

Auszug aus Hauptgutachten XIX (2010/2011)

Kapitel IV

Kartellrechtliche Entscheidungspraxis

1. Allgemeines zur deutschen Kartellrechtspraxis
 2. Kartellverfolgung durch das Bundeskartellamt
 3. Missbrauchsaufsicht durch das Bundeskartellamt
 4. Zusammenschlusskontrolle durch das Bundeskartellamt
 5. Europäische Fusionskontrollpraxis
-

Inhaltsverzeichnis

Kapitel IV: Kartellrechtliche Entscheidungspraxis	215
1. Allgemeines zur deutschen Kartellrechtspraxis.....	215
1.1 Kartellrecht in der Wirtschafts- und Finanzkrise.....	215
1.2 Kartellrechtsanwendung in spezialgesetzlich überformten Wirtschaftsbereichen	215
1.3 Kartellrechtsanwendung im Grenzbereich hoheitlicher Tätigkeit	217
1.4 Nutzung des vollen Spektrums der kartellamtlichen Handlungsformen.....	218
1.4.1 Nichtförmliche Kartellrechtsdurchsetzung, insbesondere Compliance-Förderung.....	218
1.4.2 Vorgabe positiver Maßnahmen und Verbindlicherklärung von Verpflichtungszusagen.	221
1.4.3 Freistellungsentziehung.....	221
1.4.4 Sektoruntersuchungen.....	222
1.5 Breites Spektrum von Verlautbarungsformen.....	222
1.6 Ökonomische Begriffe, Theorien und Methoden in der Kartellrechtsanwendung.....	224
2. Kartellverfolgung durch das Bundeskartellamt.....	227
2.1 Begrifflichkeit: Unerlaubte Kartelle und effiziente Kooperationen.....	228
2.2 Institutioneller Rahmen.....	228
2.3 Doppelkontrolle von Gemeinschaftsunternehmen	230
2.4 Kartellschwelle in Oligopolmärkten.....	231
2.5 Kartellschaden, Bußgeldhöhe und effiziente Abschreckungswirkung.....	231
2.6 Kartellschadensersatz.....	234
2.7 Sonderfall: Strafbare Submissionsabsprachen.....	234
2.8 Bonusregelung und einverständliche Verfahrensbeendigung.....	235
2.9 Kartellbewertung in Zivilprozessen.....	236
2.10 Ausgewählte Kartellverfahren des Bundeskartellamtes.....	236
2.10.1 Ein fast normales Kartell: Feuerwehrlöschfahrzeuge.....	236
2.10.2 Preisbindung der zweiten Hand.....	238
2.10.3 Einschränkungen des Internetvertriebs.....	240
2.10.4 Informationsaustausch, Marktinformationsverfahren und der Schutz des Geheimwettbewerbs.....	243
2.10.5 Ausschreibungsdesign: Recycling, Autobahntankstellen und Fußballzentralvermarktung.....	246
2.10.5.1 Recycling.....	246
2.10.5.2 Autobahntankstellen.....	246
2.10.5.3 Fußball-Zentralvermarktung.....	247
2.10.5.4 Fazit.....	248
2.10.6 Abkauf von Wettbewerb.....	249
2.11 Fazit: Effiziente Beschränkung der Privatautonomie mit Effektivitätspotenzial.....	250
3. Missbrauchsaufsicht durch das Bundeskartellamt.....	252
3.1 Missbrauchsaufsicht in Oligopolmärkten, insbesondere im Kraftstoffmarkt.....	252
3.1.1 Koordinationsfördernde Praktiken im Tankstellen-Oligopol.....	254
3.1.2 Abhilfe durch Preissetzungsregeln?.....	254
3.1.3 Wettbewerbssteigernde Informationsangebote.....	255

3.2	Missbrauchsaufsicht als regulierungsähnliche Marktaufsicht.....	256
3.2.1	Zugang zu Infrastruktureinrichtungen des Fährhafens Puttgarden.....	256
3.2.2	Transaktionsentgelte an Geldautomaten.....	259
3.2.3	Aspekte des Vorgehens der Kartellbehörden im Wassersektor.....	260
3.2.3.1	Würdigung der Verfahren des Bundeskartellamtes nur eingeschränkt möglich	260
3.2.3.2	Kooperation und Synergien im Netz der deutschen Kartellbehörden.....	261
3.2.3.3	Benchmarking als anreizregulierungsähnliches Instrument?.....	263
3.2.3.4	Maßstäbe der Trinkwasser-Preismissbrauchsaufsicht: Kosten- oder Erlösprüfung.....	264
3.2.4	Methodische Aspekte der Preismissbrauchsverfahren im Energiesektor, speziell im Heizstromsektor.....	265
3.2.4.1	Vergleichsmaßstab bei der Anwendung des Erlösvergleichs mit gleichzeitiger Kostenkontrolle.....	266
3.2.4.2	Ökonomische Fundierung der Bemessung von Erheblichkeitszuschlägen.....	268
3.2.5	Kartellrecht als Ersatz für Vergaberecht bei Konzessionsneuvergaben im Energiesektor.....	270
3.2.6	Kartellrecht – mehr Komplement als Alternative zur Regulierung.....	271
4.	Zusammenschlusskontrolle durch das Bundeskartellamt.....	272
4.1	Statistischer Überblick.....	272
4.2	Verfahrensfragen und Anwendbarkeit der Fusionskontrollvorschriften.....	272
4.2.1	Verstoß gegen das Vollzugsverbot.....	272
4.2.2	Deutsche Fusionskontrolle für internationale Zusammenschlussvorhaben.....	275
4.3	Marktabgrenzung.....	278
4.3.1	Heuristisches und rechtliches Instrument Marktabgrenzung.....	278
4.3.2	Sachliche Marktabgrenzung.....	279
4.3.2.1	Differenzierung zwischen Einzelnutzer- und Mehrnutzerverträgen bei Kabelnetzbetreibern.....	279
4.3.2.2	Getrennte (Beschaffungs-)Märkte für Sauen- und Schweinefleisch.....	280
4.3.3	Probleme und Folgen der Abgrenzung von Endkundenmärkten in Strom- und Gassektor.....	282
4.3.4	Räumliche Marktabgrenzung – Pressegrasso-Gebietsmonopole.....	284
4.4	Marktbeherrschung.....	285
4.4.1	Leitfaden des Bundeskartellamtes zur Marktbeherrschung.....	285
4.4.2	Marktbeherrschung in Oligopolmärkten.....	286
4.4.3	Einbeziehung künftiger Marktveränderungen.....	287
4.4.4	Bewertung potenziellen Wettbewerbs.....	288
4.4.4.1	Besondere Bedeutung potenziellen Wettbewerbs auf Pressemärkten.....	288
4.4.4.2	Prognosemaßstab potenziellen Wettbewerbs.....	289
4.4.5.,,	Vorschädigung“ des Wettbewerbs durch bestehende Kooperationsvereinbarungen.....	290
4.5	Abhilfemaßnahmen.....	291
4.5.1	Verhaltenszusagen, insbesondere Plattformoffenheit als Auflage.....	291
4.5.1.1	FRAND-Lizenzierung.....	291
4.5.1.2	Technische Plattformen und Kollusion.....	292
4.5.1.3	Technische Plattformen und Marktmacht.....	293

4.5.2	Markttöffnung als Nebenbestimmung.....	294
4.5.2.1	Kabelfernsehen, Aufgabe von Exklusivitätsrechten und Sonderkündigungsrechte.....	294
4.5.2.2	Kalbfleischmarkt und Freigabe von Mastkapazitäten.....	294
4.5.3	Echte Alternative: Untersagung.....	295
5.	Europäische Fusionskontrollpraxis.....	296
5.1	Einführung.....	296
5.2	Statistische Angaben.....	297
5.3	Verfahrensfragen.....	298
5.3.1	Informelles Vorverfahren.....	298
5.3.2	Parallele Zusammenschlüsse.....	300
5.3.3	Kooperation der Wettbewerbsbehörden.....	303
5.3.3.1	Kooperation der nationalen Wettbewerbsbehörden der Europäischen Union.....	303
5.3.3.2	Kooperation mit den US-amerikanischen Wettbewerbsbehörden.....	304
5.4	Erweiterung des Zusammenschlusstatbestands in der Fusionskontrollverordnung?.....	304
5.5	Marktabgrenzung.....	310
5.5.1	Einführung.....	310
5.5.2	Pragmatische Marktabgrenzung im Fall CAT/MWM.....	310
5.5.3	Marktabgrenzung im Verkehrssektor.....	312
5.5.4	Anwendung des SSNIP-Tests zur Marktabgrenzung.....	315
5.6	Wettbewerbliche Beurteilung.....	316
5.6.1	Einführung.....	316
5.6.2	SIEC-Test.....	317
5.6.2.1	Der Fall Oracle/Sun Microsystems	317
5.6.2.2	Der Fall T-Mobile/Orange.....	319
5.6.3	Relativierung von Marktanteilen.....	322
5.6.4	Maßgebliches „counterfactual“.....	324
5.6.5	Quantitative Ermittlungsmethoden.....	325
5.6.5.1	Die Verfahren Unilever/Sara Lee und Kraft Foods/Cadbury.....	326
5.6.5.2	Bewährte Verfahrensweisen zur Übermittlung quantitativer Analysen und Daten.....	329
5.7	Abhilfemaßnahmen.....	330
5.7.1	Einführung.....	330
5.7.2	Effektivität der Abhilfemaßnahmen.....	330
5.7.3	Up-front-buyer-Lösungen	332
5.7.4	Verhaltensorientierte Abhilfemaßnahmen.....	333
5.7.4.1	Der Fall Intel/McAfee	333
5.7.4.2	Der Fall T-Mobile/Orange.....	335
5.7.5	Unverbindliche Abhilfemaßnahmen.....	336
5.7.6	Regulierungsähnliche Zusagen.....	338
5.7.7	Nachträglicher Verzicht auf Zusagen.....	339
5.8	Rechtsprechung.....	342
5.8.1	Ryanair gegen Europäische Kommission.....	342
5.8.2	Aer Lingus gegen Europäische Kommission.....	344

Kapitel IV

Kartellrechtliche Entscheidungspraxis

1. Allgemeines zur deutschen Kartellrechtspraxis

1.1 Kartellrecht in der Wirtschafts- und Finanzkrise

403. Bisher hat die besondere Situation der Wirtschafts- und Finanzkrise nur in verfahrenstechnischer Hinsicht Anforderungen an das Bundeskartellamt gestellt. So lassen sich zunehmend Zusammenschlüsse beobachten, bei denen Unternehmen in bzw. kurz vor der Insolvenz aufgekauft werden. Derartige Vorhaben stehen häufig unter besonderem Zeitdruck. Das Bundeskartellamt war jedoch bislang vor dem Hintergrund insbesondere seiner dezentralen Entscheidungsstruktur in der Lage, solche Untersuchungen, soweit sie wettbewerblich unproblematische Transaktionen betrafen, in kurzer Frist, teilweise innerhalb weniger Tage, abzuschließen.

404. Auf konkrete Entscheidungen des Bundeskartellamtes ist bislang nur in Einzelfällen ein mittelbarer Einfluss der Wirtschafts- und Finanzkrise erkennbar. Strukturkrisenkartelle, die allenfalls unter sehr engen Voraussetzungen Einzelfallfreistellungen vom Kartellverbot rechtfertigen könnten,¹ sind nicht bekannt geworden. Auch Sanierungsfusionen, bei denen Wettbewerbsverschlechterungen in Kauf genommen werden, da auch ohne die Transaktion die Marktanteile des Übernehmenden dem übernehmenden Unternehmen zuwachsen würden,² waren in den vergangenen Jahren nur ganz vereinzelt in Zeitungsmärkten zu beobachten und ohne Bezug zur Wirtschafts- und Finanzkrise.³ Eine Insolvenzgefährdung von Bußgeldschuldern wurde nur vereinzelt beim Bundeskartellamt vorgetragen und hat in einigen Fällen zur Vereinbarung von Ratenzahlungen, zu Stundungen sowie in zwei Fällen zur Herabsetzung der Geldbußen geführt.⁴ Dabei war die Wirtschafts- und Finanzkrise nur mittelbar, vor allem vermittelt durch Nachfragerückgänge, bedeutsam.

1.2 Kartellrechtsanwendung in spezialgesetzlich überformten Wirtschaftsbereichen

405. In einer Reihe von Wirtschaftsbereichen wird die Anwendung des Kartellrechts durch spezialgesetzliche Vorschriften mehr oder weniger ausdrücklich modifiziert.

Derartige Vorschriften und entsprechende Gesetzgebungsverfahren stellen einerseits oftmals ein Einfallstor für die Durchsetzung von Partikularinteressen dar. Andererseits sollen diese Einschränkungen des Wettbewerbsrechts nach dem Willen des Gesetzgebers insoweit vorrangigen Zwecken dienen und regelmäßig den Besonderheiten des betroffenen Wirtschaftsbereiches Rechnung tragen. Dabei stellen sich in der Praxis oftmals Fragen der Zuständigkeit des Bundeskartellamtes, des zulässigen Rechtswegs und vor allem der genauen Grenzziehung zwischen Spezialgesetz und allgemeinem Kartellrecht.⁵

406. Der verfassungsrechtliche Schutz der Wettbewerbsfreiheit und der Grundrechte betroffener Unternehmen sowie die Vorgaben des europäischen Rechts haben bei gesetzlichen Einschränkungen des Kartellrechts stets mitbestimmendes Gewicht.⁶ Nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz darf die Zulassung wettbewerbswidriger Praktiken nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des mit der Ausnahme verfolgten Gesetzeszwecks erforderlich ist.⁷ So hat etwa der Gesetzgeber der 7. GWB-Novelle⁸ einen Teil der bis 2005 im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen aufgeführten Ausnahmereiche gestrichen.⁹ Die verbliebenen expliziten Ausnahmereiche für die Landwirtschaft und für Zeitungen und Zeitschriften lassen Wettbewerbsbeschränkungen nur in genau umschriebenem, engem Rahmen zu.¹⁰

¹ Vgl. eingehender Monopolkommission, Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen, Hauptgutachten 2008/2009, Baden-Baden 2010, Tz. 328.

² Vgl. ebenda, Tz. 329.

³ Vgl. BKartA, Entscheidung vom 10. Februar 2010, B6-16/10 „Nordwest-Medien/Promotion Verlagsgesellschaft“ (Verlagsobjekt „Hunte Report“); Entscheidung vom 23. Juli 2009, B6-67/09 „Rhein-Neckar-Zeitung/ Eberbacher Zeitung“.

⁴ Vgl. eingehender Tz. 478.

⁵ In regulierten Industrien ist teilweise eine spezialgesetzliche Missbrauchsaufsicht durch die Bundesnetzagentur vorgesehen; diese dient jedoch in aller Regel einer Konkretisierung der Verhaltensvorgaben, nicht deren Abschwächung. Teilweise besteht hier eine parallele Zuständigkeit des Bundeskartellamtes. Doch auch im Bereich ausschließlicher Zuständigkeit der Bundesnetzagentur (oder anderer Aufsichtsbehörden) können verspätete Zuständigkeitsrügen allein eine Rechtswidrigkeit von Kartellamtsbeschlüssen nicht begründen, § 55 Absatz 2 GWB; vgl. etwa OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. Oktober 2011, VI-3 Kart 1/11 (V).

⁶ Vgl. hierzu eingehender Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 400 ff. sowie die dortigen Nachweise.

⁷ Vgl. zum in der Tendenz eindeutigen Konsens im internationalen Vergleich etwa OECD, Policy Roundtables, Regulated Conduct Defence, 2011, insbesondere S. 9 ff., 21 ff.

⁸ Vgl. etwa die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, Bundestagsdrucksache 15/3640 vom 12. August 2004, S. 48 ff., in der mehrfach auf den Vorrang des europäischen Rechts und auf das europäische Verhältnismäßigkeitsprinzip verwiesen wird.

⁹ Vgl. zum Stand vor der 7. GWB-Novelle BKartA, Ausnahmereiche des Kartellrechts – Stand und Perspektiven der 7. GWB-Novelle, Diskussionspapier, September 2003; zu den Veränderungen durch die Novelle Monopolkommission, Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle, Sondergutachten 41, Baden-Baden 2004, Tz. 122 ff. Gestrichen wurden 2005 insbesondere Sondervorschriften für Urheberrechtsverwertungsgesellschaften (§ 30 GWB a. F.) und für die zentrale Vermarktung von Fernsehrechten an Sportveranstaltungen durch Sportverbände (§ 31 GWB a. F.).

¹⁰ Aufgrund deren Nähe zu staatlichem Handeln findet das Kartellrecht darüber hinaus keine Anwendung auf die Deutsche Bundesbank und die Kreditanstalt für Wiederaufbau, § 130 Absatz 1 Satz 2 GWB.

407. Die Sondervorschriften für die Landwirtschaft zeigen beispielhaft die ausdrückliche Beschränkung von Ausnahmen vom Kartellverbot auf das für die Erreichung des verfolgten Zwecks notwendige Mindestmaß. So gilt die Ausnahme vom Verbot wettbewerbsbeschränkender Absprachen für landwirtschaftliche Erzeugerbetriebe und deren Vereinigungen nach § 28 Absatz 1 und 2 GWB nur in dort genau bestimmtem Umfang. Insbesondere bleiben horizontale Absprachen verboten, soweit sie Preise betreffen oder den Wettbewerb ausschließen. Das Marktstrukturgesetz¹¹ privilegiert daneben Kooperationen landwirtschaftlicher Erzeuger auch zur Kompensation eines Machtungleichgewichts zu deren Abnehmern. Nach § 11 Absatz 1 MarktStrG gilt das Verbot des § 1 GWB nicht für Beschlüsse anerkannter Erzeugergemeinschaften, die allerdings nach § 3 Absatz 1 Ziffer 8 MarktStrG den Wettbewerb nicht ausschließen dürfen. Vereinigungen derartiger Gemeinschaften dürfen nach § 11 Absatz 2 MarktStrG in der Preisbildung beraten und entsprechende Empfehlungen aussprechen. Insgesamt lässt sich feststellen, dass diese Kartellrechtsbeschränkungen klar als enge Ausnahmen ausgestaltet sind, das Verbot von Preisabsprachen regelmäßig aufrechterhalten und den ganz überwiegenden Teil des Wettbewerbsrechts ausdrücklich unberührt lassen. Von einer Ausweitung dieser Ausnahmenvorschriften rät die Monopolkommission ab.¹² Denn einerseits sind die bestehenden Regelungen bereits recht weitgehend; ihre Ausweitung könnte andererseits zu Verwerfungen in den betroffenen Märkten führen, ohne zielgenau eventuelle Probleme adressieren zu können. Auch würde die fortschreitende Liberalisierung der Milchwirtschaft so konterkariert; erfahrungsgemäß kann jedoch den Herausforderungen derartiger Liberalisierungen durch möglichst markt- und wettbewerbskonforme Rahmenbedingungen am besten begegnet werden.

408. Explizite Ausnahmen von der Anwendbarkeit des Kartellrechts schließen dieses regelmäßig nur in klar begrenztem Umfang aus. Dagegen wird teilweise für ungeschriebene Ausnahmen vom Kartellrecht in Anspruch genommen, diese gälten unterschiedslos. Soweit dies überhaupt begründet wird, erfolgt meist ein – regelmäßig

pauschaler – Hinweis auf die „Sondergesetzlichkeit“ des betroffenen Sektors oder zu vermeidende Abwägungsprobleme. Das ist etwa für das Arbeitsrecht¹³ und das Gesundheitswesen zu beobachten.

409. In ihrem letzten Hauptgutachten hat die Monopolkommission ausführlich die Wettbewerbsdefizite im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung untersucht. Es wurden erhebliche Lücken der faktischen Anwendbarkeit von Kartellverbot, Missbrauchsaufsicht und Fusionskontrolle festgestellt und entsprechende Lösungsvorschläge gemacht, zuletzt im Sondergutachten zum Referentenentwurf für die 8. GWB-Novelle.¹⁴

Zwar stellt die Neuordnung der (entsprechenden) Anwendbarkeit der Wettbewerbsvorschriften auf die Beziehung zwischen gesetzlichen Krankenkassen und Leistungserbringern in § 69 Absatz 2 SGB V zum 1. Januar 2011 eine erste Verbesserung dar.¹⁵ Dadurch wurde die – an die Besonderheiten gesetzlicher Kooperationspflichten der Akteure angepasste – Anwendbarkeit von Kartellverbot und Missbrauchsaufsicht in diesem Teilsegment des Marktes ausdrücklich angeordnet. Insbesondere für Wettbewerbsbeschränkungen zwischen gesetzlichen Krankenkassen bleibt dies jedoch weiter stark umstritten;¹⁶ eine Kontrolle der Zusammenschlüsse zwischen diesen praktisch und nach dem Willen des Gesetzgebers im Wettbewerb stehenden Akteuren¹⁷ findet derzeit nicht mehr statt.¹⁸

410. In der gesetzlichen Krankenversicherung ist von weiter zunehmendem Wettbewerbsdruck auszugehen. In der Konsequenz steigen die Anreize für die Akteure, den Wettbewerb zu beschränken und eventuelle Marktmacht auszunutzen. Vor diesem Hintergrund erscheint es der

¹¹ Gesetz zur Anpassung der landwirtschaftlichen Erzeugung an die Erfordernisse des Marktes (Marktstrukturgesetz) in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. September 1990, BGBl. I S. 2134; zuletzt geändert durch Artikel 21 des Gesetzes vom 9. Dezember 2010, BGBl. I S. 1934.

¹² Vgl. bereits die im März 2012 auf europäischer Ebene neu eingeführte, unmittelbar geltende Privilegierung von Milcherzeugern durch die Verordnung 261/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates 14. März 2012 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1234/2007 des Rates im Hinblick auf Vertragsbeziehungen im Sektor Milch und Milcherzeugnisse, ABl. EU Nr. L 94 vom 30. März 2012, S. 38. Nach deren Artikel 1 Nummer 3 dürfen allerdings nicht mehr als 3,5 Prozent der EU-weiten bzw. 33 Prozent der nationalen Milchproduktion gebündelt werden. Daneben hat die nationale Wettbewerbsbehörde die Befugnis, diese Privilegierung im Einzelfall zu entziehen, wenn Wettbewerbsprobleme bestehen; entsprechende Kooperationen von Verbänden sind bei der Europäischen Kommission anzumelden und dürfen keine Preiskoordination beinhalten, Artikel 1 Nummer 6. Vgl. zum unverändert umgesetzten Diskussionsentwurf von 2010 BKartA, Sektoruntersuchung Milch, B2-19/08, Enderbericht Januar 2012, S. 109 ff.

¹³ Vgl. eingehender zur Reichweite dieser Ausnahme Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 880 f., 1017 ff.

¹⁴ Vgl. ebenda, Tz. 1193 ff., 1236 ff.; Monopolkommission, Die 8. GWB-Novelle aus wettberbspolitischer Sicht, Sondergutachten 63, Baden-Baden 2012, Tz. 130 ff.; hierzu insgesamt auch Tz. 171 ff.

¹⁵ Artikel 1 Nummer 9 des Gesetzes zur Neuordnung des Arzneimittelmarktes in der gesetzlichen Krankenversicherung (Arzneimittelmarktneuordnungsgesetz – AMNOG) vom 22. Dezember 2010, BGBl. I S. 2262.

¹⁶ So soll das Bundeskartellamt auch bei deutlicher Wettbewerbsbeschränkung im Bereich vom Gesetzgeber als wettbewerbslich vorgesehener Parameter (Erhebung und Höhe von Zusatzbeiträgen) hier unzuständig und das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen unanwendbar sein; vgl. LSG Hessen, Urteil vom 15. September 2011, L 1 KR 89/10 KL.

¹⁷ Vgl. eingehend bereits Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 1193 ff., besonders plastisch dort Abbildung VI.7.

¹⁸ Vgl. Bündler, H./Steltzner, H., Kartellamt stoppt Fusionskontrolle, Frankfurter Allgemeine, 21. November 2011. Dies erfolgt aus pragmatischen Gründen mit Bezug auf das oben genannte Urteil des Landessozialgerichts Hessen, das von einer uneingeschränkten Ausschließlichkeit der Rechtsaufsicht durch das Bundesversicherungsamt ausgeht und dazu die Unternehmenseigenschaft von Krankenkassen unterschiedslos ablehnt (so für den Unternehmensbegriff des europäischen Wettbewerbsrechts auch bereits BSG, Urteil vom 22. Juni 2010, B 1 A 1/09 R). Die für die Auslegung der relevanten Vorschriften möglicherweise nicht unmaßgebliche Vorfrage des zulässigen Rechtswegs zu den Sozialgerichten steht seit dem Beschluss des Bundessozialgerichts vom 28. September 2010, B 1 SF 1/10 R, fest.

Monopolkommission weiterhin besonders dringlich, die Regelungen des Sozialgesetzbuchs V über die Anwendung des Wettbewerbsrechts im Gesundheitswesen entsprechend einem eindeutigen und konsistenten Leitbild anzupassen.¹⁹ Sie hat dem Gesetzgeber insoweit empfohlen, eine allgemeine Vorschrift in das Sozialgesetzbuch V einzuführen, welche die grundsätzliche Anwendbarkeit der Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen unter Nennung der Ausnahmen sowie die Zuständigkeit des Bundeskartellamtes ausdrücklich festschreibt.²⁰ So würden gleichzeitig – unter der jetzigen Regelung absehbare – ineffiziente Streitigkeiten in Grenzbereichen minimiert und die Erfahrungen des Bundeskartellamtes zur Effektivierung von Wettbewerb unter bestmöglicher Einbindung der gesetzlich vorgesehenen Kooperationen in diesem Bereich nutzbar gemacht. Die in Artikel 3 des Regierungsentwurfs für eine 8. GWB-Novelle²¹ vorgesehenen Änderungen entsprechen dieser Forderung und werden von der Monopolkommission nachdrücklich unterstützt. Nicht zuletzt die Zuständigkeit des Bundeskartellamtes und der ordentlichen Gerichte erscheint hier angesichts der Erfahrung dieser Institutionen bei der Anwendung wettbewerbschützender Vorschriften dringend erforderlich.

411. Die Monopolkommission empfiehlt dem Gesetzgeber auch in allgemeinerer Hinsicht, bei einer expliziten Einschränkung des Kartellrechts durch Sonderregelungen und Spezialgesetze eine zeitliche Befristung der Ausnahmeregelung vorzusehen, im Idealfall gepaart mit entsprechenden Evaluierungsvorgaben. Denn der Grund für die Ausnahmeregelung könnte später wegfallen. Eine entsprechende Überprüfungs Klausel dürfte in vielen Fällen ein wirksames zusätzliches Instrument sein, ungerechtfertigten Überdehnungen des Ausnahmetatbestands entgegenzuwirken.

1.3 Kartellrechtsanwendung im Grenzbereich hoheitlicher Tätigkeit

412. Analog zu diesem „Sonderkartellrecht“ im Geltungsbereich von Spezialgesetzgebung versuchen Hoheitsträger im Grenzbereich zur Ausübung hoheitlicher Gewalt nicht selten, die Anwendung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern. Dabei ist anerkannt und nach Auffassung der Monopolkommission entscheidend, dass Ausnahmen von der allgemeinen Geltung des Kartellrechts bei wirtschaftlicher Betätigung nach allgemeinen juristischen Prinzipien eng und entspre-

chend dem Sinn und Zweck der Ausnahme auszulegen sind. Daneben sind stets die Restriktionen des europäischen Unionsrechts, insbesondere der Grundfreiheiten, zu beachten.²²

413. Das Kartellrecht ist grundsätzlich auch auf jede wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand anwendbar.²³ Dabei wird nicht selten von Hoheitsträgern versucht, mit Hinweis auf den Zusammenhang einer Maßnahme oder Praxis mit hoheitlichen Aufgaben und/oder durch die Einkleidung in hoheitliche Formen die Anwendung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen auszuschließen. So wird in der Wasserwirtschaft von einer „Flucht ins Gebührenrecht“ gesprochen.²⁴ Insbesondere zwei höchstgerichtliche Entscheidungen haben im Berichtszeitraum die Grenzen derartiger Kartellrechtsausnahmen deutlich gemacht.

In einem Beschluss hat der Bundesgerichtshof die Untersagung einer Fusion von zwei in öffentlicher Hand befindlichen Krankenhausgesellschaften durch das Bundeskartellamt bestätigt.²⁵ Dabei wurde erneut die uneingeschränkte Geltung des Kartellrechts für den Fall klargestellt, in dem sich eine Körperschaft des öffentlichen Rechts in privatrechtlicher Form am Rechtsverkehr beteiligt.

Im zweiten Beschluss hat der Bundesgerichtshof festgestellt, dass auch ein öffentlich-rechtlicher Wasserversorger, der die Leistungsbeziehungen zu seinen Abnehmern öffentlich-rechtlich ausgestaltet hat und Gebühren erhebt, Unternehmen im Sinne des § 59 Absatz 1 GWB und somit verpflichtet ist, dem Bundeskartellamt im Rahmen von Kartellverfahren Auskünfte zu erteilen.²⁶ Dabei wurde unter einer Aufgliederung des Unternehmensbegriffs im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen ausdrücklich offengelassen, ob – angesichts der „weitgehenden Austauschbarkeit“ öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Ausgestaltung der Leistungsbeziehung – ein derartiger Versorger auch Unternehmen im Sinne des § 19 GWB ist.

414. Die Monopolkommission begrüßt die Klarstellungen des Bundesgerichtshofs. Entscheidend für die Anwendbarkeit des Kartellrechts ist nicht die Organisationsform des Eigentümers bzw. des Handelnden oder die rechtliche Form der Leistungsbeziehung, sondern allein die funktionale Einordnung der betreffenden Tätigkeit.²⁷

¹⁹ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 1217 ff., 1236 ff.; Sondergutachten 63, a. a. O., Tz. 135 ff.

²⁰ Vgl. für einen konkreten Formulierungsvorschlag eines neuen Absatzes zwischen Absatz 1 und 2 des § 4 SGB V bereits Monopolkommission, Sondergutachten 63, a. a. O., Tz. 136: „Das Handeln der gesetzlichen Krankenkassen ist unternehmerisches Handeln im Sinne des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Ausnahmen sind solche Bereiche, in denen die Kassen zur Erfüllung ihres Versorgungsauftrags zu kollektivem Handeln verpflichtet sind. Dies gilt insbesondere für Verträge zwischen Krankenkassen oder deren Verbänden mit Leistungserbringern, zu deren Abschluss die Krankenkassen oder deren Verbände gesetzlich verpflichtet sind und bei deren Nichtzustandekommen eine Schiedsamtregelung gilt.“

²¹ Bundestagsdrucksache 17/9852 vom 31. Mai 2012.

²² Vgl. hierzu Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 402, 468 mit weiteren Nachweisen.

²³ Allgemein zur Anwendung in Grenzbereichen hoheitlicher Betätigung vgl. ebenda, Tz. 397 ff., Tz. 463 ff.; zur Anwendung auf (Wasser-)Gebühren vgl. ebenda, Tz. 12 ff.; zur Anwendung auf Krankenkassen vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 63, a. a. O., Tz. 130 ff., jeweils mit weiteren Nachweisen.

²⁴ Vgl. hierzu eingehender Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 8 ff. So ist etwa seit dem 1. April 2012 in Kassel der neu geschaffene Eigenbetrieb KASSELWASSER für die Wasserversorgung der Städte Kassel und Vellmar verantwortlich und nicht mehr die Städtischen Werke. KASSELWASSER hat die Städtische Werke Netz + Service GmbH mit der technischen Betriebsführung der Wasserversorgung betraut.

²⁵ BGH, Beschluss vom 8. November 2011, KVZ 14/11.

²⁶ BGH, Beschluss vom 18. Oktober 2011, KVR 9/11 „Niederbarnimer Wasserverband“, unter Aufhebung des Beschlusses des OLG Düsseldorf vom 8. Dezember 2010, VI 2 Kart 1/10 (V).

²⁷ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 397 ff. mit den entsprechenden Nachweisen.

Allein originär hoheitliches Handeln kann von einer Anwendung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ausgenommen sein. Angesichts der wiederholten Zurückhaltung des Bundesgerichtshofs, dieses auch für nur der rechtlichen Form nach hoheitliche, materiell aber wirtschaftliche Tätigkeiten zu entscheiden,²⁸ erscheint der Monopolkommission eine Klarstellung durch den Gesetzgeber empfehlenswert. Denn dadurch ließen sich weitere Rechtsstreitigkeiten über die Anwendbarkeit des Kartellrechts in derartigen Bereichen ebenso vermeiden wie Umstrukturierungsmaßnahmen, mit denen sich insbesondere Versorger vor einer Überprüfung ihres Handelns an für wirtschaftliche Tätigkeiten allgemein geltenden Regeln zu entziehen versuchen. Darüber hinaus hätte eine eindeutige Geltung des Kartellrechts auch in diesen Bereichen den Vorteil, die Handelnden unmittelbar zu einer stärkeren Orientierung an Effizienzgesichtspunkten auch im Interesse ihrer Kunden anzuhalten.²⁹ Allerdings könnte eine solche Klarstellung auf deutlichen politischen Widerstand stoßen.³⁰ Vor diesem Hintergrund ermutigt die Monopolkommission auch das Bundeskartellamt und die Landeskartellbehörden, entsprechende (Pilot-) Verfahren zu führen bzw. weiter voranzutreiben.³¹

1.4 Nutzung des vollen Spektrums der kartellamtlichen Handlungsformen

415. Neben den klassischen förmlichen Entscheidungen in Fusionskontroll-, Missbrauchs- und Kartellverfahren – Verwaltungsakt und Bußgeldbescheid – stehen dem Bundeskartellamt für die Durchsetzung des Kartellrechts und die Förderung von dessen Anwendung eine Reihe weiterer Handlungsformen zu Gebot. Insbesondere durch die 7. GWB-Novelle 2005 wurden einige neue Instrumente eingeführt, die dem Amt erlauben, problematische Marktconstellationen umfassender zu untersuchen und flexibler auf (vermutete) Wettbewerbsprobleme zu reagieren.³² Diese Instrumente sind in aller Regel zwar ebenso wie Verwaltungsakte und Bußgeldbescheide mit erheblichem Verfahrensaufwand verbunden, fördern aber vielfach über die Verfahrensbeteiligten hinaus die fakti-

sche Einhaltung des Kartellrechts durch dritte Unternehmen. Nichtförmliches Handeln der Kartellbehörde schließlich kann in vielen Fällen eine effiziente Methode zur Sicherstellung kartellrechtmäßigen Verhaltens der Marktteilnehmer darstellen.

1.4.1 Nichtförmliche Kartellrechtsdurchsetzung, insbesondere Compliance-Förderung

416. Die Durchsetzung des Kartellrechts durch das Bundeskartellamt stellt für die Befolgung des Kartellrechts durch die Unternehmen eine wichtige Grundlage dar. Insbesondere im Bereich von Kartellverfolgung und Missbrauchsaufsicht³³ jedoch dürfte der weitaus größte Wirkungsbereich des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der freiwilligen Befolgung dessen Vorschriften durch die Handelnden liegen.³⁴ Diese Kartellrechts-Compliance³⁵ setzt Kenntnis und aktuelles Bewusstsein seitens der in Unternehmen Handelnden um die Vorgaben des Kartellrechts voraus. Verwaltungsakte und Bußgeldentscheidungen stellen regelmäßig das jeweilige unzulässige Verhalten der betroffenen Unternehmen ab. Nicht zuletzt im Verbund mit der Öffentlichkeitsarbeit des Bundeskartellamtes wirken derartige Entscheidungen auch dadurch, dass sie zusätzlich dritte Unternehmen nachdrücklich daran erinnern bzw. nicht selten deren erstmalige (intensivere) Beschäftigung mit den Vorschriften zum Schutz des Wettbewerbs auslösen. Vor allem in Bereichen eindeutiger kartellrechtlicher Verbote hängt die Kartellrechtsmäßigkeit unternehmerischen Handelns von der Kenntnis kartellrechtlicher Vorschriften und maßgeblich von einer Compliance-Kultur in den Unternehmen selbst ab.³⁶

²⁸ BGH, Beschluss vom 18. Oktober 2011, KVR 9/11 „Niederbarnimer Wasserverband“ unter Bezug auf BGH, Beschluss vom 22. März 1976, GSZ 2/75, BGHZ 67, 81, 91 „Auto-Analyzer“.

²⁹ Vgl. im internationalen Vergleich OECD, Policy Roundtables, State Owned Enterprises and the Principle of Competitive Neutrality, 2009, sowie die Analyse bei Capobianco, A./Christiansen, H., Competitive Neutrality and State-Owned Enterprises: Challenges and Policy Options“, OECD Corporate Governance Working Papers, Nr. 1, 2011.

³⁰ Vgl. jedoch die Empfehlungen des Wirtschaftsausschusses des Bundesrates zur 8. GWB-Novelle, Bundesratsdrucksache 176/1/12 vom 30. April 2012, Nr. 11.

³¹ Dabei ist die Frage noch nicht abschließend geklärt, wie weit die Umstrukturierung der Lieferbeziehungen zur Umgehung der kartellrechtlichen Regeln Informationsrechte der Kartellbehörden und Verhaltenspflichten der Unternehmen auszuhebeln vermag, vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 20. September 2011, 11 W 24/11 (Kart) „Rekommunalisierung Wetzlar“ (Nichtzulassungsbeschwerde anhängig beim Bundesgerichtshof unter dem Aktenzeichen KVZ 53/11) gegenüber BGH, Beschluss vom 18. Oktober 2011, KVR 9/11 „Niederbarnimer Wasserverband“.

³² Vgl. hierzu insgesamt Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 336 ff., 354 ff.

³³ Auch die Befolgung der Anmeldepflicht für bestimmte Zusammenschlussvorhaben setzt letztlich die Initiative der Unternehmen voraus; vgl. zur Sanktionierung von Verstößen Tz. 659 ff.

³⁴ Das Verhältnis von Sanktions- und Abschreckungswirkung ist naturgemäß schlecht messbar; Versuche finden sich bei OFT, The Deterrent Effect of Competition Enforcement by the OFT, Discussion Document, OFT 963, November 2007. Zur Theorie vgl. etwa Harding, C., Cartel Deterrence: The Search for Evidence and Argument, Antitrust Bulletin 56(2), 2011, S. 345–376.

³⁵ Der englische Begriff Compliance bedeutet mittlerweile auch im Deutschen das regelgemäße Verhalten von Regelunterworfenen; im kartellrechtlichen Kontext wird darunter die Vermeidung von Wettbewerbsverstößen verstanden.

³⁶ Vgl. die grundsätzlich auf Deutschland übertragbaren Ergebnisse in OFT, Drivers of Compliance and Non-compliance with Competition Law, An OFT Report, OFT 1227, May 2010, sowie in OFT, The Impact of Competition Interventions on Compliance and Deterrence, Final Report, OFT 1391, December 2011, S. 45 ff. Aus wissenschaftlicher Sicht vgl. etwa Krawiec, K., Organizational Misconduct: Beyond the Principal-Agent Model, Florida State University Law Review 32, 2005, S. 571–615; Waller, S. W., Corporate Governance and Competition Policy, George Mason Law Review 18(4), 2011, S. 833–887; Parker, C./Gilad, S., Internal corporate compliance management systems: structure, culture and agency, in: Parker, C./Lehmann, V. (Hrsg): Explaining Compliance: Business Responses to Regulation, Cheltenham 2011, S. 170–196; allgemeiner etwa die Meta-Studie von Engel, C., The behaviour of corporate actors: How much can we learn from the experimental literature, Journal of Institutional Economics 6(4), 2010, S. 445–475, sowie Fehr, E./Falk, A., Psychological foundations of incentives, European Economic Review 46(4/5), 2002, S. 687–724.

417. Förmliche Entscheidungen des Bundeskartellamtes bedürfen eines erheblichen Verfahrens- und Begründungsaufwands. Behörde und Betroffene stehen sich regelmäßig als Gegner gegenüber, was Kooperation meist zumindest erschwert. Aufgrund ihres unmittelbar verpflichtenden bzw. sanktionierenden Charakters werden diese Entscheidungen oftmals vor den Gerichten angegriffen, was weiteren erheblichen Aufwand für Behörde wie Unternehmen bedeutet. Nichtförmliche Handlungen des Bundeskartellamtes hingegen binden in der Regel erheblich weniger Ressourcen und können mit deutlich geringerem Aufwand als förmliche Verfahren gleiche oder größere praktische Wirksamkeit erzielen. Sie haben allerdings generell keine verpflichtende Wirkung für die Unternehmen und können uneindeutige Rechts- oder Beurteilungsfragen nicht verbindlich klären. Die niedrigere rechtliche Bindungswirkung derartiger Kartellrechtsdurchsetzung spiegelt sich in ihrer geringeren gerichtlichen Überprüfbarkeit.³⁷

418. Eine Vielzahl von Verfahren des Bundeskartellamtes erreicht das Stadium des förmlichen Verfahrens nicht oder bleibt ohne förmlichen Verfahrensabschluss. Nicht selten stellen Unternehmen kartellrechtswidriges Verhalten bereits nach dem ersten informellen Kontakt mit dem Bundeskartellamt oder nach der Verfahrenseröffnung ohne Notwendigkeit einer förmlichen Entscheidung ab. Derartige informelle Verfahrensbeendigungen kommen auch in Fusionskontrollverfahren vor, wenn Parteien eines Zusammenschlussvorhabens dieses wegen wettbewerblicher Bedenken des Bundeskartellamtes entweder nicht bzw. modifiziert anmelden oder die Anmeldung in der ersten Phase oder im Hauptprüfverfahren zurückziehen. In diesen Fällen wird der Zweck des Kartellamtshandelns regelmäßig mit einem Bruchteil des für förmliche Entscheidungen notwendigen Verfahrensaufwands erreicht.

419. Ein ähnlich gutes, freilich schwer zu messendes Kosten-Nutzen-Verhältnis dürfte vielfach die „Competition Advocacy“ des Bundeskartellamtes haben (in dessen Übersetzung „Werben für das Wettbewerbsprinzip“).³⁸ Darunter lassen sich diejenigen Bestrebungen des Bundeskartellamtes zusammenfassen, die in erster Linie oder jedenfalls unter anderem der Steigerung des Bewusstseins – vor allem der Adressaten des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen – für Geltung und Inhalt des Kartellrechts sowie die Vorzüge funktionierender Wettbewerbs dienen. Zu nennen sind hier vor allem Presse- und Öffentlichkeitsarbeit, Fallberichte, sonstige Veröffentlichungen und öffentliche Stellungnahmen, der Tätigkeitsbericht, Sektoruntersuchungen, die Organisation von und die Teilnahme an Fachkonferenzen, die Zusammenarbeit mit anderen Behörden und nicht zuletzt Stellungnahmen in kartellrechtsrelevanten Gerichtsverfahren zwischen Dritten, aber auch in Gesetzgebungsverfahren.

³⁷ Vgl. anschaulich OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. September 2009, VI-Kart 1/09 (V).

³⁸ Vgl. dazu eingehend bereits Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 370 ff.

420. Besonders wirksam dürften derartige, die Aufmerksamkeit für und die Bekanntheit des Kartellrechts steigernden Maßnahmen im Zusammenhang mit Bußgeldentscheidungen sein, die auch nach der Höhe des Bußgelds geeignet sind, die nachhaltige Aufmerksamkeit der relevanten Akteure zu fördern. Eine derartige koordinierte Erhöhung der Aufmerksamkeit entsprechender Verkehrskreise dürfte die Abschreckungswirkung der einzelnen Entscheidungen erheblich erhöhen.

421. In konsequenter Weiterführung des Advocacy-Gedankens fördern viele ausländische Kartellbehörden Compliance-Bestrebungen von Unternehmen aktiv.³⁹ Unternehmensseitige Bemühungen in diese Richtung haben zunehmend systematischen Charakter: Die Einrichtung von speziellen Compliance-Programmen und die Einsetzung von Compliance-Beauftragten sind insbesondere bei größeren Unternehmen verstärkt zu beobachten und bei auch international, vor allem in den USA tätigen Unternehmen fast schon die Regel.⁴⁰ In kleineren und mittleren Unternehmen dagegen fehlt es nicht selten bereits an einer hinreichenden Kartellrechtskenntnis.⁴¹

422. Einerseits ist die Einhaltung des Kartellrechts prinzipiell selbstverständliche Pflicht der Unternehmen. Andererseits sind Unternehmen keine monolithischen Gebilde mit einheitlicher Willensbildung, die auf jeden einzelnen Handelnden unmittelbar einwirken würde. Vielmehr stellt sich in den vielfältigen Entscheidungs- und Handlungsstrukturen vor allem mittlerer und großer Unternehmen die Vermeidung von Kartellrechtsverstößen nicht selten als wenig bewusste Nebenrestriktion dar. Bei Unternehmen, denen aufgrund eines (nicht notwendig kartellrechtlichen) Regelverstößes ein bedeutendes Bußgeld auferlegt wurde, führt der Vergleich der Kosten für einen Verstoß (neben Bußgeld etwa Schadensersatz, Reputations- und Kundenverlust) mit den Kosten proaktiver systematischer Compliance-Anstrengungen oftmals zur Implementierung eines Compliance-Programms. Ohne einen derartigen Anlass kann es jedoch an Anreizen für die Unternehmensleitung mangeln, derartige Erwürgen anzustellen.⁴² In der Folge kann es unternehmensintern an Wissen um die Vorgaben des Kartellrechts und an einer

³⁹ Vgl. etwa die internationale Übersicht bei International Chamber of Commerce (ICC), Promoting Antitrust Compliance: The Various Approaches of National Competition Authorities, November 2011. Dort unberücksichtigt sind insbesondere die Broschüre „Compliance matters“ der Generaldirektion Wettbewerb der EU-Kommission, ebenfalls von November 2011, verfügbar unter <http://ec.europa.eu/com petition/antitrust/compliance/>, sowie Autorité de la concurrence, Framework-Document of 10 February 2012 on Antitrust Compliance Programmes.

⁴⁰ Besonders starke Treiber von förmlichen Compliance-Programmen sind hier auch die Anforderungen des US-amerikanischen Kapitalmarktrechts sowie die US-amerikanischen und die britischen Vorschriften zur Korruptions- und Geldwäschevermeidung.

⁴¹ Vgl. die grundsätzlich auf Deutschland übertragbaren Ergebnisse in OFT, The impact of competition interventions on compliance and deterrence, OFT 1391, 2011, S. 53 ff.

⁴² Vgl. etwa bereits Beckenstein, A./Gabel, H., The Economics of Antitrust Compliance, Southern Economic Journal 52(3), 1986, S. 673–692.

Compliance-Kultur fehlen, was die Gefahr von Kartellrechtsverstößen erhöht.

423. Um diese Anreizlücke auszufüllen und über bloße Abschreckung und Advocacy hinaus Compliance-Bestrebungen von Unternehmen zu fördern, berücksichtigen manche Kartellbehörden entsprechende bestehende Programme bei der Bußgeldbemessung, soweit diese bestimmte Voraussetzungen erfüllen.⁴³ Andere Kartellbehörden berücksichtigen die Verpflichtung zur Implementierung eines Compliance-Systems im Rahmen von (einverständlichen) Verfahrensbeendigungen infolge von Kartellverstößen, so etwa in Australien, Frankreich und Südafrika; weitere Kartellbehörden bieten den Unternehmen Leitlinien zur Implementierung eines Compliance-Programms.⁴⁴

424. Im deutschen Kartellrecht kann das Unterlassen von (angemessenen) Vorkehrungen, um Wettbewerbsverstöße von vornherein zu verhindern, zu einer persönlichen Haftung des ansonsten an dem konkreten Kartellrechtsverstoß unbeteiligten Unternehmensinhabers wegen Verletzung von Aufsichts- und Organisationspflichtverletzungen führen (§ 130 Absatz 1 OWiG).⁴⁵

425. Das Bundeskartellamt fördert bislang systematische Compliance-Anstrengungen der Unternehmen nicht ausdrücklich. Dem liegt die – zutreffende – Auffassung zugrunde, die Erfüllung kartellrechtlicher Pflichten obliege allein den Unternehmen. Auch zeige ein Kartellrechtsverstoß bei bestehendem Compliance-Programm in der Regel, dass Letzteres nicht (richtig) funktioniert habe; soweit es Verstöße frühzeitig aufzudecken ermögliche, könne durch eine Selbstanzeige im Rahmen der Bonusregelung ein Erlass oder eine Reduktion der Geldbuße erlangt werden. Angemessen hohe Bußgelder und eine effektive Verfolgung von Verstößen würden die Unternehmen in erheblichem Maße von Kartellrechtsverstößen abschrecken. Darüber hinaus ließen sich derartige Programme zur Verdeckung von Kartellrechtsverstößen missbrauchen und müssten dann zu einer Erhöhung des Bußgelds führen. Eine Berücksichtigung im Rahmen der Bußgeldbemessung oder als Zusagen würde zudem die unter Umständen aufwendige Überprüfung einzelner Compliance-Maßnahmen erfordern. Schließlich würden sich derartige Maßnahmen in vielen Unternehmen bereits zur Vermeidung von Organisationsverschulden dringend empfehlen. Die systematische Vermeidung von Kartell-

rechtsverstößen durch Unternehmen soll sich nach dieser Ansicht allein aus sich selbst heraus motivieren.

426. Diesen Argumenten ist grundsätzlich zwar zuzustimmen. Allerdings bleibt durch die völlige Nichtbehandlung des Themas durch das Bundeskartellamt in seiner Entscheidungspraxis und in seiner Öffentlichkeitsarbeit⁴⁶ auch ein wirksames Mittel ungenutzt, Unternehmen zusätzlich zu kartellrechtmäßigem Verhalten anzuregen. Wenn auch vielfach Rechts- und spezialisierte Compliance-Berater sowie Wirtschaftsprüfer die Implementierung entsprechender Compliance-Programme anbieten,⁴⁷ so dürfte doch bei vielen – insbesondere kleineren und mittleren Unternehmen – eine starke Unsicherheit über Zielrichtung, Ausgestaltung und Mehrwert systematischer Compliance-Bestrebungen bestehen. Vor diesem Hintergrund empfiehlt die Monopolkommission dem Bundeskartellamt, die völlige Ausparung von Compliance-Systemen im weiteren Sinne jedenfalls in seiner Advocacy-Praxis zu überdenken.

427. Eine Veröffentlichung genauer und konkreter Hinweise auf die richtige Ausgestaltung von Compliance-Programmen könnte zwar zu diesem Zeitpunkt auch angesichts der vielfältigen Unternehmenswirklichkeit, knapper Ressourcen und mangelnder entsprechender Erfahrung des Bundeskartellamtes wenig sinnvoll erscheinen. So haben die oben aufgeführten Kartellbehörden ganz überwiegend eine längere, teilweise jahrzehntelange Erfahrung in dieser Hinsicht aufzuweisen. Deren Compliance-bezogene Texte basieren auch überwiegend auf teils gestaffelten und umfangreichen empirischen Studien und/oder öffentlichen Konsultationen und können für die Situation in Deutschland nur von eingeschränktem Vorbildcharakter sein. Dennoch könnte sich eine eingehendere Behandlung von Grundlagen und Vorzügen systematischer Compliance-Bestrebungen von Unternehmen in einer möglichst eigenständigen Veröffentlichung des Bundeskartellamtes anbieten, um Unsicherheiten der Unternehmen zu beseitigen und deren Aufmerksamkeit in dieser Richtung zu unterstützen.

Dabei sind nach Auffassung der Monopolkommission eine Stärkung des Verständnisses der verantwortlich Handelnden für die Vorgaben des Kartellrechts und die Ziele des Wettbewerbsschutzes entscheidend. Eine übermäßige Formalisierung von Compliance-Anstrengungen hingegen kann zu leerem Formalismus und organisierter Verantwortungslosigkeit in Unternehmen führen. Unabhängig von Größe und Branche des Unternehmens kann bereits die klare Positionierung der Unternehmensleitung im Sinne der Einhaltung kartellrechtlicher Vorschriften wirksame Grundlage einer Compliance-Kultur in Unternehmen sein.

⁴³ So ausdrücklich etwa in Großbritannien mit bis zu 10 Prozent Reduktion, vgl. OFT, *How Your Business Can Achieve Compliance, Guidance*, OFT 1341, June 2011, S. 31; unbeziffert in Kanada, vgl. Competition Bureau Canada, *Corporate Compliance Programs*, Bulletin, September 27, 2010, Part 5.

⁴⁴ Vgl. etwa die Übersichten bei ICC, a. a. O., sowie Murphy, J., *Promoting Compliance with Competition Law: Do Compliance and Ethics Programs have a Role to Play*, OECD Roundtable on Promoting Compliance with Competition Law, DAF/COMP(2011)5, 7 October 2011, Rn. 67 ff.

⁴⁵ Vgl. bereits KG, Urteil vom. 30. April 1997, Kart 10/96, WuW/E DE-R 83, 87 „Jeans-Vertrieb“; ebenso OLG Düsseldorf, Urteil vom 5. April 2006, VI-2 Kart 5/05 OWi u. a. „Transportbeton“, WuW/E DE-R 1893, 1896 f.

⁴⁶ Vgl. jedoch neuerdings die Stellungnahme im Rahmen der OECD Roundtable: *Promoting Compliance with Competition Law* vom 20. Juni 2011 [noch nicht öffentlich].

⁴⁷ Vgl. statt vieler den (nicht nur kartellrechtsbezogenen) Prüfungsstandard des Instituts der Wirtschaftsprüfer IDW PS 980, Grundsätze ordnungsmäßiger Prüfung von Compliance-Management-Systemen, veröffentlicht etwa in WPg Supplement 2/2011, S. 78 ff., FN-IDW 4/2011, S. 203 ff.

1.4.2 Vorgabe positiver Maßnahmen und Verbindlicherklärung von Verpflichtungszusagen

428. Nach § 32 Absatz 2 GWB kann das Bundeskartellamt seit der 7. GWB-Novelle neben der Unterlassung wettbewerbswidrigen Verhaltens auch positive Maßnahmen seitens der Unternehmen anordnen, die für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung erforderlich und gegenüber dem festgestellten Verstoß verhältnismäßig sind.⁴⁸ Soweit die Unternehmen entsprechende Zusagen machen, können diese nach § 32b GWB für verpflichtend erklärt werden. Diese Befugnisse sind mittlerweile fest in der Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes etabliert; insbesondere das Instrument der Verpflichtungszusagen hat sich grundsätzlich als effizient bewährt.⁴⁹ Entsprechende formelle Entscheidungen waren in jüngerer Zeit verstärkt im Energiebereich zu beobachten, wo neben der Absenkung bzw. Rückzahlung kartellrechtswidrig überhöhter Entgelte (Erdgas, Heizstrom und Konzessionsabgaben) auch die diskriminierungsfreie Vergabe von Konzessionsrechten und verschiedene marktöffnende Maßnahmen veranlasst wurden.⁵⁰ Bedeutsam erscheinen der Monopolkommission aus dem Berichtszeitraum daneben vor allem Fälle von Ausschreibungsdesign⁵¹, die Anordnung der Ermöglichung des Wettbewerberzugangs zum Fährhafen Puttgarden sowie Erlösabsenkungsvorgaben in der Trinkwasserversorgung.⁵² Auch wenn es in einigen Verfahren nicht zu förmlichen Verfügungen kam, so waren die Befugnisse des Bundeskartellamtes nach § 32 Absatz 2 und § 32b GWB als Hintergrund für die freiwillige Abstellung kartellrechtswidriger Verhaltensweisen von erheblicher Bedeutung.

429. Grundsätzlich müssen Zusagen nach § 32b GWB die kartellrechtlichen Bedenken der Behörde vollständig ausräumen; zulässig sind dabei alle Maßnahmen, die im Rahmen einer Entscheidung nach § 32 Absatz 2 GWB infrage kommen. Wie weit die für verbindlich erklärten Zusagen über das hinausgehen dürfen, was – das Zutreffen der vorläufigen Einschätzung des Bundeskartellamtes unterstellt – auch in einer streitigen Verfügung hätte angeordnet werden können, ist unter dem Gesichtspunkt des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes noch nicht vollständig

⁴⁸ Dabei ist umstritten, ob und wie weit diese Befugnis auch strukturelle Maßnahmen (insbesondere Entflechtungen) erfasst; der Regierungsentwurf zur 8. GWB-Novelle will insoweit eine Klarstellung einfügen; vgl. zu dem Problem bereits Monopolkommission, Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung, Sondergutachten 58, Baden-Baden 2010.

⁴⁹ Vgl. allgemein Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 355 ff.

⁵⁰ Vgl. eingehender Monopolkommission, Strom und Gas 2011: Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten, Sondergutachten 59, Baden-Baden 2011, Tz. 36 ff., 598 ff., 710 ff., insbesondere die Kritik an der Ausgestaltung der Rückerstattungen, Tz. 718 mit weiteren Nachweisen. Im Folgenden werden aus dem Energiebereich insbesondere Fälle von Heizstrom-Preishöhenmissbrauch und kartellrechtswidriger Konzessionsvergabe behandelt; vgl. Tz. 626 ff., 649 ff.

⁵¹ Vgl. Tz. 534 ff.

⁵² Vgl. Tz. 582 ff., 603 ff.

geklärt.⁵³ In diesem Zusammenhang weist die Monopolkommission jedoch darauf hin, dass oftmals die nachhaltigste Beseitigung von Missbräuchen und illegalen Kartellabsprachen in der Veränderung der Markt- und Firmenstrukturen liegen dürfte, die zu diesen Verstößen geführt haben. Wenn die Unternehmen derartige Maßnahmen selbst für das weniger belastende Mittel als etwa ein Bußgeld und/oder Rückzahlungsanordnungen halten, könnte dies zumindest ein Indikator für die Verhältnismäßigkeit von deren Verbindlicherklärung sein.⁵⁴

430. Informelle Verfahrensabschlüsse und solche mit Zusageentscheidungen fördern grundsätzlich die effiziente Kartellrechtsdurchsetzung, da insbesondere der Verfahrensaufwand verringert wird und typischerweise die von den Unternehmen angebotenen Zusagen diese weniger belasten als einseitig von der Behörde vorgegebene Maßnahmen. Problematisch können derartige Verfahrensabschlüsse jedoch dann sein, wenn in Problemfeldern mit noch nicht eindeutig festgestellten Grenzen des Zulässigen allgemeine verbindliche Klärungen der kartellrechtlichen Verhaltensmaßstäbe unterbleiben. Denn derartige Zusagen binden nur das unmittelbar betroffene Unternehmen, während die Pflichten dritter Unternehmen davon nicht betroffen werden. Die Vorfeldwirkung derartiger Entscheidungen ist somit in jenen Fällen gering. 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.

1.4.3 Freistellungsentziehung

431. Die Gruppenfreistellungsverordnungen der Europäischen Kommission gelten nach § 2 Absatz 2 GWB entsprechend auch für rein innerdeutsche Sachverhalte. Sie stellen bestimmte, grundsätzlich gegen das Kartellverbot verstoßende Verhaltensweisen und Vertragsklauseln typisiert von diesem Verbot frei.⁵⁵ Ihrer Natur nach

⁵³ Vgl. jedoch für das europäische Recht EuGH, Urteil vom 29. Juni 2010, Rs. C-441/07 P „Alrosa“, Rn. 36 ff., 47 f., zuvor bereits EuG, Urteil vom 11. Juli 2007, Rs. T-170/06.

⁵⁴ Insoweit kann auch auf den Gedanken des Rechtssatzes „volenti non fit iniuria“ [lat.: Dem Einwilligenden geschieht kein Unrecht] hingewiesen werden, der jedoch angesichts des asymmetrischen Drohpotenzials der Behörde möglicherweise hier nicht uneingeschränkt gelten kann. Die volle gerichtliche Überprüfbarkeit der Sanktionen, die als streitige Verfügung im Raum stehen, dürfte den Unternehmen jedoch ein erhebliches Maß an besonnener Selbstbehauptung ermöglichen. Insbesondere soweit das Drohpotenzial allein aufgrund eines Kartellamtsverfahrens gering ist („schlechte Presse“ und unternehmerische Unsicherheit etwa dürften ab einer gewissen Publizität des Verfahrens weniger ‚freiwilligkeitsbeschränkend‘ für die Unternehmen wirken), erscheint weniger wahrscheinlich, dass die betroffenen Unternehmen unbilligem Druck unterliegen. Vgl. etwa die Zusageverhandlungen im Fall Flüssiggas, in dem die Unternehmen gar mit einer Strafanzeige gegen die handelnden Beamten des Bundeskartellamtes reagierten, die mangels rechtlicher Haltbarkeit nicht zur Einleitung von Ermittlungen führte; vgl. Schlautmann, C., Riskanter Kuhhandel, Handelsblatt, 7. April 2011, S. 30.

⁵⁵ Vgl. zu einer Übersicht über diese Verordnungen und zur Analyse der Anwendung des Kartellverbots Tz. 463 ff.

nehmen sie Besonderheiten einzelner Märkte kaum auf und berücksichtigen insbesondere nicht die im Einzelfall tatsächlich gegebene Marktstruktur. Um diesen Anpassungsdefiziten zu begegnen, kann das Bundeskartellamt nach Artikel 29 Absatz 2 VO 1/2003 und § 32d GWB wie die Europäische Kommission nach Artikel 29 Absatz 1 VO 1/2003 die Rechtsvorteile einer Gruppenfreistellungsverordnung für bestimmte Märkte (teilweise) 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, etwa soweit die Besonderheit der betroffenen Marktstrukturen und/oder Produkte einzelne, an sich unbedenkliche Praktiken wettbewerbschädlich erscheinen lassen.

432. Das Bundeskartellamt hat bislang von dieser Befugnis keinen Gebrauch gemacht und ihre Anwendung in diesem wie im letzten Berichtszeitraum nur in wenigen Fällen erwogen.⁵⁶ Eine derartige Entscheidung erschien offenbar vor allem deshalb nicht notwendig, da nach Auffassung des Bundeskartellamtes in den entsprechenden Fällen schon die jeweilige Gruppenfreistellungsverordnung nicht anwendbar war. Dabei können sich jedoch nicht unerhebliche Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Amt und den betroffenen Unternehmen über die genaue Reichweite der jeweiligen Gruppenfreistellungsverordnung ergeben. Die Praktikabilität der Freistellungsentziehung leidet auch darunter, dass bislang nur wenige, in Deutschland überhaupt keine Erfahrungen damit vorliegen.

433. Vor dem Hintergrund von in Sektoruntersuchungen oder einzelnen Zusammenschluss-, Kartell- oder Missbrauchsverfahren gewonnenen Erkenntnissen könnte aber in Zukunft häufiger die Notwendigkeit bestehen, den Besonderheiten eines Marktes gerecht zu werden und durch eine Gruppenfreistellungsverordnung freigestelltes Verhalten dort einzudämmen. Insbesondere in Märkten, in denen aufgrund der Marktstruktur durch das fragliche Verhalten weder eine angemessene Verbraucherbeteiligung an dessen Vorteilen erreicht noch im Sinne des § 2 Absatz 1 GWB, Artikel 101 Absatz 3 AEUV der Fortschritt gefördert wird, könnte dies naheliegen.

1.4.4 Sektoruntersuchungen

434. Das 2005 in das deutsche Recht eingeführte Instrument der Sektoruntersuchungen ist voll in der Praxis des Bundeskartellamtes etabliert. So wurden im Berichtszeitraum die Sektoruntersuchungen im Bereich Stromerzeugung,⁵⁷ Kraftstoffhandel⁵⁸ und Milch⁵⁹ abgeschlossen, die jeweils fundierte Grundlagen für weiteres Vorgehen im Rahmen von Fusionskontroll-, Kartell- und

Missbrauchsverfahren darstellen. Diese Sektoruntersuchungen sind in aller Regel sehr zeit- und ressourcenaufwendig; dennoch kann sich – insbesondere soweit sich einzelne Fragen als besonders kontrovers darstellen – die Veröffentlichung eines Zwischenberichts anbieten, um für Stellungnahmen Interessierter zusätzliche Anreize und konkrete Anhaltspunkte zu liefern. Ebenso kommt ein Vorgehen in mehreren Schritten in Betracht, um Erkenntnisinteresse, erfassbare Daten und Untersuchungsmethoden optimal in Einklang zu bringen. Zu Redaktionsschluss dieses Gutachtens waren Sektoruntersuchungen in den Bereichen Fernwärme, Walzaspalt und Lebensmittel Einzelhandel anhängig, die unter anderem die jeweilige Marktstruktur, vor allem Verflechtungen bzw. Vertragsstrukturen, und deren Auswirkungen genauer verständlich machen sollen.

435. Insgesamt haben sich aus den abgeschlossenen Sektoruntersuchungen bereits eine Reihe von in der Entscheidungspraxis verwertbaren Erkenntnissen ergeben. Der hohe Aufwand solcher Untersuchungen, die eigenverantwortlich und zusätzlich zu den sonstigen Aufgaben von den einzelnen Beschlussabteilungen durchgeführt werden, wirkt sich jedoch weiterhin beschränkend auf deren Anzahl und Reichweite aus.

436. Die – in Einzelfällen bereits praktizierte – Einbindung Dritter, etwa von externen Spezialisten und/oder Universitäten, könnte möglicherweise den Untersuchungsprozess und dessen Ergebnisse weiter verbessern. Nicht zuletzt bei der Datenanalyse könnten Gutachten von Experten außerhalb des Bundeskartellamtes bestehendes Wissen nutzbar machen.⁶⁰ Zusätzlich könnte sich nach Auffassung der Monopolkommission auch eine gewisse Zentralisierung von Methodenwissen und Erfahrungen hier positiv auswirken.⁶¹

1.5 Breites Spektrum von Verlautbarungsformen

437. Neben unmittelbar gegenüber den Adressaten wirksamen Verwaltungsakten bedient sich das Bundeskartellamt einer Reihe von öffentlichen Verlautbarungen zur Erfüllung seiner Aufgaben. Deren Ziele reichen von der Vereinfachung der Kartellrechtsdurchsetzung im Verhältnis zu den Unternehmen über die Förderung der Kartellrechtsanwendung bis hin zur legitimen Beeinflussung von Meinungsfindungsprozessen in Gesetzgebungsverfahren, auf Märkten und innerhalb von Unternehmen.

438. Vor allem der Competition Advocacy sowie der Transparenz des Verwaltungshandelns dient die Veröffentlichung von Fallberichten, von Entscheidungstexten und von Informationsschriften,⁶² Stellungnahmen in Gesetzgebungsverfahren sowie in Gerichtsverfahren zwischen Drit-

⁵⁶ Vgl. eingehender Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 367 ff.

⁵⁷ BKartA, Sektoruntersuchung Stromerzeugung/Stromgroßhandel, B10-9/09, Bericht gemäß § 32e Absatz 3 GWB, Januar 2011; vgl. dazu bereits eingehender Monopolkommission, Sondergutachten 59, a. a. O., Tz. 461 ff.

⁵⁸ BKartA, Sektoruntersuchung Kraftstoffe, B8-200/09, Abschlussbericht Mai 2011, zuvor bereits Zwischenbericht Juni 2009.

⁵⁹ BKartA, Sektoruntersuchung Milch, Endbericht Januar 2011, zuvor bereits Zwischenbericht Dezember 2009.

⁶⁰ Vgl. etwa die Kritik der Sektoruntersuchung Stromerzeugung/Stromgroßhandel in Monopolkommission, Sondergutachten 59, a. a. O., Tz. 477 ff.

⁶¹ Vgl. eingehender Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 351 f.

⁶² Vgl. BKartA, Das Bundeskartellamt in Bonn – Organisation, Aufgaben und Tätigkeit, September 2011; Erfolgreiche Kartellverfolgung – Nutzen für Wirtschaft und Verbraucher, Juli 2010.

ten. Informeller wirken in die gleiche Richtung öffentliche Stellungnahmen vor allem des Präsidenten und Konferenzbeiträge einzelner Mitarbeiter des Bundeskartellamtes. Auch private Veröffentlichungen von Amtsmitarbeitern in Fachzeitschriften weisen regelmäßig diese Aspekte auf.

439. Neben diesen Informationen für Öffentlichkeit und Fachwelt dienen eine Reihe weiterer Verlautbarungsformen unmittelbar dem effizienten Ablauf der amtlichen Kartellrechtsdurchsetzung: Vor allem Formulare, Mustertexte, Leitlinien, Leitfäden und Merkblätter kanalisieren die Interaktion mit Kartellrechtsadressaten und informieren über das Kartellrechtsverständnis des Bundeskartellamtes. Diese Mitteilungen und Merkblätter können als Verwaltungsgrundsätze⁶³ rechtlich eine gewisse Bindungswirkung im Rahmen der Ermessensausübung des Bundeskartellamtes haben, sind jedoch insbesondere für die Gesetzesauslegung von Gerichten nicht verbindlich.

440. Die einzelnen Verlautbarungen des Bundeskartellamtes lassen sich in folgende Kategorien nicht völlig einheitlicher Bezeichnung und mit unterschiedlicher Prägung einteilen:

- Das vom Bundeskartellamt bereitgestellte Formular für die Fusionskontrolle erleichtert die Vollständigkeit der Fusionskontrollanmeldung und deren Bearbeitung sowohl durch das Amt als auch durch die Anmelder.
- Die ebenfalls für das Fusionskontrollverfahren bereitgestellten Mustertexte erleichtern die Verhandlungen über eventuell notwendige Nebenbestimmungen und bündeln die Erfahrungen der unterschiedlichen Beschlussabteilungen.⁶⁴
- Bekanntmachungen,⁶⁵ Mitteilungen,⁶⁶ Merkblätter,⁶⁷ Hinweise,⁶⁸ Standards,⁶⁹ Leitlinien⁷⁰ und Leitfäden⁷¹

⁶³ Eine Veröffentlichungspflicht für derartige Verwaltungsgrundsätze folgt aus § 53 Absatz 1 Satz 3 GWB.

⁶⁴ Hierbei handelt es sich um Mustertexte für aufschiebende Bedingungen, für auflösende Bedingungen, für Auflagen und für einen Treuhändlervertrag; vgl. hierzu bereits Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 642 ff.

⁶⁵ Vgl. die Bekanntmachung des Bundeskartellamtes zu Auswirkungen der 2. Inlandsumsatzschwelle auf die Ausnahmeregelungen beim Erwerb von Immobilien sowie die „Bagatellbekanntmachung“ (Bekanntmachung Nr. 18/2007 über die Nichtverfolgung von Kooperationsabreden mit geringer wettbewerbsbeschränkender Bedeutung vom 13. März 2007). Teilweise wird für Texte, die ausdrücklich als „Bekanntmachung“ veröffentlicht wurden, auch geläufig eine andere Bezeichnung verwendet, so etwa die „Bonusregelung“ (Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen).

⁶⁶ Vgl. Mitteilung zur Behandlung nachträglich angemeldeter Zusammenschlüsse.

⁶⁷ Vgl. Merkblatt zur deutschen Fusionskontrolle, Merkblatt zur Inlandsauswirkung bei der deutschen Fusionskontrolle, Merkblatt über Kooperationsmöglichkeiten für kleinere und mittlere Unternehmen. Vor allem der Information von Anmeldepflichtigen dient das Merkblatt zur EU-Fusionskontrolle.

⁶⁸ Hinweise zur wettbewerbsrechtlichen Bewertung von Kooperationen beim Glasfaserausbau in Deutschland.

⁶⁹ Vgl. BKartA, Standards für ökonomische Gutachten vom 20. Oktober 2010.

⁷⁰ Vgl. BKartA, Bekanntmachung Nr. 38/2006 über die Festsetzung von Geldbußen nach § 81 Absatz 4 Satz 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen – Bußgeldleitlinien – vom 15. September 2006.

⁷¹ Vgl. BKartA/BNetzA, Gemeinsamer Leitfaden zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers, 15. Dezember 2010, sowie BKartA, Leitfaden zur Marktbe-

erläutern in unterschiedlicher Dichte und Weite die Rechtsauffassungen des Bundeskartellamtes (sowie in einem Fall auch die der Bundesnetzagentur) und erleichtern Amt wie Unternehmen die transparente Anwendung des Kartellrechts.

441. Die Bezeichnung der unterschiedlichen Texte der letzteren Kategorie erscheint auch bei Inrechnungstellung inhaltlicher Unterschiede nicht systematisch kohärent. Die Unterschiede in den Bezeichnungen lassen sich teilweise nur mit der zeitlichen Staffelung ihrer Entstehung erklären. Ihre überschaubare Anzahl macht es zwar für Fachleute relativ einfach, ihre Reichweite einzuschätzen. Dennoch erscheint der Monopolkommission die systematische Vereinheitlichung der Bezeichnungen nach einem kohärenten Muster wünschenswert. Die parallele Veröffentlichung englischer und – in geringerem Maße – französischer Fassungen mancher Dokumente kann nach Auffassung der Monopolkommission den zusätzlichen Aufwand vor allem in den Fällen rechtfertigen, in denen das Verständnis deutschen Kartellrechts für Unternehmen und Berater aus dem Ausland erleichtert werden soll und in denen das Bundeskartellamt die internationale Fachdiskussion fördern kann.⁷²

442. Die beiden aktuellen Leitfäden des Bundeskartellamtes zeichnen sich durch eine Erstellung unter Einbeziehung Dritter aus: So wurde der „Gemeinsame Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers“ gemeinsam auch mit Landeskartell- und Landesregulierungsbehörden erarbeitet. Der „Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle“ wurde in einer Entwurfsfassung zur Konsultation veröffentlicht. Die Kommentare von elf ebenfalls veröffentlichten Stellungnahmen wurden in der endgültigen Fassung berücksichtigt. Die Monopolkommission begrüßt eine derartige Einbeziehung anderer Behörden und die zweistufige Erstellung mit zwischengeschalteter (öffentlicher) Konsultation. Denn einerseits werden so verteilte Ressourcen und verstreutes Wissen für den endgültigen Text nutzbar gemacht. Zum anderen lassen sich durch eine derartige Einbeziehung Dritter die Legitimität und die Überzeugungskraft der so erstellten Dokumente – möglicherweise erheblich – steigern.

443. In einem Kartellverfahren im Einzelhandel wurde – nicht öffentlich – vom Vorsitzenden der für die Kartellverfolgung zuständigen Beschlussabteilung an eine Vielzahl beteiligter Unternehmen eine Handreichung versendet, die eine vorläufige Bewertung von Verhaltensweisen in der Wertschöpfungskette im Einzelhandel zum Zwecke der Konkretisierung der Kooperationspflichten der be-

herrschung in der Fusionskontrolle, 29. März 2012, der die „Auslegungsgrundsätze“ zur gleichen Frage von 2005 ersetzt; vgl. zu letzterem eingehender Tz. 701 ff.

⁷² Das Bundeskartellamt nimmt rege an der internationalen Diskussion, vor allem im Rahmen von bestimmten Foren bzw. Institutionen wie dem International Competition Network und der Organisation for Co-operation and Development teil und erstellt insoweit häufig Dokumente, die jedoch nur teilweise öffentlich verfügbar und nur selten offiziell auf der Webseite des Bundeskartellamtes verlinkt sind.

troffenen Unternehmen im Rahmen einer Inanspruchnahme der Bonusregelung enthielt.⁷³ Unter Berücksichtigung der Besonderheiten der Branche und in enger Abstimmung mit der Konsumgüterindustrie und mit der für die Branche zuständigen Beschlussabteilung wurde versucht, diejenigen Praktiken zu bezeichnen, deren Kartellrechtswidrigkeit mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu vermuten war, und diejenigen, die für sich genommen wenig kartellrechtliche Bedenken aufwarfen. Zur Erhaltung der Vorteile aus ihren Kronzeugenanträgen wurden die Unternehmen angehalten, Praktiken der zuerst genannten Art zu unterlassen. Die Handreichung sollte einer Befriedigung der nach mehreren Durchsuchungen durch das Bundeskartellamt stark verunsicherten Einzelhandelsunternehmen und Markenartikelherstellern dienen. Den Beteiligten eine derartige vorläufige Einschätzung zur Verfügung zu stellen, erschien auch deshalb notwendig, da eine Vielzahl der bei einer ersten Durchsicht sichergestellten Beweismittel, insbesondere der Vertragsdokumente und Verhandlungsunterlagen, eine Kartellrechtswidrigkeit vieler Praktiken vermuten ließ. Ganz überwiegend stellen die Einschätzungen lediglich Konkretisierungen der nach § 2 Absatz 2 GWB auch auf nationale Sachverhalte anwendbaren EU-Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung⁷⁴ dar.

Die angesprochenen Unternehmen und deren Berater verstanden diese Handreichung jedoch weniger als Hilfestellung denn als vorzeitige Einschränkung ihrer Handlungsoptionen und widersetzten sich überwiegend der Anwendung der dort entwickelten Grundsätze. Dies ist vor dem Hintergrund des insoweit nicht unerheblichen Aufwands des Bundeskartellamtes in dieser Sache bedauerlich, dürfte allerdings in der schwierigen Vereinbarkeit vorläufiger Einschätzungen und überwiegend langfristig angelegter Praktiken und Vertragsrahmen begründet liegen, und belegt die Schwierigkeiten des Umganges mit preisbindungsähnlichen Tatbeständen.⁷⁵ Die Monopolkommission weist auf die Möglichkeit hin, in derartigen Fällen in der Zukunft eine (teilweise) Entziehung der Vorteile einer Gruppenfreistellung nach § 32d GWB durch das Bundeskartellamt zu prüfen.⁷⁶ Eine solche unmittelbar wirksame Umkehrung der Beweislast könnte die Diskussion zwischen Amt und Unternehmen bzw. Beratern von der Vorfrage der Anwendbarkeit allgemeiner Detailregelungen auf wettbewerblich derart problematische Märkte befreien und unter Umständen die Unternehmen schon in einem frühen Verfahrensstadium zu Zusagen be-

wegen, die eine entsprechende Freistellungsentziehung entbehrlich machen.

1.6 Ökonomische Begriffe, Theorien und Methoden in der Kartellrechtsanwendung

444. Die unbestimmten Rechtsbegriffe des Kartellrechts beruhen größtenteils auf ökonomischen Theorien und Konzepten. Daraus ergeben sich verschiedene Herausforderungen, die nicht selten auf methodische Grundsatzzurückführungen zurückzuführen. Nicht unwesentlich ist insoweit der Unterschied der fachlichen Grundhaltungen von Juristen und Ökonomen: Während ein Ökonom als Sozialwissenschaftler selbstverständlich von der Parallelität verschiedener Erklärungsmodelle der Wirklichkeit ausgeht und insoweit stets die partialanalytische Natur von Gedankenmodellen mitdenkt, geht der Jurist von seiner Ausbildung her tendenziell von einer (prozessualen) „Wahrheit“ aus. Der Richter wie der (ökonomisch ausgebildete) Kartellbeamte muss eine Entscheidung treffen, während Ökonomen sich mitunter damit begnügen, weiteren Forschungsbedarf festzustellen.⁷⁷

445. Die Tatbestände im Kartellrecht sind nicht nur ökonomisch geprägt, sondern setzen in aller Regel auch ein gewisses (mikro)ökonomisches Vorverständnis des Rechtsanwenders voraus. Einerseits ist das Kartellrecht für eine adäquate Analyse und Bewertung unternehmerischen Verhaltens im Hinblick auf die konkreten ökonomischen Auswirkungen auf dem relevanten Markt auf die Ökonomik angewiesen. Andererseits vollzieht sich die Einbeziehung ökonomischer Erkenntnisse im Rahmen der Rechtsanwendung. Dadurch ist für eine fundierte und erfolgreiche Anwendung des Kartellrechts eine Zusammenarbeit zwischen Jurisprudenz und Wirtschaftswissenschaft unentbehrlich. Entsprechend sind die Beschlussabteilungen des Bundeskartellamtes und der meisten anderen Wettbewerbsbehörden seit deren Einrichtung sowohl mit Juristen als auch mit Ökonomen besetzt. Dadurch wird ökonomischer Sachverstand in praktisch allen Entscheidungen der Behörde wirksam. Die bei der Anwendung des Kartellrechts zu Einsatz kommende Methodik richtet sich insoweit auf die richtige Kombination von ökonomischer und juristischer Argumentationsweise und Wertung, wobei beide Disziplinen voneinander gelernt haben und weiterhin lernen.

446. In jüngerer Zeit lässt sich eine Tendenz im Kartellrecht feststellen, die eine stärkere Ausrichtung der Kartellrechtspraxis und -normen an ökonomischen Erkenntnissen und Einzelfallanalysen fordert.⁷⁸ Hintergrund ist auch, dass die dem Kartellrecht besonders naheste-

⁷³ Von dritter Seite veröffentlicht in *Wirtschaft und Wettbewerb* 60(7/8), 2010, S. 786 ff., sowie unter http://www.studienvereinigung.de/pdf/2010-06-17-rundschreiben_04-2010.pdf.

⁷⁴ Es handelt sich um die zu jenem Zeitpunkt gültige Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission vom 22. Dezember 1999 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. EU Nr. L 336 vom 29. Dezember 1999, S. 21; zur Anwendbarkeit von Gruppenfreistellungsverordnungen der Europäischen Kommission vgl. eingehender Tz. 463.

