischen Fusion und dargestellten Effizienzgewinnen fehlen könnte. Zum anderen verzichtet die Europäische Kommission jedenfalls teilweise auf eine Quantifizierung der Effizienzen. Soweit sie von der zügigeren Bereitstellung besseren Kartenmaterials im Fall TomTom/Tele Atlas ausgeht, räumt sie selbst die Schwierigkeiten einer Quantifizierung ein und hält die von den Parteien vorgelegten Zahlen nicht für überzeugend. Im Verfahren Nokia/Navteq unterbleibt der Versuch einer Quantifizierung gänzlich. Schließlich fehlen detaillierte Angaben zur Weitergabe der Effizienzen an die Verbraucher.

Diese Vorgehensweise der Europäischen Kommission dürfte jedenfalls zum Teil darauf beruhen, dass es mangels Fähigkeit und/oder Anreizen zur Marktabschottung nicht mehr auf die (Höhe der) Effizienzgewinne ankommt. Es lässt sich aber auch so deuten, dass die Europäische Kommission im Rahmen von nicht horizontalen Zusammenschlüssen wesentlich geringere Anforderungen an die Darlegung und den Nachweis von Effizienzgewinnen seitens der Parteien stellt als bei horizontalen Zusammenschlüssen. Dies unterstreicht ihre Position, wonach von nicht horizontalen Zusammenschlüssen prinzipiell weniger Gefahren für den Wettbewerb ausgehen als von horizontalen Fusionen. Von besonderem Interesse werden deshalb nach Ansicht der Monopolkommission künftige Zusammenschlussverfahren sein, in denen die Europäische Kommission die Fähigkeit und Anreize zur Marktabschottung bejaht und die Höhe der festgestellten Effizienzen sowie ihre Weitergabe an die Verbraucher gerichtsfest nachweisen muss. Besondere Schwierigkeiten dürften hierbei auftreten, wenn die „schnellere und bessere Entwicklung von Produkten“ aufgrund des Zusammenschlusses infrage steht und zu quantifizieren ist.

762. Positiv bewertet die Monopolkommission den Ansatz der Europäischen Kommission in der Entscheidung Friesland/Campina, in der sie auf eine Untersuchung von Effizienzen ausdrücklich mit dem Hinweis verzichtet, dass auf den betroffenen Märkten bereits Wettbewerbsbedenken fehlen. Die Monopolkommission hält eine zweistufige Prüfung – der möglichen Wettbewerbsbeeinträchtigungen einerseits und der Effizienzgewinne andererseits – im Rahmen der Fusionskontrolle für richtig. Ob bestimmte Effizienzen die Wettbewerbsbeschränkungen eines Zusammenschlusses aufheben, lässt sich erst erkennen, nachdem das Ausmaß dieser Beschränkungen abgeschätzt wurde. Die Wettbewerbssituation nach dem Zusammenschluss beeinflusst außerdem die Frage, in welchem Umfang die Weitergabe von Effizienzvorteilen an die Verbraucher zu erwarten ist. Darüber hinaus müssen die Effizienzvorteile gerade den durch die Fusion ausgelösten Wettbewerbsbeeinträchtigungen begegnen. Schließlich stellt eine solche Vorgehensweise einen effi-

zienten Ressourceneinsatz aufseiten der Wettbewerbsbehörde sicher. In Fällen, in denen schon keine Wettbewerbsbedenken auftreten, ist eine Befassung mit möglichen Effizienzgesichtspunkten daher zu unterlassen.

763. Im Einzelnen ist anzumerken, dass die Europäische Kommission im Verfahren Lufthansa/SN ihren Standpunkt zu Kostensenkungen bei Wartung und Flugzeugkauf geändert hat. Noch in der Entscheidung Ryanair/Aer Lingus hatte die Kommission die Berücksichtigung derartiger Rabatte mit der Begründung verweigert, dass die aus erhöhter Nachfragemacht resultierenden Einsparungen nicht als effizienzfördernd geltend gemacht werden können. Aus einer reinen Umverteilung der Gewinne lasse sich kein zulässiger Effizienzeinwand ableiten. Vielmehr könnten nur solche Effizienzen erfolgreich vorgetragen werden, die bei einer Gesamtbetrachtung – zusätzlich – entstehen. In der Entscheidung Lufthansa/SN führte die Europäische Kommission hingegen aus, dass Einsparungen, die aus erhöhter Nachfragemacht resultieren und an die Passagiere auf den betroffenen Märkten weitergegeben werden, prinzipiell als fusionsspezifisch anerkannt werden können. Bemerkenswert ist daneben, dass die Europäische Kommission im Verfahren Lufthansa/SN – soweit ersichtlich – zum ersten Mal eine ausdrückliche Abwägung zwischen Wettbewerbsbeeinträchtigungen einerseits und Effizienzen andererseits vornahm. So stellte sie fest, dass der Geldwert eines erweiterten Vielfliegerprogramms im Vergleich zu den zu erwartenden Preiserhöhungen auf einzelnen Strecken gering sei. Sie erhob außerdem Zweifel, ob auch Urlauber und bestimmte Geschäftsreisende derart von neuen oder aufrechterhaltenen Strecken profitieren würden, dass hypothetische Preiserhöhungen ausgeglichen wären. Allerdings verzichtete die Europäische Kommission in beiden Fällen auf eine konkrete Quantifizierung der positiven und negativen Zusammenschlusseffekte.

764. Abschließend ist festzustellen, dass während des Berichtszeitraums in einer ganzen Reihe von Entscheidungen Effizienzen diskutiert wurden. Die Zusammenschlussbeteiligten haben in sieben von insgesamt 17 Zweite-Phase-Fällen einen Effizienzeinwand erhoben. Dies ist ein erheblicher Anstieg im Vergleich zum letzten Berichtszeitraum, in dem entsprechende Argumente bei einer Gesamtzahl von 20 Fällen in der zweiten Verfahrensphase lediglich viermal vorgetragen worden sind. Festzuhalten ist ferner, dass die Europäische Kommission nur bei zwei vertikalen Zusammenschlüssen alle Kriterien für eine Berücksichtigung von Effizienzen als erfüllt angesehen hat. Sie erkannte die geltend gemachten Effizienzvorteile hingegen in keinem Vorhaben mit horizontalem Schwerpunkt an, obgleich sie zum Teil das Vorliegen einzelner Voraussetzungen bejahte. Weiter lässt sich festhalten, dass Effizienzgesichtspunkte bislang in keinem einzigen Fall entscheidungserheblich waren. Dies gilt selbst für die Verfahren TomTom/Tele Atlas und Nokia/Navteq, in denen sämtliche Voraussetzungen für eine Effizienzberücksichtigung erfüllt waren, weil hier zuvor bereits alle denkbaren Wettbewerbsbedenken ausgeschlossen worden waren.

4.4.8 Ermittlungsbefugnisse und Analysemethoden

765. Die Europäische Kommission gewinnt die für die Beurteilung von Zusammenschlüssen notwendigen Informationen traditionell aus der Anmeldung der Zusammenschlussparteien sowie aus Befragungen von Konkurrenten und Marktteilnehmern auf vor- und nachgelagerten Marktstufen. Während des Berichtszeitraums hat die Europäische Kommission vermehrt Verbraucherbefragungen durchgeführt, z. B. in den Verfahren KLM/Martinair und StatoilHydro/ConocoPhillips. Eine wichtige Rolle spielten darüber hinaus interne Unterlagen der Fusionsbeteiligten. In den Fällen Thomson/Reuters und Arsenal/DSP gelang es der Europäischen Kommission mittels solcher Dokumente, die Argumente der Beteiligten im fusionskontrollrechtlichen Verfahren zu entkräften. Im Rahmen der Effizienzbeurteilung bemängelte sie hingegen wiederholt das Fehlen interner Unterlagen aus der Zeit vor dem Zusammenschlussverfahren, in denen Bezug auf die geltend gemachten Effizienzgewinne genommen wurde. Dokumenten, die ausschließlich für die Zwecke des Fusionskontrollverfahrens erstellt wurden, misst die Europäische Kommission in diesem Zusammenhang geringeren Beweiswert bei. Zu beobachten ist schließlich, dass im Berichtszeitraum vermehrt ökonomische Studien und quantitative Analysen zum Einsatz kamen. Dies war unter anderem in den Verfahren Friesland/Campina, Arsenal/DSP, Arjowiggins/M-Real Zanders Reflex, StatoilHydro/ConocoPhillips, Itema/Barcovision, TomTom/Teleatlas und Nokia/Navteq sowie in mehreren Zusammenschlussverfahren im Energiebereich der Fall.

766. In der Entscheidung Vattenfall/Nuon bewertet die Europäische Kommission die Stromversorgung von Großkunden als deutschlandweiten Markt und geht insoweit konform mit dem Bundeskartellamt. Zur räumlichen Marktabgrenzung der Stromversorgung von Kleinkunden diskutiert sie einige qualitative Argumente und nimmt eine empirische Untersuchung auf der Grundlage der Daten des Monitoringberichts der Bundesnetzagentur vor. Sie vergleicht die Marktpreise, soweit sie vom Versorger zu beeinflussen sind, d. h. bereinigt um Netznutzungsentgelte sowie Steuern und Abgaben, über das Bundesgebiet hinweg. Dabei zeigten sich deutliche Unterschiede, weshalb die Wettbewerbsbehörde von einem regionalen Preissetzungsverhalten ausgeht. Vattenfall hat ebenfalls eine ökonomische Analyse vorgelegt, die auf Verivox-Daten beruht und laut Vattenfall für eine nationale Abgrenzung des Stromkleinkundenmarktes spricht. Die Europäische Kommission hält zwar die Art der Analyse für vielversprechend, kritisiert allerdings ihre Durchführung, insbesondere die Datenauswahl. Vattenfall ermittelte die mittlere absolute Abweichung vom arithmetischen Mittel der 50 besten Strompreise im Gebiet der Top-40-Verteilnetzbetreiber und erhielt einen Wert von +/-6 Prozent. Die Europäische Kommission führte selbst eine ähnliche Untersuchung durch, in der sie die Abweichung des besten, bzw. des schlechtesten Tarifs eines jeden Verteilnetzes mit dem Durchschnittstarif in Deutschland verglichen hat. Es konnte eine Spannweite von +20 Prozent bis -40 Prozent ermittelt werden, die nach

Auffassung der Europäischen Kommission auf deutliche Unterschiede der Wettbewerbsbedingungen in den Gebieten der verschiedenen Verteilnetzbetreiber hinweist.

767. Der Fall EdF/BE warf nach Einschätzung der Europäischen Kommission einige energiespezifische Wettbewerbsprobleme auf. Die Wettbewerbsbehörde hatte unter anderem Bedenken hinsichtlich der Verbindung des flexiblen Erzeugungsprofils von EdF mit dem atomkraftbasierten Grundlastportfolio von BE. Basierend auf einer sehr umfassenden und detaillierten ökonomischen Analyse stellte die Europäische Kommission fest, dass die Wirkung eines solchen Zusammenschlusses ganz entscheidend von dem Portfolio der beteiligten Unternehmen und dem ihrer Wettbewerber abhängt. Die Kommission zeigte, dass die Kombination der komplementären Portfolios von EdF und BE Anreize zu einer Kapazitätszurückhaltung und damit zu steigenden Preisen bieten kann. Das Ausmaß dieser Anreize hängt laut Kommission von der Steigung der Angebotskurve, der Stellung der Erzeugungsanlagen in der Merit Order und dem variierenden Nachfrageniveau ab. Um die Wirkungen im konkreten Fall zu bestimmen, nutzte die Europäische Kommission ein Modell, das verschiedene Kapazitätszurückhaltungsstrategien berücksichtigen kann und davon ausgeht, dass die Preise auf der Basis der Grenzkosten des teuersten, gerade noch in die Produktion gerufenen Kraftwerks (Grenzkraftwerks) gebildet werden. Die Europäische Kommission führte eine Sensitivitätsanalyse durch und konnte zeigen, dass sich die Ergebnisse sehr sensitiv zu den Annahmen, unter anderem hinsichtlich Nachfrage, Kapazitäten und Grenzkosten der einzelnen Einheiten, verhalten. Dennoch konnte festgehalten werden, dass der Zusammenschluss zu signifikanten Preiserhöhungen bei verschiedenen plausiblen Annahmen führt.

768. Die Monopolkommission begrüßt das Vorgehen der Europäischen Kommission und weist mit Bezug auf den deutschen Markt darauf hin, dass eine zunehmende Konzentration auf der Erzeugerstufe zu erheblichen wettbewerblichen Problemen führen kann. Die Monopolkommission hat im Rahmen ihrer Untersuchungen bereits mehrfach festgestellt, dass die wettbewerblichen Hauptprobleme im Elektrizitätssektor auf der Erzeugerebene zu verorten sind. Eine Prüfung vor dem Zusammenschluss mit einer Simulation der Wahrscheinlichkeit möglicher Kapazitätszurückhaltungsstrategien ist nach Überzeugung der Monopolkommission sehr viel effektiver als der Versuch, der neuen Unternehmenseinheit im Nachgang des Zusammenschlusses wettbewerbsbeschränkendes Verhalten in Form von Kapazitätszurückhaltung nachzuweisen. Die Monopolkommission sieht deshalb den hohen Aufwand, der mit der detaillierten Analyse im vorliegenden Fall verbunden war, angesichts der drohenden Wettbewerbsbeeinträchtigung als gerechtfertigt an.

769. Im Fall RWE/Essent prüfte die Europäische Kommission ausführlich, ob durch den Zusammenschluss Marktmacht an den Grenzkuppelstellen zwischen Deutschland und den Niederlanden entsteht, die von RWE zur Kapazitätszurückhaltung genutzt werden kann, um dadurch die Preise in den Niederlanden und damit die

eigenen Profite zu erhöhen. Gemeinsam mit dem niederländischen Übertragungsnetzbetreiber verfügt RWE nach dem Zusammenschluss über drei von fünf Grenzkuppelstellen zwischen Deutschland und den Niederlanden. Die Europäische Kommission nahm eine zweistufige Untersuchung vor, in der sie zunächst die Anreize und dann die Möglichkeiten einer Kapazitätszurückhaltung prüfte. Bei der Untersuchung der Anreize wurde ein ökonomisches Modell verwendet, welches von den Parteien vorgelegt wurde und das den Preiseffekt einer 500-MW-Kapazitätszurückhaltung simuliert.³⁶⁹ Das Modell zeigte, dass eine Zurückhaltung von 500 MW für RWE in 5 bis 10 Prozent aller Stunden im Jahr profitabel ist. Die Europäische Kommission schätzte diesen Prozentsatz als gering ein und betonte, dass der niederländische Teil des zusammengegliederten Unternehmens, für den diese Strategie lohnenswert ist, lediglich ein Achtel der Gesamteinheit ausmacht. Hinzu kommt, dass das Modell nach Auffassung der Europäischen Kommission die Anreize überschätzt und nicht alle Kosten, die von RWE getragen werden müssen, einbezieht. Die Wettbewerbsbehörde schloss daraus, dass Anreize zur Kapazitätszurückhaltung zwar begrenzt, jedoch nicht ausgeschlossen sind. Allerdings verneinte sie die Möglichkeit zur Kapazitätszurückhaltung und begründete dies insbesondere mit der vorhandenen deutschen Regulierung und Aufsicht durch die Bundesnetzagentur.

770. Die Monopolkommission befürwortet die gründliche Prüfung der Europäischen Kommission zu den Wirkungen des Zusammenschlusses auf die Grenzkuppelstellen. Sie hat selbst stets die hohe Bedeutung des Ausbaus der Grenzkuppelstellen für die Belebung des Wettbewerbs auf dem deutschen Strommarkt betont.³⁷⁰ Würden nun durch den Zusammenschluss Anreize und Möglichkeiten zur Kapazitätszurückhaltung geschaffen, würde dieses den Bestrebungen nach einem europäischen Binnenmarkt entgegenlaufen.

771. In dem Verfahren StatoilHydro(SH)/ConocoPhillips (JET) untersuchte die Europäische Kommission die unilateralen Effekte des Zusammenschlusses auf den schwedischen und norwegischen Tankstellenmärkten und prüfte hierbei ausführlich, welchen Wettbewerbsdruck JET auf die Preise von SH und anderen Konkurrenten ausübt. Die Ergebnisse der von der Europäischen Kommission durchgeführten Marktuntersuchung weisen darauf hin, dass JET eine hervorgehobene Rolle spielt. Zum einen befinden sich die Tankstellen von JET an erstklassigen Standorten. Zum Zweiten war JET das erste Unternehmen mit einem Netzwerk von voll automatisierten Tankstellen. Das Unternehmen hat sich als Billiganbieter etabliert und ist in Bezug auf den durchschnittlichen

Durchsatz pro Tankstelle der effizienteste Betreiber. Die Europäische Kommission führte weiter aus, dass JET und das Statoil-Netzwerk den größten Einfluss auf die Endverkaufspreise von Motorkraftstoffen in Schweden ausüben. Mehrere der befragten Marktteilnehmer äußerten, dass durch den starken Wettbewerb zwischen Statoil, JET und Shell die Margen geschrumpft seien und die Rentabilität kleinerer und schwächerer Netzwerke abgenommen habe. Interne Dokumente von SH bestätigten, dass JET über ein sehr ausgeprägtes Markenimage verfügt und von SH als effizientester Wettbewerber betrachtet wird. Ferner geht laut Europäischer Kommission aus der durchgeführten Verbraucherbefragung hervor, dass JET als billigster Anbieter wahrgenommen wird. Aus diesen Gründen wirft die Ausschaltung von JET als unabhängigem Wettbewerber nach Ansicht der Europäischen Kommission erhebliche Wettbewerbsbedenken auf. Diese Wettbewerbsbedenken wurden durch die Ergebnisse einer umfangreichen ökonomischen Analyse seitens der Europäischen Kommission bestätigt. Die Kommission prüfte anhand von Regressionsanalysen, die auf die Cluster der Statoil-Tankstellen bezogen waren, wie sich die Preisgestaltung von JET auf die Preissetzung des Statoil-Netzwerks auswirkte.³⁷¹ Dabei kam sie zu dem Ergebnis, dass sowohl die Benzin- als auch die Dieselpreise von Statoil 0 bis 5 Prozent niedriger waren, wenn JET in den untersuchten Clustern präsent war.

772. Die Europäische Kommission verband im vorliegenden Fall eine qualitative Analyse mit mehreren Verbraucherbefragungen und ökonomischen Untersuchungen. Hierbei belegte die ökonomische Untersuchung die Ergebnisse der qualitativen Analyse, insbesondere den Druck, den JET auf allen untersuchten Märkten auf die Preispolitik von SH ausübt. Die Europäische Kommission erläuterte ihr Vorgehen ausführlicher als in früheren Verfahren. Anhand dieser Erklärungen ist auch erkennbar, dass die Wettbewerbsbehörde in der ersten Verfahrensphase noch zu dem Ergebnis gekommen war, dass die Präsenz von JET zu 5 bis 10 Prozent niedrigeren Preisen bei SH führt. Auf die Kritik der Zusammenschlussbeteiligten änderte die Europäische Kommission ihren Untersuchungsansatz in verschiedener Hinsicht und kam letztlich zu dem Ergebnis, dass aus der Präsenz von JET jeweils 0 bis 5 Prozent niedrigere Preise von SH resultierten. Soweit die Wettbewerbsbehörde ihren Untersuchungsansatz in der Entscheidung erklärt, kann ihr gefolgt werden. Eine detaillierte Auseinandersetzung mit der gewählten Vorgehensweise ist allerdings allein anhand der vorliegenden Entscheidung nicht möglich. Problematisch ist in diesem Zusammenhang schließlich, dass die Verfahrensfristen aufgrund von Auskunftsbeschlüssen der Wettbewerbsbehörde um insgesamt ca. acht Wochen verlängert wurden.

773. Anders als die ökonomische Untersuchung sind die zwei von der Europäischen Kommission durchgeführ-

³⁶⁹ Aus unterschiedlichen niederländischen und deutschen Studien ist bekannt, dass der niederländische Großhandelspreis sehr viel sensibler auf eine Zurückhaltung von 500 MW reagiert als der deutsche Preis. Das liegt daran, dass das Volumen auf dem sehr viel größeren deutschen Strommarkt sehr viel weniger ins Gewicht fällt als auf dem kleineren niederländischen Markt.

³⁷⁰ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 49, a. a. O., Tz. 316 ff., sowie Monopolkommission, Sondergutachten 54, a. a. O. Tz. 353 ff.

³⁷¹ Für das Hydro-Netzwerk sammelte die Europäische Kommission zwar vergleichbare Daten. Deren Qualität genügte den Anforderungen für die ökonomische Untersuchung jedoch nicht.

ten Verbraucherbefragungen eher kritisch zu bewerten. In der ersten Verbraucherbefragung ging es um die Wahrnehmung von JET seitens der schwedischen Verbraucher. Nach Aussage der Europäischen Kommission zeigt die Befragung, dass JET im Allgemeinen als Billiganbieter wahrgenommen werde: 47 Prozent der Befragten hätten angegeben, dass die Preise bei JET Schweden niedriger seien als bei der Konkurrenz. Aus den weiteren Erläuterungen der Kommission geht allerdings hervor, dass lediglich 27 Prozent der Befragten angaben, dass die Preise bei JET immer niedriger seien. 20 Prozent der Befragten äußerten sich dahingehend, dass die Preise bei JET manchmal niedriger seien und 19 Prozent der Befragten stuften die Preise von JET als ungefähr den Preisen der Konkurrenz entsprechend ein. Zudem wurde erst im weiteren Verlauf der Befragung erfragt, ob diese Wahrnehmung auch unter Berücksichtigung der Rabatte der Wettbewerber gelte. Hierauf gaben nur noch 21 Prozent der Befragten an, dass die Preise bei JET immer niedriger seien. 13 Prozent der Befragten hielten die Preise bei JET manchmal für niedriger und 18 Prozent stuften die Preise von JET als ungefähr den Preisen der Konkurrenz entsprechend ein. Vor diesem Hintergrund kommt dem Ergebnis der Verbraucherbefragung nur eingeschränkte Aussagekraft zu. Außerdem erscheint die Fragestellung generell wenig zielführend. Interessanter wäre z. B. die Meinung der Verbraucher zu der Frage gewesen, ob und zu welchem Anbieter sie bei einer dauerhaften Preiserhöhung von Statoil gewechselt wären.