⁷⁵ Vgl. dazu eingehender allgemein Tz. 499 ff. sowie zum Problem der Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel Tz. 1072 ff.

⁷⁶ Vgl. dazu eingehender Tz. 431 ff.

⁷⁷ Zu der für den Tankstellenmarkt bedeutsamen Bewertung von Edgeworth-Preiszyklen, bei denen unklar ist, ob sie auf Wettbewerb oder dessen Einschränkung hindeuten, vgl. Tz. 565. Diese Frage war Gegenstand mehrerer beim Bundeskartellamt eingereichter ökonomischer Gutachten; vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Kraftstoffe, Abschlussbericht Mai 2011, S. 115 ff.

⁷⁸ Vgl. insoweit statt vieler Christiansen, A./Kerber, W., *Competition Policy with Optimally Differentiated Rules instead of „Per-Se Rules vs Rule of Reason“*, *Journal of Competition Law & Economics* 2(2), 2006, S. 215–244.

hende Industrieökonomik zu einer zentralen Teildisziplin der modernen Ökonomik geworden ist, die in den letzten drei Jahrzehnten beträchtliche Fortschritte gemacht hat. Dies gilt sowohl in theoretischer als auch in empirischer Hinsicht. Das in jahrzehntelanger Forschung und Anwendungspraxis akkumulierte Wissen wird zunehmend zur Analyse wettbewerbsrechtlicher Fragen eingesetzt. Auf politischer Ebene ging diese Entwicklung vor allem von der europäischen Ebene unter dem Schlagwort „more economic approach“ aus und gipfelt vorläufig im Vorhaben der Einführung des sog. SIEC-Tests in die deutsche Fusionskontrolle.⁷⁹

447. Nicht zuletzt unter dem Einfluss des europäischen Rechts und der behördlichen Praxis der Europäischen Kommission ist diese verstärkte Einbeziehung ökonomischer Konzepte und Analysen inzwischen zum Standardinstrumentarium auch der Kartellbehörden der Mitgliedstaaten, insbesondere des Bundeskartellamtes, geworden. Immer mehr Ökonomen bei den Kartellbehörden und in Beratungsunternehmen beschäftigen sich mit der Erstellung ökonomischer Gutachten. Auch in der Gesetzgebung und bei der Veröffentlichung von Leitlinien werden ökonomische Erkenntnisse verstärkt berücksichtigt. Die dabei aufkommenden Fragen inspirieren nicht selten die Weiterentwicklung der Theorie.⁸⁰ Allerdings führen vertiefte ökonomische Untersuchungen mitunter zurück auf Grundsatzfragen, die die Industrieökonomik (noch) weitgehend ausblendet. Besonders prominent ist in diesem Zusammenhang die Frage nach dem zugrunde zu legenden Wohlfahrtsstandard.⁸¹

448. Die Einbindung der Ökonomik in die Kartellrechtsanwendung erfolgt einerseits durch die Verwendung ökonomischer Konzepte und Begriffe. So werden etwa zunehmend kartellrechtlich zu bewertende Entwicklungen unter dem Aspekt des „counterfactual“ (Alternativhypothese) und der „theory of harm“ (Schadenstheorie) betrachtet. Andererseits wird versucht, anhand von theoretisch-konzeptionellen Analysen, empirischen Auswertungen und theoretisch-empirischen Mischformen unmittelbar einzelne kartellrechtliche Fragen, wie z. B. die Frage nach den Anreizwirkungen einzelner Praktiken und Strukturen oder die Frage nach der Profitabilität von Markteintritten, zu beantworten. Teilweise wird unmittelbar der Wettbewerbsdruck zu messen versucht, etwa anhand von Begegnungsanalysen in Ausschreibungsmärkten, aber auch mittels entsprechender empirischer Maße.⁸² Theoretisch-konzeptionelle Analysen (z. B. von Fällen auf der Basis ökonomischer Modelle) und empirische Auswertungen (z. B. Regressionanalysen) sind seit der Entstehung der Wettbewerbsgesetzgebung geläufig.

⁷⁹ Vgl. dazu eingehender Monopolkommission, Sondergutachten 63, a. a. O., Tz. 14 ff.

⁸⁰ Einen guten Überblick über die theoretischen und empirischen Analysemethoden in der Wettbewerbsökonomik bieten Davis, P./Garces, E., *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*, Princeton 2010.

⁸¹ Vgl. etwa Kaplow, L., *On the Choice of Welfare Standards in Competition Law*, Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 693, 2011.

⁸² Vgl. Tz. 672 ff.

Mischformen sind ein vergleichsweise neues Instrument, das durch Fortschritte in der ökonomischen Theorie und bei ökonomischen Methoden,⁸³ in der Computertechnologie und der Datenverfügbarkeit zunehmend an Praktikabilität und Aussagekraft gewinnt. Derartige Gutachten werden sowohl von den beteiligten Parteien für die Vorlage bei Kartellbehörden und Gerichten in Auftrag gegeben als auch von den Wettbewerbsbehörden selbst erstellt.

449. Grundsätzlich können ökonom(etr)ische Gutachten einen echten Mehrwert in Sinne eines aussagekräftigen Beitrags zur Sachverhaltsaufklärung und Einzelfallbewertung leisten. Dieser hängt jedoch von einer Vielzahl von Faktoren ab. Bei theoretisch-konzeptionellen Analysen ist etwa insbesondere die Komplexität der zugrunde liegenden Situation problematisch, da in dynamischen Märkten, die sich durch eine mehrdimensionale strategische Interaktion der Unternehmen über einen längeren Zeitraum auszeichnen, die aus der ökonomischen Theorie ableitbaren Aussagen oft nicht (sehr) präzise bzw. robust⁸⁴ sind. Dazu kommt bei Analysen mit empirischer Komponente vor allem das Problem der Datenverfügbarkeit. Wenn notwendige Daten für direkte empirische Auswertungen bzw. für die Kalibrierung von Modellen nur unzureichend verfügbar sind, hält sich deren Mehrwert oft in engen Grenzen. Auch das Problem der Kausalität ist empirisch oftmals nur indirekt zu lösen, etwa wenn Variablen nicht nur über einen Wirkungskanal miteinander verknüpft sind (Endogenitätsproblem). Bei allen ökonomischen Gutachten ist der Mehrwert gering, wenn nicht stringent und nachvollziehbar argumentiert wird. Insgesamt ist stets der potenzielle Nutzen (Erkenntnisgewinn/Beweiswert) mit den anfallenden Kosten durch den zusätzlichen Aufwand eines Gutachtens abzuwägen.

450. Um den zunehmend wachsenden ökonomischen Anforderungen besser gerecht zu werden, hat das Bundeskartellamt 2007 ein besonderes Referat für ökonomische Grundsatzfragen (G3) eingerichtet, dessen Expertise allen Abteilungen des Amtes zur Verfügung steht. Seitdem wurden bei der Behörde insgesamt 46 ökonomische Gutachten in konkreten Verfahren eingereicht, von denen ca. 80 Prozent durch Beratungsunternehmen, ca. 20 Prozent durch an Hochschulen tätige Wissenschaftler erstellt wurden. Von der Gesamtheit dieser Gutachten enthielten ebenfalls ca. 80 Prozent neben theoretisch-konzeptionellen Ausführungen eigene datengestützte Analysen, deren Umfang und Komplexität stark variieren. Über 40 Prozent der Gutachten wurden in Fusionskontrollverfahren,

⁸³ Die Ökonomik beginnt bereits mit der expliziten Einbeziehung von Knappheitsrelationen und lässt sich zumindest auf Aristoteles (384 bis 322 v. Chr.) zurückführen, dem ein Werk dieses Namens zugeschrieben wird. Ökonometrie ist das Teilgebiet der Ökonomik, das die ökonomische Theorie sowie mathematische Methoden und statistische Daten zusammenführt, um wirtschaftstheoretische Modelle empirisch zu überprüfen und ökonomische Phänomene quantitativ zu analysieren. Dieser Ansatz wurde in den frühen 1930er Jahren entwickelt; dabei werden mitunter äußerst komplexe statistische Verfahren angewendet.

⁸⁴ Robust ist die Aussage eines Modells dann, wenn sie sich auch bei Änderung der Annahmen bzw. Modellspezifikationen nicht oder nur geringfügig ändert.

über 20 Prozent in Kartellverfahren (zur Mehrerlösermittlung) und knapp 20 Prozent in Sektoruntersuchungen vorgelegt. Auch vor den Kartellgerichten, insbesondere dem Oberlandesgericht Düsseldorf, hat die Zahl der in Verfahren vorgelegten Gutachten stark zugenommen; in einzelnen Fällen wurde dem Bundeskartellamt eine ökonomische Nachermittlung aufgegeben.

451. Um seine Erfahrungen mit den vorgelegten Gutachten zu bündeln und Dritten verfügbar zu machen, hat das Bundeskartellamt Ende 2010 Standards für ökonomische Gutachten veröffentlicht.⁸⁵ Dadurch sollte auch auf die wachsende Zahl von ökonomischen Gutachten in den vergangenen Jahren adäquat reagiert werden. Die Standards gehen von grundsätzlichen Voraussetzungen ökonom(etr)ischen Vorgehens aus und enthalten einerseits allgemeine Vorgaben wie etwa den Bezug zur kartellrechtlichen Fragestellung, Nachvollziehbarkeit und Vollständigkeit, Transparenz und Kongruenz. Andererseits wird ausdrücklich auf die wissenschaftlich anerkannten Voraussetzungen der praktischen Verwertbarkeit theoretisch-konzeptioneller Analysen (geeignete Modellwahl, Zusammenhang zwischen Modell und kartellrechtlicher Fragestellung und Robustheit gegenüber einer Aufweichung der Annahmen) und empirischer Analysen (geeignete Analysemethoden, adäquate Auswahl und Aufbereitung der verwendeten Daten und Robustheitsprüfungen) eingegangen. Die Europäische Kommission hat Ende 2011 eine vergleichbare Publikation veröffentlicht, der ein öffentlicher Entwurf und eine öffentliche Konsultation vorausgingen.⁸⁶

452. Die starke Variation in der Qualität der Gutachten ist jedoch immer noch ein Problem. So zeigt sich, dass Gutachter mit der Einhaltung nicht nur spezieller Vorgaben wie Robustheit, sondern auch mit allgemeinen Standards wie beispielsweise Nachvollziehbarkeit teilweise beträchtliche Probleme haben. Dadurch kann der Erkenntniswert von Gutachten sehr gering werden. Vielfach werden auch Gutachten zu einzelnen Teilfragen eines Verfahrens vorgelegt, die an sich tragfähig sind, die übrige konzeptionelle Bewertung des Sachverhaltes jedoch nicht entscheidend zu ändern vermögen. Die Monopolkommission ist jedoch zuversichtlich, dass sich vor dem Hintergrund der vom Bundeskartellamt veröffentlichten Gutachtenstandards und einer entsprechend begründeten Außerachtlassung wenig aussagekräftiger Gutachten durch das Bundeskartellamt und insbesondere die Gerichte die Qualität der Gutachten nach einer „Gewöhnungsphase“ an anerkannten Maßstäben ausrichten wird.

453. Beispielhaft lassen sich drei Fusionskontrollverfahren eingehender beschreiben, in denen im Laufe der Verfahren ökonom(etr)ische Gutachten zu würdigen waren.

Im Verfahren Loose/Poelmeyer veranlasste das Oberlandesgericht Düsseldorf in der Beschwerdeinstanz das Bundeskartellamt im Rahmen der Prüfung der Marktabgrenzung (Sauermilchkäsemarkt) zu einer Ermittlung von Kreuzpreiselastizitäten (relative Absatzauswirkungen von Preisänderungen). Die Ergebnisse stützten die konzeptionelle Marktabgrenzung des Bundeskartellamtes; das Oberlandesgericht stellte entscheidend auf die Lebenserfahrung der Mitglieder des entscheidenden Senats ab, die zu dem angesprochenen Nachfragerkreis gehörten. Insofern komme es auf die vom Bundeskartellamt durchgeführte, umfangreiche Regressionsanalyse nicht entscheidend an.⁸⁷ Die Monopolkommission bedauert, dass das Gericht diese empirische Studie nicht eingehender gewürdigt hat. Sie weist in diesem Zusammenhang erneut darauf hin, dass nicht nur vor dem Hintergrund jüngerer psychologischer Forschung⁸⁸ nicht unproblematisch erscheint, wenn verfügbare wissenschaftliche Erkenntnisse mit dem Hinweis auf eigenes Wissen der Entscheider ungenutzt bleiben.⁸⁹

Im Verfahren Van Drie/Alpuro war die streitige Frage der geografischen Marktabgrenzung von einem Parteigutachten im Rahmen einer datengestützten Analyse untersucht worden. Aufgrund methodischer Mängel und der stark eingeschränkten Nachvollziehbarkeit der Analyse wurde dem Gutachten in der abschließenden Beweiswürdigung nur ein entsprechend geringes Gewicht beigemessen.⁹⁰

Im Verfahren Liberty/Kabel BW hatten die Zusammenschlussbeteiligten zwei Gutachten zu der Frage vorgelegt, ob und unter welchen Voraussetzungen unter Berücksichtigung der relevanten investitionsrechnerischen Kalküle mit einem wettbewerblichen Vorstoß eines Anbieters in das „etablierte“ Netzgebiet eines Wettbewerbers zu rechnen ist. Die beiden vorgelegten Gutachten wiesen hinsichtlich ihrer Qualität Unterschiede auf; im Ergebnis wurden jedoch beide Analysen als nicht hinreichend robust eingestuft.⁹¹

454. Vor dem Hintergrund der zunehmenden Bedeutung ökonomischer Theorien, Begriffe und Gutachten in der Kartellrechtsanwendung und insbesondere der Notwendigkeit, deren Aussagekraft auch und gerade im Rahmen von Gerichtsverfahren zu würdigen, ließe sich die Integration von Ökonomen in die Kammern und Senate der Kartellgerichte erwägen. Im internationalen Vergleich

⁸⁵ BKartA, Standards für ökonomische Gutachten vom 20. Oktober 2010.

⁸⁶ EU-Kommission, Commission Staff Working Paper, Best Practices for the Submission of Economic Evidence and Data Collection in Cases Concerning the Application of Articles 101 and 102 TFEU and in Merger Cases, SEC(2011) 1216, 17. Oktober 2011; vgl. dazu auch Tz. 924 ff.

⁸⁷ Vgl. BKartA, Beschluss vom 2. Juli 2008, B2-359/07, WuW/E DE-V 1591, sowie OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Mai 2009, VI-Kart 10/08 (V) „Sauermilchkäse“; zum Ganzen bereits Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 561 ff., insbesondere 565 f.

⁸⁸ Vgl. hierzu bereits Oskamp, S., Overconfidence in Case-Study Judgements, *Journal of Consulting Psychology* 29, 1965, S. 261–265; wiederabgedruckt in Kahneman, D./Slovic, P./Tversky, A. (Hrsg.), *Judgement under Uncertainty*, Cambridge 1982, S. 287 ff.

⁸⁹ Vgl. insoweit bereits Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 570.

⁹⁰ Für die ausführliche Bewertung des Gutachtens durch das Bundeskartellamt vgl. BKartA, Entscheidung vom 27. Dezember 2010, B2-71/10, Rn. 129 ff.; eingehender zu den Abhilfemaßnahmen in diesem Fall Tz. 748 ff.

⁹¹ Für die ausführliche Bewertung der Gutachten durch das Bundeskartellamt vgl. BKartA, Entscheidung vom 15. Dezember 2011, B7-109/10, Rn. 103 ff.; eingehender zu diesem Fall Tz. 744 ff.

ist eine derartige interdisziplinäre Zusammensetzung von (Kartell-) Gerichten nicht ungewöhnlich;⁹² auch das deutsche Recht kennt eine Reihe von gerichtlichen Spruchkörpern, in denen die Mitentscheidung nicht juristischer Fachleute vorgesehen ist.⁹³ Die unmittelbare Einbindung ökonomischen Sachverständs in die richterliche Entscheidungsfindung würde einerseits dem zunehmenden ökonomischen Gehalt kartellrechtlicher Argumentationen Rechnung tragen und das ökonomische Verständnis der Gerichte weiter stärken. Andererseits dürfte eine solche Zusammensetzung des Spruchkörpers teilweise die Einholung von Sachverständigengutachten verzichtbar machen und die Verfahrensdauer nicht unerheblich abkürzen. Durch eine praktische Einbindung ökonomischer Experten könnte auch die Weiterentwicklung sowohl des Kartellrechts als auch der (angewandten) Ökonomik sowie nicht zuletzt das Verständnis der beiden Disziplinen füreinander weiter befördert werden.

2. Kartellverfolgung durch das Bundeskartellamt

455. Neben der Fusionskontrolle und der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen ist das Kartellverbot der dritte Pfeiler des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Kartelle sind nach § 1 GWB Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Unternehmen sowie Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen, die eine Beschränkung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, unabhängig davon, ob sie horizontal zwischen Unternehmen derselben Marktstufe oder vertikal zwischen Unternehmen unterschiedlicher Marktstufen wirken. Eine Koordination wettbewerblichen Verhaltens ist grundsätzlich verboten und nur unter bestimmten Bedingungen freigestellt. Nur soweit mit der Vereinbarung nicht schon eine Wettbewerbsbeschränkung „bezweckt“ wird, ist eine Prüfung ihrer tatsächlichen Auswirkungen erforderlich.⁹⁴ Nachrangige, für die Erreichung des Hauptzwecks einer an sich wettbewerbsneutralen Vereinbarung notwendige, doch wettbewerbsbeschränkend wirkende Bestandteile können allerdings in Ausnahmefällen schon von der Anwendung des Kartellverbots ausgenommen sein.⁹⁵

⁹² So werden in den Vereinigten Staaten schon seit der ersten Hälfte des letzten Jahrhunderts regelmäßig Ökonomen als Richter an die Obergerichte bestellt; in Chile müssen zwei der fünf Richter des (spezialisierten) Kartellgerichts Ökonomen sein.

⁹³ Vergleichbar sind insoweit etwa die Kammern für Handelssachen (vgl. § 105 GVG) und das Bundespatentgericht (§ 65 Absatz 2, § 67 PatG), in denen oft sogar die Mehrheit der an der Entscheidungsfindung Beteiligten nichtjuristische Fachleute sind.

⁹⁴ Vgl. zu der europäischen Parallelvorschrift EuGH, Urteile vom 4. Juli 2009, Rs. C-8/08 „T-Mobile Netherlands“, Rn. 28 ff., sowie vom 6. Oktober 2009, Rs. C-501/06 P u. a., „GlaxoSmithKline“, Rn. 58 ff. Dabei kommt es für ein „Bezwecken“ nicht allein auf die Intentionen der Handelnden an, sondern insbesondere auf den Inhalt der Vereinbarung und die mit ihr verfolgten Ziele sowie auf den rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang, in dem sie steht.

⁹⁵ Zu nennen sind hier die Tatbestandsrestriktionen des Kartellverbots vor allem aufgrund des sog. Immanenz- und des Arbeitsgemeinschaftsgedankens, vgl. dazu etwa Zimmer, D., in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2: GWB, 4. Aufl., München 2007, § 1 Rn. 174 ff.

456. Das Bundeskartellamt kann dabei – parallel zur Europäischen Kommission⁹⁶ – auch das unmittelbar geltende europäische Recht, insbesondere das Kartellverbot des Artikel 101 Absatz 1 AEUV, anwenden.⁹⁷ Dieses ist bei seiner Anwendbarkeit auch vorrangig.⁹⁸ In jüngerer Zeit hat das Bundeskartellamt in etwa der Hälfte seiner Kartellverfahren zumindest auch Artikel 101 AEUV angewendet. Im Folgenden wird zur Vereinfachung in erster Linie vom – in Hinsicht auf Kartelle – weitgehend inhaltsgleichen deutschen Kartellrecht die Rede sein. Dieses ist seit der Angleichung der Kartellvorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen an die des europäischen Rechts durch die 6. und endgültig durch die 7. GWB-Novelle weitgehend wortlautidentisch mit jenem.⁹⁹ Daraus folgt insbesondere auch die Leitfunktion des europäischen Rechts, vor allem der europäischen Rechtsprechung, für die Auslegung des deutschen Kartellverbots.¹⁰⁰

457. Insbesondere die Verfolgung verbotener Absprachen von Preisen bzw. Preisbestandteilen und/oder Absatzquoten sowie der Aufteilung von Märkten oder Kunden (sog. „Hardcore-Kartelle“) durch das Bundeskartellamt hat in den vergangenen Jahren erheblich an Bedeutung gewonnen. Dazu hat vor allem die Einführung einer Kronzeugenregelung (sog. „Bonusprogramm“) im Jahre 2000 und deren Überarbeitung 2006 beigetragen, nach der diejenigen Kartellmitglieder, die ein Kartell gegenüber der Behörde aufdecken, mit einem Erlass bzw. einer Reduktion der Geldbuße rechnen können. Neben Bußgeldverfahren gegen Beteiligte an Hardcore-Kartellen hat die Einzelfallkontrolle von expliziter Verhaltenskoordination im grundsätzlich freistellungsfähigen Bereich eine erhebliche, wenn auch im Zeitverlauf abnehmende Bedeutung. So betrafen von den 2005 und 2006 eröffneten 177 Kartellverfahren sieben Hardcore-Kar-

⁹⁶ Vgl. § 22 Absatz 1 GWB und Artt. 4, 5 Absatz 1 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artt. 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. EU Nr. L 1 vom 4. Januar 2003, S. 1. Allerdings ist diese Zuständigkeit nachrangig, da sie entfällt, sobald die Europäische Kommission in der gleichen Sache ein Verfahren eröffnet (Artikel 11 Absatz 6 VO 1/2003).

⁹⁷ Voraussetzung für eine Anwendung des weitestgehend inhaltsgleichen Artikel 101 AEUV durch das Bundeskartellamt ist die Eignung des Kartells zur Beeinträchtigung des grenzüberschreitenden Handels innerhalb der Europäischen Union, was auch bei rein innerdeutschen Kartellen der Fall sein kann.

⁹⁸ Vgl. allgemein bereits EuGH, Urteil vom 15. Juli 1964, Rs. C-6/64, „Costa/ENEL“, Slg. 1964, 1253 ff., st. Rspr.; ebenso für das Kartellrecht § 22 Absatz 2 GWB, Artikel 3 Absatz 2 Satz 1 VO 1/2003.

⁹⁹ Vor allem die Sonderregel zum Schutz des Mittelstands in § 3 GWB weichen vom europäischen Vorbild ab. Nicht angeglichen wurden insbesondere die Missbrauchsaufsicht nach §§ 19 ff. GWB sowie die Fusionskontrolle nach §§ 35 ff. GWB.

¹⁰⁰ Wie weit in diesem Bereich noch eine autonome Auslegung des deutschen Rechts möglich bleibt, ist grundsätzlich und im Einzelnen ungeklärt. Der Gesetzgeber der 7. GWB-Novelle jedenfalls hat den ursprünglich im Entwurf vorgesehenen § 23 GWB-E, der gesondert die „Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts“ für bei der Auslegung der §§ 1 bis 4 und 19 GWB maßgeblich erklären sollte, auf Vorschlag des Bundesrates und des Vermittlungsausschusses gestrichen; vgl. Bundesratsdrucksache 441/04 (Beschluss) vom 9. Juli 2004, S. 5 ff., Beschlussempfehlung Vermittlungsausschuss vom 15. Juni 2005, Bundestagsdrucksache 15/5735 vom 15. Juni 2005.

telle, während von den 2007 und 2008 eröffneten 148 Kartellverfahren 30 und von den 2009 und 2010 neu eröffneten 101 Kartellverfahren 33 Hardcore-Kartelle zum Gegenstand hatten.¹⁰¹

458. Diese Entwicklung bedeutet eine Verschiebung des Schwerpunkts der Amtspraxis von legalen bzw. freistellungsfähigen zu illegalen Kartellen und ist auch eine Folge der weitgehenden Übernahme des europäischen Rechts der Kartellverfolgung mit der 7. GWB-Novelle 2005: Mit Einführung der Legalausnahme für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, die die Voraussetzungen einer Freistellung erfüllen, sind die betroffenen Unternehmen selbst für eine Einschätzung der Legalität ihrer Kooperationen verantwortlich. Zuvor hatte überwiegend ein administratives Anmelde- und Genehmigungssystem gegolten.¹⁰² Diese Veränderung brachte einen erheblichen Transparenzverlust für die Behörde mit sich,¹⁰³ der durch Sektoruntersuchungen und Hinweise aus den Unternehmen nur teilweise aufgefangen werden kann.

2.1 Begrifflichkeit: Unerlaubte Kartelle und effiziente Kooperationen

459. Die meisten Kooperationen von Unternehmen, die im gleichen oder in verbundenen Märkten tätig sind, haben eine gewisse wettbewerbsbeschränkende Wirkung. Auf der anderen Seite werden derartige Kooperationen zumindest teilweise auch abgeschlossen, um Effizienzvorteile zu generieren, die für die einzelnen Unternehmen unmöglich oder nur schwer erreichbar wären. Entsprechend wird das allgemeine Kartellverbot des § 1 GWB eingeschränkt durch die Freistellungsvorschrift des § 2 Absatz 1 GWB. Danach sind diejenigen expliziten koordinierten Wettbewerbsbeschränkungen vom Kartellverbot befreit, die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass den beteiligten Unternehmen (1) Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder (2) Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten. Während das ökonomische Begriffsverständnis unter „Kartellen“ häufig allein Hardcore-Absprachen zwischen direkten Wettbewerbern auf horizontaler Ebene begreift, enthält der juristische Kartellbegriff also jegliche Art wettbewerbsbeschränkender Absprachen auch in vertikalen Beziehungen, die bei Erfüllung der Freistellungsvoraussetzungen ex lege zulässig sind.

460. Da sich die Auswirkungen einer Vereinbarung, auf die eine Freistellung nach § 2 GWB abstellt, oftmals

¹⁰¹ Vgl. die Tätigkeitsberichte des Bundeskartellamtes jeweils in Teil II des Vierten Abschnitts, Tabelle I.1.

¹⁰² Vgl. dazu Monopolkommission, Sondergutachten 41, a. a. O., Tz. 9 ff.; zuvor bereits eingehend Monopolkommission, Kartellpolitische Wende in der Europäischen Union?, Sondergutachten 28, Baden-Baden, 1999, Tz. 22 ff.

¹⁰³ Vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht 2005/2006, Bundestagsdrucksache 16/5710 vom 15. Juni 2007, S. 10.

nicht genau abschätzen lassen, ist in diesem Bereich eine Kartellverfolgung seitens der Behörden mit Unsicherheiten belastet, die um so größer sind, je ungenauer die Auswirkungen gemessen werden können. Das verstärkt den Trend der Konzentration der Amtspraxis auf diejenigen Kartelle, deren Kartellrechtswidrigkeit auf der Hand liegt. Vor diesem Hintergrund erscheinen die Verfahren gegen Vereinbarungen und Praktiken von besonderer Bedeutung, die im Graubereich erheblicher Wettbewerbsbeschränkungen die Freistellungsvoraussetzungen nicht erfüllen. Die Durchsetzung des Kartellverbots in derartigen Fällen ist notwendig, um zu verhindern, dass sich die Kartellverbotswahrnehmung der Unternehmen auf das Verbot von Hardcore-Kartellen verengt. In diesem Bereich ist allerdings die Abschreckungswirkung von Verfahren deutlich geringer als bei Bußgeldern infolge von Hardcore-Kartellen, da einerseits die jeweiligen Vereinbarungen und Praktiken typischerweise sehr spezifisch und daher oft schlecht vergleichbar sind und andererseits in der Regel keine oder nur geringe Bußgelder verhängt werden.

2.2 Institutioneller Rahmen

461. Die Landeskartellbehörden sind für in ihrer Wirkung auf das Gebiet eines Landes beschränkte Kartelle zuständig, das Bundeskartellamt für alle übrigen (auch) im Bundesgebiet wirksamen Kartelle.¹⁰⁴ Die Europäische Kommission greift in der Regel die bedeutenderen grenzüberschreitenden Kartelle auf.¹⁰⁵ Innerhalb des Bundeskartellamtes obliegt die Kartellverfolgung der Sonderkommission Kartellbekämpfung, die eine Reihe zentraler Funktionen wahrnimmt (eingrichtet 2002), drei spezialisierten Beschlussabteilungen (eingrichtet 2005, 2008 und 2011), die in erster Linie für Hardcore-Kartelle zuständig sind, sowie für Kartelle im Nicht-Hardcore-Bereich den für die jeweiligen Branchen zuständigen neun Beschlussabteilungen. Im Juni 2012 schließlich hat das Bundeskartellamt eine elektronische Plattform eingerichtet, die anonyme Hinweise auf illegale Kartelle erleichtern soll.¹⁰⁶

462. Bei Verstoß gegen das Kartellverbot sind entsprechende Vereinbarungen nach § 134 BGB stets nichtig. Diese Nichtigkeitssanktion gilt auch für kartellrechtswidrige Gemeinschaftsunternehmen, die dadurch vollständig rückabgewickelt werden müssen.¹⁰⁷ Demgegenüber beschränkt das Bundeskartellamt in der Regel die behördliche Verfolgung von Wettbewerbsabsprachen, die weniger

¹⁰⁴ Vgl. § 48 Absatz 2 GWB.

¹⁰⁵ Die Verfolgung grenzüberschreitender Kartelle nach Artikel 101 AEUV findet vielfach auch durch nationale Kartellbehörden statt, die sich im European Competition Network (ECN) koordinieren und austauschen; vgl. Artikel 12 ff. VO 1/2003 sowie die Bekanntmachung der EU-Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, ABl. EU Nr. C 101 vom 27. April 2004, S. 43.

¹⁰⁶ Vgl. http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/Kartellverbot/Hinweise_auf_Kartellrechtsverstoesse.php.

¹⁰⁷ Vgl. BGH, Beschluss vom 4. März 2008, KVZ 55/07 „Nord-KS“, nach dem die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft nicht auf kartellrechtswidrige Gemeinschaftsunternehmen anwendbar sind.

als 10 Prozent (Horizontalabsprachen) bzw. 15 Prozent (Vertikalabsprachen) Marktanteil abdecken, auf Kernbeschränkungen (Preisabsprachen und Produktionsbeschränkungen).¹⁰⁸ Daneben gelten für kleine und mittlere Unternehmen bestimmte Erleichterungen.¹⁰⁹

463. Ganz entscheidend wird die Praxis im freistellungsfähigen Bereich mitgeprägt durch die Gruppenfreistellungsverordnungen der Europäischen Kommission, die nach § 2 Absatz 2 GWB auch auf rein innerdeutsche Sachverhalte anwendbar sind.¹¹⁰ Diese Gruppenfreistellungsverordnungen stellen – unterhalb bestimmter kombinierter Marktanteile der Beteiligten – bestimmte wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen vom Kartellverbot frei. Diese Wirkung entfällt einerseits für einzelne aufgeführte Vereinbarungen (nicht freigestellte Vereinbarungen). Andererseits lassen besonders aufgeführte „Kernbeschränkungen“ die Freistellung für die gesamte Vereinbarung entfallen. Europäische Kommission und Bundeskartellamt sind befugt, für bestimmte Märkte den Rechtsvorteil der Gruppenfreistellungsverordnungen zu entziehen, Artikel 29 Absatz 2 VO 1/2003, § 32d GWB.¹¹¹ Ohne unmittelbare Bindungswirkung für die deutschen Behörden und die Gerichte¹¹² sind die Leitli-

nien der Europäischen Kommission zur Auslegung der Gruppenfreistellungsverordnungen bzw. des Kartellverbots.¹¹³ Diese haben jedoch weitreichende praktische Auswirkungen, da sie die ökonomische Diskussion zu den einzelnen behandelten Problemen gut widerspiegeln, teilweise nicht unerheblich mitprägen und ihre Aussagen faktisch oft bestimmende Überzeugungskraft haben.

464. Die Sanktionierung von Verstößen erreicht mittlerweile bedeutende Bußgeldbeträge. Aus deren Höhe wird teilweise abgeleitet, faktisch werde damit die Schwelle zwischen Ordnungswidrigkeiten- und Strafrecht – insbesondere bei Bußgeldern gegenüber natürlichen Personen – bereits überschritten. Entsprechend seien jedenfalls bei „großen Ordnungswidrigkeiten“ mit entsprechenden Bußgeldhöhen die im Strafrecht geltenden Verfahrensvorschriften anwendbar. Insbesondere sei die Verhängung derartiger Bußgelder nach Artikel 92 GG den Gerichten vorbehalten.¹¹⁴ Eine Vergleichbarkeit von (hohen) Geldbußen und echten Kriminalstrafen scheidet nach Auffassung der Monopolkommission jedoch schon daran, dass Letztere einen ungleich höheren Stigmatisierungseffekt als bloße Bußgelder haben.

465. Eine institutionelle Trennung zwischen Ermittlung und Entscheidung schon im Bußgeldverfahren könnte zwar möglicherweise die Legitimität der Entscheidungen noch erhöhen. Eine Verbesserung der Verfahrensposition der Unternehmen wäre damit jedoch nicht zwangsläufig verbunden. Denn diesen steht im Einspruchsverfahren vor dem Oberlandesgericht eine vollständige gerichtliche Tatsacheninstanz zur Verfügung. Insofern ähnelt das Bußgeldverfahren des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen dem Strafbefehlsverfahren der Strafprozessordnung. Jedenfalls den Verfahrensanforderungen der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) genügt eine derartige nachlaufende vollständige Überprüfung.¹¹⁵ Vor dem Hintergrund des erheblichen Verfahrensmehraufwands bei institutioneller Trennung des Kartellbußgeldverfahrens in Ermittlungs- und Entscheidungsverfahren und insbesondere aufgrund der vollen gerichtlichen Überprüfbarkeit behördlicher Entschei-

¹⁰⁸ BKartA, Bagatellbekanntmachung 2007.

¹⁰⁹ Vgl. § 3 Absatz 1 GWB sowie das Merkblatt des Bundeskartellamtes über Kooperationsmöglichkeiten für kleinere und mittlere Unternehmen von März 2007; hierzu auch Bayerisches Staatsministerium für Wirtschaft, Infrastruktur, Verkehr und Technologie, Kooperation und Wettbewerb, Ein Ratgeber für kleine und mittlere Unternehmen, 6. Aufl., München 2006.

¹¹⁰ Vgl. Verordnung (EU) Nr. 1217/2010 der Kommission vom 14. Dezember 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung Text von Bedeutung für den EWR, ABl. EU Nr. L 335 vom 18. Dezember 2010, S. 36 (F&E-GVO); Verordnung (EU) Nr. 1218/2010 der Kommission vom 14. Dezember 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen, ABl. EU Nr. L 335 vom 18. Dezember 2010, S. 43 (Spezialisierungs-GVO); Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. EU Nr. L 102 vom 23. April 2010, S. 1 (Vertikal-GVO); Verordnung (EU) Nr. 461/2010 der Kommission vom 27. Mai 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugsektor, ABl. EU Nr. L 129 vom 28. Mai 2010, S. 52 (Kfz-GVO); Verordnung (EG) Nr. 246/2009 des Rates vom 26. Februar 2009 über die Anwendung des Artikels 81 Absatz 3 des Vertrages auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen zwischen Seeschiffahrtsunternehmen, ABl. EU Nr. L 79 vom 25. März 2009, S. 1 (Schiffahrts-GVO); Verordnung (EU) Nr. 267/2010 der Kommission vom 24. März 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen und abgestimmten Verhaltensweisen im Versicherungssektor, ABl. EU Nr. L 83 vom 30. März 2010, S. 1 (Versicherungs-GVO).

¹¹¹ Vgl. Tz. 431 ff.

¹¹² Allerdings hat auf europäischer Ebene der Europäische Gerichtshof in einem Fall ein Urteil des Gerichts der Europäischen Union ausschließlich an Leitlinien der Europäischen Kommission gemessen, ohne selbst insoweit Unionsrecht zu prüfen; vgl. EuGH, Urteil vom 24. September 2009, Rs. C-125/07 P „Erste Group Bank“, Rn. 143, 174 ff., 192 f.

¹¹³ Vgl. die Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. EU Nr. C 11 vom 14. Januar 2011, S. 1, und die Leitlinien für vertikale Beschränkungen (Vertikal-Leitlinien), ABl. EU Nr. C 130 vom 15. März 2010, S. 1. Beide Leitlinien haben die Form von offiziellen Mitteilungen der Europäischen Kommission und wirken nach dem Prinzip der Selbstbindung der Verwaltung verpflichtend allein für die Europäische Kommission.

¹¹⁴ Vgl. stellvertretend Möschel, W., Kartellbußen und Artikel 92 Grundgesetz, Wirtschaft und Wettbewerb 60(9), 2010, S. 869–877; weitergehend Feld, L.P. u. a. (Kronberger Kreis), Reform der Geldbußen im Kartellrecht überfällig, Berlin 2012.

¹¹⁵ Vgl. zur insoweit vergleichbaren Praxis in Italien EGMR, Urteil vom 27. September 2011, Requête n° 43509/08 „A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie“. Dabei geht der EGMR zwar von einem strafrechtlichen Charakter der verhängten hohen Geldbuße aus (Rn. 44), lässt aber für die Anforderungen des Artikel 6 Absatz 1 EMRK (Recht auf ein faires Verfahren) die faktisch von den Gerichten ausgeübte Überprüfung der behördlichen Entscheidung ausreichen: „La décision de l’AGCM ayant été soumise au contrôle ultérieur d’organes judiciaires de pleine juridiction, aucune violation de l’article 6 § 1 de la Convention ne saurait être décelée en l’espèce.“ (Rn. 67).

dungen sieht die Monopolkommission derzeit keine Notwendigkeit zu grundlegenden Veränderungen des kartellbehördlichen Verfahrens in diese Richtung.¹¹⁶

2.3 Doppelkontrolle von Gemeinschaftsunternehmen

466. Eine kartellverbotswidrige Abstimmung kann auch im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen stattfinden. Eine Angleichung der Geschäftspolitiken von fusionswilligen Unternehmen vor der erforderlichen Freigabe durch das Bundeskartellamt ist nach § 41 Absatz 2 i. V. m. § 81 Absatz 1 GWB als Verstoß gegen das Vollzugsverbot gesondert bußgeldbewehrt.¹¹⁷ Unabhängig von einer – nur teilweise notwendigen – fusionskontrollrechtlichen Freigabe der zugrunde liegenden Unternehmensstruktur unterliegt eine Koordination des Geschäftsverhaltens von selbstständigen Muttergesellschaften eines Gemeinschaftsunternehmens in aller Regel auch dem Kartellverbot des § 1 GWB.¹¹⁸ Diese Doppelkontrolle strukturell wettbewerbsbeschränkender und koordinativer Effekte wird vom Bundeskartellamt regelmäßig ausgeübt.

467. Grundsätzlich prüft das Amt bei allen im Rahmen der Fusionskontrolle angemeldeten Gemeinschaftsunternehmen konkrete Anhaltspunkte für kartellrechtswidrige Koordinierung der Muttergesellschaften. Eine solche Koordinierung ist dann ausgeschlossen, wenn diese weder aktuelle noch potenzielle Wettbewerber sind. Daneben sieht das Bundeskartellamt in der Regel von der Einleitung eines Kartellverfahrens ab, wenn der kumulierte Marktanteil aller Muttergesellschaften 10 Prozent nicht überschreitet.¹¹⁹ Ähnliches gilt, wenn das Vorliegen der Freistellungsvoraussetzungen zumindest konkret wahrscheinlich erscheint. Soweit die koordinativen Wirkungen geplanter fusionskontrollpflichtiger Gemeinschaftsunternehmen nicht innerhalb der Fristen des Fusionskontrollverfahrens oder überhaupt nicht ex ante beurteilt werden können, prüft das Bundeskartellamt die Einhaltung der Vorschriften der §§ 1 ff. GWB in einem eigenständigen Verfahren; teilweise wird in Freigabeentscheidungen ausdrücklich der Vorbehalt einer Prüfung nach § 1 GWB klarstellend mit aufgenommen. Derartige parallele Kartellverfahren sind nicht an Fristen gebunden; daneben sind in deren Rahmen, anders als in der Fusionskontrolle, Verhaltenszusagen zulässig. Teilweise ist bereits zum

Zeitpunkt des Fusionskontrollverfahrens eine mit dem Kartellverbot unvereinbare Wirkung des geplanten Gemeinschaftsunternehmens erkennbar, was zur Anpassung der Transaktion, zur Rücknahme der Anmeldung, zu einer Untersagung oder zur Freigabe mit Nebenbestimmungen führen kann. Entsprechende Untersagungen können dann sowohl auf § 1 als auch auf § 36 Absatz 1 GWB gestützt sein.

468. Im Berichtszeitraum wurden koordinative Effekte von Gemeinschaftsunternehmen in einer Vielzahl von Fusionskontrollverfahren geprüft. Soweit die Wirkungen kartellrechtlich bedenklich waren, wurden teils die Vorhaben aufgegeben, teils entsprechende Vorkehrungen getroffen, die kartellrechtswidrige Koordination verhindern sollen, wie Sicherungsmaßnahmen gegen einen kartellrechtswidrigen Informationsaustausch oder die Beschränkung der Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens auf das kartellrechtlich zulässige Maß. Daneben wurde das Bundeskartellamt in einigen Fällen im Rahmen von Fusionskontrollverfahren oder anderweitig auf problematische Gemeinschaftsunternehmen aufmerksam, die eigenständig nach § 1 GWB geprüft und teilweise in der Folge von den Muttergesellschaften aufgelöst oder umgestaltet wurden.

Betroffen waren vor allem der Baustoffbereich und die Entsorgungswirtschaft, aber auch der Pressesektor; im Bereich Walzasphalt haben eine Vielzahl mutmaßlich problematischer Gemeinschaftsunternehmen das Bundeskartellamt zu einer Sektoruntersuchung veranlasst.¹²⁰ Die weit überwiegende Mehrzahl geprüfter Gemeinschaftsunternehmen hingegen wies keine erkennbaren Probleme im Sinne des Kartellverbots auf.

469. Die im Fusionskontrollverfahren untersagte Einrichtung eines Gemeinschaftsunternehmens durch die Pro7Sat1- und die RTL-Gruppe im Bereich Video-on-Demand beruht neben § 36 Absatz 1 GWB auch auf dem Kartellverbot.¹²¹ Durch den gemeinsamen Aufbau einer Plattform für den Abruf der Programminhalte beider beteiligten Sendergruppen im Internet wäre deren gemeinsame Marktbeherrschung im Fernsehwerbemarkt verstärkt worden. Daneben wäre insbesondere aufgrund der vorgesehenen Ausgestaltung der Plattform eine kartellverbotswidrige Koordination der Geschäftspraktiken der Muttergesellschaften zu befürchten gewesen, ohne dass diese Ausgestaltung zur Erreichung der vorgesehenen Effizienzvorteile notwendig und damit freistellungsfähig gewesen wäre.

Die Monopolkommission begrüßt die parallele Prüfung solcher Vorhaben und die doppelte Fundierung des Untersagungsbeschlusses allgemein und in diesem Fall: Soweit neben fusionskontrollrechtlich relevanten Bedenken auch Verstöße gegen das Kartellverbot zu befürchten sind, vermögen beide Aspekte jeweils eigenständig eine Untersagung zu tragen. Dadurch wird zum einen nochmals das Verbot aus § 1 GWB nachdrücklich verdeutlicht, Gemein-

¹¹⁶ Vgl. eingehender zum Spektrum der institutionellen Möglichkeiten Zimmer, D., Sanktionensysteme im internationalen Vergleich: Administrativentscheidung versus gerichtliches Verfahren, in: Sanktionen im Kartellrecht, Referate des 44. FIW-Symposiums, Köln 2011, S. 1–12.

¹¹⁷ Vgl. zu diesem englisch auch plastisch „gun jumping“ genannten Verstoß Tz. 659 ff.

¹¹⁸ Vgl. BGH, Beschluss vom 22. Juni 1981, KVR 7/80, Rn. 28, BGHZ 81, 56, 66, WuW/E BGH 1810 „Transportbeton Sauerland“; Beschluss vom 8. Mai 2001, KVR 12/99 „Ostfleisch“, Rn. 34; Beschluss vom 4. März 2008, KVZ 55/07, WuW DE-R 2361 „NordKS/Xella“; Urteil vom 23. Juni 2009, KZR 58/07 „Gratiszeitung Hallo“; Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 508 ff.

¹¹⁹ Vgl. BKartA, Bagatellbekanntmachung 2007, Rn. 7 ff.

¹²⁰ Vgl. dazu Tz. 434 ff.

¹²¹ BKartA, Beschluss vom 17. März 2011, B6, 94/10 „Amazonas“; vgl. zu den Einzelheiten Tz. 733 ff.

schaftsunternehmen kartellrechtswidrig als koordinative Plattformen zu nutzen.¹²² Andererseits wird durch die parallele Anwendung beider Prüfungsmaßstäbe der eigenständigen Bedeutung der nur teilweise deckungsgleichen Schutzbereiche von Kartellverbot und Fusionskontrolle Rechnung getragen. Schutzlücken werden so verhindert. Letztlich kommt auch den Muttergesellschaften eine derartige Prüfung entgegen, da so die Gefahr kartellrechtswidrigen Verhaltens schon im Ansatz vermindert wird. Insoweit ist hervorzuheben, dass den Beteiligten freigestanden hätte, durch eine entsprechende Ausgestaltung des Gemeinschaftsunternehmens die unter der untersagten Ausgestaltung strukturell immanenten Verstöße gegen das Kartellverbot auszuräumen. Eine vergleichbare Kooperation der öffentlich-rechtlichen Fernsehsender wurde im Fusionskontrollverfahren freigegeben, da diese im vor allem betroffenen Werbemarkt über keine marktbeherrschende Stellung verfügen; die Prüfung des Vorhabens im Kartellverfahren erfolgte getrennt.

2.4 Kartellschwelle in Oligopolmärkten

470. Unterhalb der Grenze expliziter Koordination kommt eine implizite Koordination in Betracht. Denn in engen Märkten mit oligopolistischer Struktur ist regelmäßig aufgrund der Interdependenz der Akteure deren Handeln nur eingeschränkt dem Risiko ausgesetzt, dem derartige Handeln im Wettbewerb begegnen würde. Eine solche implizite Verhaltensabstimmung „über den Markt“ unterfällt grundsätzlich nicht dem Kartellverbot und wird dementsprechend nach überwiegender Ansicht als legal angesehen. Entscheidender Faktor für diese Einstufung ist die Schwierigkeit, in solchen Situationen eine Grenze zwischen legalem und illegalem Verhalten zu ziehen, da die Reaktion von Unternehmen auf Angebote von Wettbewerbern einen grundsätzlichen Wesenszug des Wettbewerbs darstellt. Die implizite Abstimmung von Preiserhöhungen über den Markt dem Kartellverbot zu unterwerfen, käme auch einem behördlichen Verbot von Preiserhöhungen und damit einer Preisregulierung gefährlich nahe.¹²³

471. Die Monopolkommission sieht zu diesem Zeitpunkt keine praktikable Möglichkeit, implizite Verhaltensabstimmungen „über den Markt“ als solche im Rahmen des Kartellverbots zu erfassen. Zwar lässt sich aus der Verdichtung von Indizien, die eine als illegales Kartell erfassbare kollusive Verfestigung wahrscheinlicher machen, in Einzelfällen auch eine explizite Abstimmung herleiten;¹²⁴ oftmals jedoch wird gerade die enge Marktstruktur paralleles Verhalten auch ohne explizite Abstimmung plausibel machen.¹²⁵ Allerdings können sich auf derart wettbewerbsarmen Märkten bereits relativ gering-

füfige Wettbewerberkontakte erheblich wettbewerbsbeschränkend auswirken, die dann leicht die Verbotsgrenze des § 1 GWB erreichen.¹²⁶ Insoweit weist die Monopolkommission erneut darauf hin, dass insbesondere die Strukturen von Verbänden und Gemeinschaftsunternehmen in oligopolistisch engen Märkten diese als Koordinationsplattformen wirken lassen können. In diesem Zusammenhang obliegt Oligopolisten bei der Ausgestaltung von Kooperationen mit Wettbewerbern sowie – abhängig von der Marktstruktur – mit Lieferanten und Abnehmern grundsätzlich eine gesteigerte Sorgfaltspflicht in Bezug auf die Einhaltung des Kartellverbots.¹²⁷

472. Vor diesem Hintergrund erneuert die Monopolkommission ihre Forderung an das Bundeskartellamt, in oligopolistisch strukturierten Branchen die bestehenden vertraglichen und gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen systematisch etwa im Rahmen von Sektoruntersuchungen oder im Nachgang zu Fusionskontrollverfahren zu überprüfen und verstärkt nach § 1 f. und § 32 GWB einzuschreiten.¹²⁸

2.5 Kartellschaden, Bußgeldhöhe und effiziente Abschreckungswirkung

473. Insbesondere Hardcore-Kartelle richten erheblichen Schaden an.¹²⁹ Unterscheiden lassen sich allokativer, produktiver und dynamischer Effizienzverluste. Eine kartellbedingte Preiserhöhung (direkt oder mittelbar, etwa infolge von Angebotsverknappung) transferiert einen Teil der Konsumenten- in die Produzentenrente (Preiseffekt), was an sich keinen volkswirtschaftlichen, sondern allein einen individuellen Schaden bedeutet. Die Preiserhöhung hat in der Regel jedoch auch zur Folge, dass weniger Abnehmer als zu Wettbewerbspreisen das kartellverstrickte Gut beziehen und davon profitieren können (Mengeneffekt). Kartelle können durch Verminderung des Wettbewerbsdrucks des Weiteren zu verminderter Produktionseffizienz und geringeren Anreizen für Forschung und Entwicklung führen.¹³⁰ Insgesamt lässt sich feststellen, dass der gesamte durch ein illegales Kartell verursachte volkswirtschaftliche Schaden den individuellen Schaden der (direkten und mittelbaren) Abnehmer erheblich über-

¹²² Vgl. dazu eingehend Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 505 ff.

¹²³ Vgl. hierzu eingehender etwa Zimmer, D., in: Immenga/Mestmäcker, a. a. O., § 1 Rn. 98 ff.

¹²⁴ Vgl. vor dem Hintergrund des US-amerikanischen Rechts etwa Kovacic, W.E. u. a., Plus Factors and Agreement in Antitrust Law, Michigan Law Review 110(3), 2011, S. 393-436.

¹²⁵ Vgl. in Anwesenheit paralleler Preiserhöhungsankündigungen EUGH, Urteil vom 14. Juli 1972, Rs. C-48/69 u. a. „ICI“, Rn. 64 ff., 99 ff., gegenüber EuGH, Urteil vom 31. März 1993, Rs. C-89/85 u. a. „Ahlström/Kommission“, Rn. 70 ff. (Oligopolverteidigung).

¹²⁶ Vgl. etwa zum Kartellverstoß durch einmaligen Informationsaustausch in engen Oligopol EuGH, Urteil vom 4. Juli 2009, Rs. C-8/08 „T-Mobile Netherlands“; ähnlich für die Berücksichtigung einer „Bündelwirkung“ von Vertragspraktiken bereits EuGH, Urteil vom 28. Februar 1991, Rs. C-234/89 „Delimitis/Henninger Bräu“, Slg. 1991, I-935, Rn. 18 ff.

¹²⁷ Vgl. etwa Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 505 ff., 525 ff.

¹²⁸ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 529, sowie Tz. 572 ff.

¹²⁹ So geht etwa das Bundeskartellamt in seiner Advocacy-Broschüre „Erfolgreiche Kartellverfolgung – Nutzen für Wirtschaft und Verbraucher“, Juli 2010, S. 17, davon aus, dass schon ein einziges Kartell auf einem gesamtwirtschaftlich bedeutsamen Markt Nachteile für Wirtschaft und Verbraucher in einem Umfang von mehreren 100 Mio. Euro zur Folge haben kann.

¹³⁰ Vgl. jedoch z. B. zu den Bedingungen produktiv effizienter Kartelle die Spezialisierungs-GVO, zu denen dynamisch effizienter Kartelle die F&E-GVO der Europäischen Kommission.

steigen, aber auch unterschreiten kann. Beide Schadensmaße sind also nicht zwingend korreliert.¹³¹

474. Bei der Berechnung von Kartellbußgeldern geht das Bundeskartellamt von einem zweistufigen Verfahren aus:¹³² Der Grundbetrag richtet sich nach der Schwere und Dauer des Verstoßes und kann bis zu 30 Prozent des tatbezogenen Umsatzes summiert über die Kartelldauer betragen. Erschwerende¹³³ und mildernde¹³⁴ Umstände der Tatbegehung werden als Anpassungsfaktoren berücksichtigt. Daneben soll insbesondere bei großen Unternehmen eine besonders erforderliche Abschreckungswirkung die Erhöhung des Grundbetrags um bis zu 100 Prozent rechtfertigen können. Die so ermittelte Geldbuße unterliegt nach § 81 Absatz 4 Satz 2 GWB einer Obergrenze von 10 Prozent des Gesamtumsatzes des bebußten Unternehmens im Vorjahr der Entscheidung. Dabei handelt es sich nach umstrittener, doch überzeugender Auffassung um eine Kappungsgrenze, nicht um eine Bußgeldobergrenze.¹³⁵ Der so errechnete Bußgeldbetrag kann – im Falle eines Kronzeugenantrags – entsprechend der Bonusregelung erlassen oder vermindert werden;¹³⁶ daneben kommt eine Reduzierung durch einverständliche Verfahrensbeendigung in Betracht.¹³⁷ Zusätzlich hat das Bundeskartellamt nach § 34 GWB die Möglichkeit, den Mehrerlös abzuschöpfen.

475. Die vom Bundeskartellamt gegen die Teilnehmer an verbotenen Kartellen verhängten Bußgelder erreichten in der Summe seit 2007 regelmäßig eine Höhe von mehreren 100 Mio. Euro pro Jahr – so 2010 266,7 Mio. Euro und 2011 193 Mio. Euro. Entscheidendes Ziel der Verhängung von Bußgeldern für Kartellverstöße ist die Abschreckungswirkung gegenüber aktuellen und potenziel-

len Kartellanten. Dabei ergibt sich der motivatorische Effekt grundsätzlich durch die Höhe des durch ein Kartell angestrebten Mehrgewinns einerseits im Vergleich mit der um die Aufdeckungswahrscheinlichkeit adjustierten mutmaßlichen Bußgeldhöhe andererseits.¹³⁸ Auch bei Annahme einer relativ hohen Aufdeckungswahrscheinlichkeit¹³⁹ muss zur effektiven Abschreckung die Geldbuße also ein Mehrfaches der kartellbedingten Mehrgewinne¹⁴⁰ betragen.

476. Seit der 7. GWB-Novelle ist das Bundeskartellamt mit § 81 Absatz 4 GWB von der Notwendigkeit befreit, zur Bußgeldberechnung Mehrerlöse zu berechnen.¹⁴¹ Die oben aufgezeigten Berechnungsgrundsätze der Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamtes führen jedoch auch auf Grundlage des kartellbefangenen Umsatzes zu einer sachgerechten Bußgeldermittlung. Insbesondere sprechen gute Gründe für die Annahme, dass die in der Methode ihrer Berechnung eng verwandten Kartellgeldbußen der Europäischen Kommission in der Regel noch unterhalb des effizienten Abschreckungsniveaus geblieben sind.¹⁴²

477. Die Monopolkommission erachtet die wettbewerbspolitische Gefahr einer durch hohe Geldbußen verursachten Marktberichtigung bzw. geminderte Wettbewerbsfähigkeit etwa infolge von bußgeldbedingten Insolvenzen oder Finanzierungsschwierigkeiten betroffener Unternehmen als gering.¹⁴³ Denn zum einen vermei-

¹³¹ Vgl. allgemein etwa Haucap, J./Stühmeier, T., Wie hoch sind durch Kartelle verursachte Schäden: Antworten aus Sicht der Wirtschaftstheorie, *Wirtschaft und Wettbewerb* 58(4), 2008, 413–424.

¹³² Vgl. die BKartA, Bußgeldleitlinien 2006.

¹³³ Es kommt insbesondere in Betracht: schwere Formen des Vorsatzes und ein gesteigerter Grad der Fahrlässigkeit, das Vorliegen einer Wiederholungstat, eine besonders aktive Rolle im Kartell (Kartellanführer, Kartellinitiator, sonstige hervorgehobene Stellung im Kartell), ein hoher Organisationsgrad im Rahmen der Kartellabsprache oder die Androhung von Vergeltungs- oder Zwangsmaßnahmen in Zusammenhang mit dem wettbewerbswidrigen Verhalten.

¹³⁴ Es kommt insbesondere in Betracht: das Nachtatverhalten (z. B. Ausgleich finanzieller Einbußen Dritter), die erzwungene Teilnahme oder passive Rolle an der Zuwiderhandlung; die Genehmigung oder Förderung der Zuwiderhandlung durch eine nationale oder supranationale Behörde oder geltende Vorschriften.

¹³⁵ Vgl. für Ersteres BKartA, Bußgeldleitlinien 2006, Rn. 18 ff., für Letzteres OLG Düsseldorf, Urteil vom 26. Juni 2009, VI-2a Kart 2 - 6/08 Owi. Das vom Oberlandesgericht angeführte Argument der Notwendigkeit einer festen Bußgeldobergrenze als oberes Ende einer Bußgeldskala erscheint angesichts der Notwendigkeit effektiver Abschreckung und der durch die Kappungsgrenze genau bestimmbareren rechtlichen Obergrenze verhängter Bußgelder wenig tragfähig, zumal der vom Bundeskartellamt als Maßstab herangezogene tatbezogene Umsatz regelmäßig eine geeignete Bezugsgröße für den (potenziellen) volkswirtschaftlichen Schaden sein dürfte. Mitentscheidend spricht für die Deutung als Kappungsgrenze auch die mit der Gesetzesänderung intendierte Angleichung an die Praxis der Europäischen Kommission; vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit, Bundestagsdrucksache 15/5049 vom 9. März 2005, S. 50.

¹³⁶ Vgl. die BKartA, Bonusregelung 2006; dazu eingehender Tz. 484 f.

¹³⁷ Vgl. dazu eingehender Tz. 486 f.

¹³⁸ Vgl. bereits Becker, G., *Crime and Punishment, An Economic Approach*, *Journal of Political Economy* 76(2), 1968, S. 169–217; Landes, W., *Optimal Sanctions for Antitrust*, *University of Chicago Law Review* 50(2), 1983, S. 652–678.

¹³⁹ Die Wahrscheinlichkeit einer Aufdeckung illegaler Kartelle ist aufgrund der unbekanntenen Anzahl unaufgedeckter Kartelle nicht absolut ermittelbar; auch wenn durch das Bonusprogramm und verbesserte Ressourcen der Kartellbehörden in forensischer Hinsicht eine Aufdeckung deutlich wahrscheinlicher als in der Vergangenheit geworden sein dürfte, lässt sich wohl von einem aktuellen jährlichen „Entdeckungsrisiko“ für Kartellanten von deutlich unter 20 Prozent ausgehen; vgl. etwa Combe, E./Monnier, C./Legal, R., *Cartels: the Probability of Getting Caught in the European Union*, BEER Working Paper No. 12, March 2008 (ca. 13 Prozent Aufdeckungswahrscheinlichkeit); Bryant P./Woodrow E., *Price Fixing: The Probability of Getting Caught*, *Review of Economics and Statistics* 73(3), 1991, S. 531–536 (13 bis 17 Prozent Aufdeckungswahrscheinlichkeit).

¹⁴⁰ Deren Höhe ist schwierig zu bestimmen, unter anderem, da alternative Preisentwicklungen ohne die Kartellvereinbarung abgeschätzt werden müssen; vgl. Boyer, M./Kotchoni, R., *The Econometrics of Cartel Overcharges*, CIRANO Scientific Series 2011s-35, August 2011.

¹⁴¹ Nach § 81 Absatz 6 GWB kann mit dem Bußgeld auch zusätzlich eine Abschöpfung des Mehrerlöses erfolgen, nach § 34 GWB darf dies auch gesondert erfolgen.

¹⁴² Vgl. Veljanovski, C., *Cartel Fines in Europe – Law, Practice and Deterrence*, *World Competition* 30(1), 2007, S. 65–86; Combe, E./Monnier, C., *Fines Against Hard Core Cartels in Europe: The Myth of Overenforcement*, *Antitrust Bulletin* 56(2), 2011, S. 321–275, die 64 Kartellentscheidungen der Europäischen Kommission zwischen 1975 und 2009 auswerten; ähnlich Allain, L.u. a., *The Determination of Optimal Fines in Cartel Cases – The Myth of Underdeterrence*, CIRANO Scientific Series 2011s-35, September 2011. Drastisch wird auch für die in ihrer Höhe vergleichbaren US-Bußgelder eine Verfünfachung diskutiert; vgl. Lande, R./Connor, J., *Cartels As Rational Business Strategy: New Data Demonstrates that Crime Pays*, AAI Working Paper 11-08, 2012.

¹⁴³ Anders etwa Feld, L. u. a. (Kronberger Kreis), a. a. O.

den Kartellbehörden bußgeldbedingte Insolvenzen.¹⁴⁴ Zum anderen dürfte selbst nach der Insolvenz eines Unternehmens – dessen grundsätzliche Wettbewerbsfähigkeit vorausgesetzt – in der Regel das Produktivvermögen als Wettbewerbsfaktor im Markt erhalten bleiben. Insoweit wirken sich nicht zuletzt die Änderungen des Insolvenzrechts zur Ermöglichung einer häufigeren Fortführung der betroffenen Unternehmen seit 1999 positiv aus.¹⁴⁵

Aus diesem Verständnis heraus sieht die Monopolkommission keinen begründeten Anlass, über eine Absenkung des Bußgeldniveaus nachzudenken. Im Übrigen soll hier darauf hingewiesen werden, dass eine weitere Erhöhung der Aufdeckungswahrscheinlichkeit und/oder eine Ausweitung des Sanktionenspektrums größere Abschreckungseffekte haben dürfte als Steigerungen der Bußgeldhöhe.¹⁴⁶

478. Insbesondere bei kleineren und bei Einproduktunternehmen können Bußgelder vor allem nach Kartellen mit längerer Lebensdauer potenziell existenzbedrohende Höhen erreichen. Das Bundeskartellamt vermeidet es jedoch, derartige Insolvenzen auszulösen. Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der betroffenen Unternehmen wird bereits bei der Bußgeldbemessung der Unternehmen, aber auch im Rahmen der Bußgeldvollstreckung berücksichtigt. So kann nach Ziffer 24 der Bußgeldleitlinien 2006 bei Zahlungsschwierigkeiten auch nachträglich ein Besserungsschein¹⁴⁷ erteilt oder das Bußgeld gestundet bzw. in Raten beglichen werden. Eine Reduzierung der Geldbuße kommt nur ausnahmsweise in Betracht, wenn auch langfristig die Zahlung der Geldbuße ohne Existenzgefährdung unmöglich ist. Im Berichtszeitraum wurde in zwei Fällen das Bußgeld aufgrund der umfangreich dargelegten und geprüften nachhaltig fehlenden wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Unternehmen signifikant gemindert, um der Gefahr einer Insolvenz dieser Unternehmen durch Überschuldung vorzubeugen. In zwei Fällen wurden Stundungen, in sieben weiteren Fällen Ratenzahlungen bereits in den Bußgeldentscheidungen gewährt.¹⁴⁸ In einem Fall wurden im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens auf begründeten Antrag des Unternehmens hin die Modalitäten der Ratenzahlung modifiziert.

Eine stärkere Berücksichtigung finanzieller Engpässe bei Teilnehmern an illegalen Kartellen erscheint der Monopolkommission nicht angezeigt. Die Europäische Kommission hat zwar in Einzelfällen auf ähnlicher textlicher Grundlage unter insolvenzähnlichen Bedingungen bei unmittelbar drohendem Marktaustritt Bußgeldreduktionen

von bis zu 95 Prozent bewilligt.¹⁴⁹ Die Möglichkeit derartiger Reduktionen kann jedoch schon im Vorhinein erhebliche negative Anreizwirkung haben und sollte nur unter der Bedingung eines tatsächlich drohenden Marktaustritts des produktiven Anlagekapitals des jeweiligen Unternehmens erwogen werden. Notwendig ist dafür eine eingehende Prüfung der genauen Umstände des Einzelfalls, die in der Praxis des Bundeskartellamtes nur in absoluten Ausnahmefällen eine Bußgeldreduktion als angezeigt erscheinen ließ.¹⁵⁰ Derartige Ausnahmen sollten keinesfalls Unternehmen bevorzugen, die ineffizient, schlecht geführt oder übermäßig fremdkapitalfinanziert sind. Eine äußerst restriktive Handhabung ist schon dem Gleichbehandlungsgrundsatz geschuldet. Dabei muss stets sichergestellt sein, dass die Zahlungsunfähigkeit nicht auf Umgehungsmaßnahmen des Unternehmens zurückgeht.

479. In einigen Rechtsordnungen, beispielsweise in den USA und in Großbritannien, werden Personen, die am Abschluss von Kartellvereinbarungen beteiligt waren, auch strafrechtlich verfolgt und insbesondere zu Freiheitsentziehung und zu Berufsverboten verurteilt. Derart drastische persönliche Sanktionen¹⁵¹ dürften zwar an sich erheblich höhere Abschreckungswirkungen mit sich bringen und insbesondere die Advocacy-Arbeit der Behörden in diesem Bereich wirksam untermauern.¹⁵² Sie könnten aber Einbußen der Wirksamkeit der Bonusregelung und damit eine niedrigere Kartellaufdeckungsrate zur Folge haben. Daneben setzt eine wirksame Kriminalisierung von Kartellverstößen angesichts der erhöhten strafrechtlichen Beweisanforderungen und des dadurch erheblich höheren Verfahrensaufwands entsprechende zusätzliche Ressourcen beim Bundeskartellamt bzw. den zuständigen Staatsanwaltschaften voraus.¹⁵³ Vor dem Hintergrund der bislang noch nicht ausreichend geklärten Nach- und Vor-

¹⁴⁹ Auf Grundlage von Ziffer 35 Satz 3 der Bußgeldleitlinien der Europäischen Kommission (Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, ABl. EU Nr. C 210 vom 1. September 2006, S. 2): „Eine Ermäßigung ist nur möglich, wenn eindeutig nachgewiesen wird, dass die Verhängung einer Geldbuße gemäß diesen Leitlinien die wirtschaftliche Überlebensfähigkeit des Unternehmens unwiderrufflich gefährden und ihre Aktiva jeglichen Wertes berauben würde.“ Vgl. hierzu Kienapfel, P./Wils, W., *Inability to Pay – First Cases and Practical Experiences*, Competition Policy Newsletter 2010-3, S. 3–7.

¹⁵⁰ Vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht 2009/2010, Bundestagsdrucksache 17/6640 vom 20. Juli 2011, S. 16 f. Diese Thematik war auch Gegenstand der Anhörung des Bundeskartellamtes durch die Monopolkommission im April 2012.

¹⁵¹ In der Praxis des Bundeskartellamtes werden zwar regelmäßig Bußgelder gegen die verantwortlich Handelnden verhängt, diese erreichen jedoch weder ihrer Höhe noch dem mit ihnen verbundenen Erwerbsurteil nach die Sanktionswirkung von Strafen.

¹⁵² Vgl. etwa OECD, Policy Roundtables, *Cartel Sanctions against Individuals*, 2003, insbesondere S. 20 ff.

¹⁵³ Zu den (internationalen) Erfahrungen in dieser Hinsicht vgl. statt vieler Beaton-Wells, C./Ezrachi, A. (Hrsg.), *Criminalising Cartels, Critical Studies of an International Regulatory Movement*, Oxford u. a. 2011, S. 25–200. Zu den australischen Erfahrungen der Kartellrechtskriminalisierung seit 2009 vgl. etwa Parker, C./Platania-Phung, C., *The Deterrent Impact of Cartel Criminalisation: Supplementary Report on a Survey of Australian Public Opinion Regarding Business People's Views on Anti-Cartel Laws and Enforcement*, Monash University Faculty of Law Legal Studies Research Paper No. 73, January 2012.

¹⁴⁴ Vgl. dazu sogleich die folgende Tz.

¹⁴⁵ Vgl. etwa das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) vom 7. Dezember 2011, BGBl. I S. 2582, überwiegend in Kraft seit 1. März 2012.

¹⁴⁶ Vgl. etwa Connor, J., *Effectiveness of Antitrust Sanctions on Modern International Cartels*, *Journal of Industry, Competition and Trade* 6(3/4), 2006, S. 195–223; ähnlich bereits früher Becker, G., *Crime and Punishment, An Economic Approach*, *Journal of Political Economy* 76(2), 1968, S. 169–217, Text zu Fn. 12 mit weiteren Nachweisen.

¹⁴⁷ Ein (Teil-)Verzicht auf das Bußgeld, auflösend bedingt durch eine Verbesserung der finanziellen Situation des Unternehmens. Derartige Vereinbarungen haben insbesondere bilanztechnische Vorteile und wirken sich positiv auf die Kreditwürdigkeit des Schuldners aus.

¹⁴⁸ Vgl. hierzu insbesondere die Entscheidung vom 28. Januar 2011, B12-11/09 „Ziegler“, sowie Tz. 497.

teile einer solchen Regelung sieht die Monopolkommission weiteren Diskussionsbedarf und empfiehlt vorerst, die Auswirkungen strafrechtlicher Verfolgung der Teilnahme an Submissionskartellen weiter aufzuklären.¹⁵⁴

2.6 Kartellschadensersatz

480. Neben der Ausgleichsfunktion im Interesse der Geschädigten dient der Ersatzanspruch für kartellbedingte Schäden auch einer Erhöhung der Abschreckungswirkung. Daneben hat die faktische Durchsetzbarkeit von Schadensersatzansprüchen den wohl nicht zu unterschätzenden Vorzug, Kartellbeteiligten anschaulich den durch ihren Regelverstoß verursachten Schaden vor Augen zu führen. Das könnte durch Förderung des Unrechtsbewusstseins bei Kartellverstößen auch eine gewisse präventive Wirkung haben.

481. Kartellschadensersatz folgt grundsätzlich allgemeinen Prinzipien und muss zwingend „jedermann“ offenstehen;¹⁵⁵ er steht vorrangig neben der Mehrerlösabschöpfung durch das Bundeskartellamt nach § 34 GWB. In der Vergangenheit insbesondere aufgrund von Nachweisschwierigkeiten von geringerer Bedeutung wurde der Kartellschadensersatz nicht zuletzt aufgrund der Initiative der Europäischen Kommission¹⁵⁶ immer bedeutender.¹⁵⁷ Zur Erleichterung der Geltendmachung von Kartellschadensersatz wurde auch § 33 durch die 7. GWB-Novelle neu gefasst; ein Urteil des Bundesgerichtshofs hat einige der verbleibenden Fragen nunmehr entschieden.¹⁵⁸

482. Klagen auf Kartellschadensersatz folgten bislang ausschließlich auf Entscheidungen der Kartellbehörden, ohne bislang unentdeckte Kartelle aufzudecken. Dies liegt zum einen darin begründet, dass die Feststellungen der Kartellbehörden bzw. Kartellgerichte grundsätzlich im Schadensersatzprozess bindend feststehen.¹⁵⁹ Zum anderen ist es für Privatparteien naturgemäß deutlich schwieriger, ein Kartell aufzudecken. Aus diesen Grün-

¹⁵⁴ Vgl. bereits Wagner-von Papp, F., What if all Bid Riggers Went to Prison and Nobody Noticed? Criminal Antitrust Law Enforcement in Germany, in: Beaton-Wells, C./Ezrachi, A. (Hrsg.), a. a. O., S. 157 ff.

¹⁵⁵ Vgl. EuGH, Urteil vom 20. September 2001, Rs. C-453/99 „Courage/Crehan“, Rn. 26; Urteil vom 13. Juli 2006, Rs. C-295/04 u. a. „Manfredi“, Rn. 60.

¹⁵⁶ EU-Kommission, Grünbuch Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, KOM (2005) 672, 9. Dezember 2005; Weißbuch Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, KOM(2008) 165, 2. April 2008; die von der Europäischen Kommission in Auftrag gegebene Studie von Oxera u. a., Quantifying Antitrust Damages – Towards Non-binding Guidance for Courts, Dezember 2009, sowie andauernde Bestrebungen, privaten Kartellschadensersatz zu fördern, so etwa mit dem Entwurf der Leitlinien zur Quantifizierung von Kartellschäden, dessen Konsultationsphase Ende September 2011 abgeschlossen wurde, <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html>.

¹⁵⁷ Genaue Statistiken werden bislang nicht geführt; in Fachkreisen wird für 2010 und 2011 von einer niedrigen zweistelligen Fallzahl ausgegangen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Dauer derartiger Verfahren erheblich sein kann.

¹⁵⁸ BGH, Urteil vom 28. Juni 2011, KZR 75/10 „Selbstdurchschreibepapier“. Darin werden insbesondere Fragen der Klagebefugnis indirekter Abnehmer sowie der Schadensweiterwälzung bzw. Vorteilsausgleichung in vertikalen Lieferketten geklärt.

¹⁵⁹ § 33 Absatz 4 GWB.

den haben derartige Prozesse als sog. „Follow-on-Klagen“ bislang nicht zu einer erhöhten Aufdeckungswahrscheinlichkeit für Kartelle geführt. Es erscheint jedoch nicht nur vor dem Hintergrund einer sich in diesem Bereich entwickelnden regelrechten „Klageindustrie“ möglich, dass in Zukunft auch von Privaten Impulse zur Aufdeckung von Kartellen ausgehen.

2.7 Sonderfall: Strafbare Submissionsabsprachen

483. Einen Sonderfall stellen Absprachen zwischen Wettbewerbern in öffentlichen Ausschreibungen dar: Werden die einzeln abzugebenden Angebote zwischen verschiedenen teilnehmenden Unternehmen illegal abgesprochen, kann eine derartige Koordination gleichzeitig als verbotenes Submissionskartell mit einem Bußgeld der Kartellbehörde gegen das betreffende Unternehmen und als Ausschreibungsbetrug strafrechtlich nach § 298 StGB¹⁶⁰ gegen die handelnden Personen verfolgt werden.¹⁶¹ Daneben kann ein Submissionsbetrug nach § 263 StGB auch in der Abgabe abgesprochener Angebote bei einer freihändigen Vergabe mit Angebotsanfragen durch öffentliche oder private Auftraggeber an zumindest zwei Unternehmer liegen; eine Verfolgung auf dieser Grundlage setzt jedoch zusätzlich zu den Voraussetzungen des § 298 StGB die Feststellung eines betrugsbedingten Schadens voraus.¹⁶² Insoweit bestehen hier parallele Zuständigkeiten von Kartellbehörden und Staatsanwaltschaften. Submissionskartelle haben in der Vergangenheit so unterschiedliche Branchen wie Hoch- und Tiefbau, Entsorgungsbetriebe, Auftausalz und Feuerwehrfahrzeuge betroffen. Sie sind regelmäßig besonders schädliche Absprachen, nicht zuletzt da hier die öffentliche Hand und damit die Gesamtheit der Steuerzahler die Geschädigten sind. Vor diesem Hintergrund begrüßt die Monopolkommission die Initiative des Bundeskartellamtes, durch einen Erfahrungsaustausch und eine Verbesserung der Kooperation mit den zuständigen Staatsanwaltschaften die Verfolgung in diesem Bereich zu stärken. Sie teilt die Auffassung, dass durch die Schaffung einheitlicher Ansprechpartner und die Bildung von spezialisierten Einheiten bei den beteiligten Behörden die behördenübergreifende Verfolgung von Submissionsabsprachen deutlich erleichtert werden könnte. Durch eine bessere Vernetzung sowie eine zentralisierte Verfügbarkeit von Wissen, Daten und Erfahrungen dürfte die Aufdeckungswahrscheinlichkeit für Submissionskartelle und damit die Abschreckungswirkung des Verbots erheblich vergrößert werden.¹⁶³

¹⁶⁰ Eingeführt durch Artikel 1 Nummer 3 des Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption (Korruptionsbekämpfungsgesetz) vom 13. August 1997, BGBl. I S. 2038.

¹⁶¹ Im Jahr 2010 wurden 58 Verstöße gegen § 298 StGB aufgeklärt; vgl. Bundeskriminalamt, Polizeiliche Kriminalstatistik 2010, Tabellenanhang, Tabelle 12, S. 16.

¹⁶² Vgl. BGH, Urteil vom 11. Juli 2001, 1 StR 576/00; danach enthält die Angebotsabgabe vor dem gesetzlichen Hintergrund der Regelung in § 1 GWB regelmäßig die schlüssige (konkludente) Erklärung, dass dieses Angebot ohne eine vorherige Preisabsprache zwischen den Bietern zustande gekommen ist.

¹⁶³ Vgl. bereits Porter, R./Zona, J., Detection of Bid Rigging in Procurement Auctions, *Journal of Political Economy* 101(3), 1993, S. 518–538; vgl. insoweit auch den OECD-Leitfaden zur Bekämpfung von Angebotsabsprachen im öffentlichen Beschaffungswesen von 2009.

2.8 Bonusregelung und einverständliche Verfahrensbeendigung

484. Entsprechend einer Kronzeugenregelung versucht die Bonusregelung des Bundeskartellamtes,¹⁶⁴ den Kartellbeteiligten eine „goldene Brücke“ zurück in die Legalität zu bauen. Durch ihre Kooperation bei der Aufdeckung eines Kartells können diese einen Erlass bzw. eine Reduktion der durch die Kartellteilnahme eigentlich verurteilten Geldbuße erlangen. Diese Möglichkeit fördert die Instabilität von Kartellen durch die Erhöhung der Unsicherheit zwischen den Beteiligten und hat jedenfalls zu einem starken Anstieg der aufgedeckten Hardcore-Kartelle geführt.¹⁶⁵

Nach der Selbstbindungswirkung dieser Bekanntmachung des Bundeskartellamtes kommt ein Erlass des Bußgelds demjenigen zu, der dem Amt als Erster Informationen liefert, die einen Durchsuchungsbeschluss ermöglichen. Wenn mit ausreichenden Beweismitteln die Voraussetzungen eines Durchsuchungsbeschlusses bereits vorliegen, kann andernfalls das Bundeskartellamt dem ersten Kartellbeteiligten, der Informationen liefert, die den Nachweis der Tat ermöglichen, die Geldbuße erlassen. Voraussetzung dafür ist jeweils, dass der „Kronzeuge“ nicht alleiniger Anführer des Kartells war oder andere zur Teilnahme an dem Kartell gezwungen hat, und vor allem eine ununterbrochene und uneingeschränkte Kooperation mit dem Bundeskartellamt im Rahmen des Kartellverfahrens. Wer die Voraussetzungen eines Erlasses nicht erfüllt, aber dem Bundeskartellamt mündliche oder schriftliche Informationen und – soweit verfügbar – Beweismittel vorlegt, die wesentlich dazu beitragen, die Tat nachzuweisen, kann mit einer Reduktion der Geldbuße von bis zu 50 Prozent rechnen. Diese Vorteile wirken nicht gegenüber den Schadensersatzansprüchen der Geschädigten, sollen aber in der Regel anteilig die Abschöpfung des Kartellvorteils durch die Behörde hindern. Zur Sicherung der wichtigen zeitlichen Priorität eines Bonusantrags gilt ein Markersystem, das die Nachlieferung von Informationen erlaubt.

485. Die Ausgestaltung dieser englisch „leniency“ genannten Regelungen durch das Bundeskartellamt entspricht seit der Neufassung 2006 dem Stand der Wissenschaft¹⁶⁶ und findet die Anerkennung nicht nur der Monopolkommission.¹⁶⁷ Dabei ist neben der Erhöhung der Aufdeckungswahrscheinlichkeit vor allem die uneingeschränkte Kooperationspflicht der Unternehmen für die

Arbeit des Bundeskartellamtes von Bedeutung. Durch den Anreiz eines Erlasses oder einer Reduktion des Bußgelds wird die Motivation für die Unternehmen wesentlich verstärkt, einen möglichst effizienten Abschluss des Verfahrens zu fördern. Daneben ist zu begrüßen, dass die Bonusregelung bei einem für die Unternehmen möglichst transparenten und voraussehbaren Rahmen ausreichenden Handlungsspielraum für das Bundeskartellamt lässt, in jedem Einzelfall angemessen handeln zu können. Dabei wird den Unternehmen gleichzeitig ausreichend Sicherheit geboten, um wirksame Anreize zu Bonusanträgen zu setzen.

486. Im Rahmen einer einvernehmlichen Verfahrensbeendigung („Settlement“) werden effiziente Verfahrensabschlüsse zusätzlich erleichtert. Ein Settlement ist eine Absprache, in der die Rechtsfolgen eines Bußgeldverfahrens von der Behörde mit den Kartellbeteiligten abgestimmt werden; heute stellt das Angebot des Bundeskartellamtes an die Beteiligten eines Kartells zum Abschluss eines solchen Settlements den Regelfall dar. Das Bundeskartellamt hat hierzu keine förmliche Mitteilung erlassen, doch in anderweitig veranlassten Dokumenten seine Eckpunkte für derartige Verfahren veröffentlicht.¹⁶⁸ Das Settlement bedingt aufseiten des Betroffenen regelmäßig, dass in einer sog. Settlement-Erklärung der in einer Zusammenfassung der Ermittlungsergebnisse zur Last gelegte Sachverhalt anerkannt wird. Die Kartellbehörde stellt regelmäßig die Obergrenze der Geldbuße in Aussicht und mindert das Bußgeld um 10 Prozent und mehr.¹⁶⁹ Ein – nach deutschem Recht nicht zulässiger – Rechtsmittelverzicht ist nicht vorgesehen; bislang jedoch sind alle verhandelten Bußgeldverfügungen ohne Beschwerdeverfahren rechtskräftig geworden. Es kann auch zu sog. „hybriden“ Settlements kommen, wenn nur ein Teil der Beteiligten an einem Kartell einer einvernehmlichen Verfahrensbeendigung zustimmt, während die Übrigen das mit einem Bußgeldbescheid in voller Länge abgeschlossene Verfahren durchlaufen.

Für die Behörde bedeuten derartige Verfahrensabschlüsse eine erhebliche Ressourcenentlastung durch das zusätzliche Beweismittel des Geständnisses, die übliche Abkürzung des Bußgeldbescheids¹⁷⁰ und nicht zuletzt die erheblich geringere Wahrscheinlichkeit eines aufwendigen

¹⁶⁴ BKartA, Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen – Bonusregelung vom 7. März 2006; diese hat die erste Bonusregelung von 2000 ersetzt.

¹⁶⁵ Vgl. Tz. 457 f. Dabei ist die zunehmende Beteiligung einer Mehrzahl von Kartellunternehmen und insbesondere persönlich Verantwortlicher zu verzeichnen: 2009: 24 Bonusanträge in 20 Fällen, 23 Unternehmen, 1 persönlich Betroffene; 2010: 56 Bonusanträge in 25 Fällen, 51 Unternehmen, 5 persönlich Betroffene; 2011: 41 Bonusanträge in 29 Fällen, 36 Unternehmen, 5 persönlich Betroffene.

¹⁶⁶ Vgl. etwa Spagnolo, G., *Divide et Impera: Optimal Leniency Programs*, CEPR Discussion Paper Series No. 4840, 2004; Harrington, J., *Optimal Corporate Leniency Programs*, *Journal of Industrial Economics* 56(2), 2008, S. 215–246. Die Wirkung von Bonusprogrammen findet immer innerhalb einer weiteren Rechtsordnung statt, die daher bei internationalen Vergleichen berücksichtigt werden muss.

¹⁶⁷ Zu einem Vergleich europäischer Bonusprogramme vgl. ECN Model Leniency Programme, Report on Assessment of the State of Convergence 2009; aus rechtsvergleichender Perspektive vgl. etwa Wils, W., *Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice*, in: Schmidchen, D./Albert, M./Voigt, S. (Hrsg.), *The More Economic Approach to European Competition Law*, Tübingen 2007, S. 203–248.

¹⁶⁸ Vgl. BKartA, Bußgeldverfahren gegen Kaffeeröster wegen Preisabsprachen, B11-18/08, Fallbericht vom 14. Januar 2010, zuvor kurz im Tätigkeitsbericht 2007/2008, Bundestagsdrucksache 16/13500 vom 22. Juni 2009, S. 35, sowie ausführlich im Beitrag des Bundeskartellamtes zur OECD Roundtable vom 17. Oktober 2006, *Plea Bargaining/Settlement of Cartel Cases*, abrufbar auf der Webseite des Bundeskartellamtes, <http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/International/OECD.php>

¹⁶⁹ Bei horizontalen Kartellen bis zu 10 Prozent, bei vertikalen Verstößen auch mehr; gegebenenfalls soll auch die Einstellung des Verfahrens gegen bestimmte Betroffene in Betracht kommen.

¹⁷⁰ Mit den Mindestangaben nach § 66 OWiG.

gerichtlichen Überprüfungsverfahren. Der Anreiz für die Unternehmen besteht vor allem in einer kürzeren Verfahrensdauer, geringeren Beratungskosten und einem geringeren Bußgeld.

487. Die Monopolkommission begrüßt grundsätzlich die Nutzung solcher Verfahrenserleichterungen mit Einverständnis der Betroffenen. Dabei wird das Rechtsstaatsprinzip gewahrt, da die Vorwürfe bis zur Belegbarkeit der Tatvorwürfe ausermittelt werden und Verfahrensrechte der Betroffenen, insbesondere rechtliches Gehör und Rechtsmittel, erhalten bleiben. Allerdings erscheint der Monopolkommission im Interesse stärkerer Rechtsklarheit insbesondere für weniger kartellrechtlich versierte Unternehmen und Berater eine eigenständige Veröffentlichung der gefestigten, bislang jedoch nur vor allem in Fall- und Tätigkeitsberichten des Amtes dokumentierten Praxis dazu wünschenswert. Dabei sollte jedoch die für dieses Verfahren besonders wertvolle Flexibilität der Handhabung nicht durch übermäßige Festlegungen eingeschränkt werden.

488. Noch nicht völlig geklärt sind schließlich die Ermessensspielräume des Bundeskartellamtes im Rahmen der Kooperationspflichten der Unternehmen.¹⁷¹ So wehren sich Unternehmen insbesondere dann gegen Verhaltensforderungen bzw. Zusagenvorschläge des Bundeskartellamtes, wenn streitige Rechtspflichten betroffen sind.¹⁷² Einerseits erscheint eine derart vereinfachte Lösung von Wettbewerbsproblemen in solchen Fällen besonders wertvoll; andererseits wird teilweise befürchtet, das Bundeskartellamt könnte seinen Ermessensspielraum überschreiten. Entscheidend gegen derartige Befürchtungen spricht zum einen, dass die gerichtliche Anfechtbarkeit von Entscheidungen auf Grundlage derartiger Verfahren nicht eingeschränkt ist. Andererseits soll kartellamtliches Handeln in erster Linie den Wettbewerb schützen;¹⁷³ die Sanktionierung von Gesetzesverstößen ist dabei lediglich zwar wesentliches, doch nachrangiges Mittel.¹⁷⁴ Nicht zuletzt die Motivations- und Kontrollstrukturen innerhalb des Bundeskartellamtes erscheinen der Monopolkommission im Verbund mit der in derartigen Verfahren gegenüber den Beteiligten geübten Transparenz und den gerichtlichen Überprüfungsmöglichkeiten der jeweils im Raum stehenden Sanktionen geeignet, unverhältnismäßige Druckausübung auszuschließen.

¹⁷¹ Vgl. hierzu auch die Ausführungen zu § 32 und 32b GWB Tz. 428 ff.

¹⁷² Vgl. etwa im Fall der Einzelhandelskartelle Tz. 443, im Fall des Flüssiggaskartells BKartA, Tätigkeitsbericht 2009/2010, a. a. O., S. 120 f.

¹⁷³ Hiermit soll keine Festlegung in der Debatte um die Schutzzwecke des Wettbewerbsrechts getroffen werden; vgl. im Überblick etwa Bork, R., The Goals of Antitrust Policy, American Economic Review 57(2), Papers and Proceedings 1967, S. 242–253, gegenüber Stucke, M., Reconsidering Antitrust's Goals, Boston College Law Review 53(2), 2012, S. 551–630.

¹⁷⁴ Aus diesem Grund ist insbesondere auch der Rechtsgedanke des nur für gerichtliche Verfahren geltenden § 257c Absatz 2 Satz 1 StPO unanwendbar (eingefügt durch das Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren, BGBl. I S. 2353), der die verhandelbaren Sanktionen auf solche beschränkt, die auch mit einer streitigen Entscheidung in dem Verfahren getroffen werden könnten.

489. Insgesamt erhöhen Bonusregelung und Settlements vor allem durch Ressourcenschonung die Wirkkraft der kartellamtlichen Kartellrechtsdurchsetzung, indem die Kartellrechtsverletzer eingebunden werden. Derartige kooperative Rechtsdurchsetzung war lange Zeit stark umstritten; eine Analyse der Praxis der vergangenen Jahre deutet jedoch darauf hin, dass Bedenken nicht gerechtfertigt waren.

2.9 Kartellbewertung in Zivilprozessen

490. Auch außerhalb von Verfahren des Bundeskartellamtes spielt das Kartellrecht in Rechtsstreitigkeiten eine erhebliche Rolle.¹⁷⁵ So wird die Nichtigkeit kartellrechtswidriger Vereinbarungen mitunter als Einwand gegen Forderungen aus derartigen Verträgen gebraucht. Die steigende Tendenz zu Kartellschadensersatzprozessen – in aller Regel nur aufbauend auf kartellbehördlichen Entscheidungen – wurde bereits oben beleuchtet.¹⁷⁶ Daneben können das Bundeskartellamt, die Landeskartellbehörden und die Europäische Kommission in Zivilprozessen Dritter als „amicus curiae“ Stellungnahmen zur Wahrnehmung öffentlicher Interessen abgeben, soweit Kartellrecht zur Anwendung kommen soll (§ 90 Absatz 2 und 3, § 90a Absatz 2 GWB). Grundlage dieses Stellungnahmerechts ist die Pflicht der Gerichte, die Kartellbehörden über entsprechende Prozesse zu informieren.

2.10 Ausgewählte Kartellverfahren des Bundeskartellamtes

2.10.1 Ein fast normales Kartell: Feuerwehrlöschfahrzeuge

491. Auf eine anonyme Anzeige hin hat das Bundeskartellamt 2009/2010 ein Kartell im Markt für Feuerwehrlöschfahrzeuge aufdecken können, das über mindestens acht Jahre für etwa 90 Prozent dieses Marktes Preise und Absatzquoten abgesprochen hatte.¹⁷⁷ Beteiligt waren die Albert Ziegler GmbH & Co. KG, Giengen, die Schlingmann GmbH & Co. KG, Dissen, die Rosenbauer Gruppe, Luckenwalde und Leonding/Österreich, die Iveco Magirus Brandschutztechnik GmbH, Ulm, sowie ein Schweizer Wirtschaftsprüfer, der die Kartellabsprachen koordinierte. Auf vier Durchsuchungen der betroffenen Unternehmen hin, davon zwei in Österreich mit Unterstützung der dortigen Wettbewerbsbehörde, gingen beim Bundeskartellamt nacheinander Bonusanträge aller Kartellanten ein. Dadurch konnte ein weiteres Kartell im Markt für Feuerwehrleiterdrehfahrzeuge aufgedeckt werden.¹⁷⁸

¹⁷⁵ Vgl. zur privaten Kartellrechtsdurchsetzung Peyer, S., Myths and Untold Stories – Private Antitrust Enforcement in Germany, CCP Working Paper 10-12, July 2010, S. 39 ff., 60, der allerdings datenbedingt nur einen Teil der relevanten Fälle erfassen kann.

¹⁷⁶ Vgl. Tz. 480 ff.

¹⁷⁷ BKartA, Beschlüsse vom 28. Januar, 10. Februar 2011 sowie vom 7. März 2012, B12-11/09.

¹⁷⁸ BKartA, Beschluss vom 27. Juli 2011, B12-12/10. Gegen Iveco wurde eine Geldbuße von 17,5 Mio. Euro verhängt; weiter war an dem Zweierkartell eine Tochter von Rosenbauer beteiligt, die jedoch aufgrund ihres Bonusantrags vollständigen Bußgelderlass erlangte.

492. Hintergrund des Kartells war eine Mitte der 1990er Jahre rückgängige Absatzsituation und entsprechend schwierige wirtschaftliche Situationen der vier in diesem Markt vor allem tätigen Unternehmen. Um den Markt „zu beruhigen“ und zum Abbau des Misstrauens zwischen den Wettbewerbern sollten „vertrauensbildende Maßnahmen“ ergriffen werden. Dazu wurde ein Kartell auf zwei Ebenen gegründet: Die Ebene der Geschäftsleitung, also Vorstandsvorsitzende und Geschäftsführer, traf sich regelmäßig am Flughafen von Zürich, zwischen 2001 und 2009 mindestens neunzehn Mal. Die Sitzungen wurden ohne schriftliche Einladung, Tagesordnung und Teilnehmerliste durchgeführt. Der Termin für das nächste Treffen wurde in der Regel am Ende einer jeden Sitzung festgelegt. Der Treffpunkt in Zürich wurde gewählt, um die Absprachen zu verschleiern und dem Zugriff von deutschen und anderen europäischen Kartellbehörden zu entziehen.

Auf den Treffen erörterten die Unternehmensleiter eine Liste mit einer umfangreichen Marktstatistik über die Auftragseingänge ihrer Unternehmen, die durch einen eigens dafür beauftragten Schweizer Wirtschaftsprüfer erstellt wurde, an den sie ihre Auftragseingänge regelmäßig per E-Mail oder CD-ROM schickten. Neben den tatsächlichen Zahlen wurden in den Listen die sog. „Soll-Quoten“ ausgewiesen, die die Unternehmen im Jahr 2000 erstmals festgelegt hatten und während des Kartellzeitraums einmal anpassten. Soweit die tatsächlichen Zahlen von den Sollquoten abwichen, ergriffen die Unternehmen interne Maßnahmen, um ihre Marktanteile auf die eigene Sollquote zurückzuführen. Zudem wurden in diesem Rahmen auch Erhöhungen der Angebotspreise abgestimmt.

Daneben wurden auf regelmäßigen Zusammenkünften der Vertriebsleiterebene die einzelnen aktuellen kommunalen Ausschreibungen und deren Aufteilung unter den Kartellanten besprochen. Durch eine entsprechende Rabattpolitik bei der Angebotserstellung stellten die Unternehmen sicher, dass das Unternehmen, dem das Projekt zugeordnet war, den Zuschlag tatsächlich erhielt.

493. In Settlement-Verfahren wurden gegen drei der Kartellanten und den beteiligten Wirtschaftsprüfer Geldbußen in Höhe von insgesamt 20,5 Mio. Euro verhängt. Iveco lehnte eine einvernehmliche Beendigung im Bußgeldverfahren ab und wurde ein Jahr später mit 30 Mio. Euro bebußt. Die Bußgeldberechnung ging angesichts der Schwere und Dauer des Kartells von einem Grundbetrag von 25 Prozent des tatbezogenen Umsatzes aus und honorierte die Bonusanträge mit 20 bis 45 Prozent dieser Zwischensumme. Für die Einwilligung zur einvernehmlichen Beendigung im Settlement-Verfahren wurde eine weitere Reduktion um 10 Prozent gewährt. Bei den Unternehmen Ziegler und Schlingmann wurde die Kappungsgrenze von 10 Prozent des Jahresumsatzes 2010 erreicht, während das Bußgeld von Iveco angesichts seiner Stellung im Konzernverbund mit FIAT S.p.A. um einen Abschreckungszuschlag erhöht wurde. Das Verfahren gegen die betroffenen Vertriebsleiter, Geschäftsführer und Vorstandsvorsitzenden wurde zum Zwecke einer strafrechtli-

chen Prüfung, insbesondere in Bezug auf §§ 263, 298 StGB (Submissionsbetrug bzw. wettbewerbsbeschränkende Absprache bei Ausschreibungen) an die zuständigen Staatsanwaltschaften abgegeben.

494. Der illegale Charakter der Absprachen war den Beteiligten bewusst. Dennoch wurde (erfolglos) zur Verteidigung vorgetragen, die die Fahrzeuge abnehmenden Gemeinden hätten von dem Kartell profitiert. Denn aufgrund seltenerer Teilnahmen der Unternehmen an den Ausschreibungen seien Kosten gespart worden, die sich in niedrigeren Preisen niedergeschlagen hätten. Problematischer war die Tatsache, dass der Feuerwehr-Fuhrpark der einzelnen Gemeinden teilweise gewisse Pfadabhängigkeiten aufwies („Stallstruktur“) und – nicht nur aus diesem Grund – die Ausschreibungen teilweise so spezifiziert waren, dass nur ein bestimmter Hersteller den Zuschlag erhalten konnte. Die möglicherweise mangelnde Kausalität der Kartellabsprachen in diesen Fällen war jedoch nicht entscheidungserheblich, da Grundlage der Bußgelder nicht einzelne Ausschreibungen, sondern die marktumfassenden Absprachen als solche sind.

495. Praktisch bedeutsam sind die Ansprüche der vielen Gemeinden, die bei Anschaffung von entsprechenden Fahrzeugen im Kartellzeitraum einen kartellbedingt überhöhten Preis zahlten und deshalb Schadensersatzansprüche geltend machen (können). Das hat zu einer Flut von Anträgen auf Akteneinsicht geführt. Dieser wird auch durch Zulassung von Akteneinsicht für die kommunalen Spitzenverbände wie den Deutschen Städte- und Gemeindebund begegnet, die diese für eine Vielzahl ihrer Mitglieder ausüben und koordinieren. Im Mai 2012 erging bereits ein erstes Urteil zu Schadensersatzansprüchen des Abnehmers eines Kartellmitglieds an diesem Kartell, in dem allerdings eine in den allgemeinen Geschäftsbedingungen des Abnehmers (wirksam) pauschalierte Schadensquote von 15 Prozent zugrunde gelegt werden konnte.¹⁷⁹

496. Dieses Kartell stellt den Fall eines Hardcore-Kartells dar, bei dem sowohl Preise als auch Quoten abgesprochen wurden. Bonusanträge, die mittlerweile in der Mehrzahl aller Kartellverfahren beim Amt eingehen, wurden allerdings erst nach den ersten Durchsuchungen von allen Kartellbeteiligten gestellt und konnten nur Bußgeldreduktionen begründen. Dass wie hier dadurch weitere Kartelle aufgedeckt werden, ist nicht ungewöhnlich und macht die Funktionsweise der durch das Bonusprogramm gesetzten Anreize deutlich, kartellrechtlich „reinen Tisch zu machen“. Anschaulich wird auch die unterschiedliche unternehmensspezifische Betroffenheit von Bußgeldern: Während bei zwei Kartellbeteiligten, die auf den betroffenen Markt fokussiert sind, die 10-Prozent-Kappungsgrenze erreicht wurde, setzte das Bundeskartellamt bei der mit FIAT konzernverbundenen und breiter aufgestellten Iveco zur Erzielung einer angemessenen Sanktionswirkung einen Abschreckungszuschlag fest.

¹⁷⁹ LG Mannheim, Urteil vom 4. Mai 2012, 7 O 463/11 Kart.

497. Über die kartellbeteiligte Albert Ziegler GmbH & Co. KG wurde am 1. November 2011 das Insolvenzverfahren eröffnet. Zuvor war bereits im Rahmen der Settlement-Gespräche substanziiert zur schlechten wirtschaftlichen Lage des Unternehmens vorgetragen worden; die drohende Zahlungsunfähigkeit wurde daraufhin vom Bundeskartellamt durch die Gewährung von Ratenzahlungen berücksichtigt. Die Insolvenz des Unternehmens trat noch vor der Zahlung der ersten Bußgeldrate ein; nach Aussage des Insolvenzverwalters war die Kartellbuße dafür lediglich an untergeordneter Stelle mitentscheidend.¹⁸⁰ Beim Bundeskartellamt wurde jedoch nicht vorgetragen, dass die fristgerechte Zahlung der einzelnen Bußgeldraten nach den wirtschaftlichen Verhältnissen nicht zumutbar sei, sodass sich (bis Redaktionsschluss dieses Gutachtens) für die Behörde kein Anlass ergeben hat, über weitere Zahlungserleichterungen zu entscheiden. Das Unternehmen wird auch weitergeführt, sodass Ziegler als Wettbewerber erhalten bleibt. Die spezialpräventive Wirkung von Kartellbußen wird in diesem Fall gut veranschaulicht durch die internen Reorganisationsmaßnahmen, die bei Ziegler zur Vermeidung zukünftiger Kartellverstöße durchgeführt wurden.¹⁸¹

498. Im Verlauf der Ermittlungen hat sich gezeigt, dass vielfach Ausschreibungen de facto auf einen einzelnen Anbieter zugeschnitten waren und der Wettbewerb in diesem Markt auch dadurch eingeschränkt wurde. Die Monopolkommission verkennt nicht die aus einheitlichen Fuhrparkstrukturen folgenden Effizienzen insbesondere bei Wartung und Ausbildung. Allerdings empfiehlt sie den beschaffenden Gemeinden, bei zukünftigen Ausschreibungen die Bedingungen – soweit nicht Effizienzgründe die Alternativen unerlässlich einengen – ausreichend offen zu spezifizieren, um wettbewerbliche Angebote zu ermöglichen.

2.10.2 Preisbindung der zweiten Hand

499. Die direkte oder indirekte Festlegung von Mindestpreisen durch den Hersteller bzw. Lieferanten gegenüber dem Händler bzw. dem Abnehmer verhindert den Preiswettbewerb zwischen den Wiederverkäufern und kann eine Wettbewerbsbeschränkung nach § 1 GWB darstellen. Für die kartelltatbestandlich notwendige Willensübereinstimmung genügt dabei bereits die implizite Zustimmung der preisgebundenen Partei;¹⁸² die einseitige Durchsetzung von Wiederverkaufspreisvorstellungen des Lieferanten ist im Regelfall nach § 21 Absatz 2 i. V. m. § 1 GWB verboten.

500. Preisbindungen der zweiten Hand haben eine Reihe allokativer, produktiver und dynamischer Effekte, die sich teils negativ, teils positiv auf den Wettbewerb und

die Wohlfahrt auswirken können.¹⁸³ Der deutlichste negative Effekt ist die Unterbindung von Preiswettbewerb zwischen den Produkten des preisbindenden Herstellers (sog. Intra-brand-Wettbewerb), was ineffizient hohe Preise verursachen und Innovationen im Vertrieb verhindern kann. Daneben sind – insbesondere bei starker Verbreitung derartiger und verwandter Praktiken innerhalb einer Branche und/oder wenn das Verlangen nach Preisbindung von der Vertriebsseite ausgeht – koordinative Effekte auf horizontaler Ebene möglich, die die Wettbewerbsdynamik in dem gesamten Markt beeinträchtigen können. Auf der anderen Seite können durch Preisbindung Anreizverzerrungen in der vertikalen Wertschöpfungskette korrigiert werden; auch kann so der Wettbewerb vom Preis auf andere Wettbewerbsparameter verlagert werden und der Wettbewerb zwischen dem preisgebundenen Produkt und anderen Produkten verstärkt werden (Inter-brand-Wettbewerb). Dabei lassen sich jedenfalls bislang diese Effekte empirisch nur schwer quantifizieren oder gar gegeneinander abwägen, sodass allgemeine Aussagen auf ökonomischer Grundlage kaum möglich sind.¹⁸⁴

501. Die in jüngerer Zeit verstärkt geführte Diskussion um die Grenzen zulässiger Maßnahmen zur Preisbindung ist maßgeblich mitgetrieben durch die Aufhebung des absoluten Verbots einer Preisbindung durch den US Supreme Court im Jahr 2007¹⁸⁵ sowie durch die Abschaffung der insoweit restriktiveren Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen im Rahmen der Angleichung des deutschen an das europäische Kartellrecht im Jahr 2005.¹⁸⁶ Entscheidend liegt dieser Entwicklung letztlich die immer stärkere Berücksichtigung der konkreten Auswirkungen einzelner Verhaltensweisen zugrunde; preisbindende Unternehmen führen zunehmend an, die Preisbindung rechtfertige sich aus den damit verbundenen hohen Effizienzen, ohne dass derartiges Vorbringen bislang entscheidungsrelevant gewesen wäre. Im Lebensmitteleinzelhandel und in der Konsumgüterindustrie dauern die Ermittlungen noch an; die vorläufigen Einschätzungen im Rahmen eines Schreibens des Vorsitzenden der

¹⁸⁰ Vgl. Klöpffer, M., Ziegler: 150 Mitarbeiter werden entlassen, Feuerwehr-Magazin, 14. November 2011.

¹⁸¹ Vgl. die auf der Webseite des Unternehmens unter der Rubrik „ZIEGLER-Compliance und Unternehmenskultur“ verfügbaren Dokumente, <http://www.ziegler.de/index.php?id=161>; anschaulich besonders die Aussage: „Compliance wird bei ZIEGLER gelebt.“

¹⁸² Dabei soll nach ganz überwiegender Ansicht eine abgestimmte Verhaltensweise im Sinne des § 1 GWB noch nicht in der schlichten Befolgung von Preisempfehlungen liegen.

¹⁸³ Vgl. etwa bereits Marvel, H./McCafferty, The Welfare Effects of Resale Price Maintenance, *Journal of Law and Economics* 28(2), 1985, S. 363–379; Gilligan, T., The Competitive Effects of Resale Price Maintenance, *Rand Journal of Economics* 17(4), 1986, S. 544–556; zur Übersicht aus neuerer Zeit etwa Schwalbe, U., Preisgestaltung in vertikalen Strukturen – Preisbindung und Preisempfehlung aus ökonomischer Sicht, *Wirtschaft und Wettbewerb* 61(12), 2011, S. 1197–1216.

¹⁸⁴ Vgl. etwa die Übersicht über empirische Studien bei Schwalbe, U., a. a. O., S. 2010 ff., der zudem zutreffend auf das Anwachsen hierzu verfügbarer Daten hinweist.

¹⁸⁵ Urteil des US Supreme Court vom 28. Juni 2007, *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007). Diesem für die Bundesebene geltenden Urteil steht mittlerweile eine erhebliche Anzahl von Regelungen einzelner Bundesstaaten gegenüber (sog. „Leegin-Repealer-Legislation“); vgl. zum Stand von Ende 2010 Lindsay, A., An Update on State RPM Laws Since Leegin, *The Antitrust Source*, December 2010, S. 1 ff.

¹⁸⁶ Vgl. § 22 Absatz 1, Absatz 2 Ziffer 2 und § 23 Absatz 1 Ziffer 1 GWB 1998. Danach waren Preisempfehlungen generell verboten und für kleine und mittlere Unternehmen sowie beim Verkauf von Markenwaren nur dann zulässig, wenn sie ausdrücklich als unverbindlich bezeichnet wurden und zu ihrer Durchsetzung keinerlei Druck ausgeübt wurde.

11. Beschlussabteilung fanden auf Unternehmensseite wenig Zustimmung.¹⁸⁷

502. Generell zulässig sind derartige Vereinbarungen nur im Bereich des § 30 GWB als Preisbindung bei Zeitungen und Zeitschriften sowie nach §§ 3, 5 Buchpreisbindungsgesetz für Bücher und verwandte Verlagszeugnisse.¹⁸⁸ Zulässig sind – bis zu einem Marktanteil von 30 Prozent – generell auch Preisempfehlungen und Höchstpreisfestsetzungen, die den wiederverkaufenden Abnehmern tatsächlich nur unverbindliche Empfehlungen geben, ohne sich „infolge der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen durch eines der beteiligten Unternehmen tatsächlich wie Fest- oder Mindestverkaufspreise aus[zu]wirken“.¹⁸⁹ Dabei ist die Abgrenzung zwischen (unter Umständen auch wiederholter) bloßer Erläuterung von Preisempfehlungen einerseits und unzulässiger Preisbindung (Einschränkung des Preissetzungsspielraums) des Abnehmers durch Druckausübung andererseits nicht immer einfach.¹⁹⁰ Ein bisweilen unterstellter Gegensatz zwischen der diesbezüglichen Auffassung des Bundeskartellamtes und europäischem Recht erscheint jedoch wenig plausibel, da jeweils entscheidend auf die faktische Bindungswirkung bzw. die Beschränkung der Preissetzungsfreiheit abgestellt wird.¹⁹¹ Gegenstand der Entscheidungspraxis waren im Berichtszeitraum vor allem Fälle, in denen bei bestehenden Preisempfehlungen Durchsetzungsmaßnahmen Druck ausübten und dadurch die Schwelle einer Empfehlung überschritten haben.

503. Der Softwarehersteller Microsoft hatte im Zusammenhang mit der Einführung eines neuen Produkts mehrfach die Wiederverkaufspreise eines wichtigen Einzelhändlers mit diesem abgesprochen und so eine seinen Vorstellungen entsprechende Preissetzung auf dem Endverbrauchermarkt erreicht, was mit einem Bußgeld in Höhe von 9 Mio. Euro geahndet wurde.¹⁹²

504. In der Bekleidungs- und Schuhbranche war dem Bundeskartellamt eine Vielzahl von Preisvorgaben seitens der Hersteller gemeldet worden, oftmals mit der Drohung verbunden, bei Nichteinhaltung der Preisvorgaben die Belieferung des betreffenden Händlers einzustellen. Dabei waren teilweise zwar nur umsatzschwache Produktgruppen betroffen, angesichts der Breitenwirkung der entsprechenden Verstöße und ihrer Signalwirkung beim Verbraucher hat jedoch das Bundeskartellamt eine Vielzahl von Fällen aufgegriffen und ganz überwiegend ohne formelle Schritte die Abstimmung entsprechender Verhal-

tensweisen erreicht. In einem Fall hatte der Geschäftsführer des Sportschuhimporteurs All Star in einem Interview mitgeteilt, seine Firma beabsichtige, gegen Händler bei Nichteinhaltung der unverbindlichen Preisempfehlung vorzugehen. Das Bundeskartellamt forderte das Unternehmen auf, seinen Händlern mitzuteilen, dass diese in der Preissetzung frei sind und unverbindliche Preisempfehlungen des Herstellers nicht einzuhalten haben. Da das Unternehmen dieser Aufklärungsverpflichtung nachweislich nachgekommen war, sah das Bundeskartellamt von der Einleitung eines Bußgeldverfahrens ab.¹⁹³ Weitere Verfahren in diesem Bereich dauern noch an.

505. Der Kontaktlinsenhersteller CIBA Vision unterhielt ein Überwachungs- und Interventionssystem zur Preispflege. Dabei waren mehrere Mitarbeiter mit der Beobachtung und Kontrolle von Verkaufspreisen der Händler im Internet befasst. Bei Unterschreiten der unverbindlichen Preisempfehlung durch einzelne Händler über ein gewisses Maß hinaus nahmen Mitarbeiter der CIBA Vision mit diesen Internethändlern Kontakt auf und versuchten – in vielen Fällen erfolgreich – diese zu einer Anhebung ihrer Abgabepreise zu bewegen. In diesem Fall wurde ein Bußgeld in Höhe von 11,5 Mio. Euro verhängt.¹⁹⁴

506. Der Markt für Brillengläser war gekennzeichnet durch unverbindliche Preisempfehlungen der Brillenglashersteller für Augenoptiker bei der Abgabe an Endverbraucher. Diese umfassten entsprechend über den Branchenverband koordinierter Kalkulationsschemata die Handwerksleistung des Augenoptikers mit. Vor allem aufgrund der vollständigen Durchdringung des Marktes mit Preisempfehlungen im Segment der selbstständigen Augenoptiker und deren Inklusivpreis-Charakter wirkten diese faktisch wie Preisbindungen; Preiswettbewerb zwischen Optikern für Brillengläser gleicher Marke war im betroffenen Marktsegment praktisch nicht zu beobachten. Im Zusammenhang mit Preisabsprachen auf Ebene der Hersteller und im Rahmen des Verbandes, die mit Bußgeldbescheiden abgestellt wurden,¹⁹⁵ griff das Bundeskartellamt diese Praktiken auf und konnte ohne formelle Verfügung den Verzicht der Hersteller auf Preisempfehlungen erreichen. Zusammen mit einem kleineren Brillenglashersteller wurden in diesem Zusammenhang Grundsätze zur Behandlung von Preisempfehlungen in der Augenoptik erarbeitet. Diese beschreiben einen Rahmen, innerhalb dessen das Bundeskartellamt die Herausgabe von Preisempfehlungen in der Augenoptik für zulässig erachtete. Die Grundsätze sind kurz gehalten und streichen vor allem die Bedingungen heraus, unter denen die Preisempfehlung eine zulässige Empfehlung bleibt. Sie waren unmittelbar nur an einen bestimmten Hersteller gerichtet und wurden lediglich von einem Branchenverband bekannt gemacht.¹⁹⁶ Vor diesem Hintergrund haben die meisten Brillenglashersteller in der Folgezeit wieder

¹⁸⁷ Vgl. zu deren Hintergrund Tz. 443.

¹⁸⁸ Gesetz über die Preisbindung für Bücher (Buchpreisbindungsgesetz) vom 2. September 2002 (BGBl. I S. 3448), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 14. Juli 2006 (BGBl. I S. 1530).

¹⁸⁹ So die Formulierung des nach § 2 Absatz 2 GWB unmittelbar anwendbaren Artikel 4 lit. a Halbsatz 3 Vertikal-GVO.

¹⁹⁰ Vgl. zur deutschen Rechtsentwicklung etwa Möschel, W., Zwecke der Preisempfehlung – Motive des Gesetzgebers, in: Ahlert, D. u. a. (Hrsg.), Vertikale Preis- und Markenpflege im Kreuzfeuer des Kartellrechts, Wiesbaden 2012, S. 193-198.

¹⁹¹ Vgl. die Auslegungshilfen der EU-Vertikal-Leitlinien 2010, Rn. 48.

¹⁹² Vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht 2009/2010, a. a. O., S. 110.

¹⁹³ Vgl. ebenda, S. 81.

¹⁹⁴ Vgl. ebenda, S. 105.

¹⁹⁵ Vgl. ebenda, S. 104 f.

¹⁹⁶ BKartA, Grundsätze für Preisempfehlungen vom 25. Mai 2010, B3-46/09 [nicht veröffentlicht].

Preisempfehlungen herausgegeben, die zwar nicht mehr explizit abgestimmte Kalkulationsgrundlagen enthalten, faktisch allerdings möglicherweise ein ähnlich homogenes Preisniveau wie vordem verursachen. Das Bundeskartellamt hat deutlich gemacht, dass die Praktiken der Branche weiter beobachtet werden;¹⁹⁷ bislang jedoch erschien angesichts der begrenzten Ressourcen des Bundeskartellamtes und des vonseiten der großen Optikerketten ausgeübten Wettbewerbsdrucks ein erneutes Vorgehen hier nicht prioritär.

507. In dem durch eingeschränkten Wettbewerb – insbesondere geringe Preistransparenz – gekennzeichneten Markt für Hörgeräte hatte der Hersteller Phonak einen Hörgeräteakustiker durch Liefer Sperren davon abgebracht, Hörgeräte unterhalb des empfohlenen Verkaufspreises zu verkaufen. Das Bundeskartellamt maß bei der Ausübung seines Aufgreifermessens dem beschriebenen Verhalten eine über den Einzelfall hinausgehende wettbewerbliche Bedeutung zu. Die Ausschaltung des einzigen preisaktiven Internetanbieters sei dazu geeignet und bestimmt gewesen, die auf dem deutschen Markt für den Handel mit Hörgeräten insgesamt herrschende Preisstabilität aufrechtzuerhalten bzw. wiederherzustellen. Sei aber der Preiswettbewerb auf Einzelhandelsebene ohnehin eingeschränkt, so wiege jede weitere Verhinderung vorstößenden Wettbewerbs umso schwerer. In diesem Fall wurde ein Bußgeld in Höhe von 4,2 Mio. Euro verhängt.¹⁹⁸

508. Im Markt für mobile Navigationsgeräte hatte der Hersteller Garmin erhöhte Herstellerabgabepreise für solche Fachhändler mit eigenem Internethandel vorgesehen, die durch niedrige Verkaufspreise im Internet auffielen. Hoben die betroffenen Händler ihre Internetpreise für die jeweiligen Navigationsgeräte wieder auf ein durch den Hersteller vorgegebenes Mindestpreisniveau an, wurde ihnen ein ausgleichender Bonus gewährt. Das Unternehmen hatte hier ein Marktüberwachungssystem zur Identifizierung von niedrigen Preisen verbunden mit deutlichen Sanktionen für Verstöße gegen die „Preisdisziplin“ und finanziellen Anreizen für die Einhaltung eines Mindestpreisniveaus. Auch dieses Verhalten hatte die Verhängung eines Bußgelds in Höhe von ca. 2,5 Mio. Euro zur Folge.¹⁹⁹

509. Insgesamt lässt sich feststellen, dass das Bundeskartellamt Bußgelder für Preisbindungen zweiter Hand bislang nur in Fällen verhängt, in denen klar und bewusst Druck seitens des Lieferanten auf den Abnehmer zur Einhaltung empfohlener Endverkaufspreise ausgeübt wird oder eine direkte Koordination zwischen beiden die Endverkaufspreise festlegt. In Fällen systematischer Überwachung der marktweiten Endverkaufspreise durch den Lieferanten wird eher unzulässige Druckausübung vorliegen, wenn Händler an die „Empfehlung“ „erinnert“ werden. Dabei greift das Bundeskartellamt auch für sich genommen eher unbedeutende Fälle auf, wenn die Wettbewerbssituation im betroffenen Markt oder die Signalwirkung

der Praxis über den Einzelfall hinaus den Aufwand rechtfertigt. Hier zeigt sich wiederum die Bedeutung informellen Handelns: Soweit keine verfestigten Praktiken oder Druckausübung vorliegen, dürfte in einem erheblichen Teil der Fälle schon eine kurze Erinnerung des preisbindenden Unternehmens an das geltende Recht zu einer Abstellung des kartellrechtswidrigen Verhaltens führen. In der großen Vielzahl aller Vertragsbeziehungen, in denen vertikale Preisbindungen infrage kommen, dürfte schon die Rechtskenntnis der Beteiligten derartige Rechtsverstöße verhindern. Zur Aufrechterhaltung dieses Rechtsbewusstseins erscheint jedoch auch die (öffentlichkeitswirksame) Verfolgung einzelner, für sich genommen vielleicht den Verfahrensaufwand kaum rechtfertigender Verstöße notwendig.

510. Grundsätzlich bedeutet die Einstufung von Preisbindungen zweiter Hand nach Artikel 4 lit. a Vertikal-GVO als Kernbeschränkung lediglich die Unanwendbarkeit der Gruppenfreistellung auf Vereinbarungen, die derartige Klauseln aufweisen. Demgegenüber kann im Prinzip ein preisbindendes vertikales Vertragssystem bei Erfüllung der Freistellungsbedingungen des § 2 Absatz 1 GWB zulässig sein. Das Bundeskartellamt hat bislang jedoch in keinem aufgegriffenen Fall von Preisbindung festgestellt, dass die Freistellungsvoraussetzungen erfüllt gewesen wären. Insbesondere dürften in der Regel derart weitgehende Wettbewerbsbeschränkungen in der Praxis nicht notwendig sein, um entsprechende Effizienzvorteile zu erreichen.²⁰⁰

511. Jedenfalls soweit – wie etwa im Markt für Brillengläser und möglicherweise auch im Bekleidungs-handel – die Branchenumstände und die weite Verbreitung unverbindlicher Preisempfehlungen diese faktisch wie Preisbindungen wirken lassen, können auch derartige Empfehlungen abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne des § 1 GWB darstellen, die eine Wettbewerbsverfälschung bewirken. Wenn die Freistellungsvoraussetzungen des § 2 Absatz 1 GWB nicht vorliegen, kommt eine Entziehung der Vorteile insbesondere der EU-Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung in Betracht. Diese kann sich insbesondere dann empfehlen, wenn eine Vielzahl gleichartiger Praktiken die Reaktions- und Innovationsfähigkeit in Märkten beeinträchtigt.²⁰¹

2.10.3 Einschränkungen des Internetvertriebs

512. Der Vertrieb von Waren über das Internet gewinnt zunehmend an Bedeutung. Dabei steht nicht nur der Online-Handel im Wettbewerb mit dem stationären Ver-

¹⁹⁷ Vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht 2009/2010, a. a. O., S. 105.

¹⁹⁸ BKartA, Bußgeldbescheid vom 14. Oktober 2009, B3-69/08.

¹⁹⁹ BKartA, Beschluss vom 18. Juni 2010, B5-100/09.

²⁰⁰ Vgl. zu den diskutierten Effizienzen Tz. 500 sowie z. B. Rn. 225 Vertikal-GVO; eingehender etwa Haucap, J./Klein, G., Einschränkungen der Preisgestaltung im Einzelhandel aus wettbewerbsökonomischer Perspektive, in: Ahlert, D. u. a. (Hrsg.), a. a. O., S. 169–186, die allerdings auf die Diskrepanz zwischen dem weitgehenden faktischen Ausschluss von Preisbindungen und anderen kartellrechtlich zulässigen Konstruktionen hinweisen, mit denen sich vergleichbare Effekte erzielen lassen, wie etwa (hypothetische) vertikale Zusammenschlüsse, permanente Nachverhandlungen mit entsprechenden Preisanpassungen und Verkauf auf Kommission.

²⁰¹ Ähnlich (vor Einführung der Vertikal-GVO) EuGH, Urteil vom 28. Februar 1991, Rs. C-234/89 „Delimitis“, Rn. 20 ff.; vgl. dazu Tz. 431 ff.

trieb über Ladengeschäfte, Fachhandwerker etc.; auch zwischen stationären Händlern kann Preistransparenz über das Internet den Wettbewerb verstärken. Vor diesem Hintergrund versuchen manche Hersteller, den Internetvertrieb ihrer Produkte zu beschränken. Als Begründung wird vor allem vorgebracht, solche Beschränkungen seien notwendig, um die Verbraucherwahrnehmung auf betroffene Produkte nicht zu beschädigen („Verramschen“) und um angemessenen Service bzw. sachgemäße Anwendung oder Einbau des Produkts gewährleisten zu können. Zur Beschränkung des Internetvertriebs sind in erster Linie zwei Mittel zu beobachten: einerseits eine Ausgestaltung der Verkaufsbedingungen, die einen Vertrieb über das Internet – direkt oder indirekt – unattraktiv oder unmöglich macht, andererseits unterschiedliche Herstellerabgabepreise entsprechend dem Verkauf im stationären oder im Online-Handel.

513. Die vertragliche Beschränkung der Verkaufsbedingungen durch den Lieferanten kann als selektives Vertriebssystem schon von der Anwendung des Kartellverbots des § 1 GWB ausgenommen sein, wenn die Auswahl der Wiederverkäufer bzw. der Verkaufsbedingungen anhand objektiver Gesichtspunkte qualitativer Art erfolgt, die einheitlich für alle in Betracht kommenden Wiederverkäufer festgelegt und ohne Diskriminierung angewendet werden, sofern die Eigenschaften des fraglichen Erzeugnisses zur Wahrung seiner Qualität und zur Gewährleistung seines richtigen Gebrauchs ein solches Vertriebsnetz bzw. entsprechende Verkaufsbedingungen erfordern und sofern die festgelegten Kriterien schließlich nicht über das erforderliche Maß hinausgehen.²⁰² Dabei ist die Reichweite des im Einzelfall auf Grundlage der Produkteigenschaften objektiv Erforderlichen kaum unabhängig vom konkreten Einzelfall zu beurteilen, es lassen sich jedoch einige Eckpunkte feststellen. So dürfte der explizite Ausschluss des Internetvertriebs stets eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des § 1 GWB darstellen, Verkaufsbedingungen für den Online-Vertrieb können jedoch – bei objektiver Notwendigkeit entsprechend den betroffenen Produkten – zulässig in einer Weise vorgegeben werden, dass der Vertrieb über (unspezifische) Online-Auktionsplattformen unmöglich wird.²⁰³ Das Ziel, bei Luxusartikeln den Prestigecharakter eines Produkts zu bewahren, kann jedoch keine Einschränkung des Wettbewerbs im Rahmen des Kartellverbots rechtfertigen.²⁰⁴

²⁰² Vgl. zu Artikel 101 Absatz 1 AEUV bzw. 86 Absatz 1 EWG-Vertrag EuGH, Urteile vom 5. Oktober 1977, Rs. 26/76 „Metro“, Rn. 20, und vom 11. Dezember 1980, Rs. 31/80 „L'Oréal“, Rn. 15 f., zuletzt vom 13. Oktober 2011, Rs. C-439/09 „Pierre Fabre“, Rn. 41, st. Rspr.; ebenso OLG Karlsruhe, Urteil vom 25. November 2009, 6 U 47/08 Kart „Scout Schulranzen“.

²⁰³ Vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 25. November 2009, 6 U 47/08 Kart „Scout Schulranzen“; ähnlich für einen Sachverhalt außerhalb eines selektiven Vertriebssystems OLG München, Urteil vom 2. Juli 2009, U (K) 4842/08 (in Anwendung der – insoweit unverändert übernommenen – Vorschriften der alten Vertikal-GVO 2790/1999).

²⁰⁴ Vgl. EuGH, Urteil vom 13. Oktober 2011, Rs. C-439/09 „Pierre Fabre“, Rn. 46.

514. Weitergehende Vorgaben von Verkaufsbedingungen können erstens nach der EU-Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung freigestellt sein. Diese enthält zwar keine direkt auf den Internethandel zugeschnittenen Vorschriften; aus ihren allgemeinen Regelungen folgen jedoch nicht unerhebliche Grenzen für Vertriebsbeschränkungen auch im Internet.²⁰⁵ Zweitens kommt eine Individualfreistellung nach der allgemeinen Regelung des § 2 Absatz 1 GWB in Betracht, die jedoch inhaltlich im Regelfall kaum über die schon beschriebenen Ausnahmen hinausgehen dürfte.

515. Analog einzuschätzen ist eine Differenzierung der Herstellerabgabepreise bzw. die Vergabe von Rabatten, Boni etc. danach, über welchen Vertriebskanal ein Produkt abgesetzt wird (sog. Doppelpreissystem oder „dual pricing“). Derartige Preisstrukturen können den gleichen praktischen Effekt haben wie ein Verbot des Internetvertriebs und setzen darüber hinaus in der Regel die kartellrechtlich bedenkliche Weitergabe detaillierter Geschäftsinformationen vom Händler an den Hersteller voraus.

516. Einen direkten vertraglichen Ausschluss des Internetvertriebs durch den Hersteller CIBA Vision hat das Bundeskartellamt zuletzt 2009 mit einem Bußgeld geahndet.²⁰⁶ In dem auch durch die ebenfalls praktizierte Preisbindung zweiter Hand auffälligen Verfahren hatte der Hersteller, der für den Großteil seines Sortiments lediglich qualitative Vertriebsvorgaben für den Internetvertrieb machte, seine Abnehmer ausdrücklich verpflichtet, ein bestimmtes Produkt nicht online zu verkaufen. Dies wurde mit den für die betroffene Kontaktlinsensorte befürchteten höheren Gesundheitsgefahren begründet, denen nur durch Verkauf in einem stationären Ladenlokal begegnet werden könne. Zudem habe es sich um die Einführung eines neuen Produkts gehandelt, für die weitergehende Wettbewerbsbeschränkungen zulässig sind. Das Bundeskartellamt stellte fest, dass eine fachmännische Erstanpassung, Beratung und regelmäßige Kontrollen zwar wünschenswert seien. Doch diese seien rechtlich nicht vorgeschrieben und unterlägen der Eigenverantwortung des Verbrauchers. Auch sei nicht erkennbar, dass die Augengesundheit bei stationärem Verkauf besser geschützt wäre. So sei der Erwerb ohne entsprechende Anpassungen bzw. den Nachweis augenärztlicher Spezifikation auch bei Augenoptikern möglich und üblich. In Drogerien, Apotheken etc., über die der Hersteller seine Produkte ebenfalls vertrieb, seien derartige gesundheitsrelevante Maßnahmen nicht möglich bzw. nicht üblich. Auch bei einem Nachkauf bereits angepasster Kontaktlinsensorten seien solche Bedenken nicht tragfähig. Vielmehr wiesen Gesamteindruck und Beweismittel deutlich darauf hin, dass entscheidende Motivation des Herstellers

²⁰⁵ Wesentlich kommt es hier auf die Reichweite des nach Artikel 4 Absatz 1 lit. b Ziffer 1 Vertikal-GVO grundsätzlich freigestellten vertraglichen Verbots „aktiven Verkaufs“ in Gebiete oder an Kundengruppen an, die der Anbieter sich selbst vorbehalten oder ausschließlich einem anderen Abnehmer zugewiesen hat; vgl. zu dessen Auslegung etwa die EU-Vertikal-Leitlinien 2010, Rn. 51 ff.

²⁰⁶ BKartA, Beschluss vom 25. September 2009, B3-123/08.

die Einschränkung der Preiskonkurrenz aus dem Internet gewesen sei. Weitergehende Tatbestandsrestriktionen des Kartellverbots kämen nicht in Betracht, da die von der Exklusivität begünstigten stationären Vertriebsstrukturen bereits bestünden und nennenswerte Zusatzinvestitionen nicht erforderlich seien. Die Berechnung des Bußgelds in Höhe von 11,5 Mio. Euro bestimmte sich nicht nach dem unmittelbar betroffenen, sondern nach dem Gesamtumsatz. Denn diese Vertriebsbeschränkung war Teil eines umfangreicheren Systems zur Beschränkung von Preiswettbewerb für das gesamte Sortiment, insbesondere durch Verhinderung des ebay-Handels, ein Großhandelsverbot für bestimmte Wiederverkäufer und diverse Maßnahmen der „Preispflege“.

517. Einen faktischen Ausschluss von Internetvertrieb durch ein Doppelpreissystem bzw. eine entsprechende Rabattstruktur des Herstellers Dornbracht hat das Bundeskartellamt im Bereich von Luxussanitärarmaturen ohne förmliche Verfügung abstellen können.²⁰⁷ Dabei war der entscheidende Rabatt nach den abgeschlossenen „Fachhandelsvereinbarungen“ abhängig von der Erfüllung bestimmter Qualitätskriterien im Vertrieb, insbesondere der Gewährleistung fachgerechter Montage und Inbetriebnahme der betroffenen Produkte sowie eines geeigneten After-Sales-Service. Die Ausgestaltung der Kriterien und die daraus folgende Preisstruktur führten dazu, dass Internethändler die Produkte überhaupt nicht mehr bzw. nur noch zu nicht wettbewerbsfähigen Preisen erhalten konnten. Das Bundeskartellamt stellte mit Hinweis auf die Vertikal-Leitlinien der Europäischen Kommission fest, dass das Doppelpreissystem nach der Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung nicht freistellungsfähig und auch deshalb kartellrechtlich problematisch sei, weil es die Kommunikation wettbewerbs-sensibler Geschäftsgeheimnisse voraussetze. Nachdem das Bundeskartellamt dem Unternehmen seine wettbewerbslichen Bedenken mitgeteilt hatte, verzichtete Dornbracht auf die weitere Verwendung dieser Vertragsbestimmungen, sodass auf die Verhängung eines Bußgelds verzichtet wurde.

518. In beiden Fällen konnte die Verfolgung der von den Herstellern angegebenen Ziele die vereinbarten Wettbewerbsbeschränkungen nicht rechtfertigen oder zu einer Freistellung führen. Die schlichte Beschränkung des Online-Vertriebs in der Hoffnung, eventuelle Gesundheitsgefahren würden dadurch vermindert, erscheint vor dem Hintergrund allgemeiner Lebenserfahrung schon kaum zur Zielerreichung geeignet. Entsprechende Abgabevoraussetzungen hätten dieses Ziel zuverlässiger und mit geringeren wettbewerbslichen Auswirkungen erreicht. Dabei kann zwar kartellrechtlich durchaus zulässig sein, den Wettbewerb sogar noch stärker zu beschränken. So könnte etwa die Beschränkung des Vertriebs auf besonders qualifizierte Händler mit der Auflage, Risikofaktoren und Anpassung vor Abgabe der Kontaktlinsen genau zu untersuchen, anders zu bewerten sein. Doch muss zur

Inanspruchnahme der Freistellung – entsprechend den oben zu Wettbewerbsbeschränkungen in selektiven Vertriebssystemen dargestellten Grundsätzen – die Zielverfolgung kohärent und nachvollziehbar sein. Erschwerend kam in diesem Fall hinzu, dass die Internetvertriebsbeschränkung Teil eines größeren Systems von Wettbewerbsbeschränkungen zum Erhalt möglichst hoher Preise war.

519. Ein Doppelpreissystem zur Förderung stationären Vertriebs erscheint zwar auf den ersten Blick nicht ungeeignet, die Mehrkosten der mit den Vertriebsauflagen verbundenen Service-Qualitätsanforderungen zu kompensieren. Auch lassen sich so Verkaufsanstrengungen der stationären Händler relativ transaktionskostenarm und proportional zur Anzahl tatsächlich verkaufter Produkte fördern. Verkaufsunabhängige Einmalzahlungen (oder entsprechende Rabatte) des Herstellers zu demselben Zweck²⁰⁸ haben dagegen den Nachteil, keine verkaufsorientierten Anreize zu setzen. Doch setzt ein Doppelpreissystem einmal die Weitergabe wettbewerbs-sensibler Geschäftsgeheimnisse, insbesondere der jeweiligen Umsatzzahlen, vom Händler an den Hersteller sowie eine Transparenz in der Lieferkette voraus. Auch kann ein Doppelpreissystem zur Segmentierung von Märkten und zur Abschirmung von Vertriebskanälen vor Wettbewerb führen oder solches erleichtern. Zum anderen dürfte die Bestimmung der Höhe derartiger kompensatorischer Rabatte sehr aufwendig sein, soll sie mit der Erfüllung der Qualitätsanforderungen im Vertrieb korrelieren und nicht gegen das Diskriminierungsverbot aus § 20 Absatz 1 und 2 GWB für mindestens marktstarke Unternehmen verstoßen. Insgesamt ist kaum vorstellbar, unter welchen Voraussetzungen ein Doppelpreissystem freistellungsfähig wäre. Vor dem Hintergrund, dass dies der erste Fall derartiger Vertriebsbeschränkungen war, den das Bundeskartellamt aufgegriffen hat, erscheint die Behandlung im Verwaltungsverfahren und dessen Einstellung nach Aufgabe der entsprechenden Praxis angemessen. Nach diesem Präzedenzfall jedoch erscheint die Verhängung von Bußgeldern gegen Unternehmen, die derartige Systeme weiterhin praktizieren, ohne sie an das geltende Kartellrecht anzupassen, angezeigt, wie dies der Fallbericht des Bundeskartellamtes bereits andeutet.²⁰⁹

520. Insgesamt lässt sich feststellen, dass Beschränkungen des Vertriebs von Waren über das Internet durchaus kartellrechtsgemäß ausgestaltbar sind. Die Beschränkungen dürfen jedoch nicht absolut und müssen zur Verfolgung eines legitimen Zwecks geeignet und erforderlich sein. Dabei ist immer der Kontext des jeweiligen Marktes und der sonstigen Vertriebspraktiken des Unternehmens zu beachten. Doppelpreissysteme stehen sehr hohen Rechtfertigungshürden gegenüber, können jedoch in Einzelfällen freigestellt sein, soweit sie den Online-Handel nicht unbillig behindern. Dieser Schutz des Internetvertriebs spiegelt die hohe Bedeutung wieder, die das

²⁰⁷ BKartA, Verfahren B5-100/10; vgl. den Fallbericht vom 13. Dezember 2011.

²⁰⁸ So etwa der Vorschlag in den EU-Vertikal-Leitlinien 2010, Nr. 52 lit. b S. 2.

²⁰⁹ BKartA, Verfahren B5-100/10; vgl. den Fallbericht vom 13. Dezember 2011.

Internet für die Entwicklung effizienterer Vertriebsformen, aber auch für die Preistransparenz spielt.

2.10.4 Informationsaustausch, Marktinformationsverfahren und der Schutz des Geheimwettbewerbs

521. Der Austausch oder die Offenlegung wettbewerbsrelevanter Informationen durch Unternehmen kann sowohl positive als auch negative Effekte auf Wettbewerb und Wohlfahrt haben.²¹⁰ So können dadurch einerseits Anpassungs- und Transaktionskosten verringert werden; Transparenz kann insbesondere für die Abnehmerseite, im Rahmen von Benchmarking auch im horizontalen Wettbewerbsverhältnis Effizienz fördernd sein. Andererseits erhöht derartige Transparenz vor allem die Reaktionsverbundenheit zwischen den Marktteilnehmern, was wie eine Kartellierung des Marktes wirken kann. Vor diesem Hintergrund kommt es für die kartellrechtliche Bewertung derartiger Praktiken entscheidend auf die ausgetauschten Informationen und das Marktumfeld an;²¹¹ eine Reihe von Grundsätzen lässt sich jedoch allgemein festhalten.²¹² So hat das Bundeskartellamt bereits 1977 Grundsätze zur Bewertung von Marktinformationen veröffentlicht,²¹³ die Horizontal-Leitlinien der Europäischen Kommission von 2011 sehen dafür einen eigenen Abschnitt²¹⁴ vor.

522. Ein Informationsaustausch zwischen Unternehmen verstößt gegen § 1 GWB, wenn dadurch eine Beschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt wird, wobei die objektive Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung ausreicht.²¹⁵ Das ist jedenfalls dann der Fall, wenn der Informationsaustausch geeignet ist, Unsicherheiten hinsichtlich des von den betreffenden Unternehmen ins Auge gefassten Verhaltens auszuräumen. Dabei kommt es nicht entscheidend auf die Art und Weise an, wie die Transparenz (künstlich) erhöht wird: Erfasst wird neben systematischem Austausch im Rahmen eines organisierten Verfahrens auch der einma-

lige Kontakt.²¹⁶ Der Verstoß liegt in der Verletzung des (unionsrechtlichen) Selbstständigkeitspostulats, wonach Unternehmen im Wettbewerb selbstständig ihr Verhalten festzulegen haben,²¹⁷ und in der Beschränkung des Geheimwettbewerbs,²¹⁸ der den Schutz der Entscheidungsunsicherheit im Wettbewerb bezweckt. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Informationen direkt zwischen den Unternehmen oder indirekt über einen Dritten, vergleichbar mit einem Sternkartell („hub-and-spoke cartel“), ausgetauscht werden.

523. Entscheidend kommt es darauf an, ob der Informationsaustausch den Grad der Ungewissheit über das fragliche Marktgeschehen verringert oder beseitigt und dadurch zu einer Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den Unternehmen führt.²¹⁹ Diese Gefahr ist in engen, oligopolistisch strukturierten Märkten besonders hoch, kann sich aber auch in weniger konzentrierten Märkten verwirklichen. Je genauer und eingehender die ausgetauschten Informationen auf das Wettbewerbsverhalten der beteiligten Unternehmen, insbesondere Preise bzw. Preisbestandteile, schließen lassen, desto kartellrechtlich problematischer ist der Austausch. Andererseits sind angemessen aggregierte und historische Daten in der Regel unproblematisch. Auch die Transparenz des Austauschs gegenüber unbeteiligten Wettbewerbern und Abnehmern beeinflusst die Bewertung.

524. Entsprechend der höheren wettbewerbsrechtlichen Gefährlichkeit des Austauschs von Preisinformationen hat das Bundeskartellamt bislang in erster Linie solche Marktinformationsverfahren in Bußgeldverfahren aufgegriffen, die Preisbestandteile bzw. unmittelbar preiswirksame Wettbewerbsparameter für Wettbewerber transparent machen. Weniger stark wettbewerbsbeschränkende Informationsaustauschverfahren wurden bislang vor allem in Verwaltungsverfahren behandelt; dabei hat das Bundeskartellamt auch auf Anfragen aus dem Markt hin die Grenzen des Zulässigen dargelegt.

525. Bußgelder in Höhe von insgesamt rund 18 Mio. Euro wurden gegen vier Markenhersteller von Drogerieartikeln sowie deren Vertriebsleiter verhängt, die sich während zweier Jahre gegenseitig über den Stand der Jahresgespräche mit Einzelhändlern ausgetauscht hatten; darüber hinaus wurden Bußgelder in Höhe von rund 19 Mio. Euro für eine gezielte Abstimmung von Preiser-

²¹⁰ Vgl. im Einzelnen etwa Wagner-von Papp, F., Marktinformationsverfahren: Grenzen der Information im Wettbewerb, Baden-Baden 2004, S. 40 ff., 49 ff., 261 ff.

²¹¹ Vgl. etwa EuGH, Urteil vom 23. November 2006, Rs. C-238/05 „Asnef-Equifax“, Rn. 54.

²¹² Vgl. etwa Kühn, K./Vives, X., Information Exchanges Among Firms and their Impact on Competition, Studie für die EG-Kommission, Luxemburg 1995; OECD, Policy Roundtables, Price Transparency, 2001; OECD, Policy Roundtables, Information Exchanges Between Competitors under Competition Law, 2010; Konkurrensvetket, Swedish Competition Authority, The Pros and Cons of Information Sharing, Stockholm 2006.

²¹³ Vgl. BKartA, Bekanntmachung über die kartellrechtliche Beurteilung von Marktinformationsverfahren vom 24. Januar 1977, BAnz. Nr. 22 vom 2. Februar 1977, Nr. 8; abgedruckt bei Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. 1: Deutsches Kartellrecht, 10. Aufl., München 2006, S. 1625.

²¹⁴ Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, a. a. O., Rn. 55 ff.

²¹⁵ So zu Artikel 86 EWG-Vertrag EuGH, Urteil vom 28. März 1984, Rs. 29/83 und Rs. 30/83 „Rheinzink“, Rn. 26; ähnlich zu § 1 GWB a. F. bereits BGH, Beschluss vom 18. November 1986, KVR 1/86, WuW/E BGH 2313, 2317 „Baumarkt-Statistik“.

²¹⁶ Vgl. EuGH, Urteil vom 4. Juni 2009, Rs. C-8/08 „T-Mobile Netherlands“, Tz. 41 ff.

²¹⁷ Vgl. EuGH, Urteile vom 16. Dezember 1975, Rs. 40/73 u. a., „Suiker Unie“, Rn. 173; vom 14. Juli 1981, Rs. 172/80, „Züchner“, Rn. 13; vom 8. Juli 1999, Rs. C-49/92 P, „Anic Partecipazioni“, Rn. 115 ff.; st. Rspr.

²¹⁸ Vgl. zu § 1 GWB a. F. bereits BGH, Beschluss vom 29. Januar 1975, KRB 4/74 „Aluminium-Halbzeug“, WuW/E BGH 1337, 1341 ff.; BGH, Beschluss vom 18. November 1986, KVR 1/86, „Baumarkt-Statistik“, WuW/E BGH 2313, 2315.

²¹⁹ Vgl. zu § 1 GWB a. F. bereits BGH, Beschluss vom 29. Januar 1975, KRB 4/74 „Aluminium-Halbzeug“, WuW/E BGH 1337, 1341 ff.; ebenso EuGH, Urteile vom 28. Mai 1998, Rs. C-7/95 P, „John Deere“, Rn. 90; vom 2. Oktober 2003, Rs. C-194/99 P, „Thyssen Stahl“, Rn. 81; vom 23. November 2006, Rs. C-238/05, „Asnef-Equifax“, Rn. 51 ff.; st. Rspr.

höhungen festgesetzt.²²⁰ Der regelmäßige Informationsaustausch im Rahmen des Arbeitskreises „Körperpflege-, Wasch- und Reinigungsmittel“ (KWR) des Markenverbandes e. V. umfasste vor allem neue Rabattforderungen des Einzelhandels sowie Abschlüsse der Vertragspartner im Rahmen der Jahresgespräche. Dabei wurden zwar keine Informationen über die absolute Höhe von Rabatten ausgetauscht; die Höhe zusätzlicher Rabatte steht jedoch im Fokus der Verhandlungen mit den Abnehmern und hat insoweit erhebliche Bedeutung im Markt und für das Verhandlungsverhalten der einzelnen Hersteller. Die im Wettbewerb typische Unsicherheit über das Verhalten von Wettbewerbern war durch den Austausch jedenfalls erheblich vermindert. Durch den Informationsaustausch entstand zumindest die konkrete Gefahr einer Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens unter den Teilnehmern, nicht zuletzt durch die Förderung einer gewissen kartelltypischen Gruppensolidarität.

526. Bußgelder in Höhe von insgesamt rund 10 Mio. Euro wurden 2008 gegen neun Unternehmen der Luxuskosmetikbranche und 13 frühere oder aktuelle Geschäftsführer für einen systematischen Austausch von Informationen über zehn Jahre verhängt.²²¹ Gegenstand dieses intern „Schlossrunde“ genannten Kartells war eine Vielzahl wettbewerbsrelevanter und teilweise zukunftsgerichteter Informationen, darunter Umsatzdaten, Werbeausgaben, Marktstrategieparameter, aber auch Preislisten, Preiserhöhungstermine und -spannen sowie geplantes Verhalten gegenüber einzelnen Abnehmern; die Mitglieder legten ausdrücklichen Wert auf die Geheimhaltung der Inhalte des vierteljährlichen Austauschs gegenüber Dritten. Aus diesem Informationsverfahren folgte ein für alle Teilnehmer verlässliches Verhalten; Wettbewerbsvorstöße in diesem im betroffenen Segment ohnehin von Einschränkungen des Wettbewerbs gekennzeichneten Markt wurden leichter und schneller sichtbar. Dass Teile der ausgetauschten Informationen auch anderweitig öffentlich verfügbar gewesen wären, konnte die Kartellrechtswidrigkeit des Austauschs nicht mindern, da dies einerseits nur für Teile der betroffenen Informationen galt, andererseits durch den praktizierten Informationsaustausch die für ein Kartell typische Gruppensolidarität entstanden war.

527. Eine ähnliche Konstellation lag einem Informationsaustausch zugrunde, der zwischen drei Konsumgüterherstellern stattfand und 2011 mit Geldbußen in Höhe von insgesamt rund 38 Mio. Euro sanktioniert wurde.²²² Dabei tauschten sich ranghohe Mitarbeiter der Unternehmen über mehrere Jahre regelmäßig über den Stand und den Verlauf von Verhandlungen ihres Unternehmens mit verschiedenen großen Einzelhändlern aus, teilweise auch

über beabsichtigte Preiserhöhungen. Dabei standen sie in einigen betroffenen Produktgruppen – insbesondere Süßwaren, Speiseeis, Trockenfertiggericht, Tiefkühlpizza, Tiernahrung und Waschmittel – jeweils ihren Hauptwettbewerbern gegenüber. Auch in diesem Fall wurden die Unsicherheit des Wettbewerbs durch den Austausch über die zu erwartenden Forderungen des Einzelhandels und die Reaktionen der maßgeblichen Wettbewerber auf diese Forderungen stark vermindert. Zusätzlich wurde das Marktverhalten der einzelnen Unternehmen von Informationen über beabsichtigte Preiserhöhungen der Konkurrenz entscheidend beeinflusst. Auch in diesem Fall wurde eine kartellähnliche Gruppensolidarität begründet, die in Bezug auf abgestimmte Preiserhöhungen sogar den Tatbestand des Hardcore-Kartells erfüllte.

528. Vor allem die hohe Marktkonzentration und die Homogenität des Produkts begründeten die Unzulässigkeit von Statistiken im Zementmarkt. Nach Beanstandung durch das Bundeskartellamt im Verwaltungsverfahren hat der Bundesverband der Deutschen Zementindustrie die jährliche Erfassung und Veröffentlichung von Absatzdaten teils aufgegeben, teils eingeschränkt.²²³ Zwar waren die ausgetauschten Unternehmensdaten historisch und enthielten keine unmittelbar preisrelevanten Informationen. Aus den detaillierten Mengenangaben jedoch wäre in dem engen Markt vorstoßender Wettbewerb gut erkennbar gewesen; die schon bestehenden strukturellen Anreize zu wettbewerbslosem Parallelverhalten wurden so verstärkt.

529. Im Juni 2011 hat das Bundeskartellamt vorläufige Grundsätze zur kartellrechtskonformen Ausgestaltung von Marktinformationssystemen im Bereich von Milchauszahlungspreisen aufgestellt, die nach einer Praxisphase evaluiert werden sollen.²²⁴ Zuvor waren die Ausführungen im Zwischenbericht der Sektoruntersuchung Milch zur Markttransparenz insbesondere auf dem Milcherfassungsmarkt zwischen Milcherzeugern und Molkereien²²⁵ auf ein geteiltes Echo getroffen, was für erhebliche Unsicherheit in der Branche gesorgt hatte.²²⁶ Der Milchsektor weist – regulatorisch und historisch bedingt – bereits eine erhebliche Transparenz auf, nicht zuletzt in Bezug auf den Milchauszahlungspreis als wichtigstem Wettbewerbsparameter auf Beschaffungsseite und wesentlichem Kostenfaktor der Molkereien.²²⁷ Teilweise bestehen Referenzpreissysteme, bei denen Preise nicht individuell ausgehandelt werden, sondern sich nach zentral ermittelten Referenzpreisen richten, die zum Teil von öffentlichen Stellen ermittelt werden. Vor dem Hintergrund einer Reihe von bestehenden, kartellrechtlich noch unbewerteten Systemen zur Herstellung von Preistransparenz in diesem Bereich hat sich das Kartellamt in einem Pilot-

²²⁰ Vgl. BKartA, Pressemeldung vom 20. Februar 2008, Bundeskartellamt verhängt Millionenbußen gegen Drogerieartikelhersteller.

²²¹ Vgl. BKartA, Pressemeldung vom 10. Juli 2008, Bundeskartellamt verhängt Millionenbußen gegen Luxuskosmetikhersteller wegen Marktinformationssystem.

²²² Vgl. BKartA, Pressemeldung vom 17. März 2011, Millionenbuße gegen Konsumgüterhersteller wegen wettbewerbsbeschränkendem Informationsaustausch.

²²³ Vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht 2007/2008, a. a. O., S. 78.

²²⁴ Vgl. BKartA, Entscheidung vom 12. Mai 2011, B2-118/10.

²²⁵ Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Milch, Zwischenbericht Dezember 2009, S. 112 ff.

²²⁶ Vgl. zu den gegensätzlichen Stellungnahmen aus der Branche BKartA, Sektoruntersuchung Milch, Endbericht Januar 2012, S. 49 ff.

²²⁷ Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Milch, Zwischenbericht Dezember 2009, S. 82 ff.; 112 ff.; Endbericht Januar 2012, S. 49 ff.

fall mit einem Anbieter von Marktinformationssystemen auf Rahmenbedingungen für die Veröffentlichung von Marktdaten vorläufig geeinigt, um nach vorläufiger kartellrechtlicher Einschätzung bestehende Bedenken zu überprüfen. Danach dürfen identifizierende (molkereigenaue) Milchauszahlungspreise vorerst nur mit sechs Monaten Abstand, kontinuierlich jedoch als gleitendes Zwölfmonatsmittel veröffentlicht werden; für die Mindestaggregation nicht identifizierender Preisdaten wurden genaue Kriterien aufgestellt. Mit Ablauf eines Jahres nach Umsetzung dieser Vorgaben durch den Anbieter des Marktinformationssystems sollen die tatsächlichen Auswirkungen der so kanalisierten Markttransparenz im Sommer 2012 einer detaillierten Überprüfung unterzogen werden, an deren Ausgang modifizierte Kriterien stehen könnten.

530. In den ausgewählten Fällen zeigt sich die Linie der Entscheidungspraxis: je stärker die koordinierende Wirkung des Informationsaustauschs und je preiswirksamer die ausgetauschten Informationen, desto stärker die Auswirkungen auf den Wettbewerb. Soweit über zukünftiges wettbewerbsrelevantes Verhalten Informationen ausgetauscht werden und durch die Umstände des Austauschs eine kartellähnliche Gruppensolidarität entsteht, ist ein Marktinformationsverfahren in der Wirkung von einem Hardcore-Kartell kaum zu unterscheiden. Das gilt insbesondere in oligopolistischen Märkten. Erschwerend kommt die Heimlichkeit des Austauschs bzw. Exklusivität der ausgetauschten Informationen hinzu. In derartigen Fällen ist in der Regel die Verhängung erheblicher Bußgelder angezeigt. Fälle weniger eindeutiger Kartellrechtswidrigkeit von Marktinformationsverfahren hat das Bundeskartellamt regelmäßig im Verwaltungsverfahren aufgegriffen und auf eine Änderung der Austauschpraxis hin zu kartellrechtsgemäßer Ausgestaltung hingewirkt, da hier Bußgelder bislang nicht notwendig schienen. In Einzelfällen kommt auch eine Entscheidung oder Einschätzung des Bundeskartellamtes – im Vorhinein und auf Veranlassung von Marktbeteiligten – zu Marktinformationssystemen in problematischen Märkten in Betracht.

531. Die Monopolkommission begrüßt die Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes in diesem Bereich. Soweit Marktinformationssysteme kartellähnliche Koordinationswirkungen haben und eindeutig über das zulässige Maß hinausgehen, sind Bußgeldsanktionen unverzichtbar zur Erhaltung der faktischen Regelgeltung vor allem durch Aufrechterhaltung entsprechender Rechtsbewusstseins bei den Unternehmen. Denn Unternehmen sind grundsätzlich selbst für die Kartellrechtmäßigkeit ihrer Praktiken verantwortlich. In besonderen Grenzfällen können Verwaltungsentscheidungen des Bundeskartellamtes zum Maß des Zulässigen notwendig erscheinen, um Unsicherheiten über einen zulässigen Informationsaustausch in bestimmten Branchen zu vermindern. Derartig erhöhte Rechtsklarheit kann bei fortdauerndem Informationsfluss auch – abhängig von dessen wettbewerbswidriger Wirkung – hohe Bußgelder rechtfertigen. Insoweit ist der bei Milchpreisen gewählte Ansatz, vorläufige Einschätzungen einem späteren Praxistest zu unterziehen, ein wichtiger Pilotfall. Derartige zweiphasige

Erkenntnisprozesse erscheinen insbesondere im Graubereich freistellungsfähiger Wettbewerbsbeschränkungen vielversprechend, um die Entscheidung genauer an die tatsächlichen Auswirkungen in einem bestimmten Markt anzupassen. Allerdings sind solche Evaluationen aufwendig; auch ist noch unsicher, wie weit sich die tatsächlichen Auswirkungen gesteigerter Transparenz praktisch erfassen lassen. In jedem Fall lässt sich festhalten, dass zwar grundsätzlich Transparenz das Funktionieren von Märkten fördert, ein hoher Grad an Transparenz jedoch auch zu Dysfunktionen von Märkten, wie zu Verfestigungen von Strukturen und zu höherer Volatilität, führen kann.²²⁸

532. Unabhängig von den Besonderheiten des Milchmarktes und anderen speziellen Bereichen sind jedenfalls die entscheidenden Gesichtspunkte für die Einschätzung der Wettbewerbswidrigkeit und damit der kartellrechtlichen Zulässigkeit von Informationsaustausch dem Grunde nach anerkannt.²²⁹ Gewisse Praktiken, wie etwa ein Austausch über zukünftiges, vor allem preisrelevantes Verhalten, indizieren eine Kartellrechtswidrigkeit. Bei einer Einschätzung der Wirkungen von Informationsaustausch lassen sich in der Regel mehr oder weniger deutlich die Faktoren ausmachen, die dessen Wettbewerbswidrigkeit fördern oder unwahrscheinlicher machen. Auf dieser Grundlage ist jedes Unternehmen gehalten, jedenfalls eine – zwar summarische, doch begründete – Abschätzung vorzunehmen.

533. Wenn sich aus den Umständen eines Informationsaustauschs deutlich dessen Kartellrechtswidrigkeit ergibt, zögert das Bundeskartellamt nicht, teils erhebliche Bußgelder zu verhängen. Das findet die ausdrückliche Zustimmung der Monopolkommission. Dabei kann es nicht darauf ankommen, ob die Informationen direkt, über einen Verband, über ein Gemeinschaftsunternehmen oder über einen Dritten, wie etwa einen spezialisierten Verlag oder Anbieter von Marktdaten, ausgetauscht werden. Der Monopolkommission erscheint hier die Schaffung eines allgemeineren Bewusstseins für die kartellrechtlichen Grenzen derartiger kartellähnlich wirkender Praktiken und Informationssysteme bzw. -nutzungen besonders wichtig, insbesondere vor dem Hintergrund zunehmend weitergehender Datenangebote spezialisierter Anbieter. Denn auch die Nutzer solcher Angebote bleiben selbstständig für die Einhaltung von Kartellrecht verantwortlich.

²²⁸ Für den Agrarmarkt erscheint auf nationaler Ebene eine Transparenzerhöhung vor allem für Finanzmarktdaten angezeigt, weniger jedoch für aktuelle individualisierte Handelsdaten; vgl. etwa Ledebur, E.-O. von/Schmitz, J., Preisvolatilität auf landwirtschaftlichen Märkten, Arbeitsberichte aus der vTI-Agrarökonomie, 05/2011, Braunschweig, April 2011. Die Herstellung einer Mindesttransparenz auf Agrarmärkten auf internationaler Ebene auf Grundlage aggregierter Daten hingegen soll informiertere politische Entscheidungen ermöglichen, so der Beschluss der G20 vom 4. November 2011 über die Einrichtung eines internationalen Agrarmarkt-Informationssystems (AMIS); vgl. dazu <http://www.amis-outlook.org> sowie die dort verfügbaren Berichte.

²²⁹ Vgl. Tz. 523 ff. sowie die dort zitierten Dokumente.

2.10.5 Ausschreibungsdesign: Recycling, Autobahntankstellen und Fußballzentralvermarktung

534. In Märkten, die aufgrund von Gesetzen oder faktischer Limitationen nicht genügend Raum für funktionsfähigen Wettbewerb im Markt bieten, kommt Wettbewerb um den Markt in Betracht. Ausschreibungen gehören zum Beschaffungsinstrumentarium öffentlicher Stellen, können aber auch Auswahlprobleme privater Akteure im Einklang mit dem Kartellrecht vermindern. Insbesondere in Fällen von Monopolstellungen einer vertraglichen Gemeinschaft kann die wettbewerbsfreundliche Ausgestaltung von Beschaffungs- bzw. Vermarktungsmodalitäten notwendig sein, um die in der Koordination der gemeinsam Beschaffenden bzw. Vermarktenden liegende Wettbewerbsbeschränkung zu rechtfertigen. Auch soweit ein einzelnes Unternehmen eine Reihe paralleler Verträge veranlasst, kommt eine Anwendung des Kartellverbots in Betracht.

2.10.5.1 Recycling

535. So hat das Bundeskartellamt in mehreren Verfahren auf wettbewerbslichere Strukturen bei der Erfassung („Einsammlung“) und Entsorgung von Verkaufsverpackungen („gelbe Tonne“) hingewirkt. Im durch die Vorschriften der Verpackungsverordnung²³⁰ vorstrukturierten System der gelben Tonne erfassen und entsorgen mittlerweile neun bundesweit tätige Unternehmen („duale Systeme“) Verkaufsverpackungen und bieten diese Leistungen den zum Nachweis flächendeckender Rücknahme verpflichteten Herstellern und Vertreibern verpackter Produkte an (z. B. durch Lizenzierung des „Grünen Punkts“). Seit dem Markteintritt von Wettbewerbern des ehemaligen Monopolisten Duales System Deutschland (DSD) im Jahr 2003²³¹ praktizieren die dualen Systeme eine gemeinsame Erfassung von Verkaufsverpackungen, bei der die DSD-Wettbewerber das jeweils lokal zuständige Erfassungsunternehmen anteilig mit beauftragten. Dessen Auswahl erfolgte bislang durch Ausschreibung allein von DSD, während die übrigen dualen Systeme keinen Einfluss auf die Ausschreibungen hatten. Die Kosten wurden anteilig zu den auf die einzelnen dualen Systeme entfallenden Anteile der Verpackungen („Lizenzmengenanteil“) verteilt. Das durch die 5. Novelle zur Verpackungsverordnung²³² eingeführte System der Kooperation der dualen Systeme unter Nutzung von wettbewerbsneutralen

Ausschreibungen konnte bislang aufgrund von Regelungslücken nicht wirksam werden.

536. Vor diesem Hintergrund hat das Bundeskartellamt 2011 in einem seit 2007 andauernden Verfahren eine kartellrechtskonforme Ausgestaltung der Ausschreibungscoordination zwischen den dualen Systemen erreicht.²³³ Dabei erfüllte erst das vierte von den dualen Systemen vorgelegte Vertragsmodell die kartellrechtlichen Anforderungen vollständig: Unter Beibehaltung des Mitbenutzungsmodells wird die umfassende Organisationsverantwortung für die Erfassungsleistung („Ausschreibungsführerschaft“) für die nach den Erfassungsgebieten differenzierten Ausschreibungen anteilig nach den Lizenzmengenanteilen zwischen den dualen Systemen im Losverfahren aufgeteilt, statt wie bisher allein durch DSD ausgeübt zu werden. Um Anreize zu möglichst effizienter Ausgestaltung der Erfassungsleistungen durch den jeweils Ausschreibungsverantwortlichen zu setzen, trägt dieser immer mindestens 50 Prozent der in seinem Gebiet anfallenden Kosten, was bei abweichenden Lizenzmengen bundesweit in der Mengenermittlung ausgeglichen wird. Weitere Bestimmungen flankieren die Wettbewerbsneutralität und Kartellrechtskonformität des Vertragssystems.²³⁴

537. Dieses Verfahren zeigt anschaulich, wie das Kartellrecht Leitlinien für gesetzlich geförderte und praktisch notwendige Koordinationen vorgeben kann und muss, um die (hier ausdrücklich vom Ordnungsgeber vorgesehene) Wettbewerbsneutralität nicht über das notwendige Maß hinaus zu beschränken.²³⁵ Das Aufbrechen eines bundesweiten Ausschreibungsmonopols auf nunmehr neun Ausschreibungsführer bringt die Vorzüge des Wettbewerbs zur Geltung, die gebietsweise Hauptkostenträger des jeweiligen Ausschreibungsführers beugt der Gefahr einer Ausnutzung verbleibender lokaler Monopole vor.