774. Hintergrund der zweiten Verbraucherbefragung war die Feststellung der Europäischen Kommission, dass JET Norway ein konsequentes Markenimage betreibt und durch Nettopreise starke Signalwirkung erzielt. Die Kommission ging der Frage nach, ob das Nettopreissystem von JET Norway den Preisvergleich nach Ansicht der Abnehmer vereinfacht. Hier gaben über 50 Prozent der Befragten „in sehr hohem Maß“ oder in „relativ hohem Maß“ an. Es muss indes bezweifelt werden, ob eine solche Umfrage tatsächlich erforderlich war, um festzustellen, dass die Angabe von Nettopreisen – im Gegensatz zu komplexen Preissystemen, wie sie die Wettbewerber von JET etabliert haben – den Preisvergleich vereinfacht.

775. Die Europäische Kommission hat während des Verfahrens Friesland/Campina verschiedene ökonomische Analysen, insbesondere eine Schätzung der Nachfrageelastizitäten, durchgeführt. Hiermit wurden zwei Ziele verfolgt: Zum einen sollte die Abgrenzung des sachlichen Marktes näher beleuchtet werden, zum anderen sollte die Annahme bestätigt werden, dass die Marken der Fusionspartner wechselseitig einen erheblich stärkeren Wettbewerbsdruck aufeinander ausüben als die Hausmarken. Die Ergebnisse der vorgenommenen Analysen wurden den Parteien mit der Mitteilung der Beschwerdepunkte übermittelt. Diese übten an den ökonomischen Modellen sowohl in Hinsicht auf die Marktabgrenzung als auch in Hinsicht auf das Näheverhältnis zwischen Hersteller- und Hausmarken Kritik. In Bezug auf die Marktdefinition hielt die Europäische Kommission die Einwände für berechtigt und berücksichtigte die Analyseergebnisse im weiteren Verfahren nicht mehr. Hinsichtlich des Wettbe-

werbsdrucks von Hersteller- und Hausmarken nahm die Europäische Kommission den Standpunkt ein, dass die vorgetragenen Bedenken teilweise berechtigt seien und teilweise durch geeignete Modifikationen der Modellspezifikation ausgeräumt werden könnten. So gestand die Kommission in Bezug auf das Segment der haltbaren Milchlischprodukte zu, dass die Nachfragestruktur nicht zufriedenstellend beschrieben werden könne. Sie nahm daher Abstand davon, die ökonomischen Befunde in ihrer Entscheidung als Nachweis anzuführen. Bei frischen Basismilchprodukten waren die Einwände der Parteien nach Auffassung der Europäischen Kommission durch geeignete Modifikationen der Spezifikation zu entkräften. Die erneute Durchführung der Berechnungen – diesmal auf der modifizierten Grundlage – führte allerdings zu Ergebnissen, die die sonstigen qualitativen und quantitativen Nachweise nicht mehr bestätigten. Die Europäische Kommission betonte in diesem Zusammenhang jedoch auch, dass die neuen Ergebnisse den Annahmen über mögliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen in der Entscheidung in keiner Weise widersprechen. Im Ergebnis misst die Europäische Kommission den ökonomischen Befunden in ihrer Entscheidung kein Gewicht bei, die ökonomische Analyse blieb daher folgenlos.

776. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist das Vorgehen der Europäischen Kommission zu begrüßen. Die Wettbewerbsbehörde informierte die Parteien über die Berechnungsmethoden und Ergebnisse ihrer Analysen mit der Mitteilung der Beschwerdepunkte und gab ihnen somit ausreichend Gelegenheit zur Stellungnahme. Durch die Wahrung der in Artikel 18 Absatz 3 FKVO verankerten Verteidigungsrechte auch im Hinblick auf ihre quantitative Argumentation vermied die Kommission nicht nur diesbezügliche Verfahrensfehler. Die von den Parteien geäußerte Kritik gab ihr darüber hinaus Gelegenheit, ihre Vorgehensweise inhaltlich zu korrigieren, was die Wahrscheinlichkeit einer gerichtlichen Auseinandersetzung im Anschluss an die Kommissionsentscheidung deutlich senkt. Zudem sorgt die detaillierte Dokumentation des Geschehensablaufs und der Analyseergebnisse für mehr Transparenz. Gleichzeitig zeigt der Vorgang, dass die beteiligten Unternehmen durchaus erfolgreich gegen die quantitativen Analyseergebnisse der Europäischen Kommission argumentieren können.

777. Kritik an der Vorgehensweise der Europäischen Kommission, die sich auf die Folgenlosigkeit der vorgenommenen Berechnungen für die Entscheidungsfindung stützen würde, wäre nach Auffassung der Monopolkommission verfehlt. Es liegt in der Natur der Sache, dass vor Durchführung entsprechender quantitativer Analysen deren Ergebnisse unbekannt sind. Bei einer Kosten-Nutzen-Abwägung im Zusammenhang mit der Frage, ob die Europäische Kommission solche Analysen durchführen sollte, ist zu berücksichtigen, dass im Lebensmitteleinzelhandel die Sammlung und Aufbereitung der verwendeten Scannerdaten üblich ist, sodass die Datenübermittlung im vorliegenden Fall mit vertretbarem Aufwand möglich gewesen sein dürfte. In Rechnung zu stellen ist andererseits, dass die Verfahrensfristen auf Antrag der Parteien zweimal um je fünf Tage verlängert wurden.

778. Von besonderem Interesse in diesem Zusammenhang ist schließlich das Urteil des Gerichts erster Instanz im Verfahren Omya/Kommission, mit dem die Ermittlungsbefugnisse der Europäischen Kommission gestärkt wurden³⁷². Hintergrund des Prozesses bildete der Zusammenschlussfall Omya/Huber, den die Europäische Kommission im Juli 2006 in der zweiten Verfahrensphase unter Bedingungen und Auflagen freigegeben hat. Die Freigabeentscheidung erging erst ein knappes Jahr nach der Anmeldung bei der Europäischen Kommission. Mitursächlich für die lange Verfahrensdauer waren mehrere formelle Auskunftsverlangen der Europäischen Kommission gemäß Artikel 11 Absatz 3 FKVO, die jeweils eine Fristhemmung zur Folge hatten. Die Auskunftsverlangen dienten der Sammlung von Fakten für die Durchführung von ökonomischen Studien zur Marktsegmentierung und zur wettbewerblichen Würdigung. Auf der Grundlage der Informationen, die die Zusammenschlussparteien in Beantwortung der ersten Anfrage übermittelt hatten, verfasste die Europäische Kommission einen Entscheidungsentwurf, der die unbedingte Freigabe der geplanten Transaktion vorsah. Nachdem dieser Entscheidungsentwurf und die den Studien zugrunde gelegten Daten im Beratenden Ausschuss massiv kritisiert worden waren, verschickte die Europäische Kommission ein zweites formelles Auskunftsersuchen. Dieses zweite Ersuchen griff Omya gerichtlich an und machte unter anderem geltend, dass die verlangten Auskünfte für die Entscheidungsfindung nicht notwendig gewesen seien, weil die bereits übermittelten Informationen inhaltlich korrekt und eine weitere Verfahrensverlängerung unverhältnismäßig gewesen sei.

779. Das Gericht folgte diesem Vorbringen nicht. Seiner Auffassung nach ist die Europäische Kommission berechtigt, sämtliche Informationen zu verlangen, die sie für ihre Entscheidung benötigt. Die Frage, welche Informationen tatsächlich für die Entscheidungsfindung notwendig sind, sei aus der Ex-ante-Perspektive zu beantworten. Im vorliegenden Fall habe die Europäische Kommission daher zu Recht weitere Informationen verlangt. Die Monopolkommission begrüßt die vom Gericht vorgenommene Klarstellung. Mit der Stärkung der Ermittlungsbefugnisse der Europäischen Kommission wird sichergestellt, dass die Wettbewerbsbehörde sämtliche für ihre Entscheidungsfindung erforderlichen Informationen erhalten kann. Die Monopolkommission hält es auch für richtig, in diesem Zusammenhang auf eine Ex-ante-Betrachtung, also auf die Erkenntnislage abzustellen, in der sich die Europäische Kommission zum Zeitpunkt der Anforderung weiterer Informationen befindet.

4.5 Abhilfemaßnahmen

780. Im Oktober 2008 hat die Europäische Kommission eine überarbeitete Mitteilung über zulässige Abhilfemaßnahmen vorgelegt.³⁷³ Damit reagierte sie unter anderem

auf die Ergebnisse ihrer Studie über Abhilfemaßnahmen aus dem Jahr 2005, die bedeutende Mängel der bisherigen Zusagepraxis identifiziert hatte. Die neue Mitteilung weist nach Ansicht der Monopolkommission eine restriktivere Grundhaltung der europäischen Wettbewerbsbehörde gegenüber Zusageangeboten auf, was z. B. in umfangreichen Informations- und Nachweispflichten der Zusammenschlussparteien zum Ausdruck kommt. Daneben wird die Vorzugswürdigkeit von strukturellen Abhilfemaßnahmen, insbesondere von Veräußerungsverpflichtungen betont. Schließlich unterstreicht die Europäische Kommission die Bedeutung von Up-front-buyer- und Fix-it-first-Lösungen und erklärt alternative Verpflichtungsangebote für notwendig, sofern die Durchführung der zunächst offerierten Zusage ungewiss ist.

781. Soweit ersichtlich, kommt die strengere Einstellung der Europäischen Kommission auch in ihrer Entscheidungspraxis zum Ausdruck. Im Berichtszeitraum nahm die Kommission hauptsächlich Veräußerungszusagen entgegen, die allenfalls durch verhaltensorientierte Verpflichtungen ergänzt wurden. Dagegen gab es kaum Entscheidungen, in denen Verhaltenszusagen das Kernelement eines Zusagepakets bildeten. Des Weiteren hat die Europäische Kommission in einigen Verfahren auf alternative Zusageangebote oder Up-front-buyer- und Fix-it-first-Lösungen bestanden. Schließlich hat sie mehrfach umfangreiche Überlegungen zur Unabhängigkeit und Lebensfähigkeit der zu veräußernden Vermögensteile, zu den Anforderungen an künftige Erwerber sowie zur Existenz von Kaufinteressenten angestellt.

4.5.1 Veräußerungsverpflichtungen

782. In der weit überwiegenden Zahl von Erste- und Zweite-Phase-Verfahren, die mit Bedingungen und Auflagen abgeschlossen wurden, bestand die Hauptverpflichtung der Parteien in der Veräußerung von Vermögensteilen. Veräußerungsgegenstand waren entweder ganze Geschäftsbereiche oder einzelne Produktionsstätten sowie Minderheitsbeteiligungen an einzelnen Unternehmen. Zum Teil wurden die Parteien auch zur Veräußerung von Marken angehalten. In vielen Fällen führte die Veräußerungsverpflichtung zu einem vollständigen Wegfall der festgestellten Marktanteilsüberschneidungen. Teilweise verband die Europäische Kommission die Veräußerungsbedingungen mit verhaltensorientierten Zusagen, z. B. kurz- oder langfristigen Lieferpflichten, der Erbringung von Serviceleistungen oder der Einräumung von Lizenzrechten.

783. Zusagen, die ein Veräußerungsangebot enthalten, sind nach Auffassung der Monopolkommission grundsätzlich positiv zu bewerten. Derartige Zusagen sind struktureller Natur und daher am besten geeignet, die aus einem Zusammenschluss resultierenden strukturellen Wettbewerbsbedenken zu beseitigen. Sie werden in der Regel innerhalb kurzer Fristen umgesetzt und bedürfen danach keiner weiteren Kontrolltätigkeit seitens der Wettbewerbsbehörde. Trotz dieser grundsätzlich positiven Einstellung zu Veräußerungsverpflichtungen geben nach Auffassung der Monopolkommission einige der ange-

³⁷² EuG, Urteil vom 4. Februar 2009, Rs. T-145/06 „Omya/Kommission“.

³⁷³ Mitteilung der Kommission über nach der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission zulässige Abhilfemaßnahmen, ABl. EG Nr. C 267 vom 22. Oktober 2008, S. 1. Vgl. hierzu unten Tz. 854 ff.

nommenen Zusagen während des Berichtszeitraums Anlass zu Zweifeln an ihrer Wirksamkeit.

784. In dem Verfahren StatoilHydro(SH)/Conoco Phillips(JET) verpflichtete sich SH zur Veräußerung eines „Abhilfe“-Netzwerks, das aus ca. 160 Tankstellen der Marken Hydro oder UnoX sowie 40 Tankstellen von JET Sweden besteht, um die Wettbewerbsbedenken auf dem schwedischen Markt auszuräumen. Die Verpflichtungsveräußerung wurde durch eine Reihe von Belieferungs- und sonstigen Verträgen sowie der Möglichkeit zur Mitbenutzung und zum Erwerb von Kraftstoffdepots ergänzt. Für Norwegen sagte SH zu, JET Norway in seiner Gesamtheit zu veräußern. Die Europäische Kommission bestimmte insoweit, dass der Marktanteil des potenziellen Käufers vor dem Erwerb des „Abhilfe“-Netzwerks auf dem norwegischen Markt im Jahr 2007 nicht über 10 Prozent liegen darf. Daneben übernimmt SH gewisse Verpflichtungen zu Belieferung, Lagerung und Transport gegenüber dem Erwerber.

785. In dem Verfahren ist das Ergebnis des Markttests für die Verpflichtungszusagen in Schweden interessant. Der Markttest brachte kein eindeutiges Ergebnis, weil der Anteil der Befragten, die die vorgeschlagenen Maßnahmen für ausreichend und das Abhilfe-Netzwerk für existenzfähig hielten, genauso groß war wie der Anteil der Befragten, die die gegenteilige Ansicht vertraten. Die Europäische Kommission hielt die geltend gemachten Bedenken im Ergebnis für unbegründet. Sie verwies erstens darauf, dass das Abhilfe-Netzwerk den dritthöchsten durchschnittlichen Durchsatz auf dem schwedischen Markt haben und das gesamte Land abdecken werde. Zweitens habe das Netzwerk die erforderliche „kritische Masse“, um die Gemeinkosten abzudecken. Drittens sei das Abhilfe-Netzwerk in 80 der 109 Cluster, in denen JET Sweden präsent ist, mit mindestens einer Tankstelle vertreten. In den verbleibenden 29 Clustern seien in allen bis auf fünf Cluster mindestens drei Konkurrenten innerhalb von fünf Minuten Fahrzeit von jeder Statoil-Tankstelle präsent. Außerdem hätten verschiedene Befragte Interesse am Erwerb des Netzwerks bekundet.

786. Nach Ansicht der Monopolkommission bleiben dennoch einige Fragen im Zusammenhang mit den Verpflichtungsmaßnahmen offen. So hält die Europäische Kommission es nicht für erforderlich, dass die Marke JET mit dem Abhilfe-Netzwerk veräußert wird, obwohl sie in ihrer Entscheidung die Bedeutung der Marke und des Images von JET im Rahmen der wettbewerblichen Würdigung wiederholt unterstreicht. Ferner stellt sich die Frage, warum die Europäische Kommission für Schweden – anders als für Norwegen – trotz weitgehend vergleichbarer Marktcharakteristika auf die Bedingung verzichtet, dass die Marktanteile des Käufers vor dem Erwerb nicht über 10 Prozent liegen dürfen.

787. In dem Verfahren Thomson/Reuters beabsichtigte Thomson die Übernahme der Reuters Group. Der Zusammenschluss hätte in seiner ursprünglichen Form den Wettbewerb auf mehreren Märkten des Finanzinformationssektors erheblich beeinträchtigt. Die größten Überschneidungen bestanden im Bereich Forschung und Ver-

mögensverwaltung, unter anderem auf den Märkten für den Vertrieb von Aftermarket-Brokerberichten und von Wirtschaftsdaten-Zeitreihen. In Aftermarket-Brokerberichten werden Wertpapiere, Wirtschaftszweige oder Märkte analysiert. Der entsprechende Markt umfasst den Vertrieb der Berichte nach einer anfänglichen Sperrzeit von rund zwei Wochen, während derer sie nur ausgewählten Kunden zugänglich sind. Zeitreihen von Wirtschaftsdaten umfassen Daten zu makroökonomischen Variablen wie Bruttoinlandsprodukt und Arbeitslosigkeitsrate, die über lange Zeiträume erfasst werden, um eine Trendanalyse zu ermöglichen. Mit dem Zusammenschluss wäre der Wettbewerb zwischen den beiden wichtigsten und engsten Anbietern derartiger Datenbanken ausgeschaltet worden. Dies hätte sich für die Nachfrageseite, insbesondere für Finanzinstitute und für Anbieter von Desktop-Produkten, die die dargestellten Daten erwerben und in ihr eigenes Kundenangebot integrieren, nachteilig ausgewirkt. Nach Auffassung der Europäischen Kommission standen einer Veräußerung der entsprechenden Geschäftsbereiche die engen Verbindungen zu anderen Unternehmensbereichen entgegen. Um die festgestellten Wettbewerbsbedenken zu beseitigen, verpflichteten sich die Zusammenschlussparteien im Wesentlichen, jeweils eine Kopie der betroffenen Datenbanken zu veräußern. Daneben hat der Käufer die Möglichkeit, entsprechendes Personal der Parteien zu übernehmen. Außerdem erhalten bestimmte Kunden der Zusammenschlussbeteiligten die Möglichkeit, zu dem Erwerber überzuwechseln. Die Parteien leisten für einen Übergangszeitraum technischen Support und stellen in dieser Zeit regelmäßige Updates zur Verfügung. Schließlich wird der Erwerber von den Beteiligten beim Aufbau vertraglicher Bindungen mit den entsprechenden Anbietern der erforderlichen Daten unterstützt. Sollte am Tag des Erwerbs nicht eine bestimmte Zahl von wichtigen Datenlieferanten als Vertragspartner zur Verfügung stehen, müssen die Zusammenschlussparteien die Erwerber mit entsprechenden Informationen beliefern. Außerdem verlängert sich dann der Zeitraum, in dem die Parteien Updates zur Verfügung stellen müssen.

788. Nach Auffassung der Monopolkommission ist fraglich, ob das dargestellte Zusagenpaket geeignet ist, die festgestellten Wettbewerbsbeeinträchtigungen auszugleichen. Die Europäische Kommission betont selbst mehrfach, dass die Wettbewerbsfähigkeit auf den relevanten Märkten maßgeblich vom Besitz einer umfassenden, historischen Datenbank abhängt. Dabei spielen die Qualität der Datenbank und die Reputation des Anbieters eine herausragende Rolle. Zwar soll laut Verpflichtungszusage die Kopie einer Datenbank veräußert werden. Nach Auffassung der Monopolkommission reicht das aber nicht aus, um die Wettbewerbsbedenken auszuräumen, da Übergangsschwierigkeiten bei der Inbetriebnahme und der fortlaufenden Dateneinspeisung wahrscheinlich sind. Sollte die zeitnahe Lieferung von validen Daten nicht jederzeit gelingen, würde die Reputation des Erwerbers sofort mit der Folge leiden, dass die Kunden zügig zu den eingesessenen Anbietern zurückkehren. Entscheidend ist in diesem Zusammenhang, dass auch Anfangsschwierigkeiten die Qualität der Datenbank unmittelbar und nach-

haltig schwächen können. Entsprechende Risiken bestehen umso mehr, weil der Qualitätserhalt in hohem Maß von der Übertragung geeigneten Personals und von der Zulieferung ausreichender und valider Daten, mithin vom Verhalten Dritter, abhängt.

Zwar trifft die Europäische Kommission insofern eine gewisse Vorsorge, indem sie die Parteien im Falle ungenügender Datenzulieferung durch Dritte dazu verpflichtet, einem Erwerber selbst Updates zur Verfügung zu stellen. Aber auch in diesem Fall ist nach Ansicht der Monopolkommission eine Verschlechterung der Situation der Abnehmer wahrscheinlich. Denn es ist davon auszugehen, dass die Zusammenschlussparteien nicht zwei parallele Datenbanken weiterführen, sondern ihre Datenbanken nach dem Zusammenschluss zusammenführen werden. Nutzt der Erwerber die Updates der Zusammenschlussparteien, steht den Abnehmern im Ergebnis für den entsprechenden Zeitraum nur noch eine einheitliche Datenbank zur Verfügung.

789. Zur Beseitigung der Wettbewerbsbedenken in dem Verfahren Arsenal/DSP schlug Arsenal zunächst vor, einige Teile eines Benzoesäurewerks zu verkaufen. Der Käufer sollte einerseits alle für die Produktion und den Verkauf von fester Benzoesäure und Natriumbenzoat, einem nachgelagerten Produkt, erforderlichen Anlagen erwerben. Zum anderen sollte im Rahmen der Veräußerung ein Gemeinschaftsunternehmen zur Herstellung flüssiger Benzoesäure – dem wesentlichen Input-Faktor bei der Herstellung fester Benzoesäure – gegründet werden. Dieses sollte gemeinsam vom Veräußerer und Erwerber kontrolliert werden, wobei die Produktion von flüssiger Benzoesäure zwischen den beiden Partnern aufzuteilen gewesen wäre. Nach richtiger Auffassung der Europäischen Kommission vermochte diese Ausgestaltung der Zusagen die festgestellten Wettbewerbsbedenken nicht auszuräumen. Kritisch zu sehen ist insbesondere die strukturelle Verknüpfung zwischen dem Erwerber und der neuen Unternehmenseinheit über ein Gemeinschaftsunternehmen. Diese führt dazu, dass sich der Erwerber bei strategischen Entscheidungen im Hinblick auf die vorgelegte Produktion flüssiger Benzoesäure mit dem Veräußerer einigen müsste, was einen wirksamen Wettbewerb zwischen Käufer und Verkäufer auf dem Markt für feste Benzoesäure verhindern würde. In diesem Zusammenhang besteht auch die Gefahr, dass der Veräußerer den Erwerber davon abhalten würde, seine Produktion fester Benzoesäure zu steigern. Aus den genannten Gründen ist es zu begrüßen, dass die Europäische Kommission das erste Zusagenpaket für unzureichend erklärte und den Zusammenschluss erst freigab, nachdem die Parteien die völlige Veräußerung des Werks zur Herstellung flüssiger Benzoesäure anboten.