2.10.5.2 Autobahntankstellen

538. Die Autobahntankstellen in Deutschland werden weit überwiegend von der Tank & Rast GmbH betrieben und verwaltet; die frühere bundeseigene Gesellschaft wurde 1998 privatisiert. Dabei wurden die Einlieferungs- und Vertriebsrechte für Mineralölprodukte, insbesondere Motorkraftstoffe, bislang tankstellenweise an die verschiedenen Mineralölanbieter entsprechend deren Anteilen am bundesdeutschen Gesamtkraftstoffmarkt vergeben.²³⁶ Bei einer Überprüfung dieser Praxis nach Aufforderung durch die Beteiligten kam das Bundeskar-

²³⁰ Verpackungsverordnung vom 21. August 1998, BGBl. I S. 2379, zuletzt geändert durch Artikel 5 des Gesetzes vom 24. Februar 2012, BGBl. I S. 212. Insbesondere deren § 6 Absatz 3 und 7 sehen Kooperationspflichten der dualen Systeme vor.

²³¹ Vor allem vorbereitet durch die marktöffnende Entscheidung der Europäischen Kommission vom 17. September 2001 in einem Verfahren nach Artikel 81 EG-Vertrag und Artikel 53 EWR-Abkommen, COMP/34493 u. a. „DSD“, ABl. EG Nr. L 319 vom 4. Dezember 2001, S. 1; bestätigt durch EuG, Urteil vom 24. Mai 2007, Rs. T-289/01 „Der Grüne Punkt“; vgl. hierzu bereits Monopolkommission, Wettbewerbsfragen der Kreislauf- und Abfallwirtschaft, Sondergutachten 37, Baden-Baden 2003, Tz. 34 ff., 51 ff.

²³² Fünfte Verordnung zur Änderung der Verpackungsverordnung vom 2. April 2008, BGBl. I S. 531, in Kraft seit 1. Januar 2009.

²³³ Vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht 2007/2008, a. a. O., S. 154 f.; Tätigkeitsbericht 2009/2010, a. a. O., S. 106.

²³⁴ BKartA, Beschluss vom 30. November 2010, Verfahren B4-152/07; zusammenfassend Fallbericht vom 18. April 2011.

²³⁵ Vgl. § 6 Absatz 7 Verpackungsverordnung. Die hinter der Novelle stehenden Erwartungen wettbewerbsneutraler Koordinierung (vgl. die Entwurfsbegründung, Bundestagsdrucksache 16/6400 vom 19. September 2007, S. 15, 21) wurden nicht spontan erfüllt. Die dort vorgesehene „Gemeinsame Stelle“ leidet weiter an Details der in der Verordnung nicht geregelten Ausgestaltung.

²³⁶ Vgl. eingehender BKartA, Sektoruntersuchung Kraftstoffe, Abschlussbericht Mai 2011, S. 213 ff.

tellamt zu dem Ergebnis, dass vor dem Hintergrund einer gestiegenen Sensibilität gegenüber marktabschottenden Vertragspraktiken nunmehr gegenüber der – ursprünglich unter Mitwirkung des Bundeskartellamtes zustande gekommenen – Praxis Bedenken bestünden, sämtliche Vertriebsrechte für Kraftstoffe an Autobahntankstellen quotaal nach Gesamtmarktanteilen zu vergeben. Denn anders als früher stehe heute nicht mehr nur eine diskriminierungsfreie Rechtevergabe im Vordergrund der kartellrechtlichen Beurteilung. Inzwischen sei es für die Wettbewerbsaufsicht zunehmend bedeutsam geworden, Marktabschottungen zu vermeiden. So verhindere das Quotenmodell eine besondere Ausrichtung auf Autobahntankstellen sowie Markteintritte auf diesem Teilmarkt. Insbesondere stießen auch die Ermittlung der jeweiligen Quoten durch einen Arbeitskreis der betroffenen Unternehmen und die damit verbundene Fühlungnahme und Detailregelungen auf kartellrechtliche Bedenken.

539. Für eine Übergangsphase hat das Bundeskartellamt in Zusammenarbeit mit den Beteiligten auf eine kartellrechtskonforme Ausgestaltung der Quotenermittlung hingewirkt.²³⁷ Für das von 2013 an geltende, entsprechend den Bedenken des Bundeskartellamtes veränderte Vergabemodell der Tank & Rast wurde nach Durchführung eines Markttests sowie der Einholung eines Sachverständigengutachtens nach § 32c GWB entschieden, dass kein Anlass zu kartellbehördlichem Einschreiten bestehe.²³⁸ Dabei erfolgte eine Prüfung sowohl in Bezug auf das Missbrauchs- und Diskriminierungsverbot nach §§ 19, 20 GWB, Artikel 102 AEUV als auch nach § 1 GWB und Artikel 101 AEUV. Neben einer wettbewerbsneutralen Ausgestaltung des Quotenmodells und einer teilweisen Selbstbelieferung der Tank & Rast soll danach ein zunehmender Anteil der Vertriebsrechte an den betroffenen 293 Autobahntankstellen per Auktionsverfahren vergeben werden, für 2013 mindestens 30 Prozent. Das Gesamtsystem sowie die Auktions- und Vertragsbedingungen hat das Bundeskartellamt untersucht und einzelne Punkte, insbesondere solche, die auf Bedenken Beteiligter stießen, aus kartellrechtlicher Sicht genauer geprüft.

540. Auch in diesem Fall konnte die Beteiligung des Bundeskartellamtes an der Ausgestaltung des Vergabesystems einerseits einer über Jahrzehnte praktizierten Marktabschottung und wettbewerbswidrigen Koordinierung der Beteiligten entgegenwirken und durch die Prüfung der Ausschreibungs- und Vertragsbedingungen kartellrechtliche Probleme schon im Vorfeld einer Umsetzung ausräumen. Andererseits dürfte dieser behördliche Einfluss, insbesondere im Verbund mit dem durchgeführten Markttest, eine gleichzeitig reibungsarme und wettbewerbslichere Versorgung der Autobahntankstellen der Tank & Rast bewirken und nicht zuletzt hier die Rechtsklarheit und Rechtssicherheit erheblich verbessern. Auch dieses Verfahren zeigt die grundsätzliche Eignung angemessener Auktionssysteme für den Umgang mit monopolähnlichen Infrastrukturen. Bei der Ausschreibung im

Frühjahr 2012 haben für den ganz überwiegenden Anteil der betroffenen 87 Tankstellen allerdings wiederum vor allem Mitglieder des Oligopols (Shell, Agip, Total und Esso; Aral hat keine zusätzlichen Rechte erworben) den Zuschlag bekommen. Zusätzlich konnten einige Bietergemeinschaften mittelständischer Unternehmen Belieferungsrechte erwerben.²³⁹ Haben die Ergebnisse der Ausschreibung somit zwar nicht unmittelbar zu einer größeren wettbewerblichen Belegung der Marktstruktur beigetragen, wurden dennoch Markteintrittsmöglichkeiten für Newcomer geschaffen, die teilweise auch genutzt wurden. Der Ausgang der Ausschreibungen der kommenden Jahre und die Auswirkungen dieser Marktöffnung bleiben abzuwarten; insoweit erscheint der Monopolkommission eine Evaluation durch das Bundeskartellamt in den nächsten Jahren wünschenswert.

2.10.5.3 Fußball-Zentralvermarktung

541. Durch die zentrale Vermarktung der Medienrechte für die Übertragung der Fußballspiele der 1. und 2. Bundesliga durch die Deutsche Fußball Liga (DFL) wird mit einem Kartell der einzelnen Fußballvereine, denen grundsätzlich die Medienrechte an ihren Spielen zustehen, ein Monopol geschaffen, dem sich Rechteverwerter gegenübersehen. Diese Praxis war bis 2005 nach § 31 GWB 1998 von der Anwendung des Kartellverbots ausgenommen, seit dessen Streichung durch die 7. GWB-Novelle²⁴⁰ jedoch unterliegt sie den allgemeinen Freistellungsvoraussetzungen des § 2 GWB.²⁴¹ Daraus folgt insbesondere die Begrenzung von Wettbewerbsbeschränkungen auf das notwendige Mindestmaß sowie das Gebot, die Verbraucher angemessen an den Vorteilen der Zentralvermarktung zu beteiligen. Aufbauend auf einer Zusagenentscheidung der Europäischen Kommission in dieser Sache von 2005²⁴² vermochte das Bundeskartellamt bereits 2008 auf eine kartellrechtsgemäße Ausgestaltung der Vermarktungsbedingungen hinzuwirken, zu diesem Zeitpunkt noch ausschließlich auf die Fernsehvermarktung bezogen. Nach längeren Gesprächen mit dem Amt²⁴³ hatte sich die DFL schließlich dafür entschieden, eine angemessene Verbraucherbeteiligung durch das Angebot einer zeitnahen, attraktiven, gebündelten Highlight-Berichterstattung im Free-TV sicherzustellen.²⁴⁴

²³⁹ Vgl. Nicolai, B., Autobahntankstellen unter dem Hammer, Die Welt online, 10. Februar 2012.

²⁴⁰ Vgl. dazu die Begründung des Regierungsentwurfs, Bundestagsdrucksache 15/3630 vom 12. August 2004, S. 50.

²⁴¹ So stellt nach Auffassung der Monopolkommission und des Bundeskartellamtes die Zentralvermarktung jedenfalls eine bewirkte, möglicherweise auch eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung dar; vgl. in Bezug auf Artikel 101 AEUV hierzu zuletzt etwa EuGH, Urteil vom 4. Oktober 2011, Rs. C-403/08 u. a. „Premier League/Murphy“, Rn. 135 mit weiteren Nachweisen zur jüngeren Rechtsprechung.

²⁴² EU-Kommission, Beschluss vom 19. Januar 2005, COMP/C-2/37.214 „Gemeinsame Vermarktung der Medienrechte an der deutschen Bundesliga“, ABl. EU Nr. L 134 vom 27. Mai 2005, S. 46.

²⁴³ Vgl. insbesondere das Hintergrundpapier des Bundeskartellamtes zur Pressekonferenz am 24. Juli 2008 zum Thema „Zentralvermarktung der Verwertungsrechte der Fußball Bundesliga ab dem 1. Juli 2009“; vgl. dazu vor allem aus prozessualer Sicht OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. September 2009, VI-Kart 1/09 (V).

²⁴⁴ Vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht 2007/2008, a. a. O., S. 157.

²³⁷ Vgl. ebenda, S. 220; insbesondere sollte die Quotenermittlung nicht mehr kooperativ, sondern unter Mitwirkung des Bundeskartellamtes und eines neutralen Gutachters erfolgen.

²³⁸ BKartA, Beschluss vom 14. Januar 2011, B8-95/10.

542. Unter Berücksichtigung der zwischenzeitlichen Veränderungen in der Medienlandschaft erarbeitete die DFL schließlich 2011 vom Bundeskartellamt überprüfte Rahmenbedingungen der Zentralvermarktung für die Spielzeiten ab 2013/2014. Dieses Vermarktungsmodell ist Grundlage einer Entscheidung des Amtes nach § 32b GWB, die entsprechende Verpflichtungszusagen der DFL für bindend erklärt.²⁴⁵ In der Ausschreibung der DFL wurden danach unterschiedliche Pakete für die Live-Übertragung sowie für die zeitversetzte zusammenfassende Highlight-Berichterstattung (Zusammenfassungen) zur exklusiven Lizenzierung angeboten. Zudem wurde teilweise zwischen Verbreitungsarten, nämlich zwischen „Broadcast“ (Kabel, Satellit, Terrestrisch), „Netcast I“ (IPTV) und „Netcast II“ (Web-TV und Mobile-TV) unterschieden. Sechs Live-Pakete für Bundesliga und 2. Bundesliga wurden ausgeschrieben: Vier Pakete enthalten nur Pay-TV-Rechte (Fernsehsendungen mit einer programmbezogenen Entgeltfestsetzung, Pakete A bis D) und zwei nur Free-TV-Rechte (Fernsehsendungen ohne programmbezogene Entgeltfestsetzung, Pakete E bis F). Die Pakete A bis C (die Live-Spiele plus Live-Konferenz der Bundesliga und sofortiger Highlight-Berichterstattung) wurden dabei getrennt nach Verbreitungsarten ausgeschrieben, wobei ein Anbieter alle Pakete erwerben konnte. Die Ausschreibung der Live-Rechte erfolgt kombiniert mit zwei alternativen Free-TV-Highlight-„Szenarien“. In Szenario I ist die erste Highlight-Berichterstattung des Spieletages im Fernsehen vorgesehen. In Szenario II würde die Highlight-Berichterstattung zunächst über Web-TV bzw. mobile Übertragung erfolgen; die früheste Fernsehberichterstattung ist hier für 21.45 Uhr vorgesehen.

Eckpunkte des Vergabeverfahrens, die eine faire, diskriminierungsfreie und transparente Ausschreibung sicherstellen sollen, sind ebenfalls Teil der Zusagenentscheidung.²⁴⁶ Umfassende Dokumentierungspflichten des Vergabeprozesses unterstreichen die Selbstverpflichtungen der DFL. Am Kartellamtsverfahren waren aktuelle Lizenznehmer beteiligt; potenzielle Rechtenachfrager, andere Marktteilnehmer sowie die 36 Fußballklubs der 1. und 2. Bundesliga wurden zu unterschiedlichen Sachverhalten befragt; die Marktverhältnisse wurden eingehend ermittelt.

543. Durch die Mitwirkung an der Ausgestaltung der einzelnen Rechtepakete sowie des Vergabeverfahrens konnte das Bundeskartellamt die Einhaltung der Freistellungsbedingungen, insbesondere die angemessene Beteiligung der Verbraucher an den Vorteilen dieses vertraglichen „Monopols“²⁴⁷ sowie die Diskriminierungsfreiheit gegenüber den Rechtenachfragern, sicherstellen. Grund-

lage vor allem der Einschätzung von Highlight-Berichterstattungen waren konkrete Zuschauerpräferenzen, die für die Vergangenheit repräsentativ vorlagen. Dabei wurden jedoch keine konkreten Marktergebnisse vorgegeben. Ziel war vielmehr, den Marktprozess vor spezifischen Marktzutrittsschranken zu schützen. Die bei Verfahren des Bundeskartellamtes übliche breite Befragung interessierter Kreise unterstützte die Berücksichtigung aller wesentlichen Gesichtspunkte.

544. In einem ähnlichen Verfahren waren die kartellrechtlichen Probleme weit geringer: die Vergabe der Übertragungsrechte an Spielen um den DFB-Pokal für die Spielzeiten 2008/2009 bis 2011/2012 erfolgte nicht exklusiv. Das Vermarktungskonzept des DFB sah eine weitreichende parallele Ausstrahlung der wichtigsten Live-Spiele im Free- und Pay-TV vor. Hinzu kam eine Highlight-Berichterstattung im Free-TV kurz nach Abpfiff des letzten Spiels eines jeden Spieletages. Durch diese parallele Verfügbarkeit erschien eine angemessene Verbraucherbeteiligung an den Vorteilen der kartellierenden Zentralvermarktung sichergestellt. Mangels akuter wettbewerblicher Bedenken forderte das Bundeskartellamt den DFB lediglich auf, nicht nur beim Abschluss neuer Verträge, sondern auch bei etwaigen Vertragsverlängerungen oder Vertragsöffnungen ein offenes und transparentes Ausschreibungsverfahren sicherzustellen, um keine direkten Nachfrager (Rechteinhaber) vom Markt auszuschließen.²⁴⁸

545. In beiden Fällen dürfte die gefundene Lösung funktionierenden Wettbewerb befördern. Dabei ist insbesondere hervorzuheben, dass von den zulässigen Wettbewerbsbeschränkungen neben den Veranstaltungen und den Rechteinhabern alle betroffenen Verbraucher profitieren, während nach der aufgehobenen Sondervorschrift des § 31 GWB 1998 die Förderung des Jugend- und Amateursports genügt. Die nach der 7. GWB-Novelle auch für die Sportrechte-Zentralvermarktung geltende allgemeine Vorschrift des § 2 GWB stellt also eine breitere Weitergabe der kartellbedingten Vorteile sicher. Vor allem in Hinsicht auf zukünftige Entwicklungen ist zudem die im Wettbewerb mögliche höhere Dynamik wertvoll, die eine bessere Anpassung an sich verändernde Rahmenbedingungen und insbesondere Konsumentenpräferenzen möglich macht.

2.10.5.4 Fazit

546. Die untersuchten Fälle zeigen anschaulich, wie effektiver Wettbewerbsschutz durch die kartellrechtsgemäße Ausgestaltung von Ausschreibungen funktionieren kann. Dabei sind regelmäßig sowohl die Freistellungs Voraussetzungen nach § 2 GWB als auch das Missbrauchs- und Diskriminierungsverbot nach §§ 19, 20 GWB maßgeblich. Insbesondere der Zuschnitt der einzelnen Lose und die Bedingungen des Vergabeverfahrens sind kritisch für die Wettbewerbsneutralität derartiger Ausschreibungen. Die Autorität, der Marktüberblick und die Aus-

²⁴⁵ Vgl. BKartA, Beschluss vom 12. Januar 2012, B6-114/10.

²⁴⁶ Zu den Vorgaben des Bundeskartellamtes vgl. ebenda, S. 37 ff.

²⁴⁷ Das Bundeskartellamt geht von einem Marktanteil der DFL von über 60 Prozent auf dem nationalen Markt für Medienübertragungsrechte an ganzjährig ausgetragenen Fußballwettbewerben aus; vgl. BKartA, B6-114/10, S. 11 ff. Dabei dürfte die nachfrageseitige Substituierbarkeit zu den Medienrechten der beiden Wettbewerber DFB und UEFA teilweise, zu sonstigen Sportübertragungsrechten deutlich beschränkt sein.

²⁴⁸ Vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht 2007/2008, a. a. O., S. 157 f.

kunftsbefugnisse des Bundeskartellamtes erleichtern eine umfassende, vorausschauende Berücksichtigung möglicher wettbewerblicher Probleme. Entsprechend der Konzeption des § 32b GWB kann das Bundeskartellamt den Unternehmen dabei nur begrenzt konkrete Vorgaben machen; vielmehr werden die Vorschläge der Unternehmen nach Maßgabe der marktbezogenen Bedenken des Bundeskartellamtes überprüft. Das schließt jedoch nicht aus, dass das Amt seine Bedenken genau artikuliert und konkrete Vorschläge zur Ausgestaltung macht, insbesondere soweit Abhilfemaßnahmen im Sinne des § 32 Absatz 2 GWB vorbereitet werden.

547. Die Wirkung solcher kartellamtlicher Überprüfung von Ausschreibungen ist eine doppelte: Neben der zukunftsgerichteten allgemeineren Sicherstellung kartellrechtmäßigen Verhaltens und der Herstellung von Rechtssicherheit wirken die Vorgaben des Bundeskartellamtes auf einen fairen Bieterwettbewerb und die Verhinderung von Marktverschließungseffekten hin. Die Interessen der Verbraucher werden dadurch ebenso geschützt wie die Entwicklungsoffenheit des wettbewerblichen Prozesses. Allerdings bedeuten derartige Verfahren einen erheblichen behördlichen Aufwand. Vor dem Hintergrund der Selbsteinschätzungspflicht der Unternehmen und der begrenzten Ressourcen des Bundeskartellamtes kommt dessen Tätigwerden vor allem in volkswirtschaftlich bedeutenden Märkten sowie in Fällen mit breiter Ausstrahlungswirkung in Betracht.

548. Der Gefahr, durch zu genaue Vorgaben unternehmerische Entwicklungsspielräume und Marktentwicklungen unnötig zu beschränken, begegnet das Bundeskartellamt regelmäßig auch dadurch, dass beschränkte Laufzeiten der betroffenen Ausschreibungsmodelle, teilweise auch laufende Überprüfungen vorgesehen werden. In jedem Fall bleibt ein Wiederaufgreifen des Verfahrens nach § 32b Absatz 2 GWB möglich, wenn sich die tatsächlichen Verhältnisse in einem für die Verfügung wesentlichen Punkt nachträglich geändert haben.

549. Die Monopolkommission begrüßt die Bestrebungen des Bundeskartellamtes, durch die Prüfung von Ausschreibungsdesigns in kartellrechtlich relevanten Situationen Wettbewerb zu fördern und hält den gewählten Ansatz grundsätzlich für sehr gut geeignet. Insbesondere soweit früheres staatliches Handeln, wie lückenhafte gesetzliche Ausgestaltung oder mangelnde Privatisierungsvorgaben, den Grund für Wettbewerbsverzerrungen geschaffen hat, kann ein Eingreifen des Bundeskartellamtes im öffentlichen Interesse geboten erscheinen, wenn auch derartige Verfahren oft eine nicht unerhebliche Belastung der begrenzten Ressourcen des Bundeskartellamtes bedeuten.

2.10.6 Abkauf von Wettbewerb

550. In einem Vergabenachprüfungsverfahren vor dem Bundesgerichtshof konnte das Bundeskartellamt eine kartellrechtswidrige Einigung auf Antragsrücknahme zwischen dem Antragsteller Abellio Rail NRW GmbH und der Verfahrensbeteiligten DB Regio NRW GmbH, die von dem fehlerhaften Vergabeverfahren profitiert hatte,

durch Androhung der Eröffnung eines Bußgeldverfahrens verhindern. Streitgegenstand zwischen Abellio und dem Antragsgegner Verkehrsverbund Rhein-Ruhr (VRR) war die Verlängerung eines Verkehrsvertrags zwischen dem VRR und DB Regio NRW ohne vorhergehende Ausschreibung. Nach der angegriffenen Vereinbarung sollte DB Regio NRW statt wie ursprünglich vorgesehen bis 2018 nun bis 2023 Verkehrsleistungen im VRR erbringen.²⁴⁹ Abellio war interessiert an der Übernahme von Teilen der so verlängerten Verkehrsverträge, hatte seine Aussichten auf einen Markteintritt vereitelt gesehen und bei der zuständigen Vergabekammer Münster einen Nachprüfungsantrag gestellt. Die Vergabekammer hatte festgestellt, dass eine förmliche Ausschreibung erforderlich gewesen wäre, und die Verlängerung des Verkehrsvertrags für unwirksam erklärt.²⁵⁰ Das vom VRR angerufene Oberlandesgericht Düsseldorf teilte die Auffassung der Vergabekammer, sah sich jedoch durch eine abweichende Entscheidung des Oberlandesgerichts Brandenburg an einer Entscheidung gehindert²⁵¹ und legte die Sache dem Bundesgerichtshof vor. Offenbar um eine Grundsatzentscheidung zu vermeiden, hatte DB Regio NRW Abellio zur Antragsrücknahme aufgefordert und als Gegenleistung angeboten, diese als Subunternehmer auf einigen der betroffenen Strecken einzusetzen. Die Vergleichsverhandlungen waren dem Bundeskartellamt bekannt geworden; auf dessen Mitteilung kartellrechtlicher Bedenken hin sahen die Beteiligten von weiteren Vergleichsverhandlungen ab. Der Bundesgerichtshof entschied kurz darauf im Sinne der Vergabekammer und des Oberlandesgerichts Düsseldorf.²⁵²

551. Der durch das Bundeskartellamt verhinderte Vergleich hätte den Wettbewerbsdruck, der von Abellio auf DB Regio NRW ausgeübt wurde, beseitigt. Statt wie ursprünglich und jetzt infolge der Entscheidung des Bundesgerichtshofs geplant an der Ausschreibung von Verkehrsverträgen durch den VRR teilzunehmen, hätte Abellio mit dem Vergleich darauf verzichtet. Diese Wettbewerbsbeschränkung wäre auch nicht durch den verhandelten Subunternehmervertrag kompensiert worden. Denn Abellio hätte die Verkehrsleistungen nur abhängig von DB Regio NRW erbracht, ohne auf dem Aufgabenträgermarkt direkt in Leistungsbeziehungen mit dem VRR zu stehen. Insbesondere die Verbindung zwischen dem Verzicht auf Wettbewerb und einer wirtschaftlichen Gegenleistung qualifiziert das Vergleichsvorhaben als kartellrechtswidrigen Abkauf von Wettbewerb.

552. Grundsätzlich stellen alle Verträge, in denen ein Unternehmen einem Wettbewerber für die Nichtausübung von Wettbewerbschancen Gegenleistungen verspricht, Kartelle dar, die nur in Ausnahmefällen freistellungsfähig

²⁴⁹ Vgl. zu den rechtlichen und tatsächlichen Hintergründen im Einzelnen bereits Monopolkommission, Bahn 2011: Wettbewerbspolitik unter Zugzwang, Sondergutachten 60, Baden-Baden 2011, Tz. 255 ff.

²⁵⁰ VK Münster, Beschluss vom 18. März 2010, VK 1/10.

²⁵¹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Juli 2010, VII-Verg 19/10.

²⁵² BGH, Beschluss vom 8. Februar 2011, X ZB 4/10 „S-Bahn-Verkehr Rhein/Ruhr“; vgl. dazu eingehender Monopolkommission, Sondergutachten 60, a. a. O., Tz. 248 ff.

sein dürften. Vergleiche räumen jedoch Unsicherheiten aus und können durch Herstellung einer eindeutigen Rechtslage im Ganzen positive Wettbewerbswirkungen haben. Daher können sie grundsätzlich vom Kartellverbot ausgenommen sein, soweit ein ernsthafter, objektiv begründeter Anlass zur Bejahung des durch den Vergleich beigelegten Anspruchs besteht und die wettbewerbsbeschränkenden Abreden nicht über das hinausgehen, was auch bei objektiver Beurteilung zweifelhaft sein kann.²⁵³ Dabei ist jedoch stets der wettbewerbliche Effekt im Markt zu berücksichtigen.²⁵⁴ Ein weitgehender Ausschluss von Wettbewerb kann nur durch die Beseitigung weitreichender, vor allem tatsächlicher Unsicherheiten im Vergleich aufgewogen werden. Die Beseitigung von Unsicherheit über die Auslegung von Gesetzen hingegen ist deutlich kritischer zu betrachten, insbesondere soweit sich die Streitigkeit bereits vor den Gerichten befindet.²⁵⁵ Denn hier gilt auch das Interesse der Rechtsgemeinschaft an der Klärung eben jener rechtlichen Unsicherheit. Vorliegend kam es jedoch nicht auf diese Unterscheidung an, da die – hier streitigen – Vorschriften des Vergaberechts nicht zur Disposition der Anwender bzw. Dritter stehen. Bei der Anwendung des Vergaberechts sind immer Interessen Dritter und der Öffentlichkeit berührt. Gegenleistungen für den Verzicht auf vergaberechtliche Anfechtungsrechte erscheinen vor diesem Hintergrund stets problematisch.

2.11 Fazit: Effiziente Beschränkung der Privatautonomie mit Effektivitätspotenzial

553. Die heutige Rechtssituation von Kartellen entspricht grundsätzlich der Umkehrung der ersten deutschen Kartellgesetzgebung, nach der Kartelle grundsätzlich erlaubt und nur deren Missbrauch verboten waren.²⁵⁶ Dabei wird die Privatautonomie, das Recht zur freien rechtlichen Betätigung, einerseits insoweit eingeschränkt, als bestimmte kooperative Verhaltensweisen verboten sind. Andererseits schützt das Kartellverbot gerade die autonome Entscheidungsfindung der Unternehmen. Denn grundsätzlich bietet vor allem der Wettbewerb zwischen

unabhängigen Unternehmen die Gewähr für allokativen, produktiven und dynamischen Effizienz.²⁵⁷ Vielfalt und Anpassungsfähigkeit unabhängiger Unternehmen schaffen Anreize, Kundenpräferenzen besser und günstiger zu erfüllen, verbesserte Produkte und Produktionsverfahren zu erfinden und einzusetzen; Pfadabhängigkeiten werden minimiert. Kartelle sind hingegen oftmals „Kinder der Not“.²⁵⁸ Mit ihnen wird regelmäßig bezweckt, den Kartellbrüdern zu deren eigenem Vorteil Anpassungen und die Unsicherheit des Wettbewerbs zu ersparen, ohne den Schaden für Dritte zu berücksichtigen.

554. Soweit privat initiierte Koordination von Unternehmen Vorteile auch für Dritte hat, kann sie vom Kartellverbot ausgenommen oder freigestellt sein. Voraussetzung für derartige Freistellungen ist seit 2005 lediglich, dass die Wettbewerbsbeschränkung eines der in § 2 GWB aufgeführten legitimen Ziele verfolgt und dabei nicht über das dafür notwendige Maß hinausgeht, dass die Verbraucher an den Vorteilen der Kooperation einen angemessenen Anteil erhalten und dass der Wettbewerb nicht für einen wesentlichen Teil der betroffenen Waren ausgeschaltet werden kann. Nach dieser mit der 7. GWB-Novelle aus dem europäischen Recht übernommenen Legal Ausnahme gilt die Freistellung unmittelbar ex lege und unterliegt in erster Linie der Selbsteinschätzung der Unternehmen und ihrer Berater. Angesichts der weiten Freistellungsmöglichkeiten sind kaum gesamtwirtschaftlich wünschenswerte Kartelle vorstellbar, die nicht freistellungsfähig wären.

555. Allerdings folgt aus der Weite der Kriterien eine erhebliche Unschärfe im Grenzbereich zwischen offenkundig zulässigen und erkennbar verbotenen Vereinbarungen; Legalität oder Illegalität einer Vereinbarung kann nicht mehr ohne weiteres festgestellt werden. Auch die EU-Gruppenfreistellungsverordnungen können, selbst in Verbindung mit deren Auslegung in den entsprechenden Leitlinien, diese Unsicherheit nur teilweise beseitigen. Zudem empfinden viele Anwender diese offenbar einmal als zu allgemein, zum Zweiten als zu kompliziert und drittens als zu wenig weitgehend.

556. Eine derartige Kritik wird zwar häufiger gegen detaillierte Ausnahmeregelungen vorgebracht, deutet hier aber auch auf das Grundproblem des mit dem „more economic approach“ und dessen Umsetzung des durch die Legal Ausnahme intendierten Abwägens im Einzelfall hin.²⁵⁹ Eine vollständig wirkungsbasierte Trennung zwischen legalen und illegalen Kartellen führt oft auf die gesetzlichen Vermutungs- und Beweislastregeln zurück –

²⁵³ So bereits BGH, Urteil vom 22. Mai 1975, KZR 9/74, WuW/E BGH 1385, 1387 „Heilquelle“, BGHZ BGHZ 65, 147; Urteil vom 21. April 1983, I ZR 201/80 „Vertragsstrafenrückzahlung“, WuW/E BGH 2003, 2005. Maßstab kann dabei nur eine summarische Prüfung sein; vgl. eingehender etwa Zimmer, D., in: Immenga/Mestmäcker, a. a. O., § 1 Rn. 190 f. mit weiteren Nachweisen.

²⁵⁴ So für das Unionsrecht EuGH, Urteil vom 27. September 1988, Rs. 65/86 „Bayer/Süllhöfer“, Slg. 1988, 5249, Rn. 15 ff., 21.

²⁵⁵ Vgl. für eine Einschränkung der oben aufgeführten Formel des Bundesgerichtshofs bereits Schmidt, K., Kartellverbot und „sonstige Wettbewerbsbeschränkungen“, Köln u. a. 1978, S. 87, Fn. 142.

²⁵⁶ So nach der als Kartellverordnung bekannten Verordnung gegen den Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen“ vom 2. November 1923, RGBl. S. 1067. Ähnlich bereits die Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Gewerbefreiheit; vgl. Urteil vom 25. Juni 1890, RGZ 28, 238 „Rabattkartell des Börsenvereins“. Im Urteil vom 4. Februar 1897, RGZ 38, 155, 158 „Sächsisches Holzstoffkartell“, wurde allerdings die Zulässigkeit von Kartellen bereits differenziert betrachtet. Vgl. zum Ganzen etwa Möschel, W., Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Köln u. a. 1983, S. 16 ff., sowie Schmoedel, M., Rechtsgeschichte der Wirtschaft: seit dem 19. Jahrhundert, Tübingen 2008, S. 243 ff.

²⁵⁷ Vgl. hierzu aus spieltheoretischer Perspektive anschaulich etwa Engel, C., Wettbewerb als sozial erwünschtes Dilemma, in: Engel, C./Möschel, W. (Hrsg.), Recht und spontane Ordnung, Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum 80. Geburtstag, Baden-Baden 2006, S. 155 ff.

²⁵⁸ So anschaulich bereits Kleinwächter, F., Die Kartelle. Ein Beitrag zur Frage der Organisation der Volkswirtschaft, Innsbruck 1883, S. 143.

²⁵⁹ Vgl. hierzu bereits eingehend Monopolkommission, Sondergutachten 28, a. a. O., 1999, Tz. 22 ff., 45 ff.; Folgeprobleme der europäischen Kartellverfahrensreform, Sondergutachten 32, Baden-Baden, 2002, Tz. 24 ff., 64 ff., 76 ff.

nicht zuletzt wegen der unvermeidlichen Unschärfe der Bestimmung einzelner und kumulativer Effekte und der Unsicherheit notwendiger Prognosen.

557. Faktisch ist eine Tendenz des Bundeskartellamtes zu beobachten, die Verfolgung auf Fälle klar kartellrechtswidrigen Verhaltens zu konzentrieren. Die Ausgliederung der Zuständigkeit für Hardcore-Kartelle auf spezialisierte Beschlussabteilungen befreit zwar die für die einzelnen Wirtschaftszweige zuständigen Beschlussabteilungen von deren Verfahrensaufwand und ist deshalb zu begrüßen. In der Praxis lässt sich auch beobachten, dass für anerkannt und eindeutig wettbewerbsbeschränkende Praktiken bislang kaum substantiiert Effizienzreden vorgetragen werden. Insoweit scheint die Beweislastverteilung für die Freistellungsvoraussetzungen des § 2 Absatz 1 GWB, Artikel 101 Absatz 3 AEUV zulasten der Unternehmen wirksam zu sein. Hier kommen der Effizienz des kartellamtlichen Handelns insbesondere auch die Instrumente zur informellen Verfahrensbeendigung zugute.

558. Allerdings sieht sich das Bundeskartellamt in weniger eindeutigen Fällen, in denen etwa eine Vielzahl von einzeln nicht als kartellrechtswidrig anerkannten Beschränkungen zusammenwirkt, mitunter vehementen Verteidigungshaltungen seitens der Unternehmen gegenüber.²⁶⁰ Dabei ist oft schon konzeptionell nicht zu unterscheiden, wie weit diese von Effizienzen und wie weit von Kartellrenten motiviert sind. In ihrer Summe und Breite können derartige „unterschwellige“ Wettbewerbsbeschränkungen allerdings schwerwiegende Folgen haben, deren Nachweis regelmäßig jedoch aufwendig und unsicher ist. Danach entspricht eine Konzentration der amtlichen Verfolgung auf eindeutige Fälle angesichts der Ressourcenbeschränkungen des Bundeskartellamtes grundsätzlich dem Effizienzgebot. Allerdings würde dies auf längere Sicht zu einer faktischen Geltungseinschränkung des Kartellverbots führen.

559. Vor diesem Hintergrund begrüßt und ermutigt die Monopolkommission die Bestrebungen des Bundeskartellamtes, auch in weniger eindeutigen Bereichen von ihrer Wirkung her kartellrechtswidrige Vereinbarungen zu unterbinden bzw. auf freistellungsfähige Mindestmaße zu beschränken. Beispielhaft können hier die oben diskutierten Marktinformationssysteme, aber auch Einkaufskooperationen und Gemeinschaftsunternehmen genannt werden.

560. Neben den Durchsetzungsschwierigkeiten des Kartellrechts im Graubereich hat die Abschaffung des Anmeldeverfahrens für Kartelle auch ein erhebliches Informations- und Transparenzdefizit für die Kartellbehörden mit sich gebracht. Anders als vor der 7. GWB-Novelle fehlt der Behörde häufig das Wissen um die Vertragsstrukturen in den einzelnen Branchen. Dieser Mangel kann auch durch aufwendige Sektoruntersuchungen nur teilweise kompensiert werden.²⁶¹ Für die Unter-

nehmen wiederum geben auch qualifizierte anwaltliche Einschätzungen der kartellrechtlichen Zulässigkeit von Vereinbarungen unter Umständen nicht die insbesondere bei langfristig wirkenden Vereinbarungen notwendige Rechtssicherheit, die unter dem früheren Anmeldesystem möglich war.²⁶² Während das Rechtssicherheitsproblem erst durch eine längere Verwaltungspraxis lösbar ist, dürfte das amtliche Informationsdefizit auch durch vermehrte Untersuchungen einzelner Wirtschaftssektoren und durch innovative Untersuchungsinstrumente jedenfalls kurzfristig nicht und mittelfristig nur teilweise beherrschbar sein.

561. In diesem Zusammenhang weist die Monopolkommission auf die Möglichkeiten hin, mit statistischen und ökonomischen Methoden Märkte zu untersuchen, um unabhängig von Bonusanträgen Indizien für kartellrechtswidrige Absprachen zu sammeln. Derartige forensische Untersuchungen erlauben infolge von Besonderheiten beispielsweise des Preissetzungs- und Preisänderungsverhaltens Rückschlüsse auf bestehende Kartellabsprachen, die weitere Untersuchungen rechtfertigen und zur Aufdeckung von Kartellen führen können.²⁶³ So sind in kartellierten Märkten typischerweise Preisänderungen seltener als bei funktionierendem Wettbewerb.²⁶⁴

Zwar lassen sich mit den bisher verfügbaren Instrumenten lediglich Indizien für Kartellabsprachen ermitteln, während es zu deren Nachweis noch konkreterer Beweise bedarf. Durch den regelmäßigen Einsatz derartiger Instrumente könnte sich jedoch auf mittlere Sicht eine deutliche Steigerung der Abschreckungswirkung des Kartellverbots ergeben, insbesondere soweit geeignete Marktdaten, etwa aus Sektoruntersuchungen und/oder Fusionskontrollverfahren, verfügbar sind.²⁶⁵

562. Die kartellamtliche Untersuchung der tatsächlichen koordinativen Auswirkungen von Gemeinschaftsunternehmen, (gegenseitigen) Minderheitsbeteiligungen und strategischen Partnerschaften unter dem Blickwinkel

²⁶² Vgl. ebenda, Tz. 33 ff.

²⁶³ Vgl. hierzu etwa Porter, R./Zona, D., Detection of Bid-Rigging in Procurement Auctions, *Journal of Political Economy* 101(3), 1993, S. 518–538; Porter, R./Zona, D., Ohio School Milk Markets: An Analysis of Bidding, *Rand Journal of Economics* 30(2), 1999, S. 263–288; Bajari, P./Ye, L., Deciding Between Competition and Collusion, *Review of Economics and Statistics* 85(4), 2003, S. 971–989; Abrantes-Metz, R. u. a., A Variance Screen for Collusion, *International Journal of Industrial Organization*, 24(3), 2006, S. 467–486; Harrington, J., Detecting Cartels, in: Buccrossi, P. (Hrsg.), *Handbook in Antitrust Economics*, Cambridge, Mass. 2008, S. 213–258; Connor, J., Forensic Economics: An Introduction with Special Emphasis on Price Fixing, *Journal of Competition Law & Economics* 4(1), 2008, S. 31–59.

²⁶⁴ Vgl. hierzu etwa von Blanckenburg, K./Geist, A./Kholodilin K., The Influence of Collusion on Price Changes: New Evidence from Major Cartel Cases, (erscheint demnächst in: *German Economic Review*); Andreoli-Versbach, P., Collusion Through Delayed Pricing: Evidence from the Italian Petrol Market, May 17, 2011.

²⁶⁵ Vgl. etwa Friederiszick, H./Maier-Rigaud, F., Triggering Inspections ex officio: Moving Beyond a Passive EU Cartel Policy, *Journal of Competition Law & Economics* 4(1), 2008, S. 89–113; Ghosal, V., The Law and Economics of Enhancing Cartel Enforcement: Using Information from Non-Cartel Investigations to Prosecute Cartels, CESifo Working Paper Series No. 3506, June 2011.

²⁶⁰ Vgl. etwa Tz. 443.

²⁶¹ Vgl. hierzu bereits eingehend Monopolkommission, Sondergutachten 28, a. a. O., Tz. 28 ff.

des Kartellverbots²⁶⁶ hat im Gutachtenzeitraum an Bedeutung gewonnen,²⁶⁷ erscheint jedoch weiter ausbaufähig. Insgesamt lässt sich feststellen, dass das Kartellverbot im Bereich von Hardcorekartellen effizient durchgesetzt wird, im Bereich freistellungsfähiger Vereinbarungen jedoch noch hinter seiner vollen Wirksamkeit zurückbleibt. Dabei sollte das Bundeskartellamt auch in letzterem Bereich die faktische Geltung des Kartellverbots weiter mit Advocacy-Maßnahmen unterstützen.

3. Missbrauchsaufsicht durch das Bundeskartellamt

3.1 Missbrauchsaufsicht in Oligopolmärkten, insbesondere im Kraftstoffmarkt

563. Grundsätzlich ist auch der Missbrauch gemeinschaftlicher Marktmacht unzulässig. Die Praxis des Bundeskartellamtes tut sich jedoch mit den Nachweisanforderungen regelmäßig schwer,²⁶⁸ sodass in jüngerer Zeit keine Verfahren auf dieser Grundlage zu beobachten waren. Das Amt greift allerdings derartige Sachverhalte regelmäßig über zwischen den Oligopolisten bestehende gesellschaftsrechtliche und vertragliche Verflechtungen in Kartellverfahren auf.²⁶⁹

564. Im Tankstellenmarkt hat das Bundeskartellamt im Rahmen der Sektoruntersuchung Kraftstoffe erneut ein wettbewerbsloses Oligopol festgestellt.²⁷⁰ Neben der Symmetrie der weit überwiegend vertikal integrierten größeren Marktteilnehmer, diversen weiteren Strukturmerkmalen eines Oligopols sowie zahlreichen gesellschaftsrechtlichen und vertraglichen Verflechtungen ist als Indikator für die Reaktionsverbundenheit der Anbieter insbesondere der Verlauf von Preisbewegungen an den Tankstellen bedeutsam. Das Bundeskartellamt hatte Angaben zu Preisen und Mengen für ausgewählte Tankstellen²⁷¹ in vier Modellregionen für den Zeitraum von Anfang 2007 bis Mitte 2010 von den Mineralölunternehmen abgefragt und diese Preisdaten eingehend analysiert. Dabei ließen sich im Wochen- und Tagesverlauf regelmäßig größere Preisanhebungen beobachten, auf die ein langsames „Abbröckeln“ der Preise folgte, bis wieder sprunghafte Preiserhöhungen zu beobachten waren.²⁷² Diese Preiserhöhungsrunden gehorchten in aller Regel einheitlichen Mustern hinsichtlich der typischen Anfangszeitpunkte von Preiserhöhungsrunden, der Rolle von Aral und Shell als Initiatoren sowie der regelmäßig gleichen Reaktionszeiten der anderen Oligopolisten, die sich fast durchgehend an sämtlichen Preiserhöhungsrunden beteiligten.²⁷³ Die Handelsmargen als Differenz zwischen Großhandels- und Nettoverkaufspreis variierten dabei insbesondere nach einem wöchentlichen Muster und waren montags in der Regel am niedrigsten. Zusätzlich war vor den Osterfeiertagen eine besonders ausgeprägte Preissteigerung zu beobachten, die nur zu einem Bruchteil durch einen entsprechenden Anstieg der Großhandelspreise und nicht durch einen Anstieg der verkauften Mengen erklärbar war.²⁷⁴

565. Während dieser Befund eines wettbewerbslosen Oligopols jedenfalls gut begründet erscheint, ist speziell die Bewertung der beobachteten Preisbewegungen, die in der Literatur als „Edgeworth-Zyklen“ beschrieben werden, noch ungeklärt.²⁷⁵ Die parallelen Preisbewegungen in diesem Markt könnten zum einen insoweit Ausdruck funktionsfähigen Wettbewerbs sein, als Wettbewerber zeitnah ihren Verkaufspreis an Marktveränderungen anpassen und damit unmittelbar auf den Wettbewerbsdruck reagieren.²⁷⁶ Zum anderen sind gerade derart häufige Preisbewegungen typische Zeichen für Preissetzungen im Oligopol, wobei häufige Preisbewegungen die oligopolistische Koordination zwar einerseits theoretisch erleichtern können,²⁷⁷ andererseits aber in der empirischen Literatur eher als Beleg

²⁶⁶ Vgl. hierzu Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 505 ff., 512 ff.

²⁶⁷ Vgl. etwa Tz. 733 ff., 735.

²⁶⁸ Vgl. statt vieler bereits Möschel, W., Der Oligopolmissbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 1974, S. 134 ff. sowie passim.

²⁶⁹ Vgl. Tz. 470 ff. sowie Tz. 733 ff., 736.

²⁷⁰ Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Kraftstoffe, Abschlussbericht Mai 2011, S. 43 ff.; ebenso bereits BKartA, Beschluss vom 29. April 2009, B8-175/08 „Total Deutschland/OMV Deutschland“ (dazu bereits Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 605 f.); aufgehoben durch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 4. August 2010, 2 Kart 6/09 (V) „Total/OMV“; dieser wiederum aufgehoben und zur weiteren Sachverhaltsaufklärung zurückverwiesen durch BGH, Beschluss vom 6. Dezember 2011, KVR 95/10 „Total/OMV“; vgl. zu Letzterem auch Tz. 708.

²⁷¹ Die Tankstellen waren 19 größeren Mineralölunternehmen zugeordnet, dabei wurden diejenigen der fünf Oligopolmitglieder und der übrigen vertikal integrierten Anbieter voll, die weiterer regional oder lokal tätiger Mineralölunternehmen unterschiedlicher Größe teilweise erfasst.

²⁷² Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Kraftstoffe, Abschlussbericht Mai 2011, S. 80 ff., insbesondere S. 93 ff.: Preiserhöhungen wurden vornehmlich von Montag bis Donnerstag in den Abendstunden sowie freitags bereits ab mittags vorgenommen. In dem Zeitraum Montag von 18 bis 24 Uhr waren die häufigsten und typischerweise größten Preiserhöhungen zu beobachten. Weiterhin ging die Anzahl der Preiserhöhungen an Wochenenden drastisch zurück und lag für einzelne sechsstündige Zeiträume sogar nur im einstelligen Bereich. Zudem fiel typischerweise auch die durchschnittliche Höhe niedriger aus.

²⁷³ Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Kraftstoffe, Abschlussbericht Mai 2011, S. 93 ff., insbesondere die Tabellen S. 102, 104.

²⁷⁴ Vgl. ebenda, S. 112 ff., insbesondere die Tabelle S. 114.

²⁷⁵ Das theoretische Modell der Edgeworth-Zyklen wurde zuerst formalisiert von Maskin, E./Tirole, J., A Theory of Dynamic Oligopoly II: Price Competition, Kinked Demand Curves and Edgeworth Cycles, *Econometrica* 56(3), 1988, S. 571–599. Eine Erweiterung der restriktiven Annahmen dieses Modells bieten etwa Eckert, A., Retail Price Cycles and the Presence of Small Firms, *International Journal of Industrial Organization* 21(2), 2003, S. 15–170, und Noel, M., Edgeworth Cycles and Focal Prices: Computational Dynamic Markov Equilibria, *Journal of Economics and Management Strategy* 17(2), 2008, S. 34–377. Vgl. auch die Diskussion bei BKartA, Sektoruntersuchung Kraftstoffe, Abschlussbericht Mai 2011, S. 115 ff.

²⁷⁶ So finden etwa Zimmerman, R., Yun, J./Taylor, C., Edgeworth Price Cycles in Gasoline: Evidence from the U.S., *FTC Working Paper* 303, rev. May 2011) einen relativ preissenkenden Effekt derartiger Preiszyklen. Demgegenüber erleichtern häufige Preisveränderungen die zeitnahe und gegenüber Kostensenkungen deutlich schnellere Weitergabe von Kostensteigerungen; vgl. Lewis, M./Noel, M., The Speed of Gasoline Price Response in Markets with and without Edgeworth Cycles, *Review of Economics and Statistics* 93(2), 2011, S. 67–682. Vgl. hierzu die Diskussion empirischer Studien bei BKartA, Sektoruntersuchung Kraftstoffe, Abschlussbericht Mai 2011, S. 126 ff.

²⁷⁷ Vgl. Maskin, E./Tirole, J., a. a. O.

für eine zunehmende Wettbewerbsintensität angesehen werden.²⁷⁸ In jedem Fall kann nicht allein von Preisbewegungen auf diesem vielfach oligopolistischer Reaktionsverbundenheit zugeneigten Markt auf Wesentlichkeit des Restwettbewerbs rückgeschlossen werden.²⁷⁹

566. Ansatzpunkte und Reichweite klassischer kartellrechtlicher Werkzeuge sind in diesem Markt beschränkt, erscheinen jedoch bei Weitem noch nicht ausgeschöpft. So sind bislang hier zwar keine Hardcore-Kartelle nachweisbar.²⁸⁰ Die enge Reaktionsverbundenheit der Marktteilnehmer macht eine explizite Koordination auch entbehrlich; eine Abstimmung „über den Markt“ ist als solche jedoch grundsätzlich nicht mit dem Kartellverbot fassbar.²⁸¹

567. Im Bereich der Fusionskontrolle schränkt das Bundeskartellamt das externe Wachstum der Oligopolisten bereits heute stark ein: Tankstellen dürfen durch Oligopolmitglieder nur in (noch) nicht durch das Oligopol beherrschten Regionalmärkten erworben werden.²⁸² Insbesondere soweit sich die Wettbewerbsbedingungen infolge einer solchen Übernahme über die unmittelbar betroffenen Regionalmärkte hinaus verschlechtern, etwa durch einen kritischen Absatzrückgang für unabhängige Zwischenhändler,²⁸³ weist die Monopolkommission erneut darauf hin, dass der Restwettbewerb unabhängig von konkreter Spürbarkeit der Verschlechterung geschützt ist.²⁸⁴

568. Die Missbrauchsaufsicht in diesem Markt hat zwar mit der Einleitung von Verfahren wegen des Verdachts auf Preis-Kosten-Scheren²⁸⁵ zulasten freier Tankstellen sowie auf Verkauf zu Untereinstandspreisen in jüngerer Zeit eine Belegung erfahren.²⁸⁶ Preis-Kosten-

Scheren sollen die Wettbewerbsfähigkeit von in der Wertschöpfungskette nachfolgenden gegenüber vertikal integrierten Unternehmen sicherstellen: Verkauft ein vertikal integriertes Unternehmen Vorprodukte bzw. auf Großhandelsmärkten an Unternehmen, mit denen es auf dem nachgelagerten bzw. Endverbrauchermarkt im Wettbewerb steht, so hängt die Wettbewerbsfähigkeit der Abnehmerunternehmen (auch) von den für das Vorprodukt berechneten Preisen ab. Ist der Endverbraucherpreis niedriger als der Vorprodukt- bzw. Großhandelspreis, wird eine Missbräuchlichkeit vermutet. Abhängig von der im Einzelnen angewendeten GWB-Vorschrift und des angelegten Kostenmaßstabs kann von dem Verbot von Preis-Kosten-Scheren auch eine gewisse Intensivierung des Wettbewerbs ausgehen.

569. So setzen zwar § 19 Absatz 4 Nummer 1 und Artikel 102 AEUV einerseits sowie § 20 Absatz 4 Satz 2 Nummer 3 GWB andererseits unterschiedliche Maßstäbe dafür, welche Differenz zwischen Vorprodukt- bzw. Großhandels- und Endverbraucherpreis zu einer Missbräuchlichkeit von Preis-Kosten-Scheren führt, insbesondere wie weit eine Marge des Abnehmerunternehmens zu berücksichtigen ist. Dabei stellt der Preisvergleich ohne Einbeziehung zusätzlicher Kosten des Weiterverkäufers vordergründig nach dem Wortlaut des Regelbeispiels des § 20 Absatz 4 Satz 2 Nummer 3 GWB einen leicht zu beweisenden und daher in der Praxis oft entscheidenden Maßstab dar.²⁸⁷

570. Die Monopolkommission weist allerdings darauf hin, dass grundsätzlich die Fracht- und Vertriebskosten des Abnehmers mit einzubeziehen sind. So hat das Oberlandesgericht Düsseldorf bereits 2002 zu der Generalklausel des § 20 Absatz 4 Satz 1 GWB ausgeführt, dass derartige Kosten der Weiterverkäufer beim Preisvergleich zu berücksichtigen sind.²⁸⁸ Mit der ausdrücklichen Aufnahme des Regelbeispiels in Satz 2 Nummer 3 der Vorschrift durch das Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels von 2007 sollte keine Verschlechterung des intendierten Mittelstandsschutzes bewirkt werden,²⁸⁹ sodass eine negative Preisdifferenz zwischen

²⁷⁸ Vgl. Noel, M., Edgeworth Price Cycles, Cost-Based Pricing, and Sticky Pricing in Retail Gasoline Markets, *Review of Economics and Statistics* 89(2), 2007, S. 32–334; Noel, M., Edgeworth Price Cycles: Evidence from the Toronto Retail Gasoline Market, *Journal of Industrial Economics* 55(1), 2007, S. 69–92; dagegen Ewald, C./Gleave, S., Benzinpreise: Die zwei großen von der Tankstelle, *Frankfurter Allgemeine*, 27. September 2011.

²⁷⁹ So auch BGH, Beschluss vom 6. Dezember 2011, KVR 95/10 „Total/OMV“, wonach ökonomisch mehrdeutige Verhaltensweisen jedenfalls im Anwendungsbereich der Oligopolvermutung des § 19 Absatz 3 Satz 2 GWB die aufgrund der Strukturanalyse begründete Annahme eines einheitlichen Verhaltens unter Ausschluss wesentlichen Wettbewerbs nicht infrage zu stellen vermögen, *Umdruck Tz. 58*.

²⁸⁰ Soweit in Einzelfällen auf Tankstellenebene eine telefonische Weitergabe von Preisveränderungen erfolgt war, hat das Bundeskartellamt bereits auf Abhilfe hingewirkt; vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Kraftstoffe, *Zwischenbericht Juni 2009*, S. 44 f.

²⁸¹ Vgl. eingehender Tz. 470 ff.

²⁸² Vgl. dazu Monopolkommission, *Hauptgutachten 2008/2009*, a. a. O., Tz. 605 f.

²⁸³ BKartA, *Sektoruntersuchung Kraftstoffe, Abschlussbericht Mai 2011*, S. 66.

²⁸⁴ Vgl. dazu eingehender Monopolkommission, *Hauptgutachten 2008/2009*, a. a. O., Tz. 637 f., sowie Tz. 718, 724.

²⁸⁵ Vgl. allgemein zu Preis-Kosten-Scheren eingehend Monopolkommission, *Hauptgutachten 2008/2009*, a. a. O., Tz. 422 ff., zu deren Schwierigkeiten in konzeptioneller und praktischer Hinsicht Sondergutachten 63, a. a. O., Tz. 89 ff.

²⁸⁶ BKartA, *Pressemeldung vom 4. April 2012*, Bundeskartellamt untersucht Fälle der Behinderung freier Tankstellen; zuvor bereits BKartA, *Stellungnahme zum Referentenentwurf zur 8. GWB-Novelle*, 30. November 2011, S. 23.

²⁸⁷ Vgl. eingehender Monopolkommission, *Sondergutachten 63*, a. a. O., Tz. 88, 90.

²⁸⁸ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. Februar 2002, VI-Kart 16/00 (V) „Freie Tankstellen II“: „Dieser Fall [einer unbilligen Behinderung durch Preis-Kosten-Scheren] tritt im Übrigen nicht erst ein, wenn die Beteiligten Kraftstoffe zu den beschriebenen höheren Preisen an mittelständische Tankstellenbetreiber abgeben, sondern bereits dann, wenn sie zwar billiger an diese verkaufen als an ihren eigenen Tankstellen, die Preisdifferenz aber die von den mittelständischen Tankstellenbetreibern zu tragenden Neben- und insbesondere Frachtkosten nicht oder nur soeben deckt“.

²⁸⁹ Vgl. *Gesetzesentwurf der Bundesregierung mit Begründung, Bundestagsdrucksache 16/5847 vom 27. Juni 2007; Beschlussempfehlung und Bericht des Wirtschaftsausschusses vom 14. November 2007, Bundestagsdrucksache 16/7156 vom 14. November 2007*, S. 10 f. [erleichterte Darlegungs- und Beweislast in „solchen Fällen einer Preis-Kosten-Schere“]; *Plenarprotokolle vom 21. September 2007, Plenarprotokoll 16/116*, S. 12015C–12030B, vom 15. November 2007, *Plenarprotokoll 16/126*, S. 13169B–13175A, S. 13175A–13175B, vom 30. November 2007, *Plenarprotokoll 839, TOP 48*, S. 391D–392A.

Großhandels- und Endverkaufspreis weiterhin für die Erfüllung des Tatbestands nicht erforderlich ist. Der Ansatz eines Fixkostenanteils oder gar einer angemessenen Gewinnmarge erfordert jedoch in der Regel Marktbeherrschung nach § 19 GWB.²⁹⁰

571. Ob das grundsätzliche Problem strukturell eingeschränkten Wettbewerbs und enger Reaktionsverbundenheit allein auf diese Weise zu beheben sein wird, ist jedoch fraglich. Hintergrund der Verfahren sind vielfältige Beschwerden kleinerer Anbieter beim Bundeskartellamt. Da die Oligopolisten nach Presseberichten bereits Sicherungssysteme bei der Preissetzung zur Vermeidung von Preis-Kosten-Scheren und Untereinstandspreisen implementiert haben, erscheinen hier vor allem die Verfahren gegen größere Anbieter außerhalb des Oligopols Erfolg versprechend. In jedem Fall können diese Verfahren ein entsprechendes Unrechtsbewusstsein und entsprechende Compliance-Anstrengungen fördern.

3.1.1 Koordinationsfördernde Praktiken im Tankstellen-Oligopol

572. Die Monopolkommission hält in dieser Hinsicht jedoch vor allem eine genauere Untersuchung der den Tankstellen vorgelagerten Produktionsebenen, insbesondere des Mineralölraffineriesektors und des Mineralölhandels, für wünschenswert, die im Rahmen der Sektoruntersuchung Kraftstoffe lediglich inzident betrachtet wurden. Ein vertieftes Verständnis dieser Wertschöpfungsstufen könnte einerseits die Kartellrechtskonformität von Strukturen und Transaktionen auf dieser Ebene unterstützen und andererseits von Vorteil für die Wettbewerbsaufsicht der nachgelagerten Ebenen sein.

573. Die Summe gesellschaftsrechtlicher und vertraglicher Verflechtungen, insbesondere gemeinsam gehaltener und betriebener Raffinerien, Pipelines und Tanklager, sowie von Mengenaustauschverträgen dürfte jedenfalls die Reaktionsverbundenheit der Oligopolisten bedeutend erhöhen. Die Ausgestaltung dieser Verflechtungen und ihre koordinativen Effekte bedürfen allerdings noch immer einer genaueren Untersuchung durch das Bundeskartellamt.²⁹¹

574. Daneben erscheint der Monopolkommission weiter wünschenswert, auch die jeweiligen Ausgestaltungen der Vertikalverträge mit Tankstellenbetreibern einer Überprüfung auf ihre Kartellrechtmäßigkeit hin zu unterziehen.²⁹² Preisvorgaben und die Provisionsgestaltung, aber auch Meldepflichten selbstständiger Tankstellenbetreiber über Preise umliegender Tankstellen könnten einzeln oder in der Summe ihrer Wirkungen angesichts der Marktstruktur über das nach §§ 1, 2 und 19 GWB zuläs-

sige Maß hinausgehen. Insoweit ist einerseits auf die Pflicht der Unternehmen zu kartellrechtmäßigem Verhalten, andererseits auf die Leuchtturmwirkung von Pilotentscheidungen des Bundeskartellamtes hinzuweisen. Weitergehend könnte möglicherweise eine (teilweise) Entziehung der Vorteile der Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung in Betracht kommen.

575. Zusätzlich erscheinen auch die Preissetzungsmechanismen bei Mengenaustauschverträgen²⁹³ einer vertieften Untersuchung wert, welche die Reaktionsverbundenheit der Oligopolisten, aber auch kleinerer Marktteilnehmer erheblich beeinflussen dürften.²⁹⁴ Die hier oft zugrunde gelegten Referenzpreise von Brancheninformationsdiensten²⁹⁵ und teilweise verfügbaren Börsenpreise bilden nur einen kleinen Teil der tatsächlich gelieferten Mengen ab; der Einfluss von Finanzinstrumenten und Lieferverträgen ist völlig intransparent.²⁹⁶ Aufgrund des internationalen Charakters der den Referenzpreisen zugrunde liegenden Großhandelsmärkte erscheint allerdings deren Untersuchung durch die Europäische Kommission oder in Kooperation des Bundeskartellamtes mit anderen Kartellbehörden wünschenswert.²⁹⁷

3.1.2 Abhilfe durch Preissetzungsregeln?

576. In manchen Staaten wird jenseits des Kartellrechts versucht, der eingeschränkten Wettbewerbsfähigkeit von Tankstellenmärkten durch Regeln zur Preissetzung entgegenzuwirken. Hervorzuheben sind insoweit insbesondere zwei Modelle:²⁹⁸ In Österreich dürfen Preiserhöhungen für Kraftstoffe nur einmal täglich um 12.00 Uhr erhöht, jedoch beliebig oft gesenkt werden.²⁹⁹ In Westaustralien dürfen Preisänderungen nur einmal täglich erfol-

²⁹³ Da physische Lieferungen von Kraftstoffen über mehr als 100 bis 200 km praktisch unwirtschaftlich sind, werden mehr als 25 Prozent der in Deutschland abgesetzten Menge über derartige Tauschverträge umgeschlagen.

²⁹⁴ Vgl. bereits die Ausführungen zu Mengenaustauschverträgen in BKartA, Sektoruntersuchung Kraftstoffe, Abschlussbericht Mai 2011, S. 57 f.

²⁹⁵ Vgl. die Übersicht bei BKartA, Sektoruntersuchung Kraftstoffe, Zwischenbericht Juni 2009, S. 18 f.

²⁹⁶ Vgl. zur teilweise vergleichbaren Problematik im Energiehandel Monopolkommission, Sondergutachten 59, a. a. O., Tz. 617 ff., sowie zum Rohölmarkt Fattouh, B., An Anatomy of the Crude Oil Pricing System, Oxford Institute for Energy Studies WPM 40, January 2011, insbesondere S. 74, sowie Fattouh, B./Kilian, L./Mahadeva, L., The Role of Speculation in Oil Markets: What have we learned so far? Oxford Institute for Energy Studies WPM 45, March 2012.

²⁹⁷ Vgl. jedoch etwa Bundeswettbewerbsbehörde (BWB), Report on Platts Price Assessments, July 2010; FTC Bureau of Economics: Gasoline Price Changes and the Petroleum Industry: An Update, September 2011.

²⁹⁸ Daneben werden insbesondere in Luxemburg und einigen kanadischen Staaten staatlicherseits Preisobergrenzen festgesetzt. Diese Regelungen nähern sich einer Preisregulierung an und werden hier nicht weiter erörtert, vgl. insoweit Dewenter, R., Haucap, J., Heimeshoff, U.: Maßnahmen zur Steigerung des Wettbewerbs auf den Kraftstoffmärkten in Deutschland – Eine Studie im Auftrag des ADAC, 2012, S. 16 ff.

²⁹⁹ Verordnung des Bundesministers für Wirtschaft, Familie und Jugend betreffend Standesregeln für Tankstellenbetreiber über den Zeitpunkt der Preisauszeichnung für Treibstoffe bei Tankstellen (Spritpreisverordnung), Österreichisches BGBl. II, 484 vom 30. Dezember 2010. Die Änderung der 2009 eingeführten, weiterhin befristeten Verordnung betraf vor allem den Zeitpunkt der Preiserhöhung (die zuvor vorgesehene Preiserhöhung bei Betriebsbeginn bzw. bis 8.30 Uhr hatte zu erheblichen praktischen Problemen geführt).

²⁹⁰ Vgl. zu den Kostenmaßstäben eingehend Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 430 ff.

²⁹¹ Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Kraftstoffe, Zwischenbericht Juni 2009, S. 39 f.; Abschlussbericht Mai 2011, S. 55 ff.; allgemeiner bereits Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 525 f.

²⁹² Vgl. etwa mit Hinsicht auf Markenpartner- und Markenhändlerverträge bereits BKartA, Sektoruntersuchung Kraftstoffe, Abschlussbericht Mai 2011, S. 159 ff, insbesondere 189, 211.

gen und müssen für den Folgetag bis 14.00 Uhr des Vortages an eine bestimmte staatliche Stelle gemeldet werden.³⁰⁰ Während das westaustralische Modell jegliche untertägige Preisschwankung unterbindet, sind in Österreich regelmäßig relativ hohe Preiserhöhungen, gefolgt von kleineren Preissenkungen, zu beobachten.

577. Die Auswirkungen dieser beiden Preissetzungsregeln auf die Kraftstoffpreise sind kaum getrennt von dem durch die staatlichen Preisinformationsangebote möglicherweise gesteigerten Wettbewerbsdruck zu beurteilen und werden nicht einheitlich bewertet: Empirische Untersuchungen zeigen teilweise einen leichten (relativen) Preissenkungseffekt für das westaustralische³⁰¹ wie für das österreichische Modell.³⁰² Experimentelle Untersuchungen beider Preissetzungsregeln ergaben tendenziell kollisionserleichternde bzw. preiserhöhende Effekte für das österreichische Modell³⁰³ und keine signifikanten Effekte für das westaustralische Modell.³⁰⁴ Zusätzlich erscheint fraglich, ob und wie weit diese empirischen und experimentellen Ergebnisse angesichts der möglicherweise unterschiedlichen Marktstruktur in Deutschland³⁰⁵ und der gegenüber Experimentalanordnungen komplexeren Realität auf die deutsche Situation übertragbar sind. Ableitbar erscheint jedoch mit einiger Plausibilität, dass bei einer entsprechenden Ausgestaltung von Preissetzungsregeln nicht mit höheren Preisen als ohne diese zu rechnen ist.

578. Als einen mit Sicherheit feststellbaren positiven Effekt derartiger Regelungen lässt sich die für die Verbraucher verbesserte Vergleichbarkeit der Preise verschiedener Tankstellen festhalten, die auch zu einer Intensivierung des Wettbewerbs führen könnte. Unter der jetzigen Situation sind mehrfache untertägige Preisveränderungen häufiger zu beobachten, was das Auffinden der billigsten Tankstelle erschwert. Wenn die Preise nur noch einmal am Tag verändert bzw. erhöht werden dürfen, ist

insbesondere für Pendler, die täglich zweifach an einer Mehrzahl von Tankstellen vorbei fahren, aber auch für alle anderen Verbraucher ein Vergleich der Preise unterschiedlicher Tankstellen einfacher. Gleiches gilt für – bereits heute verfügbare – Preisvergleiche zu Benzinpreisen im Internet, die verlässlicher wären, wenn Preisänderungen nicht mehr jederzeit bzw. nur nach unten möglich wären. Durch solche Preissetzungsregeln würden also mit Sicherheit einerseits die Informationskosten der Verbraucher vermindert und die Informationsasymmetrie gegenüber den vertikal integrierten Mineralölfirmen, die umfassende Preismeldesysteme betreiben, beseitigt. Andererseits würde dem verbreiteten Gefühl der Verbraucher entgegengewirkt, der Preissetzungsmacht der Mineralölunternehmen „machtlos ausgeliefert“ zu sein.³⁰⁶

3.1.3 Wettbewerbssteigernde Informationsangebote

579. Den beiden Regelungssystemen in Österreich und Westaustralien ist eine zentrale staatliche Preismeldestelle gemeinsam, die Preisdaten für Nachfrager online verfügbar macht.³⁰⁷ Derartige Informationsangebote gehen nicht zwingend mit Preissetzungsregeln einher und können auch isoliert zu einer Intensivierung des Wettbewerbs beitragen. Denn neben der Indifferenz vieler Endkunden sind Informationsdefizite ein mitentscheidendes Hindernis für eine stärkere Wettbewerbsintensität auf diesem Markt.³⁰⁸ Durch eine verlässliche und in Echtzeit verfügbare Information über die günstigsten Tankstellen in einem bestimmten Umfeld könnte – jedenfalls mittelfristig – die Preissensibilität der Verbraucher geschärft und so der Wettbewerb gestärkt werden. Voraussetzung für ein derartiges, über die bisher bereits verfügbaren Angebote hinausgehendes Informationsangebot wäre eine Pflicht der Unternehmen, ihre Preisdaten in Echtzeit einer entsprechenden Plattform zur Verfügung zu stellen. Diese

³⁰⁰ Das „FuelWatch“-Programm gilt seit 2001 (<http://www.fuelwatch.wa.gov.au>), wurde jedoch entgegen einer dahingehenden Initiative 2008 nicht auf australischer Bundesebene übernommen.

³⁰¹ So die australische Kartellbehörde in einer Evaluation, ACCC: Petrol Prices and Australian Consumers: Report of the ACCC Inquiry into the Price of Unleaded Petrol, December 2007, S. 239 ff. und Appendix S, sowie ACCC: Petrol: Further Econometric Analysis undertaken by ACCC, 29 May 2008. Diese Studie wurde jedoch auf methodischer Grundlage angegriffen; vgl. etwa Harding, D., FuelWatch: Evidence-based Policy or Policy-based Evidence?, MPRA Paper No. 16049, December 2008.

³⁰² So Dewenter, R./Heimeshoff, U., Less Pain at the Pump? Regulatory Interventions in Retail Gasoline Markets, DICE Discussion Paper No 51, May 2012, die für Österreich eine nicht unerhebliche preissteigerungs-dämpfende Wirkung finden, für Westaustralien im besten Fall keine und im schlechtesten Fall eine leicht erhöhende.

³⁰³ Vgl. Haucap, J./Müller, H., The Effects of Gasoline Price Regulations: Experimental Evidence, DICE Discussion Paper No 47, April 2012; Berninghaus, S./Hesch, M./Hildenbrand, A., Zur Wirkung regulatorischer Preiseingriffe auf dem Tankstellenmarkt, Wirtschaftsdienst 92(1), 2012, S. 46–50.

³⁰⁴ Vgl. Haucap, J./Müller, H., a. a. O.

³⁰⁵ Hinzuweisen ist hier insbesondere auf die überwiegend stark ländlich geprägte Siedlungsstruktur Westaustraliens und beispielsweise auf den „Diskont-Tankstellen“-Betrieb der FE-Trading GmbH in räumlichem Zusammenhang mit Standorten der ALDI-Tochter Hofer in Österreich.

³⁰⁶ Plakativ Jung, A./Neubacher, A., Verwirrung mit System, Spiegel Nr. 14, 2. April 2012, S. 62–68; ähnlich allgemeiner Rotfeld, H., The Consumer as Serf, Journal of Consumer Affairs 38(1), 2004, S. 188–191. Die Mechanismen, nach denen schlechte Vergleichbarkeit von Angeboten zu suboptimalen Verbraucherentscheidungen führt, sind eingehender insbesondere für Mobilfunktarife analysiert; vgl. etwa Gans, J., Real Consumers and Telco Choice: The Road to Confusopoly, Präsentation Australian Telecommunications Summit Sydney 2005; Xavier, P., Behavioural economics and customer complaints in communication markets – Report commissioned by the Australian Communications and Media Authority as part of the Reconnecting the Customer public inquiry 2011, S. 17 ff., 46 ff.; allgemeiner etwa Earl, P., Consumer X-inefficiency and the problem of market regulation, in: Frantz, R. (Hrsg.): Renaissance in Behavioral Economics: Essays in Memory of Harvey Leibenstein, London u. a. 2007, S. 176–193, sowie die für das britische Office of Fair Trading erstellte Studie von Huck, S./Zhou, J., Consumer Behavioural Biases in Competition, A Survey, Final Report, OFT 1324, May 2011.

³⁰⁷ <http://www.spritpreisrechner.at/> sowie <http://www.fuelwatch.wa.gov.au> unter „Price Search“. In beiden Fällen sind Umkreis- und Regionalsuchen möglich, FuelWatch bietet darüber hinaus eine Reihe von Suchoptionen.

³⁰⁸ Vgl. insoweit die für den ADAC durchgeführte Verbraucherstudie, referiert bei Dewenter, R., Haucap, J./Heimeshoff, U., Maßnahmen zur Steigerung des Wettbewerbs auf den Kraftstoffmärkten in Deutschland – Eine Studie im Auftrag des ADAC, 2012, S. 31 ff.

müsste nicht zwingend staatlich betrieben werden und könnte Preisdaten etwa per Internetabfrage, Mobiltelefon-SMS und/oder für Navigationsgeräte bereitstellen. Ein uneingeschränktes derartiges Informationsangebot könnte zwar grundsätzlich für die Unternehmen kollusionserleichternd wirken; bei einer entsprechenden Ausgestaltung (etwa Abfragen nur für einen bestimmten Umkreis, Ergebnisse nur als Auswahl der billigsten Tankstellen) ließe sich dieser Faktor jedoch minimieren oder ausschließen.

580. Vorgaben für die Preissetzung sind nicht auf Grundlage des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen möglich, sondern bedürften einer eigenen gesetzlichen Grundlage. Das Gleiche gilt für eine zentrale Meldepflicht von Preis- und Mengendaten an die geplante Markttransparenzstelle beim Bundeskartellamt,³⁰⁹ die Grundlage für staatliche/staatlich geförderte Informationsangebote zur Förderung der Vergleichbarkeit von Preisen sein könnte.

3.2 Missbrauchsaufsicht als regulierungsähnliche Marktaufsicht

581. Kartellrecht geht von einer grundsätzlichen Funktionsfähigkeit der Märkte mit nur punktuellen staatlichem Eingriffsbedarf aus, während Regulierung in denjenigen Märkten angebracht erscheint, deren Funktion systematisch beeinträchtigt ist. Teilweise lassen sich systematische Funktionsstörungen von Märkten mit einmaligen – allerdings regelmäßig komplexeren – Eingriffen beseitigen. In manchen Märkten, in denen Wettbewerb grundsätzlich nur eingeschränkt möglich ist, insbesondere in Infrastrukturmärkten, hat sich in jüngerer Zeit ein regulierungsähnliches Kartellrecht entwickelt, das in vielen Fällen informell oder über Zusagenentscheidungen nach § 32b GWB durchgesetzt wird. Dabei scheint einerseits in manchen, insbesondere streitig entschiedenen Fällen die teilweise sehr aufwendige Anwendung des Kartellrechts politisch offenbar nicht mehrheitsfähige, aber grundsätzlich zur effektiven Erreichung effizienter Resultate unter Umständen besser geeignete Regulierungsentscheidungen zu ersetzen. Andererseits können die Ermittlungsergebnisse des Bundeskartellamtes, insbesondere wenn sie in einer entsprechenden Form veröffentlicht werden,³¹⁰ nach Auffassung der Monopolkommission durchaus den Boden für politische Mehrheiten darstellen, die das zugrunde liegende Problem durch die Änderung bzw. den Erlass von Verordnungen oder Gesetzen nachhaltig, effizient und rechtssicher adressieren.³¹¹

³⁰⁹ Vgl. oben Tz. 122 ff.

³¹⁰ Vgl. zu Advocacy und Stellungnahmerecht des Bundeskartellamtes bereits die Ausführungen der Monopolkommission im Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 370 ff., im Sondergutachten 58, a. a. O., Tz. 132 ff., sowie im Sondergutachten 63, a. a. O., Tz. 142 ff.

³¹¹ Insbesondere soweit es auf das Marktverhalten öffentlicher Stellen ankommt, kann bereits ein deutlicher fundierter Hinweis des Bundeskartellamtes für eine echte Belebung des Wettbewerbs sorgen, so etwa infolge der Sektoruntersuchung Außenwerbung; vgl. dazu Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 339.

3.2.1 Zugang zu Infrastruktureinrichtungen des Fährhafens Puttgarden

582. Der Fährhafen Puttgarden stellt die deutsche Seite der sog. Vogelfluglinie-Fährverbindung zwischen Deutschland und Dänemark (Hafen Rødby) dar, die eine der kürzesten und wichtigsten Fährverbindungen von Deutschland nach Skandinavien ist. Er gehört und wird betrieben von der Scandlines Deutschland GmbH, die selbst und mit Schwestergesellschaften auch als bislang einziges Unternehmen Fährverbindungen auf dieser Route anbietet.³¹² Dieses Unternehmen hatte alle Zugangsgesuche von konkurrierenden Anbietern von Fährdiensten abgewiesen, wurde jedoch 2010 erneut vom Bundeskartellamt verpflichtet,³¹³ bestimmten Wettbewerbern Zugang zu den Hafeneinrichtungen zu ermöglichen.

583. Bereits 1999 hatte das Bundeskartellamt – damals zugunsten anderer beschwerdeführender Zugangspetenten – dem Hafentreiber von Puttgarden untersagt, zum einen Drittzugang gegen angemessenes Entgelt und zum anderen die dafür erforderlichen Vorkehrungen zu verweigern.³¹⁴ Während das Oberlandesgericht die Tenorierung, insbesondere die Verwendung der unbestimmten Rechtsbegriffe „angemessenes Entgelt“ und „erforderliche Vorkehrungen“, für zu unbestimmt gehalten und die Behördenentscheidung aufgehoben hatte,³¹⁵ war der Bundesgerichtshof der Argumentation des Bundeskartellamtes gefolgt, bei grundsätzlicher Zugangsverweigerung könne sich die Kartellbehörde „im ersten Zugriff“ auf die Untersagung der Verweigerung beschränken, ohne sämtliche Modalitäten, insbesondere die Bestimmung angemessener Entgelte festzulegen, die gegebenenfalls Gegenstand nachfolgender Kartell- oder Zivilverfahren sein könnten.³¹⁶ Eine tatsächliche Öffnung des Hafens scheiterte jedoch an der Insolvenz bzw. Auflösung der verfahrensbeteiligten Zugangspetenten, die einer Entscheidung des Oberlandesgerichts, an das der Bundesgerichtshof zurückverwiesen hatte, zuvorkam.

584. Die Entscheidung von 2010 stellt auf Grundlage von § 19 Absatz 4 Nummer 4 i. V. m. § 32 GWB die Missbräuchlichkeit der Weigerung von Scandlines fest, bestimmten Dritten Zugang gegen angemessenes Entgelt zu gewähren und entsprechende Vorkehrungen zu treffen bzw. zuzulassen. Scandlines wurde darin verpflichtet, Verhandlungen mit den am Verfahren beteiligten Zugangspetenten aufzunehmen und die aus ihrer Sicht ange-

³¹² Die Fährhäfen in Puttgarden/Fehmarn und Rødby/Lolland wurden 1963 von der Bundesrepublik Deutschland und dem Königreich Dänemark als Fährbahnhof errichtet, um eine direkte Verbindung des Eisenbahnverkehrs zwischen Hamburg und Kopenhagen über den 18 km breiten Fehmarnbelt zu gewährleisten. Die Privatisierung der ab 1998 als paritätisches Gemeinschaftsunternehmen zwischen der Deutschen Bahn AG und dem dänischen Verkehrsministerium organisierten Scandlines Deutschland GmbH erfolgte 2006.

³¹³ BKartA, Entscheidung vom 27. Januar 2010, B9-188/05.

³¹⁴ BKartA, Beschluss vom 21. Dezember 1999, B9-199/97 und B9-16/98.

³¹⁵ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2. August 2000, Kart 3/00 (V) „Puttgarden II“.

³¹⁶ BGH, Beschluss vom 24. September 2002, KVR 15/01 „Fährhafen Puttgarden“.

messenen Bedingungen einer diskriminierungsfreien Zugangsgewährung zu formulieren.

585. Der Fährhafen Puttgarden ist danach eine Infrastruktureinrichtung („essential facility“) im Sinne des § 19 Absatz 4 Nummer 4 GWB. Die Einrichtung eines Fährdienstes zwischen Puttgarden und Rødby sei nur durch Mitbenutzung des Fährhafens Puttgarden möglich. Eine Duplizierung der für einen Marktzutritt unverzichtbaren Hafenanlage sei – aus im Einzelnen geprüften rechtlichen und tatsächlichen Gründen – nicht möglich. Die Mitbenutzung des bestehenden Fährhafens sei insbesondere unter Berücksichtigung der nautischen Gegebenheiten möglich (insoweit hatte das Bundeskartellamt ein umfangreiches Expertengutachten anfertigen lassen, das die Möglichkeiten im Einzelnen erörtert). Auch die noch an den betroffenen, von den Zugangspetenten zur landseitigen Nutzung vorgesehenen, aktuell unbenutzten Anlagen berechnete Deutsche Bahn AG sowie das Eisenbahn-Bundesamt hatten im Verfahren keine Einwände erhoben. Die Mitbenutzung des Fährhafens durch einen Wettbewerber sei für Scandlines auch zumutbar, wie einerseits die Praxis in anderen Fährhäfen belege und andererseits die ebenso typische wie ausdrücklich zulässige Erhebung eines angemessenen Zugangsentgelts (Hafengebühr) sicherstelle.