790. Problematisch bleibt der vorliegende Fall allerdings aus anderen Gründen. Die letzte Fassung des Entscheidungsentwurfs mit den geänderten Zusagen erreichte die Mitgliedstaaten erst zwei Arbeitstage vor der Sitzung des Beratenden Ausschusses. Wie die Monopolkommission bereits anlässlich vergleichbarer Fälle in der Vergangenheit festgestellt hat, ist unter diesen Vorausset-

zungen eine fundierte Prüfung seitens der nationalen Wettbewerbsbehörden kaum mehr möglich. Die Monopolkommission räumt ein, dass die Europäische Kommission angesichts der knappen Fristen in der Fusionskontrollverordnung unter hohem Zeitdruck steht. Dieser Zeitdruck darf aber nicht einseitig zulasten der in Artikel 19 FKVO festgelegten Mitwirkungsrechte der Mitgliedstaaten gehen. Vielmehr ist die Europäische Kommission gehalten, Termine so zu setzen, dass die nationalen Behörden – vor dem Hintergrund der zum Teil sehr umfangreichen Zusagenpakete – angemessen beteiligt werden können. Gegen das einseitig zulasten der Mitgliedstaaten gehende Vorgehen spricht auch die Bedeutung, die den nationalen Befugnissen erst in jüngster Zeit vom Gericht erster Instanz beigemessen wurde.³⁷⁴ Das EuG betonte im Zusammenhang mit „verspätet“ vorgelegten Zusagen ausdrücklich, dass die Europäische Kommission solche Zusagen nur dann zurückweisen darf, wenn durch sie die festgestellten Wettbewerbsbedenken nicht klar und eindeutig ausgeräumt oder die Beteiligungsrechte der Mitgliedstaaten nicht mehr angemessen ausgeübt werden können.

4.5.2 Abbau von Marktzutrittsschranken im Energiesektor

791. Die Europäische Kommission hat im Berichtszeitraum eine Reihe von Zusammenschlüssen im Energiebereich während der ersten Verfahrensphase unter Bedingungen und Auflagen freigegeben. Sie hat hierbei hauptsächlich Veräußerungszusagen entgegengenommen. Im Fall RWE/Essent waren sämtliche Wettbewerbsbedenken der Europäischen Kommission mit der Essent-Beteiligung an den Stadtwerken Bremen verbunden. Daher konnten die Parteien mit der Zusage, diese Beteiligung zu veräußern, die Bedenken vollständig ausräumen. Im Verfahren Nuon/Vattenfall betrafen die wettbewerblichen Probleme ausschließlich das deutsche Geschäft. Aus diesem Grund schlug Vattenfall vor, das deutsche Endkundengeschäft von Nuon mit Strom zu veräußern. Ausgenommen sind eine Vorratsgesellschaft sowie die Verträge, die nicht in Verbindung mit der Strom- und Gasversorgung von Endkunden in Berlin und Hamburg stehen. Dem Käufer wird zudem für eine Übergangsfrist die Lizenz für die Marke „Nuon“ erteilt. Nuon verzichtet im Gegenzug für eine Übergangszeit darauf, die Marke in der Endkundenversorgung mit Strom und Gas in Deutschland zu nutzen. Die Europäische Kommission sah den zu veräußernden Unternehmensteil als selbständig und rentabel an. Sie bewertete insbesondere die Verpflichtung Vattenfalls, einige Zeit auf die Marke „Nuon“ in Deutschland zu verzichten, als sachgerechten Schritt, damit sich der veräußerte Unternehmensteil als Wettbewerber zu Vattenfall positionieren könne.

792. Im Fall EdF/BE wurden die Veräußerungszusagen durch eine verhaltensorientierte Maßnahme ergänzt. Das zuletzt vorgelegte Zusagenpaket adressierte die vier Hauptbedenken der Wettbewerbsbehörde. Auf das Risiko

³⁷⁴ Vgl. Tz. 841 ff.

einer Kapazitätszurückhaltung reagierten die Parteien mit dem Angebot, zwei Kraftwerke (ein Grundlastkraftwerk von BE und ein flexibles Gaskraftwerk von EdF) zu veräußern. Mit der Zusage der Versteigerung von Strommengen auf dem Großhandelsmarkt in vier aufeinanderfolgenden Zeiträumen sollte der Gefahr einer Verringerung von Liquidität entgegengewirkt werden. In diesem Zusammenhang betonte die Europäische Kommission, dass sie zwar strukturelle Auflagen favorisiert, in einigen Situationen aber Ausnahmen macht. Im vorliegenden Fall habe sie Verhaltensauflagen akzeptiert, die zusätzlich zur Kraftwerksveräußerung verhindern sollen, dass sich negative Wettbewerbseffekte aus den komplementären Erzeugungsprofilen der Zusammenschlussparteien ergeben. Die Europäische Kommission habe auch in ihrer Sektoruntersuchung festgestellt, dass Release-Programme im Gassektor eine Maßnahme gegen hohe Marktkonzentration bilden.³⁷⁵ Der dritte Zusagenkomplex sollte den Zugang zu geeigneten Bauplätzen für Atomreaktoren sicherstellen. EdF sagte die Veräußerung eines ihrer Standorte zu. Schließlich gab EdF ein Anbindungsrecht für neue Kraftwerke an das Stromnetz auf.

793. Die Monopolkommission begrüßt, dass die Europäische Kommission auch auf den betroffenen Energiemärkten überwiegend Abhilfemaßnahmen struktureller Natur gewählt hat. Was die Verauktionierung von Strommengen betrifft, können diese ihrer Ansicht nach grundsätzlich zu einer Erhöhung der Liquidität des Großhandelsmarktes und zur Senkung der Markteintrittsbarrieren für neue Wettbewerber beitragen. Allerdings sieht die Monopolkommission die Verauktionierung von Strommengen nur in Kombination mit den auferlegten Kraftwerksveräußerungen als geeignet an, wettbewerbliche Bedenken auszuräumen. Für den Erfolg einer solchen Verhaltensauflage sind zwei Aspekte maßgeblich, die auch im Rahmen des von der Europäischen Kommission durchgeführten Markttests von den Marktteilnehmern genannt wurden. Zum einen kommt es darauf an, dass der Auktionsmechanismus diskriminierungsfrei ausgestaltet ist. Zum anderen ist entscheidend, dass das Auktionsvolumen groß genug ist, um einen Liquiditätseffekt zu erzielen. Nach Einschätzung der Monopolkommission hat die Europäische Kommission die Verhaltensauflage im vorliegenden Fall nach einer sehr differenzierten und umfangreichen Abwägung eingesetzt. Abzuwarten bleibt, ob die vorgesehene Zeitspanne ausreicht, um auch nachhaltige Veränderungen auf den betroffenen Märkten herbeizuführen.

4.5.3 Abbau von Marktzutrittsschranken im Passagierluftverkehr

794. In den letzten beiden Jahren hatte die Europäische Kommission erneut über eine Reihe von Zusammenschlüssen im Luftverkehr zu entscheiden. Im Berichtszeitraum waren der Erwerb von British Midland, SN Air-

holding und Austrian Airlines durch die Lufthansa, die Übernahme von Martinair durch KLM sowie das Vorhaben Iberia/Vueling/Clickair Gegenstand von Verfahren vor der Europäischen Kommission. Die beiden letztgenannten Fälle und der Fall Lufthansa/British Midland wurden von der Europäischen Kommission in der ersten bzw. zweiten Verfahrensphase ohne Bedingungen und Auflagen genehmigt. Die Transaktionen Lufthansa/SN Airholding und Lufthansa/Austrian Airlines gab die Europäische Kommission hingegen in der zweiten Verfahrensphase unter Abhilfemaßnahmen frei.

795. In der Vergangenheit waren die Erfahrungen der Europäischen Kommission mit Abhilfemaßnahmen auf den Märkten für Luftverkehr nicht immer positiv. Kernelement dieser Maßnahmen bildete die Vergabe von Zeitnischen, sog. Slots, für Flugstrecken, auf denen der Zusammenschluss zu Wettbewerbsbedenken geführt hätte.³⁷⁶ Mithilfe der Slotabgabe sollten Marktzutrittschranken gesenkt und der Eintritt von neuen Wettbewerbern erleichtert werden. Die Verpflichtung zur Slotabgabe wurde regelmäßig durch verschiedene Verhaltensauflagen ergänzt, die unter anderem Vereinbarungen zum Interlining und Codesharing sowie die Möglichkeit, am Vielfliegerprogramm des Erwerbers teilzunehmen, vorsahen.³⁷⁷ In einigen Fällen hatten diese Zusagenpakete jedoch nicht ausgereicht, um neue Anbieter zu einem Marktzutritt neben der dominanten oder starken neuen Unternehmenseinheit zu bewegen.

796. Diese negativen Erfahrungen flossen in die Ausgestaltung der Abhilfemaßnahmen in den Fällen Lufthansa/Austrian Airlines und Lufthansa/SN Airholding ein. In dem Verfahren Lufthansa/Austrian Airlines hatte die Europäische Kommission auf fünf Strecken, Wien–Stuttgart, Wien–Köln, Wien–München, Wien–Frankfurt und Wien–Brüssel, erhebliche Wettbewerbsprobleme identifiziert. Den Schwerpunkt des Abhilfepakets bildete zwar erneut die Verpflichtung zur Abgabe einer Reihe von Slots auf allen problematischen Strecken. Die Europäische Kommission entwickelte ihre Zusagenpraxis aber in verschiedener Hinsicht weiter. Zum einen wurde das Vergabeverfahren für diese Slots effizienter ausgestaltet. Zum Zweiten müssen die Slots innerhalb von 20 Minuten – anstelle der früher üblichen 30 Minuten – der angefragten Zeit liegen. Zudem enthalten die Zusagen keine Einschränkung hinsichtlich der Anzahl der zu übertragenden Slots während der sog. Peak Hours. Mit der kostenlosen Übertragung der Slots ist ferner die Möglichkeit verbunden, nach Ablauf der in den Verpflichtungszusagen festgelegten Nutzungszeiten die sog. Großvaterrechte zu er-

³⁷⁵ European Commission, DG Competition Report on Energy Sector Inquiry, SEC(2006) 1724, 10 January 2007, Frequently asked Questions, S. 4.

³⁷⁶ Ein Slot bezeichnet in der Luftfahrt ein Zeitfenster, in dem eine Fluggesellschaft einen Flughafen zum Starten oder Landen eines Flugzeugs benutzen darf.

³⁷⁷ Unter Interlining versteht man Abkommen zwischen Airlines, die es ihren Kunden erlauben, zwischen den beteiligten Partnern umzusteigen. Das Codesharing (Code-Teilung) ist ein Verfahren im Luftverkehr, bei dem sich zwei oder mehrere Fluggesellschaften einen Linieneinflug teilen. Jede der beteiligten Gesellschaften führt diesen Flug unter einer eigenen Flugnummer, dem Code. Es ermöglicht den Fluggesellschaften, Flüge anzubieten, die sie gar nicht selbst durchführen.

halten.³⁷⁸ Diese können dann von den Erwerbern auch für andere als die ursprünglich vorgesehenen Strecken verwendet werden. Vervollständigt wird das Zusagenpaket durch spezielle Codeshare-Vereinbarungen, die es den neuen Wettbewerbern erlauben, ihre Codes auf Flügen der Fusionsparteien zu platzieren, sofern eine der wettbewerblich bedenklichen Strecken betroffen ist. Zudem können die Erwerber Interlining- und Intermodal-Vereinbarungen sowie Abreden über Vielfliegerprogramme treffen. Nach den Erkenntnissen der Europäischen Kommission gibt es für die Slots auf sämtlichen betroffenen Strecken glaubwürdige Interessenten. Auf den Strecken Wien–Frankfurt und Wien–München existiere ein aktiver Wettbewerber, der aufgrund der Abhilfemaßnahmen seine bestehenden Slots austauschen könne, um Flüge zu attraktiveren Zeiten anzubieten. Auf der Strecke Wien–Frankfurt habe dieser Konkurrent zudem die Möglichkeit, die derzeit von Lufthansa nur geleasteten Slots einzutauschen.

797. Die Monopolkommission hat sich in ihrem letzten Hauptgutachten ausführlich zu den Problemen geäußert, die mit den auferlegten Verpflichtungen verbunden sind.³⁷⁹ Insbesondere hatte sie verdeutlicht, dass die Abgabe von Slots zwar eine rechtliche Chance für Wettbewerber bildet, einen Flughafen zu bedienen. Auf stark belasteten Flughäfen können auf diese Weise grundsätzlich die Marktzutrittschranken gesenkt werden. Allerdings stellte sie auch fest, dass die geringe Verfügbarkeit von Slots nicht die einzige Marktzutrittschranke bilden muss, sodass durch die Slotabgabe nicht ohne Weiteres ein Marktzutritt sichergestellt werden kann. Ferner wies sie auf die Gefahr hin, dass die Abhilfemaßnahmen eine zu geringe Anzahl von Slots umfassen, unattraktive Strecken einbeziehen oder in sonstiger Weise ungeeignet sein können, potenzielle Wettbewerber anzuziehen.

798. Die Monopolkommission begrüßt deshalb, dass die Europäische Kommission selbst Mängel in der vergangenen Zusagenpraxis einräumt und nunmehr bestrebt ist, diese Defizite zu beseitigen. Allerdings verbleiben weiter erhebliche Zweifel an der Wirksamkeit der angenommenen Zusagen. Nach Ansicht der Monopolkommission dürfte zwar insbesondere die Aussicht, Großvaterrechte zu erwerben und diese auch auf anderen als den wettbewerblich bedenklichen Strecken einzusetzen, die Attraktivität eines Marktzutritts erhöhen. Problematisch erscheint in diesem Zusammenhang jedoch, dass bei einer anderweitigen Nutzung der erworbenen Slots die ursprünglichen Wettbewerbsbedenken erneut durchschlagen können. Dies ist um so bedenklicher, als die Großvaterrechte auf einigen Strecken bereits nach zwei (halbjährlichen) IATA-Saisons erworben werden können. Daneben stellt sich nach Auffassung der Monopolkommission die Frage, ob die Möglichkeit zum Abschluss

von Codeshare-Vereinbarungen negativ auf die Wahrscheinlichkeit eines Marktzutritts wirkt. Die Europäische Kommission selbst hat bei der Prüfung eines Codeshare-Abkommens zwischen den Parteien in dem Verfahren Lufthansa/British Midland festgestellt, dass diese kaum aktuellen oder potenziellen Wettbewerbsdruck aufeinander ausüben. Die Monopolkommission räumt ein, dass die Auswirkungen eines Codesharing-Abkommens von Fall zu Fall unterschiedlich ausfallen können. Ihrer Auffassung nach hätte die Europäische Kommission aber im vorliegenden Fall dieser Frage bei der Entgegennahme der Zusagen nachgehen müssen. Schließlich äußert die Europäische Kommission selbst Zweifel daran, ob angesichts der derzeitigen Krise im Luftverkehr tatsächlich zeitnah Marktzutritte erfolgen werden. Es bleibt auch nach Ansicht der Monopolkommission abzuwarten, ob die Änderungen im Zusammenhang mit der Slotabgabe tatsächlich zu vermehrten und zügigen Markteintritten führen werden.

Positiver schätzt die Monopolkommission die Auswirkung der Abhilfemaßnahmen auf den Strecken Wien–München und Wien–Frankfurt ein, da hier bereits ein aktiver Wettbewerber vorhanden ist. Die Stärkung der Expansionsmöglichkeiten eines aktuellen Wettbewerbers erscheint im Hinblick auf die Entstehung wirksamen Wettbewerbsdrucks weitaus erfolgversprechender als die bloße Eröffnung von Marktzutrittsmöglichkeiten für potenzielle Konkurrenten.

4.5.4 Verhaltensorientierte Abhilfemaßnahmen

799. Die Europäische Kommission hat während des Berichtszeitraums in aller Regel nur ergänzend auf verhaltensorientierte Abhilfemaßnahmen zurückgegriffen. Hier sind insbesondere Lieferpflichten des Veräußerers oder eines Dritten gegenüber dem künftigen Erwerber zu nennen. Für die Beurteilung solcher Lieferverpflichtungen kommt es nach Auffassung der Monopolkommission auf die konkrete Ausgestaltung im Einzelfall an. Sind die Belieferungspflichten eher kurzfristiger Natur und dienen sie dem Erhalt der Lebensfähigkeit des veräußerten Vermögensteils in einer Übergangszeit, sind sie regelmäßig als eher unproblematisch einzuschätzen. Dies gilt insbesondere dann, wenn dem potenziellen Erwerber Belieferungsoptionen eingeräumt werden. In solchen Fällen trifft letztlich der Erwerber die Entscheidung, ob er vom Veräußerer beliefert werden oder auf andere Quellen ausweichen will. Skeptischer steht die Monopolkommission langfristigen Lieferbeziehungen gegenüber, die dauerhaft Abhängigkeiten des Erwerbers schaffen, dem Veräußerer langfristig Einblicke in Produktionsprozesse und Kosten seines Wettbewerbers ermöglichen und kontinuierlich Diskriminierungspotenzial – etwa bezüglich Lieferfristen und Qualität – bergen. In der Entscheidungspraxis gibt die Ausgestaltung der Lieferpflichten im Verfahren Friesland/Campina Anlass zu Kritik. Verhaltensorientierte Zusagen wurden ebenfalls im Verfahren KLM/Martinair angeboten, von der Europäischen Kommission jedoch zurückgewiesen.

³⁷⁸ Das Großvaterrecht ist das Recht auf Wiederzuteilung einer Slotserie für die nächste Saison, das eine Fluggesellschaft erhält, wenn sie in der Vorsaison mindestens 80 Prozent der Slotserie genutzt hat.

³⁷⁹ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O., Tz. 753 ff.

800. In dem Verfahren Friesland/Campina erhob die Europäische Kommission auf einer Reihe von Märkten Wettbewerbsbedenken, die zum Teil auf der Entstehung von marktbeherrschenden Positionen, zum Teil auf der Gefahr von erheblichen Wettbewerbsbehinderungen beruhten. Sie äußerte wettbewerbliche Bedenken unter anderem auf verschiedenen Märkten für Frischmilchprodukte, auf mehreren Märkten für Käse sowie auf dem Markt für die Beschaffung von Rohmilch. Zur Begründung dienten regelmäßig die hohen Marktanteile der Parteien in Verbindung mit dem Besitz wichtiger Marken sowie das enge Substitutionsverhältnis der Parteien. Die Europäische Kommission stellte weiterhin fest, dass für die Nachfrager ein Lieferantenwechsel problematisch wäre, hohe Marktzutrittsbarrieren bestehen und keine Nachfragemacht ausgeübt werden könne. Sie gab den Zusammenschluss daher nur unter Bedingungen und Auflagen frei.

801. Das Zusagenpaket enthielt weitreichende Veräußerungsverpflichtungen, die unter anderem die gesamte Frischmilchsparte von Friesland in den Niederlanden sowie einen Produktionsstandort von Campina betrafen. Daneben umfasste das Verpflichtungsangebot verschiedene Liefer- und Vertriebsvereinbarungen, die der Käufer wahlweise mit den Zusammenschlussparteien treffen kann. Außerdem mussten die Parteien eine Reihe von Marken abgeben und eine fünfjährige, erneuerbare und ausschließliche Lizenz für die Verwertung der Marke Friesche Vlag für das derzeitige Frischmilch-Portfolio von Friesland in den Niederlanden erteilen. Als Voraussetzung für tragfähige Verpflichtungsangebote hinsichtlich der nachgelagerten Märkte sah die Europäische Kommission die Sicherstellung eines langfristigen Zugangs zu Rohmilch für die künftigen Erwerber der Frischmilchsparten an. In Anbetracht der Tatsache, dass die Anmelder nach dem Zusammenschluss 70 bis 80 Prozent des gesamten niederländischen Bestands an Rohmilch kontrollieren werden, müssen die Zusammenschlussparteien laut Europäischer Kommission den Zugang zu Rohmilch für die Käufer der auszugliedernden Sparten sicherstellen. Diese Verpflichtung soll sich auch auf die Rohmilchmengen erstrecken, die für einen künftigen Kapazitätsausbau benötigt werden. Da die Parteien nicht in der Lage sind, ihre Milchviehhalter aus der Genossenschaft auszuschließen oder sie dazu zu zwingen, eine Liefervereinbarung mit den Erwerbern abzuschließen, haben sie folgende Zusagen vorgelegt:

802. Die Parteien verpflichten sich für zwei Jahre zur Lieferung von Rohmilch an die jeweiligen Käufer. Der Preis für die Rohmilch entspricht dem garantierten Auszahlungspreis, den die neue Unternehmenseinheit ihren Milchviehhaltern zahlt. Auf diesen Preis wird für die ersten sechs Monate ein Nachlass in Höhe von 1 Prozent gewährt. Außerdem gewähren die Parteien den Erwerbern sowie weiteren Molkereiunternehmen Ziehungsrechte für Rohmilch bis zu einer bestimmten Maximalmenge. Diese Ziehungsrechte werden über eine unabhängige und gemeinnützige Organisation, den neu zu gründenden Dutch Milk Fund, erteilt. Die erforderliche Flexibilität insbesondere im Zusammenhang mit der Herstellung von Frisch-

milchprodukten soll insbesondere durch die Möglichkeit der Anpassung der prognostizierten Wochenmenge um +/-5 Prozent gewährleistet werden. Die Vereinbarungen mit dem Dutch Milk Fund sollen zeitlich unbefristet sein und so lange bestehen, bis eine bestimmte Anzahl an Milchviehhaltern aus der zusammengeschlossenen Genossenschaft ausgetreten ist. Darüber hinaus sollen finanzielle Anreize für Milchviehhalter geschaffen werden, das fusionierte Unternehmen zu verlassen, um den Wettbewerbern den Bezug von Rohmilch unabhängig von diesem zu ermöglichen. Nach Auffassung der Europäischen Kommission ermöglicht es diese Zusage den Erwerbern, einen eigenen Lieferantenstamm aufzubauen.