586. Das von Scandlines angerufene Oberlandesgericht Düsseldorf ordnete zunächst die aufschiebende Wirkung der eingelegten Beschwerde an³¹⁷ und hob schließlich die Entscheidung vollumfänglich auf.³¹⁸ Nach Auffassung des Oberlandesgerichts ist ein Zugang Dritter zu den Hafenanlagen schon deshalb rechtlich unmöglich, weil die entsprechenden Flächen eisenbahnrechtlich gewidmet und deren Nutzung für den Straßenverkehr, wie beim Fährbetrieb durch Dritte vorgesehen, grundsätzlich unzulässig sind. Auf dieser Grundlage komme Scandlines ein absoluter Rechtfertigungsgrund im Sinne des § 19 Absatz 4 Nummer 4 Halbsatz 2 GWB und des Artikel 102 AEUV zu. Denn ob eine eisenbahnrechtliche Entwicklung der betreffenden Flächen bzw. ein entsprechender Planfeststellungsbeschluss überhaupt möglich wäre, sei auf faktischer, umfassend geprüfter Grundlage zweifelhaft. Insoweit komme es für die Feststellung einer Unmöglichkeit/Unzumutbarkeit der Mitbenutzung im Sinne des § 19 Absatz 4 Nummer 4 Halbsatz 2 GWB entscheidend auf die vom Petenten konkret beabsichtigte Nutzung an; auch die vom Bundeskartellamt festgestellte bloße Verpflichtung zur Verhandlung sei an diesem Maßstab zu messen. Aus welcher Sphäre Zugangshindernisse herührten, sei insoweit unerheblich.

587. Die Auffassung des Oberlandesgerichts erscheint wenig praktikabel. Denn typischerweise kann der Zugangspetent vor den – hier ohne Begründung allen Zugangspetenten völlig verweigerten – Verhandlungen mit dem Infrastrukturanbieter nur sehr schwer genaue Vorstel-

lungen davon entwickeln, wie eine Mitbenutzung genau aussehen könnte. Insoweit besteht ein erhebliches Informationsgefälle zugunsten des Infrastrukturanbieters, das nach Auffassung des Oberlandesgerichts zusätzlich durch eine Darlegungs- und Beweislast aufseiten der Petenten und der Kartellbehörde verstärkt werden soll. Bei Anwendung dieser Auslegung würde ein Drittzugang zu Einrichtungen nach § 19 Absatz 4 Nummer 4 GWB praktisch unmöglich.

588. Insbesondere wenn wie hier bislang jegliche Mitwirkung an einer Schaffung der Voraussetzungen einer Mitbenutzung schlichtweg verweigert wurde, erscheint eine Prüfung der grundsätzlichen Verhandlungs- und Mitwirkungspflichten des Infrastrukturanbieters daran, ob sich die Ermöglichung der vom Zugangspetenten vorgeschlagenen Zugangslösung in Zukunft eventuell an Hindernissen stoßen könnte,³¹⁹ wenig sachgerecht. Vielmehr dürfte es regelmäßig erst in Verhandlungen möglich sein, Hinderungsgründe für einen Zugang voll zu erfassen, die Möglichkeiten zu deren Beseitigung zu klären und Alternativen zu erwägen. Die Monopolkommission begrüßt insoweit die Verpflichtung von Scandlines zur Mitwirkung an der Schaffung der Voraussetzungen des Zugangs in der Kartellamtsentscheidung. Aber auch unabhängig von einer derartigen expliziten Feststellung der Mitwirkungsverpflichtung können behebbare Hindernisse eines Drittzugangs den Anspruch darauf nicht völlig hindern. Vielmehr enthält der Zugangsanspruch nach § 19 Absatz 4 Nummer 4 GWB als (vorläufiges) Minus zur unmittelbaren Zugangsgewährung auch die Pflicht des Infrastrukturanbieters ex lege, in zumutbarer Weise an der Beseitigung bestehender Hindernisse mitzuwirken.

589. Ein Wettbewerb auf dieser Monopolstrecke ist auch nicht etwa vor dem Hintergrund der geplanten festen Fehmarnbelt-Unterquerung verzichtbar, deren Inbetriebnahme für das Jahr 2020 vorgesehen ist (Stand Ende 2011). Denn zum einen hat Scandlines bereits angekündigt, auch danach weiterhin den Fährbetrieb aufrechterhalten zu wollen, was die erwartete Profitabilität belegt, die sich auch in den entsprechenden Erklärungen der Zugangspetenten ausdrückt. Zum anderen zeigt etwa das Beispiel des Ärmelkanals, dass Fähren durchaus konkurrenzfähig zu Tunnels sein können und derartige Wettbewerbsverhältnisse sich klar positiv auf Preise und Servicequalität auswirken können.

590. Der Verlauf dieser Verfahren über bisher mehr als zwölf Jahre mit zweifacher Aufhebung durch das Oberlandesgericht und entsprechenden höchstgerichtlichen Verfahren³²⁰ zeigt deutlich die grundsätzlichen Beschränkungen und Vorzüge des kartellamtlichen Verfahrens.

³¹⁷ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. Juni 2010, VI-Kart 1/10 (V).

³¹⁸ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7. Dezember 2011, VI Kart 1/10 (V) „Fährhafen Puttgarden“; die Rechtsbeschwerde ist beim Bundesgerichtshof anhängig.

³¹⁹ So stellt das Oberlandesgericht entscheidungserheblich darauf ab, dass die für die Planung des Fehmarnbelt-Tunnels zuständige Projektgesellschaft den Hafen zwar noch nicht in ihre Planungen einbezogen habe, dies jedoch sehr wohl noch könne.

³²⁰ Zusätzlich hat auch die Europäische Kommission insoweit nicht unerheblichen Verfahrensaufwand investiert; daneben wurde die Zugangsentscheidung des dänischen Verkehrsministeriums für den Hafen Rødby über zwei Instanzen bestätigt; vgl. im Einzelnen BKartA, Entscheidung vom 27. Januar 2010, B9-188/05, S. 16 ff.

Einerseits ist ein hoheitliches Aufgreifen von wettbewerbswidrigen Verhältnissen unabhängig von politischen Mehrheiten möglich. Auch bedarf es zu solchem Tätigwerden keiner besonderen Administration oder der Setzung komplexer Regeln. Vielmehr kann das Bundeskartellamt auf Grundlage der allgemeinen Regeln des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in schlanken Verfahren auch marktöffnende Entscheidungen erlassen. Andererseits führt die Begrenztheit der Befugnisse des Bundeskartellamtes und die vollständige gerichtliche Kontrollierbarkeit derartiger Entscheidungen nicht selten zu einem starken Vorteil für die Altsassen im Markt, die eine Rechtskraft dieser Anordnungen in Ruhe abwarten können und nicht selten allein durch den zeitlichen Verzug schon erheblichen Schaden für Wettbewerb und Verbraucher anrichten können. Dies mag in Fällen, in denen die inhaltliche Richtigkeit der Entscheidung zweifelhaft ist oder die Klärung von Rechtsfragen erfolgt, sinnvoll sein und ist im Sinne des rechtsstaatlichen Verfahrens unabdingbar.

591. Mitunter jedoch führt die Behandlung von in der Sache unbestreitbaren Wettbewerbsproblemen auch unter Einsatz erheblichen behördlichen Verfahrens- und Begründungsaufwands nicht zu einer (zeitnahen) effektiven und rechtssicheren Lösung. In derartigen Fällen fehlt es nicht selten an entsprechend eindeutigen Rechtsregeln, so wie hier die genauen Anwendungsdetails der 1998 eingefügten Vorschrift des § 19 Absatz 4 Nummer 4 GWB noch weiter geklärt werden mussten. Die Dichte der gerichtlichen Kontrolle steht dabei häufig in direktem Spannungsverhältnis mit der Effektivität kartellbehördlicher Maßnahmen. Im deutschen Kartellrecht wird bislang von einer vollen Überprüfbarkeit kartellbehördlicher Entscheidungen ausgegangen,³²¹ die im klassischen Verständnis des effektiven Rechtsschutzes fußt. Im neueren Verwaltungs- und Regulierungsrecht finden sich Ansätze, die den zugrunde liegenden schwierigen Tatsachenfragen auch dadurch Rechnung tragen wollen, dass der entscheidenden Behörde (in engen Grenzen) Ermessens- und Beurteilungsspielräume zugestanden werden („Regulierungsermessen“).³²² Ähnlich räumen auch die europäischen Gerichte der Europäischen Kommission bei komplexen technischen und ökonomischen Sachverhalten grundsätzlich einen Beurteilungsspielraum ein.³²³ Gleiches gilt beispielsweise auch für das Schweizer Kartell-

recht.³²⁴ Vor diesem Hintergrund weist die Monopolkommission nicht zuletzt die Gerichte auf die gefährlichen Anreizwirkungen für kartellrechtsunterworfenen Unternehmen hin, die Rechtskraft unliebsamer Kartellamtsentscheidungen mit in der Substanz rein förmlichen Argumenten über Jahre verzögern zu können.

592. Die Entscheidung des Bundeskartellamtes konnte auch deshalb relativ kurz und mit vergleichsweise geringem Verfahrensaufwand getroffen werden, weil sie die Berechnung des angemessenen Zugangsentgelts ausklammern konnte. An die Stelle der in Regulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur oftmals zentralen und komplexen Entgeltberechnung trat in diesem Fall schlicht die Feststellung, eine Verweigerung von Verhandlungen über einen Zugang gegen ein „angemessenes Entgelt“ sei rechtswidrig, gefolgt von der Konkretisierung der gesetzlichen Verpflichtung, Verhandlungen mit den Zugangspetenten aufzunehmen und die aus Sicht von Scandlines angemessenen Bedingungen einer diskriminierungsfreien Zugangsgewährung zu formulieren.

593. Diese abgestufte Durchsetzung der Zugangsverpflichtung entspricht der vom Bundesgerichtshof geforderten Rücksichtnahme auf die verfassungsrechtlich geschützten Freiheitsrechte des Adressaten.³²⁵ Die Verpflichtung zur Verhandlung ist grundsätzlich auch die vom Verfahrensaufwand her effizienteste Möglichkeit, Modalitäten eines Drittzugangs festzulegen. Die Behörde vermeidet so den in aller Regel ganz erheblichen Aufwand, alle relevanten Details zu ermitteln und in eine Entgeltberechnung einfließen zu lassen. Soweit sich Infrastrukturbetreiber und Zugangspetent nicht einigen können, wird durch die Verhandlungen zumindest eine fundierte Grundlage für weitere Schritte geschaffen. Insoweit erscheint der Monopolkommission die vom Bundeskartellamt ausgesprochene Verpflichtung des Infrastrukturbetreibers, innerhalb einer bestimmten Frist einen Zugangsvorschlag vorzulegen, besonders geeignet zur praktischen Umsetzung einer solchen Verpflichtung. Denn ein derartiger Vorschlag lässt sich auf seine Angemessenheit im Ganzen und hinsichtlich einzelner Bestandteile überprüfen. Einer in derartigen Fällen drohenden „Hinhaltetaktik“ des Verpflichteten wird so effektiv begegnet.

Zwar können grundsätzlich derartige Verhandlungsverfahren eine Kollusion zwischen den Verhandlungspartnern begünstigen. In Fällen, in denen eine monopolistische Infrastruktur geöffnet wird, ist dieses Risiko jedoch in der Regel vernachlässigbar, da die Zugangspetenten gerade Wettbewerb ausüben wollen. Überschießende Koordinationstendenzen werden vom allgemeinen Kartellverbot erfasst, nicht zuletzt vom Verbot des Abkaufs von Wettbewerb.³²⁶

³²¹ Vgl. stellvertretend Bornkamm, J., Richterliche Kontrolle von Entscheidungen im deutschen und europäischen Kartellverfahren, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht 8(1), 2010, S. 34–52, insbesondere S. 36 ff., 41 f.

³²² Vgl. insbesondere BVerfG, Beschluss vom 8. Dezember 2011, 1 BvR 1932/08 „Mobilfunk-Terminierungsentgelte“, Tz. 37 ff., sowie zuvor Beschluss vom 31. Mai 2011, 1 BvR 857/07 „Investitionszulage“.

³²³ Vgl. EuGH, Urteil vom 31. März 1998, Rs. C-68/94 „Kali+Salz“, Rn. 223 ff.; EuG, Urteil vom 25. März 1999, Rs. T-102/96 „Gencor“, Rn. 163 ff.; jedoch EuGH, Urteil vom 15. Februar 2005, Rs. C-12/03 P „Tetra Laval“, Rn. 37 ff., 39, sowie EuG, Urteil vom 17. September 2007, Rs. T-201/04 „Microsoft“, Rn. 85 ff., 89; vgl. hierzu auch Nothdurft, J., Ökonomie vor Gericht – Richterliche Überprüfung wirtschaftlicher Fragen im deutschen und europäischen Kartellverfahren, in: Müller, G./Osterloh, E./Stein, T. (Hrsg.), Festschrift für Günther Hirsche, München 2008, S. 285–300.

³²⁴ Vgl. BVerfG (Schweiz), Urteil vom 12. Februar 2009, A-109/2008, WuW/E KRInt 273 „Swisscom/ ComCom“, Tz. 7.4: „Die Komplexität wirtschaftlicher Sachverhalte, insbesondere die vielfache und verschlungene Interdependenz wirtschaftlich relevanten Verhaltens, schließt eine strikte Beweisführung regelmäßig aus“.

³²⁵ BGH, Beschluss vom 24. September 2002, KVR 15/01 „Fährhafen Puttgarden“, S. 15 ff.

³²⁶ Vgl. zu Letzterem Tz. 550 ff.

3.2.2 Transaktionsentgelte an Geldautomaten

594. Höhe und Struktur der Entgelte für Fremdadhebungen an Geldautomaten³²⁷ haben sich in den letzten 15 Jahren erheblich verändert. Das Bundeskartellamt hat diese Entwicklung begleitet, ohne mit rechtlichen Mitteln einzuschreiten, führt jedoch aktuell noch ein Ermittlungsverfahren, an dessen Abschluss Preissenkungsverfügungen stehen könnten. Dabei konnten bereits ohne formelle Verfügung erhebliche Fortschritte hinsichtlich der Entgelttransparenz und -höhe erreicht werden, weitere Erfolge könnten jedoch erheblichen zusätzlichen Aufwand des Bundeskartellamtes erfordern.³²⁸

595. Das institutsübergreifende deutsche Geldautomatensystem basiert auf einer 1979 beim Bundeskartellamt angemeldeten und im Jahre 1982 durch eine Höchstentgeltregelung ergänzten Vereinbarung der im Zentralen Kreditausschuss (ZKA) vertretenen Spitzenverbände der Kreditwirtschaft.³²⁹ Diese vertragliche Grundlage gilt zwischen allen größeren deutschen Kreditinstituten und legt den technischen Rahmen sowie die Bedingungen für Fremdadhebungen mit EC-Karte bzw. Girocard fest.³³⁰

596. Ursprünglich konnte nach dieser Vereinbarung der kartenausgebenden Bank ein Interbankenentgelt berechnet werden, das diese entsprechend ihren Geschäftsbedingungen (teilweise) an den Kunden weiterreichen konnte. Auch in Reaktion auf den Wettbewerb durch Direktbanken, die ganz überwiegend keine Geldautomaten betreiben und sich insoweit auf die Infrastruktur der übrigen Kreditinstitute verlassen, hatte der Sparkassen- und Giroverband 1997 die Höchstentgeltregelung gekündigt, da zahlreiche seiner Mitgliedsinstitute gegenüber ihren Wettbewerbern aus dem Bereich der privaten Banken erheblich höhere Entgelte berechnen wollten. Eine als Kompromiss ausgehandelte Erhöhung der Höchstgrenze von 4 auf 7 DM scheiterte an kartellrechtlichen Bedenken des Bundeskartellamtes.³³¹

597. In der Folge führte das Fehlen einer Höchstentgeltvereinbarung einerseits zu einer spiralartigen Erhöhung der einseitig festgesetzten und den Kunden unbekannteren Interbankenentgelte auf bis zu 60 Euro pro Transaktion. Andererseits entstanden verschiedene Netzwerke der deutschen Kreditinstitute („Geldautomaten-Pools“),³³² die den Kunden ihrer jeweiligen Mitgliedsin-

stitute kostenlose bzw. -reduzierte Abhebungen an Geldautomaten von Pool-Mitgliedern ermöglichen.

598. Das Bundeskartellamt hat zu Beginn des Jahres 2010 Ermittlungen hinsichtlich der Höhe der Entgelte für die Nutzung von Geldautomaten eingeleitet. Ein im Verlauf des Verfahrens im April 2010 gemachter Kompromissvorschlag des Zentralen Kreditausschusses zur Einführung eines Höchstentgelts von 5 Euro scheiterte an Bedenken des Bundeskartellamtes, das diesen Betrag als zu hoch einschätzte, zumal derartige Höchstgrenzen sich in der Tendenz als Richtpreis auswirken können. Sparkassen und Volksbanken dagegen hielten das Angebot der im Bundesverband deutscher Banken e. V. (BdB) organisierten privaten Kreditinstitute, den Betrag auf 2 Euro zu deckeln, für zu niedrig.³³³ In engem zeitlichem Zusammenhang mit Ankündigungen gesetzlicher Einschreitens seitens der Exekutive³³⁴ und einer vom Bundeskartellamt gesetzten Frist einigten sich die Mitglieder des Zentralen Kreditausschusses schließlich darauf, das Interbankenentgelt durch ein Kundenentgelt abzulösen, das vor der Transaktion dem Kunden am Geldautomaten angezeigt wird.³³⁵ Daneben legten die BdB-Mitgliedsinstitute einseitig eine Höchstgrenze für derartige Entgelte von 2 Euro fest.³³⁶

599. Während das transparente Kundenentgelt einen gewissen Wettbewerb zwischen den (am Zentralen Kreditausschuss beteiligten) Betreibern von Geldautomaten ermöglicht, erheben insbesondere die Sparkassen weiterhin Entgelte von bis zu 10 Euro. Das Bundeskartellamt hat 2011 die Untersuchung hierauf konzentriert und zwischen März und August Transaktionsdaten und Preise einer repräsentativen Vielzahl von Regionalinstituten (Genossenschaftsbanken und Sparkassen) erhoben. Die ermittelten Kundenentgelte lagen zwischen 1,95 und 7,90 Euro bei einem Durchschnitt zwischen 4 und 5 Euro, wobei die Entgelthöhe nicht mit der ländlichen und städtischen Situation einzelner Institute korreliert. Die Auslastung dieser Geldautomaten war, auch im ländlichen Bereich, deutlich höher als bei vielen Privatbanken.

600. Das Bundeskartellamt prüft weiterhin die Kundenentgelte der Regionalinstitute.³³⁷ Eine Preissenkungsverfügung nach § 19 Absatz 4 Nummer 2, 3 i. V. m. § 32 GWB setzt jedoch unter anderem den Nachweis regionaler Marktbeherrschung der Adressaten im Einzelnen voraus. Daneben erscheinen vor dem Hintergrund des § 1 GWB die vier Geldautomaten-Pools von nicht unerheblicher kartellrechtlicher Bedeutung, da diese Kartelle vor allem in einzelnen Regionen erhebliche marktabschot-

³²⁷ Abhebungen von Kunden eines anderen Geldinstituts als demjenigen, das den betreffenden Geldautomat betreibt.

³²⁸ Vgl. etwa plakativ Seibel, K., Kartellamt setzt Banken bei Gebühren Ultimatum, Die Welt online, 16. April 2011.

³²⁹ Bundesverband der Deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken e. V. (BVR), Bundesverband deutscher Banken e. V. (BdB), Bundesverband Öffentlicher Banken Deutschlands e. V. (VÖB) und Deutscher Sparkassen- und Giroverband e. V. (DSGV).

³³⁰ Daneben bestehen weitere Vertragsnetzwerke, insbesondere für Abhebungen mit Kreditkarten.

³³¹ BKartA, Tätigkeitsbericht 1997/98, Bundestagsdrucksache 14/1139 vom 25. Juni 1999, S. 156 f.

³³² Das „Sparkassennetz“ der Sparkassengruppe, das „BankCard ServiceNetz“ der Volks- und Raiffeisenbanken, und PSD Banken, die „Cash Group“ der Deutschen Bank, HypoVereinsbank, Commerzbank, Postbank sowie der „CashPool“ der BBBank, National-Bank, Santander Consumer Bank, Sparda-Banken, TARGOBANK und weiterer Kreditinstitute.

³³³ Vgl. Osman, Y./Nagl, H./Neuerer, D., Banken können sich nicht auf einheitliche Gebühren einigen, Handelsblatt online, 18. August 2010.

³³⁴ Vgl. Nagl, H./Neuerer, D., Regierung droht Banken mit Gesetz gegen Gebühren-Wucher, Handelsblatt online, 19. August 2010.

³³⁵ Vgl. Bundesverband öffentlicher Banken, Pressemitteilung vom 25. August 2010, ZKA: Deutsche Kreditwirtschaft einigt sich auf kundenfreundliche Lösung für Fremdadhebungen an Geldautomaten. Diese Regelung wird seit 15. Januar 2011 praktiziert.

³³⁶ Vgl. zum Ganzen auch BKartA, Tätigkeitsbericht 2009/10, a. a. O., S. 91.

³³⁷ Vgl. etwa Reuters Agenturmeldung: Kartellamt will weitere Senkung von Geldautomaten-Gebühren, Handelsblatt online, 24. Juni 2011.

tende Wirkung haben könnten. Sowohl die Durchsetzung des Kartellverbots als auch die Abstellung eventueller Missbräuche dürften insoweit erheblichen weiteren Verfahrensaufwand verursachen. Eine Lösung der Problematik auf Grundlage der Ermittlungsergebnisse des Bundeskartellamtes als Zusagenentscheidung gegenüber den Mitgliedern des Zentralen Kreditausschusses könnte hier erheblichen Verfahrensaufwand vermeiden und Rechtssicherheit herzustellen helfen.³³⁸

3.2.3 Aspekte des Vorgehens der Kartellbehörden im Wassersektor

601. Die leitungsgebundene Lieferung von Trinkwasser erfolgt regelmäßig in geschlossenen Netzen. Daraus ergibt sich in aller Regel eine Monopolstellung des lokalen Anbieters. Aus der Wettbewerbslosigkeit der Lieferverhältnisse folgen häufig nur geringe Anreize zur produktiven Effizienz, was wiederum ungerechtfertigt hohe Preise zur Folge haben kann.³³⁹ Die Landeskartellbehörde Hessen hat hier in einem Pilotverfahren die Reichweite kartellbehördlicher Befugnisse höchstrichterlich klären lassen,³⁴⁰ was die Aktivität sowohl der Landeskartellbehörden als auch des Bundeskartellamtes in diesem Sektor befördert hat. Zuletzt haben vor allem die Preissenkungsverfügung der baden-württembergischen Landeskartellbehörde gegen die Stadtwerke Calw GmbH bzw. die Aufhebung dieser Entscheidung durch das Oberlandesgericht Stuttgart³⁴¹ sowie die bekannt gewordenen Preismissbrauchsverfahren des Bundeskartellamtes gegen die Berliner Wasserbetriebe und die Stadtwerke Mainz öffentlich für Aufsehen gesorgt.

602. Die Erfassung von in öffentlich-rechtlicher Form betriebenen Wasserversorgern stellt nicht zuletzt vor dem Hintergrund der zunehmend zu beobachtenden „Flucht ins Gebührenrecht“ ein wesentliches Problem der Durchsetzung von Effizienzmaßstäben in der Trinkwasserversorgung dar; zu diesem Aspekt werden aktuell Entscheidungen des Bundesgerichtshofs und des Gesetzgebers der 8. GWB-Novelle erwartet.³⁴²

3.2.3.1 Würdigung der Verfahren des Bundeskartellamtes nur eingeschränkt möglich

603. Das Verfahren des Bundeskartellamtes gegen die Berliner Wasserbetriebe wegen überhöhter Preise war zum Redaktionsschluss dieses Gutachtens noch nicht abgeschlossen. Die Behörde war bereits Ende 2011 nach einer eigenen Erhebung bestimmter Erlöse von Wasserver-

sorgern auf Grundlage einer vorläufigen rechtlichen Bewertung zu dem Schluss gekommen, dass die Wasserpreise in Berlin überhöht waren und in den Jahren 2012, 2013 und 2014 um durchschnittlich rund 19 Prozent gegenüber dem Jahr 2010 abgesenkt werden müssten.³⁴³ Am 5. Dezember 2011 hat das Bundeskartellamt eine Abmahnung an die Berliner Wasserbetriebe gesandt. Auf eine Stellungnahme des Unternehmens hin erfolgte eine Nachermittlung bestimmter Preise in einzelnen Jahren. Am 2. April 2012 hat das Amt daraufhin eine erneute Abmahnung versendet und darin den Verdacht auf Preismissbrauch grundsätzlich beibehalten.³⁴⁴

604. Neben dem Verfahren gegen die Stadtwerke Mainz handelt es sich bei dem Verfahren gegen die Berliner Wasserbetriebe um das erste wichtige Preismissbrauchsverfahren des Bundeskartellamtes im Wassersektor, weshalb eine Ausstrahlungswirkung auf die zukünftige Fallpraxis des Amtes und der Landeskartellbehörden in diesem Sektor wahrscheinlich ist. Vor diesem Hintergrund hätte die Monopolkommission eine Würdigung grundsätzlicher Elemente des rechtlichen und methodischen Vorgehens für wünschenswert erachtet, ohne dabei dem Ausgang des kartellrechtlichen Verfahrens vorgreifen zu wollen. Vor diesem Hintergrund begrüßt die Monopolkommission einerseits den konstruktiven Austausch mit den zuständigen Mitarbeitern des Bundeskartellamtes, bedauert es jedoch andererseits, dass das Amt von dem etablierten und in § 46 Absatz 2a GWB festgelegten Verfahren abgewichen ist und es der Monopolkommission verweigert hat, Zugang zu den erfolgten Abmahnungen und der genutzten Datenbasis zu nehmen.³⁴⁵ Ohne konkreten Einblick in die angewendete Prüfmethodik kann eine Würdigung dieses Verfahrens durch die Monopolkommission nicht erfolgen.

605. Die Stadtwerke Mainz sind Anfang Mai 2012 in einem Preismissbrauchsverfahren gemäß § 32b GWB die Verpflichtung eingegangen, ihre Wasserpreise (ohne Abgaben und Steuern) ab dem 1. Januar 2013 um rund 15 Prozent zu senken.³⁴⁶ Die Preissenkung bezieht sich auf das Preisniveau von 2010 und schreibt dieses bis zum Jahr 2019 fest. Sie richtet sich auf den abgabenbereinigten Durchschnittserlös und sieht keinen Inflationsausgleich vor; die Verteilung der Absenkungen auf die einzelnen Tarife liegt im Ermessen der Stadtwerke Mainz.

606. In dem Verfahren hat das Bundeskartellamt die Höhe der Entgelte der Stadtwerke Mainz mit denjenigen anderer großstädtischer Wasserversorger verglichen, die bereits im Rahmen des Verfahrens gegen die Berliner Wasserbetriebe ermittelt worden waren. Dabei hat sich ergeben, dass die Mainzer Wasserpreise und Erlöse sowohl über den

³³⁸ Vgl. etwa dpa: Kartellamt-Mahnung: Immer noch zu hohe Gebühren am Automaten, Handelsblatt online, 8. Januar 2012.

³³⁹ Vgl. zu diesem Markt eingehender bereits Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 1 ff.

³⁴⁰ BGH, Beschluss vom 2. Februar 2010, KVR 66/08 „Wasserpreise Wetzlar“; vgl. dazu Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 13 ff.

³⁴¹ OLG Stuttgart, Beschluss vom 25. August 2011, 201 Kart 2/11 „Energie Calw“; aufgehoben und zurückverwiesen durch den Bundesgerichtshof; vgl. „Stunde Null beim Wasserpreis-Streit“, Schwarzwälder Bote online, 18. Mai 2012.

³⁴² Vgl. eingehender Tz. 413 f.

³⁴³ BKartA, Pressemeldung vom 5. Dezember 2011, Bundeskartellamt mahnt Berliner Wasserbetriebe wegen überhöhter Trinkwasserpreise ab.

³⁴⁴ BKartA, Pressemeldung vom 2. April 2012, Bundeskartellamt mahnt Berliner Wasserbetriebe erneut ab und beabsichtigt Preissenkung bei Trinkwasser von insgesamt 292 Mio. Euro für die Jahre 2012 bis 2015.

³⁴⁵ Vgl. Tz. 160 ff.

³⁴⁶ BKartA, Beschluss vom 8. Mai 2012, B8-159/11.

Preisen und Erlösen vergleichbarer Wasserversorger als auch über dem bundesweiten Durchschnitt der Preise und Erlöse der Wasserversorger in den 38 größten Städten Deutschlands liegen. Aus Gründen der Verfahrensbeschleunigung hat das Bundeskartellamt auf seiner Datenbasis eine Gesamtwürdigung vorgenommen und auf weitere Ermittlungen bezüglich der konkreten Vergleichbarkeit einzelner vergleichbarer Unternehmen verzichtet.

607. Derartige Preissenkungsverfügungen können grundsätzlich geeignet sein, missbräuchlich überhöhte Preise abzustellen und die betroffenen Unternehmen zu verstärkten Effizienzanstrengungen anzureizen. Die Monopolkommission bedauert jedoch, dass bei der bislang erkennbaren Vorgehensweise des Bundeskartellamtes einerseits für dritte Unternehmen – soweit für die Monopolkommission erkennbar³⁴⁷ – keine Preissetzungsmaßstäbe ableitbar sind. Andererseits hat der erhebliche Datenerfassungsaufwand für 39 Wasserversorger – jedenfalls bislang – nur zu zwei Verfügungen mit sehr unterschiedlichen Zeithorizonten geführt, während die Effizienz der übrigen überprüften Unternehmen unklar bleibt. Angesichts dieser Praxis des Bundeskartellamtes erneuert die Monopolkommission ihre Forderung nach einer Regulierung dieses Bereichs.³⁴⁸ Die grundsätzlich laufend und breiter notwendige Überprüfung der Trinkwasserpreise an Effizienzmaßstäben erscheint auf kartellrechtlicher Grundlage kaum möglich.

3.2.3.2 Kooperation und Synergien im Netz der deutschen Kartellbehörden

608. Die meisten Wasserversorger sind nur innerhalb eines Bundeslandes tätig, was regelmäßig zur Zuständigkeit der jeweiligen Landeskartellbehörde führt. Zwischen den Landeskartellbehörden und dem Bundeskartellamt können Verfahren in beide Richtungen abgegeben werden, was formell einen Antrag der Kartellbehörde voraussetzt, die zuständig werden soll; materiell muss die Abgabe „auf Grund der Umstände der Sache angezeigt“ sein (§ 49 Absatz 3 und 4 GWB). Bei Einvernehmen der Kartellbehörden wird die Kartellbehörde zuständig, an die abgegeben wurde. Im Fall der Berliner Wasserbetriebe hatte offenbar der Berliner Wirtschaftssenator den Antrag des Bundeskartellamtes auch angeregt, um Interessenkonflikte zu vermeiden.³⁴⁹ Derartige Verfahrensabgaben können aber auch erfolgen, wenn die Kapazitäten einer Landeskartellbehörde nicht ausreichen oder sonst wesentliche Verfahrenseffizienzen durch die Abgabe möglich erscheinen.³⁵⁰ Gesetzlich ist das

Bundeskartellamt für all jene Unternehmen zuständig, deren Aktivitäten mehr als ein Bundesland berühren, im Fall der Stadtwerke Mainz etwa deshalb, weil neben dem rheinland-pfälzischen Mainz auch das hessische Wiesbaden mit Trinkwasser beliefert wurde.

609. Die Landeskartellbehörden der verschiedenen Bundesländer haben seit der Klärung der Beweislastverteilung durch die Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs aus 2010³⁵¹ ihre Aktivitäten in diesem Sektor überwiegend verstärkt. In diesem Zusammenhang hat die Monopolkommission eine Erhebung des Vorgehens der Landeskartellbehörden durchgeführt. Tabelle IV.1 stellt die Unterschiede hinsichtlich der Situation und des kartellbehördlichen Vorgehens in den jeweiligen Ländern dar.

610. Untersuchungstiefe und -methoden der einzelnen Kartellbehörden im Trinkwasserbereich sind äußerst heterogen, was sich zum einen aus der sehr unterschiedlichen Ressourcenausstattung der 16 Landeskartellbehörden,³⁵² zum anderen jedoch auch aus deren fehlender Unabhängigkeit und ihrer unmittelbaren politischen Anbindung ergibt. Vor dem Hintergrund der sehr unterschiedlich weit fortgeschrittenen Erfahrungen der einzelnen Kartellbehörden lag eine Koordination und Kooperation der Kartellbehörden nahe. Eine solche findet grundsätzlich auf zwei Ebenen statt: einerseits bilateral zwischen einzelnen Behörden, nicht selten informell auf persönlicher Basis, andererseits im Rahmen der beiden Plattformen Kartellreferententagung des Bundes und der Länder (mit allgemeiner Zuständigkeit) sowie Arbeitsausschuss Versorgungswirtschaft (mit Schwerpunkt auf regulierungsnahen Infrastrukturbereichen). Die Intensität des Austauschs variiert über die Zeit und abhängig von den jeweils behandelten Themen; eine mit dem International Competition Network (ICN) oder dem European Competition Network (ECN)³⁵³ vergleichbare institutionelle Verfestigung wird jedoch – nicht nur ressourcenbedingt – bedauerlicherweise nicht erreicht.

611. Im Rahmen des Arbeitsausschuss Versorgungswirtschaft fand auch eine Koordination der Kartellbehörden im Zusammenhang mit den Preismissbrauchsverfahren im Bereich der Trinkwasserversorgung statt: Zum einen wurden die Erfahrungen der Kartellbehörden ausgetauscht; zum anderen wurde unter Beiziehung auch externer Experten ein gemeinsamer Fragebogen des Bundeskartellamtes und der Landeskartellbehörden zur Abfrage verfahrensrelevanter Daten erstellt, der auch Gegenstand einer Verbändeanhörung im Bundeswirtschaftsministerium war. Auf dessen Grundlage wären die erhobenen Daten länderübergreifend vergleichbar gewesen und hätten von den Behörden zur besseren Ermittlung von Vergleichsgruppen der Trinkwasserunternehmen her-

³⁴⁷ Entgegen der in der Vergangenheit geübten Praxis und der expliziten Gesetzeslage hat die Monopolkommission in diesen Verfahren keine Akteneinsicht beim Bundeskartellamt nehmen können.

³⁴⁸ Vgl. eingehender Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 20 ff.

³⁴⁹ So ist die Berliner Landeskartellbehörde Teil der Senatsverwaltung für Wirtschaft, während der Wirtschaftssenator gleichzeitig Aufsichtsratsvorsitzender der Berliner Wasserbetriebe ist; vgl. etwa Schlandt, J., Senat gibt Zuständigkeit an Bundesbehörde ab und hofft auf sinkende Preise für Verbraucher: Kartellamt knöpft sich Berliner Wasserpreise vor, Berliner Zeitung, 18. März 2010.

³⁵⁰ Eine solche Abgabeverfügung ist nicht eigenständig angreifbar; vgl. KG, Beschluss vom 28. April 2008, 2 KART 1/08 „GASAG“.

³⁵¹ BGH, Beschluss vom 2. Februar 2010, KVR 66/08 „Wasserpreise Wetzlar“.

³⁵² Eine Liste der einzelnen Landeskartellbehörden mit Kommunikationsadressen findet sich auf der Webseite des Bundeskartellamtes, <http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/service/LKB.php>

³⁵³ Vgl. zu diesen beiden internationalen Netzwerken Tz. 670 f.

Tabelle IV.1

Vergleich des Vorgehens der Landeskartellbehörden bei Wasserpreisen

Bundesland	Eigene Datenerhebung		Benchmarking-Projekt der Kartellbehörde ¹	Preismisbrauchsverfahren	Prüfmethodik: Erlösvergleich/ Tarifvergleich/ Kostenprüfung	Anzahl an privatwirtschaftlich organisierten Wasserversorgern im Bundesland
	innerhalb des Bundeslandes	Kooperation mit anderen Bundesländern				
Baden-Württemberg	nur Wasserpreistabelle	nein	nur Wasserpreistabelle	ja, 2 Unternehmen	Kostenprüfung	83
Bayern	Abschätzung (keine Datenerhebung über Fragebogen)	nein, nur Vergleich mit Preisen anderer Bundesländer als Orientierungswert	nein	5 Unternehmen geprüft, Einigungslösungen ohne Verfügung	Kostenprüfung	73 (insgesamt ca. 2.300)
Berlin	Berliner Wasserbetriebe sind der einzige Wasserversorger; hier Abgabe an das Bundeskartellamt					
Brandenburg	ja	in einem Fall	nein	bisher keine offiziellen Verfahren 5 Unternehmen nach 2010er Datenerhebung aufgefallen	Tarif- und Erlösvergleich, ergänzend Kostenprüfung	ca. 43
Bremen	nein	nein	nein	nein	–	2
Hamburg	Hamburg wird länderübergreifend mit Wasser versorgt, weshalb die Zuständigkeit bei Preismisbräuchen hier beim Bundeskartellamt liegt					
Hessen	ja	ja	nur Wasserpreistabelle	ja, gegen 9 Unternehmen	Tarifvergleich, ergänzend Erlösvergleich	41 bis 43
Mecklenburg-Vorpommern	nein (nicht aktuell)	nein	nein	nein	–	–
Niedersachsen	ja	zwei Datensätze	nur Wasserpreistabelle	8 bzw. 9 Unternehmen wegen Missbrauchsverdacht angeschrieben	Tarifvergleich	ca. 170 (insgesamt ca. 260)
Nordrhein-Westfalen	nein	nein	ja	nein ²	Kostenprüfung	(insgesamt ca. 400)
Rheinland-Pfalz	ja	nein	nein	nur Vorprüfung	Tarifvergleich	(ca. 25, überwiegend öffentlich-rechtlich)
Saarland	nein (geplant)	nein, wird in Zukunft aber sicher gebraucht werden	nein	nein	–	(insgesamt ca. 40)

noch Tabelle IV.1

Bundesland	Eigene Datenerhebung		Benchmarking-Projekt der Kartellbehörde ¹	Preismisbrauchsverfahren	Prüfmethodik: Erlösvergleich/ Tarifvergleich/ Kostenprüfung	Anzahl an privatwirtschaftlich organisierten Wasserversorgern im Bundesland
	innerhalb des Bundeslandes	Kooperation mit anderen Bundesländern				
Sachsen	ja, im Rahmen einer Sektoruntersuchung	nein	nein	keine offiziellen Verfahren, Preis senkungsverpflichtung bei 6 bis 7 Unternehmen	Tarifvergleich	36
Sachsen-Anhalt	ja, im Rahmen einer Sektoruntersuchung	nein	ja	ja, 10 Unternehmen ³	Tarifvergleich, ergänzend Erlösvergleich	37 (insgesamt 77)
Schleswig-Holstein	nein (geplant) ⁴	nein	nein	nein	–	(insgesamt ca. 500)
Thüringen	ja	nein	nein	nein	–	21 (insgesamt 68)

¹ In den meisten Fällen jedoch anderweitige Benchmarking-Projekte bekannt.

² Tätigwerden nur auf Einzelbeschwerde; bisher keine offiziellen Verfahren.

³ Bei der Hälfte der Unternehmen bereits Preissenkungseinigung erreicht.

⁴ Problem der sehr regionalisierten Struktur der Wasserbetriebe, teilweise als Genossenschaften.

Quelle: Angaben der Landeskartellbehörden auf Anfrage der Monopolkommission

angezogen werden können. In Bezug auf die anzuwendenden Methoden konnte jedoch kein Konsens erzielt werden; in der Folge wurde der Fragebogen nur in teils erheblich abgewandelter Form verwendet. Die so erhobenen Daten gewährleisteten eine nur sehr eingeschränkte Vergleichbarkeit, was die Ermittlung von Vergleichsmaßstäben stark erschwert. Auch dass die Tätigkeiten der einzelnen Behörden auf den gewonnenen Erfahrungen anderer Behörden aufbauen würden, ist nur teilweise ersichtlich.

612. Auf Grundlage der Erhebung der Monopolkommission ist die Nutzung von Synergien durch die Kartellbehörden in diesem Bereich möglicherweise verbesserungsfähig. Dabei erscheint zumindest denkbar, dass nicht zuletzt politische Erwägungen eine stringenter Durchsetzung des Kartellrechts in diesem Bereich behindern. Die sich hier zeigenden Schwierigkeiten in der Praxis der Landeskartellbehörden unterstreichen die Forderung der Monopolkommission nach einer sektorspezifischen Regulierung des Bereichs.

3.2.3.3 Benchmarking als anreizregulierungsähnliches Instrument?

613. Eine Reihe von Landeskartellbehörden führt keine oder nur wenige formelle Verfahren, stützt sich jedoch auf ein Benchmarking der Trinkwasserversorgung; teilweise werden derartige Projekte auch von oder in Zu-

sammenarbeit mit anderen Landesministerien oder in Initiative der Branche³⁵⁴ durchgeführt. Benchmarking ist ein Begriff aus der Betriebswirtschaftslehre und bezeichnet grundsätzlich einen systematischen und kontinuierlichen Prozess des Vergleichens von Produkten, Dienstleistungen und Prozessen verschiedener Unternehmen in qualitativer und/oder quantitativer Hinsicht. Der Begriff umfasst – abhängig vom Detaillierungsgrad und der Breite der erfassten Kriterien – ein breites Spektrum, das von bloßen Kennziffernvergleichen bis hin zu detaillierten Prozessvergleichen reicht. Entsprechend ist der Nutzen eines Benchmarkings stark abhängig von der genauen Ausgestaltung. Ein Vergleich der Leistungen und Kostenpositionen einzelner Betriebe kann die Teilnehmer grundsätzlich zu Verbesserungen anreizen, da sie ihr jeweiliges Verbesserungspotenzial vor Augen geführt bekommen. Vielfach jedoch scheinen Benchmarking-Projekte lediglich zur Demonstration der fehlenden Notwendigkeit einer Veränderung des Status quo zu dienen und so in ihrer Zielrichtung ins Gegenteil verkehrt zu werden. Innerhalb der Wasserbranche steht wohl die überwiegende Mehrzahl der Betriebe dem Benchmarking kritisch gegenüber, während einige dadurch bereits echte Fortschritte erzielen konnten.

³⁵⁴ Vgl. etwa Arbeitsgemeinschaft Trinkwassertalsperren e. V. (ATT) u. a. (Hrsg.): Branchenbild der deutschen Wasserwirtschaft 2011, Bonn 2011.

614. Die Monopolkommission hält derartige Projekte grundsätzlich für geeignet, die Effizienz in der Wasserwirtschaft zu verbessern; vom theoretischen Ansatz her ähneln sie dem in regulierten Bereichen verwendeten Konzept des Effizienzvergleichs. Vorzüge insbesondere eines detaillierten Prozessbenchmarkings sind vor allem das Entstehen gewisser Anreize zur Effizienzsteigerung und das Aufzeigen konkreter Verbesserungspotenziale.

615. Voraussetzung für die Wirksamkeit eines Benchmarkings sind jedoch vor allem die Verpflichtung zur Teilnahme jedenfalls für einen Großteil der Betriebe, eine (gewisse) Transparenz der Ergebnisse sowie echte Vergleichbarkeit und ein Detaillierungsgrad der verwendeten Kriterien, der die Erkennung von Ineffizienzen gestattet. Die in der Branche bestehenden Ansätze erfüllen diese Voraussetzungen höchstens zum Teil, insbesondere was die Teilnahmeverpflichtung und die Vergleichbarkeit der zugrunde gelegten Kennziffern angeht. Insoweit ist das Benchmarking in seiner heutigen Form bestenfalls geeignet, die kartellrechtliche Preismissbrauchsaufsicht oder besser Regulierung zu komplementieren.

3.2.3.4 Maßstäbe der Trinkwasser-Preismissbrauchsaufsicht: Kosten- oder Erlösprüfung

616. Im Februar 2011 hatte das baden-württembergische Wirtschaftsministerium gegen die Stadtwerke Calw GmbH eine Preismissbrauchsverfügung erlassen. Diese sollte die Stadtwerke Calw dazu verpflichten, rückwirkend für die Jahre 2008 und 2009 bei allen Tarifwasserkunden bei der Berechnung der Wasserentgelte einen Nettopreis von nicht mehr als 1,82 Euro je Kubikmeter anzulegen. Im August 2011 hob das Oberlandesgericht Stuttgart die Preissenkungsverfügung des baden-württembergischen Wirtschaftsministeriums als Landeskartellbehörde gegen die Stadtwerke Calw auf.³⁵⁵ Als Grund für die Aufhebung nennt das Gericht unter anderem die Art der Prüfmethodik und deren Anwendung durch die Landeskartellbehörde, die die Preise des Versorgers kontrolliert habe.

617. Die Landeskartellbehörde hatte das Verfahren ausdrücklich auf das allgemeine Missbrauchsverbot gemäß § 19 GWB gestützt und in diesem Rahmen eine Kostenkontrolle durchgeführt. § 19 Absatz 4 Nummer 2 GWB verbietet einem marktbeherrschenden Unternehmen, Entgelte zu fordern, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb einstellen würden. Die Vorschrift nennt dabei das sog. Vergleichsmarktkonzept als eine mögliche Prüfmethode. Dabei werden Preise auf anderen vergleichbaren Märkten als wettbewerbliche Referenzpreise herangezogen. Eine andere Möglichkeit, die Preise eines marktbeherrschenden Unternehmens zu prüfen, ist die sog. Kostenkontrolle. Dabei ermittelt die

Kartellbehörde aus den berücksichtigungsfähigen Kosten einen Vergleichspreis.

618. War bisher in der Regel angenommen worden, dass die Kartellbehörde die Wahl hat, die adäquate Prüfmethode gemäß § 19 GWB selbst zu wählen, überrascht die Entscheidung des Oberlandesgerichts Stuttgart insbesondere, als ein Vorrang des Vergleichsmarktkonzepts festgestellt wird.³⁵⁶ Eine Kostenkontrolle sei nur nachrangig möglich. Liege hingegen – wie im gegebenen Fall – eine ersichtlich vollständige Übersicht über die Tarife der privaten Wasserversorger vor, so sei von diesem Vergleichsmarkt im Rahmen der Missbrauchsbewertung auszugehen.

619. Das Gericht monierte zudem, dass auch die Durchführung der Kostenkontrolle mittels einer eigenen Kalkulation der Landeskartellbehörde unter analoger Heranziehung der Vorgaben nach der Stromnetzentgeltverordnung bzw. der Gasnetzentgeltverordnung nicht zulässig gewesen sei. Denn dieser gezogenen Analogie stehe schon der manifestierte Wille des Gesetzgebers entgegen, der sich hinsichtlich der Kontrolle des Wassersektors deutlich anders darstelle als bei Strom und Gas.³⁵⁷

620. Die verschiedenen Möglichkeiten zur Ermittlung eines Referenzpreises, der sich bei wirksamem Wettbewerb eingestellt hätte, umfassen als bekannteste Methoden vor allem die Kostenprüfung und das Vergleichsmarktkonzept, wobei Letzteres in unterschiedlichen Formen angewendet werden kann. Das Vergleichsmarktkonzept zieht einen Preis auf vergleichbaren Märkten als Referenzpreis heran, der sich – wie das Konzept implizit unterstellt – bei wirksamem Wettbewerb eingestellt hätte. Im Wassersektor kommt eine Anwendung des Vergleichsmarktkonzepts als Tarif- und Erlösvergleich in Betracht, wonach das Vergleichsunternehmen je nach Anwendungsform aufgrund niedriger Tarife oder Erlöse auszuwählen ist. Unter diesen Anwendungsformen ist der Erlösvergleich in der Regel die aufwendigere, aber exaktere und vor diesem Hintergrund vorzugswürdige Methode. Er erlaubt durch die Bildung eines Durchschnittserlöses z. B. auch den Vergleich mehrteiliger Tarife.

621. Derweil basiert die Kostenprüfung auf der Idee, dass Unternehmen bei wirksamem Wettbewerb in der Lage sind, gerade ihre Kosten zu decken, und dass aus der Berechnung der Kosten somit ein wettbewerbskonformer Preis gebildet werden kann. Dabei wird implizit ein Polypol-Wettbewerb bzw. ein Bertrand-Nash-Preissetzungsverhalten unterstellt. Dies muss nicht grundsätzlich dem Marktergebnis auf vielen Märkten entsprechen, für die gemeinhin wirksamer Wettbewerb unterstellt wird.

³⁵⁵ OLG Stuttgart, Beschluss vom 25. August 2011, 201 Kart 2/11 „Energie Calw“; aufgehoben und zurückverwiesen durch den Bundesgerichtshof; vgl. „Stunde Null beim Wasserpreis-Streit“, Schwarzwälder Bote online, 18. Mai 2012.

³⁵⁶ So war bisher davon ausgegangen worden, die Kostenprüfung könne auch als alleinige Prüfmethode gemäß § 19 Absatz 4 Nummer 2 GWB im Kartellrecht Anwendung finden; vgl. Monopolkommission, Preiskontrollen in Energiewirtschaft und Handel?, Sondergutachten 47, Baden-Baden 2007, Tz. 19; Engelsing, F., Konzepte der Preismissbrauchsaufsicht im Energiesektor, Zeitschrift für Neues Energierecht 7(2), 2003, S. 111–118; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. April 2002, VI-Kart 2/02 (V).

³⁵⁷ Vgl. OLG Stuttgart, 201 Kart 2/11.

Allerdings können Sicherheits- und Erheblichkeitszuschläge bei der kartellrechtlichen Kostenprüfung dazu führen, einen so ermittelten Referenzwert auch in dieser Hinsicht besser abzusichern.³⁵⁸

622. Die Monopolkommission teilt die Auffassung des Oberlandesgerichts Stuttgart nicht, wonach die Kostenprüfung gegenüber dem Vergleichsmarktkonzept grundsätzlich nachrangig sein soll. Nach Auffassung der Monopolkommission lässt es sich vielmehr nicht generell bestimmen, ob es sich bei einer bestimmten Form des Vergleichsmarktkonzepts oder bei der Kostenprüfung um die vorzugswürdigere Prüfmethode handelt. So kann auch die Validität der Ergebnisse eines Erlösvergleichs aus verschiedenen Gründen infrage zu stellen sein. Hierzu zählen insbesondere Einschränkungen der Vergleichbarkeit der Märkte z. B. aufgrund von Unterschieden bei den Gütern oder bei den Versorgungskosten. Eine weitere Möglichkeit, bei der der Erlösvergleich nicht zwingend adäquat erscheint, betrifft den Fall, dass Hinweise dafür vorliegen, dass die Unternehmen im Vergleichsmarkt unter Kosten anbieten. Dieser Fall hatte sich in den Heizstromverfahren des Bundeskartellamts ergeben und wird in Abschnitt 3.2.4 kritisch bewertet. Ein grundsätzliches Problem des Vergleichsmarktkonzepts ergibt sich auf Monopolmärkten dann, wenn wie hier wiederum nur Monopolpreise für den Vergleich zur Verfügung stehen. Denn die Vermutung effizienter Preise gilt nur auf den von § 19 Absatz 4 Nummer 2 GWB genannten Märkten mit wirksamem Wettbewerb. Der Vergleich von Monopolpreisen mit Monopolpreisen erscheint insoweit wenig aussagekräftig. Monopolpreise stellen daher in aller Regel einen nur sehr eingeschränkt als Vergleichsmaßstab geeigneten Anhaltspunkt dar.³⁵⁹

623. Auch die Kostenprüfung weist verschiedene Probleme auf. Hierzu zählen insbesondere die Verrechnung von Gemeinkosten (vor allem bei Kuppelprodukten), die Effizienzprüfung und die zwingend notwendige Ermittlung der Kapitalkosten.³⁶⁰ Je nachdem wie ausgeprägt diese Schwierigkeiten in einem konkreten Fall vorliegen, können sie eine adäquate Anwendung der Kostenprüfung auch vollständig ausschließen.

624. Vor dem Hintergrund der Vorzüge und Probleme beider Methoden ist eine Abwägung und Entscheidung im Einzelfall erforderlich. Die Auffassung des Oberlandesgerichts Stuttgart ist insoweit ökonomisch fragwürdig und widerspricht den Anforderungen der Praxis. Denn anders als der Erlösvergleich ist der Tarifvergleich ein

weitaus ungenaueres Verfahren, um das tatsächliche Preisniveau im Rahmen des Vergleichsmarktkonzepts zu überprüfen. Vielmehr stellt sich die Frage, ob ein deutlich aufwendigerer Erlösvergleich zu geringeren Prüfproblemen geführt hätte als die durchgeführte Kostenprüfung. Allerdings stimmt die Monopolkommission mit dem Oberlandesgericht Stuttgart insoweit überein, als die Maßstäbe der Kostenkalkulation regulierter Bereiche nicht unbedingt auf andere Sektoren übertragbar sind. Hier sieht die Monopolkommission insbesondere dann ein Problem, wenn es auf diese Weise zu einer bestimmten Verrechnung von Gemeinkosten im Rahmen der kartellrechtlichen Prüfung kommt, obwohl den betroffenen Unternehmen zum Zeitpunkt ihrer Preissetzung die angewendete Kalkulationsmethode nicht bekannt war.

625. Die Monopolkommission fordert, die Anwendung des Prüfkonzpts in das Ermessen der Kartellbehörde zu stellen und nicht eine bestimmte Methodik zur Ermittlung eines Referenzpreises als vorzugswürdig festzulegen. Die fehlerfreie Ermessensausübung der Kartellbehörde bleibt insoweit der gerichtlichen Überprüfung unterworfen (§ 71 Absatz 5 GWB).

3.2.4 Methodische Aspekte der Preismissbrauchsverfahren im Energiesektor, speziell im Heizstromsektor

626. Seit Ende 2007 verfügt das Bundeskartellamt neben der allgemeinen Missbrauchsaufsicht nach § 19 GWB mit dem befristet eingeführten § 29 GWB über ein weiteres rechtliches Instrument, um speziell den Preismissbrauch auf Energiemärkten zu unterbinden.³⁶¹ In den letzten Jahren ist das Amt mehrmals wegen des Verdachts missbräuchlich überhöhter Preise gegen einzelne Energieversorger vorgegangen. In seiner Anwendungspraxis der speziellen Missbrauchsaufsicht hat sich das Bundeskartellamt bis heute ausschließlich auf die Endkundenmärkte für Gas und Heizstrom konzentriert. Sowohl die Einführung als auch die konkrete Anwendungspraxis des § 29 GWB sind von der Monopolkommission in der Vergangenheit kritisch begleitet worden.³⁶²

627. Bis 2012 hatten sämtliche auf die Vorschrift des § 29 GWB gestützten Missbrauchsverfahren gemeinsam, dass sie aufgrund von verbindlichen Zusagen der Unter-

³⁵⁸ Zur Ermittlung des Erheblichkeitszuschlags vgl. Tz. 641 ff.

³⁵⁹ Einen Vorrang des Vergleichsmarktkonzepts hatte der Bundesgerichtshof zwar in dem in diesem Zusammenhang oft zitierten Verfahrens „Papiergroßhandel“ gesehen; vgl. BGH, Beschluss vom 19. Juni 2007, KRB 12/07. Allerdings handelte es sich in diesem Fall um eine Mehrerlösberechnung in einem Kartellverfahren. Da neben dem konkreten wettbewerbsbeschränkenden Verhalten auch weitere Faktoren den Preis beeinflussen können, handelte es sich bei dem erzielten Mehrerlös nicht zwingend um den Unterschied zwischen erzieltem Erlös und wirksamem Wettbewerb. Die Auffassung des Bundesgerichtshofs in diesem Fall kann daher nicht auf § 19 Absatz 4 Nummer 2 übertragen werden.

³⁶⁰ Vgl. Tz. 633 ff.

³⁶¹ Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels (PreisMissbrBekG) vom 18. Dezember 2007, BGBl. I S. 2966 (Nr. 66) [Geltung ab 22. Dezember 2007]. Methodisch entspricht der vom Gesetzgeber zunächst bis zum 31. Dezember 2012 befristete § 29 GWB im Wesentlichen den Eingriffsbefugnissen des § 19 Absatz 4 Nummer 2 GWB, zählt jedoch die zur Führung des Missbrauchs nachweises zulässigen Methoden auf. Von Bedeutung ist vor allem, dass gemäß § 29 Satz 1 Nummer 1 GWB die Beweislast für die strukturelle Vergleichbarkeit der betrachteten Unternehmen umgekehrt wird; Nummer 2 eröffnet zudem explizit die Kostenkontrolle auch als selbstständig mögliche Prüfmethode.

³⁶² Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 47, a. a. O., Tz. 8 ff.; Strom und Gas 2009: Energiemärkte im Spannungsfeld von Politik und Wettbewerb, Sondergutachten 54, Baden-Baden 2009, Tz. 503 ff.; Sondergutachten 59, a. a. O., Tz. 710 ff.; Sondergutachten 63, a. a. O., Tz. 92 ff.

nehmen (in der Regel Rückzahlungen, Unterlassung von Preiserhöhungen und teilweise strukturelle Zusagen) eingestellt wurden. Im März 2008 hat das Bundeskartellamt Verfahren gegen 35 Gasversorger, die zusammen bundesweit rund 3,5 Mio. Haushalte beliefern, wegen des Verdachts missbräuchlich überhöhter Gaspreise für Haushalts- und Gewerbekunden eingeleitet. Die Verfahren betrafen die Preisgestaltung in den Jahren 2007 und 2008 und wurden überwiegend im November 2008 abgeschlossen, nachdem die Unternehmen sich zu Zusagen bereit erklärt hatten. Neben diesen Verfahren im Gassektor hat das Amt im September 2009 auch im Heizstromsektor gegen 19 Heizstromanbieter Verfahren auf Grundlage der §§ 19 und 29 GWB eingeleitet.³⁶³ Ganz überwiegend kam es im Herbst 2010 auch hier zu Verfahrenseinstellungen aufgrund von Zusagen der Unternehmen. Eine Ausnahme stellt jedoch das Verfahren gegen die Entega Privatkunden GmbH & Co KG³⁶⁴ dar, in dem gegen die Verfügung des Amtes vom 19. März 2012 Beschwerde eingelegt wurde. Da damit erstmals eine gerichtliche Klärung eines auf § 29 GWB beruhenden Verfahrens zu erwarten ist, verdient dieser Fall besondere Aufmerksamkeit.

628. In früheren Gutachten hat die Monopolkommission bereits ausführlich dargelegt, warum sie sowohl die Vorschriften zur speziellen Missbrauchsaufsicht gemäß § 29 GWB als auch ihre konkrete Anwendung durch das Bundeskartellamt kritisch beurteilt. Fehlwirkungen sieht die Monopolkommission dabei einerseits generell in dem wettbewerbsbremsenden Effekt der strengen Ahndung von kalkulatorischen Preisüberhöhungen in solchen Märkten, in denen sich gerade Wettbewerb entwickeln soll. Andererseits weist auch die vom Bundeskartellamt angewendete Methodik bei der Überprüfung auf Preismissbräuche verschiedene Probleme auf, die eine Verstärkung dieser Fehlwirkungen zur Folge haben können. In diesem Zusammenhang hat sich die Monopolkommission in ihrem Energiegutachten 2011 ausführlich mit dem Vorgehen der entsprechenden Beschlussabteilung in den zum damaligen Zeitpunkt abgeschlossenen Heizstromverfahren beschäftigt.³⁶⁵ Da das Amt seine Vorgehensweise im nun abgeschlossenen Verfahren gegen Entega im Grundsatz beibehalten hat, erläutert die Monopolkommission wesentliche Probleme des Prüfverfahrens am Beispiel dieses Falls.

3.2.4.1 Vergleichsmaßstab bei der Anwendung des Erlösvergleichs mit gleichzeitiger Kostenkontrolle

629. Eine Kernfrage bei der Ahndung von Preishöhenmissbräuchen betrifft den Vergleichsmaßstab, anhand dessen festgestellt wird, ob das Preisniveau eines Unternehmens als missbräuchlich anzusehen ist. § 29 GWB

zählt dazu die zur Führung des Missbrauchsnachweises zulässigen Methoden auf und nennt in § 29 Satz 1 Nummer 1 GWB den Monopolmarktvergleich und in § 29 Satz 1 Nummer 2 GWB die Kostenprüfung. Neben diesen Prüfkonzepten ist zudem generell festzustellen, dass § 29 GWB nach Vorstellung des Gesetzgebers auf Märkte gerichtet ist, in denen Wettbewerb nicht vollumfänglich besteht. Die Zielsetzung lässt sich deshalb nur dahin gehend verstehen, dass unabhängig von der gewählten Methodik als übergeordneter Preismaßstab mindestens ein effizienter Preis zu berücksichtigen ist, der sich auf Wettbewerbsmärkten einstellen würde.³⁶⁶

630. Im Rahmen der bis Mitte 2012 auf Grundlage von § 29 GWB geführten Verfahren hat sich das Bundeskartellamt stets auf den Erlösvergleich als Methodik gestützt. Dabei handelt es sich um die im allgemeinen Kartellrecht am besten bekannte Methode, um missbräuchlich überhöhte Preise festzustellen. Bei diesem Konzept werden die gesamten Erlöse, welche die Unternehmen auf dem betrachteten Markt erzielen, ermittelt und daraufhin ein Durchschnittserlös als Vergleichsmaßstab berechnet.

631. Im Vergleich zur Kostenprüfung stellt der Erlösvergleich in vielen Fällen das besser handhabbare Prüfkonzept dar, da er gewöhnlich erlaubt, auf eine exakte und aufwendige Herleitung zulässiger Preise aus den den Unternehmen entstandenen Kosten zu verzichten. In den vorliegenden Verfahren im Heizstromsektor stand die Anwendung des Erlösvergleichs jedoch vor dem Problem, dass – wie das Bundeskartellamt in seinem Bericht Heizstrom erläutert – eine Vielzahl von Unternehmen im Markt Heizstrom zu nicht kostendeckenden Preisen anboten und daher negative Margen erzielten.³⁶⁷ Dies zeigten zum einen vorliegende Studien, zum anderen auch die eigene Untersuchung des Bundeskartellamtes, nach der selbst unter Anlegung von Effizienzkostenmaßstäben 2007 und 2008 nur jeweils rund zwei Drittel sowie 2009 nur gut die Hälfte der untersuchten Vertriebsunternehmen eine Kostendeckung erzielten.³⁶⁸ Eine Heranziehung der Erlöse des günstigsten Unternehmens als Vergleichsmaßstab hätte zur Folge, dass die Preissetzung der geprüften Heizstromversorger bereits dann als missbräuchlich bewertet werden könnte, wenn diese ihnen gerade eben gestattet, ihre Kosten zu decken. Ökonomisch erscheint jedoch schwerlich nachvollziehbar, dass es sich bei nicht kostendeckenden Erlösen um solche Erlöse handele, die sich bei wirksamem Wettbewerb eingestellt hätten. Folglich hat auch der Bundesgerichtshof in der Vergangenheit für Verfahren nach § 19 GWB klargestellt, dass die ermittelte Erlösobergrenze eines betroffenen Unternehmens bei diesem nicht zu einer Kostenunterdeckung führen darf, es sei denn, die Kosten sind auf die mangelnde Ausschöpfung von Rationalisierungsreserven zurückzuführen.³⁶⁹

³⁶³ Das Bundeskartellamt hat seine gewonnenen Kenntnisse über den Markt und den Ablauf der Prüfung zudem in einem veröffentlichten Bericht relativ ausführlich dokumentiert; vgl. BKartA, Heizstrom – Marktüberblick und Verfahren, Bericht, September 2010.

³⁶⁴ BKartA, Beschluss vom 19. März 2012, B10-16/09.

³⁶⁵ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 59, a. a. O., Abschnitt 6.5.2.

³⁶⁶ Vgl. auch Bechtold, R., Kartellgesetz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 6. Aufl., München 2010, § 29 Rn 20.

³⁶⁷ Vgl. BKartA, Heizstrom, a. a. O., S. 8.

³⁶⁸ Vgl. ebenda.

³⁶⁹ BGH, Beschluss vom 22. Juli 1999, KVR 12/98 „Flugpreisspaltung“.

632. Da das Bundeskartellamt zur Überprüfung der Preise dennoch einen Erlösvergleich durchgeführt hat, musste es prüfen, ob die geprüften Unternehmen in der Lage waren, mit dem angelegten Vergleichserlös ihre Kosten zu decken. Lag keine Kostendeckung vor, entfiel der Missbrauchsverdacht. Darüber hinaus hatte die Kostenprüfung indirekt erhebliche Auswirkungen auf den Erlösmaßstab, da solche Unternehmen, die keine Kostendeckung aufwiesen, auch nicht als Vergleichsunternehmen infrage kamen. Obwohl es sich bei der Vorgehensweise des Bundeskartellamtes vordergründig um einen Erlösvergleich handelt, basieren die Verfahren deshalb praktisch auch auf einer Kostenprüfung. Das Bundeskartellamt hat dabei im Wesentlichen nur zwei Kostenblöcke anerkannt: Beschaffungs- und Vertriebskosten. Für beide Kostenblöcke setzt das Amt jeweils nicht die tatsächlich entstandenen, sondern nur Effizienzkosten an, da sich nur effiziente Kosten auf einem fiktiven Wettbewerbsmarkt einpreisen lassen. Zur Ermittlung der Effizienzkosten hat die Beschlussabteilung einen Vergleich aller untersuchten Unternehmen durchgeführt und die Kosten des kostengünstigsten Unternehmens und des Durchschnitts der fünf kostengünstigsten Unternehmen (im Verfahren Entega³⁷⁰) sowie zusätzlich bei den Beschaffungskosten einen gewichteten Durchschnitt (laut Bericht Heizstrom³⁷¹) ermittelt, um auf diese Weise einen Maßstab für effiziente Kosten herzuleiten. Trotz dieser Effizienzvergleiche hat das Bundeskartellamt in seinem Verfahren gegen Entega für die Kostenprüfung letztlich jedoch die Kosten des Vergleichsunternehmens als effizienten Kostenmaßstab angesetzt, der um besondere Beschaffungseffekte korrigiert wurde. Der genaue Grund für die Wahl dieses Kostenmaßstabs geht aus der Entscheidung jedoch nicht hervor. Auch wird nicht deutlich, welcher der verschiedenen Kostenmaßstäbe bei der Auswahl der Vergleichsunternehmen herangezogen wurde.

633. Eine zentrale Kritik an den Verfahren im Heizstromsektor richtet sich darauf, dass das Bundeskartellamt sich auf buchhalterische und nicht auf ökonomische Kosten gestützt hat. Es verkennt dabei, dass Unternehmen selbst bei vollkommener Konkurrenz buchhalterische Gewinne erwirtschaften, die im ökonomischen Sinne jedoch Kosten darstellen.³⁷² Dabei handelt es sich um solche Kosten, die für den unternehmerischen Einsatz von Fremd- und Eigenkapital zwingend anfallen müssen. Die vollständige Nichtberücksichtigung von Kapitalkosten hat allerdings zur Folge, dass das Bundeskartellamt unterstellt, dass sich bei wirksamem Wettbewerb solche Kosten nicht erwirtschaften lassen und dass im Umkehrschluss die Erwirtschaftung der Kapitalkosten bereits

einen Missbrauch darstellen kann. Ihre Bedenken an diesem Vorgehen hat die Monopolkommission bereits in ihrem Sondergutachten 2011 ausführlich dargelegt. Im Verfahren gegen Entega hat das Bundeskartellamt diese Praxis allerdings unverändert gelassen.

634. Sowohl die ökonomische Validität als auch die Transparenz des Berechnungsmaßstabs, nach dem die Preissetzung von Unternehmen gemäß § 29 GWB überprüft werden kann, ist von herausgehobener Bedeutung. Da das Kartellrecht die betroffenen Unternehmen verpflichtet, Preise zu setzen, die sich in einer hypothetischen Wettbewerbssituation einstellen würden, muss der kostenrechnerisch vom Bundeskartellamt ermittelte Erlösmaßstab von den Unternehmen sowohl erreichbar als auch antizipierbar sein.

635. Vor diesem Hintergrund ist neben der Nichtberücksichtigung von Kapitalkosten auch die Berechnung weiterer Kostenpositionen durch das Bundeskartellamt kritisch zu sehen. So macht weder der Bericht Heizstrom noch der Beschluss im Fall Entega transparent, nach welchem Kriterium das Bundeskartellamt die am Ende tatsächlich anerkannten effizienten Kosten im konkreten Fall ermittelt. Die Durchschaubarkeit der hierzu herangezogenen Vergleichsmaßstäbe ist jedoch von hoher Wichtigkeit. In diesem Zusammenhang stellt auch der zu diesem Zweck von der Kartellbehörde herangezogene Vergleich der Beschaffungskosten ein erhebliches Problem dar, da den von der kartellrechtlichen Prüfung betroffenen Unternehmen die Konditionen anderer Unternehmen auf vergleichbaren Märkten zum Zeitpunkt ihrer eigenen Aktivitäten typischerweise nicht bekannt sind. In diesem Fall ist es den Unternehmen kaum möglich, sich so zu verhalten, dass sie den kartellrechtlichen Anforderungen nachkommen.

636. Zwar ist die Durchführung eines Effizienzvergleichs durch das Bundeskartellamt prinzipiell geeignet, die marktbeherrschenden Unternehmen anzuhalten, auch aus eigenem Interesse ein stärkeres Kostenbenchmarking durchzuführen und etwa ihr Beschaffungsverhalten marktgerecht zu gestalten. Unbillige Auswirkungen ergeben sich jedoch dann, wenn das Amt bei seiner Feststellung effizienter Kosten nur die jeweils günstigsten Beschaffungs- und Vertriebskosten aller Unternehmen anerkennt. Denn eine solche Vorgehensweise impliziert, dass bereits dann ein Missbrauch vorliegen kann, wenn Unternehmen Beschaffungs- und Vertriebskosten einpreisen, die auch nur marginal über denjenigen Kosten liegen, die das günstigste Unternehmen in sämtlichen Vergleichsmärkten aufweist. Diese waren den übrigen Unternehmen zum Zeitpunkt ihrer Preissetzung jedoch gar nicht bekannt.

637. Eine solche Heranziehung des jeweiligen Bestpreises als Kostenmaßstab entspricht allenfalls einem theoretischen Wettbewerbsergebnis auf idealen Märkten. Nicht realistisch ist jedoch, dass es sich um ein Ergebnis handelt, welches sich unter Wettbewerbsbedingungen tatsächlich einstellt. Gerade im Energiesektor ist vor dem Hintergrund einer eingeschränkten Wechselbereitschaft und der mit einem Wechsel verbundenen Transaktions-

³⁷⁰ BKartA, Beschluss vom 19. März 2012, B10-16/09, „Entega“, S. 31.

³⁷¹ BKartA, Heizstrom, a. a. O., S. 14.

³⁷² Hintergrund des ökonomischen Kostenbegriffs ist dabei der Opportunitätskostengedanke. Auf einem kompetitiven Markt steuern gewöhnlich Marktein- und -austritte die Erträge so, dass sich langfristig ein Niveau normaler Erträge einstellt. Normale Erträge umfassen die Opportunitätskosten aller effizient eingesetzten Ressourcen, zu denen auch das eingesetzte Kapital gehört. Vgl. ausführlich Pindyck, R./Rubinfeld, D., Mikroökonomie, 7. Aufl., München 2009, Abschnitte 7 und 8.7.2.

kosten vielmehr davon auszugehen, dass es den Unternehmen auch im Wettbewerb häufig gelingt, zumindest geringfügige Ineffizienzkosten einzupreisen.

638. Zur Beantwortung der Frage, welche Kosten geeignet sind, um sie im Rahmen von kartellrechtlichen Preismissbrauchsverfahren anzusetzen, bietet es sich nach Auffassung der Monopolkommission an, hilfsweise die Effizienzprüfung heranzuziehen, die bei der Regulierung der Strom- und Gasversorgungsnetze Anwendung findet.³⁷³ Die Festlegung der Erlösbergrenzen durch die Regulierungsbehörde innerhalb einer Regulierungsperiode hat hier gemäß § 16 Absatz 1 ARegV so zu erfolgen, dass die ermittelten Ineffizienzen durch das Unternehmen unter Anwendung eines Verteilungsfaktors rechnerisch gleichmäßig über eine Regulierungsperiode abgebaut werden.³⁷⁴ Daraus folgt, dass den Unternehmen zugestanden wird, innerhalb des Regulierungszeitraums im Durchschnitt noch etwa die Hälfte der festgestellten Ineffizienzen einzupreisen. Die kartellrechtliche Effizienzprüfung sollte schon deshalb keine strengeren Effizienzmaßstäbe anlegen, da die nach der speziellen Missbrauchsaufsicht geprüften Unternehmen im Unterschied zu den regulierten Unternehmen den tatsächlichen Grad ihrer Ineffizienzen nicht genau kennen und auch nicht ohne weiteres ermitteln können. Die Monopolkommission empfiehlt daher, in vergleichbaren Fällen einen Durchschnittskostensatz als Maßstab anzusetzen.³⁷⁵

639. Das Vorgehen des Bundeskartellamtes zielt teilweise auch darauf, durch die von den Unternehmen erhaltenen Zusagen eine Marktöffnung zu erwirken und dadurch den Wettbewerb auf Heizstrommärkten zu beleben. Dazu hat das Amt in mehreren Zusagenentscheidungen erreicht, dass die Unternehmen Marktzutrittsbarrieren abbauen, indem sie etwa die relevanten Lastprofile und Heizstrompreise im Internet unmittelbar zugänglich machen.³⁷⁶ Die Monopolkommission begrüßt diese strukturellen Zusagen ausdrücklich. Sie hat jedoch bereits in früheren Gutachten darauf hingewiesen, dass diese nicht originärer Zweck eines Preismissbrauchsverfahrens sind und möglicherweise mit geringerem Aufwand durch ein Vorgehen gemäß § 19 GWB als Behinderungsmisbrauch hätten durchgesetzt werden können.³⁷⁷ Auch sind nur in einem Teil der Fälle solche Zusagen ergangen; gerade im Verfahren gegen Entega erging nur eine Preisrückzahlungsanordnung.

³⁷³ Vgl. auch Bechtold, R., a. a. O., § 29 Rn 27.

³⁷⁴ Im ersten Regulierungszeitraum erfolgte die Abschmelzung über zwei Regulierungsperioden.

³⁷⁵ Neben der Auswahl eines Kostenmaßstabs im Rahmen des Unternehmensvergleichs stellt sich zudem die Frage nach dem geeigneten Vergleichszeitraum. Zu berücksichtigen ist hier etwa im Falle der Heizstromlieferanten, dass die marktübliche Beschaffungsweise typischerweise einen Vorlauf von sechs bis 36 Monaten besitzt, insofern also zeitliche Inflexibilitäten bei der Veränderung von Beschaffungskosten vorliegen. Die Monopolkommission hat sich in ihrem Sondergutachten zum Energiesektor deshalb dafür ausgesprochen, neben den Kosten des Vergleichsjahres auch die Kosten der Vorjahre zu prüfen; vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 59, a. a. O., Tz. 735.

³⁷⁶ Vgl. BKartA, Heizstrom, a. a. O., S. 7 f.

³⁷⁷ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 59, a. a. O., Tz. 738.

640. Insgesamt bezweifelt die Monopolkommission, dass die durchgeführten Verfahren in ihrer Gesamtwirkung eine Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen bewirkt haben. Auch das Bundeskartellamt weist in seinem Bericht über den Markt und die eingeleiteten Verfahren darauf hin, dass – bereits vor den kartellbehördlichen Preissenkungen – „für Wettbewerber die Erschließung solcher Märkte aufgrund des dort herrschenden niedrigen Preisniveaus in der Regel wenig attraktiv ist“.³⁷⁸ Mit dem Bundeskartellamt sieht auch die Monopolkommission diese Hürde und erkennt darin den wichtigsten Grund, warum es auf den Märkten für Heizstrom bisher nicht zu nennenswerten Marktzutritten gekommen ist. Das geschilderte Vorgehen des Bundeskartellamtes bei der Herleitung des Kostenvergleichsmaßstabs wirkt sich jedoch verstärkend ungünstig auf die Belebung der Märkte aus. Jedenfalls erscheint einsichtig, dass potenzielle Anbieter sich mit dem Zutritt in Märkte zurückhalten, in denen das bisher marktbeherrschende Unternehmen kartellrechtlich dazu gezwungen ist, Preise zu verlangen, die es möglicherweise auch einem hypothetisch effizienten Unternehmen nicht erlauben, seine Kapitalkosten zu decken. Auch vor dem Hintergrund der Schaffung echten Wettbewerbs empfiehlt die Monopolkommission daher dringend, die Maßstäbe der Kostenberechnung bei einer Durchführung von Preismissbrauchsverfahren anzupassen.

3.2.4.2 Ökonomische Fundierung der Bemessung von Erheblichkeitszuschlägen

641. Bei der Durchführung des Erlösvergleichs stellt das Bundeskartellamt die gewichteten bereinigten Nettoerlöse eines ausgewählten Vergleichsunternehmens den tatsächlichen Erlösen eines geprüften Unternehmens gegenüber. Dabei gewährt das Bundeskartellamt auf die jeweils errechneten bereinigten Nettoerlöse des ausgewählten Vergleichsunternehmens unabhängig von eventuell zusätzlich gewährten Sicherheitszuschlägen einen Erheblichkeitszuschlag und orientiert sich dabei an der höchstgerichtlichen Rechtsprechung. Grundlage und Methodik der Bemessung dieses Erheblichkeitszuschlags erfordern nach Ansicht der Monopolkommission eine kritische Betrachtung.

642. Die Ansetzung eines Erheblichkeitszuschlags und die Kriterien seiner Bemessung begründen sich aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes. Dieser hatte die Berücksichtigung eines Erheblichkeitszuschlags im Fall Flugpreisspaltung im Jahr 1999 als geboten erachtet.³⁷⁹ Frühere Grundsätze, die der Bundesgerichtshof für die leitungsgebundene Energieversorgung aufgestellt

³⁷⁸ Vgl. BKartA, Heizstrom, a. a. O., S. 8.