803. Die Monopolkommission hält die Veräußerungsverpflichtungen in den Bereichen frische Milchbasisprodukte, Käse und haltbare Milchlischgetränke prinzipiell für geeignet, den Wettbewerb auf den betroffenen Märkten zu erhalten. Aufgrund der vorgelegten Angebote werden laut Europäischer Kommission sämtliche oder wesentliche Teile der Marktanteilsüberschneidungen auf den betroffenen Märkten beseitigt. Durch den Erwerb der jeweiligen Sparten bzw. Marken sind unmittelbar Anbieter von einer gewissen Größe mit etablierten Markenprodukten auf den betroffenen Märkten präsent. Als problematisch könnte sich allerdings erweisen, dass die Marke Friesche Vlag lediglich lizenziert, nicht aber eigentumsrechtlich übertragen wird. Die Europäische Kommission räumte selbst ein, dass die Lizenzierung und Umbenennung einer Marke fehlschlagen kann. Der Verzicht auf eine Veräußerung erscheint indes im vorliegenden Fall vertretbar, da neben einer Produktions- und Vertriebs einheit weitere bekannte Marken an den Erwerber veräußert werden. Darüber hinaus ist aufgrund der Abhilfemaßnahmen sichergestellt, dass die Zusammenschlussparteien die Marke nicht mehr auf den Märkten für Frischmilchprodukte verwerten dürfen. Das Vorgehen der Europäischen Kommission deckt sich insofern mit ihrer Mitteilung zu Abhilfemaßnahmen, wonach ein Markenwechsel zulässig sein kann, wenn die betreffende Marke weit verbreitet ist und ein großer Teil des Umsatzes auf anderen Märkten als denen erzielt wird, auf denen wettbewerbsrechtliche Bedenken bestehen.³⁸⁰ Den Ermittlungen der Europäischen Kommission zufolge sind diese Voraussetzungen hier erfüllt, weil 80 bis 90 Prozent des Umsatzes mit der Marke auf anderen als den Frischmilchmärkten erzielt werden.

804. Ebenso wie die Europäische Kommission geht die Monopolkommission davon aus, dass der dauerhaft gesicherte, von der neuen Unternehmenseinheit unabhängige Zugang zu Rohmilch die wichtigste Voraussetzung für die Wettbewerbsfähigkeit der Erwerber darstellt. Gerade die diesbezüglichen Verpflichtungsangebote geben indes Anlass zur Skepsis. Fraglich ist in erster Linie, ob die Zusagen geeignet sind, wettbewerbliche Strukturen auf dem Markt für die Beschaffung von Rohmilch herzustellen. Durch die Liefervereinbarung und die Ziehungsrechte über den Dutch Milk Fund erhalten die Erwerber und andere Wettbewerber keinen direkten Zugang zu Rohmilch,

³⁸⁰ Vgl. Mitteilung über zulässige Abhilfemaßnahmen, a. a. O., Rn. 39 ff.

sondern sind auf die Belieferung durch die neue Unternehmenseinheit angewiesen. Obwohl die Europäische Kommission selbst betont, wie wichtig die Eigenständigkeit der zu veräußernden Sparten ist, werden die Erwerber aufgrund der vorgelegten Verpflichtungen langfristig von den Lieferungen der neuen Unternehmenseinheit abhängen. Die angebotenen Liefervereinbarungen enthalten ein erhebliches Diskriminierungspotenzial, das sich unter anderem in unterlassenen oder verspäteten Lieferungen sowie Qualitätsmängeln manifestieren kann. Außerdem erhält die neue Unternehmenseinheit während der Dauer der Liefervereinbarung Einblick über die von den Erwerbern nachgefragten Mengen. Die Entwicklung von Wettbewerb wird ferner dadurch behindert, dass die potenziellen Erwerber sowie sonstige Konkurrenten auf einem Markt mit geringer Wertschöpfung das Einsatzmittel Rohmilch (fast) zu demselben Preis wie die neue Unternehmenseinheit beziehen. Nachvollziehbar sind in diesem Zusammenhang die Bedenken einiger Marktteilnehmer, die bemängelten, dass der Preis zu hoch sei und zu Wettbewerbsnachteilen für die zu veräußernden Sparten führen werde. Insbesondere wurde kritisiert, dass der Preis auf der Grundlage der Tätigkeit von Unternehmen festgelegt werde, die über ein breiteres Produktportfolio bzw. rentablere Produkte verfügten und daher eine Mischkalkulation vornehmen könnten.

805. Zweifelhaft erscheint darüber hinaus der Erfolg der Austrittsanreize im Hinblick auf den Aufbau einer eigenen Kundenplattform. Es handelt sich um eine rein verhaltensorientierte Zusage, die zudem nicht von den Fusionsparteien zu erfüllen, sondern auf ein bestimmtes Verhalten Dritter gerichtet ist. Daher besteht weder für die Europäische Kommission noch für die Zusammenschlussbeteiligten eine Möglichkeit zur Durchsetzung dieser Zusagen. Bedenklich stimmt zudem, dass aus der Entscheidung nicht deutlich wird, wie die Höhe der Austrittszahlung ermittelt wurde und ob sie tatsächlich angemessen ist, um einen Anreiz zum Austritt zu bieten. Folgt man der Argumentation der Europäischen Kommission hinsichtlich der Wettbewerbsbedenken auf dem Markt für die Beschaffung von Rohmilch – hohe Marktanteile der Parteien auf den vor- und nachgelagerten Märkten erleichtern der neuen Unternehmenseinheit künftig die Zahlung von höheren Rohmilchpreisen mit der Folge, dass neue Milchviehhalter angezogen werden –, so stellt sich die Frage, warum Letztere zu einem Abnehmer wechseln sollten, der ihnen dauerhaft niedrigere Preise zahlen wird.

806. Die Freigabeentscheidung in dem Verfahren KLM/Martinair erging zwar ohne Bedingungen und Auflagen, allerdings hatte die Europäische Kommission die Einleitung der zweiten Verfahrensphase noch mit ernsthaften Bedenken in Bezug auf den Passagierluftverkehr zwischen Amsterdam und Aruba sowie Curaçao begründet. Um diese Bedenken auszuräumen, hatten die Zusammenschlussbeteiligten bereits in der ersten Verfahrensphase Verpflichtungszusagen angeboten. Diese sahen vor, nach dem Zusammenschluss die Entwicklung der Preise von Flügen in der Economy Class auf den problematischen Strecken an die Entwicklung der Preise von Economy-Class-Flügen eines Korbs ähnlicher Strecken anzupassen.

Aufgrund der Ergebnisse der Befragung anderer Marktteilnehmer zu den Zusagen kamen jedoch Zweifel an der Praktikabilität und Wirksamkeit des vorgeschlagenen Mechanismus zur Preiskontrolle auf. Daher erachtete die Europäische Kommission die Verpflichtungszusagen als nicht hinreichend klar, um ihre Bedenken auszuräumen.

807. Die Ablehnung der vorgelegten Zusagenangebote, die eine sehr komplexe Regelung zur Begrenzung der Preishöhe enthalten, ist zu begrüßen. Zum einen handelt es sich um reine Verhaltenszusagen. Zum anderen sind die Zusagenangebote zeitlich nicht begrenzt, d. h. der vorgeschlagene Mechanismus wäre unbefristet eingesetzt worden und hätte auf Dauer überwacht werden müssen. Als problematisch hätte sich zudem die Feststellung und Auswahl geeigneter Vergleichsrouten erwiesen. Dies gilt zum einen für die Frage der prinzipiellen Vergleichbarkeit mit den zunächst als problematisch erkannten Strecken, zum anderen für die Frage, ob auf den ausgewählten Strecken hinreichender Wettbewerb besteht, so dass die dort geltenden und dem Vergleich zugrunde zu legenden Preise tatsächlich Wettbewerbspreise sind. Die Beantwortung derartiger Fragen seitens der Europäischen Kommission hätte eine umfangreiche Prüfung der Wettbewerbsverhältnisse auf den Vergleichsmärkten notwendig gemacht. Diese Prüfung wäre zudem keine einmalige Aufgabe, sondern hätte kontinuierlich wiederholt werden müssen.

4.5.5 Alternative Abhilfemaßnahmen

808. Die Europäische Kommission hat im Berichtszeitraum mehrere alternative Zusagenangebote entgegengenommen, z. B. in dem Zweite-Phase-Fall ABF/GBI sowie in den Erste-Phase-Fällen Pfizer/Wyeth und Rewe/Adeg. Die Notwendigkeit alternativer Zusagenangebote beschreibt die Europäische Kommission in ihrer Mitteilung zu zulässigen Abhilfen.³⁸¹ Hiernach kann in bestimmten Situationen die Vollziehbarkeit der von den Zusammenschlussparteien bevorzugten Veräußerung zweifelhaft sein, z. B. wegen der Vorkaufrechte Dritter, der Ungewissheit in Bezug auf die Übertragbarkeit von wichtigen Verträgen oder der Unsicherheit darüber, dass ein geeigneter Erwerber gefunden wird. In derartigen Fällen bestehe das Risiko, dass die mit dem Zusammenschluss verbundene Wettbewerbsbeeinträchtigung eintrete. Voraussetzung einer Genehmigung unter Bedingungen und Auflagen sei daher unter anderem, dass die beteiligten Unternehmen eine Veräußerungsalternative vorschlagen. Diese müsse in der Regel ein „Kronjuwel“ betreffen, d. h. sie sollte mindestens so gut wie die erste vorgeschlagene Veräußerung geeignet sein, einen lebensfähigen Wettbewerber zu schaffen, und es sollte keine Unsicherheit hinsichtlich ihrer zügigen Umsetzung bestehen. Aus der Mitteilung zu Abhilfemaßnahmen geht ferner hervor, dass die Europäische Kommission Alternativangebote einerseits und die Up-front-buyer- und Fix-it-first-Lösungen andererseits dann als gleichwertig betrachtet, wenn die Umsetzung der Veräußerung wegen der Rechte Dritter

³⁸¹ Vgl. Mitteilung über zulässige Abhilfemaßnahmen, a. a. O., Rn. 44 ff.

zweifelhaft ist oder wenn Unsicherheit besteht, ob ein geeigneter Erwerber gefunden wird.

809. In dem Verfahren Pfizer/Wyeth mussten die Parteien unter anderem Vertriebsaktivitäten für Dritte auf den Erwerber übertragen. Die Europäische Kommission sah die Umsetzung dieser Zusage nicht als hinreichend sicher an, weil sie von der Zustimmung der jeweiligen Lieferanten abhing. Sie forderte daher ein alternatives Zusageangebot, das die Veräußerung bestimmter Vermögenswerte von Pfizer vorsah. In dem Verfahren Rewe/Adeg war wiederum die Abhängigkeit vom Verhalten Dritter der Grund für die Annahme alternativer Zusageangebote. Rewe verpflichtete sich, sämtliche Adeg-Eigenbetriebe in den von der Wettbewerbsbehörde als kritisch angesehenen Märkten zu veräußern. Darüber hinaus sollte Rewe dafür sorgen, dass die selbstständigen Adeg-Kaufleute mit Sitz in den betroffenen Bezirken die uneingeschränkte Möglichkeit zum Wechsel zu einem anderen Lebensmittelgroßhändler erhielten. Ferner versprach Rewe, alle zumutbaren Anstrengungen zu unternehmen, damit eine hinreichende Anzahl von Adeg-Kaufleuten in den betroffenen Märkten tatsächlich für einen bestimmten Zeitraum aus der Adeg-Organisation ausschied. Sollte es Rewe nicht gelingen, fristgerecht die nötige Anzahl von Adeg-Kaufleuten zum Verlassen der Adeg-Organisation zu bewegen, muss Rewe – alternativ – eigene Filialen veräußern.

810. Der Zusammenschluss ABF/GBI wurde in der zweiten Phase freigegeben, nachdem sich die Parteien verpflichtet hatten, das gesamte Vertriebsgeschäft von GBI in Spanien und Portugal an einen Käufer zu veräußern, der entweder Produktionskapazitäten in Felixstowe (Großbritannien) oder in Setúbal (Portugal) besitzt oder erwerben wird. Bei der Produktionsstätte in Felixstowe handelt es sich ursprünglich um ein Werk von GBI, das der Konkurrent Lesaffre bei der Übernahme von GBI Großbritannien erworben hat und im Rahmen einer fusionskontrollrechtlichen Zusage veräußern muss. Das Werk in Setúbal steht derzeit im Eigentum von ABF. Die alternative Abhilfemaßnahme war laut Europäischer Kommission erforderlich, weil die Veräußerung der Produktionsstätte in Felixstowe von einem Dritten – Lesaffre – abhängt. Die Europäische Kommission hielt die Abhilfemaßnahmen für ausreichend, da mit der Veräußerung des Vertriebsgeschäfts von GBI sämtliche Überschneidungen aufgrund des Zusammenschlusses entfallen.

811. In den dargestellten Fällen hat die Europäische Kommission zu Recht auf einer alternativen Verpflichtung bestanden, da die Erfüllung der zunächst angebotenen Zusagen von Dritten abhing und somit von der Europäischen Kommission nicht durchsetzbar war. Soweit etwa das Zusageangebot im Fall ABF/GBI den Verkauf der Produktionsstätte in Felixstowe betrifft, könnte sich eine Umsetzung als besonders problematisch erweisen. Veräußerer sind nicht die Zusammenschlussparteien selbst, sondern ein drittes Unternehmen – Lesaffre –, das im Rahmen eines anderen Zusammenschlussvorhabens zu einer entsprechenden Veräußerung verpflichtet worden war. Kritisch ist in diesem Zusammenhang vor allem zu

sehen, dass die Verbindung der Veräußerungszusagen in zwei Zusammenschlussverfahren zur Folge hat, dass sich mit ABF/GBI und Lesaffre die zwei wichtigsten Wettbewerber auf den betroffenen Märkten über die Umsetzung der ihnen auferlegten Abhilfemaßnahmen abstimmen und einen gemeinsamen Erwerber präsentieren müssen. Die Monopolkommission spricht sich in diesem Zusammenhang dafür aus, dass die Europäische Kommission in Fällen, in denen die Erfüllung einer Zusage von dem Verhalten eines Dritten abhängt, zwingend den vorherigen Zusagenvollzug sicherzustellen bzw. eine alternative Abhilfemaßnahme zu verlangen hat.

812. Daneben verbleiben im genannten Fall Zweifel an der Wirksamkeit der Abhilfemaßnahme, selbst wenn ein Erwerber für die Produktionsstätte in Felixstowe gefunden wird. Erstens ist es fraglich, ob Händler und Kunden vor dem Hintergrund der engen Vertragsbeziehungen und Vertrauensverhältnisse auf den betroffenen Märkten sowie der herausragenden Bedeutung von Qualität und Reputation ohne Weiteres einen neuen Lieferanten akzeptieren werden. Gewisse Unsicherheiten resultieren in diesem Zusammenhang vor allem aus der Feststellung der Europäischen Kommission, dass die Produktion in Felixstowe erst an die Anforderungen auf dem spanischen und portugiesischen Markt angepasst werden muss. Die Prognose der Europäischen Kommission, dass ein künftiger Erwerber ohne Weiteres die Marktposition von GBI einnehmen wird, erscheint in diesem Zusammenhang zumindest optimistisch. Zweitens ist fraglich, ob sichergestellt werden kann, dass der Erwerber von Felixstowe seine Produktion tatsächlich dauerhaft nach Spanien und Portugal liefern wird. Vor diesem Hintergrund wäre eine Veräußerung des GBI-Werks in Casteggio vorzuziehen gewesen. Zum einen hätte eine solche Zusage wesentlich einfacher, d. h. ohne Mitwirkung Dritter, umgesetzt werden können. Zum anderen hat GBI den spanischen und portugiesischen Markt schon in der Vergangenheit von Casteggio aus beliefert. Es wäre daher auch für einen Erwerber unproblematisch gewesen, die bestehenden Anforderungen an Qualität und sonstige Eigenschaften der Presshefe umzusetzen. Allerdings ist einzuräumen, dass die Europäische Kommission eine solche Veräußerungszusage nicht selbständig durchsetzen konnte, da die Verantwortung für den Inhalt der Zusageangebote grundsätzlich bei den Zusammenschlussparteien liegt.

4.5.6 Fix-it-first- und Up-front-buyer-Lösungen

813. Die Europäische Kommission hat im Berichtszeitraum vereinzelt auch Fix-it-first- und Up-front-buyer-Lösungen gewählt. Bei einer Up-front-buyer-Verpflichtung wird der Vollzug des genehmigten Zusammenschlusses so lange ausgesetzt, bis die Zusammenschlussparteien eine bindende Vereinbarung mit einem geeigneten Erwerber abgeschlossen haben. Die Fix-it-first-Lösung setzt noch früher an, indem die Zusammenschlussbeteiligten eine bindende Vereinbarung mit dem Erwerber noch während des laufenden Fusionskontrollverfahrens treffen. Laut der Mitteilung zu zulässigen Abhilfemaßnahmen kommt eine solche Lösung in Betracht, sofern die Euro-

päische Kommission nur dann hinreichend sicher davon ausgehen kann, dass das Geschäft auch tatsächlich an einen geeigneten Erwerber veräußert wird, wenn ein von ihr vorab genehmigter Erwerber vorgeschlagen wird.³⁸² Erstens betrifft dies Fälle, in denen erhebliche Hindernisse für eine Veräußerung bestehen, z. B. Rechte Dritter oder die Unsicherheit, ob ein geeigneter Erwerber gefunden wird. Zweitens kann ein vorab genehmigter Erwerber notwendig sein, wenn ein erhebliches Risiko hinsichtlich der Erhaltung der Wettbewerbs- und Marktfähigkeit des zu veräußernden Geschäfts in der Übergangszeit bis zur Veräußerung besteht. Ein solches Risiko wird angenommen, wenn wichtige Kompetenzträger abwandern könnten oder die Ausgliederung des Geschäfts nicht in der Übergangszeit, sondern erst nach Abschluss eines Veräußerungsvertrags mit dem Erwerber vorgenommen werden kann. Eine Up-front-buyer-Lösung kann die Übertragung so weit beschleunigen, dass solche Risiken begrenzt sind.

814. Zu einer Fix-it-first-Zusage kam es im Berichtszeitraum – soweit ersichtlich – nur selten. So wurde in dem Fall Vienna Insurance Group/EBV bereits während des fusionskontrollrechtlichen Verfahrens eine Verkaufsoption ausgeübt und dadurch ein Teil der Verpflichtungen erfüllt. Up-front-buyer-Lösungen hat die Europäische Kommission z. B. in den Verfahren Arjowiggins/MReal Zanders Reflex, Hexion/Huntsman und Rail Cargo Austria (RCA)/MAV Cargo auferlegt.

815. Die einzige Up-front-buyer-Verpflichtung in der zweiten Verfahrensphase betraf das Vorhaben Arjowiggins/M-Real Zanders Reflex. Die Wettbewerbsbedenken auf dem Markt für Selbstdurchschreibpapier konnte Arjowiggins durch die Zusage ausräumen, den Geschäftsbereich Selbstdurchschreibpapier von M-Real zu veräußern. Risiken sah die Europäische Kommission vor allem aufgrund der sehr beschränkten Anzahl potenzieller Käufer, die mit den ausgegliederten Vermögenswerten ein erfolgreiches Geschäft betreiben könnten. Da das Überleben des zu veräußernden Geschäfts in erheblichem Maß von der Identität des Käufers abhängt, hielt die Wettbewerbsbehörde eine Up-front-buyer-Zusage für erforderlich. Arjowiggins darf deshalb den angemeldeten Zusammenschluss erst nach Erfüllung der Verkaufsverpflichtung vollziehen. Weiterhin wurde vereinbart, dass Arjowiggins auf den Zusammenschluss verzichten und das gesamte Reflex-Papiergeschäft an M-Real Zanders zurückgeben wird, wenn bis zum Ende der Veräußerungsfrist kein Käufer gefunden ist.

816. In der ersten Verfahrensphase bestand die Europäische Kommission in den Fällen Hexion/Huntsman und RCA/MAV Cargo auf einer Up-front-buyer-Zusage. Im Verfahren Hexion/Huntsman konzentrierten sich die Wettbewerbsbedenken der Europäischen Kommission auf das Epoxidharzgeschäft. Die Freigabe wurde daher an die Bedingung geknüpft, dass sich Hexion im Epoxidharzgeschäft von seinen Werken und F&E-Anlagen in Deutschland und den USA trennt. Die betroffenen Geschäftsbe-

reiche stellten bisher kein eigenständiges Geschäft dar, sondern müssen erst aus dem Unternehmen Hexion ausgegliedert werden. Nach Ansicht der Wettbewerbsbehörde ist von größter Bedeutung für die Lebensfähigkeit der zu veräußernden Vermögensteile, dass weiterhin Zugang zu allen Input-Faktoren und anderen Ressourcen wie Forschung und Entwicklung, Vertrieb usw. besteht. Aus diesen Gründen legte die Europäische Kommission der Identität des Erwerbers maßgebliche Bedeutung bei und bestand auf einer Up-front-buyer-Lösung. Auch der Markttest hatte die Notwendigkeit einer solchen Vorgehensweise belegt. Marktteilnehmer hatten die Ansicht geäußert, ein potenzieller Erwerber solle Erfahrungen in der chemischen Industrie besitzen, eigene Forschung und Entwicklung betreiben und über ausreichende Vertriebskapazitäten verfügen. Außerdem sei ein vertikal integrierter Erwerber vorteilhaft, damit der Zugang zu den erforderlichen Rohstoffen abgesichert sei.

817. Das Vorhaben Rail Cargo Austria (RCA)/MAV Cargo betraf die Übernahme der ungarischen Güterbahn MAV durch das ebenfalls im Schienengüterverkehr tätige österreichische Unternehmen RCA. RCA ist eine Tochtergesellschaft der staatlichen österreichischen ÖBB-Holding, bei MAV handelt es sich um die Güterverkehrssparte der ungarischen Staatsbahnen. Ursprünglich wollte RCA die Güterbahn MAV zusammen mit GySEV übernehmen. GySEV ist ein integriertes Eisenbahn- und Infrastrukturunternehmen, das gemeinsam vom ungarischen und österreichischen Staat kontrolliert wird und an dem RCA 5,7 Prozent der Anteile hält. GySEV verfügt in Österreich und Ungarn über ein eigenes Eisenbahnnetz von 287 km Länge und ist auf den grenzüberschreitenden Güterverkehr spezialisiert. Obwohl der Schienengüterverkehr seit 2007 vollständig liberalisiert ist, herrscht nach Kenntnis der Europäischen Kommission auf den betroffenen nationalen Märkten Österreichs und Ungarns nur geringer Wettbewerb. Die ehemaligen Monopolunternehmen verfügen nach wie vor über herausragende Marktstellungen. Wettbewerber konnten in Österreich und Ungarn bislang nur individuelle Marktanteile von jeweils 0 bis 5 Prozent erlangen. In Ungarn sind zudem einige der Marktneulinge mit MAV verbunden. Nach den Ermittlungen der Europäischen Kommission würde der Zusammenschluss jeweils den stärksten potenziellen Konkurrenten auf dem ungarischen bzw. österreichischen Schienengüterverkehrsmarkt eliminieren. Um die damit einhergehenden Bedenken auszuräumen, musste sich RCA verpflichten, sämtliche seiner strukturellen Verbindungen mit GySEV zu lösen und seine vertraglichen Beziehungen mit diesem Unternehmen zu überprüfen. Ferner wird GySEV darauf verzichten, im Zuge des geplanten Zusammenschlusses Anteile an MAV zu erwerben. Daneben gaben die Regierungen Österreichs und Ungarns Erklärungen ab, wonach sie für eine Beendigung der strukturellen Verbindungen von GySEV zu der neuen Unternehmenseinheit sorgen werden. Darüber hinaus soll der Einfluss Österreichs auf die Schienengüterverkehrsdienstleistungen von GySEV auf die eines Minderheitsgesellschafters beschränkt werden und Österreich nicht im Vorstand des juristisch unabhängigen Frachtgeschäfts

³⁸² Vgl. ebenda, Rn. 53 ff.

vertreten sein. Mit Vollzug der Verpflichtungen wird GySEV nach Auffassung der Europäischen Kommission unabhängig von den Zusammenschlussbeteiligten agieren und hinreichende Anreize haben, für wirksamen Wettbewerb zu sorgen. Da die Erfüllung der Zusagen teilweise von dem Verhalten Dritter abhing, gab die Europäische Kommission RCA auf, die Übernahme von MAV erst zu vollziehen, nachdem die entsprechenden Erklärungen Österreichs und Ungarns in Kraft getreten sind.

818. Die Monopolkommission begrüßt das Vorgehen der Europäischen Kommission, besondere Vorkehrungen zur Sicherstellung des Zusagenvollzugs zu treffen, wenn grundsätzlich nur eine geringe Anzahl von potenziellen Erwerbern zur Verfügung steht oder mangelndes Interesse an einem Erwerb geäußert wurde. Dasselbe gilt für Fälle, in denen die Lebensfähigkeit des zu veräußernden Vermögenssteils von spezifischen Anforderungen an den Erwerber oder vom Verhalten Dritter abhängt. Ein gegebenenfalls erforderliches Verhalten Dritter, etwa die Aufnahme des Erwerbers als Vertragspartner in bestehende Verträge oder die Beendigung von Vertragsbeziehungen sowie die Auflösung von strukturellen Verbindungen zwischen Dritten und einer Zusammenschlusspartei können von der Wettbewerbsbehörde nicht durchgesetzt werden. In der Regel haben auch die Zusammenschlussbeteiligten selbst keine rechtliche Handhabe, die Durchführung solcher Zusagen zu erzwingen. Die Monopolkommission hält es deshalb für unerlässlich, die Zusagenerfüllung in derartigen Fällen zu gewährleisten, bevor der Zusammenschluss vollzogen wird.

819. Im Fall RCA/MAV bestehen nach Ansicht der Monopolkommission zudem erhebliche Zweifel an der materiellen Wirksamkeit der abgegebenen Zusagen. Auf den Bahnmärkten haben ehemalige Monopolisten hohe Marktanteile, außerdem herrschen hohe Marktzutrittschranken vor. Marktzutritte, die dazu beitragen würden, Wettbewerbsprozesse anzustoßen, sind eher selten. Um so wichtiger ist es aus Sicht der Monopolkommission, den potenziellen Wettbewerb zwischen verschiedenen Anbietern aufrechtzuerhalten. Ob die Verpflichtungszusagen im vorliegenden Fall geeignet sind, den vor dem Zusammenschluss bestehenden Wettbewerbsdruck beizubehalten, erscheint aus verschiedenen Gründen fraglich. Zum einen ist das Unternehmen GySEV bislang noch nicht als aktueller Wettbewerber auf den angestammten Märkten der Zusammenschlussparteien tätig. Anbieter, die nach der Liberalisierung der Märkte erstmals aufgetreten sind, konnten bislang nur jeweils 0 bis 5 Prozent der Marktanteile erreichen. Die Europäische Kommission geht zwar davon aus, dass GySEV insoweit bessere Ausgangsbedingungen habe, diesbezüglich fehlen jedoch in der Entscheidung nähere Ausführungen. Dies gilt auch in Bezug auf die Einschätzung der österreichischen und ungarischen Wettbewerbsbehörden, wonach GySEV ein ernsthafter Wettbewerber der Zusammenschlussparteien sei. Hinzu kommt, dass der österreichische Staat – der Eigentümer der neuen Unternehmenseinheit – auch eine Minderheitsbeteiligung an GySEV hält. Als problematisch sieht die Monopolkommission insofern die ständige Praxis der Europäischen Kommission an, derartige Unter-

nehmen in aller Regel nicht als zu einer einheitlichen Gruppe gehörig anzusehen. Vielmehr bewertet die Europäische Kommission staatlicherseits vermittelte Verbindungen grundsätzlich schwächer als direkte Überkreuzbeteiligungen.

4.6 Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Gerichts erster Instanz

820. Drei Urteile des Europäischen Gerichtshofs und des Gerichts erster Instanz aus den Jahren 2008/2009 sind von besonderem Interesse.³⁸³ Zum einen wurde die gerichtliche Auseinandersetzung um den Zusammenschluss Bertelsmann/Sony mit einem Rechtsmittel der beteiligten Unternehmen gegen Impala vor dem EuGH weitergeführt.³⁸⁴ Zum Zweiten lehnte das Gericht erster Instanz Schadensersatzansprüche von MyTravel (vormals Airtours) aufgrund der fehlerhaften Fusionskontrollentscheidung der Europäischen Kommission im Verfahren Airtours/First Choice ab.³⁸⁵ Drittens hat die Auseinandersetzung um den fusionskontrollrechtlichen Schadensersatzanspruch von Schneider Electric mit dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs in dem Verfahren Kommission/Schneider Electric ihr Ende gefunden.³⁸⁶

4.6.1 Bertelsmann und Sony/Impala

821. Mit dem Urteil Bertelsmann und Sony/Impala nimmt der EuGH zu einer Reihe wichtiger Fragen der materiellen Fusionskontrolle sowie des Verfahrensrechts Stellung. Zu nennen sind in erster Linie die Ausführungen des Gerichtshofs zur kollektiven Marktbeherrschung, zur Rechtsnatur und Funktion der Mitteilung der Beschwerdepunkte sowie zur Begründungspflicht und zum Beweismaßstab im Fusionskontrollverfahren.

822. Dem Urteil des EuGH lag folgender Sachverhalt zugrunde. Am 9. Januar 2004 hatten Bertelsmann und Sony bei der Europäischen Kommission das Vorhaben angemeldet, ihr weltweites Tonträgergeschäft zusammenzulegen. Die Kommission gab den Zusammenschluss am 19. Juli 2004 ohne Bedingungen und Auflagen frei, obwohl sie noch in ihrer an die Parteien gerichteten Mitteilung der Beschwerdepunkte erhebliche Wettbewerbsprobleme wegen möglicher kollektiver Marktbeherrschung aufgezeigt hatte. Gegen diese Freigabeentscheidung erhob Impala, ein Verband von 2 500 unabhängigen Musikproduzenten, am 3. Dezember 2004 Klage beim Gericht erster Instanz und griff unter anderem die Einschätzung der Kommission hinsichtlich der Markttransparenz und der Möglichkeit von Vergeltungsmaßnahmen an. Am 13. Juli 2006 erklärte das EuG die Kommissionsentschei-

³⁸³ Vgl. zur Entscheidung des Gerichts erster Instanz in dem Verfahren Omya/Kommission vom 4. Februar 2009, T-145/06, Tz.778 f.

³⁸⁴ EuGH, Urteil vom 10. Juli 2008, Rs. C-413/06 P „Bertelsmann und Sony Corporation of America/Impala“.

³⁸⁵ EuG, Urteil vom 9. September 2008, Rs. T-212/03 „MyTravel/Kommission“.

³⁸⁶ EuGH, Urteil vom 16. Juli 2009, Rs. C-440/07 P „Kommission/Schneider Electric“.

dung wegen offensichtlicher Beurteilungsfehler und der Verletzung von Begründungspflichten für nichtig. Gegen dieses Urteil legten Bertelsmann und Sony am 3. Oktober 2006 Rechtsmittel beim EuGH ein und beantragten, das Urteil aufzuheben und den Antrag Impalas auf Nichtigerklärung der Kommissionsentscheidung zurückzuweisen. Der EuGH stellte mit Urteil vom 10. Juli 2008 verschiedene Rechtsfehler des EuG fest und verwies den Fall zur erneuten Entscheidung an das Gericht zurück.³⁸⁷

823. Der EuGH nahm das Verfahren zum Anlass, sich zu den Voraussetzungen für die Feststellung einer kollektiven Marktbeherrschung, die das EuG in der Airtours-Entscheidung aufgestellt und im vorliegenden Fall angewendet hatte, zu äußern. Nach Auffassung des EuGH kann sich eine kollektive beherrschende Stellung aus einem Zusammenschluss ergeben, wenn dieser – aufgrund der Marktmerkmale und deren Änderung durch das Vorhaben – dazu führt, dass jedes Oligopolmitglied es in Wahrnehmung der gemeinsamen Interessen für möglich, wirtschaftlich vernünftig und daher ratsam hält, dauerhaft einheitlich auf dem Markt vorzugehen, um zu höheren als den Wettbewerbspreisen zu verkaufen, ohne zuvor auf eine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise im Sinne des Artikel 81 EGV (jetzt Artikel 101 AEUV) zurückgreifen zu müssen und ohne dass die tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerber oder die Kunden und Verbraucher wirksam reagieren können. Eine solche stillschweigende Koordinierung sei wahrscheinlicher, wenn die Wettbewerber hinsichtlich der Funktionsweise eines solchen Verhaltens leicht zu einer gemeinsamen Vorstellung gelangen könnten. Hierzu müssten die beteiligten Unternehmen in der Lage sein zu überwachen, ob die Modalitäten der Koordinierung eingehalten werden. Voraussetzung dafür seien erstens eine ausreichende Markttransparenz und zweitens die Existenz eines glaubwürdigen Abschreckungsmechanismus. Ferner dürften die Reaktionen von Unternehmen, die nicht an der Koordinierung beteiligt seien, oder die Reaktionen von Kunden den voraussichtlichen Effekt der Koordinierung nicht infrage stellen. Der Gerichtshof folgerte, dass die Kriterien, die das EuG in seinem Urteil Airtours/Kommission genannt hat, nicht gegen die von ihm aufgestellten Voraussetzungen verstoßen. Allerdings forderte der EuGH, dass die vom EuG gewählten Kriterien nicht mechanisch angewendet werden, indem jedes Kriterium einzeln für sich allein geprüft werde. Vielmehr sei stets der wirtschaftli-

che Gesamtmechanismus einer unterstellten stillschweigenden Koordinierung zu beachten. Da das EuG diesen Gesamtzusammenhang bei der Untersuchung der Markttransparenz im vorliegenden Fall vernachlässigt habe, stellte der Gerichtshof insoweit einen Rechtsfehler fest.

824. Der EuGH äußerte sich außerdem zu den Beweisforderungen bei der Feststellung kollektiver Marktbeherrschung. Er stellte klar, dass in einem solchen Fall zwar von einer erhöhten Komplexität des Untersuchungsgegenstands auszugehen sei. Dies müsse jedoch nur bei der Beurteilung der Plausibilität der wahrscheinlichsten Folgen des Zusammenschlusses berücksichtigt werden, beeinflusse für sich allein aber die Höhe der Beweisforderungen nicht. Der EuGH ging in diesem Zusammenhang auch auf die Ausführungen des EuG ein, wonach bei der Prüfung einer bereits bestehenden kollektiven Marktbeherrschung die zu prüfenden Kriterien gegebenenfalls mittelbar durch eine Reihe von Indizien und Beweisen nachgewiesen werden können. Er sah keinen Grund, diese Ausführungen zu kritisieren, da es sich um eine allgemeine Feststellung handele, die der freien Beweiswürdigung durch das Gericht entspreche. Es sei grundsätzlich allein Sache des Gerichts, den Wert der ihm vorgelegten Beweise zu beurteilen. Im konkreten Fall jedoch habe das EuG im Hinblick auf die Markttransparenz eine fehlerhafte Beweiswürdigung vorgenommen.

825. Der EuGH stellte darüber hinaus klar, dass für Genehmigungs- und Untersagungsentscheidungen identische Beweisforderungen gelten. In beiden Fällen sei es Aufgabe der Europäischen Kommission, sich die verschiedenen möglichen Ursache-Wirkungs-Ketten vor Augen zu führen und diejenige mit der größten Wahrscheinlichkeit auszuwählen. Der Gerichtshof lehnte es ferner ab, aus der Fusionskontrollverordnung eine allgemeine Vermutung der Vereinbarkeit oder Unvereinbarkeit eines angemeldeten Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt abzuleiten. Für die Gegenmeinung ließe sich auch nicht Artikel 10 Absatz 6 FKVO anführen, wonach der angemeldete Zusammenschluss als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar gilt, wenn die Kommission nicht innerhalb der maßgeblichen Fristen eine Entscheidung erlassen hat. Diese Norm stellt nach Auffassung des Gerichtshofs lediglich eine spezifische Ausprägung des Beschleunigungsgebots dar, das die Europäische Kommission zur Einhaltung strikter Fristen verpflichtet. Sie sei indes als Ausnahme von der allgemeinen Systematik der Fusionskontrollverordnung ausgestaltet, die sich unter anderem aus Artikel 6 Absatz 1 und 8 Absatz 1 FKVO ergebe, wonach die Kommission ausdrücklich über die bei ihr angemeldeten Zusammenschlüsse entscheide.

826. Besonders strittig waren in dem Prozess beim EuG Rechtsnatur und Funktion der Mitteilung der Beschwerdepunkte. Ursache war der Umstand, dass die Freigabeentscheidung in wesentlichen Punkten von der Mitteilung der Beschwerdepunkte abgewichen war. Der EuGH machte nun deutlich, dass die Mitteilung der Beschwerdepunkte eine lediglich vorbereitende Verfahrenshandlung darstellt, die den Gegenstand des von der Europäischen Kommission eingeleiteten Verwaltungsverfahrens

³⁸⁷ Mit dem vorliegenden Urteil waren die gerichtlichen Auseinandersetzungen in dem Verfahren Sony/Bertelsmann noch nicht abgeschlossen. Zum einen wurde der Fall zur erneuten Entscheidung an das EuG zurückverwiesen. Zum Zweiten hat die Europäische Kommission das Zusammenschlussvorhaben – auf das Nichtigkeitsurteil des EuG hin – ein weiteres Mal untersucht und am 3. Oktober 2007 – erneut – genehmigt. Auch gegen diese Freigabeverfügung erhob Impala Klage. Im August 2008 meldete Sony sein Vorhaben bei der Europäischen Kommission an, die alleinige Kontrolle über das Gemeinschaftsunternehmen Sony BMG zu übernehmen. Diese gab das Vorhaben mit Entscheidung vom 15. September 2008 in der ersten Verfahrensphase frei. Gegen diese Entscheidung hat Impala kein Rechtsmittel eingelegt. Mit Beschlüssen vom 30. Juni 2009 und 30. September 2009 erklärte das Gericht erster Instanz in beiden anhängigen Verfahren die Hauptsache für erledigt.

festlegt und die wirksame Ausübung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ermöglicht. Die Mitteilung habe daher vorläufigen Charakter und sei Änderungen anlässlich der späteren Beurteilung zugänglich, welche die Wettbewerbsbehörde auf der Grundlage der von den Beteiligten vorgelegten Stellungnahmen und weiterer Tatsachenfeststellungen vornehme. Gerade die wirksame Ausübung der Verteidigungsrechte erfordere es, dass das Vorbringen der Zusammenschlussparteien berücksichtigt werde. Darüber hinaus sei die Europäische Kommission auch nicht verpflichtet, eventuelle Unterschiede in der Entscheidung gegenüber ihrer vorläufigen Beurteilung in der Mitteilung der Beschwerdepunkte zu erklären. Der EuGH führte weiter aus, dass das Gericht die Mitteilung der Beschwerdepunkte zwar insbesondere bei der Prüfung der Tatsachenbasis der Kommissionsentscheidung heranziehen dürfe. Es dürfe den Inhalt der Mitteilung jedoch nicht automatisch für belastbarer und maßgeblicher erachten als die Feststellungen in der streitigen Entscheidung selbst.

827. Auch bei der Bewertung der Antwort der Zusammenschlussbeteiligten auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte hat das EuG nach Ansicht des Gerichtshofs einen Rechtsfehler begangen. Das Gericht erster Instanz hatte in seinem Urteil gefordert, dass die Parteien des Zusammenschlusses nicht bis zum letzten Augenblick warten dürften, um der Europäischen Kommission Beweise vorzulegen, da es dieser dann unmöglich wäre, die erforderlichen Ermittlungen anzustellen. Zumindest müssten in diesem Fall die Beweise besonders zuverlässig, objektiv, relevant und überzeugend sein, damit sie die von der Wettbewerbsbehörde vorgelegten Beschwerdepunkte erfolgreich widerlegen könnten. Daneben hatte das EuG beanstandet, dass die Europäische Kommission im Anschluss an die Antwort auf die Mitteilung keine neuen Marktuntersuchungen vorgenommen hatte, um die Stichhaltigkeit ihrer neuen Einschätzung zu prüfen. Der EuGH erinnerte zunächst daran, dass die Verteidigungsrechte der Zusammenschlussparteien zwingend zu beachten seien. Daher könne es den Anmeldern grundsätzlich nicht vorgeworfen werden, dass sie bestimmte Argumente, Tatsachen oder Beweismittel erst anlässlich der Beantwortung der Beschwerdepunkte präsentierten. Denn erst dieser Mitteilung könnten die Beteiligten im Detail entnehmen, welche Einwände die Europäische Kommission gegen ihr Vorhaben erhebe. Solche Argumente und Beweismittel seien daher nicht als verspätet anzusehen, sondern erfolgten zum dafür vorgesehenen Zeitpunkt im Fusionskontrollverfahren. Des Weiteren dürften an das Vorbringen der Parteien anlässlich der Beschwerdepunkte keine höheren Anforderungen in Bezug auf den Beweiswert und die Überzeugungskraft gestellt werden als an das Vorbringen von Wettbewerbern, Kunden und sonstigen Dritten oder an das Vorbringen der Parteien in einem früheren Verfahrensstadium. Darüber hinaus erklärte der EuGH, dass die Europäische Kommission aufgrund der strikten Fristen im Fusionskontrollverfahren und der sich daraus ergebenden zeitlichen Zwänge nicht in jedem Einzelfall verpflichtet sei, im Anschluss an die Mitteilung der Beschwerdepunkte und die Anhörung der Parteien noch umfangreiche Marktuntersuchungen vorzunehmen.

828. Der Gerichtshof äußerte sich schließlich noch zu den Begründungspflichten der Europäischen Kommission. Nach Artikel 253 EGV (jetzt Artikel 296 AEUV) müsse die Begründung der Natur des betreffenden Rechtsakts angepasst sein und die Überlegungen der Europäischen Kommission so klar und eindeutig zum Ausdruck bringen, dass die Betroffenen ihr die Gründe für die erlassene Maßnahme entnehmen können und das zuständige Gericht seine Kontrollaufgabe wahrnehmen kann. Folglich müsse die Europäische Kommission alle Tatsachen und rechtlichen Erwägungen anführen, denen eine wesentliche Bedeutung für ihre Entscheidung zukommt. Ferner müsse die Begründung folgerichtig sein und dürfe keine inneren Widersprüche aufweisen. In der Begründung brauchten demgegenüber nicht alle tatsächlich oder rechtlich einschlägigen Gesichtspunkte genannt zu werden. Vor diesem Hintergrund hielt der EuGH es zwar für „bedauerlich“, dass in der streitigen Entscheidung zwischen der Darstellung der Faktoren, die für und gegen eine ausreichende Markttransparenz sprechen, ein gewisses Missverhältnis bestand. Angesichts der kurzen Zeit zwischen der schriftlichen Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte und dem Ende des förmlichen Verfahrens sei damit jedoch kein Verstoß der Europäischen Kommission gegen ihre Begründungspflichten verbunden. In diesem Zusammenhang erinnerte der EuGH außerdem daran, dass die Frage der ausreichenden Begründung von der Frage der sachlichen Richtigkeit der Begründung zu unterscheiden sei.