³⁷⁹ BGH, Beschluss vom 22. Juli 1999, KVR 12/98, WuW/E DE-R 374 „Flugpreisspaltung“. Bereits im Beschluss vom 16. Dezember 1976, KVR 2/76, WuW BGH 1445, 1454 „Valium I“, leitete der Bundesgerichtshof das Erfordernis einer „erheblichen“ Überschreitung des wettbewerbsanalogen Vergleichspreises aus dem mit dem Missbrauchsverdikt verbundenen Vorwurf ab; vgl. in der Folge KG, Beschluss vom 24. August 1978, Kart 3/77, WuW/E OLG 2053, 2066 „Valium“.

habe und bei denen kein Erheblichkeitszuschlag als notwendig erachtet wurde, seien hingegen durch die Besonderheiten der seinerzeit bestehenden, durch Demarkations- und Leitungsrechte abgesicherten Monopolstellung der Versorgungsbetriebe bedingt gewesen. Der Bundesgerichtshof legt dar, dass vor diesem Hintergrund auf diesen Erheblichkeitszuschlag in der Preismissbrauchsaufsicht nicht verzichtet werden könne. Er sei erforderlich, da nur bei einem erheblichen Preisabstand ein Unwerturteil gerechtfertigt sei. Dort, wo der Preis im Wettbewerb gebildet werde, sei dementsprechend die Rechtfertigung dafür nicht gegeben, bereits jede Forderung ungünstigerer Preise als missbräuchlich anzusehen.³⁸⁰

643. Im Fall Stadtwerke Mainz hat der Bundesgerichtshof seine Auffassung über die Bemessung eines Erheblichkeitszuschlags konkretisiert. Er hat deutlich gemacht, dass im Falle der Anwendung des § 19 GWB auch dann ein Erheblichkeitszuschlag zu bemessen sei, wenn der Anbieter über eine natürliche Monopolstellung verfüge; die frühere Nichterforderlichkeit des Zuschlags sei somit auf die Anwendung der Preismissbrauchsaufsicht nach § 103a GWB a. F. und die damals freistellungsbedingte Monopolsituation der von dieser Vorschrift betroffenen Energiemärkte beschränkt gewesen. Weiter konkretisiert der Bundesgerichtshof seine Auffassung über die gerechtfertigte Höhe des Erheblichkeitszuschlags. Danach komme bei der Bemessung „unter Umständen in Betracht, den Umstand, dass der sachliche Markt von einer natürlichen Monopolsituation geprägt ist, in der Weise zu berücksichtigen, dass ein Missbrauch bereits bei einem geringeren Zuschlag bejaht werden kann, als er unter normalen Marktgegebenheiten erforderlich ist.“³⁸¹

644. In einem weiteren Fall hatte ein Gaskunde gegen die 2006 erhobenen Preise seines Gaslieferanten geklagt und sich dabei auf einen Preishöhenmissbrauch in Form eines Verstoßes gegen § 19 GWB berufen. 2009 billigte das Berufungsgericht der Beklagten in diesem Zusammenhang einen Erheblichkeitszuschlag von 5 Prozent zu, durch den der auf die Zukunft gerichtete Unterlassungsanspruch, den das Gericht erster Instanz verhängt hatte, zu korrigieren sei. Das Gericht misst die Höhe des Zuschlags dabei anhand der „derzeitigen, mangels Wechselbereitschaft noch schwach entwickelten wettbewerblichen Situation“.³⁸² Die Wechselquote auf Jahresbasis wird im Urteil per 1. Dezember 2009 (im Vergleich zum 1. Dezember 2008) mit 9,5 Prozent angegeben.³⁸³ Das Gericht weist weiter darauf hin, dass, sofern sich die Marktsituation in Zukunft erheblich ändern sollte, gegebenenfalls in einem neuen Verfahren zu klären sein werde, ob der Erheblichkeitszuschlag zu niedrig sei.³⁸⁴ In der Revision des Urteils stellte der Bundesgerichtshof in-

des fest, dass das Berufungsgericht in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise den Erheblichkeitszuschlag auf 5 Prozent bemessen habe. Rechtsfehlerhaft habe es jedoch diesen Zuschlag nur für die Zukunft gewährt und nicht schon bei der Feststellung des ursächlichen Missbrauchs im Jahre 2006 berücksichtigt.³⁸⁵

645. Das Bundeskartellamt hat mit Berufung auf die geltende Rechtsprechung in seinen Preismissbrauchsverfahren keinen einheitlichen Erheblichkeitszuschlag gewährt. Um die Höhe des Erheblichkeitszuschlags zu bemessen, zieht das Bundeskartellamt in seiner aktuellen Preismissbrauchspraxis im Energiebereich seit 2008 stets die Intensität des bestehenden Restwettbewerbs in einem Markt heran.³⁸⁶ Als Indikator verwendet es die jeweilige Wechselquote auf dem betroffenen Markt. Eine hohe Wechselquote deutet nach Auffassung des Amtes auf einen höheren Restwettbewerb hin und schlägt sich deshalb in einem höheren Erheblichkeitszuschlag nieder. Da auf Heizstrommärkten in vielen Netzgebieten in den betrachteten Zeiträumen bisher keine Wechsel stattgefunden haben, hat das Bundeskartellamt in diesen Fällen auch einen geringen Erheblichkeitszuschlag angesetzt und korrigiert die Vergleichserlöse zugunsten der kontrollierten Unternehmen um 1 Prozent. Im Verfahren gegen die Entega hat das Bundeskartellamt im Unterschied zu den durch Zusagebeschlüsse eingestellten Verfahren einen Erheblichkeitszuschlag von 2 Prozent berücksichtigt. Grund sei der geringe Restwettbewerb, die durchschnittliche Wechselquote betrage hier etwas mehr als 0,8 Prozent, in einem einzelnen Jahr habe sie über 1 Prozent gelegen.³⁸⁷

646. Die Monopolkommission hält die Bemessung des Erheblichkeitszuschlags an dem bestehenden Restwettbewerb in einem Markt unter ökonomischen Gesichtspunkten für fragwürdig. Die methodische Vorgehensweise bei dem für gewöhnlich angewendeten Verfahren zur Feststellung eines Preismissbrauchs, dem Vergleichsmarktkonzept bzw. dessen Anwendung als Monopolpreisvergleich, spricht sachlogisch vielmehr eindeutig gegen einen nach dem Restwettbewerb differenzierten Zuschlag. Denn durch die Feststellung eines Vergleichsunternehmens bzw. von dessen Vergleichspreisen oder Erlösen soll ein Maßstab ermittelt werden, mit dem auf die sich auf einem funktionsfähigen Wettbewerbsmarkt einstellenden Marktergebnisse geschlossen werden kann. Demgegenüber sollen die Preise des marktbeherrschenden Unternehmens daraufhin kontrolliert werden, ob diese gegenüber diesem Maßstab zu hoch sind, sie demnach aufgrund des unzureichenden Wettbewerbsdrucks bei ihrer Preisgestaltung nicht ausreichend vom Wettbewerb kontrolliert werden. Sofern nun tatsächlich ein Restwettbewerb besteht, der den Verhaltensspielraum des marktbeherrschenden Unternehmens mehr oder weniger einengt, könnte dieser jedoch allenfalls dazu führen, dass die Preise des marktbeherrschenden Unternehmens geringer ausfallen, insofern entweder mit geringerer Wahr-

³⁸⁰ Vgl. BGH, Beschluss vom 22. Juli 1999, KVR 12/98, WuW/E DE-R 374, 379 f. „Flugpreisspaltung“.

³⁸¹ Vgl. BGH, Beschluss vom 28. Juni 2005, KVR 17/04 „Stadtwerke Mainz“, Rn 39.

³⁸² Vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 26. Januar 2010, 11 U 12/07 (Kart) „Entega“, Rn. 46.

³⁸³ Vgl. ebenda, Rn. 28.

³⁸⁴ Vgl. ebenda, Rn. 46.

³⁸⁵ BGH, Urteil vom 7. Dezember 2010, KZR 5/10 „Entega II“.

³⁸⁶ Vgl. BKartA, Beschluss vom 19. März 2012, B10-16/09 „Entega“, S. 17.

³⁸⁷ Vgl. ebenda.

scheinlichkeit eine Preis-/Erlösüberhöhung vorliegt oder eine Preis-/Erlösüberhöhung geringer ausfällt. Der als Ergebnis der Prüfung letztlich feststellbare Preisabstand selbst wird jedoch durch den Restwettbewerb nicht weniger vorwerfbar, sodass kein sachlogischer Grund erkennbar ist, diesen abhängig vom jeweiligen Restwettbewerb zu korrigieren.

647. Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung sind auch die in den abgeschlossenen Preismisbrauchsverfahren vom Bundeskartellamt festgesetzten Erheblichkeitszuschläge diskutabel. So begründet das Amt die Festsetzung eines Erheblichkeitszuschlags von 2 Prozent im Fall Entega damit, dass der an der Wechselquote gemessene Restwettbewerb im Heizstromsektor nur ein Zehntel dessen betrage, der im Verfahren Entega II durch das Oberlandesgericht Frankfurt festgestellt worden ist (Wechselquote vom 1. Dezember 2009). Auf dessen Grundlage habe das Gericht einen Erheblichkeitszuschlag von 5 Prozent festgelegt, der durch den Bundesgerichtshof im Anschluss bestätigt wurde.³⁸⁸ Daraus schließt die Beschlussabteilung, dass in seinem Preismisbrauchsverfahren gegen Entega ein deutlich niedrigerer Erheblichkeitszuschlag angemessen sei. Die angesetzten 2 Prozent seien insofern bereits „mehr als ausreichend bemessen“.³⁸⁹ Dabei übersieht das Amt jedoch, dass der Bundesgerichtshof in seinem Revisionsurteil entschieden hatte, den vom Berufungsgericht erster Instanz festgelegten Erheblichkeitszuschlag von 5 Prozent ausdrücklich auch für die Bemessung des ursächlichen Missbrauchs im Jahre 2006 zu berücksichtigen.³⁹⁰ Zu diesem Zeitpunkt hat die Wechselquote jedoch, wie das Bundeskartellamt selbst anklagen lässt³⁹¹, noch deutlich niedriger gelegen.

648. Die Monopolkommission empfiehlt, die Bemessung eines Erheblichkeitszuschlags durch das Bundeskartellamt und den Tatrichter stärker an ökonomischen Kriterien auszurichten. In Hinblick auf eine Anpassung des Zuschlags an die Umstände eines konkreten Falles sind vor diesem Hintergrund rein quantitativ gemessene kleinere Unterschiede in der Intensität des verbleibenden Restwettbewerbs jedenfalls nicht primär maßgebend. Diese Empfehlung steht auch im Einklang mit der Auffassung des Bundesgerichtshofs, der eine Differenzierung nach der Wettbewerbssituation stets nur eingeschränkt als notwendig erachtet hat.³⁹² Eine zwingende Differenzierung nach geringfügigen Unterscheidungen des Restwettbewerbs auf Märkten ohne natürliche Monopolsituation hat der Bundesgerichtshof indes nicht ausdrücklich vorgesehen. Vielmehr macht er Sinn und Zweck des Erheblichkeitszuschlags deutlich, indem er im Zusammenhang mit der Begründung des Zuschlags darauf hinweist, dass

„völlig identische Märkte, bei denen auch eine geringfügige Preisdifferenz nicht ohne konkrete sachliche Rechtfertigung hingenommen werden könnte, praktisch niemals vorliegen“.³⁹³ Daraus folgt, dass generell der Grad der Homogenität der in einem konkreten Fall herangezogenen Märkte und Güter das wesentliche Kriterium sein sollte, nach welchem der Erheblichkeitszuschlag abweichend von einem festzulegenden Normwert bemessen werden kann.

3.2.5 Kartellrecht als Ersatz für Vergaberecht bei Konzessionsneuvergaben im Energiesektor

649. Konzessionen im Energiesektor bezeichnen gewöhnlich die Einräumung des Wegerechts zur Verlegung von Strom- und Gasleitungen. Die Kommunen gewähren dieses Wegerecht durch die Vergabe einer Konzession gemäß § 46 Absatz 2 EnWG für einen Zeitraum von 20 Jahren. Gegenwärtig und in den kommenden Jahren läuft eine Vielzahl von Konzessionen für den Netzbetrieb aus und wird neu vergeben. Laut Branchenschätzungen sind davon in den nächsten zwei Jahren ca. 3 000 Konzessionen betroffen.³⁹⁴ Das Bundeskartellamt ist in der jüngeren Vergangenheit einerseits im Hinblick auf die Höhe und Weitergabe einer bestimmten Gegenleistung für die Vergabe der Konzession, der Konzessionsabgabe, und andererseits gegen die Art der Konzessionsvergabe selbst vorgegangen.

650. In ihrem letzten Sondergutachten zum Energiesektor hat die Monopolkommission bereits die Rolle von Konzessionen genauer beleuchtet, die Fälle einer missbräuchlichen Ausgestaltung der Konzessionsabgabe untersucht und dem Gesetzgeber Handlungsempfehlungen unterbreitet.³⁹⁵ An dieser Stelle erscheint es jedoch von besonderem Interesse, auf einen wahrzunehmenden Trend in der Fallpraxis des Bundeskartellamtes hinzuweisen, der sich auch auf die Kontrolle der Form der Konzessionsvergaben richtet. So hat das Amt in mehreren Fällen Kartell- bzw. Missbrauchsverfahren eingeleitet, weil die entsprechenden Städte eine Konzessionsvergabe an den Altbetreiber ohne vorherige wettbewerbskonforme Durchführung von Interessenbekundungs- und Auswahlverfahren eingeleitet haben.³⁹⁶

651. Die Sicherstellung einer wettbewerbskonformen Vergabe öffentlicher Aufträge ist grundsätzlich die Aufgabe des Vergaberechts. Bei der Vergabe öffentlicher Wegerechte ist jedoch das Vergaberecht der §§ 97 ff. GWB nach § 46 Absatz 2 und 3 EnWG nicht anwendbar. Allerdings sind die Gemeinden gemäß § 46 Absatz 3 EnWG verpflichtet, spätestens zwei Jahre vor Ablauf des alten Konzessionsvertrags das Vertragsende durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger (bzw. im elektronischen Bun-

³⁸⁸ Vgl. ebenda, S. 18.

³⁸⁹ Vgl. ebenda.

³⁹⁰ Vgl. BGH, Urteil vom 7. Dezember 2010, KZR 5/10 „Entega II“, Rn. 40.

³⁹¹ Vgl. BKartA, B10-16/09 „Entega“, S. 18.

³⁹² Vgl. BGH, KZR 5/10 „Entega II“, Rn. 39: Danach ist, „wenn der sachliche Markt von einer natürlichen Monopolsituation geprägt ist, unter Umständen ein Missbrauch schon bei einem geringeren Zuschlag anzunehmen“.

³⁹³ Vgl. BGH, KZR 5/10 „Entega II“, Rn. 39.

³⁹⁴ Vgl. Bundesverband neuer Energieanbieter, bne Kompass 01/11, S. 5

³⁹⁵ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 59, a. a. O., Tz. 33 ff.

³⁹⁶ BKartA, Beschluss vom 21. November 2011, B10-17/11 „Stadt Marktleoberg“; Beschluss vom 18. Oktober 2011, B10-6/11 „Große Kreisstadt Dinkelsbühl“.

desanzeiger), bei einer Kundenzahl von mehr als 100 000 auch im Amtsblatt der Europäischen Union, bekannt zu machen. Diese eingeschränkte Anwendbarkeit vergaberechtlicher Normen ergänzt das Bundeskartellamt durch eine entsprechende wettbewerbsfördernde Auslegung der Kartellrechtsnormen. So hat es sowohl einen Verstoß gegen das Kartellverbot gemäß § 1 GWB als auch den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäß § 19 GWB erkannt, wenn die Gemeinden etwa nicht bereit waren, durch eine Bekanntgabe etwaige Wettbewerber zu informieren und sich mit deren Angeboten auseinanderzusetzen.³⁹⁷ Konkret sieht das Kartellamt einen Verstoß insbesondere dann gegeben, wenn die Konzessionsvergebende Gemeinde ihre Auswahlkriterien und deren Gewichtung gegenüber den Bietern nicht klar benennt oder einzelne Bieter ohne sachlichen Grund bevorzugt oder im Rahmen der Konzessionsvergabe Gegenleistungen fordert oder sich Zusagen machen lässt, die im Widerspruch zur Konzessionsabgabenverordnung stehen.

652. Die Monopolkommission hält die Ergebnisse eines solchen Vorgehens für begrüßenswert, da die Kommunen so angehalten werden, wettbewerbliche Grundsätze auch bei der Vergabe von Konzessionen zu berücksichtigen. Auch der in diesem Zusammenhang vom Bundeskartellamt zusammen mit der Bundesnetzagentur im Dezember 2010 veröffentlichte Leitfaden kann hier eine entsprechende Aufklärung vor dem Hintergrund der anstehenden Konzessionsvergaben verbessern.³⁹⁸ Die Monopolkommission weist jedoch auch darauf hin, dass die Anwendung des Kartellrechts in diesen Fällen erfolgt, weil oder auch obwohl das Vergaberecht keine entsprechende Regelung trifft. Rechtssystematisch erscheint vor diesem Hintergrund fragwürdig, dass zentrale Aufgaben des Vergaberechts in diesen Fällen „hilfsweise“ durch Anwendung des Kartellrechts durchgesetzt werden, in anderen Fällen wie etwa der Vergabe von Bus- und Bahnkonzessionen jedoch nicht. Grundsätzlich erscheint es der Monopolkommission vorzugswürdig, Vergabeprozesse im Rahmen des Vergaberechts zu regeln. Sie weist daher erneut auf ihren Vorschlag hin, nach dem der Gesetzgeber erwägen sollte, Konzessionen zum Betrieb von Energieversorgungsnetzen in den Kreis der nach §§ 97 ff. GWB ausschreibungspflichtigen Sachverhalte aufzunehmen.³⁹⁹ Im Falle der Vergabe von Energienetzkonzessionen be-

steht jedoch das Problem des fehlenden Wettbewerbsparsameters, da die Nutzung der Konzessionsabgabe zum einen durch die Konzessionsabgabenverordnung beschränkt und zum anderen volkswirtschaftlich wenig adäquat ist. Vor diesem Hintergrund hat die Monopolkommission bereits in ihrem Energiesondergutachten 2011 Vorschläge gemacht, wie die Vergabe von Energierechtskonzessionen geeignet geregelt werden könnte.⁴⁰⁰

3.2.6 Kartellrecht – mehr Komplement als Alternative zur Regulierung

653. Kartellverfahren an der Grenze zum Regulierungsrecht und in Bereichen, in denen eine gesetzliche Regelung fehlt oder unklar ist, sind in der Praxis des Bundeskartellamtes nicht selten. Die grundsätzliche Unterscheidung zwischen dem Kartellrecht, das in funktionsfähigen Märkten anzuwenden wäre, und förmlicher Regulierung, die in systematisch nicht bzw. nur eingeschränkt wettbewerblichen Märkten angebracht sei, ist in der Praxis nur von eingeschränktem Orientierungswert.

654. Soweit spezielle gesetzliche Regelungen fehlen oder lückenhaft sind, gilt selbstverständlich das allgemeine Kartellrecht. Teilweise jedoch ist der Verfahrensaufwand in derartigen Fällen immens und die resultierende kartellrechtliche Erfassung des Problems lückenhaft und wenig rechtssicher. In derartigen Fällen könnte mitunter möglicherweise eine entsprechende öffentliche oder politische Stellungnahme des Bundeskartellamtes zur Herbeiführung einer Regelung des zugrunde liegenden Problems mit geringerem Aufwand – möglicherweise auch in kürzerer Frist – weitreichendere und in weiterem Rahmen verbindliche Regeln herbeiführen.⁴⁰¹ Insbesondere die Veröffentlichung von Ermittlungsergebnissen, wenn diese deutlich auf entsprechende Lösungsmöglichkeiten hindeuten, könnte den gesellschaftlichen Meinungsbildungsprozess sowie möglicherweise entsprechende politische Mehrheiten fördern.⁴⁰²

655. Die Praxis der Preismissbrauchsaufsicht ist in vielem nicht unproblematisch, wenn auch die gesetzlichen Vermutungsregeln insbesondere im Trinkwasser- und Energiebereich die Verfahren der Kartellbehörden grundsätzlich erleichtern. Insoweit gleichen die Probleme der Kartellbehörden teilweise denen der Bundesnetzagentur, nicht zuletzt in Bezug auf die Probleme der Datenerhebung und der Bildung von Vergleichsmaßstäben. Für eine fundiertere Bewertung erscheint das Fallmaterial noch zu gering. Eine vorsichtige Einschätzung zu diesem Zeitpunkt kann jedoch die Vermutung stärken, dass der

³⁹⁷ Ein Verstoß gegen § 1 GWB bzw. § 101 AEUV ist nach Auffassung des Bundeskartellamtes dadurch möglich, dass durch den Abschluss eines Konzessionsvertrags im Einzelfall der regulatorisch vorgegebene Wettbewerb um die Konzession durch Abschluss eines rechtswidrigen Vertrags beschränkt werden kann. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hält es für geboten, die wettbewerbsfördernden Zielsetzungen anderer Gesetze auch im Rahmen von § 1 GWB heranzuziehen; vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 12. März 2008, VI-2 U (Kart) 8/07, Rn. 43.

³⁹⁸ BKartA/BNetzA, Gemeinsamer Leitfaden zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers, 15. Dezember 2010.

³⁹⁹ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 59, a. a. O., Tz. 46. In diesem Zusammenhang ist auf vergleichbare Überlegungen der Europäischen Kommission hinzuweisen, Dienstleistungskonzessionen dem europäischen Vergaberecht zu unterstellen, http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2010/concessions_en.htm

⁴⁰⁰ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 59, a. a. O., Tz. 46 f.

⁴⁰¹ Zu einer eingehenderen Diskussion der Vorzüge und Probleme dieser sog. Competition Advocacy und zum Stellungnahmerecht des Bundeskartellamtes vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 370 ff.; Sondergutachten 58, a. a. O., Tz. 132 ff.; Sondergutachten 63, a. a. O., Tz. 142 ff.

⁴⁰² Insbesondere soweit es auf das Marktverhalten öffentlicher Stellen ankommt, kann bereits ein deutlicher fundierter Hinweis des Bundeskartellamtes für eine echte Belebung des Wettbewerbs sorgen, so etwa infolge der Sektoruntersuchung Außenwerbung; vgl. dazu Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 339.

kartellrechtlichen Preismisbrauchsaufsicht in manchen systematisch funktionsunfähigen Märkten ein eigenständiger Anwendungsbereich zukommt. Dabei sollte das Bundeskartellamt allerdings darauf achten, durch regulierungsähnliche Preissenkungsverfügungen nicht die Anreize zu möglichem Wettbewerb zu zerstören.

4. Zusammenschlusskontrolle durch das Bundeskartellamt

4.1 Statistischer Überblick

656. Die Anzahl der beim Bundeskartellamt zur Prüfung angemeldeten Zusammenschlussvorhaben ist 2010 gegenüber 2009 minimal gesunken und hat sich 2011 leicht erhöht. Insgesamt ist gegenüber den Vorjahren eine dauerhafte Absenkung der Anmeldezahlen festzustellen, die auf die Einführung einer zweiten Inlandsumsatzschwelle 2009 zurückzuführen ist.⁴⁰³ Nach 2 673 Anmeldungen im Berichtszeitraum 2008/09 waren 2010/11 2 087 Anmeldungen zu verzeichnen. Genaueres ist den folgenden Abbildungen und Tabellen zu entnehmen.

657. Zum zweiten Mal werden hier Vorfeldfälle erfasst, in denen Zusammenschlussvorhaben wegen wettbewerblicher Bedenken des Bundeskartellamtes entweder nicht bzw. modifiziert angemeldet worden sind. In diesen Fällen kann auch ohne abschließende Verfügung die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung verhindert werden. Die Erfassung dieser Fälle ist naturgemäß schwierig, sodass die angegebenen Werte nur eine Annäherung darstellen können.

658. Erstmals zahlenmäßig miterfasst werden hier nachträgliche Prüfungen bereits vollzogener Zusammenschlüsse im Entflechtungsverfahren. Die Prüfung von anmeldepflichtigen, aber unangemeldet vollzogenen Zusammenschlüssen durch das Bundeskartellamt erfolgt seit Mai 2008 in einem einzügigen Entflechtungsverfahren und ist materiell – ungeachtet ihrer verfahrenstechnischen Ausprägung – ebenfalls der Fusionskontrolle zuzurechnen.

4.2 Verfahrensfragen und Anwendbarkeit der Fusionskontrollvorschriften

4.2.1 Verstoß gegen das Vollzugsverbot

659. Der Vollzug von nach §§ 35, 39 GWB anmeldepflichtigen Zusammenschlussvorhaben darf nicht vor Ablauf der Prüfungsfristen bzw. vor Erteilung einer Freigabe durch das Bundeskartellamt erfolgen, auch eine Mitwirkung des Veräußerers und Dritter an einem Vollzug ist insoweit verboten (§ 41 Absatz 1 Satz 1 GWB). Entsprechende Vollzugsakte sind nach § 41 Absatz 1 Satz 2 GWB grundsätzlich nichtig; daneben stellt die Prüfung solcher Zusammenschlüsse in Entflechtungsverfahren ohne gesetzliche Fristen eine für die Unternehmen nicht unbedeutende Sanktion dar.⁴⁰⁴ Nach § 81 Absatz 2 Nummer 1 i. V. m. § 41 Absatz 1 Satz 1 GWB kann für

derartige, englisch bildhaft „gun jumping“ bezeichnete Verstöße ein Bußgeld verhängt werden. Diese Bußgeldvorschrift wurde in jüngerer Zeit zunehmend durch das Bundeskartellamt angewendet, um der Anmeldepflicht im Fusionskontrollverfahren weiteren Nachdruck zu verleihen. Soweit die Handlungen der Beteiligten dem Erwerber keine (mit)bestimmende Einflussnahme auf das Erwerbsobjekt ermöglichen und insoweit die Schwelle eines Vollzugs im Sinne des § 41 Absatz 1 GWB nicht erreichen, etwa bei bloßem Informationsaustausch, kann ein Verstoß gegen das Kartellverbot vorliegen, der ebenfalls bußgeldbewehrt ist.

660. Ein Verstoß gegen das Vollzugsverbot kommt schon in Betracht, wenn sich durch Veränderung von Gesellschaftsanteilen und Satzungsbestimmungen eine neue Entscheidungssituation in einem Unternehmen ergibt. Verstärkt sich die Kontrollmöglichkeit eines Beteiligten von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle über ein Gemeinschaftsunternehmen, erfüllt diese Verschiebung den Zusammenschlusstatbestand des § 37 Absatz 1 Nummer 2 Satz 1 GWB. Ähnliches gilt nach § 37 Absatz 2 GWB bei der Intensivierung von Unternehmensverbindungen, es sei denn, die Transaktion führt nicht zu einer wesentlichen Verstärkung der bestehenden Verflechtung.

661. Entsprechend sanktioniert hat das Bundeskartellamt die Erhöhung der Anteile an einem Gemeinschaftsunternehmen von 40 auf 49 Prozent durch eine Tochtergesellschaft der Interseroh Scrap and Metals Holding GmbH, Dortmund, mit gleichzeitiger Veränderung des Gesellschaftsvertrags des Gemeinschaftsunternehmens, nach der wichtige Entscheidungen nur noch mit Zustimmung dieses Gesellschafters getroffen werden konnten. Bei der Berechnung des Bußgelds in Höhe von 206 000 Euro entsprechend den Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamtes wurde als mindernd berücksichtigt, dass erstens gegen den im Entflechtungsverfahren geprüften Kontrollerwerb keine wettbewerblichen Bedenken bestanden und dass zweitens die Muttergesellschaft diesen unmittelbar nach Auflösung der Tochtergesellschaft beim Bundeskartellamt angezeigt hatte. Eine zusätzliche Reduzierung des Bußgelds wurde durch eine einvernehmliche Verfahrensbeendigung erreicht.

662. Der Erwerb des Betriebsgrundstücks eines Wettbewerbers kann ebenfalls den Zusammenschlusstatbestand des § 37 Absatz 1 Nummer 1 Var. 2 GWB erfüllen, wenn dieses einen wesentlichen Teil von dessen Vermögen ausmacht. Dementsprechend hat das Bundeskartellamt den Erwerb des Lagergrundstücks eines insolventen Landhandelsbetriebs durch die badische Hauptgenossenschaft ZG Raiffeisen eG, Karlsruhe, wegen Verstoßes gegen das Vollzugsverbot mit 414 000 Euro Bußgeld sanktioniert. Im Landhandel stellt nach der Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes regelmäßig das Lager den für den Vertriebs Erfolg eines Händlers wesentlichen Vermögensgegenstand dar, da alle wesentlichen Geschäftsbeziehungen mit den Landwirten über das Lager laufen. In diesem Falle hatte die Hauptgenossenschaft nach Erwerb des Grundstücks den Erwerb weiterer Ver-

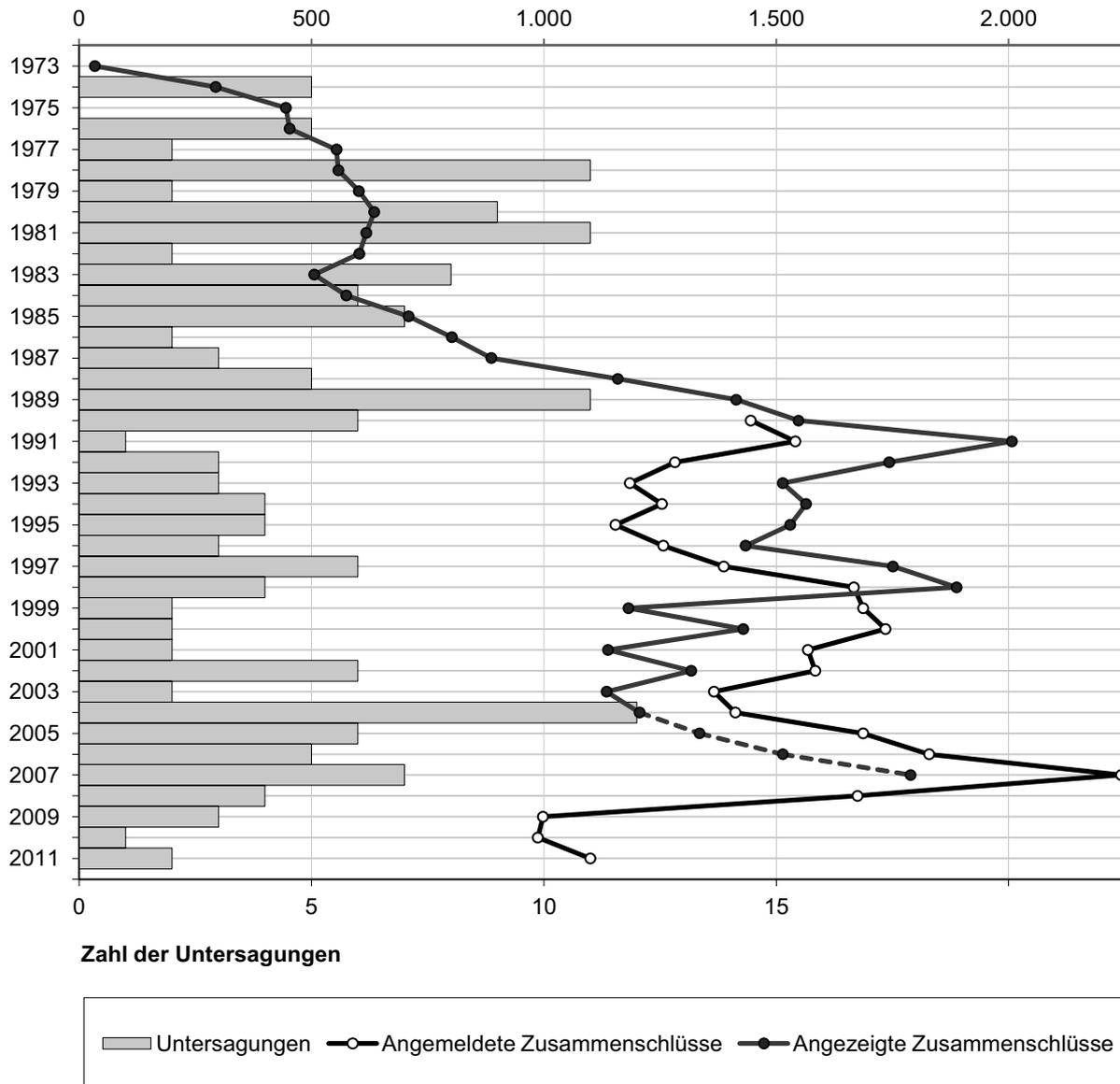
⁴⁰³ Vgl. dazu eingehender Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 472 ff.

⁴⁰⁴ Vgl. hierzu Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 496 ff.

Abbildung IV.1

Anzahl der Fusionskontrollverfahren und der Untersagungsentscheidungen 1973 bis 2011

Angemeldete/Angezeigte Zusammenschlüsse



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 6. GWB-Novelle. Wegen der Erhöhung der Schwellenwerte von 500 Mio. DM auf 1 Mrd. DM im Rahmen dieser Novelle hat sich die Zahl der anmeldepflichtigen Zusammenschlüsse insgesamt verringert. Eine dauerhafte Verminderung der in Deutschland fusionskontrollpflichtigen Zusammenschlüsse ergab sich auch aus der Einführung einer zweiten Inlandsumsatzschwelle 2009. Im Übrigen wird auf die Anmerkungen zur inhaltsgleichen Tabelle IV.2 verwiesen.

Quelle: Eigene Darstellung nach Angaben des Bundeskartellamtes

mögensteile des insolventen Wettbewerbers beim Bundeskartellamt angemeldet, jedoch nach Abmahnung wegen entgegenstehender Wettbewerbsbedenken aufgegeben. Auch dieses Verfahren wurde bußgeldmindernd und ressourcenschonend mit einer einvernehmlichen Verfahrensbeendigung abgeschlossen.

663. Im Ausland stattfindende Transaktionen können fusionskontrollpflichtig sein und damit Verstöße gegen

das Vollzugsverbot bedeuten, soweit sie Auswirkungen im Bundesgebiet haben (§ 130 Absatz 2 GWB).⁴⁰⁵ Dementsprechend hat das Bundeskartellamt die Tätigkeitsausweitung des in den USA angesiedelten Gemeinschaftsunternehmens VCE Company LLC, Franklin/USA auf

⁴⁰⁵ Vgl. hierzu eingehender Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 476 ff., sowie unten Tz. 665 ff.

Tabelle IV.2

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 Zusammenschlüsse ¹	Zahl der Untersagungen
1973/1975	773		4
1976/1977	1.007		7
1978/1979	1.160		14
1980/1981	1.253		21
1982/1983	1.109		10
1984/1985	1.284		13
1986/1987	1.689		5
1988/1989	2.573		16
1990/1991	3.555	2.986	8
1992/1993	3.257	2.467	6
1994/1995	3.094	2.408	8
1996/1997	3.185	2.644	9
1998/1999	3.070	3.354	8
2000/2001	2.567	3.303	4
2002/2003	2.452	2.950	8
2004/2005	2.541 ²	3.099	18
2006/2007	3.303 ²	4.071	12
2008/2009	– ³	2.673	7
2010/2011	– ³	2.087 ⁴	3
davon: 2010	– ³	987	1
2011	– ³	1.100 ⁴	2
Insgesamt	(bis 2007) 37.872 ³	(seit 1990) 32.042 ⁴	181

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 Über den Vollzug von Zusammenschlüssen liegen seit 2008 keine verlässlichen Zahlen mehr vor. Daher wird ab diesem Zeitpunkt nurmehr auf die Zahl der Anmeldungen abgestellt. Zur besseren Vergleichbarkeit sind die Zahlen über Vollzugsanzeigen bis 2007 weiterhin aufgeführt.

⁴ Vorläufiger Wert.

Quelle: Bundeskartellamt

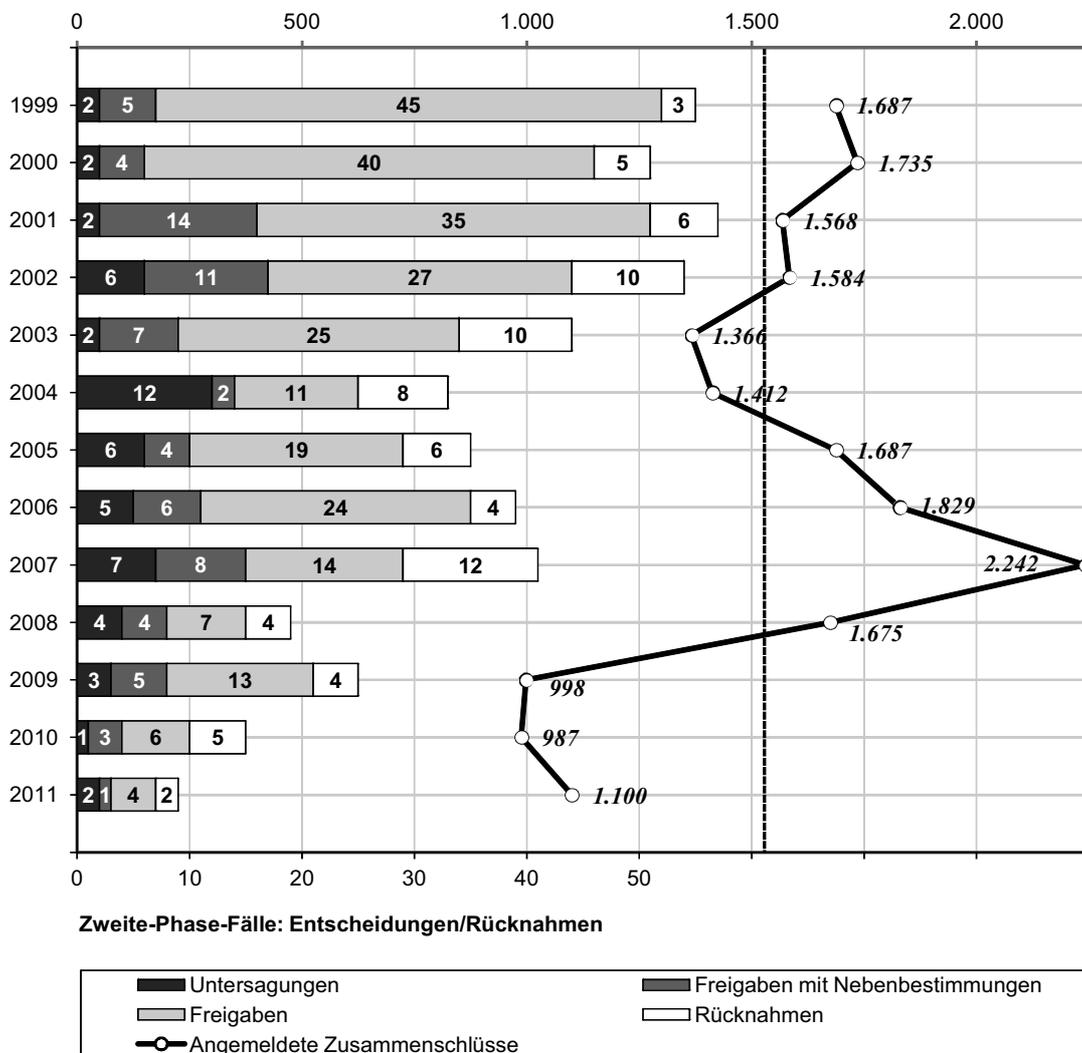
Deutschland im Entflechtungsverfahren aufgegriffen. Dessen Muttergesellschaften (EMC Corporation, Hopkinton/USA, und Cisco Systems Inc., San José/USA) sind ebenfalls in den USA ansässig, doch erheblich auch in Deutschland tätig. VCE war ursprünglich nicht in Deutschland tätig gewesen, hatte aber nach einiger Zeit seines Bestehens und weiteren Einlagen der Muttergesellschaften, jedoch ohne Änderung der insoweit einschränkungslosen Satzung auch den deutschen Markt angesprochen. Das Bundeskartellamt sah einen fahrlässigen Verstoß gegen das Vollzugsverbot als gegeben an. Auf die Einleitung eines Bußgeldverfahrens wurde jedoch verzichtet, insbesondere vor dem Hintergrund der Entstehungsgeschichte des Gemeinschaftsunternehmens und dessen geringer wettbewerblicher Bedeutung im Inland.

664. Die Monopolkommission begrüßt die Durchsetzung des Vollzugsverbots in Bußgeldverfahren. Durch das Aufgreifen auch wettbewerblich letztlich unproblematischer, doch ohne Anmeldung oder frühzeitig vollzogener, anmeldepflichtiger Zusammenschlüsse wird das Vollzugsverbot vor einer Aushöhlung bewahrt. Wesentliches Ziel hierbei ist die generalpräventive Schaffung und Erhaltung eines Bewusstseins der Unternehmen hinsichtlich ihrer Anmeldepflichten, weshalb sich eine deutliche Publizität entsprechender Verfahren empfiehlt. Bei dieser Anwendung der Bußgeldvorschriften handelt es sich um zwar indirekten, doch wichtigen Schutz des Wettbewerbs durch Sicherung der Funktionsbedingungen der Fusionskontrolle. Dabei lässt das Bundeskartellamt eine maßvolle Ermessensausübung erkennen, indem es die Um-

Abbildung IV. 2

Anzahl der Fusionskontrollanmeldungen und der Hauptprüfverfahren 1999 bis 2011

Angemeldete Zusammenschlüsse



Anmerkung: Zur Erläuterung der Einzelheiten vgl. die Anmerkungen zur teilweise inhaltsgleichen Tabelle IV.3.

Quelle: Eigene Darstellung nach Angaben des Bundeskartellamtes

stände genau ermittelt, in die Bußgeldbemessung einstellt und in Einzelfällen auch auf die Verhängung von Bußgeldern verzichtet.

4.2.2 Deutsche Fusionskontrolle für internationale Zusammenschlussvorhaben

665. Neben dem oben unter dem Aspekt des Vollzugsverbots diskutierten Fall eines im Ausland angesiedelten Gemeinschaftsunternehmens im Ausland ansässiger Muttergesellschaften hat das Bundeskartellamt die Fusions-

kontrollvorschriften in drei weiteren bemerkenswerten internationalen Fällen angewendet.

666. Die parallele Ausübung der Fusionskontrolle auf Weltmärkten demonstriert der erste Fall: Die beiden Rohstoffkonzerne BHP Biliton und Rio Tinto, beide mit Hauptquartieren sowohl in London als auch in Melbourne, wollten ihre westaustralischen Aktivitäten der Eisenerzförderung in ein Gemeinschaftsunternehmen einbringen. Sie gaben das Vorhaben jedoch auf, nachdem das Bundeskartellamt eine Abmahnung angekündigt hatte. Eine ähnliche Transaktion war bereits 18 Monate früher bei der Europäischen Kommission angemeldet worden,

Tabelle IV.3

Übersicht über den Stand der deutschen Zusammenschlusskontrolle 2009 bis 2011

		2009	2010	2011 ¹
I.	Fusionskontrollverfahren			
	Eingegangene Anmeldungen nach § 39 GWB	998	987	1.100
	Vorfeldfälle	33 ²		? ²
	Fusionsprüfung im Entflechtungsverfahren	23	79	50
II.	Vorprüfverfahren (Phase-I-Fälle) ³			
	Freigabe ohne Nebenbestimmungen	881	879	1.000
	Eintritt ins Hauptprüfverfahren	25	15	9
	Keine Kontrollpflichtigkeit	100	62	75
	Rücknahme/Einstellung	30	29	20
III.	Hauptprüfverfahren (Phase-II-Fälle) ³			
	Entscheidungen	21	10	7
	davon: Freigabe ohne Nebenbestimmungen	13	6	4
	Freigabe mit Nebenbestimmungen	5	3	1
	Untersagung	3	1	2
	Rücknahme/Einstellung	4	5	2

¹ Erhebung noch nicht vollständig abgeschlossen; die Zahlen sind daher teilweise noch vorläufig.

² Das Bundeskartellamt ermittelt die Zahl der Vorfeldfälle jeweils insgesamt für die Zweijahreszeiträume seiner Tätigkeitsberichte; eine Ermittlung der Fallzahlen für die Einzeljahre erschien bis Redaktionsschluss nicht möglich.

³ Die Zahlen beziehen sich auf alle in diesen Jahren ergangenen Entscheidungen oder sonstige Erledigungen, unabhängig vom Zeitpunkt der Anmeldung; aus diesem Grund können die Zahlen der angemeldeten und der erledigten Fälle divergieren.

Quelle: Bundeskartellamt

jedoch wieder aufgegeben worden, nachdem diese wettbewerbliche Bedenken geäußert hatte.⁴⁰⁶ Die 2010 beim Bundeskartellamt angemeldete, veränderte zweite Transaktion erfüllte nicht die Bedingungen des europäischen Wettbewerbsrechts für ein Vollfunktionsunternehmen und wurde daher von der Europäischen Kommission nur unter dem Aspekt des Kartellverbots untersucht.⁴⁰⁷ Neben der europäischen und der deutschen Kartellbehörde hatten vor allem die australischen, chinesischen, japanischen, koreanischen und taiwanesischen Kartellbehörden das Vorhaben geprüft und teilweise ebenfalls wettbewerbliche Bedenken geäußert.⁴⁰⁸ Durch den Zusammenschluss wäre nach den Erkenntnissen des Bundeskartellamtes eine wettbewerbliche Einheit zwischen den beiden Beteiligten entstanden, die das bestehende wettbewerbslose

Oligopol auf dem Markt für langfristig seegehandeltes Feinerz verstärkt und auf dem Markt für langfristig seegehandeltes Stückerz eine Einzelmarktbeherrschung der Beteiligten zur Folge gehabt hätte.

667. Auswirkungen auf das Bundesgebiet im Sinne des § 130 Absatz 2 GWB ergaben sich angesichts des Umsatzes der Beteiligten in Deutschland von jeweils über 1 Mrd. Euro und der Bedeutung der Beteiligten für den internationalen Handel mit Eisenerz und damit auch für die deutsche Stahlindustrie unzweifelhaft. Die wettbewerblichen Aspekte wurden eingehend durch das Bundeskartellamt ermittelt und hätten eine Untersagung bzw. erhebliche Nebenbestimmungen zu tragen vermocht.

668. Der zweite Fall macht die Koordinationsmechanismen der Kartellbehörden innerhalb der Europäischen Union anschaulich. Die Fusion der jeweils in den Niederlanden ansässigen Van-Drie-Gruppe und der Alpuro Holding B.V. wurde in Deutschland nur unter erheblichen Nebenbestimmungen freigegeben.⁴⁰⁹ Der Zusammen-

⁴⁰⁶ Verfahren COMP/M.4985 „BHP Billiton/Rio Tinto“, Rücknahme vom 26. November 2009 im Hauptprüfverfahren. Eine geplante veränderte Anmeldung wurde bereits nach Vorgesprächen mit der Europäischen Kommission fallen gelassen.

⁴⁰⁷ EU-Kommission, Pressemitteilung vom 25. Januar 2010, IP/10/45.

⁴⁰⁸ Vgl. Rio Tinto, Pressemitteilung vom 18. Oktober 2010, Rio Tinto and BHP Billiton end plans for iron ore production joint venture.

⁴⁰⁹ BKartA, Beschluss vom 27. Dezember 2010, B2-71/10; vgl. zu den Zusagen Tz. 748 ff.

Tabelle IV.4

Art des Zusammenschlusstatbestands der beim Bundeskartellamt zwischen 2009 und 2011 angemeldeten Unternehmenszusammenschlüsse

		2009	2010	2011 ¹
I.	Vermögenserwerb	211	181	160
II.	Kontrollerwerb	565	593	690
	davon: Anteilserwerb	374	384	470
	durch Vertrag	55	62	90
	Gemeinschaftsunternehmen	136	147	130
III.	Anteilserwerb	148	145	150
	davon: Mehrheitserwerb	12	12	30
	Minderheitsserwerb	32	24	10
	Gemeinschaftsunternehmen	104	109	110
IV.	Veränderung der Kontrolle	46	50	80
V.	Wettbewerblich erheblicher Einfluss	28	18	20
Insgesamt		998	987	1.100

¹ Erhebung noch nicht vollständig abgeschlossen; die Zahlen sind daher teilweise noch vorläufig.

Quelle: Bundeskartellamt

schluss war außer vom Bundeskartellamt auch von der niederländischen Wettbewerbsbehörde (Nederlandse Mededingingsautoriteit) und der italienischen Wettbewerbsbehörde (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato) geprüft und ohne Nebenbestimmungen freigegeben worden. Vorausgegangen war ein Antrag der beteiligten Unternehmen zur Verweisung des Falles an die Europäische Kommission. Die niederländische Wettbewerbsbehörde hatte der Verweisung widersprochen, sodass es bei den nationalen Zuständigkeiten geblieben war. Die zeitlich vor dem Bundeskartellamt befassten Wettbewerbsbehörden der Niederlande und Italiens hatten ihrer Prüfung des Vorhabens EU-weite Märkte zugrunde gelegt, nach den Erkenntnissen des Bundeskartellamtes lag jedoch ein eigenständiger Markt für das Bundesgebiet vor. Auf diesem Markt für den Vertrieb von Kalbfleisch an Großhandel, industrielle Weiterverarbeiter und Gastronomie wäre ohne die Nebenbestimmungen eine marktbeherrschende Stellung der Beteiligten begründet worden.

669. Die unterschiedliche räumliche Marktabgrenzung der nationalen Wettbewerbsbehörden erscheint auf den ersten Blick eigenartig. Insoweit hätte das Bundeskartellamt seinem Ruf als strenger Hüter des Wettbewerbs entsprochen. Allerdings ist nicht zu übersehen, dass sich die jeweils zu prüfenden nationalen Märkte deutlich unterscheiden. Insbesondere besteht auf dem niederländischen Markt ein Produktionsüberschuss, während insbesondere deutsche Verbraucher in Deutschland produziertes Kalbfleisch präferieren. Je nach Perspektive unterscheiden

sich also die Wettbewerbsbeziehungen der einzelnen nationalen Produktionen, was auch die Unterschiedlichkeit der Marktabgrenzungen erklärt. Eine solche Diskrepanz mag zumindest aus Perspektive der Öffentlichkeitsarbeit der Kartellbehörden misslich erscheinen. Sie ist aber angesichts der unterschiedlichen Schutzobjekte – die Wettbewerbsbedingungen auf den jeweiligen nationalen Märkten – und der zu beobachtenden Praxis mancher Unternehmen, einen Zusammenschluss zuerst in den wettbewerblich unproblematischen Ländern anzumelden, kaum vermeidbar. Die zur Sicherung einer einheitlichen Entscheidung vorgesehene Verweisungsmöglichkeit von nach mindestens drei nationalen Fusionskontrollregimes anmeldepflichtigen Fusionen an die Europäische Kommission scheiterte hier am Widerstand der niederländischen Wettbewerbsbehörde, die die Transaktion bemerkenswerterweise ohne Nebenbestimmungen freigegeben hat. Zur Sicherung zumindest eines zeitlichen Gleichlaufs und damit der Erleichterung einer Kooperation und Abstimmung zuständiger nationaler Kartellbehörden ließe sich über ein vereinheitlichtes Zeitfenster synchroner nationaler Anmeldungen nachdenken. Eine solche Regelung allerdings dürfte sich angesichts noch immer eigenständiger nationaler Fusionskontrollregimes innerhalb der Europäischen Union und entsprechender nationaler Souveränität als nicht nur rechtlich problematisch erweisen. Letztlich tragen die ungleichzeitig anmeldenden und damit eine Abstimmung zwischen nationalen Kartellbehörden verhindernden Fusionskontrollparteien selbst die Last asymmetrischer Entscheidungen.

670. Die Vielzahl paralleler Ermittlungen unterschiedlicher Kartellbehörden in Fällen mit internationalen Auswirkungen könnte auf den ersten Blick als ineffizient erscheinen, da jeweils dasselbe Vorhaben untersucht wurde. Innerhalb der Europäischen Union ermöglichen die Verweisungsmechanismen der Fusionskontrollverordnung eine Anpassung administrativer Zuständigkeiten im Einzelfall. Auf dieser Grundlage bietet das Netzwerk der nationalen Wettbewerbsbehörden (European Competition Network, ECN) eine (nicht auf Fusionskontrollverfahren beschränkte)⁴¹⁰ Plattform für Informationsaustausch und Kooperation nationaler Kartellbehörden untereinander und mit der Europäischen Kommission.⁴¹¹ Diese innerhalb der Europäischen Union formell und praktisch schon weit entwickelte Kooperationsstruktur kann jedoch, wie in dem Fall Van Drie/Alpuro deutlich wird, bei entsprechender taktischer Anmeldung seitens der Unternehmen eine mehrfache Prüfung nicht verhindern. Zudem können selbst zwischen den mittlerweile stark angenäherten nationalen Fusionskontrollregimes verschiedener EU-Staaten die Einschätzungen der Kartellbehörden abweichen. Dies gilt umso mehr auf internationaler Ebene: Zum einen widmet sich die hier bestehende Kooperationsplattform des International Competition Network (ICN) in erster Linie konzeptionellen Themen, ohne bislang die Möglichkeit eines multilateralen Austauschs über laufende Fusionskontrollverfahren oder gar von Verweisungen zu bieten; zum anderen sind im internationalen Vergleich die Fusionskontrollregimes trotz einer gewissen Tendenz zur Konvergenz deutlich stärker unterschiedlich als innerhalb der Europäischen Union. Zum Dritten dürften auch die schon zwischen EU-Mitgliedstaaten teilweise erheblichen Unterschiede der Auswirkungen auf nationale Märkte auf internationaler Ebene regelmäßig noch größer sein. Aus diesen Gründen ist zwar auf längere Sicht eine internationale Plattform nach dem Vorbild des European Competition Network wünschenswert, um die für manche Zusammenschlussvorhaben erhebliche Anzahl paralleler Fusionskontrollverfahren zu reduzieren. Kurz- und mittelfristig jedoch erscheint die schon heute unter Zustimmung der Beteiligten nach § 50b i. V. m. § 50a Absatz 1 GWB mögliche Kooperation zwischen dem Bundeskartellamt und weiteren betroffenen Wettbewerbsbehörden von Drittstaaten ausreichend.

671. Ein gutes Beispiel für eine derartige internationale Behördenkooperation ist die Freigabe des Erwerbs einer Vielzahl von Patenten des anderweitig übernommenen Unternehmens Novell durch ein eigens dafür gegründetes Gemeinschaftsunternehmen (CPTN) von Microsoft, Apple, EMC und Oracle (alle USA) gleichzeitig durch das US-amerikanische Department of Justice und das Bundeskartellamt im Jahr 2011. Die Transaktion um-

fasste unter anderem Patente, die für die Funktionsfähigkeit des offenen Computerbetriebssystems Linux bedeutsam sind. In enger Zusammenarbeit zwischen den Behörden⁴¹² wurden die Bedingungen erarbeitet, unter denen eine Freigabe erfolgen konnte;⁴¹³ das Department of Justice kündigte an, die von Anfang an vorgesehene Verteilung der Patente an die einzelnen Muttergesellschaften von CPTN zu überwachen.⁴¹⁴

Dieser Fall zeigt anschaulich, wie eine unter Zustimmung der Fusionsbeteiligten („waiver“) mögliche internationale Koordination von Kartellbehörden ein für Behörden und Parteien effizientes Verfahren ermöglicht. Vor allem können so die Freigaben und Verpflichtungszusagen abgestimmt werden, was die Unsicherheit und Compliance-Kosten für die Beteiligten deutlich vermindert.

4.3 Marktabgrenzung

4.3.1 Heuristisches und rechtliches Instrument Marktabgrenzung

672. Insbesondere vor dem Hintergrund ständig erweiterter Datenverfügbarkeit und weiterentwickelter Analyseverfahren werden in jüngerer Zeit verstärkt Stimmen laut, die auf die genaue Abgrenzung der betroffenen Märkte verzichten und stattdessen deren wettbewerbliche Auswirkungen direkt messen wollen.⁴¹⁵ Das liegt etwa dann nahe, wenn unter jeder infrage kommenden Marktabgrenzung erhebliche Wettbewerbsprobleme zu befürchten wären.⁴¹⁶ Doch auch in diesem Fall muss ein Rahmen für die Prüfung der zu erwartenden Wettbewerbseffekte abgesteckt werden, der jedoch nicht den Detaillierungsgrad einer vollständigen Marktabgrenzung aufzuweisen braucht. In diesem Sinne stellt die Abgrenzung betroffener Märkte in jedem Fall ein wertvolles heuristisches Instrument zur Ermittlung eines Analyserahmens dar.

673. Vor allem in der Literatur werden darüber hinaus insbesondere für horizontale Zusammenschlüsse verschiedene quantitative Maße für die direkte Messung des Wettbewerbsdrucks vorgeschlagen, die nach der Auffassung mancher – meist im Beratungsgeschäft tätiger – Ökonomen insbesondere aus dem angelsächsischen Sprachraum eine Marktabgrenzung und die Ermittlung

⁴¹⁰ Vgl. für eine Übersicht über die Aktivitäten des Netzwerks im Bereich von Kartellverbot und Missbrauchsaufsicht BKartA, Tätigkeitsbericht 2009/2010, a. a. O., S. 52 ff.

⁴¹¹ Vgl. vor allem die Best Practices on Cooperation between EU National Competition Authorities in Merger Review der EU Merger Working Group von 2011. Unter Einschluss der EFTA-Länder existiert eine vergleichbare Kooperation; vgl. den ECA [European Competition Authorities] procedures guide on the exchange of information between members on multi-jurisdictional mergers von 2001. Hierzu eingehender auch Tz. 789 ff.

⁴¹² Vgl. BKartA, Pressemeldung vom 20. April 2011, Bundeskartellamt clears CPTN joint venture for acquisition of Novell patents.

⁴¹³ Vgl. dazu eingehender Tz. 730 ff.

⁴¹⁴ BKartA, Beschluss vom 20. April 2011, B7-11/11; vgl. dazu auch Department of Justice, Pressemitteilung vom 20. April 2011, CPTN Holdings LLC and Novell Inc. Change Deal in Order to Address Department of Justice's Open Source Concerns.

⁴¹⁵ Vgl. plakativ aus US-amerikanischer Sicht etwa Kaplow, L., Why (Ever) Define Markets?, Harvard Law Review 124(2), 2010, S. 437–517, 440; dazu bereits Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 547. Die angelsächsische Diskussion wird deutlich durch die Ausführungen in den Horizontal Merger Guidelines 2010 der US-amerikanischen Kartellbehörden angeregt, nach denen diese eine Marktabgrenzung nicht mehr in allen Fällen durchführen wollen; vgl. ebenda S. 7 ff. Dazu etwa Keyte, J./Schwartz, K., 'Tally-Ho!': UPP and the 2010 Horizontal Merger Guidelines, Antitrust Law Journal 77(2), 2011, S. 587–650.

⁴¹⁶ Vgl. etwa Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 552 ff.

von Marktanteilen ersetzen sollen.⁴¹⁷ Dabei wird vor allem auf illustrative Preiserhöhungen (Illustrative Price Rises, IPR), den Preiserhöhungsdruck (Upward Pricing Pressure, UPP) bzw. einen Indikator für den Bruttopreiserhöhungsdruck (Gross Upward Pricing Pressure Indicator, GUPPI) abgestellt. Ausgehend von Umlenkungsrate („diversion ratio“) und Brutto- bzw. Nettomarge sollen unilaterale Preiserhöhungstendenzen für betroffene Produkte infolge des geplanten Zusammenschlusses ermittelt werden.⁴¹⁸

674. In Großbritannien und den USA wurden derartige Indikatoren vor dem Hintergrund des dort geltenden Wettbewerbsverminderungskriteriums (SLC-Test) für die Beurteilung von Zusammenschlussvorhaben bereits von den Kartellbehörden aufgenommen. IPR und GUPPI wurden in einer Reihe von Entscheidungen der britischen Wettbewerbsbehörden im Einzelhandel verwendet, um Wettbewerbsprobleme bzw. davon betroffene lokale Märkte zu identifizieren.⁴¹⁹ Die Horizontal Merger Guidelines der US-amerikanischen Wettbewerbsbehörden sehen die Messung unilateraler Preiseffekte anhand von Umlenkungsraten vor.⁴²⁰ Bislang ist jedoch keine Entscheidung ersichtlich, in denen diese in den USA entscheidungsrelevant geworden wären.

675. Derartige direkte Maße für unilaterale Effekte können bei Vorliegen entsprechender Daten ein guter Indikator für die Intensität des Wettbewerbs sein. Jedoch lassen sich so lediglich unilaterale Preiseffekte messen. Zudem setzen sie eine Reihe von Annahmen voraus, die die Aussagekraft stark beeinflussen. In Einzelfällen, wenn entsprechende Daten verfügbar sind, können sie die Analyse bereichern. Allerdings lassen sich so weder Angebotssubstitution oder potenzieller Wettbewerb noch nicht preisliche oder koordinierte Effekte erfassen. Aus diesem Grund sind die beschriebenen Instrumente nicht geeignet, die klassische Marktuntersuchung vollkommen zu ersetzen.⁴²¹

⁴¹⁷ Vgl. etwa Farrell, J./Shapiro, C., Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition, B. E. Journal of Theoretical Economics 10(1), 2010, Artikel 9, S. 1–39; Willig, R., Unilateral Competitive Effects of Mergers: Upward Pricing Pressure, Product Quality, and Other Extensions, Review of Industrial Organization 39(1/2), 2011, S. 19–38; Moresi, S., The Use of Upward Price Pressure Indices in Merger Analysis, The Antitrust Source, February 2010, S. 1–12; Flochel, L., Contrôle des concentrations horizontales : Les tests UPP, GUPPI et IPR, Concurrences N° 1–2011, S. 30–36.

⁴¹⁸ Vgl. etwa OFT/RBB Economics, Conjectural Variations and Competition Policy: Theory and Empirical Techniques, October 2011, OFT1379, S. 168 ff.

⁴¹⁹ Vgl. etwa die Übersicht bei Competition Commission/OFT, Commentary on Retail Mergers, March 2011, S. 16 ff.

⁴²⁰ Vgl. Department of Justice/Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines, August 19, 2010, S. 21.

⁴²¹ Weiterführend etwa Jackson, D., A Return to Simplicity? A History of Developments in the Economic Analysis of Mergers, Journal of European Competition Law & Practice 2(2), 2011, S. 170–175; Coate, M., Benchmarking the Upward Pricing Pressure Model with Federal Trade Commission Evidence, Journal of Competition Law & Economics 7(4), 2011, S. 825–846; Keyte, J./Schwartz, K., „Tally-Ho!“, UPP and the 2010 Horizontal Merger Guidelines, Antitrust Law Journal 77(2), 2011, S. 587–650; Werden, G., Why (Ever) Define Markets: An Answer to Professor Kaplow, February 13, 2012, <http://ssrn.com/abstract=2004655>. Einen guten Überblick geben Maier-Rigaud, F./Schwalbe, U., OECD Roundtable on Market Definition, Background Note by the Secretariat, 25 May 2012.

676. Die echten Marktbeherrschungsvermutungen aufgrund von Marktanteilsschwellen nach § 19 Absatz 3 GWB stellen zwar lediglich eine Beweislastumkehr zulasten der Zusammenschlussbeteiligten dar. In der Praxis ist das Bundeskartellamt hier auch sehr zurückhaltend und begründet seine Entscheidungen regelmäßig unabhängig von diesen Vermutungen. Dennoch stellt diese Regelung insbesondere in Oligopolmärkten eine erhebliche Verfahrenserleichterung für die Behörde dar.⁴²² Nicht zuletzt weil dadurch die Mitarbeit der Zusammenschlussbeteiligten gefördert wird, erscheint die Beibehaltung dieser Vermutungsregelungen auch unter dem mit dem Regierungsentwurf zur 8. GWB-Novelle intendierten Wechsel zum SIEC-Test erforderlich.⁴²³

4.3.2 Sachliche Marktabgrenzung

4.3.2.1 Differenzierung zwischen Einzelnutzer- und Mehrnutzerverträgen bei Kabelnetzbetreibern

677. Den Zusammenschluss zwischen der Liberty Global Europe Holding und Kabel Baden-Württemberg gab das Bundeskartellamt wegen erheblicher Bedenken nur mit erheblichen Nebenbestimmungen frei.⁴²⁴ Der internationale Medienkonzern Liberty Global hatte im Jahr 2009 bereits den Kabelnetzbetreiber Unitymedia erworben,⁴²⁵ sodass durch den Zusammenschluss das Breitbandkabelnetz in Nordrhein-Westfalen, Hessen und Baden-Württemberg wieder in einer Hand vereint wurde. Die Beteiligten betreiben Breitbandkabelnetze der Netzebene 3⁴²⁶ und der Netzebene 4⁴²⁷ zur Übertragung und Vermarktung analoger und digitaler Rundfunksignale. Auf dieser Grundlage werden technische Dienstleistungen für Programmanbieter (insbesondere die Einspeisung von Rundfunksignalen in das Kabelnetz) erbracht und Endkunden neben TV-Signalen unter anderem Breitbandinternet und Telefoniedienste über das Kabelnetz angeboten.

678. Das Bundeskartellamt grenzte fünf betroffene Einzelmärkte ab, auf denen die Auswirkungen der Fusion geprüft wurden; daneben untersuchte das Amt die Auswirkungen auf vier weiteren Märkten im Rahmen der Abwägungsklausel. Auf dem bundesweiten Endkundenmarkt für Mehrnutzerverträge und dem netzbezogenen

⁴²² Vgl. hierzu Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 601 ff.

⁴²³ Vgl. die Analyse und Empfehlungen der Monopolkommission zum insoweit unverändert übernommenen Referentenentwurf im Sondergutachten 63, a. a. O., Tz. 47 ff.; allgemein dazu auch oben Tz. 571 ff.

⁴²⁴ BKartA, Beschluss vom 15. Dezember 2011, B7-66/11.

⁴²⁵ Zu dem von der Europäischen Kommission mit Entscheidung vom 25. Januar 2010 nach Artikel 6 Absatz 1 lit. b FKVO freigegebenen Erwerb der Unitymedia durch Liberty Global (COMP/M.5734) hatte das Bundeskartellamt mangels wettbewerbllicher Bedenken keine förmliche Stellungnahme abgegeben.

⁴²⁶ Die Netzebene 3 umfasst die Breitbandkabelnetze, die die Signale von den Hauptverteilern über die Kabelverzweiger innerhalb von Ortschaften bis zum Hausübergabepunkt transportieren.

⁴²⁷ Die Netzebene 4 umfasst das Breitbandkabelnetz innerhalb eines Gebäudes vom Hausübergabepunkt oder der Empfangsstation im Gebäude bis zu den Anschlussdosen in den einzelnen Wohneinheiten (Hausverteiler).

Einspeisemarkt wurde eine Verstärkung bestehender marktbeherrschender Stellungen befürchtet. Auf dem regionalen Markt für die Belieferung von Einzelnutzern mit Signalen sowie auf dem deckungsgleichen Markt für die Signallieferung an Betreiber nachgeordneter Kabelnetze der Netzebene 4 bestünden marktbeherrschende Stellungen, die jedoch nicht durch die Fusion verstärkt würden. Auf dem Pay-TV-Spartenprogramm-Rechtmarkt schließlich ist Unitymedia tätig, es bestehe oder entstehe hier jedoch keine marktbeherrschende Stellung infolge der Fusion.

679. Bislang hatte das Bundeskartellamt nicht entscheidungsrelevant zwischen den Verträgen zwischen Kabelnetzbetreibern gegenüber Einzelnutzern mit nur einem Anschluss und gegenüber Mehrfachnutzern mit mehreren Anschlüssen differenziert. Erstmals in diesem Fall wurde jedoch darauf abgestellt, dass beide Klassen von Versorgung unterschiedlichen Bedingungen unterliegen. Mehrnutzerverträge, nach dem damit regelmäßig verbundenen Recht des Kabelnetzbetreibers auf Zugang zu den Gebäuden des Abnehmers auch „Gestattungsverträge“ genannt, sind regelmäßig deutlich attraktiver für Wettbewerber des regionalen Kabelnetzbetreibers: Die erheblich höheren Anschlusszahlen bringen geringere Kosten pro Anschluss, damit auch um bis zu 80 Prozent geringere Preise und längere Vertragslaufzeiten mit sich. In diesem Markt fallen auch regelmäßig Vertragspartner und wirtschaftlich Betroffener auseinander, da Hauseigentümer die Kosten des Kabelanschlusses nach § 2 Nummer 15 b) BtrKV über die Nebenkostenabrechnung weiterreichen können und dies auch in mehr als zwei Dritteln der vom Bundeskartellamt erfassten Fälle tun. Dieses „Nebenkostenprivileg“ für Gestattungsverträge führt zu einer gegenüber Einzelverträgen deutlich abweichenden Abnehmer-situation. Entscheidend kommt hinzu, dass aufgrund der Besonderheiten des Gestattungsmarktes auf diesem bundesweiter Wettbewerb stattfindet, während Einzelnutzerverträge nur vom lokalen Netzbetreiber im lokalen Monopol angeboten werden. Dabei hat das Bundeskartellamt in diesen Markt die Lieferung des TV-Signals über Breitbandfernsehkabel und über Internetanschlüsse (IPTV) einbezogen, nicht jedoch die Eigenversorgung über Satellit und DVB-T. Denn Letztere sei schon von Umfang und Breite des Angebots her nicht vergleichbar. Eine Einzelversorgung mit Satellitensignalen stelle schon begrifflich keine Mehrfachnutzung dar; die Eigenversorgung von Mehrfamilienhäusern mit Satellitensignalen erfolge unentgeltlich und sei als Eigenproduktion der Leistung nicht bei der Marktabgrenzung im Gestattungsmarkt, sondern lediglich bei der Gesamtwürdigung der wettbewerblichen Verhältnisse zu berücksichtigen. Auf diesem Gestattungsmarkt stellte das Bundeskartellamt erhebliche Marktzutrittsschranken für sonstige Wettbewerber, wie kleine Kabelnetzbetreiber oder Telekommunikationsanbieter, fest, die sich vor allem aus der langen Laufzeit mancher Gestattungsverträge, aus Exklusivitätsklauseln und aus der bestehenden Rechtsunsicherheit hinsichtlich des Eigentums am Hausverteilnetz nach Vertragsende ergaben.

680. Als zweiter wettbewerblich problematischer Markt wurde der sog. Einspeisemarkt abgegrenzt. Dort

stehen die Kabelnetzbetreiber den Fernsehsendern gegenüber und erhalten sog. Einspeiseentgelte für die Einspeisung von TV-Programmen in ihre Netze und deren Weiterleitung an Endkunden bzw. angeschlossene Netzbetreiber der Netzebene 4. Eine Unterscheidung nach der Einspeisung von Analog- oder Digitalsignalen und zwischen Pay-TV- und Free-TV-Programmen wurde nicht vorgenommen. Einbezogen wurde – in Abgrenzung zu den Übertragungswegen Satellit, Terrestrik und IPTV – allein die Einspeisung von Rundfunksignalen in Breitbandkabelnetze. Denn trotz einer gewissen technischen Substituierbarkeit seien diese für die Programmanbieter nicht austauschbar. Einbezogen wurden auch die technischen Dienstleistungen, die Unitymedia im Rahmen einer digitalen Plattform erbringt, die verschlüsselte Übertragungen ermöglicht. Die Verstärkung der netzbezogenen Marktbeherrschung ergab sich aus einer verbesserten Verhandlungsposition der Zusammenschlussbeteiligten infolge der Fusion gegenüber den Fernsehsendern. Durch die Verpflichtungszusagen würden die wettbewerblichen Bedenken ausgeräumt.⁴²⁸

681. Die Monopolkommission begrüßt die Markt-abgrenzungen des Bundeskartellamtes in diesem Fall. Zwar nimmt die Konvergenz zwischen Fernsehen, Internet und Telefonie, die vermehrt als „triple play“-Paket angeboten werden, zu. Doch die über Telefonleitung und Fernsehkabel möglichen Leistungen sind aus Nachfragersicht auch nach Auffassung der Monopolkommission noch immer nur teilweise austauschbar, sodass hier eine getrennte Betrachtung unter dem Aspekt der Rundfunkübertragungsdienste erforderlich schien. Eine gesonderte Betrachtung des Gestattungsmarktes wurde bereits in vorherigen Fusionskontrollverfahren geprüft,⁴²⁹ doch erst in diesem Verfahren erwies sich dies als entscheidungserheblich. Mithilfe umfangreicher Marktanalysen und Wettbewerberbefragungen hat das Bundeskartellamt gezeigt, dass sich hier die Wettbewerbsbedingungen tatsächlich erheblich gegenüber dem Markt für Einzelanschlüsse unterscheiden. Auch die für den Einspeisemarkt getroffene Markt-abgrenzung erscheint sachgerecht: Aus Sicht der Fernsehsender sind die an das Breitbandkabelnetz angeschlossenen Zuschauer nur deutlich schlechter über andere Wege zu erreichen.⁴³⁰ Die vom Bundeskartellamt vorgenommenen Markt-abgrenzungen erscheinen der Monopolkommission gut geeignet und auch notwendig, um die betroffenen Wettbewerbsprobleme zu erfassen.

4.3.2.2 Getrennte (Beschaffungs-)Märkte für Sauen- und Schweinefleisch

682. Den geplanten Erwerb von jeweils 70 Prozent der Anteile an den vier Muttergesellschaften des Schlachthofs Tummel, Schöppingen, durch die Tönnies Holding GmbH & Co. KG, Rheda-Wiedenbrück, hat das Bundes-

⁴²⁸ Vgl. Tz. 737 ff., 744 ff.

⁴²⁹ Zuletzt offengelassen in BKartA, Beschluss vom 3. April 2008, B7 200/07 „KDG/Orion“, Rn. 144 f., 148 ff.

⁴³⁰ Ähnlich auch BNetzA, Entscheidung vom 7. Oktober 2010, BK1-09/005, S. 55 ff. (Festlegung betreffend den Markt für Rundfunk-Übertragungsdienste zur Bereitstellung von Sendeinhalten für Endnutzer).

kartellamt wegen durch die angebotenen Zusagen nicht behebbarer wettbewerblicher Bedenken untersagt.⁴³¹ Auf den Märkten für die Erfassung von Schlachtsauen zur Schlachtung und für den Absatz von zerlegtem Schweinefleisch wurde die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung befürchtet. Auf den übrigen geprüften Märkten – Erfassung von Schlachtschweinen zur Schlachtung, Erfassung von Sauenhälften zur Zerlegung, Erfassung von Schweinehälften zur Zerlegung sowie Absatz von zerlegtem Sauenfleisch – hätte die Fusion zu einer weiteren Konsolidierung auf den teils bereits hochkonzentrierten Märkten, nicht jedoch zu einer marktbeherrschenden Stellung für die Beteiligten geführt.

683. Grundlage der Marktabgrenzung entlang der Wertschöpfungskette ist die Differenzierung zwischen „Sauen“ und „Schweinen“: Schlachtsauen werden als Muttertiere in der Schweineproduktion eingesetzt und sind deutlich schwerer als Schweine. Die Erzeugungs- und Erfassungsstrukturen unterscheiden sich insoweit deutlich. Eine Angebotsumstellungsflexibilität besteht nur in geringem Maße; die Erfassungspreise von Schweinen und Sauen unterscheiden sich und bewegen sich unabhängig voneinander. Auch sind die Produktionsstrukturen in der Regel zweigeteilt: Anbieter von Schlachtschweinen sind häufig Schweinemäster, die Ferkel bei Schweinezüchtern kaufen. Diese wiederum halten meist ausschließlich oder in erster Linie Schlachtsauen.

Auf der Absatzseite unterscheiden sich Sauenfleisch und Schweinefleisch sowohl hinsichtlich der Fleischeigenschaften als auch hinsichtlich der Absatzkanäle. Sauenfleisch wird fast ausschließlich in der Wurstherstellung eingesetzt und kann dabei aufgrund seiner besonderen Eigenschaften nur teilweise durch Schweinefleisch substituiert werden. Schweinefleisch dagegen wird auch in erheblichem Umfang als Frischfleisch an den Lebensmittel-einzelhandel verkauft und erzielt einen erheblich höheren Preis als Sauenfleisch.

Auch auf den Ebenen der Schlachtung und Zerlegung wirken sich die vor- und nachgelagerten Marktgegebenheiten entscheidend aus. Infolge des erheblich geringeren Gewichts der Schweine können diese zwar in für Sauen ausgelegten Schlachthanlagen geschlachtet werden; umgekehrt ist dies jedoch nur eingeschränkt möglich. Diese teilweise technische Einschränkung der Produktionsumstellungsflexibilität wird verstärkt durch die Schwierigkeiten und fehlenden Anreize für Schlachtunternehmen bei der Erfassung und dem Absatz der jeweils anderen Fleischsorte.

684. Unter den Produktionsstufen Schlachtung, Zerlegung und Fleischabsatz ist nur der Absatzmarkt aus Sicht der Beteiligten ein klassischer Angebotsmarkt, während die Erfassung von lebenden wie von geschlachteten Tieren auf Beschaffungsmärkten stattfindet. Insoweit stellt diese Entscheidung eine der seltenen des Bundeskartellamtes dar, in denen die Marktbeherrschung auf Beschaffungsmärkten entscheidungserheblich geworden ist. Der

Zusammenschluss zwischen Hussel und Mara im Parfümeriehandel wurde beispielsweise aufgrund der zu erwartenden Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Handels- bzw. Beschaffungsmarkt untersagt.⁴³² Die Untersagung im Fall Coop/Wandmaker aus dem Jahr 1984 hatte auch auf der zu erwartenden Verstärkung einer kollektiven marktbeherrschenden Stellung in Beschaffungsmärkten beruht,⁴³³ wurde jedoch durch das Kammergericht aufgehoben, das den Nachweis kollektiver Marktbeherrschung nicht als erbracht ansah.⁴³⁴ Im Zusammenschlussverfahren Edeka/Tengelmann aus dem Jahr 2008 wurde einseitigen negativen Veränderungen auf Beschaffungsmärkten für ausgewählte Produktgruppen mit Nebenbestimmungen entgegengewirkt.⁴³⁵ Im Jahr 2010 wurden im Verfahren Edeka/Trinkgut nach einzelnen Produktgruppen abgegrenzte Beschaffungsmärkte untersucht.⁴³⁶ In dieser Entscheidung wird die wettbewerbsrechtliche Erfassung von Beschaffungsmärkten grundsätzlich und umfassend beleuchtet,⁴³⁷ eine (kollektive) Marktbeherrschung konnte das Amt jedoch nicht mit Sicherheit feststellen.⁴³⁸ Im Fall Tönnies/Tummel begründet das Bundeskartellamt die Verstärkung der bereits auf dem Markt für die Erfassung von Schlachtsauen zur Schlachtung bestehenden marktbeherrschenden Stellung umfangreich, vor allem mit der nicht unerheblichen Marktanteilsaddition, dem erheblichen Mengenzuwachs sowie der Schwächung des stärksten Wettbewerbers.

685. Die Abgrenzung von Beschaffungsmärkten erfolgt – spiegelbildlich zu Absatzmärkten – aus der Sicht der Marktgegenseite und umfasst alle funktionell austauschbaren Erzeugnisse, die nach Auffassung der Anbieter dazu geeignet sind, deren Absatzbedürfnisse zu befriedigen. Dabei wird die funktionelle Austauschbarkeit der Erzeugnisse maßgeblich von den Angebotsumstellungsmöglichkeiten der Hersteller (sog. Angebotsumstellungskonzept) und der Möglichkeit der Austauschbarkeit gleichartiger Nachfrager (sog. Absatzalternativen) bestimmt;⁴³⁹ regelmäßig ist hier nach einzelnen Pro-

⁴³¹ BKartA, Beschluss vom 16. November 2011, B2-36/11.

⁴³² BKartA, Beschluss vom 29. Juni 1981, B8-159/80, WuW/E BKartA 1897, 1902 ff.; bestätigt durch KG, Beschluss vom 24. April 1985, Kart 34/81, WuW/E OLG 3577, 3584.

⁴³³ BKartA, Beschluss vom 14. August 1984, B9-2006/84, WuW/E BKartA 2161, 2164 ff.

⁴³⁴ KG, Beschluss vom 5. November 1986, Kart 15/84, WuW/E OLG 3917, 3927 ff.

⁴³⁵ Anknüpfungspunkt war dabei jedoch nicht die Marktbeherrschung auf Beschaffungsmärkten, sondern die Verbesserung der wettbewerblichen Position auf den Absatzmärkten durch den verbesserten Zugang zu den Beschaffungsmärkten gemäß § 19 Absatz 2 Nummer 2 GWB; vgl. BKartA, Beschluss vom 30. Juni 2008, B2-333/07, S. 104 ff., WuW/E DE-V 1607; vgl. hierzu bereits Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 518 ff.

⁴³⁶ Vgl. BKartA, Beschluss vom 28. Oktober 2010, B2-52/10, S. 106.

⁴³⁷ Vgl. ebenda, S. 97 ff.

⁴³⁸ Vgl. ebenda, S. 118 ff.

⁴³⁹ Vgl. bereits KG, Beschluss vom 5. November 1986, Kart 15/84, WuW/E OLG 3917, 3927 ff. „Coop/Wandmaker“; BGH, Urteil vom 23. Februar 1988, KZR 17/86, WuW/E BGH 2483, 2488 f. „Sonderungsverfahren“; EU-Kommission, Entscheidung vom 3. Februar 1999, IV/M.1221 „Rewe/Meinl“, Rn. 76 ff.; grundlegend bereits Monopolkommission, Missbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Sondergutachten 7, Baden-Baden 1977, Tz. 195 ff.

duktgruppen abzugrenzen. Während die Kriterien von Marktmacht auf derart abgegrenzten Beschaffungsmärkten im Grundsatz noch nicht endgültig geklärt sind, konnte im Fall Tönnies/Tummel die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung mit hoher Wahrscheinlichkeit prognostiziert werden.⁴⁴⁰

686. Die Praxis des Bundeskartellamtes, Beschaffungsmärkte als solche zu untersuchen, findet die Zustimmung der Monopolkommission. Die Auswirkungen auf solchen Märkten sind gesondert direkt zu würdigen, nicht lediglich mittelbar auf den nachgelagerten (Absatz-) Märkten. Die Nachfrage des in der Wertschöpfungskette nachgelagerten Unternehmens lässt sich auch als Weiterverarbeitungsleistung für die Anbieter modellieren (Erfassung zur Schlachtung): Eine starke Position über die weiter nachfolgenden Marktstufen (Schlachtung und Absatz) kann wie hier die Machtposition auf den Nachfragemärkten verstärken. Der Fall Tönnies/Tummel demonstriert eindringlich, wie aus Vertragsstrukturen Pfadabhängigkeiten entstehen können, die eine getrennte Betrachtung verwandter Beschaffungsmärkte erforderlich machen. Während die Kriterien der Abgrenzung von Beschaffungsmärkten heute wohl als allgemein anerkannt gelten können,⁴⁴¹ sind die Voraussetzungen und die Würdigung von Marktmacht auf Beschaffungsmärkten noch umstritten und teilweise auch von der verfolgten Zielsetzung des Wettbewerbsrechts abhängig.⁴⁴² Jedenfalls wenn wie hier auf der der nachfragemächtigen Wertschöpfungsebene nachgelagerten Ebene ebenfalls nur eingeschränkter Wettbewerb besteht, lässt sich von Kartellrechtsrelevanz der Nachfragemacht ausgehen.