829. Die Ausführungen des EuGH zu den Beweisanforderungen im fusionskontrollrechtlichen Verfahren sind zu begründen. Verschiedene Äußerungen der europäischen Gerichte aus der Vergangenheit waren zum Teil so verstanden worden, als würden für den Nachweis gemeinsamer Marktbeherrschung und konglomerater Effekte besonders hohe Beweisanforderungen gelten. Nunmehr stellt der EuGH klar, dass sowohl für Freigabe- und Untersagungsentscheidungen als auch für unterschiedliche Arten von Zusammenschlüssen dieselben Beweisanforderungen erfüllt sein müssen. Darüber hinaus bleiben die Beweisanforderungen in jedem Verfahrensstadium gleich, ändern sich also auch nach der Mitteilung der Beschwerdepunkte nicht. Ferner kann nach Ansicht des EuGH aus der Fusionskontrollverordnung keine Vermutung zugunsten der Vereinbarkeit oder Nichtvereinbarkeit eines Zusammenschlusses abgeleitet werden. In jedem Einzelfall sind vielmehr die möglichen Ursache-Wirkungsketten zu untersuchen und diejenige mit der größten Wahrscheinlichkeit auszuwählen. Dabei bezieht sich die Wahrscheinlichkeit nicht auf die gegenwärtigen Fakten, welche die Kommission konkret belegen muss, sondern lediglich auf die Prognose bezüglich der künftigen Wirkungen des Zusammenschlusses. Was die Qualität der Beweise angeht, so müssen diese laut EuGH stets „hinreichend überzeugend und konsistent“ sein.

830. Die Monopolkommission hatte sich bereits in ihrem letzten Hauptgutachten dagegen ausgesprochen, in Freigabeentscheidungen geringere Beweisanforderungen zu stellen als in Untersagungsentscheidungen.³⁸⁸ Auch

³⁸⁸ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O., Tz. 776.

die ausdrückliche Klarstellung, dass es sich bei der Vorschrift des Artikel 10 Absatz 6 FKVO um eine Ausnahmeregelung handelt, ist positiv zu bewerten.³⁸⁹ Der Gerichtshof erteilt damit Forderungen, das Instrument der Genehmigungsfiktion regelmäßig anzuwenden, um auf diesem Wege Drittklagen zu verhindern, eine deutliche Absage. Möglicherweise haben die Aussagen des EuGH zum Beweismaßstab in Fällen oligopolistischer Marktherrschaft auch dazu beigetragen, dass die Europäische Kommission in dem Zusammenschlussfall ABF/GBI erstmals nach längerer Zeit wieder Wettbewerbsbedenken ausschließlich auf koordinierte Effekte gestützt hat.³⁹⁰

831. Für die Europäische Kommission fällt das Urteil in mehrerlei Hinsicht positiv aus. Zum einen bestätigt der EuGH den weiten Beurteilungsspielraum der Wettbewerbsbehörde bei der Untersuchung von koordinierten Effekten. Zum Zweiten unterstreicht der Gerichtshof mit dem vorliegenden Urteil den vorläufigen Charakter der Beschwerdepunkte und stellt ausdrücklich fest, dass die Europäische Kommission die Antwort auf die Beschwerdepunkte nicht in jedem Fall durch eine Marktuntersuchung verifizieren muss. Dies erleichtert der Kommission das Aufgreifen von Wettbewerbsproblemen und die Abfassung von Beschwerdepunkten ebenso wie den Erlass einer von den Beschwerdepunkten abweichenden Entscheidung. In diesem Zusammenhang ist ferner auf die Äußerungen des EuGH hinzuweisen, wonach die Begründungspflicht der Wettbewerbsbehörde auf solche Tatsachen und rechtlichen Erwägungen beschränkt ist, die für die Entscheidung wesentlich sind. Auch nach Auffassung der Monopolkommission wäre es nicht zielführend, wenn die Wettbewerbsbehörde zu sämtlichen vorgebrachten Gesichtspunkten – auch solchen ohne oder von untergeordneter Bedeutung – Stellung nehmen müsste. Der Gerichtshof nimmt insofern zutreffenderweise einen pragmatischen Standpunkt ein und berücksichtigt das Beschleunigungsgebot und die engen Verfahrensfristen im Rahmen der Fusionskontrolle. Die Stellung der Europäischen Kommission wird schließlich durch die vom EuGH bestätigte Substanziierungspflicht von Dritten bei Drittklagen gestärkt. So erklärt der EuGH ausdrücklich, dass es für Dritte nicht genügt, die Auffassung der Europäischen Kommission lediglich zu bestreiten. Vielmehr muss der Drittkläger konkret erklären, inwieweit die Sachverhaltsermittlung oder Bewertung seitens der Kommission fehlerhaft oder unvollständig war.

832. Mit dem vorliegenden Urteil stärkt der EuGH allerdings auch die Verteidigungsrechte der Zusammenschlussparteien. Die Monopolkommission teilt die Auffassung des Gerichtshofs, wonach ein Parteivortrag im Anschluss an die Beschwerdepunkte als rechtzeitig anzusehen ist und keinen höheren Anforderungen unterliegt als das Vorbringen in einem früheren Verfahrensstadium. Es ist keinesfalls auszuschließen, dass die Anmelder durch ihre Antworten auf die Beschwerdepunkte ihren Standpunkt in einer Weise ergänzen oder klarstellen, dass neue Umstände berücksichtigt oder von der Europäischen

Kommission bereits geprüfte Tatsachen von einer anderen Warte aus betrachtet werden müssen.

4.6.2 MyTravel/Kommission

833. Nach dem Urteil *Schneider Electric/Kommission*³⁹¹ vom 11. Juli 2007, in dem das EuG zum ersten Mal über Schadensersatzforderungen im Rahmen der Fusionskontrolle zu befinden hatte, waren im Berichtszeitraum erneut Schadensersatzansprüche Gegenstand einer Klage vor dem Gericht erster Instanz. Am 29. April 1999 hatte Airtours, nunmehr MyTravel, sein Vorhaben bei der Europäischen Kommission angemeldet, seinen Wettbewerber First Choice zu übernehmen. Die Europäische Kommission hatte den Zusammenschluss mit Entscheidung vom 22. September 1999 untersagt. Auf die Klage von Airtours erklärte das EuG die Untersagung am 6. Juni 2002 für unwirksam. Daraufhin legte MyTravel am 18. Juni 2003 Klage auf Ersatz des Schadens beim EuG ein, der ihr aufgrund von Fehlern im Verfahren vor der Europäischen Kommission entstanden sein soll. Das EuG hat die Klage, die auf mehr als 500 000 000 Euro beziffert war, am 9. September 2008 in vollem Umfang abgewiesen.³⁹² Hierbei folgte es weitgehend der Argumentationslinie, die es bereits in dem Verfahren *Schneider Electric/Kommission* eingenommen hatte. Zudem beschäftigte es sich mit der Frage, ob allein die Tatsache, dass das Gericht eine Fusionskontrollentscheidung als fehlerhaft aufhebt, die Schadensersatzpflicht der Gemeinschaft begründet. Im Ergebnis verneinte das Gericht diese Frage.

834. Das EuG bestätigte zunächst die in dem Urteil *Schneider Electric/Kommission* aufgestellten Kriterien, die für eine außervertragliche Haftung der Europäischen Union erfüllt sein müssen. Eine solche Haftung setzt eine hinreichend qualifizierte Verletzung einer drittschützenden Norm, das Vorliegen eines Schadens sowie einen unmittelbaren Kausalzusammenhang zwischen Rechtsverstoß und Schaden voraus. Im Einzelnen stellte das EuG fest, dass sowohl die Regelungen des Artikel 2 Absatz 2 und 3 FKVO als auch die Sorgfaltspflichten, die den Gemeinschaftsorganen im Rahmen ihrer Verwaltungstätigkeit auferlegt sind, dem Schutz der betroffenen Unternehmen dienen, also drittschützenden Charakter haben. Das EuG unterstrich in diesem Zusammenhang jedoch, dass nicht jede Rechtsverletzung ausreicht, um eine Schadensersatzforderung entstehen zu lassen. Vielmehr müsse das betroffene Gemeinschaftsorgan einen gravierenden und offenkundigen Fehler begangen haben.

835. Bei der Beurteilung, ob eine offensichtliche und schwerwiegende Rechtsverletzung vorliegt, müsse das Gericht unter anderem die Komplexität des Sachverhalts, die Probleme bei der Auslegung und Anwendung des Gesetzes sowie den eventuell bestehenden Ermessensspielraum berücksichtigen. Stehe dem Gemeinschaftsorgan

³⁸⁹ Vgl. ebenda Tz. 780 ff.

³⁹⁰ Vgl. Tz. 741 ff.

³⁹¹ EuG, Urteil vom 11. Juli 2007, Rs. T-351/03 „Schneider Electric/Kommission“.

³⁹² EuG, Urteil vom 9. September 2008, Rs. T-212/03 „MyTravel/Kommission“.

kein Ermessensspielraum zur Verfügung, könne schon die reine Rechtsverletzung ausreichend sein, um die Schadensersatzpflicht zu begründen. Dasselbe gelte, wenn Verfahrensregeln unsachgemäß angewendet worden seien. Bestehe beim Erlass der angegriffenen Maßnahme indes ein Ermessensspielraum, führe nur eine offenkundige und erhebliche Überschreitung der Ermessensgrenzen zu einer Schadensersatzpflicht. Daraus folgte das EuG: Der bloße Umstand, dass die Untersagungsentscheidung der Europäischen Kommission vom EuG aufgehoben worden war, reicht allein nicht zur Begründung einer Schadensersatzpflicht aus. Es bestehe demnach – entgegen der Argumentation der Klägerin – keine Symmetrie zwischen Nichtigkeitsurteil auf der einen Seite und Schadensersatzansprüchen auf der anderen Seite.

836. Nach Auffassung des EuG geht aus dem Nichtigkeitsurteil *Airtours/Kommission* zwar hervor, dass die Europäische Kommission bei der Beurteilung der kollektiven Marktbeherrschung eine Reihe von Fehlern gemacht hat. Es könne im Rahmen der außervertraglichen Haftung auch nicht prinzipiell ausgeschlossen werden, dass gravierende Fehler bei der ökonomischen Analyse hinreichend qualifizierte Rechtsverletzungen darstellten. Wie bereits im Verfahren *Schneider Electric/Kommission* erläutert, müsse aber berücksichtigt werden, dass die ökonomische Analyse in Wettbewerbsverfahren komplex und schwierig sei, sodass gewisse Unzulänglichkeiten wie Schätzungen oder Auslassungen unvermeidbar seien. Diese Überlegung komme aufgrund der zeitlichen Restriktionen und des Prognosecharakters von behördlichen Entscheidungen insbesondere im Rahmen der Fusionskontrolle zum Tragen. Im Zusammenschluss *Airtours/First Choice* sei die ökonomische Analyse zudem besonders komplex gewesen, da die Untersuchung eines Oligopols mit Mengewettbewerb zu erfolgen hatte.

837. Im weiteren Verlauf des Urteils unterschied das Gericht zwischen möglichen Fehlern bei der Beurteilung der wettbewerblichen Auswirkungen einerseits und der Zusagevorschläge andererseits. In beiden Fällen verneinte das Gericht das Vorliegen gravierender Fehler seitens der Europäischen Kommission. Hinsichtlich der Wettbewerbswirkungen ging das Gericht insbesondere auf den Aspekt des Nachfragewachstums ein. Die Klägerin hatte einen gravierenden Sorgfaltspflichtsverstoß darin gesehen, dass die Europäische Kommission auf der Grundlage eines undatierten, lediglich eine Seite umfassenden Auszugs eines von dritter Seite erstellten Berichts, dessen Inhalt sie nie gesehen und dessen Zielrichtung ihr nicht bekannt gewesen sei, ein niedriges Nachfragewachstum auf dem betroffenen Markt angenommen hatte. Das EuG folgte dieser Argumentation nicht. Seiner Ansicht nach reicht eine lückenhafte und falsche Bewertung des zur Verfügung stehenden Datenmaterials – wegen der oben dargelegten Restriktionen im Fusionskontrollverfahren – nicht aus, um eine Schadensersatzpflicht zu begründen. Im vorliegenden Fall sei die Wettbewerbsbehörde außerdem im Besitz von Beweismaterial gewesen, aus dem sie vernünftigerweise ableiten konnte, dass die Nachfrage in den kommenden Jahren nur noch langsam

wachsen würde. Selbst die Klägerin habe der Kommission im behördlichen Verfahren Informationen geliefert, die auf niedriges Nachfragewachstum schließen ließen. Entscheidend sei daher allein, dass die Europäische Kommission eine sorgfältige Prüfung der ihr vorliegenden Beweise vorgenommen habe und vernünftige Gründe für ihre Einschätzung nennen konnte.

Das Gericht sah auch die weiteren, von der Klägerin vortragenen Beurteilungsfehler – in Bezug auf die Volatilität der Marktanteile und der Nachfrage, die Möglichkeit von Abschreckungsmaßnahmen sowie die Reaktion von Nachfragern und potenziellen Wettbewerbern – nicht als gravierend genug an, um daraus eine Schadensersatzpflicht abzuleiten. Zum selben Ergebnis kam das EuG selbst bei kumulativer Betrachtung der einzelnen Fehler. Des Weiteren verneinte das Gericht die Verletzung von Begründungspflichten seitens der Europäischen Kommission. Es müsse insoweit zwischen der Verletzung der formalen Begründungspflicht einerseits und sachlich falschen Ergebnissen andererseits unterschieden werden.

838. Soweit die Zusagevorschläge der Klägerin betroffen waren, lehnte das Gericht einen offensichtlichen und schwerwiegenden Rechtsverstoß seitens der Europäischen Kommission ebenfalls ab. Das Gericht konzentrierte sich hierbei auf das zweite Zusagepaket, das die Klägerin der Wettbewerbsbehörde erst nach Ablauf der dafür vorgesehenen Verfahrensfristen vorgelegt hatte. Nach den Ermittlungen des Gerichts hat die Kommission das Zusagepaket jedoch nicht ohne Weiteres als verspätet zurückgewiesen. Der Zurückweisung ging vielmehr eine vorläufige inhaltliche Beurteilung mit dem Ergebnis voraus, dass die Zusagen die aufgedeckten Wettbewerbsprobleme nicht klar und eindeutig ausräumen würden. Allein der Umstand, dass die Europäische Kommission diese inhaltliche Prüfung in ihrer Entscheidung nicht erwähnt hat, stelle keinen gravierenden Rechtsverstoß dar.

839. Nach dem Urteil *Schneider Electric/Kommission*³⁹³ aus dem Jahr 2007 entwickelt das EuG mit dem vorliegenden Urteil seine Rechtsprechung zum Schadensersatz im Fusionskontrollverfahren weiter. Das Gericht bestätigt seine früher geäußerte Auffassung, wonach nicht jede fehlerhafte Entscheidung im Fusionskontrollverfahren zu Schadensersatzansprüchen führt. Vielmehr stellt das Gericht weiterhin hohe Anforderungen an materielle Beurteilungsfehler und Verfahrensverstöße der Wettbewerbsbehörde, die über die Anforderungen im Rahmen einer Nichtigkeitsklage hinausgehen. Daneben macht es deutlich, dass selbst bei einer Kumulation mehrerer Fehler die Voraussetzungen für Schadensersatzansprüche nicht ohne Weiteres erfüllt sind. Die bisherige Einschätzung der Monopolkommission, wonach die Gemeinschaft in erster Linie aufgrund schwerwiegender Verfahrensverstöße schadensersatzpflichtig werden kann, dürfte daher weiterhin gelten.³⁹⁴

³⁹³ EuG, Urteil vom 11. Juli 2007, Rs. T-351/03 „Schneider Electric/Kommission“.

³⁹⁴ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O., Tz. 772.

840. Im Einzelnen hält die Monopolkommission es für problematisch, dass das EuG eine schwerwiegende Sorgfaltspflichtverletzung verneinte, obwohl die Europäische Kommission Auszüge eines Dokuments, dessen eigentlichen Wortlaut und Zielrichtung sie nicht kannte, als relevantes Beweismaterial berücksichtigt hatte. Insofern kann nach Ansicht der Monopolkommission gerade nicht von einer sorgfältigen Prüfung des vorliegenden Beweismaterials ausgegangen werden. Allerdings ist im Ergebnis einzuräumen, dass das Gericht in diesem Zusammenhang berücksichtigen durfte, dass der Europäischen Kommission weitere Informationen und Dokumente vorlagen, die die von ihr vorgenommene Beurteilung stützten.

841. Soweit das Gericht erster Instanz sich daneben zur Zusagenpraxis der Europäischen Kommission äußert, stimmt die Monopolkommission den wesentlichen Ausführungen zu. Die zum Zeitpunkt der Fusionskontrollentscheidung geltende Regelung des Artikel 18 VO 447/98 sah vor, dass Zusagenvorschläge nicht später als drei Monate nach der Einleitung des Verfahrens der Europäischen Kommission vorzulegen waren, wobei die Kommission diese Frist unter außergewöhnlichen Umständen verlängern konnte.³⁹⁵ In der hierzu erlassenen Mitteilung der Europäischen Kommission war außerdem festgelegt, dass eine Verlängerung nur möglich ist, wenn genug Zeit für eine ordnungsgemäße Würdigung des Vorschlags durch die Kommission und für eine angemessene Konsultation der Mitgliedstaaten und Dritter verbleibt. Eine Änderung von bereits früher vorgelegten Verpflichtungsvorschlägen akzeptierte die Europäische Kommission nur, sofern die Wettbewerbsbedenken eindeutig ausgeräumt wurden und die Mitgliedstaaten angemessen konsultiert werden konnten.³⁹⁶ Den Grund für diese Regelungen bildete die Praxis der Zusammenschlussparteien, Zusagenvorschläge erst in „letzter Minute“ an die Wettbewerbsbehörde zu übermitteln und damit den Zeitraum für den von dieser durchzuführenden Markttest möglichst eng zu begrenzen. Vielfach war in derartigen Fällen auch eine fristgerechte Unterrichtung des Beratenden Ausschusses nicht mehr möglich.

842. Das EuG betonte nunmehr, dass die Europäische Kommission angesichts der massiven finanziellen und wirtschaftlichen Interessen der Zusammenschlussparteien Zusagenvorschläge auch dann inhaltlich prüfen muss, wenn diese erst sehr spät im Verfahren vorgelegt werden. Eine Zurückweisung der Vorschläge allein aufgrund des Fristversäumnisses hielt das Gericht für unzulässig. Maßgebend sei alleine, ob die Zusagen die Bedenken eindeutig ausräumen können und ob genug Zeit zur Konsulta-

tion des Beratenden Ausschusses verbleibe. Im vorliegenden Fall erkannte das Gericht allerdings keinen Fehler der Europäischen Kommission, weil diese intern – ohne ausdrückliche Erwähnung in der Entscheidung – eine erste inhaltliche Prüfung der verspätet vorgelegten Verpflichtungsvorschläge vorgenommen hatte und zu dem Ergebnis gekommen war, dass die geäußerten Wettbewerbsbedenken nicht eindeutig ausgeräumt worden wären. Aus dem Urteil geht hervor, dass das Gericht unter den gegebenen Umständen nicht mehr als eine oberflächliche Prüfung von der Europäischen Kommission erwartet. Den Unternehmen ist daher nach wie vor zu raten, mit ausreichenden Zusagenangeboten nicht bis zur letzten Minute zu warten. Sie gehen sonst das Risiko ein, dass ihr Zusammenschluss gänzlich scheitert.

843. Die Monopolkommission bedauert in diesem Zusammenhang allerdings, dass das EuG die Frage offenließ, ob die Europäische Kommission überhaupt genug Zeit hatte, die eingereichten Vorschläge sorgfältig zu prüfen. Immerhin standen der Wettbewerbsbehörde nur 3,5 Arbeitstage zur Verfügung, was zu diesbezüglichen Zweifeln Anlass gibt. Fraglich ist nach Auffassung der Monopolkommission ferner, ob unter diesen Voraussetzungen überhaupt noch eine angemessene Beteiligung der Mitgliedstaaten am fusionskontrollrechtlichen Verfahren möglich ist. Gemäß Artikel 19 Absatz 5 FKVO erfolgt die Anhörung des Beratenden Ausschusses in einer gemeinsamen Sitzung, die frühestens zehn Arbeitstage nach Versendung der Einladung stattfindet. Tatsächlich werden die Sitzungen des Beratenden Ausschusses häufig wesentlich knapper anberaumt, ein Umstand, der sowohl vom Bundeskartellamt als auch von der Monopolkommission in der Vergangenheit wiederholt beanstandet wurde.

4.6.3 Kommission/Schneider Electric

844. Mit dem Urteil des EuGH in dem Verfahren Kommission/Schneider Electric wurde die Auseinandersetzung um den fusionskontrollrechtlichen Schadenersatzanspruch von Schneider Electric beendet.³⁹⁷ Dem Urteil des EuGH gingen das Zusammenschlussverfahren Schneider Electric/Legrand, die Untersagungs- und Entflechtungsentscheidungen der Europäischen Kommission, die Aufhebung dieser Entscheidungen durch das Gericht erster Instanz sowie die Erhebung einer Schadenersatzklage durch Schneider und ein teilweise stattgebendes Urteil des EuG voraus.³⁹⁸

845. Im Februar 2001 meldeten Schneider Electric und Legrand ein Zusammenschlussvorhaben bei der Europäischen Kommission an, bei dem Schneider im Wege eines öffentlichen Aktientauschgebots die Kontrolle über Legrand übernehmen wollte. Nachdem Schneider über 98 Prozent des Kapitals von Legrand erworben hatte, untersagte die Europäische Kommission den Zusammen-

³⁹⁵ Die Verordnung (EG) Nr. 447/98 der Kommission vom 1. März 1998 über die Anmeldungen, über die Fristen sowie über die Anhörung nach der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EU Nr. L 61 vom 2. März 1998, S. 1, wurde zum 1. Mai 2004 aufgehoben und durch die Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission vom 7. April 2004 zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EU Nr. L 133 vom 30. April 2004, S. 1, ersetzt.

³⁹⁶ Vgl. Mitteilung der Kommission über zulässige Abhilfemaßnahmen, a. a. O., Tz. 39, 43.

³⁹⁷ EuGH, Urteil vom 16. Juli 2009, Rs. C-440/07 P „Kommission/Schneider Electric“.

³⁹⁸ EuG, Urteil vom 11. Juli 2007, Rs. T-351/03 „Schneider Electric/Kommission“.

schluss mit Entscheidung vom 10. Oktober 2001. Am 30. Januar 2002 folgte eine Entflechtungsanordnung, die eine Trennungsfrist bis zum 5. November 2002 vorsah. Im Mai 2002 verlängerte die Europäische Kommission diese Frist bis zum 5. Februar 2003. Schneider erhob im Dezember 2001 und im März 2002 Nichtigkeitsklagen gegen die Untersagungs- und Entflechtungsverfügung der Europäischen Kommission. Gleichzeitig bereitete das Unternehmen für den Fall der Klageabweisung die Veräußerung von Legrand vor und schloss am 26. Juli 2002 mit dem Konsortium Wendel/KKR einen Übertragungsvertrag, der spätestens bis zum 10. Dezember durchgeführt werden musste. Schneider behielt sich allerdings die Möglichkeit vor, den Vertrag bis zum 5. Dezember 2002 gegen ein Reugeld in Höhe von 180 Mio. Euro zu kündigen, falls die Verbotsverfügung für nichtig erklärt werden würde.

846. Am 22. Oktober 2002 erklärte das Gericht erster Instanz die Verbots- und Trennungsverfügung für nichtig. Nach Ansicht des Gerichts hatte die Europäische Kommission eine Reihe sachlicher Beurteilungsfehler begangen und die Verteidigungsrechte von Schneider aus Artikel 18 Absatz 3 FKVO verletzt. Daraufhin nahm die Europäische Kommission das Fusionskontrollverfahren wieder auf und teilte Schneider mit Schreiben vom 13. November 2002 ihre Wettbewerbsbedenken mit. Am 29. November informierte die Europäische Kommission Schneider darüber, dass die vorgelegten Änderungsvorschläge nicht ausreichten, um ihre Wettbewerbsbedenken auszuräumen. Am 4. Dezember 2002 leitete die Europäische Kommission die Hauptprüfphase des Verfahrens ein. Am 10. Dezember 2002 vollzog Schneider den Veräußerungsvertrag mit Wendel/KKR und teilte dies der Kommission mit. Diese stellte am 13. Dezember 2002 das Verfahren ein.

847. Am 10. Oktober 2003 erhob Schneider beim Gericht erster Instanz eine Schadensersatzklage auf der Grundlage von Artikel 288 EGV (jetzt Artikel 340 AEUV), mit der es eine Entschädigung in Höhe von mehr als 1,6 Mrd. Euro für den Schaden verlangte, der ihm durch die Rechtswidrigkeit der Untersagungsentscheidung entstanden sei. Mit Urteil vom 11. Juli 2007 erkannte das EuG Schneider für bestimmte geltend gemachte Schäden einen Anspruch zu. Nach Auffassung des Gerichts stellt die Verletzung der Verteidigungsrechte von Schneider einen hinreichend qualifizierten Verstoß gegen eine drittschützende Rechtsnorm dar. Die von der Europäischen Kommission versendete Mitteilung der Beschwerdepunkte habe es Schneider nicht erlaubt, sämtliche Wettbewerbsbedenken, auf die sich die Europäische Kommission in ihren späteren Entscheidungen gestützt habe, zu erkennen. Eine Stellungnahme zu diesen Wettbewerbsbedenken sei daher ebenso wenig möglich gewesen wie die Vorlage von geeigneten Änderungsvorschlägen. Das Gericht bejahte ferner einen Kausalzusammenhang zwischen der Verletzung und zwei der geltend gemachten Schäden. Der erste kausal verursachte Schaden bestehe in den Kosten, die Schneider durch seine Beteiligung an dem nach den Nichtigkeitsurteilen vom 22. Oktober 2002 wiederaufgenommenen Fusionskontrollverfahren ent-

standen seien. Der zweite Schaden liege in dem Preisnachlass, den Schneider dem Konsortium Wendel/KKR für den Aufschub des Veräußerungsvollzugs bis zum 10. Dezember 2002 habe einräumen müssen. Dieser Schaden sei jedoch nur in Höhe von zwei Dritteln zu ersetzen, weil Schneider selbst zum Schadenseintritt beigetragen habe, indem es durch den Erwerb der Legrand-Anteile vor einer positiven behördlichen Entscheidung das Risiko eingegangen sei, die Vermögenswerte von Legrand gegebenenfalls wieder veräußern zu müssen. Die Europäische Kommission lege am 21. September 2007 Rechtsmittel beim Europäischen Gerichtshof ein, mit dem sie die Aufhebung des EuG-Urteils beantragte.

848. Mit dem vorliegenden Urteil folgt der Gerichtshof dem EuG nur teilweise und schränkt die Schadensersatzansprüche Schneiders weiter ein. Der EuGH bestätigt zwar die vom EuG in den Schadensersatzverfahren Schneider/Kommission und MyTravel/Kommission genannten Voraussetzungen der außervertraglichen Haftung der Gemeinschaft. Eine solche Haftung setzt eine hinreichend qualifizierte Verletzung einer drittschützenden Norm, das Vorliegen eines Schadens sowie einen unmittelbaren Kausalzusammenhang zwischen Rechtsverstoß und Schaden voraus. Der EuGH bestätigt außerdem, dass Artikel 18 Absatz 3 FKVO, der die Wahrung der Verteidigungsrechte im Fusionskontrollverfahren sicherstellen soll, eine drittschützende Norm darstellt. Nach Ansicht des Gerichtshofs kann auch die bloße Verletzung des Gemeinschaftsrechts als qualifizierter Rechtsverstoß angesehen werden, sofern das betreffende Gemeinschaftsorgan nur über einen erheblich verringerten oder gar auf Null reduzierten Gestaltungsspielraum verfüge. Davon sei im vorliegenden Fall auszugehen, da die Verpflichtung der Europäischen Kommission zur hinreichend klaren und deutlichen Formulierung ihrer Wettbewerbsbedenken in der Mitteilung der Beschwerdepunkte von der bloßen Anwendung der einschlägigen Verfahrensregeln abhängt. Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die vom EuGH vorgenommene Konkretisierung, wonach die Mitteilung der Beschwerdepunkte auch dann unentbehrlich ist, wenn die Zusammenschlussparteien selbst im Laufe des Verfahrens Auswirkungen ihres Vorhabens ansprechen, auf die sich die Europäische Kommission später in ihrer Entscheidung stützt. Auch in einem solchen Fall geht der Gerichtshof – zutreffenderweise – davon aus, dass eine entsprechende Rüge in der Mitteilung der Beschwerdepunkte erforderlich ist, um den Parteien zu signalisieren, dass die Kommission entsprechende Wettbewerbsbedenken hegt.

849. Hinsichtlich des Schadens, der Schneider durch den gewährten Preisnachlass beim Wiederverkauf von Legrand entstanden sein soll, verneint der EuGH dagegen einen unmittelbaren Kausalzusammenhang zwischen Rechtsverstoß und Schaden. Nach Auffassung des Gerichtshofs war Schneider zwar am 26. Juli 2002, also zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags mit Wendel/KKR, aufgrund der Entflechtungsanordnung zur Vornahme des Verkaufs verpflichtet. Allerdings habe das EuG die Verbots- und Entflechtungsverfügung schon am 22. Oktober 2002, also vor Ablauf der Übertragungsfrist,

für nichtig erklärt. Der Gerichtshof führt weiter aus, dass sich Schneider dennoch dafür entschieden habe, sein Kündigungsrecht nicht auszuüben und damit den Verkauf zum 10. Dezember 2002 wirksam werden zu lassen. Diese Entscheidung habe Schneider im Wesentlichen aufgrund seiner Befürchtung getroffen, dass es im wieder aufgenommenen Zusammenschlussverfahren keine positive Entscheidung erlangen werde. Die logische rechtliche Folge der Aufhebung von Verbots- und Trennungsentscheidung hätte nach Ansicht des EuGH jedoch darin bestanden, dass sich Schneider am wiederaufgenommenen Zusammenschlussverfahren bis zu dessen Abschluss beteiligt hätte. Dieses hätte zwingend mit der Feststellung der Vereinbarkeit oder der Unvereinbarkeit des Zusammenschlussverfahrens geendet. Im ersteren Fall wäre Schneider nicht zur Übertragung von Legrand verpflichtet gewesen und hätte daher auch keinen Preisnachlass gewähren müssen. Im zweiten Fall wäre die Übertragung notwendig geworden, aber nicht Ursache eines ersatzfähigen Schadens gewesen. Daraus schließt der Gerichtshof, dass die unmittelbare Ursache des geltend gemachten Schadens die von Schneider getroffene Entscheidung war, die Übertragung von Legrand zum 10. Dezember 2002 wirksam werden zu lassen, obwohl es dazu nicht verpflichtet war. Nach Ansicht des Gerichtshofs steht dem auch nicht entgegen, dass Schneider bei Ausübung des Kündigungsrechts ein Reugeld in Höhe von 180 Mio. Euro hätte zahlen müssen. Dieses Risiko ergebe sich nämlich aus dem von Schneider selbst geschlossenen Kaufvertrag.

850. Dem vorliegenden Urteil ist im Ergebnis zuzustimmen. Soweit es die Kosten betrifft, die Schneider durch das wieder aufgenommene Fusionskontrollverfahren entstanden sind, wird zu Recht eine Schadensersatzpflicht angenommen. Diese Kosten gehen ursächlich auf die fehlerhaften Entscheidungen der Europäischen Kommission im ersten Fusionskontrollverfahren zurück und sind unabhängig vom Verhalten Schneiders, etwa dem Vertragsabschluss oder den im Einzelnen vereinbarten Vertragsklauseln, aufgetreten. Selbst wenn Schneider den vom Gerichtshof vorgegebenen Weg eingeschlagen und das wiederaufgenommene Fusionskontrollverfahren zu Ende geführt hätte, wären sie – unabhängig vom Ausgang dieses Verfahrens – entstanden. Auch soweit das Urteil den Preisnachlass für die Veräußerung von Legrand betrifft, ist das Urteil des EuGH nachvollziehbar. Der Gerichtshof legt insoweit bei der Bewertung des unmittelbaren Kausalzusammenhangs einen strengeren Maßstab an als das EuG und betont, dass Schneider im Zeitpunkt der Übertragung von Legrand nicht mehr zur Veräußerung verpflichtet war, da die entsprechende Entflechtungsanordnung bereits vom EuG aufgehoben war. Der Gerichtshof lässt somit keinen Zweifel daran, dass allein die Zusammenschlussparteien das Risiko einer ablehnenden Entscheidung in dem neu aufgenommenen Fusionskontrollverfahren tragen.

851. Die Monopolkommission teilt diese Auffassung. Werden die Zusammenschlussparteien gemäß Artikel 7 Absatz 3 FKVO auf Antrag vom Vollzugsverbot befreit und führen einen Zusammenschluss mittels öffentlichen

Aktientauschangebots vor dem Erlass einer Freigabebefreiung der Europäischen Kommission durch, sollten sie auch die damit verbundenen Risiken tragen. Diese Risiken umfassen unter anderem mögliche Schwierigkeiten der Parteien, nach einem für sie ungünstigen Abschluss des erneuten Fusionskontrollverfahrens wieder einen Käufer für die zu veräußernden Vermögenswerte zu finden oder einen angemessenen Kaufpreis zu erzielen. Würde man die Zusammenschlussbeteiligten von diesen Risiken freistellen, wäre der Grundsatz der präventiven Fusionskontrolle gefährdet. Zu begrüßen ist, dass mit dem nun vorliegenden Urteil für fusionswillige Unternehmen zudem Klarheit über die möglichen Konsequenzen eines vorab vollzogenen Zusammenschlusses besteht. Sie wissen bereits in der Planungsphase, dass sie regelmäßig sämtliche Kosten – bis auf die Verfahrenskosten eines eventuell erneut durchzuführenden behördlichen Verfahrens – tragen müssen, die aus einer Untersagungs- und Entflechtungsanordnung resultieren. Die potenziellen Fusionspartner sind daher künftig in der Lage, die Vor- und Nachteile eines solchen Vorgehens abzuwägen und die Gestaltung ihres Vorhabens darauf einzurichten.

852. In dem vorliegenden Urteil hatte der Gerichtshof nicht über einen Ersatz des zwischen Schneider und Wendel/KKR vereinbarten Reugelds zu entscheiden. Mangels Kündigung durch Schneider musste das Reugeld nicht gezahlt werden, ein entsprechender Schaden war nicht entstanden. Der Gerichtshof nimmt daher auch nur kurz zum Reugeld Stellung: Die unmittelbare Ursache des Schadens aufgrund des Preisnachlasses sei die von Schneider getroffene Entscheidung gewesen, die Übertragung von Legrand im Dezember 2002 wirksam werden zu lassen. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass Schneider bei der Ausübung seines Kündigungsrechts dem Risiko ausgesetzt gewesen sei, ein Reugeld entrichten zu müssen. Dieses beruhe nämlich auf dem von Schneider selbst ausgehandelten Vertrag. Dieser Äußerung des EuGH könnte entnommen werden, dass auch im Fall einer Kündigung durch Schneider und einer positiven zweiten Fusionskontrollentscheidung das Reugeld nicht als Schaden anerkannt worden wäre, weil es ursächlich auf den von Schneider geschlossenen Vertrag zurückzuführen sei. Nach Ansicht der Monopolkommission müssten in diesem Zusammenhang jedoch folgende Aspekte berücksichtigt werden. Zum einen war Schneider im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zur Veräußerung verpflichtet. Diese Verpflichtung beruhte ursächlich auf den fehlerhaften Entscheidungen der Europäischen Kommission. Zum Zweiten ist davon auszugehen, dass Schneider einem potenziellen Käufer auf jeden Fall eine wirtschaftliche Gegenleistung für das eingeräumte Kündigungsrecht hätte gewähren müssen. Die Verabredung eines solchen Kündigungsrechts war notwendig, um im Falle einer positiven Entscheidung des EuG vom Vollzug des Kaufvertrags Abstand nehmen zu können. Schließlich hätte Schneider das vereinbarte Reugeld auch in dem Fall zahlen müssen, in dem es den Vertrag gekündigt und das wieder aufgenommene Fusionskontrollverfahren mit einem für Schneider günstigen Ergebnis geendet hätte.

4.7 Legislative Entwicklungen

853. Im Berichtszeitraum betrieb die Europäische Kommission die Weiterentwicklung des rechtlichen Rahmens in zwei Bereichen: Zum einen legte sie eine neue Mitteilung über zulässige Abhilfemaßnahmen vor.³⁹⁹ Zum anderen erstattete sie pflichtgemäß Bericht über die Zuständigkeitsverteilung im Rahmen der Fusionskontrollverordnung⁴⁰⁰.

4.7.1 Mitteilung über zulässige Abhilfemaßnahmen

854. Im Oktober 2008 legte die Europäische Kommission eine neue Mitteilung über zulässige Abhilfemaßnahmen vor, mit der die Leitlinien von 2001 abgelöst wurden. Anlass für die neue Mitteilung waren laut Europäischer Kommission das Inkrafttreten der Fusionskontrollverordnung Nr. 139/2004 und der Durchführungsverordnung Nr. 802/2004 im Mai 2004, die jüngere Rechtsprechung von EuGH und EuG sowie die Ergebnisse der Studie der Europäischen Kommission über Abhilfemaßnahmen aus dem Jahr 2005, die erhebliche Defizite der bisherigen Zusagenpraxis aufgedeckt hatte.⁴⁰¹

855. Die vorgelegten Leitlinien fallen deutlich umfassender und detaillierter aus als die bisher geltende Mitteilung. Die Europäische Kommission informiert über allgemeine Grundsätze für Abhilfemaßnahmen und über die wichtigsten Arten von Verpflichtungen. Daneben äußert sie sich zum Verfahren für Verpflichtungsangebote in der ersten und zweiten Phase und erläutert die Anforderungen an die Umsetzung von Abhilfemaßnahmen. Die in der Mitteilung zum Ausdruck kommende grundsätzliche Einstellung der Europäischen Kommission gegenüber Abhilfemaßnahmen ist restriktiver als in der Vergangenheit. Die Wettbewerbsbehörde legt besonderes Gewicht auf die Geeignetheit und die Umsetzbarkeit von Verpflichtungszusagen. Daneben betont sie die Schwierigkeiten und Risiken beim Vollzug von Zusagen und hält wirksame Kontrollmechanismen für notwendig. Die Zusammenschlussparteien werden erkennbar stärker in die Verantwortung genommen als bislang. So weist die Europäische Kommission den Parteien zum einen umfassende Informationspflichten zu. Mittels eines neuen Formblatts, der Form RM, sind alle verfügbaren Informationen über den Inhalt der Verpflichtungen, die Bedingungen für ihre Umsetzung und ihre Geeignetheit zur Beseitigung der Wettbewerbsbehinderung vorzulegen. Sofern Gegenstand der Abhilfemaßnahme die Veräußerung eines Geschäfts ist, ist die Europäische Kommission in die Lage zu versetzen, die Lebensfähigkeit, Wettbewerbsfähigkeit und Verkäuflichkeit des Geschäfts zu beurteilen. Zum anderen obliegt es den Zusammenschlussbeteiligten, Unsi-

cherheiten hinsichtlich der Umsetzung von Abhilfemaßnahmen zu beseitigen und die Kontrolle der Umsetzung zu ermöglichen.

856. Nach Ansicht der Europäischen Kommission eignen sich vor allem Veräußerungszusagen, um wettbewerbliche Bedenken zu beseitigen. Diese verdienen daher den Vorzug vor verhaltensorientierten Abhilfemaßnahmen, die nur ausnahmsweise und unter ganz besonderen Umständen zulässig seien. Im Zusammenhang mit Veräußerungszusagen setzt die Europäische Kommission verstärkt auf sog. Up-front-buyer- und Fix-it-first-Lösungen. Daneben eröffnet sie den Zusammenschlussbeteiligten die Möglichkeit, alternative Veräußerungsverpflichtungen anzubieten, falls die Durchführung der von ihnen bevorzugten Veräußerung zweifelhaft ist. Schließlich unterstreicht die Europäische Kommission die Bedeutung der Identität des künftigen Erwerbers und der Lebensfähigkeit des zu veräußernden Vermögensteils für die Umsetzung einer Abhilfemaßnahme.

857. Die Monopolkommission bewertet den Erlass der neuen Mitteilung zu Abhilfemaßnahmen und die darin zum Ausdruck kommende kritischere Einstellung der Europäischen Kommission positiv. Die erwähnte Studie aus dem Jahr 2005 hat erhebliche Mängel der seitherigen Verpflichtungspraxis der Europäischen Kommission zutage gebracht. So erwies sich nur etwa die Hälfte der untersuchten Abhilfemaßnahmen als wirkungsvoll. Gerade vor dem Hintergrund der Praxis der Europäischen Kommission, Untersagungsentscheidungen möglichst zu vermeiden und wettbewerblich bedenkliche Zusammenschlussvorhaben unter – zum Teil weitreichenden – Abhilfemaßnahmen zu genehmigen, kommt der reibungslosen Umsetzung und der Effektivität von Verpflichtungen herausragende Bedeutung zu. Aus diesen Gründen ist nach Auffassung der Monopolkommission ein strikterer Ansatz bei der Entgegennahme von Verpflichtungszusagen unerlässlich.

858. Die Monopolkommission unterstützt die positive Haltung der Europäischen Kommission zu Veräußerungszusagen und teilt ihre Skepsis in Bezug auf verhaltensorientierte Verpflichtungen. Veräußerungszusagen sind struktureller Natur und infolgedessen am besten geeignet, Wettbewerbsbedenken anlässlich von Zusammenschlüssen auszuräumen. Sie lassen sich in der Regel in einem überschaubaren Zeitraum umsetzen und bedürfen dann üblicherweise keiner weiteren Kontrolltätigkeit seitens der Europäischen Kommission mehr. In Bezug auf verhaltensorientierte Verpflichtungen stellt die Europäische Kommission zu Recht fest, dass insbesondere Verpflichtungen, die Preise nicht anzuheben, die Produktpalette einzuschränken, Marken aufzugeben etc., im Allgemeinen ungeeignet sind, die wettbewerbsrechtlichen Bedenken zu beseitigen. Kritisch zu sehen sind in diesem Zusammenhang vor allem Umsetzungs- und Kontrollprobleme. Dies gilt nach Ansicht der Monopolkommission auch für sog. Zugangsverpflichtungen. Die Europäische Kommission räumt zwar insofern ein, dass eine derartige Maßnahme allein häufig nicht ausreichen wird, um Wettbewerbsbedenken auszuschließen, und spricht sich daher für umfanglichere Maßnahmepakete aus. Die Monopol-

³⁹⁹ Mitteilung der Kommission über nach der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission zulässige Abhilfemaßnahmen, ABl. EG Nr. C 267 vom 22. Oktober 2008, S. 1.

⁴⁰⁰ Mitteilung der Kommission an den Rat, Bericht über das Funktionieren der Verordnung Nr. 139/2004 des Rates, KOM(2009) 281 endg.

⁴⁰¹ http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/remedies_study.pdf

kommission bezweifelt jedoch, dass die Europäische Kommission die mit Zugangsverpflichtungen verbundenen Nachteile, insbesondere das Diskriminierungspotenzial der Zusammenschlussparteien, ausreichend berücksichtigt hat. Dass Zurückhaltung bei der Entgegennahme derartiger Zusagen geboten ist, zeigen eindrücklich die Ergebnisse der Studie aus dem Jahr 2005, wonach Zugangsverpflichtungen die am wenigsten erfolgreiche Art der Abhilfemaßnahme darstellen.