4.3.3 Probleme und Folgen der Abgrenzung von Endkundenmärkten in Strom- und Gassektor

687. Die Monopolkommission hat in ihrem jüngsten Sondergutachten zum Energiesektor 2011 die Abgrenzung verschiedener Märkte durch das Bundeskartellamt dargestellt, verschiedene Probleme ausführlich beleuchtet und zum Teil eine Überprüfung einzelner Aspekte nahegelegt.⁴⁴³ Eine wichtige Frage, die auch die jüngere Fusionskontrollfallpraxis in den Fällen RWE/Stadtwerke Unna und Enovos/ESW⁴⁴⁴ berührt, betrifft die geeignete sachliche und räumliche Abgrenzung der Endkundenmärkte für Strom und Gas.

688. Mit den Entscheidungen des Bundeskartellamtes hat sich auch eine Praxis zur Abgrenzung der sachlich und räumlich relevanten Märkte im Energiesektor entwickelt. Die sachliche Markt- und Abgrenzung orientiert sich vor allem an der vertikalen Wertschöpfungskette der deutschen Strom- und Gaswirtschaft. Darunter fallen eine oder mehrere Handelsstufen jeweils in den Bereichen Erzeugung (bei Strom), Distribution und Endkundenmärkte. Die sachliche und räumliche Markt- und Abgrenzung des Bundeskartellamtes im Strom- und Gassektor ist in der Vergangenheit höchstrichterlich bestätigt worden,⁴⁴⁵ hat sich generell in der Praxis bewährt und wurde von der Monopolkommission bereits mehrfach als angemessen beurteilt. Allerdings entwickeln sich die Märkte in der Energiewirtschaft schnell, sodass die konkreten Wettbewerbsverhältnisse stets von Veränderungen durch fundamentale Produktionsverschiebungen, von der Veränderung des Nachfragerverhaltens und vom technologischen Fortschritt betroffen sein können, was zu wiederholten Anpassungen der Markt- und Abgrenzung führt und geführt hat. Eine solche Veränderung betrifft die Abgrenzung der Energieendkundenmärkte, die nachfolgend näher betrachtet werden soll.

689. Die Endkundenmärkte im Strom- wie auch im Gassektor werden vom Bundeskartellamt sachlich und räumlich unterschiedlich abgegrenzt. Von besonderem Interesse ist dabei die Abgrenzung des Marktes für die Belieferung von Haushalts- und Kleingewerbekunden (HuK-Markt), exklusive des Heizstrommarktes.⁴⁴⁶ So nimmt das Amt im Gassektor einen einheitlichen sachlich relevanten Markt für die Belieferung von HuK-Kunden an, den es netzbezogen abgrenzt. Im Stromsektor unterscheidet das Amt hingegen zwei sachlich relevante Märkte, einen Markt für die Belieferung von Standardlastprofil-Kunden (SLP-Kunden)⁴⁴⁷ in der Grundversorgung und einen für die Belieferung selbiger Kunden mit Sonderverträgen. Während der Markt für Kunden der Grundversorgung weiterhin netzbezogen abgegrenzt wird, nimmt das Bundeskartellamt seit der Entscheidung Integra/ Thüga für die Belieferung von Kunden mit Sonderverträgen einen bundesweiten Markt an.⁴⁴⁸

690. Die Differenzierung zwischen dem Grundversorgungsmarkt und dem Sondervertragsmarkt hat das Bundeskartellamt mit der Beobachtung begründet, dass Stromanbieter zunehmend um wechselwillige und häufig inter-nettaffine Kunden werben. Grundversorgungskunden

⁴⁴⁰ Das Bundeskartellamt stellte hohe Marktanteile der Fusionsbeteiligten gegenüber deutlich schwächeren, zersplitterten Wettbewerbern, einen überlegenen Zugang der Beteiligten zu Erfassungs- und Absatzmärkten, einen tatsächlich manifestierten erheblichen Verhaltensspielraum von Tönnies („Sauenkrieg“) sowie stark eingeschränkten potenziellen Wettbewerb fest; vgl. BKartA, B2-36/11, S. 66 ff.

⁴⁴¹ So schon KG, Beschluss vom 5. November 1986, Kart 15/84, WuW/E OLG 3917, 3927 „Coop/Wandmaker“; bereits eingehend Monopolkommission, Ökonomische Kriterien für die Rechtsanwendung, Hauptgutachten 1982/1983, Baden-Baden 1984, Tz. 667 ff.

⁴⁴² Vgl. eingehender aus allgemeiner Perspektive zur Nachfragemacht Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 380 ff., sowie unten Tz. 1072 ff.

⁴⁴³ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 59, a. a. O., Tz. 141 ff.

⁴⁴⁴ BKartA, Beschluss vom 27. Juli 2011, B8-94/11; BKartA, Beschluss vom 20. März 2012, B8-124/11.

⁴⁴⁵ BGH, Beschluss vom 10. Dezember 2008, KVR 2/08 „Stadtwerke Uelzen“, WuW/E DE-R 2538.

⁴⁴⁶ Der ebenfalls zu den Märkten für die Belieferung von Haushalts- und Kleingewerbekunden zählende Markt für die Belieferung mit Heizstrom ist aufgrund seiner Eigenschaften gesondert abzugrenzen. Dieser Umstand ist jedoch für die nachfolgende Betrachtung der übrigen Märkte für die Belieferung von Haushalts- und Kleingewerbekunden nicht weiter relevant; vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 59, a. a. O., Tz. 166 f.

⁴⁴⁷ Charakteristisch ist, dass die Tagesverbräuche von HuK-Kunden nicht über eine registrierte Leistungsmessung, sondern über ein Standardlastprofil (SLP) abgerechnet werden. Daher wird nachfolgend auch der Begriff „SLP-Kunden“ verwendet.

⁴⁴⁸ BKartA, Beschluss vom 30. November 2009, B8-107/09.

unterscheiden sich danach 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. Das Bundeskartellamt argumentiert weiter, dass sich das Preisniveau der beiden Kundengruppen zum Teil erheblich unterscheidet. Das liege mitunter auch daran, dass der Grundversorgungsanbieter seine Kunden aufgrund des Kontrahierungszwangs nicht selektieren könne und deshalb völlig andere Ausfallrisiken einpreisen müsse als der Sondervertragsanbieter.

691. In ihrem Sondergutachten zum Energiesektor 2011 hat die Monopolkommission dargelegt, dass eine nachfragerseitige Differenzierung der Märkte grundsätzlich ungewöhnlich ist,⁴⁴⁹ es jedoch für die vom Bundeskartellamt vorgenommene Unterscheidung zwischen Grundversorgungs- und Sondervertragskunden ökonomisch relevante Argumente geben kann. Da das gelieferte Gut Strom zumindest im Hinblick auf die Differenzierung von Grundversorgungs- und Sondervertragskunden weitgehend homogen und aus Sicht eines Großteils der Nachfrager der Grundversorger mit Sondervertragsanbietern unmittelbar austauschbar ist, entfallen vor dem Hintergrund des Bedarfsmarktkonzepts wesentliche Argumente für eine Unterscheidung der Märkte. Demgegenüber ist allerdings vor allem die mögliche Marktmacht der Grundversorger und damit ein unkontrollierter Verhaltensspielraum auf diesen Märkten als Hinweis auf einen eigenen Markt zu berücksichtigen.

Soweit das Bundeskartellamt eine nachfragerseitige Unterscheidung daher auf Marktmachtargumente stützt, sollte es seine Überlegungen quantitativ fundieren. Die Monopolkommission hat dazu vorgeschlagen, den Preisabstand zwischen Grund- und Sondervertragsstarifen zu prüfen und eine Unterscheidung auch an einem erheblichen Abstand von mindestens 5 bis 10 Prozent zu knüpfen.⁴⁵⁰ Neue Hinweise, die eher gegen eine Trennung beider Märkte sprechen, ergeben sich allerdings aus der empirischen Untersuchung der Monopolkommission in diesem Gutachten. Diese zeigt deutlich eine Verbindung zwischen dem Wettbewerb in einem lokalen Markt durch Sondervertragsanbieter und der Marge, die ein Grundversorger erzielen kann. Eine einprozentige Erhöhung der Wettbewerbsintensität innerhalb eines lokalen Marktes führt danach durchschnittlich zu einem fünfzehnprozentigen Margenrückgang beim Grundversorger.⁴⁵¹ Derweil hat das Bundeskartellamt im Rahmen des Zusammenschlussverfahrens RWE/Stadtwerke Unna die getrennte Abgrenzung der Märkte für die Belieferung von Kunden in der Grundversorgung und solchen auf Basis von Sonderverträgen vorausgesetzt und nicht weiter qualitativ oder quantitativ fundiert.⁴⁵²

⁴⁴⁹ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 59, a. a. O., Tz. 172 ff.

⁴⁵⁰ Vgl. ebenda, Tz. 170.

⁴⁵¹ Vgl. Tz. 237.

⁴⁵² Vgl. BKartA, Beschluss vom 27. Juli 2011, B8-94/11, Rn. 33 f.

692. Des Weiteren ergibt sich aus den Beschlüssen des Bundeskartellamtes nicht unmittelbar, wieso die Unterscheidung zwischen Kunden des Grundversorgers und der Belieferung der gleichen Kunden mit Sonderverträgen nicht auch im Gasbereich zutreffend ist. So sind die vom Bundeskartellamt für die Differenzierung der Märkte im Stromsektor angeführten Argumente im Wesentlichen auf den Gassektor übertragbar. Weitergehend spricht die noch geringere Wechselbereitschaft der Gaskunden sogar dafür, dass ein Grundversorger im Gassektor über noch höhere Marktmacht verfügt als ein Grundversorger im Strombereich. Dennoch differenziert das Bundeskartellamt im Gasbereich auch in seiner jüngsten Entscheidung an dieser Stelle nicht, sondern belässt es bei einem gemeinsamen Markt für die Belieferung von Kunden in der Grundversorgung und mit Sonderverträgen (HuK-Kundenmarkt).⁴⁵³ Da die Gründe für diese Unterscheidung nicht ersichtlich sind, empfiehlt die Monopolkommission nochmals, dass das Bundeskartellamt seine Marktabgrenzung im Hinblick auf diese Unterscheidung ausführlicher begründet.⁴⁵⁴

693. Zudem ist auch die räumliche Marktabgrenzung zwischen Strom- und Gassektor uneinheitlich, da das Bundeskartellamt im Stromsektor Sondervertragsanbieter in einem bundesweiten Markt zusammenfasst. Das Amt begründet diesen Unterschied mit der deutlich gestiegenen Auswahl möglicher Sondervertragsanbieter im Stromsektor, durch die sich die Wettbewerbsverhältnisse in der Folge geändert hätten.⁴⁵⁵ Demgegenüber seien auf Gasmärkten keine gleichfalls entwickelten Wettbewerbsverhältnisse gegeben. Im Grundsatz behält das Bundeskartellamt diese Auffassung auch in seinem Beschluss Enovos/ESW vom 20. März 2012 bei.⁴⁵⁶

Wie die Monopolkommission in ihrem Sondergutachten jedoch ausführlich erläutert und mit Daten belegt hat,⁴⁵⁷ spricht insbesondere eine Prüfung der Nachfragesubstitution weiterhin für eine netzbezogene Marktabgrenzung sowohl im Strom- als auch im Gassektor. Die Nachfrager können nur zwischen solchen Anbietern wählen, die in dem jeweiligen Netzgebiet auch Endkunden beliefern. So stehen zwar mittlerweile in vielen Netzen verschiedene Sondervertragsanbieter zur Verfügung; jedoch ist bislang ein überwiegender Teil der Anbieter nicht in sämtlichen bundesweiten Netzgebieten aktiv, weshalb die Auswahlmöglichkeiten für den Verbraucher sowohl im Gas- als auch im Stromsektor objektiv begrenzt sind. Für eine bundesweite Marktabgrenzung könnte jedoch sprechen, dass Möglichkeiten zur Angebotssubstitution bestehen, wenn die Anbieter aufgrund der im Zuge der Netzregulierung zunehmend gesenkten Marktzutrittsschranken in der

⁴⁵³ Vgl. BKartA, Beschluss vom 20. März 2012, B8-124/11 „Enovos/ESW“.

⁴⁵⁴ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 59, a. a. O., Tz. 171.

⁴⁵⁵ Vgl. BKartA, Beschluss vom 30. November 2009, B8-107/09 „Integra/Thüga“, Rn. 40.

⁴⁵⁶ Vgl. BKartA, B8-124/11, Rn. 35 ff., Rn. 59 ff., wobei das Amt im Ergebnis jedoch feststellt, dass in diesem Verfahren die Frage der räumlichen Marktabgrenzung letztlich offenbleiben könne.

⁴⁵⁷ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 59, a. a. O., Tz. 172 ff.

Lage sein sollten, ihr Angebot jederzeit auf unterschiedliche Gebiete auszuweiten und somit den Verhaltensspielraum der Anbieter in einem fremden Netz zu kontrollieren. Die Monopolkommission regt an, dass das Bundeskartellamt solche Nachfrage- und Angebotssubstitutionswirkungen stärker differenziert, sodass deutlicher wird, warum im jeweiligen Fall eine netzbezogene, bundesweite oder andere Marktabgrenzung adäquat ist.

694. Erhebliche Auswirkungen der vorgenommenen Marktabgrenzung zeigen sich beispielhaft an dem Zusammenschlussverfahren RWE/Stadtwerke Unna, in dem ein großes vertikal integriertes Energieversorgungsunternehmen eine Minderheitsbeteiligung an einem städtischen Energieversorger erworben hat. Die wettbewerblichen Auswirkungen solcher Minderheitsbeteiligungen sind in der Vergangenheit vom Bundeskartellamt in der Regel als problematisch bewertet worden, unter anderem, weil es dadurch zu einer erheblichen Marktanteilsaddition auf dem damals noch netzbezogenen und auch im Strombereich gemeinsam abgegrenzten Markt für die Belieferung von HuK-Kunden gekommen war.⁴⁵⁸ Demgegenüber führt die gegenwärtige Marktabgrenzung dazu, dass solche Minderheitsbeteiligungen kartellrechtlich deutlich unkritischer eingeschätzt werden. Ursache ist, dass der separate Grundversorgungsmarkt aufgrund der Marktdefinition allein den hier stets marktbeherrschenden Grundversorger umfasst. Dritte können daher auch keine eigenen Anteile auf diesem Markt haben. Somit kann es auch durch eine Beteiligung Dritter auf diesem Markt nicht ohne weiteres zu einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung des Grundversorgers kommen. Allerdings führt die Marktabgrenzung weiter dazu, dass die Grundversorger in jedem Fall marktbeherrschend sind und somit der Missbrauchsaufsicht unterliegen. Die meisten Grundversorger bieten zudem auch Sonderverträge an, beschränken sich in vielen Fällen allerdings auf das eigene Versorgungsgebiet. Die bundesweite Abgrenzung der Sondervertragsmärkte hat daher äußerst geringe Marktanteile der Beteiligten und insbesondere vieler Stadtwerke zur Folge, sodass in der Regel einer Fusion mit Dritten keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken entgegenstehen.

695. Die Monopolkommission hält es keinesfalls für zweckmäßig, eine bestimmte Marktabgrenzung der Endkundenmärkte nur aufgrund wettbewerbsspolitischer Ziele zu fordern. Vielmehr geht es bei der Marktabgrenzung darum, die tatsächlich im Wettbewerb stehenden Anbieter und Nachfrager möglichst korrekt abzubilden. Sie weist jedoch darauf hin, dass die Auswirkungen der Marktabgrenzung beträchtlich sind, und regt an, die vorgenannten Aspekte zum Anlass zu nehmen, die vorgenommene Marktabgrenzung der Endkundenmärkte genauer zu fundieren.

⁴⁵⁸ Vgl. z. B. die Zusammenschlussvorhaben der RWE Rhein-Ruhr AG durch Beteiligung an der Stadtwerke Krefeld Neuss GmbH & Co KG und durch Erhöhung des Anteils an den Stadtwerken Velbert GmbH; BKartA, Beschluss vom 23. Oktober 2007, B8-93/07.

4.3.4 Räumliche Marktabgrenzung – Presse-grosso-Gebietsmonopole

696. Die Erosion des Kartells aller unmittelbar Beteiligten im Presse-grosso hat sich auch in der Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes in diesem Bereich niedergeschlagen. Noch 2010 hatte das Bundeskartellamt den räumlich betroffenen Markt entlang der Grenzen der Alleinbelieferungsgebiete abgegrenzt, die entsprechend der „Gemeinsamen Erklärung“ des Verbandes Deutscher Zeitschriftenverleger, des Bundesverbandes Deutscher Zeitungsverleger und des Grossoverbandes⁴⁵⁹ bzw. bereits früher festgelegt worden waren; dabei wurde eine von diesen vertraglichen Gebietsmonopolen abweichende Marktabgrenzung als hypothetisch nur hilfsweise mitgeprüft.⁴⁶⁰ 2011 hat das Bundeskartellamt hingegen in einem weiteren Fall den räumlichen Markt nach dem wirtschaftlich sinnvollen Belieferungsradius um die jeweiligen Logistikzentren abgegrenzt.⁴⁶¹ Der genaue Radius wurde mangels Entscheidungserheblichkeit offengelassen; ausgehend von Vergleichen mit anderen Märkten im Bereich des Zustellgroßhandels wurde jedoch auf hoher Wahrscheinlichkeit größere als die derzeitigen Gebiete der Grossisten geschlossen, ein bundesweiter Markt dagegen für zweifelhaft gehalten.

697. Das Presse-grosso in Deutschland (mit Ausnahme des Bahnhofsbuchhandels) ist bislang auf der Grundlage von Vereinbarungen zwischen den Verbänden aller am Pressevertrieb Beteiligten organisiert. Das System hat sich historisch entwickelt und soll ausgehend von Gebietsmonopolen die Versorgung von Wiederverkäufern mit Presseerzeugnissen diskriminierungsfrei gewährleisten. Als Prinzipien sind insbesondere festgelegt:

- Gebietsmonopole: Die Verlage haben die Vertriebsrechte ihrer Titel jeweils für ein bestimmtes Territorium in der Regel einem Grossunternehmen in Alleinauslieferung übertragen.⁴⁶²
- Vertikale Preisbindung: Nach Verhandlungen mit dem Grossoverband legen die Verlage als Produzenten von Zeitungen und Zeitschriften die Margen für den Groß- und Einzelhandel sowie den Endverkaufspreis ihrer Presseobjekte allgemein verbindlich fest. Die vertikale Preisbindung ist für Presseprodukte nach § 30 GWB gesetzlich zulässig.

⁴⁵⁹ Diese Vereinbarung von 2004 legt in Verbindung mit der regelmäßig aktualisierten Vereinbarung über das Koordinierte Vertriebsmarketing (KVM) die Grundlagen des zwischen den Verbänden der an Herstellung und Vertrieb von Presseerzeugnissen beteiligten Unternehmen geschlossenen Vertriebskartells fest, das den Pressevertrieb mit Ausnahme der nach anderen Regeln funktionierenden Bahnhofsbuchhandlungen fast vollständig regelt.

⁴⁶⁰ BKartA, Beschluss vom 30. März 2010, B6-98/09 „Roth + Horsch/ Presse-Vertrieb Pfalz“.

⁴⁶¹ BKartA, Beschluss vom 23. November 2011, B6-39/11 „Pressevertrieb Köln Doll & Esser/Pressegroßhandel Probst & Heuser“.

⁴⁶² Ausnahmen sind Berlin, Hamburg und ein kleines Gebiet in Schleswig-Holstein. Dort wird ein sog. „Doppelgrosso“ praktiziert, bei dem Verlage für die Auslieferung ihrer Produkte zwischen zwei Grossisten wählen können bzw. teilweise die Pressehändler selbst beliefern.

- Gemeinsame Verhandlung über Konditionen: Der GROSSverband verhandelt gemeinsam für alle Grossisten in Deutschland mit Verlagen und Nationalvertrieben⁴⁶³ Handelsspannen für alle Zeitschriften und Zeitungen. Diese sind einheitlich gültig für alle Grossisten und hängen im Wesentlichen von der bundesweit verkauften Menge und dem bundesweiten Umsatz ab. Allgemein gilt, dass Grossisten und Einzelhändler für Zeitschriften mit kleineren Auflagen einen höheren Anteil am Endverkaufspreis erhalten.
- Dispositions- und Remissionsrecht: Die Verlage und der Pressegrossist, nicht der Einzelhändler, entscheiden – unter Einhaltung eines Neutralitätsgebots – über die an einer Verkaufsstelle angebotenen Titel. Im Gegenzug tragen diese das Absatzrisiko; der Einzelhändler kann unverkaufte Exemplare unter Anrechnung wieder zurückgeben.

698. Das auf dieser Grundlage funktionierende Presse-grosso hat in jüngster Zeit durch zwei Urteile erhebliche Unsicherheit erfahren. Nach einem Urteil des Bundesgerichtshofs ergibt sich weder aus der „Gemeinsamen Erklärung“ und der jahrelangen Übung in deren Rahmen noch aus dem Diskriminierungsverbot des § 20 Absatz 1 GWB ein Anspruch eines Pressegrossisten auf Belieferung durch einen Verlag, der insoweit nicht gehindert ist, dritte Unternehmen mit dem Presse-grosso für seine Titel zu beauftragen.⁴⁶⁴ Dieses Urteil stellt bereits den bislang geltenden Konsens aller Teilnehmer des Systems infrage, da die Gebietsmonopole keinen Schutz mehr genießen. Weitergehend untersagt ein Urteil des Landgerichts Köln dem GROSSverband auf Grundlage des Kartellverbots, weiterhin wie bisher zentral Handelsspannen mit den Verlagen zu verhandeln.⁴⁶⁵ In diesem System liege eine abgestimmte Verhaltensweise, die jedenfalls den potenziellen Wettbewerb beschränke und nicht freistellungsfähig sei. Nach diesem nicht rechtskräftigen Urteil⁴⁶⁶ sind die Presse-grossisten auf individuelle Verhandlungen mit den einzelnen Verlagen bzw. Vertriebsgesellschaften und Nationalvertrieben angewiesen; die zentralistische Natur des Presse-grosso-Kartells erlitt so weitere Einbußen, ohne jedoch in ihren oben aufgeführten Grundprinzipien berührt zu sein.

699. Vor dem Hintergrund der referierten Gerichtsentscheidungen erscheint die Abgrenzung räumlicher Märkte unter Berücksichtigung betriebswirtschaftlicher Kriterien der optimalen Betriebsgröße notwendig, um den über die einzelnen Gebietsmonopole hinaus wirkenden (noch weitgehend potenziellen) Wettbewerbsdruck richtig abbilden zu können. Die Monopolkommission begrüßt daher diese Anpassung der Entscheidungspraxis.

⁴⁶³ Nationalvertriebe bündeln die Interessen insbesondere kleiner Verlage und verhandeln unter anderem in deren Namen über ihre Vertriebskonditionen.

⁴⁶⁴ BGH, Urteil vom 24. Oktober 2011, KZR 7/10 „Grossistenkündigung“.

⁴⁶⁵ LG Köln, Urteil vom 14. Februar 2012, 88 O (Kart) 17/11 „Presse-grosso“.

⁴⁶⁶ Gegen das Urteil des Landgerichts wurde Berufung vor dem Oberlandesgericht Köln eingelegt.

700. Ausgehend von den referierten Urteilen, vor allem aber von der wettbewerbsausschließenden Ausgestaltung des – bislang vom Bundeskartellamt geduldeten – Presse-grosso bietet sich eine wettbewerbskonformere Ausgestaltung des Systems an, nach der etwa Ausschreibungen für einzelne Gebiete stattfinden könnten. Weitergehend ist nicht erkennbar, dass der absolute Gebietschutz die Neutralität und Effizienz des Pressevertriebs tatsächlich fördern würde; jedenfalls stellt er keinen unverzichtbaren Bestandteil des Presse-grosso mit den o. a. Grundprinzipien dar. Die Monopolkommission rät dringend davon ab, die infrage stehenden Bestandteile des bisherigen Systems gesetzlich fortzuschreiben. Derartige Regelungen würden nur die Reformfähigkeit dieses Branchenkartells gefährden, ohne die den dort zutage getretenen Konflikten zugrunde liegenden Spannungen auflösen zu können.

4.4 Marktbeherrschung

4.4.1 Leitfaden des Bundeskartellamtes zur Marktbeherrschung

701. Im März 2012 hat das Bundeskartellamt einen Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle veröffentlicht. Das Dokument ersetzt die seit geraumer Zeit nur von dritter Seite verfügbaren „Auslegungsgrundsätze zur Prüfung von Marktbeherrschung“ von 2000 (2005 aktualisiert). Der Veröffentlichung vorausgegangen war eine Entwurfsfassung und eine öffentliche Konsultation, die eine Anzahl von Stellungnahmen Interessierter veranlasst hatte.⁴⁶⁷ Das Dokument stellt die Entscheidungspraxis und die Beurteilungskriterien des Bundeskartellamtes bei der Ermittlung von Marktmacht im Rahmen der Fusionskontrolle dar, integriert ökonomische Erkenntnisse und bindet die Rechtsprechung ein. Es liefert keine abgeschlossene Liste von Kriterien, sondern stellt die einzelnen Prüfungspunkte im Kontext dar. Dabei wird betont, dass eine Weiterentwicklung der dargestellten Konzepte im Einzelfall angezeigt sein kann.

702. Im Vergleich zu den ersetzten Auslegungsgrundsätzen rückt der neue Leitfaden die notwendige Gesamtbetrachtung der Marktverhältnisse stärker in den Mittelpunkt. Im Zentrum der Prüfung steht die Frage, was sich durch den Zusammenschluss an den Marktverhältnissen ändert und ob dies wettbewerbs-schädlich ist. Ausführlicher eingegangen wird dabei auch auf die ökonomischen Konzepte, die hinter einer solchen wettbewerblichen Schadenstheorie stehen. Aufgegliedert nach horizontalen, vertikalen und konglomeraten Fusionstypen werden die Kriterien alleiniger und gemeinsamer Marktbeherrschung behandelt; der Kausalitätsbetrachtung und der Abwägungsklausel wurden eigene Abschnitte gewidmet.

⁴⁶⁷ Im Einzelnen weiterhin verfügbar unter http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/merkblaetter/Fusionkontrolle/Leitfaden_zur_Marktbeherrschung_in_der_Fusionskontrolle.php. Vgl. hierzu auch Bardong, A., Der neue Leitfaden Marktbeherrschung des Bundeskartellamtes, in: Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e. V. (Hrsg.), Schwerpunkte des Kartellrechts 2011, Referate des 39. FIW-Seminars, Köln 2012, S. 69–112.

703. Die Monopolkommission begrüßt die Veröffentlichung des Leitfadens. Die Hervorhebung der Bedeutung einer Gesamtbetrachtung aller Umstände und die stärkere Fokussierung auf ökonomische Instrumente und Methoden entsprechen den Fortschritten der Kartellrechtsanwendung. Die zweiphasige Erstellung mit zwischengeschalteter Konsultation ermöglicht einerseits, Wissen und Erfahrungen Dritter nutzbar zu machen und erhöht andererseits sowohl die Legitimität als auch die Überzeugungskraft des Dokuments. Die Transparenz und Vorhersehbarkeit des Verwaltungshandelns wird weiter erhöht. Das Dokument führt teilweise vorher verstreute Erfahrungen in kohärenter Form zusammen und erleichtert deren Weiterentwicklung. Die Monopolkommission begrüßt auch, dass der Leitfaden an einigen Stellen eine von der des Oberlandesgerichts Düsseldorf abweichende Auffassung deutlich macht und so transparent Raum für deren Weiterentwicklung lässt.⁴⁶⁸ Auch nach dem mit der 8. GWB-Novelle intendierten Übergang zum SIEC-Test für die Fusionskontrolle wird der Leitfaden eine wertvolle Zusammenfassung der unter dem Marktbeherrschungstest entwickelten Kriterien darstellen, da weiterhin die Marktbeherrschung maßgebliches Regelbeispiel für die Untersagungsschwelle sein soll und der Leitfaden robuster Ausgangspunkt für eine Weiterentwicklung werden dürfte. Ausdrücklich begrüßt die Monopolkommission die Veröffentlichung auch einer englischen Fassung des Leitfadens. Der nicht unerhebliche Mehraufwand bei der Erstellung rechtfertigt sich zum einen durch die Förderung der Ausstrahlungswirkung der Argumente und Regelungsstrukturen über den deutschen Sprachraum hinaus; so waren bereits in der Konsultationsphase mehrere englische Stellungnahmen eingegangen. Zum anderen wird das Verständnis deutschen Kartellrechts für Unternehmen und Berater aus dem Ausland erleichtert.

4.4.2 Marktbeherrschung in Oligopolmärkten

704. Die Monopolkommission hat in ihrem letzten Hauptgutachten die Kriterien gemeinsamer Marktbeherrschung eingehender analysiert.⁴⁶⁹ Die Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes bietet im Berichtszeitraum insoweit wenig grundlegend Neues; allerdings sind einige Gerichtsentscheidungen ergangen, die die nach den Grundsatzurteilen der europäischen Gerichte⁴⁷⁰ und des Bundesgerichtshofs⁴⁷¹ erforderliche Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände im Einzelnen weiter verfeinern.

Dabei kommt – im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle – den die Marktstruktur bestimmenden Merkmalen eine besondere Bedeutung zu. Es ist zu untersuchen, ob aufgrund der Marktstruktur mit einem dauerhaft einheitlichen Verhalten der Mitglieder des möglichen Oligopols zu rechnen ist. Das ist anzunehmen, wenn zwischen den beteiligten Unternehmen eine enge Reaktionsverbundenheit erwartet werden muss.

705. Die Darlegungsanforderungen für die Beurteilung derartiger enger Reaktionsverbundenheit hat der Bundesgerichtshof im Verfahren Phonak/GN Resound unter Aufhebung des bestätigenden Beschlusses des Oberlandesgerichts Düsseldorf⁴⁷² und unter Feststellung der Rechtswidrigkeit der Untersagung des Bundeskartellamtes⁴⁷³ behandelt.⁴⁷⁴ Der Bundesgerichtshof stellt zum einen auf die nicht unerhebliche Veränderung der Marktanteile zwischen den mutmaßlichen Oligopolisten in dem beobachteten Zeitraum ab. Er geht dabei von einem Erfahrungssatz aus, nach dem die Angleichung von Marktanteilen zunächst regelmäßig das Ergebnis eines Wettbewerbsprozesses sei, bei dem nachfolgende Wettbewerber zu nach Marktanteilen führenden Unternehmen aufschließen. Dazu lässt der Bundesgerichtshof die (vom Oberlandesgericht nicht aufgenommenen) Erörterungen des Bundeskartellamtes unberücksichtigt, nach denen infolge der Digitalisierung der betroffenen Produkte (Hörgeräte) bei wesentlichem Wettbewerb weit deutlichere Verschiebungen zwischen den Oligopolmitgliedern zu erwarten gewesen wären.⁴⁷⁵ Zum Zweiten beruht das Urteil des Bundesgerichtshofs auf der Annahme, der von Bundeskartellamt und Oberlandesgericht festgestellte, doch als nicht wesentlich beurteilte Innovations- und Rabattwettbewerb sei tatsächlich wesentlich.

706. Die Monopolkommission mahnt angesichts dieser Entscheidung an, die Nachweisanforderungen für oligopolistische Marktbeherrschung nicht zu hoch anzusetzen. Auch Marktanteilsverschiebungen und bestehender Restwettbewerb innerhalb des Oligopols und vonseiten Dritter heben nicht zwangsläufig eine auf der Marktstruktur beruhende enge Reaktionsverbundenheit zwischen den Akteuren auf. Insbesondere wenn – wie in diesem Markt durch die Digitalisierung der Hörgeräte – erhebliche Veränderungen eingetreten sind, können nicht allein tatsächliche Marktanteilsveränderungen zugrunde gelegt werden. Vielmehr kann die Reaktionsverbundenheit der Oligopolisten die aus deren unterschiedlicher Anpassung an diese Marktveränderungen folgenden Marktanteilsverschiebungen gedämpft haben. Dabei dürfte die Grenze zwischen „wesentlichem“ Restwettbewerb einerseits, der

⁴⁶⁸ Vgl. BKartA, Leitfaden zur Marktbeherrschung, 29. März 2012, Fn. 86 und 123, zu einem noch nicht rechtskräftigen Urteil, das im Rechtsbeschwerdeverfahren vor dem Bundesgerichtshof behandelt wird.

⁴⁶⁹ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 597 ff.

⁴⁷⁰ EuG, Urteil vom 6. Juni 2002, Rs. T-342/99, WuW/E EU-R 559 „Airtours/Kommission“, vgl. dazu bereits ausführlich Monopolkommission, Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, Hauptgutachten 2002/2003, Baden-Baden 2005, Tz. 855 ff.; EuGH, Urteil vom 10. Juli 2008, Rs. C-413/06 P, WuW/E EU-R 1498 „Impala/Kommission“, dazu eingehender Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 739 ff., 821 ff.

⁴⁷¹ BGH, Beschluss vom 11. November 2008, KVR 60/07, WuW/E DE-R 2451 „E.ON/Stadtwerke Eschwege“.

⁴⁷² OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. November 2008, VI-Kart 8/07 (V), WuW/E DE-R 2477.

⁴⁷³ BKartA, Beschluss vom 13. Dezember 2006, B3-578/06, Rn. 126 ff., 254 ff., WuW/E DE-V 1365; vgl. dazu bereits eingehend Monopolkommission, Weniger Staat, mehr Wettbewerb, Hauptgutachten 2006/2007, Baden-Baden 2008, Tz. 573 ff.

⁴⁷⁴ BGH, Beschluss vom 20. April 2010, KVR 1/09, WuW/E DE-R 2905; vgl. hierzu bereits Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 604.

⁴⁷⁵ Vgl. BKartA, Beschluss vom 13. Dezember 2006, B3-578/06, Rn. 142.

oligopolistische Marktbeherrschung ausschließt, und unwesentlichem Wettbewerb andererseits nicht immer völlig trennscharf zu bestimmen sein. Entscheidend ist vielmehr, wie weit schon verminderter Wettbewerb durch die Fusion weiter eingeschränkt wird. Nicht zuletzt die Anreize für die Unternehmen müssen an dieser Stelle gewürdigt werden, insbesondere wenn wie hier ein Unternehmen, das in der Vergangenheit als besonders wettbewerbsstark aufgefallen ist („maverick“), von einem Oligopolisten übernommen wird. Hervorzuheben sind insoweit vor allem der begrenzte Zeitrahmen und die unvermeidlich unvollkommene Information im Fusionskontrollverfahren. Letztlich ist hier immer auch die Prognose der Fusionskontrolle von Bedeutung.

707. Die Bedeutung des Schutzes der Außenseiter in Oligopolmärkten hat der Bundesgerichtshof in der Entscheidung Springer/Pro Sieben II⁴⁷⁶ betont. Danach genügt es für die Verstärkungswirkung bei bestehender oligopolistischer Marktbeherrschung, wenn die vom Wettbewerb nur unzureichend kontrollierten Spielräume auch nur eines Oligopolmitglieds erweitert werden. Das gilt nur dann nicht, wenn dadurch gleichzeitig mit einer deutlichen Wiederbelebung des Binnenwettbewerbs zwischen den Oligopolisten zu rechnen ist. Die Monopolkommission begrüßt diese Entscheidung auch als Ausdruck des Rechtssatzes, dass bei bereits eingeschränktem Wettbewerb keine Spürbarkeitsschwelle zu erwartender Wettbewerbsverschlechterungen erreicht werden muss.⁴⁷⁷ Je geringer der verbleibende Restwettbewerb, desto schutzwürdiger ist er auch. Dabei kommt insbesondere den Wettbewerbsmöglichkeiten, aber auch den Wettbewerbsanreizen der Oligopol-Außenseiter eine entscheidende Bedeutung zu.

708. Unter Aufhebung eines die Entscheidung des Bundeskartellamtes aufhebenden Urteils des Oberlandesgerichts Düsseldorf⁴⁷⁸ hat der Bundesgerichtshof klargestellt, dass die im Tankstellenmarkt zu beobachtenden starken Preisbewegungen kein zwingendes Indiz für zwischen den Oligopolisten bestehenden wesentlichen Binnenwettbewerb sein müssen, sondern vielmehr vor dem Hintergrund der Marktstrukturkriterien gewürdigt werden müssen.⁴⁷⁹ Diese Klarstellung deckt sich mit der in der ökonomischen Theorie unter dem Namen „Edgeworth-Zyklen“ bekannten Preisbewegung im Oligopol.⁴⁸⁰ Insoweit ist die Feststellung des Bundesgerichtshofs zu begrüßen, wonach ökonomisch mehrdeutige Verhaltensweisen jedenfalls im Anwendungsbereich der Oligopolvermutung des § 19 Absatz 3 Satz 2 GWB die aufgrund der Strukturanalyse begründete Annahme eines einheitlichen

Verhaltens unter Ausschluss wesentlichen Wettbewerbs nicht infrage zu stellen vermögen.⁴⁸¹ Die Preisentwicklungen in diesem Bereich und die Diagnose eines Oligopols ohne wesentlichen Wettbewerb im Innenverhältnis bedarf auch nach Auffassung der Monopolkommission weiterer Aufklärung. In jedem Fall sollten die Anforderungen an den Nachweis kollektiver Marktbeherrschung nicht überzogen werden. Entscheidend ist immer die Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände, nicht zuletzt der Marktstrukturen und der daraus für die Unternehmen folgenden Anreize. Aus einzelnen Preis- oder Marktanteilsbewegungen lassen sich nur in wenigen Fällen klare Rückschlüsse für oder gegen wirksamen Wettbewerb ziehen.

4.4.3 Einbeziehung künftiger Marktveränderungen

709. Die Bewertung der Auswirkungen eines Zusammenschlusses im Rahmen der Fusionskontrolle setzt denknötwendig eine Prognose voraus. Dabei sind grundsätzlich auch zukünftige Entwicklungen zu berücksichtigen, die ihre Ursache außerhalb der Zusammenschlussbeteiligten haben. So hat das Bundeskartellamt einen Zusammenschluss zwischen Buchgroßhändlern freigegeben, obwohl der eine Fusionsbeteiligte in dem hauptsächlich betroffenen Buchgroßhandelsmarkt über das Barsortiment gemeinsam mit einem weiteren Duopolisten bereits marktbeherrschend war und Marktanteilszuwächse für beide Duopolisten zu erwarten waren.⁴⁸² Nach den Prognosen des Bundeskartellamtes waren die Verstärkungswirkungen durch die Fusion jedoch einerseits gering. Andererseits sei durch eine in Zukunft veränderte Aufstellung des zweiten Duopolisten – im Gegensatz zur aktuellen Situation – Binnenwettbewerb zwischen den Duopolisten zu erwarten. Denn durch dessen geplante Zusammenlegung von Barsortiments- und Verlagsauslieferungslager destabilisiere sich mittelfristig das Duopol. Die Symmetrie zwischen den Duopolisten werde reduziert und es entstünden Anreize für Wettbewerbsvorstöße.

710. Die freigegebene Transaktion führt dazu, dass einer von nur zwei größeren Außenseitern auf einem duopolistisch strukturierten Markt mit einem der Duopolisten fusioniert, sodass die beiden Duopolisten – neben einigen kleineren Marktteilnehmern mit Marktanteilen deutlich unter 1 Prozent – nunmehr einem Wettbewerber gegenüberstehen. Die Marktanteile des übernommenen dürften zwar dem fusionierten Unternehmen – wie das Bundeskartellamt nicht zuletzt aufgrund der Transaktionsstruktur⁴⁸³ überzeugend dargelegt hat – nur zum Teil zuwachsen. Dennoch erscheint ein nicht unerheblicher Marktanteilszuwachs für das fusionierte Unternehmen – und für den anderen Duopolisten – als eine deutlich

⁴⁷⁶ BGH, Beschluss vom 8. Juni 2010, KVR 4/09.

⁴⁷⁷ Vgl. BGH, Beschluss vom 21. Februar 1978, KVR 4/77, BGHZ 71, 102, 125 „Kfz-Kupplungen“; zuletzt Beschluss vom 11. November 2008, KVR 60/07, BGHZ 178, 285 Rn. 61 „E.ON/Stadtwerke Eschwege“; st. Rspr.; vgl. dazu eingehender Tz. 718.

⁴⁷⁸ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 4. August 2010, 2 Kart 6/09 (V) „Total/OMV“.

⁴⁷⁹ BGH, Beschluss vom 6. Dezember 2011, KVR 95/10 „Total/OMV“, Rückverweisung zur weiteren Sachverhaltsaufklärung und neuen Verhandlung.

⁴⁸⁰ Vgl. eingehender Tz. 565 ff.

⁴⁸¹ BGH, Beschluss vom 6. Dezember 2011, KVR 95/10 „Total/OMV“, Rn. 58.

⁴⁸² BKartA, Entscheidung vom 29. März 2012, B6-84/11 „Libri/Barsortiment Könemann“.

⁴⁸³ So sollte etwa den Kunden des übernommenen Unternehmens ausdrücklich eine Neubegründung des früheren Vertragsverhältnisses mit dem fusionierten Unternehmen freigestellt werden.

spürbare Verstärkung deren gemeinsamer marktbeherrschender Stellung, auch wenn der dritte im Markt verbleibende Anbieter einen Teil dieser Marktanteile für sich gewinnen kann.

711. Dass sich mittelfristig die internen Strukturen des anderen Duopolisten ändern und dadurch möglicherweise Wettbewerbsimpulse entstehen, kann diese Wettbewerbsverschlechterung nach Auffassung der Monopolkommission in diesem Fall nicht kompensieren. Zwar sind einerseits zum Entscheidungszeitpunkt die entscheidenden Strukturveränderungen bereits weitgehend konkretisiert und damit grundsätzlich berücksichtigungsfähig.⁴⁸⁴ Andererseits ergibt sich jedenfalls eine Periode, in der diese Veränderungen noch keine Auswirkungen zeigen, da der Baubeginn für das entscheidende Logistikzentrum etwa drei Monate nach dem Entscheidungszeitpunkt geplant ist, was sich jedenfalls um Bau- und Anlaufdauer erhöht.

712. Insoweit hat die Fusion zumindest in diesem Zeitraum eine deutlich verstärkende Wirkung auf die duopolistische Marktbeherrschung. Mitentscheidend sind nach Auffassung der Monopolkommission auch die Schwierigkeit und die unvermeidlichen Unsicherheiten der Prognose in diesem Fall. Wie weit eine tatsächliche Destabilisierung des zum Entscheidungszeitpunkt wettbewerbslosen Duopols eintreten wird und ob dadurch die Bedingungen der gemeinsamen Marktbeherrschung entfallen, kann nur abgewartet werden, zumal mögliche Gegenreaktionen der Fusionsbeteiligten in der Entscheidung nicht erwogen werden. Insbesondere in Märkten mit bereits stark reduziertem Restwettbewerb wie dem hier betroffenen sollte eine Freigabe nicht auf derart komplexe Prognosen gestützt werden. In diesem Zusammenhang weist die Monopolkommission auch erneut auf die Gefahren einer Reduktion von vier auf drei Anbieter in einem Markt hin.⁴⁸⁵ Zusätzlich hätte möglicherweise eine genauere Analyse der Auswirkungen der Fusion auf den letzten verbleibenden wesentlichen Außenseiter-Anbieter zu einer zurückhaltenderen Bewertung geführt.⁴⁸⁶

4.4.4 Bewertung potenziellen Wettbewerbs

713. Potenzielle Wettbewerber sind außerhalb des kartellrechtlich relevanten Marktes aktiv, üben aber über die Möglichkeit ihres Markteintritts aktuellen Wettbewerbsdruck auf die Marktteilnehmer aus. Die Ausübung von Marktmacht wird so auch ohne aktuelle Ausweichmöglichkeit der Nachfrager durch die implizite Drohung zukünftigen Wettbewerbs eingeschränkt. Im Rahmen der Fusionskontrolle kann bestehender potenzieller Wettbewerb die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung verhindern.⁴⁸⁷ Dessen Wegfall hinge-

gen lässt auch seine disziplinierende Wirkung entfallen und kann eine Untersagung begründen.⁴⁸⁸

714. Für die Bewertung potenziellen Wettbewerbs kommt es entscheidend auf die Markteintrittsbarrieren und auf die Anreize zu derartigen Produktions- bzw. Angebotsausweitungen an. Während das Konzept als solches allgemein anerkannt ist, bestehen doch Unschärfen über das Maß der Wahrscheinlichkeit eines Markteintritts, das für dessen Berücksichtigung als potenzieller Wettbewerb erforderlich sein soll. Insbesondere der zeitliche Rahmen, innerhalb dessen mit dem Marktzutritt gerechnet werden kann, und – damit verbunden – die Berücksichtigung von behebbaren Hindernissen, die einem solchen entgegenstehen, erweist sich als problematisch.

715. Der relativierende Effekt potenziellen Wettbewerbs auf Unternehmen mit hohen Marktanteilen zeigte sich beispielsweise deutlich in einem Pressefusionsfall, der einen bundesweiten Markt betraf. Neben Randsubstitution durch verwandte Produkte sind etwa im Lesermarkt für Handarbeitszeitschriften vor allem niedrige Markteintrittsbarrieren zu beobachten. Trotz erheblicher kombinierter Marktanteile wurde vor diesem Hintergrund eine Fusion in diesem Markt freigegeben, da der potenzielle Wettbewerb den Verhaltensspielraum der Beteiligten deutlich einschränkt.⁴⁸⁹

716. Grundsätzlich sind die Anreize für mögliche Marktzutritte mitentscheidend für die Bewertung potenziellen Wettbewerbs. In der bereits oben diskutierten Untersagung im Fall Tönnies/Tummel⁴⁹⁰ reichte beispielsweise der potenzielle Wettbewerb vor allem im wettbewerblich problematischen Markt für Sauenschlachtung nicht aus, den nach der Fusion zu erwartenden erweiterten Verhaltensspielraum der Beteiligten einzuschränken. Denn neben rechtlichen, strukturellen und finanziellen Hindernissen für einen Markteintritt waren vor allem die negativen Anreizwirkungen bedeutsam, die von der Marktmacht der Beteiligten auf verbundenen Märkten, aber auch von deren vorhergehenden Machtdemonstrationen ausgingen.

4.4.4.1 Besondere Bedeutung potenziellen Wettbewerbs auf Pressemärkten

717. Auf den Anzeigen- und vor allem Lesermärkten für Tageszeitungen mit lokaler Berichterstattung ist angesichts vor allem in weniger dicht besiedelten Räumen vorherrschender lokaler Monopole⁴⁹¹ oftmals nur mehr potenzieller Wettbewerb von in benachbarten Lokalmärkten herausgegebenen Tageszeitungen zu beobachten. Ent-

⁴⁸⁴ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 631 ff.

⁴⁸⁵ Vgl. ebenda, Tz. 617.

⁴⁸⁶ Vgl. zum Schutz der Oligopol-Außenseiter Tz. 707.

⁴⁸⁷ Vgl. hierzu etwa Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 631 ff.

⁴⁸⁸ Vgl. BGH, Beschluss vom 29. September 1981, KVR 2/80, WuW/E BGH 1854, 1860 f., „Straßenverkaufszeitungen München“; Beschluss vom 6. März 2001, KVR 18/99, WuW/E DE-R 668, 673 „Werra Rundschau“; Beschluss vom 21. Dezember 2004, KVR 26/03, WuW/E DE-R 1419, 1424 „Deutsche Post/trans-o-flex“.

⁴⁸⁹ BKartA, Beschluss vom 29. April 2011, B6-29/11.

⁴⁹⁰ Vgl. dazu Tz. 682 ff.

⁴⁹¹ Vgl. für die Anzahl konkurrierender Tageszeitungen mit lokaler und regionaler Berichterstattung in größeren Städten etwa die Grafik bei Stolz, M., Regionalzeitungen pro Stadt, ZEIT Magazin Nr. 10 vom 4. März 2010, <http://www.zeit.de/2010/10/Deutschlandkarte-10>

sprechend kommt es bei Fusionsvorhaben zwischen Tageszeitungen mit aneinandergrenzendem Verbreitungsgebiet oft auf die Bewertung des Fortfalls potenziellen Wettbewerbs an.⁴⁹² Mitentscheidend für die Wahrscheinlichkeit von Markteintritten sind die Verflechtungen zwischen den Verbreitungsgebieten der betroffenen Zeitungen. Dabei werden regelmäßig die Verkehrsinfrastruktur, Pendlerströme, die jeweilige Attraktivität des Wirtschaftsraums, das Bestehen oder Fehlen politischer und natürlicher Grenzen sowie landsmannschaftliche und kulturhistorische Verbindungen bzw. Trennlinien untersucht. Insbesondere soweit bereits Überlappungen der Verbreitungsgebiete (lokaler aktueller Wettbewerb) bestehen oder diese aneinandergrenzen, können die Möglichkeiten und Anreize zu Wettbewerbseintritten wesentlichen potenziellen Wettbewerb bedeuten.⁴⁹³ Demgegenüber ist bei klarer räumlicher Trennung der Verbreitungsgebiete potenzieller Wettbewerb unwahrscheinlicher.⁴⁹⁴

718. Dabei kommt es zwar immer auf eine umfassende Analyse der Gesamtsituation an. Allerdings ist bei geringem (potenziellem) Restwettbewerb dieser besonders schützenswert, sodass es nicht auf eine besondere Spürbarkeit einer Wettbewerbsverschlechterung ankommt.⁴⁹⁵ Insbesondere kann es für eine entscheidungserhebliche Verschlechterung der Wettbewerbssituation schon genügen, dass potenzielle Wettbewerber entmutigt und so von einem nachstoßenden Wettbewerb abgehalten werden.⁴⁹⁶ Maßstab ist dabei, ob ein Markteintritt durch die Veränderung der Marktstruktur erschwert wird und aus Sicht der aktuellen und potenziellen Wettbewerber vernünftigerweise dann (noch) zu erwarten ist. Entscheidend ist hier kein bloßer Vergleich der Situation vor und nach dem geplanten Zusammenschluss; zu berücksichtigen sind vielmehr neben den voraussichtlichen Folgen der Fusion auch die ohne diese zu erwartenden Entwicklungen („counterfactual“). Maßgeblich ist also der Vergleich zweier Prognosen.⁴⁹⁷

4.4.4.2 Prognosemaßstab potenziellen Wettbewerbs

719. Der potenzielle Wettbewerbsdruck zwischen Unternehmen ist mitunter durch bestehende Kooperations-

verträge eingeschränkt. So waren etwa zwei in ihren räumlich unmittelbar benachbarten Verbreitungsgebieten jeweils marktbeherrschende Zeitungsverlage vertraglich mehrfach miteinander verbunden. Eine Fusion zwischen diesen Zeitungsverlagen hätte jegliche Wahrscheinlichkeit eines zukünftigen Wettbewerbs zwischen diesen völlig aufgehoben. Entsprechend hatte das Bundeskartellamt die geplante Fusion untersagt, da der Wegfall potenziellen Wettbewerbs die bereits bestehenden marktbeherrschenden Stellungen verstärkt hätte.⁴⁹⁸

Entscheidend kam es auf die Bewertung der zwischen den Zusammenschlussparteien unter anderem bestehenden langjährigen unbefristeten Anzeigenkooperations- und Mantellieferungsverträgen an. Diese wirkten bereits vor dem geplanten Zusammenschluss auf Anreize und Möglichkeiten zu einem Markteintritt in dem jeweils anderen Verbreitungsgebiet ein. Das Bundeskartellamt war insoweit davon ausgegangen, dass unter Fortbestehen dieser Kooperationen ein Markteintritt zum Entscheidungszeitpunkt zwar nicht mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten sei. Das Amt prüfte jedoch die Möglichkeiten und Anreize zu einer Auflösung der bestehenden Kooperationsverträge und schloss, dass bei Übertragung des Unternehmens an einen Dritten durchaus die Möglichkeit und Anreize für einen Markteintritt auf dem Verbreitungsgebiet des anderen Fusionsbeteiligten bestünden. Angesichts der seitens eines Unternehmenseigners geäußerten deutlichen Veräußerungsabsicht sei eine derartige alternative Veräußerung auch im Rahmen der Bewertung potenziellen Wettbewerbs berücksichtigungsfähig. Der so vermittelte, jetzt latente Wettbewerbsdruck entfalle durch eine Fusion mit der Kooperationspartnerin, sodass deren marktbeherrschende Stellung verstärkt würde.

720. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat die Untersagung des Bundeskartellamtes aufgehoben, die Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof jedoch im Interesse einer höchstgerichtlichen Klärung des Prognosemaßstabs zugelassen.⁴⁹⁹ Es stellte auf die derzeitigen Marktstrukturen und Wettbewerbsbedingungen ab und verneinte, dass insoweit ein Eindringen in die Verbreitungsgebiete des Zusammenschlusspartners zu erwarten sei. Berücksichtigungsfähig seien nur solche Marktveränderungen, die in einem Prognosezeitraum von drei bis fünf Jahren aufgrund konkreter Umstände mit hoher Wahrscheinlichkeit erwarten ließen, dass die mit dem Zusammenschluss geschaffenen Wettbewerbsvoraussetzungen sich alsbald veränderten.⁵⁰⁰ Solche konkreten Umstände für eine Drittveräußerung bzw. eine Kündigung der Kooperations-

⁴⁹² Vgl. dazu Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 625 ff.

⁴⁹³ Vgl. etwa die Aufgabe des Zusammenschlussvorhabens im Verfahren B6-79/09 „Rheinische Post/Aachener Verlagsgesellschaft“.

⁴⁹⁴ BKartA, Beschluss vom 30. September 2011, B6-57/11 „Aschendorff Medien/Busse Holding“; vgl. insoweit bereits BKartA, Beschluss vom 13. Januar 2009, B6-10/09 „Zeitungsverlag Schwerin/Kurierverlag Neubrandenburg“, sowie Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 629 ff.

⁴⁹⁵ Vgl. BGH, Beschluss vom 21. Februar 1978, KVR 4/77, BGHZ 71, 102, 125 „Kfz-Kupplungen“; zuletzt Beschluss vom 11. November 2008, KVR 60/07, Rn. 61, BGHZ 178, 285 „E.ON/Stadtwerke Eschwege“; Beschluss vom 8. Juni 2010, KVR 4/09 „Springer/Pro Sieben II“, Rn. 44; st. Rspr.; eingehender Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 635 ff.

⁴⁹⁶ Vgl. BGH, Beschluss vom 8. Juni 2010, KVR 4/09 „Springer/Pro Sieben II“, Rn. 47, mit Hinweis auf Beschluss vom 21. Februar 1978, KVR 4/77, BGHZ 71, 102 ff. „Kfz-Kupplungen“.

⁴⁹⁷ Vgl. BGH, Beschluss vom 21. Februar 1978, KVR 4/77, Rn. 58, BGHZ 71, 102 ff. „Kfz-Kupplungen“.

⁴⁹⁸ BKartA, Beschluss vom 21. April 2009, B6-150/08, WuW/E DE-V 1745 „NPG/Dejten“; dazu bereits eingehender Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 626 ff. Entscheidend abgestellt wurde auf den Lesermarkt für Abonnement-Tageszeitungen mit lokaler bzw. regionaler Berichterstattung; die Auswirkungen auf Anzeigenmärkte wurden geprüft, im Ergebnis jedoch offengelassen.

⁴⁹⁹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. Dezember 2010, VI-Kart 4/09 (V) „Anzeigengemeinschaft“. Die Rechtsbeschwerde ist anhängig beim Bundesgerichtshof.

⁵⁰⁰ Vgl. ebenda, Rn. 131, mit Hinweis auf BGH, Beschluss vom 21. Februar 1978, KVR 4/77, Rn. 58, BGHZ 71, 102 ff. „Kfz-Kupplungen“.

verträge jedoch lägen hier nicht vor; vielmehr seien vor einem Markteintritt weitere Struktur- und Marktveränderungen notwendig. Die Prognose des Bundeskartellamtes setze verschiedene ineinandergreifende Bedingungen einer Wettbewerbsentwicklung voraus, die lediglich denkbar, nicht jedoch konkret wahrscheinlich seien.

721. Die Monopolkommission mahnt angesichts dieser Entscheidung an, die Anforderungen an potenziellen Wettbewerb nicht zu hoch anzusetzen. Die Wahrscheinlichkeit des Eintritts von konkret möglichen Marktveränderungen ist angesichts des Prognosezeitraums – der insbesondere bei derart weitreichenden strukturellen Verfestigungen durchaus fünf Jahre überschreiten kann – nicht genau festzustellen. Entsprechend hat das Kammergericht in einer vergleichbaren Konstellation darauf abgestellt, dass ein Markteintritt von der Produktionsstruktur des fraglichen Unternehmens her „nahezu ausgeschlossen“ bzw. „völlig ausgeschlossen“ sei.⁵⁰¹ Vorliegend jedoch war nach den Feststellungen des Bundeskartellamtes das Marktumfeld nach den allgemeinen Kriterien für Markteintritte gut geeignet; die Möglichkeiten und Anreize zur Auflösung der Verflechtungen wurden ebenfalls eingehender geprüft und konkret dargelegt. Deren genaues Maß anhand eines – (noch) nicht bekannten – „ernsthaft in Betracht kommenden Dritterwerbers“ zu ermitteln, wie vom Oberlandesgericht gefordert, überstiege die Reichweite des Fusionskontrollverfahrens, in dem grundsätzlich nur die angemeldete Transaktion geprüft wird.⁵⁰² Entscheidend sollte allein sein, ob sich durch die Fusion die Wahrscheinlichkeit eines vorher möglichen Markteintritts signifikant verringert.

722. Letztlich maßgeblich ist der Erhalt des durch potenzielle Wettbewerber ausgeübten Disziplinierungsdrucks. Nur soweit ein Markteintritt vor der Fusion ganz überwiegend unwahrscheinlich erscheint, kann potenzieller Wettbewerb verneint werden. Wenn hingegen wie hier konkrete Umstände einen solchen möglich erscheinen lassen und konkrete strukturelle Anreize dafür bestehen, kann es nicht auf eine klar überwiegende Wahrscheinlichkeit ankommen, zumal die Aktualisierung potenziellen Wettbewerbs definitionsgemäß den Eintritt zusätzlicher, unsicherer Ereignisse voraussetzt. Die Monopolkommission erinnert in diesem Zusammenhang an die Funktion der Fusionskontrolle als Strukturkontrolle und die Unsicherheiten jeglicher Prognose gegenüber der langfristigen Wirkung struktureller Vielfalt.

4.4.5 „Vorschädigung“ des Wettbewerbs durch bestehende Kooperationsvereinbarungen

723. Noch nicht vollständig geklärt ist die fusionskontrollrechtliche Bewertung von Beschränkungen des Wett-

bewerbs zwischen den Fusionsbeteiligten, die einer Fusion vorausgehen. Einerseits ließe sich vertreten, dass sich – soweit Wettbewerb zwischen den Fusionsbeteiligten schon bisher aufgrund schuldrechtlicher Verträge ausgeschlossen oder unattraktiv war – die Wettbewerbssituation nicht weiter verschlechtern würde. Andererseits verfestigt sich durch eine Fusion der bislang reversible Ausschluss von Wettbewerb zwischen den Parteien strukturell und kann sich intensivieren. Das wirkt sich insbesondere als weitergehende Gleichrichtung der Interessen der Beteiligten aus. Diese Konstellation liegt etwa dem vorstehend diskutierten Fall zugrunde, in dem das Bestehen schuldrechtlicher Verflechtungen potenziellen Wettbewerb nach Auffassung des Oberlandesgerichts ausschließen soll.

724. In jedem Fall sind insoweit nur solche Wettbewerbsbeschränkungen berücksichtigungsfähig, die nicht kartellrechtswidrig sind. Das Bundeskartellamt geht zwar wie die Europäische Kommission⁵⁰³ grundsätzlich davon aus, dass bestehende Verflechtungen die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb verringern.⁵⁰⁴ Allerdings sollte dies nicht dazu führen, dass Fusionen freigegeben werden, die ohne derartig verminderter Wettbewerb unzulässig wären. Insbesondere soweit der verbliebene Restwettbewerb gering ist, bedarf es nach Auffassung der Monopolkommission einer eingehenden Prüfung der Verstärkungswirkung im Einzelnen. Denn auch und gerade bei vertraglichen wie bei unerschwelligen gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen kann ein schützenswertes Maß an (potenziellem) Wettbewerb bestehen.

725. Soweit sich im Rahmen von Fusionskontrollverfahren zeigt, dass der betroffene Markt wettbewerbswidrige Strukturen und/oder Verflechtungen aufweist, kann dies nicht allein eine Untersagung des Vorhabens, sondern auch eine eingehendere Untersuchung des betroffenen Marktes zur Folge haben. So führten wettbewerbliche Bedenken des Bundeskartellamtes gegen die geplante Beteiligung mit jeweils 25 Prozent der Anteile durch die Firmen Dünkel und Röhm, zwei mittelständische Baustoffunternehmen, an den Transportbetonaktivitäten der Firma Schwenk zu einer Rücknahme der Anmeldung im Hauptprüfverfahren.⁵⁰⁵ Die Behörde war durch die Ermittlungen im Rahmen des Fusionsverfahrens auf die vielfältigen Verflechtungen zwischen verschiedenen Wettbewerbern im Marktraum Ulm und die dadurch mögliche Verhaltenskoordination aufmerksam geworden. In der Folge wurde eingehender geprüft, ob die über das aufgebene

⁵⁰¹ KG, Beschluss vom 26. Mai 1981, Kart 14/80, WuW/E OLG 2539, 2546 ff. „Braun/Almo“.

⁵⁰² Ausnahmen hiervon sind vor allem Sanierungsfusionen; vgl. dazu eingehender Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 329.

⁵⁰³ Vgl. für – auch gesellschaftsrechtliche Verflechtungen – etwa das Verfahren KLM/Martinair, COMP/ M.5141; dazu Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 708 ff., sowie allgemeiner unten Tz. 901 ff.

⁵⁰⁴ Vgl. etwa die Fusionsfreigabe im Sanitär Großhandel, BKartA, Beschluss vom 27. August 2009, B5-47/09 „Cordes & Graefe/AMG Haustechnik“, in der auch aufgrund einer bereits bestehenden Beteiligung von mehr als 40 Prozent und der gemeinsamen Zugehörigkeit der Beteiligten zu einem Einkaufsverband eine Verstärkungswirkung abgelehnt wurde.

⁵⁰⁵ Rücknahme vom 19. April 2010, B1-108/09 „Transportbeton“.

Zusammenschlussvorhaben hinaus bestehenden Verflechtungen zwischen verschiedenen Wettbewerbern im Marktraum Ulm gegen § 1 GWB verstoßen.⁵⁰⁶

4.5 Abhilfemaßnahmen

726. Wettbewerblichen Bedenken gegenüber angemeldeten Zusammenschlussvorhaben wird in der ganz überwiegenden Zahl der Fälle durch Nebenbestimmungen in der Freigabeentscheidung des Bundeskartellamtes Rechnung getragen, wenn nicht eine Untersagung notwendig ist oder die Parteien die Anmeldung zurückziehen und gegebenenfalls das Vorhaben entsprechend dieser Bedenken modifiziert neu anmelden. Dabei ist eine Freigabe mit Nebenbestimmungen nur dann zulässig, aber auf Grundlage des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auch geboten, wenn dadurch die nach § 36 Absatz 1 GWB kritische Verschlechterung der Marktstruktur wirksam verhindert werden kann.⁵⁰⁷ In der Praxis lässt sich klar feststellen, dass aufschiebende Bedingungen („up-front-remedies“) effektiver sind als auflösende, diese wiederum effektiver als schlichte Auflagen, was entscheidenden Einfluss auf deren Verhältnismäßigkeit haben kann.⁵⁰⁸

727. Das Bundeskartellamt ist insoweit nicht verpflichtet, den Parteien Vorschläge für entsprechende Zusageangebote zu machen. Soweit eine Untersagung beabsichtigt wird, werden die Parteien jedoch im Vorhinein stets detailliert über die wettbewerblichen Bedenken des Bundeskartellamtes informiert (§ 56 Absatz 1 GWB); in aller Regel ergeben sich bereits im Verlauf der Untersuchungen entsprechende Hinweise. Die Beschlussabteilungen des Bundeskartellamtes erscheinen in diesem Zusammenhang stets offen für Zusagevorschläge der Parteien. Zusammenschlussvorhaben werden also nur dann untersagt, wenn die wettbewerblichen Bedenken nicht durch Nebenbestimmungen auszuräumen sind oder keine (ausreichenden) Zusagen angeboten wurden.

728. Insbesondere in Oligopolmärkten kann durch Nebenbestimmungen auf Anreizstrukturen zurückgewirkt, die Reaktionsverbundenheit der Marktteilnehmer reduziert und so der Restwettbewerb belebt werden. Das kann etwa die Ausgestaltung von (fusionskontrollpflichtigen) Gemeinschaftsunternehmen oder die Öffnung von Vertragsnetzwerken für Wettbewerber betreffen. Insoweit ist das Ermessen des Bundeskartellamtes zur Entgegennahme von Zusageangeboten der Fusionsbeteiligten zwar vor allem durch den Normzweck der §§ 36, 40 GWB und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beschränkt; gerade in oligopolistisch strukturierten Märkten jedoch trägt eine Verminderung der Reaktionsverbundenheit in der Regel zu einem verstärkten Wettbewerb bei

und dürfte gegenüber jenen Restriktionen weniger Bedenken begegnen.

4.5.1 Verhaltenszusagen, insbesondere Plattformoffenheit als Auflage

729. Während strukturelle Zusagen unmittelbar auf die Marktstruktur wirken und dadurch direkt die Wettbewerbsfähigkeit des betroffenen Marktes stützen, setzen Verhaltenszusagen zusätzlich die Einhaltung dieser Zusagen durch die Unternehmen voraus. Da eine solche Zusagencompliance aufwendig und nur lückenhaft zu erfassen sein kann, verbietet § 40 Absatz 3 Satz 2 GWB Nebenbestimmungen, soweit sie eine laufende Verhaltenskontrolle erfordern. Wenn dazu spezifische komplexe Mechanismen notwendig sind, erscheinen sie auch schon keine vollwertige Kompensation von fusionsbedingten Strukturverschlechterungen.⁵⁰⁹ Nicht von diesem Verbot betroffen sind solche Zusagen, die zwar auf ein Verhalten abstellen, aber durch ihren Wirkmechanismus bereits eine effektive Gewähr für ihre Einhaltung mit sich bringen.⁵¹⁰ Dementsprechend können nach Auffassung der Monopolkommission etwa Verpflichtungen zur Lizenzierung, zur diskriminierungsfreien Ausgestaltung von Geschäftsbedingungen oder allgemeiner zur Offenheit von Plattformen und zur Marktöffnung bei entsprechender Gestaltung wirksame und geeignete Mittel sein, um transaktionsbedingte Wettbewerbsverschlechterungen zu verhindern.⁵¹¹ Bei der Ausgestaltung derartiger selbstdurchsetzender Nebenbestimmungen besteht bereits eine Reihe von Erfahrungen in der Fusionskontrollpraxis;⁵¹² im Berichtszeitraum waren insoweit einige Fälle zu beobachten.

4.5.1.1 FRAND-Lizenzierung

730. Die Freigabeentscheidung des Bundeskartellamtes für den gemeinsamen Erwerb einer Vielzahl von Patenten des anderweitig übernommenen Unternehmens Novell durch ein eigens dafür gegründetes Gemeinschaftsunternehmen (CPTN) von Microsoft, Apple, EMC und Oracle beruht unter anderem darauf, dass die für die Weiterentwicklung des Open-Source-Betriebssystems Li-

⁵⁰⁹ Vgl. zur insoweit bedenklichen europäischen Praxis Tz. 946 ff.

⁵¹⁰ Vgl. eingehender Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 649 ff.

⁵¹¹ Vgl. für ein theoretisches Modell etwa Werden, G./Froeb, L./Tschantz, S., Incentive Contracts as Merger Remedies, Vanderbilt Law and Economics Research Paper No. 05-27, 2005.

⁵¹² Die Monopolkommission weist an dieser Stelle ausdrücklich auf die Schwierigkeiten bei Zusagen hin, die einen (erstmaligen) Zugang zu physischen oder exklusiv genutzten Infrastrukturen gewähren sollen; vgl. statt vieler EU-Kommission, Merger Remedies Study, October 2005, S. 164 f.; aus neuerer (vor allem US-amerikanischer) Sicht etwa Kwoka, J./Moss, D., Behavioral Merger Remedies: Evaluation and Implications for Antitrust Enforcement, SSRN Working Paper 1959588, November 2011; Waller, S.W., Access and Information Remedies in High Tech Antitrust, Loyola University Chicago School of Law Research Paper No. 2011-018, July 25, 2011. Vgl. auch die allgemeinen Ausführungen hierzu in der Freigabeentscheidung der Europäischen Kommission vom 26. Januar 2011, COMP/M.5984 „Intel/McAfee“, Rn. 306 f. mit weiteren Nachweisen, sowie zur Ausgestaltung der Abhilfemechanismen insoweit Tz. 735 ff.

⁵⁰⁶ Das Verfahren war zu Redaktionsschluss dieses Gutachtens noch nicht abgeschlossen.

⁵⁰⁷ Vgl. BGH, Beschluss vom 20. April 2010, KVR 1/09 „Phonak/GN Store“, Rn. 90, WuW/E DE-R 2905.

⁵⁰⁸ Vgl. eingehender Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 660 ff., 663.

nux benötigten, von der Transaktion betroffenen Patente weiterhin den Mitgliedern des Open Invention Network (OIN) ohne Lizenzgebühren zur Verfügung stehen.⁵¹³ Diese – in der entsprechend den Bedenken der Kartellbehörden neu angemeldeten Transaktionsstruktur angelegte faktische – Nebenbestimmung ähnelt dem etwa im Zusammenhang mit Standardisierungskartellen bedeutsamen Lizenzierungsmaßstab, Dritten Zugang zu standardessenziellen Patenten zu fairen, angemessenen und diskriminierungsfreien (FRAND – Fair, Reasonable and Non-Discriminatory) Bedingungen zu gewähren.⁵¹⁴

731. Derartige Selbstverpflichtungen, Dritten diskriminierungsfreien Zugang zu geistigem Eigentum zu geben, zielen zwar einerseits auf zukünftiges Verhalten des jeweiligen Unternehmens. Andererseits ist auch durch eine bloße dahin gehende Erklärung der Maßstab für in der Zukunft zu vergebende Lizenzen im Grundsatz klar festgelegt. Aus dem Missbrauchsverbot können – auch ohne (Verpflichtungs-)Zusage aus dem Fusionskontrollverfahren – ähnliche Pflichten folgen; Voraussetzung dafür ist jedoch jeweils der Nachweis einer Marktbeherrschung. Insoweit können Verpflichtungen im Rahmen des Fusionskontrollverfahrens insbesondere Rechtssicherheit herstellen sowie – soweit zusätzliche Patente einbezogen werden – Marktabschottungspotenziale ausgeräumt und Märkte offengehalten werden. Eine – unzulässige – laufende Verhaltenskontrolle ist dabei in aller Regel nicht notwendig; vielmehr kann – eine entsprechende Marktstruktur vorausgesetzt – davon ausgegangen werden, dass eventuell in Widerspruch zu derartigen Verpflichtungen diskriminierte Wettbewerber diese unmittelbar durchsetzen,⁵¹⁵ sodass in diesen Konstellationen von einer selbstdurchsetzenden Abhilfemaßnahme gesprochen werden kann.

732. Entscheidend dafür sind jedoch im Regelfall eine genaue Spezifizierung der betroffenen Patente und die Publizität der entsprechenden (Selbst-)Verpflichtung. Dies war im vorliegenden Fall ausnahmsweise deshalb entbehrlich, da mit der Erklärung der Käufer der betroffenen Patente, die Verpflichtungen ihres Vorgängers einzuhalten, den betroffenen aktuellen und potenziellen Li-

zennehmern der Umfang und die Reichweite dieser Erklärung mühelos erkennbar waren.

4.5.1.2 Technische Plattformen und Kollusion

733. Die von Pro7Sat1 und RTL in dem als Fusion angemeldeten Gemeinschaftsunternehmensprojekt „Amazonas“ vorgesehene Plattform zum Angebot von Fernsehsendungen im Internet („video on demand“) sah außer den technisch notwendigen Schnittstellen weitergehend eine Vereinheitlichung des Angebots der an der Plattform teilnehmenden Sender vor, insbesondere in Bezug auf den möglichen Auftraggeberkreis und auf Elemente des Geschäftsmodells für In-Stream-Video-Werbung durch Vorgabe der Inhalte und ihrer Verfügbarkeitsdauer, aber auch der verwendeten Software. Das Bundeskartellamt befürchtete mit guten Gründen infolge der konkreten Ausgestaltung des Gemeinschaftsunternehmens eine Verstärkung der duopolistischen Beherrschung des Marktes für Fernsehwerbung durch Beschränkung des Wettbewerbs auf dem betroffenen Fernsehwerbemarkt infolge einer Beschränkung des Substitutionswettbewerbs durch In-Stream-Video-Werbung und untersagte das Vorhaben nach § 36 Absatz 1 und § 1 GWB.⁵¹⁶

734. Durch eine entsprechend offene Ausgestaltung der Geschäftsbedingungen der Internetplattform hätten die untersagungsrelevanten Wettbewerbsverschlechterungen möglicherweise vermieden werden können. Das Bundeskartellamt hatte insoweit Anforderungen an mögliche Zusagen der Parteien formuliert, welche die in der angemeldeten Ausgestaltung des Gemeinschaftsunternehmens liegenden Sachzwänge und Anreize zur Kollusion ausräumen sollten. Die Unternehmen waren jedoch auch nach längeren Verhandlungen nicht bereit, die Internetplattform als offene technische Plattform auszugestalten und deren Geschäftsmodell unabhängig von den Inhalten und den Fernsehinteressen der Muttergesellschaften zu definieren.

735. Die Bestrebungen des Bundeskartellamtes, hier mit inhaltlichen Vorgaben auf eine kartellrechtskonforme Ausgestaltung des Gemeinschaftsunternehmens hinzuwirken, erscheinen recht weitgehend, erklären sich aber nicht zuletzt auch aus der Relevanz des Kartellverbots nach § 1 GWB für das Projekt. Die Monopolkommission hält die von der Behörde in der Entscheidung entwickelten Bedenken der Verstärkungswirkung einer wie angemeldet ausgestalteten Plattform für überzeugend. Im Einzelnen wäre insbesondere eine Harmonisierung von Wettbewerbsparametern, eine Abschottung des Marktes gegenüber (zukünftigen) Wettbewerbern und eine kollusionserleichternde Transparenzerhöhung durch die gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen und damit insgesamt eine empfindliche Verminderung des bereits vor der Transaktion schon stark eingeschränkten Wettbewerbs in diesem Markt zu befürchten gewesen. Eine Ausgestaltung des Gemeinschaftsunternehmens als wettbewerbsneutrale technische Dienstleistungsplattform hätte einerseits den Mutterunternehmen noch immer einigen

⁵¹³ Vgl. BKartA, Pressemeldung vom 20. April 2011, Bundeskartellamt clears CPTN joint venture for acquisition of Novell patents. Das US-amerikanische Department of Justice hatte in Absprache mit dem Bundeskartellamt die Transaktion weiter geprüft; vgl. Department of Justice, Pressemitteilung vom 13. Februar 2012, Statement of the Department of Justice's Antitrust Division on Its Decision to Close Its Investigations of Google Inc.'s Acquisition of Motorola Mobility Holdings Inc. and the Acquisitions of Certain Patents by Apple Inc., Microsoft Corp. and Research in Motion Ltd.

⁵¹⁴ Vgl. für einen Missbrauchsfall, in dem dieser Maßstab für Zwangslizenzen nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen entwickelt wird, etwa BGH, Urteil vom 6. Mai 2009, KZR 36/06 „Orange-Book-Standard“, sowie die Fusionskontrollfreigabe der Europäischen Kommission vom 13. Februar 2012, COMP/ M.6381 „Google/Motorola“.

⁵¹⁵ So genügt für die rechtmäßige Verwendung der Lehre eines standardessenziellen Patents nach deutschem Recht in erster Linie die unwiderrufliche Hinterlegung eines angemessenen Lizenzentgelts; vgl. BGH, KZR 36/06.

⁵¹⁶ BKartA, Beschluss vom 17. März 2011, B6-94/10 „Amazonas“; vgl. dazu auch Tz. 469.

Spielraum zur wettbewerblichen Differenzierung und vor allem zur Hebung von Effizienzen belassen, ohne die schon vorher erhebliche Reaktionsverbundenheit der Unternehmen weiter zu festigen. Andererseits hätten von einer derartigen neutralen Plattform auch Wettbewerbsimpulse auf den Fernsehwerbemarkt ausgehen können. Angesichts der fehlenden Bereitschaft der Anmelder, das Gemeinschaftsunternehmen wettbewerbskonform auszugestalten, blieb dem Bundeskartellamt keine Alternative zur Untersagung.

736. Eine ähnliche Video-on-Demand-Plattform, die als Gemeinschaftsunternehmen zwischen Tochtergesellschaften des ZDF, verschiedenen ARD-Sendern sowie mehreren Fernsehproduktionsunternehmen entstehen soll, wurde im Fusionskontrollverfahren freigegeben, unter dem Aspekt des Kartellverbots jedoch eingehender geprüft.⁵¹⁷ Angesichts der rechtlichen Restriktionen für Fernsehwerbung für diese Sender und der starken Stellung der privaten Sender in diesem Markt kam zwar eine marktbeherrschende Stellung im Fernsehwerbemarkt nicht in Betracht. Allerdings wurden vor dem Hintergrund der Stellung der Beteiligten auf der Produktions- und Lizenzierungsstufe vor allem Wettbewerbsbeschränkungen auf diesen Märkten sowie Auswirkungen auf Zuschauermärkte untersucht. Auch insoweit ist der Erhalt des verbleibenden Restwettbewerbs entscheidendes Prüfkriterium.

4.5.1.3 Technische Plattformen und Marktmacht

737. Um einer fusionsbedingten Wettbewerbsverschlechterung im Fall Liberty Global/Unitymedia entgegenzuwirken, hatten sich die Parteien unter anderem verpflichtet, die bisher praktizierte Grundverschlüsselung für digitale Free-TV-Programme aufzugeben.⁵¹⁸ Die beiden betroffenen Kabel-TV-Anbieter Kabel Deutschland und Unitymedia verfügen innerhalb ihrer Netze jeweils über eine technische Plattform, welche die verschlüsselte Übertragung von Fernsehsignalen ermöglicht. Bei der digitalen Plattform handelt es sich um die technischen Voraussetzungen zur Umsetzung eines für verschlüsseltes Fernsehen erforderlichen Abonentensystems.

738. Im Kern besteht eine solche digitale Plattform aus der Bereitstellung des Verschlüsselungssystems, der Smart-Card-Verwaltung und dem Zugang zu einer Vielzahl angeschlossener und kompatibler Set-Top-Boxen (Empfangsgeräte, die verschlüsselte Signale entschlüsseln). Die Bestandteile dieser Plattform sind aufeinander abgestimmt und nur teilweise zu Lösungen von Drittanbietern kompatibel. Dieser Umstand beeinflusst sowohl die Einspeisebedingungen für einen Pay-TV-Programmveranstalter, der die Einspeisung in das Kabelnetz nachfragt, als auch die Einspeisebedingungen für einen grundverschlüsselnden Free-TV-Veranstalter. Die technische Plattform bietet Unitymedia die Möglichkeit der Zwangskoppelung mit der Einspeiseleistung und insbesondere

die Möglichkeit, die Qualität und damit die Wertigkeit der Einspeiseleistung festzulegen. Technisch ist zwar die Nutzung von Standardschnittstellen nicht ausgeschlossen, diese erreichen jedoch nur einen langsam wachsenden geringen Marktdurchdringungsgrad; ein (paralleler) Anschluss von Fremd-Set-Top-Boxen ist zwar zulässig, jedoch aufgrund der Tarifbedingungen finanziell unattraktiv. Insgesamt stellt diese digitale Plattform auch ein Mittel zur Marktabschottung dar.

739. In der Freigabeentscheidung verpflichten sich die Parteien, mit Wirkung zum 3. Januar 2013 unter anderem die Verbreitung verschlüsselter digitaler Free-TV-Programme unbefristet und unwiderruflich in ihren Netzen einzustellen und durch eine unverschlüsselte Übertragung zu ersetzen. Das setzt auch eine Änderung entsprechender Verträge mit den Programmanbietern voraus, die nur insoweit widersprechen dürfen, als es sich um HD-Signale handelt.⁵¹⁹

740. Diese Zusagen haben nach Ergebnissen des vom Bundeskartellamt durchgeführten Markttests vor allem auf dem Gestattungsmarkt wettbewerbsbelebende Wirkungen und wirken sich dadurch auch positiv auf dem Einspeisemarkt aus.⁵²⁰ Die Monopolkommission begrüßt diese (teilweise) Öffnung einer geschlossenen Plattform, die Wettbewerbern das Angebot wettbewerbsfähiger Pakete erleichtert bzw. erst ermöglicht. Allerdings erscheint bedauerlich, dass die Zusage weder die Einführung neuer Produkte und Dienste durch Programmanbieter noch eine vollständige Öffnung der Plattform für offene Standards erfasst.