859. Zustimmung verdient die Europäische Kommission, wenn sie die Bedeutung des künftigen Erwerbers für den Erfolg der Abhilfemaßnahme betont. Positiv bewertet die Monopolkommission außerdem die Absicht der Europäischen Kommission, in Zukunft verstärkt auf Up-front-buyer- und Fix-it-first-Zusagen zu bestehen. Die Monopolkommission hat in der Vergangenheit mehrfach gefordert, die vorangehende Veräußerung von Vermögensteilen zur Bedingung des Zusammenschlussvollzugs zu machen. Beide genannten Lösungen gewährleisten, dass ein Zusammenschluss nur dann durchgeführt werden darf, wenn sich überhaupt ein wettbewerbsfähiger Erwerber für die zur Veräußerung stehenden Vermögensteile interessiert. In der Vergangenheit war dies nicht immer der Fall.⁴⁰² Außerdem stellt sowohl die Up-front-buyer- als auch die Fix-it-first-Lösung sicher, dass die Zusammenschlussbeteiligten sich ernsthaft bemühen, einen geeigneten Erwerber zu finden und den Erwerbsprozess möglichst unkompliziert und zügig durchzuführen.

860. Abschließend bekräftigt die Monopolkommission ihre Forderung, dass die Europäische Kommission künftig regelmäßig über die Durchführung und Wirksamkeit der von ihr auferlegten Abhilfemaßnahmen berichtet. Wie die Studie aus dem Jahr 2005 verdeutlicht, trägt eine solche Nachschau wesentlich dazu bei, Defizite aufzuspüren und notwendige Reformprozesse in Gang zu setzen. Diese Überlegung hat um so mehr Gewicht, als die Europäische Kommission in der jüngeren Vergangenheit weitgehend auf Untersagungen verzichtete und darauf setzte, problematische Fälle mit teilweise umfangreichen Abhilfemaßnahmen zu lösen. Im Zusammenhang mit der nunmehr geltenden Mitteilung der Europäischen Kommission zu zulässigen Abhilfemaßnahmen ist darüber hinaus von besonderem Interesse, inwieweit die dort aufgestellten Grundsätze in der Entscheidungspraxis Berücksichtigung finden und die Wirksamkeit der auferlegten Verpflichtungen erhöhen. Aus künftigen Erfahrungsberichten ließe sich ferner ablesen, ob und in welchen Bereichen weiterer Reformbedarf besteht.

4.7.2 Bericht über die Zuständigkeitsverteilung im Rahmen der Fusionskontrollverordnung

861. Gemäß Artikel 1 Absatz 4 und Artikel 4 Absatz 6 FKVO war die Europäische Kommission verpflichtet, dem Rat spätestens bis 1. Juli 2009 Bericht über das Funktionieren der Zuständigkeits- und Verweisungsregeln in Artikel 1 Absatz 2 und 3 sowie Artikel 4 Absatz 4

und 5 FKVO zu erstatten. Die Europäische Kommission ist dieser Verpflichtung nachgekommen, indem sie am 18. Juni 2009 einen entsprechenden Bericht⁴⁰³ sowie ein Commission Staff Working Paper⁴⁰⁴ veröffentlichte. Die Kommission berücksichtigte bei ihrer Analyse Eingaben von nationalen Wettbewerbsbehörden sowie Stellungnahmen aus der Wissenschaft, der Anwaltschaft und von verschiedenen Unternehmen im Rahmen eines öffentlichen Konsultationsprozesses. Sie kam zu dem Ergebnis, dass die Zuständigkeits- und Verweisungsregeln im Allgemeinen gut funktionieren und für eine sachgerechte und flexible Fallverteilung zwischen europäischer und nationaler Ebene sorgen. Verbesserungspotenzial sah die Kommission insbesondere bei der Behandlung von Mehrfachanmeldungen (Artikel 1 Absatz 3, Artikel 4 Absatz 5 FKVO) und der Anwendung der Zwei-Drittel-Regel in Artikel 1 FKVO. Der Bericht enthält keine konkreten Reformvorschläge, die Europäische Kommission behält sich jedoch die Option vor, derartige Vorschläge zu einem späteren Zeitpunkt zu unterbreiten.

Die Europäische Kommission unterstreicht, dass ihre ausschließliche Zuständigkeit für Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung einen der wichtigsten Grundsätze der Fusionskontrollverordnung bildet. Die ausschließliche Zuständigkeit bietet nach Ansicht der Kommission den Vorteil einer „einzigsten Anlaufstelle“ (One-stop-shop-Prinzip) für die beteiligten Unternehmen und stellt eine wichtige Voraussetzung für die Gewährleistung „gleicher Wettbewerbsbedingungen“ bei der Zusammenschlusskontrolle dar. Daneben müsse bei der Verteilung der Fälle auf die europäische und die nationale Ebene dem Prinzip der „geeignetsten Wettbewerbsbehörde“ Rechnung getragen werden.

4.7.2.1 Umsatzschwellen in Artikel 1 Absatz 2 und 3 FKVO

862. Der Großteil der Zusammenschlussfälle gelangt auf der Grundlage von Artikel 1 Absatz 2 FKVO in die Zuständigkeit der Europäischen Kommission. Einige Wettbewerbsbehörden und Dritte sprachen sich für eine inflationsbedingte Anpassung der Schwellenwerte aus. In der öffentlichen Konsultation wurde außerdem die Einführung sektorspezifischer Schwellenwerte, z. B. für Banken, Versicherungen, Fluggesellschaften, Energieunternehmen etc., vorgeschlagen. Nach Auffassung der Europäischen Kommission stellen die in Artikel 1 Absatz 2 FKVO genannten Umsatzschwellen ein wirksames Instrument dar, um Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung zu identifizieren. Die Feinsteuerung der Fallverteilung könne im Wege der Verweisung erfolgen, Reformbedarf bestehe daher nicht.

863. Die Regelung des Artikel 1 Absatz 3 FKVO wurde im Konsultationsprozess zum Teil als sehr kompliziert kritisiert und es wurde eine Abschaffung gefordert. Stattdessen sollte eine automatische Verweisung erfolgen,

⁴⁰² Vgl. z. B. EU-Kommission, Entscheidung vom 11. Februar 2004, COMP/M.3280 „Air France/KLM“ und EuG, Urteil vom 4. Juli 2006, Rs. T-177/04 „easyJet/Kommission“, Slg. 2006, II-1931.

⁴⁰³ Mitteilung der Kommission an den Rat, Bericht über das Funktionieren der Verordnung Nr. 139/2004 des Rates, KOM(2009) 281 endg.

⁴⁰⁴ Commission Staff Working Paper accompanying the Communication from the Commission to the Council, Report on the functioning of Regulation Nr. 139/2004; SEC(2009) 808 final/2.

sofern ein Zusammenschlussvorhaben mindestens drei nationale Wettbewerbsbehörden betrifft. Auch die Europäische Kommission erkennt insofern Verbesserungsmöglichkeiten. Insbesondere vertritt sie die Auffassung, dass trotz Artikel 1 Absatz 3 FKVO eine erhebliche Anzahl von Fällen mit grenzüberschreitenden Auswirkungen außerhalb der Brüsseler Zuständigkeit gelegen hat. Außerdem hätten rund 6 Prozent der in mindestens drei Mitgliedstaaten angemeldeten Zusammenschlüsse Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken gegeben, was nach Ansicht der Kommission darauf hindeutet, dass eine Überprüfung dieser Fälle in Brüssel sachgerecht gewesen wäre, da bei problematischen Fällen die negativen Auswirkungen paralleler Prüfungen und die Gefahr unterschiedlicher Ergebnisse besonders groß seien. Die Europäische Kommission vertritt darüber hinaus die Auffassung, dass angesichts des Ziels „vollkommen gleicher Wettbewerbsbedingungen“ auf dem Gemeinsamen Markt erwogen werden sollte, die einzelstaatlichen Regeln zur Fusionskontrolle kohärenter zu gestalten und deren Zusammenspiel mit den Regeln der Gemeinschaft zu verbessern, um Schwierigkeiten bei parallelen Anmeldungen zu vermeiden.

4.7.2.2 Zwei-Drittel-Regel

864. In Bezug auf die Zwei-Drittel-Regel fielen sowohl das Echo der Wettbewerbsbehörden als auch die Stellungnahmen Dritter prinzipiell positiv aus. Einige wenige Stimmen sprachen sich für eine Abschaffung der Zwei-Drittel-Regelung und eine Feinsteuerung über das Verweisungsregime aus. Die Europäische Kommission kam zu dem Schluss, dass die Vorschrift in den meisten Fällen eine sachgerechte Abgrenzung zwischen nationaler und europäischer Zuständigkeit ermöglicht. Allerdings habe die Zwei-Drittel-Regel auch dafür gesorgt, dass einige wenige Zusammenschlüsse trotz ihrer potenziell grenzübergreifenden Auswirkungen in die nationale Zuständigkeit gefallen seien. In diesem Zusammenhang erläutert die Europäische Kommission, dass auch Zusammenschlüsse mit nationalem Bezug bei hoher Marktkonzentration und hohen Marktzutrittsschranken Abschottungswirkungen auslösen und dadurch grenzüberschreitende Effekte haben können. Zusammenschlüsse dieser Art seien für die Europäische Kommission von besonderem Interesse, wenn es um Märkte gehe, die sich in einem Liberalisierungsprozess befänden oder bei denen innereuropäische Wettbewerbschranken erodierten. Diese Märkte befänden sich in einer Übergangsphase von einer nationalen hin zu einer weiteren räumlichen Ausdehnung. Die Europäische Kommission gibt außerdem zu bedenken, dass im selben Zeitraum in derselben Branche ähnliche Transaktionen zum Teil die Zwei-Drittel-Regel erfüllten und zum Teil nicht, was unterschiedliche Zuständigkeiten zur Folge gehabt hätte.⁴⁰⁵ Besonders kritisch bewertet die Europäische Kommission in diesem Zusammenhang, dass bei der Genehmigung einiger der betroffenen Zu-

sammenschlüsse auf nationaler Ebene außerwettbewerbliche Interessen den Ausschlag gegeben hätten. Sie schlägt daher vor, die Zwei-Drittel-Regel in der Zukunft einer Überprüfung zu unterziehen.

4.7.2.3 Verweisung vor der Anmeldung gemäß Artikel 4 Absatz 4 und 5 FKVO

865. Nach Artikel 4 Absatz 4 FKVO können die Beteiligten um Übertragung eines Verfahrens von der Europäischen Kommission an eine nationale Wettbewerbsbehörde ersuchen. Zwischen 2004 und 2008 sind 43 solcher Anträge eingegangen. Die überwältigende Mehrheit der Fälle berührte Märkte, die nicht größer als national waren. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass sich Anträge in bestimmten Branchen häufen. Nach den Erfahrungen der nationalen Wettbewerbsbehörden und der beteiligten Kreise stellt die Regelung ein gutes Instrument der Re-Allokation von Fällen dar. Auch die verfahrensrechtliche Ausgestaltung des Systems wird grundsätzlich positiv bewertet, wenn auch die Fristen für die behördlichen Entscheidungen möglicherweise verkürzt werden sollten. Teilweise wird von dritter Seite außerdem die fehlende Transparenz hinsichtlich der Voraussetzungen, unter denen ein Verweisungsantrag von den Wettbewerbsbehörden akzeptiert oder abgelehnt wird, gerügt. Darüber hinaus seien die Informationspflichten zu umfassend.

866. Artikel 4 Absatz 5 FKVO regelt die Verweisung von der nationalen an die europäische Ebene. Zwischen 2004 und 2008 stellten Unternehmen 160 entsprechende Anträge, denen in 151 Fällen stattgegeben wurde. Somit gelangten etwa 10 Prozent aller Fälle, die die Kommission bearbeitete, im Wege des Artikel 4 Absatz 5 FKVO in ihre Zuständigkeit. Über 90 Prozent der verwiesenen Fälle hätten ursprünglich – auch – in Deutschland angemeldet werden müssen. Während des Referenzzeitraums sind nur vier Verweisungsanträge aufgrund von Einsprüchen der Mitgliedstaaten abgelehnt worden. Die nationalen Wettbewerbsbehörden gehen davon aus, dass aus materiell-rechtlicher Sicht die richtigen Verfahren in die Zuständigkeit Brüssels gelangt sind. Verfahrensrechtlich könnte auch hier über eine Verkürzung der Fristen nachgedacht werden. Von dritter Seite wird wiederum der übermäßige Zeit- und Arbeitsaufwand sowie die mangelnde Transparenz kritisiert, teilweise wird ein System der automatischen Verweisung vorgeschlagen. Zum Teil wird darauf hingewiesen, dass die unterschiedlichen nationalen Fusionskontrollregime eine Quelle der Rechtsunsicherheit darstellen.

867. Nach Auffassung der Europäischen Kommission haben die Regelungen des Artikel 4 Absatz 4 und 5 FKVO zu einer flexibleren Fallverteilung beigetragen, wodurch die Fusionskontrolle erheblich effizienter geworden sei. Die Fallverteilung habe sich im Hinblick auf die Grundsätze der „einzigen Anlaufstelle“ und der „geeigneteren Behörde“ wesentlich verbessert, es bestehe allerdings immer noch Verbesserungspotenzial. Mehrfachanmeldungen sollten weiter reduziert werden, wobei die Kommission zwei Optionen benennt: Entweder könn-

⁴⁰⁵ Die Fälle EDP/ENI/GDP, Eon/MOL, DONG/Elsam/Energi E2 und GDF/Suez wurden von der Europäischen Kommission untersucht, während für E.ON/Ruhrgas, Gas Natural/Endesa, Gas Natural/Iberdrola aufgrund der Zwei-Drittel-Regel die jeweiligen nationalen Wettbewerbsbehörden zuständig waren.

ten die Mitgliedstaaten über eine Erhöhung ihrer Aufgreifschwelle oder die Europäische Kommission über eine Regelung zur automatischen Verweisung in Fällen, in denen mindesten drei Mitgliedstaaten zuständig wären, nachdenken. Eine Abkürzung der Fristen hält die Kommission dagegen für nicht möglich. Das Problem der Rechtsunsicherheit in Bezug auf die Zuständigkeit wird ihrer Ansicht nach überbewertet, da nur sehr selten Einspruch gegen die Zuständigkeitsübertragung erhoben werde.

4.7.2.4 Mechanismen zur Verweisung nach der Anmeldung gemäß Artikel 22 und 9 FKVO

868. Die Regelung des Artikel 22 FKVO diene ursprünglich dem Zweck, Mitgliedstaaten ohne eigene Fusionskontrolle die Möglichkeit zu eröffnen, wettbewerblich bedenkliche Zusammenschlüsse an die Europäische Kommission zu übertragen und sie damit doch noch einer fusionskontrollrechtlichen Prüfung zu unterziehen. Da nunmehr fast alle Mitgliedstaaten über eigene Fusionskontrollregeln verfügen, steht die Vermeidung von Parallelverfahren im Vordergrund. Mehrere nationale Wettbewerbsbehörden können einen Fall nach Brüssel verweisen oder sich einem entsprechenden Antrag einer anderen Wettbewerbsbehörde anschließen. Beteiligt sich ein Mitgliedstaat nicht an der Verweisung, bleibt er für diesen Fall in seinem Hoheitsgebiet zuständig. Seit 1. Mai 2004 gingen 14 Anträge nach Artikel 22 FKVO in Brüssel ein. In sechs dieser Fälle eröffnete die Kommission die zweite Verfahrensphase. Die nationalen Wettbewerbsbehörden stehen dem Instrument des Artikel 22 FKVO positiv gegenüber. Dritte kritisieren auch hier den Zeit- und Arbeitsaufwand und weisen auf die Unvorhersehbarkeit der Zuständigkeit aus Sicht der beteiligten Unternehmen hin.

869. Artikel 9 FKVO regelt die Verweisung eines Falles von der Europäischen Kommission an einen oder mehrere Mitgliedstaaten. Die meisten Anträge dieser Art wurden von Deutschland und vom Vereinigten Königreich gestellt. Aus Sicht der nationalen Wettbewerbsbehörden funktioniert die Verweisungspraxis zufriedenstellend. Dritte bemängeln wiederum den zeitlichen und personellen Aufwand, der mit einer Verweisung verbunden ist. Außerdem betonen sie die Extrakosten des Verfahrens. Sie machten unter anderem folgende Vorschläge zur Verbesserung: Einführung eines Anhörungsrechts der beteiligten Unternehmen, Nutzung der Form CO für die Anmeldung bei der nationalen Wettbewerbsbehörde und Ausschluss partieller Verweisungen. Nach Auffassung der Europäischen Kommission stellen die Artikel 9 und 22 FKVO insgesamt nützliche Instrumente bei der Feinsteuerung der Fallverteilung dar. Da die Artikel 9 und 22 FKVO eine andere Funktion haben als die Artikel 4 Absatz 4 und 5 FKVO, werden sie durch deren Einführung auch nicht überflüssig.

870. Die Monopolkommission hat vor dem Hintergrund des Zusammenschlusses E.ON/Ruhrgas bereits im Vier-

zehnten Hauptgutachten eine Änderung der Zwei-Drittel-Regel in Artikel 1 FKVO angeregt.⁴⁰⁶ Sie vertrat – ähnlich wie die Europäische Kommission jetzt – die Auffassung, dass aufgrund der Zwei-Drittel-Regel Zusammenschlüsse trotz gemeinschaftsweiter Dimension in den Zuständigkeitsbereich der nationalen Wettbewerbsbehörde fallen können. Die Monopolkommission kritisierte insbesondere, dass die Zwei-Drittel-Regel an die in der Vergangenheit erzielten Umsätze anknüpft und damit einer rein statischen Betrachtungsweise folgt, ohne die absehbare europäische Dimension eines Zusammenschlusses zu berücksichtigen. Als problematisch sieht die Monopolkommission dies vor allem in Fällen an, in denen bislang abgeschottete Märkte betroffen sind und die Internationalisierung der Unternehmenstätigkeit noch nicht oder gerade erst begonnen hat.

871. Den Aspekt der Mehrfachanmeldung thematisiert die Europäische Kommission sowohl im Zusammenhang mit Artikel 1 Absatz 3 FKVO als auch mit Artikel 4 Absatz 5 FKVO. Sie favorisiert eine automatische Verweisung nach Brüssel in Fällen, in denen ansonsten mindestens drei nationale Wettbewerbsbehörden befasst wären. Damit greift sie alte Pläne wieder auf, die sie bereits im Zuge der ersten und zweiten Reform der Fusionskontrollverordnung verfolgte. Im Rahmen des Artikel 1 FKVO ließe sich die automatische Verweisung durch einen Verzicht auf alle Umsatzschwellen in Fällen von Mehrfachanmeldungen umsetzen. Im Fall des Artikel 4 Absatz 5 FKVO würde der Vorschlag wohl auf eine Streichung des mitgliedstaatlichen Vetorechts hinauslaufen. Die Monopolkommission hat sich bereits im Vierzehnten Hauptgutachten ausdrücklich gegen eine automatische Verweisung bei Mehrfachanmeldungen ausgesprochen, da deren Vorzüge nur unzureichend nachgewiesen waren.⁴⁰⁷ Unter anderem wies die Erhebung, auf die sich die Europäische Kommission stützte, erhebliche methodische Mängel auf. Zu berücksichtigen ist darüber hinaus, dass mit der zwischenzeitlichen Einführung von Artikel 4 Absatz 5 FKVO im Zuge der zweiten Reform der Fusionskontrollverordnung die Möglichkeit der Verweisung auf Initiative der beteiligten Unternehmen existiert. Diese Option entschärft die vorgetragenen Probleme mit Mehrfachanmeldungen deutlich. Davon ist umso mehr auszugehen, als die nationalen Wettbewerbsbehörden seit Inkrafttreten des Artikel 4 Absatz 5 FKVO ihr Vetorecht lediglich in vier Fällen ausgeübt haben.

872. Eine Absage erteilt die Monopolkommission den im vorliegenden Bericht angedeuteten Bestrebungen der Europäischen Kommission, die nationalen Fusionskontrollrechte zu harmonisieren. Um das Ziel eines „level playing field“ zu erreichen, schlägt die Europäische Kommission die Anpassung der verschiedenen nationalen Regeln untereinander und im Verhältnis zur Fusionskontrollverordnung vor. Dieser Vorschlag bezieht sich auf

⁴⁰⁶ Vgl. Monopolkommission, Netzettbewerb durch Regulierung, Hauptgutachten 2000/2001, Baden-Baden 2003, Tz. 588.

⁴⁰⁷ Vgl. ebenda, Tz. 591 ff.

Zuständigkeitsfragen und sonstige verfahrensrechtliche, aber auch auf materiell-rechtliche Aspekte. In erster Linie ist hier wohl an eine Heraufsetzung der nationalen Aufgreifschwelle und an eine Verkürzung der Fristen im Verweisungsfall gedacht. Konkrete Vorschläge zu materiell-rechtlichen Änderungen legt die Europäische Kommission nicht vor. Sie könnte mit Blick auf eine Änderung mitgliedstaatlicher Wettbewerbsgesetze ohnehin nur Anregungen geben. Dies gilt sowohl in Bezug auf die angestrebte Heraufsetzung der Aufgreifschwelle als auch hinsichtlich materiell-rechtlicher Kriterien. Da der Be-

richt der Europäischen Kommission keine konkreten Reformvorschläge enthält, bleibt abzuwarten, welche der genannten Aspekte künftig aufgegriffen werden. Vorzugswürdig erscheinen Bestrebungen zu einer verstärkten Harmonisierung „von unten“, also vonseiten der einzelnen Mitgliedstaaten. In diesem Zusammenhang ist an die geplante Achte GWB-Novelle zu erinnern, bei der der deutsche Gesetzgeber unter anderem über eine Neujustierung der Aufgreifschwelle und über eine Anpassung der materiell-rechtlichen Kriterien der deutschen Fusionskontrolle entscheiden wird.

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.