741. Die Grundverschlüsselung von TV-Signalen durch Fernsehsender und Signaltransmissionsanbieter wird vom Bundeskartellamt nicht nur aufgrund ihrer marktabschottenden Wirkung schon seit Anfang des letzten Jahrzehnts kritisch betrachtet, bislang ist jedoch keine Entscheidung gegen die anbieterabhängig geschlossenen Plattformen getroffen worden.⁵²¹ Dabei werden die Fernsehsender und die Signaltransmissionsanbieter (insbesondere Kabel- und Satelliten-TV-Anbieter) vom Bundeskartellamt jeweils eigenständig betrachtet. So wird gegen ProSiebenSat.1 und RTL mit erheblichem Ressourcenaufwand ein Kartellverfahren wegen rechtswidriger Koordination bei der Einführung der Grundverschlüsselung geführt.⁵²² Die Marktstrategie von Sky und einigen Ka-

⁵¹⁹ Diese Änderungen sollen durch Änderungsvorschläge zu bestehenden Verträgen und bei Nichtzustimmung der Programmanbieter durch Kündigungen, verbunden mit veränderten Vertragsangeboten, umgesetzt werden. Zusätzlich sind entsprechende Rahmenverträge vorgesehen; vgl. BKartA, B6-94/10, Rn. 311 ff.

⁵²⁰ Vgl. zu diesen Märkten genauer Tz. 679 ff.

⁵²¹ Vgl. insoweit jedoch die eingehenden Ausführungen in der Fusionskontrollentscheidung vom 3. April 2008, B7-200/07 „KDG/Orion“, Rn. 100 ff.

⁵²² Bedenken des Bundeskartellamtes in Verbindung mit einer Durchsuchung der Unternehmen hatten bereits 2006 zum Ausstieg von Pro7 bei der Satelliten-Verschlüsselungsplattform entavio geführt; 2010 durchsuchte das Bundeskartellamt Büros von ProSiebenSat.1 und RTL, um dem Verdacht auf kartellrechtswidrige Absprachen nachzugehen. Im Fokus stehen die Entscheidungen der Unternehmen, digitale Free-TV-Programme nur noch verschlüsselt und gegen zusätzliches Entgelt zugänglich zu machen; weiter geht es um technische Maßnahmen wie Kopierschutzfunktionen und „Werblocker“.

⁵¹⁷ Vgl. BKartA, Pressemeldung vom 28. November 2011, Bundeskartellamt eröffnet Kartellverfahren zur Prüfung der Video on Demand-Plattform der öffentlich-rechtlichen Sendeanstalten.

⁵¹⁸ Vgl. dazu bereits Tz. 677 ff.

belnetzbetreibern hinsichtlich ihrer Set-Top-Boxen wurde getrennt untersucht; aus Opportunitätsgründen ruht jedoch dieses Verfahren derzeit.

742. Auch in diesem Markt erscheint eine Marktöffnung allein mit kartellrechtlichen Mitteln von beschränkter Reichweite und mit erheblichem behördlichen Aufwand verbunden. Zusätzliche Schwierigkeiten ergeben sich aus den aktuell stattfindenden technologischen Veränderungen, die auch das Machtgleichgewicht zwischen den Marktteilnehmern verändern könnten. Insoweit kann die klassische kartellrechtliche Eingriffsverwaltung nur abwarten, bis sich Angriffspunkte wie Kartelle oder Missbräuche ergeben. Zur vorausschauenden und integrierten Lösung der Probleme in diesem Bereich erscheint der Monopolkommission wünschenswert, auf Grundlage der Untersuchungsergebnisse des Bundeskartellamtes und möglicherweise unter dessen Mitwirkung anbieterseitig die Kartellrechtskonformität künftiger Strukturen bereits bei deren Konzeption sicherzustellen.

4.5.2 Marktöffnung als Nebenbestimmung

743. Marktöffnende Zusagen haben in der Praxis des Bundeskartellamtes eine lange Tradition.⁵²³ Gewachsene Vertragsstrukturen stellen in vielen Märkten erhebliche Markteintrittsbarrieren für kleine, neue oder bislang branchenfremde Unternehmen (Newcomer) dar. Sind diese nicht kartellrechtswidrig – insoweit kann insbesondere der Bündelwirkung verschiedener paralleler Vertragsnetzwerke entscheidende Bedeutung zukommen –⁵²⁴ hat das Bundeskartellamt grundsätzlich keine Handhabe zur Marktöffnung. In Fusionskontrollfällen kann jedoch die Kompensation von Wettbewerbsverschlechterungen durch die Öffnung von durch derartige Vertragsnetzwerke verschlossenen Märkten infrage kommen.

4.5.2.1 Kabelfernsehen, Aufgabe von Exklusivitätsrechten und Sonderkündigungsrechte

744. Im Kabel-TV-Markt für Mehrnutzerverträge (Gestattungsmarkt) wird häufig dem Kabelnetzbetreiber, der die Versorgung für ein Gebäude oder eine Wohnanlage übernimmt, das ausschließliche Recht zur Versorgung mit Kabel-TV-Signalen eingeräumt, um die Amortisierung der notwendigen Investitionen zu ermöglichen. Entsprechend sind die jeweiligen Kunden bei diesem Anbieter 'gefangen' („captive customers“) und stehen alternativen Anbietern nicht mehr als Kunden zur Verfügung. Für derartige meist kleinere oder neue Anbieter ist entsprechend ein Markteintritt in der Regel schwierig. Ähnliches gilt für die teilweise sehr langen Laufzeiten von Gestattungsverträgen.

⁵²³ Vgl. etwa Monopolkommission, Die Wettbewerbsordnung erweitern, Hauptgutachten 1986/1987, Baden-Baden 1988, Tz. 421 ff.

⁵²⁴ Rechtlich kann dann die Entziehung der entsprechenden Gruppenfreistellung infrage kommen; vgl. dazu Tz. 431 ff. Die Missbrauchsaufsicht über insoweit ebenfalls grundsätzlich infrage kommende gemeinsame Marktbeherrschung ist praktisch äußerst limitiert; vgl. Tz. 470 ff., 563 ff.

745. In dem Fusionskontrollverfahren Liberty Global (Kabel Deutschland)/Unitymedia haben sich die Zusammenschlussbeteiligten zur Kompensation der fusionsbedingten Wettbewerbsverschlechterungen auf dem Gestattungsmarkt auch verpflichtet, zum einen auf die in Gestattungsverträgen eingeräumten Exklusivitätsrechte zu verzichten und zum anderen jeweils einer bestimmten Anzahl der größten Gestattungskunden mit einer Restvertragslaufzeit von mehr als drei Jahren ein Sonderkündigungsrecht einzuräumen. Dieses darf von der Zahlung einer bestimmten Summe pro Anschluss abhängig gemacht werden, die in Relation zu der verbleibenden Restlaufzeit variiert.⁵²⁵ Um mögliche Wettbewerber über die neuen Markteintrittsmöglichkeiten zu informieren, werden für sämtliche betroffenen Gestattungsverträge der Namen des Vertragspartners, seine Anschrift und eine Bandbreite der mit dem Vertrag umfassten Wohneinheiten auf den Internetseiten der Zusammenschlussbeteiligten veröffentlicht.

746. Die Aufgabe von Exklusivitätsrechten kann angesichts der dadurch nicht beseitigten technischen Notwendigkeit des Aufbaus einer parallelen Infrastruktur zur Versorgung einzelner Kunden durch einen Wettbewerber die entscheidende Markteintrittsbarriere nicht beseitigen und hat daher offenbar nur im Glasfaserausbau eine gewisse Bedeutung. Die Einräumung von außerordentlichen Kündigungsrechten für Gestattungskunden hingegen wird durch die für Wettbewerber einfach nutzbare Publizität verstärkt und kann nach den Ergebnissen des vom Bundeskartellamt durchgeführten Markttests zu einer nicht unerheblichen Belebung des Wettbewerbs in diesem Markt führen. Zwar wird von der Anzahl her nur ein kleiner Teil der von den Beteiligten abgeschlossenen Gestattungsverträge erfasst; da jedoch die Sonderkündigungsrechte die jeweils größten Wohnanlagen umfassen, die grundsätzlich für alternative Anbieter aufgrund von Skaleneffekten am attraktivsten sein dürften, könnte der Effekt über deren rein numerische Bedeutung hinausgehen.

747. Die Monopolkommission hält derartige Zusagen grundsätzlich für geeignet, fusionsbedingten Wettbewerbsverschlechterungen entgegenzuwirken, da auf diese Weise Markteintrittsbarrieren unmittelbar abgebaut und Wettbewerbspotenziale geschaffen werden. Weitergehend erscheint erwägenswert zu prüfen, wie weit derartig lange Vertragsbindungen in mittlerweile dynamisch gewordenen Märkten überhaupt noch zur Investitionsamortisation notwendig und kartellrechtlich zulässig sind. Insoweit dürfte auch von Bedeutung sein, dass einerseits die Marktstrukturen monopolistisch gewachsen sind und andererseits der gesamte Markt fast vollständig von derartigen Vertragsstrukturen durchdrungen ist.

4.5.2.2 Kalbfleischmarkt und Freigabe von Mastkapazitäten

748. Im Fusionskontrollfall Van Drie/Alpuro wurde den Wettbewerbsverschlechterungen auf dem Markt für die Schlachtung und den Verkauf von Kalbfleisch an in-

⁵²⁵ BKartA, Beschluss vom 15. Dezember 2011, B7-66/11.

dustrielle Weiterverarbeiter, Großhändler und die Gastronomie durch die Verpflichtung der Unternehmen begegnet, drei Tochtergesellschaften zu veräußern, die teils selbst Kälbermast betreiben, teils über Kälbermastverträge mit Dritten verfügen und die gesamte Kälbermastkapazität der Beteiligten in Deutschland umfassen.⁵²⁶ Alternativ zur Veräußerung einer Tochtergesellschaft war die Veräußerung der entsprechenden Verträge mit Mastbetrieben vorgesehen, die wiederum bei Unverkäuflichkeit durch Kündigung der entsprechenden Mastverträge ersetzt werden konnte.

Eigene Kälbermastplätze bzw. der Zugriff auf Kälbermastplätze Dritter sind angesichts des wenig liquiden Marktes für schlachtreife Kälber entscheidende Voraussetzung für eine Teilnahme am betroffenen Markt. Akzesorisch wurde den Beteiligten verboten, innerhalb von fünf Jahren die zu veräußernden Gesellschaftsanteile bzw. Mastkapazitäten zurückzuerwerben und innerhalb von drei Jahren neue Mastkapazitäten in Deutschland zu erwerben.

749. Die Veräußerung von Tochtergesellschaften, die ein „Vorprodukt“ herstellen, ist ständige und bewährte Praxis und dient häufiger (zumindest auch) der Öffnung von Märkten. Die Besonderheit dieses Falles lag darin, dass die „Produktionskapazitäten“ hier überwiegend bei Dritten lagen und die Beteiligten nur durch Verträge darüber verfügen konnten. Rück- und Neuerbetsverbote erschienen notwendig, um die Effektivität der Veräußerungsmaßnahmen sicherzustellen. Im Frühjahr 2011 wurden die drei betreffenden Tochtergesellschaften an zwei branchennahe Erwerber verkauft. Aufgrund der in der Regel nur geringen Vertragsbindung von zwei Kälbermastperioden bzw. 16 Monaten sind die tatsächlichen Auswirkungen der Zusagenbefreiung noch nicht genau absehbar; die Beschlussabteilung plant jedoch eine Evaluation in der zweiten Jahreshälfte 2012.

750. Die Monopolkommission begrüßt die innovativen Marktöffnungszusagen in diesem Fall, weist jedoch darauf hin, dass nur mit Rücksicht auf die Besonderheiten des Marktes derartige im Kern verhaltensbasierte Zusagen die strukturellen Wettbewerbsverschlechterungen zumindest prima facie zu kompensieren vermögen. Insoweit ist insbesondere die von der Beschlussabteilung geplante Evaluation zu begrüßen; allerdings erscheint unklar, welches die Handhabe des Bundeskartellamtes sein könnte, wenn sich herausstellen sollte, dass die Zusagen die Wettbewerbsverschlechterungen faktisch nicht kompensieren konnten. Vor dem Hintergrund der recht hohen (potenziellen) Volatilität der regelmäßig nur mit kurzen Laufzeiten versehenen Mastverträge erscheint jedenfalls der Monopolkommission das Rück- und Neuerbetsverbot von besonderer praktischer Bedeutung.

4.5.3 Echte Alternative: Untersagung

751. Wenn die von den Zusammenschlussbeteiligten angebotenen Zusagen nicht ausreichen, die zu befürch-

tende Wettbewerbsverschlechterung zu kompensieren oder angesichts der Besonderheiten des Marktes eine derartige Kompensation nicht möglich erscheint, bleibt dem Bundeskartellamt nur die Untersagung des Vorhabens.

752. In dem bereits im letzten Hauptgutachten untersuchten Zusammenschlussvorhaben im Cabriodachmarkt Magna/Karmann war eine Kompensation der Wettbewerbsverschlechterung durch Zusagen angesichts der Struktur des Marktes und dessen Funktionsweise schon nicht möglich, weshalb auch keine Zusagenangebote gemacht worden waren und das Bundeskartellamt das Vorhaben untersagte.⁵²⁷

753. In dem oben eingehender untersuchten Verfahren Pro7Sat1/RTL waren die Beteiligten trotz langer Verhandlungen nicht bereit, Zusagen zu machen, welche die zu befürchtenden Wettbewerbsverschlechterungen kompensiert hätten.⁵²⁸ Zusätzlich zur Untersagung nach § 36 Absatz 1 GWB untersagte das Bundeskartellamt das geplante Gemeinschaftsunternehmen nach § 1 GWB, da es in der unabgewandelten Ausgestaltung erhebliche koordinative Effekte gehabt hätte. Auch hier blieb dem Bundeskartellamt keine Alternative zur Untersagung.

754. In dem Zusammenschlussvorhaben der Schlachthofbetreiber Tönnies und Tummel wäre die marktbeherrschende Stellung von Tönnies auf verschiedenen betroffenen Märkten weiter verstärkt worden; die von den Beteiligten zur Lösung der Wettbewerbsprobleme angebotenen Zusagen, insbesondere Lohnschlachtangebote für aktuelle oder potenzielle Wettbewerber sowie der vorübergehende Verzicht auf Sauenschlachtung am Standort Tummel, hätten die wettbewerblichen Bedenken nach den Ergebnissen des durchgeführten Markttests nicht beseitigt und eine unzulässige laufende Verhaltenskontrolle durch das Bundeskartellamt erfordert.⁵²⁹ Insbesondere wies das Angebot, für Wettbewerber auf den nachgelagerten Märkten Lohnschlachtungen zu betreiben, die in derartigen „unfreiwilligen“ Vertragsbeziehungen naheliegenden Diskriminierungspotenziale und -anreize auf, die in ihrer Vielzahl und Vielgestaltigkeit in solchen Konstellationen kaum wirksam beherrschbar sind; bedenklich wären insoweit andererseits auch Anreize zur wettbewerblichen Koordinierung der Zusammenschlussbeteiligten mit ihren Wettbewerbern und Vertragspartnern gewesen. Anders als im Fall Van Drie/Alpuro bestand hier auch nicht die Möglichkeit zu Veräußerungen in vorgelagerten Märkten, da die Wettbewerbsprobleme vor allen bei der Schlachtung zu befürchten waren. Letztlich ist möglicherweise die Stellung von Tönnies in diesem Markt vor dem Hintergrund der Marktstruktur bereits so stark, dass erhebliches externes Wachstum auf diesen Marktstufen kartellrechtlich stets deutlich problematisch erscheinen könnte.

Infolge von Zusammenschlussvorhaben zu erwartende Strukturverschlechterungen können wirksam und nachhaltig nur durch Zusagen kompensiert werden, die zumin-

⁵²⁶ BKartA, Beschluss vom 27. Dezember 2010, B2-71/10.

⁵²⁷ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 512 ff., 615.

⁵²⁸ Vgl. insoweit eingehender Tz. 733 ff.

⁵²⁹ Vgl. Tz. 682 ff.

dest ex ante die Gewähr für eine selbsttragende Belegung des Wettbewerbs bieten. Verhaltenspflichten wie die Fortführung oder der Neuabschluss von Verträgen mit Wettbewerbern können – soweit sie nicht wie bei bestimmten Lizenzerteilungen selbstdurchsetzend sind – nur in Ausnahmefällen und nur als Annex zu strukturellen Zusagen in Betracht kommen und setzen eine entsprechende Anreiz- und Marktstruktur voraus, die Kollusion verhindert. Ist eine vollständige und nachhaltig wirksame Kompensation von fusionsbedingten Wettbewerbsverschlechterungen nicht möglich, so ist das Bundeskartellamt verpflichtet, das Zusammenschlussvorhaben zu untersagen (§ 36 Absatz 1 Halbsatz 1 GWB).

5. Europäische Fusionskontrollpraxis

5.1 Einführung

755. Während des Berichtszeitraums 2010/2011 hat die Untersagungsentscheidung Olympic/ Aegean Airways besondere Aufmerksamkeit ausgelöst.⁵³⁰ Es handelt sich um die erste Verbotsentscheidung der Europäischen Kommission gemäß Artikel 8 Absatz 3 FKVO seit gut drei Jahren. Die letzten beiden Entscheidungen dieser Art ergingen in den Jahren 2004 und 2007.⁵³¹ Noch in ihrem letzten Hauptgutachten hat die Monopolkommission die Auffassung vertreten, dass die Europäische Kommission dazu tendiere, selbst bei erheblichen Wettbewerbsbedenken eher Freigabeentscheidungen unter teilweise sehr umfangreichen Bedingungen und Auflagen zu treffen, als eine Verbotsverfügung zu erlassen.⁵³² In Anbetracht der erwähnten Entscheidung und einer weiteren Untersagung im Februar 2012, als die Europäische Kommission den geplanten Zusammenschluss Deutsche Börse/NYSE Euronext untersagte, ist fraglich, ob diese Aussage aufrechterhalten werden kann.⁵³³ Festzuhalten ist allerdings, dass auch im vorliegenden Berichtszeitraum Zusammenschlüsse unter zum Teil sehr umfangreichen Abhilfemaßnahmen freigegeben worden sind. Für eine genauere Analyse muss daher die weitere Entwicklung der Entscheidungspraxis über einen längeren Zeitraum abgewartet werden.

756. Die fusionskontrollrechtliche Entscheidungspraxis stand im Berichtszeitraum 2010/2011 im Zeichen der Weiterentwicklung des SIEC-Tests, der seit der Reform

der Fusionskontrollverordnung im Mai 2004 das maßgebende Untersagungskriterium bildet. Bemerkenswert ist insoweit der Fall Oracle/Sun Microsystems, in dem die Europäische Kommission bei ihrer Prüfung – entgegen der Kritik der Zusammenschlussparteien – ausschließlich auf das Kriterium der erheblichen Wettbewerbsbehinderung abgestellt hat und nicht auf die mögliche Entstehung oder Verstärkung von Marktbeherrschung eingegangen ist. In diesem Zusammenhang ist auch das Verfahren T-Mobile/Orange zu nennen, in dem die Anwendung des SIEC-Tests die Entscheidungsfindung der Wettbewerbsbehörde ebenfalls erleichtert haben dürfte. Die Feststellung von Marktbeherrschung wäre hier möglicherweise an den relativ geringen Marktanteilen der Fusionsparteien und den geringen Marktanteilsabständen zu nachfolgenden Wettbewerbern gescheitert.

757. Der verstärkte ökonomische Ansatz, den die Europäische Kommission seit einigen Jahren in der Entscheidungspraxis verfolgt, kam – wie im vorangegangenen Berichtszeitraum – auch in der Anwendung quantitativer Ermittlungsmethoden zum Ausdruck. Hervorzuheben ist insoweit der Zusammenschlussfall Unilever/Sara Lee, in dem die Europäische Kommission neben einer qualitativen Einschätzung auch quantitative Analysen bezüglich der Marktabgrenzung und der Fusionseffekte vornahm. Die Zusammenschlussparteien griffen ebenfalls – z. B. in dem Verfahren Kraft Foods/Cadbury – auf quantitative Untersuchungen zurück, um ihre qualitativen Bewertungen zu stützen. Im Oktober 2011 legte die Europäische Kommission eine Mitteilung zu bewährten Verfahrensweisen bei der Übermittlung von ökonomischem Beweismaterial vor, in der sie gewisse Mindestanforderungen an die Erstellung und Präsentation von entsprechenden Analysen sowie an die Übermittlung von Daten festlegte.

758. Beachtlich ist, dass – soweit ersichtlich⁵³⁴ – in keinem der Fälle, die während des Berichtszeitraums nach Durchführung der Hauptprüfphase entschieden worden sind, Effizienzgewinne geltend gemacht wurden.⁵³⁵ Auch in den Entscheidungen, die in der Vorprüfphase unter Bedingungen und Auflagen freigegeben worden sind, finden sich keine Anhaltspunkte für einen Effizienzvorteil seitens der Fusionsparteien. Noch in den Jahren 2008/2009 hat sich die Europäische Kommission mehrfach mit vorgetragenen Effizienzvorteilen auseinandergesetzt.⁵³⁶ Möglicherweise boten sich die Zusammenschlussvorhaben, über die im jetzigen Berichtszeitraum

⁵³⁰ EU-Kommission, Entscheidung vom 26. Januar 2011, COMP/M.5830; die Entscheidung war zum Zeitpunkt des Redaktionsschlusses noch nicht veröffentlicht. Aus der Pressemitteilung der Europäischen Kommission geht hervor, dass der Zusammenschluss zu einem Quasi-Monopol auf verschiedenen Flugstrecken in Griechenland geführt hätte, IP/11/68.

⁵³¹ EU-Kommission, Entscheidung vom 9. Dezember 2004, COMP/M.3440 „ENI/EDP/GDP“; Entscheidung vom 11. Oktober 2007, COMP/M.4439 „Ryanair/Aer Lingus“.

⁵³² Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 799.

⁵³³ EU-Kommission, Entscheidung vom 1. Februar 2012, COMP/M.6166; die Entscheidung war zum Zeitpunkt des Redaktionsschlusses noch nicht veröffentlicht. Laut Pressemitteilung der Europäischen Kommission hätte der Zusammenschluss zu einer monopolartigen Stellung auf dem weltweiten Markt für europäische Finanzderivate geführt, IP/12/94.

⁵³⁴ Neben der Untersagungsentscheidung Olympic/Aegean Airways war zum Zeitpunkt des Redaktionsschlusses die Phase-II-Entscheidung Western Digital/Viviti Technologies, COMP/M.6203, nicht veröffentlicht. Von den Phase-I-Entscheidungen unter Bedingungen und Auflagen war die Entscheidung in dem Verfahren Teva/Cephalon, COMP/M.6258, unveröffentlicht.

⁵³⁵ Aus der Pressemitteilung zu der bislang ebenfalls unveröffentlichten Verbotsentscheidung in dem Verfahren Deutsche Börse/NYSE Euronext ist zu entnehmen, dass die Zusammenschlussparteien Effizienzgewinne vorgetragen haben. Die Europäische Kommission hielt die möglicherweise erzielten Effizienzgewinne jedenfalls nicht für ausreichend, IP/12/94.

⁵³⁶ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 747 ff.

entschieden wurde, nicht für die Geltendmachung von Effizienzen an. Die Zurückhaltung der Unternehmen könnte aber auch darauf zurückzuführen sein, dass bislang in keinem einzigen Fall die Ergebnisse der Wettbewerbsanalyse aufgrund der geltend gemachten Effizienzen revidiert worden sind. Darüber hinaus ist nicht auszuschließen, dass betroffene Unternehmen auf den Vortrag von Effizienzgewinnen verzichten, um die Schlussfolgerung der Europäischen Kommission zu vermeiden, die Unternehmen gingen selbst von negativen Wettbewerbswirkungen ihres Zusammenschlussvorhabens aus.⁵³⁷

759. Die Europäische Kommission hat sich auch während des Berichtszeitraums 2010/2011 weiter um die Effektivität der von den Zusammenschlussparteien angebotenen Zusagen bemüht. In Zusammenschlussfällen, die wettbewerbsrechtlich problematisch waren, hat sie mehrheitlich Veräußerungszusagen auferlegt. Um die Wirksamkeit dieser Abhilfemaßnahmen zu erhöhen, nahm sie teilweise Zusagen an, die sich – auch – auf Märkte bezogen, die keine wettbewerblichen Probleme verursachten. Auf diese Weise sollte die Lebensfähigkeit des zu veräußernden Geschäftsbereichs sichergestellt werden. Als weitere Maßnahme zur Erhöhung der Wirksamkeit von Abhilfemaßnahmen erlegte die Europäische Kommission den Zusammenschlussparteien in den Fällen Western Digital/Viviti Technologies und Agilent/Varian Up-front-buyer-Zusagen auf.

760. Andererseits ist der Eindruck entstanden, dass die Europäische Kommission in diesem Berichtszeitraum etwas häufiger verhaltensorientierte Zusagenangebote angenommen hat, denen die Monopolkommission grundsätzlich kritisch gegenübersteht. Die Europäische Kommission hat mehrere Entscheidungen erlassen, in denen Verhaltenszusagen eines der Hauptelemente von Abhilfemaßnahmen bildeten. Im Fall Intel/McAfee beispielsweise bestand das Zusagenpaket nur aus Verhaltenszusagen. In der Entscheidung SNCF/LCR/Eurostar hat die Europäische Kommission regulierungsähnliche Zusagen akzeptiert. Im Fall Oracle/Sun Microsystems bewertete die Europäische Kommission die öffentlichen Ankündigungen von Oracle als ausreichend, um Wettbewerbsbedenken durch den Zusammenschluss zu verneinen.

761. Während des Berichtszeitraums sind zwei Urteile des Gerichts der Europäischen Union besonders hervorzuheben. Mit dem Urteil in dem Verfahren Ryanair/Europäische Kommission wurde die Verbotsentscheidung der Europäischen Kommission in dem Fall Ryanair/Aer Lingus vollumfänglich bestätigt. Von besonderem Interesse sind darüber hinaus die Ausführungen des Gerichts zum Stellenwert und Verhältnis der qualitativen und quantitativen Ermittlungsmethoden der Europäischen Kommission sowie zu den verfahrensrechtlichen Grenzen bei der Abgabe von Zusagenangeboten durch die Zusammenschlussparteien. Das Urteil in dem Verfahren Aer Lingus/Europäische Kommission befasst sich mit Fragen zur An-

wendbarkeit der Fusionskontrollverordnung auf Minderheitsbeteiligungen.

762. In den Jahren 2010/2011 sind keine legislativen Entwicklungen im Bereich der FKVO zu verzeichnen. Das erwähnte Urteil in dem Verfahren Aer Lingus/Europäische Kommission sowie das anschließende Aufgreifen der Minderheitsbeteiligung von Ryanair an Aer Lingus seitens der britischen Wettbewerbsbehörde stießen indes die Diskussion darüber an, ob und unter welchen Voraussetzungen Minderheitsbeteiligungen, mit denen kein Kontrollerwerb verbunden ist, in den Anwendungsbereich der Fusionskontrollverordnung aufgenommen werden sollten. Die Monopolkommission äußert sich im Folgenden ausführlich zur Möglichkeit der Ausgestaltung entsprechender Regelungen.

5.2 Statistische Angaben

763. Während des Berichtszeitraums wurden nach Angaben der Europäischen Kommission 583 Zusammenschlussvorhaben angemeldet. Im Jahr 2010 erfolgten 274, im Jahr 2011 309 Anmeldungen. Im Vergleich zum vorangegangenen Berichtszeitraum 2008/2009, in dem 606 Zusammenschlussvorhaben notifiziert wurden, sank die Zahl der Anmeldungen um 23, d. h. um ca. 4 Prozent, und blieb damit relativ konstant.

764. Im Berichtszeitraum wurden von den Mitgliedstaaten 13 Anträge nach Artikel 9 FKVO auf Verweisung an die nationalen Wettbewerbsbehörden gestellt.⁵³⁸ Die Europäische Kommission gab den Anträgen sechsmal vollständig und dreimal teilweise statt. Ein Fall wurde nicht an die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten abgegeben. Die Mitgliedstaaten haben im Berichtszeitraum vier Anträge nach Artikel 22 FKVO auf Verweisung eines Zusammenschlusses von den Mitgliedstaaten an die Europäische Kommission gestellt. Im Vergleich zum vorherigen Berichtszeitraum hat die Zahl der Anträge nach Artikel 9 FKVO um fünf Anträge zugenommen und ist damit um knapp über 60 Prozent gestiegen. Die Zahl der Anträge nach Artikel 22 FKVO ist von drei Anträgen leicht auf vier Anträge gestiegen.

765. Den Zusammenschlussparteien wird in Artikel 4 FKVO die Möglichkeit eingeräumt, einen Antrag auf Verweisung zu stellen. Während des Berichtszeitraums beantragten die betroffenen Unternehmen in 16 Fällen die Verweisung an die nationale Wettbewerbsbehörde. Die Europäische Kommission verwies 17 Fälle vollständig an die nationalen Wettbewerbsbehörden und einen Fall teilweise. Die Zahl der Anträge bleibt ungefähr auf dem Niveau des vorherigen Berichtszeitraums, in dem den nationalen Wettbewerbsbehörden 17 Anträge auf Verweisung übermittelt wurden. Die Zusammenschlussparteien haben in 44 Fällen die Verweisung an die Europäische Kommis-

⁵³⁷ Vgl. Rölller, L.-H., *Efficiencies in EU Merger Control: Do They Matter?*, in: Ramser, H.J./Stadler, M. (Hrsg.), *Marktmacht*, Tübingen 2010, S. 185–195, 192.

⁵³⁸ Die Zahl der im Berichtszeitraum gestellten Anträge muss nicht mit der Zahl der getroffenen Entscheidungen übereinstimmen, da sich die Entscheidungen zum Teil auf im vorherigen Berichtszeitraum gestellte Anträge beziehen, zum Teil werden die im Berichtszeitraum gestellten Anträge erst 2012 entschieden. Dies gilt gleichermaßen für Anträge nach Artikel 22 FKVO und Artikel 4 FKVO.

sion beantragt. In 41 Fällen wurde die Verweisung des Zusammenschlusses von der Europäischen Kommission angenommen, in einem Fall wurde die Verweisung nicht akzeptiert. Die Zahl dieser Anträge verharrt ebenfalls ungefähr auf dem Niveau des vorherigen Berichtszeitraums, in dem 46 Anträge gestellt wurden.

766. In der ersten Verfahrensphase traf die Europäische Kommission 571 Entscheidungen. In keinem Fall kam es zu einer Ablehnung der Zuständigkeit der Europäischen Kommission nach Artikel 6 Absatz 1 lit. a FKVO. In 552 Fällen verneinte die Europäische Kommission ernsthafte wettbewerbliche Bedenken und gab das Zusammenschlussvorhaben nach Artikel 6 Absatz 1 lit. b FKVO ohne Bedingungen und Auflagen frei. 19 Zusammenschlussvorhaben begegneten erheblichen Wettbewerbsbedenken und wurden nur unter Bedingungen und Auflagen nach Artikel 6 Absatz 1 lit. b i. V. m. Absatz 2 FKVO freigegeben. Damit werden prozentual betrachtet in weniger Phase-I-Entscheidungen als im vorherigen Berichtszeitraum Zusammenschlussvorhaben nur unter Abhilfemaßnahmen freigegeben: Während in den Jahren 2008/2009 noch 5,7 Prozent der Phase-I-Entscheidungen mit Abhilfemaßnahmen verbunden waren, sank dieser Wert im Berichtszeitraum 2010/2011 auf 3,3 Prozent. Die Anzahl der Fälle, die im vereinfachten Verfahren geprüft wurden, liegt mit 334 weiterhin auf hohem Niveau; im Berichtszeitraum wurden 58 Prozent der Phase-I-Entscheidungen nach einer Prüfung im vereinfachten Verfahren getroffen.

767. Die Europäische Kommission hat in zwölf Fällen das Hauptprüfverfahren nach Artikel 6 Absatz 1 lit. c FKVO eröffnet. Im Vergleich zum vorherigen Berichtszeitraum mit 15 derartigen Entscheidungen ist die Zahl relativ konstant geblieben. In fünf Fällen wurde ein Zusammenschluss nach dem Hauptprüfverfahren ohne Bedingungen und Auflagen freigegeben, in drei Fällen erfolgte eine Freigabe unter Abhilfemaßnahmen. Die Europäische Kommission hat im Berichtszeitraum 2010/2011 einen Zusammenschluss, den Fall Olympic/Aegean Airlines, untersagt. Die Gesamtzahl der Untersagungen stieg damit im Berichtszeitraum auf 21.⁵³⁹ Diese Untersagung ist die erste derartige Entscheidung durch die Europäische Kommission seit etwas über drei Jahren. Während von den bis Dezember 2011 insgesamt erfolgten 21 Untersagungen 18 Untersagungen bis Dezember 2001 erfolgten, wurde seit Anfang 2002 lediglich im Jahr 2004 und im Jahr 2007 ein Zusammenschluss untersagt.

768. Im Berichtszeitraum wurden 14 Anmeldungen zurückgenommen. Eine solche Rücknahme erfolgte in 13 Fällen in der ersten Verfahrensphase und in einem Fall während des Hauptprüfverfahrens. Damit sind die Rücknahmen im Verhältnis zu den angemeldeten Fusionen im Vergleich zum vorherigen Berichtszeitraum auf ungefähr gleichem Niveau geblieben.

⁵³⁹ Am 1. Februar 2012 ist eine weitere Verbotsentscheidung ergangen, COMP/M.6166 „Deutsche Börse/NYSE Euronext“; die Entscheidung war zum Zeitpunkt des Redaktionsschlusses noch nicht veröffentlicht.

5.3 Verfahrensfragen

5.3.1 Informelles Vorverfahren

769. Der formellen Anmeldung von Zusammenschlussvorhaben bei der Europäischen Kommission nach Artikel 4 FKVO geht in aller Regel ein informelles Vorverfahren (sog. Pränotifikationsphase) voran. In jüngerer Zeit häufen sich Klagen vonseiten der Unternehmen und der Anwaltschaft, die Dauer von informellen Vorverfahren nehme kontinuierlich zu. In einigen Fällen dauere die Pränotifikationsphase bis zu mehreren Monaten, was dazu führen könne, dass die Implementierung von geplanten Zusammenschlüssen gefährdet sei.

770. In der Fusionskontrollverordnung findet sich kein Hinweis auf das informelle Vorverfahren. Die FKVO-Durchführungsverordnung erwähnt das informelle Vorverfahren lediglich in Erwägungsgrund 11.⁵⁴⁰ Hiernach sollte die Europäische Kommission den Anmeldern und anderen an dem Zusammenschlussvorhaben Beteiligten auf deren Wunsch bereits vor der Anmeldung Gelegenheit zu informellen und vertraulichen Gesprächen über den beabsichtigten Zusammenschluss geben. Der Eintritt in das informelle Vorverfahren ist für die Zusammenschlussparteien nicht verpflichtend, seine Durchführung wird jedoch von der Europäischen Kommission selbst empfohlen.

771. Weiteren Aufschluss über die Pränotifikationsphase geben die entsprechenden Best Practices der Europäischen Kommission.⁵⁴¹ Das informelle Vorverfahren dient in erster Linie dazu, die Anmeldung des geplanten Zusammenschlusses vorzubereiten und spätere Verzögerungen und Unterbrechungen des formellen Verfahrens zu verhindern.⁵⁴² Zu diesem Zweck können die Parteien eines hinreichend konkretisierten Zusammenschlussvorhabens der Wettbewerbsbehörde ein formloses Memorandum übermitteln, in dem sie ihr Vorhaben, die Hintergründe und die wesentlichen Einzelheiten des Zusammenschlusses beschreiben.⁵⁴³ Im weiteren Verlauf des informellen Vorverfahrens können die Parteien und die Europäische Kommission Zuständigkeits- und andere rechtliche Fragen diskutieren, den Umfang der zu übermittelnden Informationen klären sowie mögliche wettbewerbliche Probleme identifizieren.⁵⁴⁴ Rechtliche Aspekte betreffen etwa die Frage, ob das Vorhaben überhaupt bei der Europäischen Kommission angemeldet werden muss oder ob eine Verweisung infrage kommt.⁵⁴⁵ Ferner kann

⁵⁴⁰ Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission vom 21. 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.

⁵⁴¹ DG Competition, Best Practices on the conduct of EC merger control proceedings, 20. Januar 2004, <http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/proceedings.pdf>

⁵⁴² Vgl. Koch, in: Hirsch, G./Montag, F./Säcker, F. J. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Bd. 1: Europäisches Wettbewerbsrecht, München 2007, Einl. A FKVO Rn. 148 ff.

⁵⁴³ Vgl. Best Practices on the conduct of EC merger control proceedings, Rn. 11.

⁵⁴⁴ Vgl. ebenda, Rn. 6.

⁵⁴⁵ Vgl. ebenda, Rn. 25.

geklärt werden, ob das vereinfachte Verfahren anzuwenden ist oder die Europäische Kommission auf bestimmte Angaben in der Anmeldung verzichtet.⁵⁴⁶ Da mit dem Pränotifikationsverfahren zudem sichergestellt werden soll, dass die spätere Anmeldung vollständig ist, kann ein erster Anmeldungsentwurf mit der Europäischen Kommission in einem Pränotifikationstreffen besprochen werden.⁵⁴⁷

772. In Bezug auf die materielle Beurteilung der Transaktion empfiehlt die Europäische Kommission, möglichst frühzeitig entsprechende unternehmensinterne Dokumente zu übermitteln sowie potenzielle Effizienzvorteile darzulegen.⁵⁴⁸ Mitunter beginnt die Europäische Kommission bereits im informellen Vorverfahren mit der Marktuntersuchung.⁵⁴⁹ In komplexen, jedoch wettbewerblich unproblematischen Fällen kann so gegebenenfalls auf die Einleitung der Hauptprüfphase gemäß Artikel 6 Absatz 1 lit. c FKVO verzichtet werden. Die Europäische Kommission empfiehlt die Aufnahme erster Kontakte zwischen den Parteien und ihr spätestens zwei Wochen vor dem erwarteten Anmeldedatum. Im Übrigen richten sich Umfang und Dauer des Pränotifikationsverfahrens nach der Komplexität des jeweiligen Falles.⁵⁵⁰

773. Einerseits erscheint es sinnvoll, das formelle Fusionskontrollverfahren mithilfe eines Vorverfahrens von Zuständigkeitsfragen und sonstigen unmittelbar mit der Anmeldung zusammenhängenden Aspekten frei zu halten. Auf diese Weise wird es sich häufig vermeiden lassen, dass das formelle Verfahren nach Artikel 10 Absatz 3 FKVO verlängert oder gemäß Artikel 10 Absatz 4 i. V. m. Artikel 11 FKVO ausgesetzt wird. Darüber hinaus wirkt es sich für die Zusammenschlussbeteiligten besonders positiv aus, wenn die Einleitung der Hauptprüfphase unterbleiben kann, da bereits im informellen Vorverfahren strittige Punkte oder wettbewerbliche Bedenken der Europäischen Kommission ausgeräumt werden konnten.

774. Andererseits verzichten die Zusammenschlussparteien mit dem Eintritt in die Pränotifikationsphase in gewisser Weise auf die Einhaltung der strengen Fristen der Fusionskontrollverordnung durch die Europäische Kommission. Die vorgetragenen Beschwerden zeigen, dass jedenfalls in komplexen und/oder potenziell wettbewerblich problematischen Fällen die in der Fusionskontrollverordnung festgelegten Verfahrensfristen oft bei Weitem nicht ausreichen, um eine abschließende Entscheidung zu erlassen. Dies ist um so bemerkenswerter, als erst mit der letzten FKVO-Reform die Fristen der ersten und zweiten Verfahrensphase verlängert und Möglichkeiten für weitere Fristverlängerungen im Einzelfall – auf Initiative der Parteien und der Europäischen Kommission – geschaffen worden sind. Die Ursache dürfte weniger darin zu sehen sein, dass die geplanten Zusammenschlüsse

heute komplexer sind oder generell größere wettbewerbliche Bedenken hervorrufen als in der Vergangenheit; auch zu Beginn der europäischen Fusionskontrolle hatte die Europäische Kommission umfangreiche und potenziell wettbewerbsbeeinträchtigende Transaktionen zu prüfen. Der Grund für die längere Gesamtdauer der Verfahren dürfte vielmehr in dem erhöhten Beweisstandard liegen, den die Europäische Kommission aufgrund der Rechtsprechung der letzten Jahre erfüllen muss. In der Vergangenheit hatte die Rechtsprechung der Europäischen Kommission in mehreren Fällen vorgeworfen, Entscheidungen aufgrund lückenhafter Faktenlage und/oder ohne ausreichende ökonomische Fundierung getroffen zu haben.⁵⁵¹ In der Folge dieser Urteile war zu beobachten, dass Umfang und Qualität der Kommissionsentscheidungen deutlich zugenommen haben.⁵⁵² Voraussetzung dafür sind allerdings umfassende Informationen und Daten von den Zusammenschlussparteien und weiteren Marktteilnehmern, die mittels Anmeldung, Fragebögen, Umfragen und Markttests gesammelt werden. Offensichtlich ist in diesem Zusammenhang, dass Sammlung, Aufbereitung und Auswertung der zum Teil erheblichen Datenmengen einige Zeit in Anspruch nehmen. Zielsetzung der Europäischen Kommission ist es insoweit, Fehler bei der Beurteilung von Zusammenschlüssen zu vermeiden, was auch im Interesse der Zusammenschlussparteien sowie der sonstigen Marktteilnehmer liegt.

775. Es ist davon auszugehen, dass sich die Europäische Kommission des Spannungsverhältnisses zwischen dem Erfordernis möglichst fundierter Entscheidungen einerseits und einer möglichst straffen Verfahrensführung andererseits bewusst ist. Sie sollte auch weiterhin dafür Sorge tragen, dass z. B. die Anforderung von Einzeldaten mit Augenmaß betrieben und das informelle Vorverfahren nicht unnötig in die Länge gezogen wird. Die betroffenen Unternehmen können ihrerseits zu einer Straffung des Verfahrens beitragen, indem sie frühzeitig sämtliche potenziell entscheidungserheblichen Angaben übermitteln. Darüber hinaus sollten die Zusammenschlussparteien in jedem konkreten Fall abwägen, ob sie eigene quantitative Analysen vorlegen. Naturgemäß überprüft die Europäische Kommission derartige Analysen mittels eigener Berechnungen, was regelmäßig die Anforderung großer Datenmengen sowie einen gewissen zeitlichen Aufwand nach sich zieht.

Der Hinweis darauf, dass der Eintritt in die Pränotifikationsphase freiwillig und keineswegs verpflichtend ist,

⁵⁴⁶ Vgl. ebenda, Rn. 19.

⁵⁴⁷ Vgl. ebenda, Rn. 7, 15.

⁵⁴⁸ Vgl. ebenda, Rn. 17, 18.

⁵⁴⁹ Vgl. ebenda, Rn. 16.

⁵⁵⁰ Vgl. ebenda, Rn. 10.

⁵⁵¹ EuG, Urteil vom 6. Juni 2002, Rs. T-342/99, Slg. 2002, II-2585 „Airtours/Kommission“; Urteile vom 22. Oktober 2002, Rs. T-310/01 und T-77/02, Slg. 2002, II-4071 und II-4201, „Schneider Electric/Kommission“; Urteile vom 25. Oktober 2002, Rs. T-5/02 und T-80/02, Slg. 2002, II-4381 und II-4519, „Tetra Laval/Kommission“.

⁵⁵² Vgl. z. B. die Entscheidung Ryanair/Aer Lingus, die einen Gesamtumfang von 500 Seiten hat. Die Europäische Kommission hat hier neben einer qualitativen Analyse mehrere quantitative Analysen und Umfragen vorgenommen; der entsprechende Anhang der Entscheidung beträgt alleine ca. 100 Seiten. Im Vergleich dazu hatte die erste Untersagungsentscheidung der Europäischen Kommission vom 2. Oktober 1991 in dem Verfahren Aerospatiale/Alenia/De Havilland, IV/M053, einen Umfang von ca. 40 Seiten.

würde nach Auffassung der Monopolkommission allerdings zu kurz greifen. Bei Verzicht auf das informelle Vorverfahren würden sich die Parteien gegen die ausdrückliche Empfehlung der Europäischen Kommission wenden und hätten erhebliche Nachteile zu befürchten, z. B. die erhöhte Wahrscheinlichkeit der Aussetzung des Verfahrens infolge von Auskunftsverlangen oder die Einleitung der zweiten Verfahrensphase, die aus Sicht der Unternehmen gegebenenfalls als belastender als ein etwas längeres Vorverfahren empfunden wird. Zu begrüßen sind demgegenüber Überlegungen der Europäischen Kommission, das informelle Vorverfahren durch interne Maßnahmen weiter zu straffen. Positiv könnte sich z. B. eine Selbstverpflichtung der Dienststellen der Europäischen Kommission auswirken, auf Eingaben der Zusammenschlussparteien jeweils innerhalb weniger Tage zu reagieren.

5.3.2 Parallele Zusammenschlüsse

776. Während des Berichtszeitraums hatte die Europäische Kommission zwei Zusammenschlussvorhaben – Seagate/Samsung sowie Western Digital/Viviti Technologies – zu beurteilen, die dieselben relevanten Märkte betrafen. Bemerkenswert an den beiden Fällen ist der Umstand, dass sie im Abstand von nur einem Tag angemeldet worden sind. Das Vorhaben Seagate/Samsung wurde am 19. April 2011, die Transaktion Western Digital/Viviti Technologies am 20. April 2011 in Brüssel notifiziert. Die Europäische Kommission leitete in beiden Verfahren die zweite Verfahrensphase ein und gab den Zusammenschluss Seagate/Samsung ohne Nebenbestimmungen, den Fall Western Digital/Viviti Technologies unter Bedingungen und Auflagen frei.⁵⁵³ Die Europäische Kommission folgte bei der Beurteilung der beiden Zusammenschlussvorhaben dem Prinzip „first come, first serve“. Sie bewertete demzufolge die zuerst angemeldete Transaktion von Seagate/Samsung ohne Berücksichtigung des geplanten Zusammenschlusses von Western Digital/Viviti Technologies. Bei der Beurteilung des letztgenannten Vorhabens legte sie die Wettbewerbssituation zugrunde, wie sie sich nach dem Vollzug des Zusammenschlusses von Seagate/Samsung darstellen würde.

777. Beide Vorhaben betrafen die globalen Märkte für Festplatten (HDDs) und Festkörperlaufwerke (SDDs) sowie den EWR-weiten Markt für externe Festplatten (XHDDs). Die Europäische Kommission konzentrierte sich insbesondere auf den Markt für HDDs, den sie nach Verwendungszweck (z. B. für Desktops, Mobilcomputer, Server, Spielkonsolen) und nach physischer Laufwerkgröße weiter unterteilte. Auf den relevanten Märkten waren vor den geplanten Zusammenschlüssen maximal fünf Anbieter aktiv; neben den vier Zusammenschlussbeteiligten trat auf einigen Märkten Toshiba als weiterer Anbieter

auf. Die Europäische Kommission prüfte sowohl mögliche nicht koordinierte als auch koordinierte Effekte der angemeldeten Transaktionen.

778. In dem Verfahren Seagate/Samsung schloss die Europäische Kommission nach vertiefter Prüfung sowohl nicht koordinierte als auch koordinierte negative Wettbewerbswirkungen aus. Bei mindestens drei verbleibenden Anbietern hätten die Kunden weiterhin ausreichend Möglichkeiten, den Anbieter zu wechseln. Es sei ferner unwahrscheinlich, dass der Wegfall von Samsung eine Absprache zwischen den verbleibenden HDD-Anbietern nach sich ziehen würde. Schließlich ging die Europäische Kommission davon aus, dass das Vorhaben keine negativen vertikalen Auswirkungen haben würde, da den nicht integrierten Anbietern von externen Festplatten weiterhin eine ausreichende Anzahl an Bezugsquellen verbleiben würde. Das Zusammenschlussvorhaben von Western Digital und Viviti Technologies betrachtete die Europäische Kommission unter der Annahme, dass die Fusion von Seagate und Samsung bereits vollzogen sei. Sie ging daher davon aus, dass vor dem nun zu prüfenden Zusammenschluss auf den Märkten für HDDs noch zwei, maximal drei Anbieter tätig sind. Dies sei problematisch, weil die meisten Abnehmer auf diesen Märkten aus Gründen der Versorgungssicherheit HDDs aus verschiedenen Lieferquellen beziehen. Insofern hielt die Europäische Kommission eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung aufgrund des Zusammenschlusses für wahrscheinlich.

Um die wettbewerblichen Bedenken der Europäischen Kommission auszuräumen, boten Western Digital und Viviti Technologies unter anderem an, wesentliche Produktionsanlagen für bestimmte HDDs samt geistigen Eigentumsrechten zu veräußern. Zudem verpflichteten sie sich zur Lieferung von HDD-Komponenten an die zu veräußernde Unternehmenssparte. Die Europäische Kommission ging davon aus, dass aufgrund dieser Verpflichtungen weder auf dem HDD-Markt noch auf dem nachgelagerten Markt für externe Festplatten negative Wettbewerbswirkungen infolge des Zusammenschlusses eintreten. Eine Up-front-buyer-Zusage soll sicherstellen, dass der Zusammenschluss nur vollzogen wird, wenn zuvor eine bindende Vereinbarung über die Veräußerung der Unternehmensteile mit einem geeigneten, von der Europäischen Kommission gebilligten Käufer geschlossen wurde.

779. Die Europäische Kommission hat sich in den vorliegenden Fällen dafür entschieden, das Prioritätsprinzip – abhängig vom Tag der offiziellen Anmeldung – anzuwenden und die beiden Vorhaben unabhängig voneinander zu bewerten. Diese Entscheidung hat erhebliche Auswirkungen auf die wettbewerbsrechtliche Prüfung des jeweiligen Falles und deren Ergebnis. Während der vorrangig geprüfte Zusammenschluss ohne Nebenbestimmungen genehmigt wurde, gab die Europäische Kommission den später angemeldeten Fall nur unter einer Reihe von Abhilfemaßnahmen frei. Im Extremfall sind – bei Anwendung des Prioritätsprinzips – sogar Konstellationen vorstellbar, in denen das zuerst angemeldete Vorhaben bedingungslos freigegeben wird, während das zweite

⁵⁵³ EU-Kommission, Entscheidungen Seagate/Samsung vom 19. Oktober 2011, COMP/M.6214, und Western Digital/Viviti Technologies vom 23. November 2011, COMP/M.6203; vgl. Pressemitteilungen vom 19. Oktober 2011, IP/11/1213, und vom 23. November 2011, IP/11/1395. Die Entscheidung Western Digital/Viviti Technologies war zum Zeitpunkt des Redaktionsschlusses noch nicht veröffentlicht.

Zusammenschlussverfahren mit einer Untersagung endet. Derartige Konstellationen dürften vor allem dann auftreten, wenn die Zusammenschlussvorhaben Märkte betreffen, die oligopolistisch geprägt sind.

780. Die Fusionskontrollverordnung enthält keine gesetzliche Vorgabe, wie in Fällen paralleler Zusammenschlüsse zu verfahren ist. Die Horizontal-Leitlinien bestimmen lediglich, dass die Europäische Kommission bei der Bewertung der wettbewerblichen Auswirkungen eines Zusammenschlusses die Wettbewerbsbedingungen, die sich aus der angemeldeten Fusion ergeben, mit den Bedingungen vergleicht, wie sie ohne den Zusammenschluss herrschen würden.⁵⁵⁴ Weiter heißt es, dass in den meisten Fällen die zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses vorherrschenden Wettbewerbsbedingungen den Vergleichsmaßstab zur Bewertung des Zusammenschlusses bilden. Unter besonderen Umständen könne die Europäische Kommission jedoch zukünftige Änderungen im Markt berücksichtigen, die mit einiger Sicherheit zu erwarten sind. Bei der Erwägung, welcher Vergleichsmaßstab heranzuziehen ist, könne sie insbesondere den zu erwartenden Marktzugang oder -austritt von Unternehmen im Falle, dass der Zusammenschluss nicht erfolgt, berücksichtigen.

781. Mangels eindeutiger gesetzlicher Grundlage hat die Europäische Kommission prinzipiell zwei Möglichkeiten, mit parallelen Zusammenschlüssen umzugehen. Zum einen kann sie nach dem Prioritätsprinzip vorgehen, was die Bestimmung eines Ereignisses voraussetzt, welches die Priorität begründet. In den dargestellten Fällen hat die Europäische Kommission dieses Prinzip angewendet und die formelle Anmeldung des Zusammenschlussvorhabens als maßgeblich erachtet.

782. Zum anderen kann die Wettbewerbsbehörde einen kombinierten Ansatz wählen und die betreffenden Fusionsvorhaben einer einheitlichen Prüfung unterziehen. In der letztgenannten Weise ist das Bundeskartellamt z. B. in den parallelen Verfahren Shell/DEA und BP/E.ON vorgegangen, in denen unter anderem der deutsche Tankstellenmarkt untersucht wurde.⁵⁵⁵ Die zuständige Beschlussabteilung hielt es in den beiden Verfahren „nicht für gerechtfertigt, die zusätzlichen Konzentrationstendenzen des relevanten Marktes, die durch die Anmeldung eines weiteren konkreten Zusammenschlussvorhabens [...] nachdrücklich bestätigt werden, aus ihrer Bewertung auszublenden. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind bei der Prognoseentscheidung, die bei der Marktbeherrschungsprüfung nach § 36 Absatz 1 GWB anzustellen ist, weitere zu erwartende Verschlechterungen der Wettbewerbsbedingungen zu berücksichtigen ...“.⁵⁵⁶ Das Bundeskartellamt stellte in beiden Fällen die Gefahr oligopolistischer Marktbeherrschung

fest und gab die Zusammenschlüsse nur unter Veräußerungsaufgaben frei. In diesem Zusammenhang führte die Beschlussabteilung aus, dass die erforderliche Dekonzentration des Tankstellenmarktes von den Beteiligten beider Zusammenschlüsse im Verhältnis ihrer Marktanteile zueinander zu erbringen sei.⁵⁵⁷

783. Die Europäische Kommission hat in der Vergangenheit von beiden dargestellten Optionen Gebrauch gemacht.⁵⁵⁸ Mit den jetzt vorliegenden Entscheidungen legt sie sich auf das Prioritätsprinzip fest. In der Entscheidung Seagate/Samsung erläutert die Europäische Kommission, dass eine Zusammenschlusspartei, die als Erste einen Zusammenschluss anzeige, der für sich allein beurteilt keine Wettbewerbsbedenken aufwerfe, das Recht auf eine Freistellung innerhalb der Fristen der Fusionskontrollverordnung habe. Die Europäische Kommission geht in diesem Zusammenhang davon aus, dass ein zweiter, sich abzeichnender Zusammenschluss keine „zukünftige Änderung im Markt“ und keinen „Marktaustritt“ im Sinne der Horizontal-Leitlinien darstellt.⁵⁵⁹ Sie differenziert also zwischen dem Marktaustritt eines Unternehmens aufgrund eines Zusammenschlusses und dem Marktaustritt aus anderen Gründen. Eine solche Unterscheidung erscheint vertretbar, da Ersterer nicht ausschließlich vom Verhalten des betreffenden Unternehmens, sondern von einer entsprechenden Freigabeentscheidung seitens der Europäischen Kommission abhängig ist.

784. Für die Anwendung des Prioritätsprinzips seitens der Europäischen Kommission könnte sprechen, dass es in der Fusionskontrollverordnung keine gesetzliche Grundlage für die gemeinsame Betrachtung von unabhängigen Zusammenschlussvorhaben gibt. Nach Erwägungsgrund 20 FKVO sollten Erwerbsvorgänge, die eng miteinander verknüpft sind, weil sie durch eine Bedingung miteinander verbunden sind oder in Form einer Reihe von innerhalb eines gebührend kurzen Zeitraums getätigten Rechtsgeschäften mit Wertpapieren stattfinden, als ein einziger Zusammenschluss behandelt werden. In Artikel 5 Absatz 2 Unterabsatz 2 FKVO wird eine Regelung für mehrere Erwerbsvorgänge getroffen, die innerhalb von zwei Jahren zwischen denselben Personen oder Unternehmen getätigt werden. Derartige Erwerbsvorgänge werden als ein einziger Zusammenschluss behandelt, der zum Zeitpunkt des letzten Erwerbsvorgangs stattfindet. Eine solche Konstellation liegt hier unzweifelhaft nicht vor. Für das Prioritätsprinzip in Verbindung mit der formellen Anmeldung eines Zusammenschlussvorhabens lässt sich weiter anführen, dass damit eine gewisse Vorhersehbarkeit für die Parteien verbunden ist. Nehmen diese die formelle Notifizierung ihres Vorhabens vor, dürfen sie davon ausgehen, dass Beurteilungsgrundlage für die fusionskontrollrechtliche Prüfung die Verhältnisse zu diesem Zeitpunkt sind, und zwar unabhängig von den möglichen Plä-

⁵⁵⁴ Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (Horizontal-Leitlinien), ABl. EU Nr. C 31 vom 5. Februar 2004, S. 5, Rn. 9.

⁵⁵⁵ BKartA, Beschlüsse vom 19. Dezember 2001, B8-120/01 und B8-130/01.

⁵⁵⁶ Vgl. BKartA, B8-120/01, S. 15 f., und B8-130/01, S. 15.

⁵⁵⁷ Vgl. BKartA, B8-120/01, S. 26, und B8-130/01, S. 26.

⁵⁵⁸ Vgl. die Aufzählung in Drauz, G/Mavroghenis, S./Ashall, S., Recent Developments in EU Merger Control, *Journal of European Competition Law & Practice* 3(1), 2012, S. 52-75, 73.

⁵⁵⁹ Vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 19. Oktober 2011, COMP/M.6203, Rn. 14.

nen anderer Marktteilnehmer. Sie werden damit genauso behandelt wie bei einem Konzentrationsprozess im Zeitablauf, d. h. in dem Fall, in dem die Europäische Kommission erst in der Schlussphase oder (kurz) nach Abschluss eines ersten Fusionskontrollverfahrens von einem zweiten Vorhaben auf demselben relevanten Markt Kenntnis erhält.

Eine kombinierte Betrachtung kann sich zudem als problematisch erweisen, wenn keine „teilbaren“ Abhilfemaßnahmen verfügbar sind. In den erwähnten Tankstellenfällen, die das Bundeskartellamt zu entscheiden hatte, konnte wegen der Vielzahl kleiner Betriebsstätten in beiden Verfahren den jeweiligen Parteien die Veräußerung von mehreren Tankstellen auferlegt werden. Betreffen die parallelen Zusammenschlüsse jedoch Märkte, die z. B. durch große Produktionsanlagen gekennzeichnet sind, kommt eine „Teilung“ der Abhilfemaßnahmen im Verhältnis der Marktanteile möglicherweise nicht in Betracht. Können etwa die bestehenden Wettbewerbsbedenken in beiden Fällen durch die Veräußerung einer einzigen dieser großen Produktionsanlagen ausgeräumt werden, ergibt sich die Frage, welche der Zusammenschlussparteien zur Veräußerung verpflichtet werden kann. Eine Veräußerung mehrerer derartiger Produktionsanlagen könnte die Europäische Kommission wegen des Verhältnismäßigkeitsprinzips jedenfalls nicht verlangen.

785. Den Vorteilen des Prioritätsprinzips steht indes – gerade im europäischen Fusionskontrollrecht – die Gefahr einer gewissen Willkürlichkeit gegenüber. Zwar sind die Zusammenschlussparteien insofern Herren über das Fusionskontrollverfahren, als letztlich sie die Entscheidung über den Zeitpunkt der formellen Anmeldung treffen. Allerdings ist nicht zu verkennen, dass der formellen Notifizierung in der Praxis regelmäßig ein – oft mehrere Monate dauerndes – informelles Verfahren bei der Europäischen Kommission vorausgeht. Üblicherweise warten die Fusionsbeteiligten mit der formellen Notifizierung, bis die Wettbewerbsbehörde „grünes Licht“ gibt. Im vorliegenden Fall ist zu bemerken, dass die Unternehmen Western Digital und Viviti Technologies sogar vor Seagate und Samsung in das informelle Verfahren eingetreten sind. Nach den Erläuterungen der Europäischen Kommission wurden die Vorkontakte mit der Kommission im Fall Seagate/Samsung am 14. März 2011, im Verfahren Western Digital/Viviti Technologies aber bereits am 10. März eingeleitet.⁵⁶⁰ Es ist deshalb nicht auszuschließen, dass von Western Digital und Viviti Technologies übermittelte Informationen dazu führten, dass das informelle Vorverfahren im Fall Seagate/Samsung etwas zügiger abgeschlossen werden konnte. Für eine Mitberücksichtigung des zweiten Zusammenschlussvorhabens spricht ferner, dass auch andere absehbare Änderungen der Unternehmens- oder Markteigenschaften in die Prog-

noseentscheidung der Europäischen Kommission Eingang finden.

786. Die Monopolkommission spricht sich dafür aus, die Entscheidung über die Anwendung des Prioritätsprinzips oder des kombinierten Ansatzes von den Umständen des Einzelfalls abhängig zu machen. In vielen Fällen wird die Wahl des einen oder anderen Ansatzes ohnehin keine Auswirkungen auf das Ergebnis der fusionskontrollrechtlichen Prüfung haben. Derartige Auswirkungen dürften vielmehr vor allem bei oligopolistischen Marktstrukturen auftreten, wo zwar für einen (ersten) Zusammenschluss noch Freigabemöglichkeiten existieren, für einen weiteren Zusammenschluss jedoch kein Spielraum mehr besteht. In einer solchen Konstellation sollte auf die Umstände des jeweiligen Falles abgestellt werden, z. B. auf den Zeitpunkt des Eintritts in das formelle Verfahren, den zeitlichen Abstand zwischen den formellen Anmeldungen sowie auf die Möglichkeit, „geteilte“ Abhilfemaßnahmen aufzulegen.

787. Am 8. August 2011 haben Western Digital und Western Digital Ireland Klage beim Gericht der Europäischen Union erhoben.⁵⁶¹ Sie beantragen unter anderem, die in dem Beschluss der Europäischen Kommission vom 30. Mai 2011 enthaltende Vorrangentscheidung, nach Artikel 6 Absatz 1 lit. c FKVO eine zweite Prüfungsphase im Hinblick auf den geplanten Zusammenschluss zu eröffnen, für nichtig zu erklären. Die Klägerinnen stützen sich auf vier Klagegründe: Erstens sei die Beklagte nicht befugt, eine auf den Zeitpunkt der Anmeldung eines Zusammenschlusses gestützte Vorrangregelung zu übernehmen. Zweitens habe die Beklagte einen Rechtsirrtum begangen und die allgemeinen Grundsätze der Billigkeit und der ordnungsgemäßen Verwaltung verletzt, da die von der Beklagten gewählte Vorrangregelung keine Rechtfertigung im Unionsrecht finde, sich nicht aus der gefestigten Rechtsprechung ergebe und nicht Teil der Fusionskontrollverordnung sei. Die von der Europäischen Kommission gewählte Vorrangregelung verletze allgemeine Rechtsgrundsätze und führe zu nicht tragfähigen politischen Ergebnissen. Drittens habe die Europäische Kommission das Vertrauen der Klägerinnen verletzt, dass der geplante Zusammenschluss anhand der Marktstruktur untersucht werden würde, wie sie zum Zeitpunkt der Unterzeichnung, Ankündigung und Voranmeldung bei der Europäischen Kommission bestanden habe. Viertens habe die Europäische Kommission wesentliche Verfahrensgrundsätze verletzt, indem sie den Klägerinnen nicht offengelegt habe, dass es einen parallelen Zusammenschluss gebe, der dieselben relevanten Märkte betreffe.

788. Es ist zweifelhaft, ob das Gericht der Europäischen Union in der Sache entscheiden und somit weiteren Aufschluss über die Behandlung von parallelen Zusammenschlüssen geben wird, da sich die Klage gegen eine Entscheidung nach Artikel 6 Absatz 1 lit. c FKVO richtet. In dem Verfahren Schneider Electric/Europäische Kommission hatte das Gericht eine Klage gegen eine solche

⁵⁶⁰ Vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 19. Oktober 2011, COMP/M.6203, Rn. 10 f. Darauf weisen auch die von der Europäischen Kommission vergebenen Fall-Nummern hin; Western Digital/Viviti Technologies hat die Fall-Nummer COMP/M.6203, Seagate/Samsung die Fall-Nummer COMP/M.6214.

⁵⁶¹ Rs. T-452/11, ABI. EU Nr. C 305 vom 15. Oktober 2011, S. 6.

Entscheidung, mit der die zweite Verfahrensphase eingeleitet wird, für unzulässig erklärt.⁵⁶² Der Europäische Gerichtshof bestätigte diesen Beschluss.⁵⁶³ Fraglich sind darüber hinaus die Erfolgsaussichten der Klage in materieller Hinsicht. Es ist daran zu erinnern, dass trotz Anwendung des Prioritätsprinzips auch im Fall Seagate/Samsung das Hauptprüfverfahren eröffnet worden ist. Als problematisch würde es sich ferner erweisen, wenn die Rechtsprechung das Prioritätsprinzip im vorliegenden Fall verwerfen und sich für eine kombinierte Beurteilung der beiden Zusammenschlussvorhaben aussprechen würde. Denn die Kommissionsentscheidung in der Sache Seagate/Samsung ist inzwischen bestandskräftig und dürfte jedenfalls bis zur abschließenden Entscheidung des Gerichts auch vollzogen sein.

5.3.3 Kooperation der Wettbewerbsbehörden

5.3.3.1 Kooperation der nationalen Wettbewerbsbehörden der Europäischen Union

789. Im November 2011 haben sich die nationalen Wettbewerbsbehörden der Europäischen Union sowie die Europäische Kommission auf bewährte Verfahrensweisen für den Umgang mit grenzüberschreitenden Zusammenschlüssen, die nicht auf EU-Ebene geprüft werden („Best Practices on Cooperation between EU National Competition Authorities in Merger Review“ – im Folgenden „Best Practices“), verständigt.⁵⁶⁴ Diese haben zum Ziel, die Zusammenarbeit sowie die Weitergabe von Informationen zwischen den nationalen Wettbewerbsbehörden der Europäischen Union in Fällen zu fördern, die nicht von der Europäischen Kommission auf EU-Ebene geprüft werden, sondern von mehreren nationalen Wettbewerbsbehörden zu untersuchen sind.

790. Bereits im Juni 2002 wurde von den European Competition Authorities⁵⁶⁵ ein Verfahrenslitfadens zur gegenseitigen Unterrichtung über mehrfach notifizierte Zusammenschlussvorhaben erstellt.⁵⁶⁶ Dieser sieht vor, dass die nationale Wettbewerbsbehörde die anderen nationalen Wettbewerbsbehörden über eine Anmeldung informiert. Hierbei werden lediglich grundlegende Informationen weitergegeben, wie beispielsweise der Name der Zusammenschlussparteien, der betroffene Wirtschaftssektor, das Datum der Notifikation sowie Name und Kontaktdaten des verantwortlichen Beamten.

⁵⁶² EuG, Beschluss vom 31. Januar 2006, Rs. T-48/03 „Schneider Electric/Kommission“, Slg. 2006, II-00111.

⁵⁶³ EuGH, Beschluss vom 9. März 2007, Rs. C 188/06 P „Schneider Electric/Kommission“, Slg. 2007, I-00035.

⁵⁶⁴ Der Leitfadens zu den bewährten Verfahrensweisen kann unter http://ec.europa.eu/competition/ecn/nca_best_practices_merger_review_en.pdf abgerufen werden.

⁵⁶⁵ Im Forum „European Competition Authorities“ haben sich die Wettbewerbsbehörden der Staaten des Europäischen Wirtschaftsraums, die Europäische Kommission sowie die EFTA-Aufsichtsbehörde zusammengeschlossen.

⁵⁶⁶ The Exchange of Information between Members on Multijurisdictional Mergers, http://ec.europa.eu/com-petition/ecn/eca_information_exchange_procedures_en.pdf

791. Die Best Practices haben zum Ziel, eine Kooperation über diesen grundlegenden Informationsaustausch hinaus festzuschreiben. Durch eine engere Kooperation soll das Prüfungsverfahren vereinfacht und beschleunigt werden. Insbesondere soll durch eine bessere und engere Kooperation erreicht werden, dass die nationalen Wettbewerbsbehörden konsistente und/oder nicht kollidierende Entscheidungen treffen. Dies sei beispielsweise im Hinblick auf die zu treffenden Abhilfemaßnahmen wichtig, da eine von einer nationalen Behörde getroffene Abhilfemaßnahme auch Auswirkungen in den anderen vom Zusammenschluss betroffenen Ländern haben könnte.⁵⁶⁷

792. Die Best Practices sehen vor, dass die vom Zusammenschluss betroffenen nationalen Wettbewerbsbehörden, d. h. diejenigen Behörden, die denselben Zusammenschluss prüfen, enger zusammenarbeiten. Es werden bestimmte Fälle genannt, in denen Zusammenschlüsse ähnliche oder vergleichbare Fragen aufwerfen, in denen eine engere Zusammenarbeit nötig oder angemessen sein könnte. Als eine solche Situation wird beispielsweise der Fall aufgeführt, dass eine Abhilfemaßnahme die wettbewerblichen Bedenken in mehreren Mitgliedstaaten ausräumen soll.⁵⁶⁸

793. Adressat der Best Practices sind jedoch nicht nur die nationalen Wettbewerbsbehörden, sondern auch die Zusammenschlussparteien. So erläutern die Best Practices, dass die effektive Kooperation zwischen den nationalen Wettbewerbsbehörden die Hilfe der Parteien erfordert.⁵⁶⁹ Die Rolle der Parteien wird als entscheidend für eine vertiefte Zusammenarbeit zwischen den nationalen Wettbewerbsbehörden angesehen. So stellen die Best Practices heraus, dass es für eine umfassende und fachlich tief gehende Kooperation zwischen den Wettbewerbsbehörden nötig ist, dass die den Zusammenschluss prüfenden Wettbewerbsbehörden vertrauliche Informationen diskutieren können. Darum werden die Zusammenschlussparteien ermutigt, auf die Einhaltung der Vertraulichkeit gegenüber den anderen Wettbewerbsbehörden, die ebenfalls den Zusammenschluss prüfen, zu verzichten. Ohne eine solche Verzichtserklärung der Parteien können die nationalen Wettbewerbsbehörden keine tief gehenden Diskussionen führen, da sie einander nur nicht vertrauliche Informationen mitteilen dürfen.

794. Die Monopolkommission bewertet die Best Practices grundsätzlich positiv. Die dort vorgesehene Regelung, dass die nationalen Wettbewerbsbehörden nur dann geheimhaltungsbedürftige Informationen über die Zusammenschlussparteien austauschen dürfen, wenn diese ihr Einverständnis erklärt haben und auf die Geheimhaltung dieser Information verzichtet haben, ist eine notwendige Einschränkung, da in der Anmeldung eines Zusammenschlusses sowie in den Akten der jeweiligen nationalen Wettbewerbsbehörde geheimhaltungsbedürftige Unternehmensinformationen und Geschäftsheim-

⁵⁶⁷ Vgl. Best Practices on Cooperation between EU National Competition Authorities in Merger Review, Rn. 2.2 und Rn. 2.3

⁵⁶⁸ Vgl. ebenda, Rn. 3.2.

⁵⁶⁹ Vgl. ebenda, Rn. 5.1.

nisse enthalten sind. Zu kritisieren ist allerdings, dass die Best Practices lediglich eine Absichtserklärung der nationalen Wettbewerbsbehörden darstellen.⁵⁷⁰ Den nationalen Wettbewerbsbehörden hätte in diesem Dokument kein Ermessen im Hinblick auf die Anwendung der Best Practices eingeräumt werden sollen. Die Best Practices hätten vielmehr als ein verpflichtendes Dokument ohne Ermessensspielraum bezüglich der Frage der Anwendbarkeit entworfen werden sollen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass es in manchen Mitgliedstaaten der Europäischen Union noch große Unternehmen gibt, die bestimmte Sonderrechte (unter Umständen auch Monopolrechte) genießen. Es ist daher zu befürchten, dass es nationale Wettbewerbsbehörden gibt, die im Falle eines Zusammenschlusses eines sog. Nationalen Champions ihres Landes mit einem anderen Unternehmen nicht mit den anderen Wettbewerbsbehörden kooperieren möchten, um diesen Nationalen Champion zu schützen. Die optimale Lösung hätte selbstverständlich die Niederlegung dieser Grundsätze in einem legislativen Akt dargestellt; die Monopolkommission sieht allerdings, dass diese Lösung politisch wohl zu schwierig durchzusetzen war. Im Ergebnis sind die Best Practices jedoch als eine zu begrüßende Vertiefung der bisherigen Kooperation zwischen den nationalen Wettbewerbsbehörden zu bewerten.

5.3.3.2 Kooperation mit den US-amerikanischen Wettbewerbsbehörden

795. Die Wettbewerbsdirektion der Europäischen Kommission, die US-amerikanische Federal Trade Commission sowie die US-amerikanische Antitrust Division of the Department of Justice haben sich im Oktober 2011 auf neue Best Practices zur Kooperation in Zusammenschlussverfahren verständigt („Best Practices on Cooperation in Merger Investigation der US-EU Merger Working Group“ – im Folgenden Best Practices 2011).⁵⁷¹ Dieselben Behörden hatten bereits 2002 bewährte Verfahrensweisen veröffentlicht,⁵⁷² welche sie in den jetzigen Best Practices überarbeitet haben. Die Best Practices behandeln Verfahrensweisen zur Zusammenarbeit in Fällen, in denen eine US-Behörde und die Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission denselben Zusammenschluss prüfen. Insbesondere ist dargelegt, wie diese Zusammenarbeit ausgestaltet werden soll, beispielsweise ist erläutert, in welchen Verfahrensschritten die Behörden eine Konsultation der anderen Behörde für nutzbringend halten und wer in diesen Konsultationen

⁵⁷⁰ Vgl. ebenda, Rn. 1.2: „This document [...] sets out the Best Practices which the NCAs, to the extent consistent with their respective laws and enforcement priorities, aim to follow when they review the same merger transaction.“ sowie Rn. 1.3: „This document is intended to provide a non-binding reference for cooperation between NCAs. NCAs reserve their full discretion in the implementation of these Best Practices and nothing in this document is intended to create new rights or obligations which may fetter that discretion.“

⁵⁷¹ Best practices on cooperation in merger investigations, http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/best_practices_2011_en.pdf

⁵⁷² Best practices on cooperation in merger investigations, http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/best_practices_2002_en.pdf

teilnimmt. Die Best Practices 2011 enthalten im Vergleich zu den Best Practices 2002 eine ausführlichere Beurteilung der Frage, welche Rolle die Parteien spielen können, um die Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden zu vereinfachen, sowie eine detailliertere Behandlung der Abhilfemaßnahmen und deren Ausgestaltung.

796. Die Monopolkommission beurteilt die engere Zusammenarbeit zwischen internationalen Wettbewerbsbehörden positiv. Eine engere Zusammenarbeit kann – durch sachliche Diskussionen des Zusammenschlusses – die Effizienz der Zusammenschlussprüfung für die Wettbewerbsbehörden erhöhen sowie durch die zeitliche Abstimmung der Entscheidungen die Last, die durch die Ungewissheit über den Ausgang des Verfahrens auf den Zusammenschlussparteien liegt, verringern.

5.4 Erweiterung des Zusammenschlussstatbestands in der Fusionskontrollverordnung?

797. Während des Berichtszeitraums wurde – erneut – die Diskussion über eine mögliche Erweiterung des Anwendungsbereichs der europäischen Fusionskontrolle angestoßen. Infrage steht, ob der Zusammenschlussbegriff des Artikel 3 FKVO auf Minderheitsbeteiligungen ausgedehnt werden soll, mit denen kein Kontrollerwerb verbunden ist.

798. Den aktuellen Anlass für diese Diskussion bildet das Zusammenschlussvorhaben Ryanair/Aer Lingus, das die Europäische Kommission am 27. Juni 2007 untersagte.⁵⁷³ Gegenstand des Vorhabens war der mehrstufige Erwerb des gesamten Kapitals von Aer Lingus durch Ryanair. Ryanair hielt zunächst ca. 19 Prozent, zum Zeitpunkt der Untersagung etwa 25 Prozent der Anteile an Aer Lingus und erhöhte seine Beteiligung nach Erlass der Verbotsentscheidung durch die Europäische Kommission nochmals auf nun ungefähr 29 Prozent. Aer Lingus ersuchte die Europäische Kommission mehrmals um Einleitung eines Entflechtungsverfahrens, was diese mit Entscheidung vom 11. Oktober 2007 ablehnte.⁵⁷⁴ Die Europäische Kommission hielt sich für unzuständig, da die Minderheitsbeteiligung in Höhe von ca. 29 Prozent nicht mit einem Kontrollerwerb einhergehe und somit keinen Zusammenschluss im Sinne des Artikel 3 FKVO darstelle. Auf die Klage von Aer Lingus bestätigte das Gericht der Europäischen Union diese Auffassung, stellte aber ausdrücklich fest, dass es den Mitgliedstaaten freistehe, die Beteiligung von Ryanair nach ihren jeweiligen nationalen Fusionskontrollregeln zu prüfen.⁵⁷⁵ Im weiteren Verlauf hat die britische Wettbewerbsbehörde Office of Fair Trading (OFT) die Minderheitsbeteiligung von Ryanair an Aer Lingus zum Anlass einer Verfahrensein-

⁵⁷³ EU-Kommission, Entscheidung vom 27. Juni 2007, COMP/M.4439; vgl. hierzu und zur Rechtsprechung des Gerichts der Europäischen Union Tz. 986 ff.

⁵⁷⁴ EU-Kommission, Entscheidung vom 11. Oktober 2007, C(2007) 4600.

⁵⁷⁵ EuG, Urteil vom 6. Juli 2010, Rs. T-411/07.

leitung gemacht.⁵⁷⁶ Das Verfahren ist noch nicht abgeschlossen.

799. Im März 2011 griff Wettbewerbskommissar Almunia in einem Vortrag das Thema Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb auf und sprach davon, dass wahrscheinlich eine Anwendungslücke im europäischen Fusionskontrollrecht vorliege. Es sei nun die Frage zu klären, ob das Thema bedeutend genug sei, um Maßnahmen zu treffen, mit der die „Lücke“ geschlossen werde.⁵⁷⁷ Im Juli und im Oktober 2011 hat die Europäische Kommission die Beschaffung von Daten für die Beurteilung der Bedeutung von Minderheitsbeteiligungen in der Europäischen Union ausgeschrieben.⁵⁷⁸ Die durch die Ausschreibungen gewonnenen Daten sollen es ihr ermöglichen, sich ein Bild über die derzeit bestehenden Minderheitsbeteiligungen sowie über die diesbezüglichen Transaktionen innerhalb der letzten fünf bzw. zehn Jahre zu verschaffen. Erfasst werden sollen alle direkten und indirekten Minderheitsbeteiligungen unter 50 Prozent, die nicht mit einem Kontrollerwerb im Sinne der Fusionskontrollverordnung einhergehen. Die im Juli 2011 ausgeschriebene Studie soll der Generaldirektion Wettbewerb unter anderem Hinweise dafür liefern, in welchem Umfang Minderheitsbeteiligungen zwischen Unternehmen in demselben Wirtschaftssektor bestehen, und zwar auf horizontaler und vertikaler Ebene. Rein finanzielle Investments seien von geringerem Interesse. Daneben will die Europäische Kommission Informationen darüber erhalten, welche Transaktionen eine „gemeinschaftsweite“ Bedeutung in Bezug auf die Größe der beteiligten Unternehmen und eventuelle grenzüberschreitende Auswirkungen hatten. Die im Oktober 2011 ausgeschriebene Studie soll die Europäische Kommission – soweit möglich – in die Lage versetzen, die potenziellen Einflussmöglichkeiten des jeweiligen Minderheitsgesellschafters im Zielunternehmen einzuschätzen. Entsprechende Informationen könnten sich insbesondere auf den Streuungsgrad der übrigen Anteilsrechte oder auf die Befugnisse zur Besetzung von Leitungsgremien oder Managementposten beziehen.

800. Die Europäische Kommission hatte bereits im Jahr 2001 Überlegungen angestellt, ihre Zuständigkeit auf Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb auszudehnen.⁵⁷⁹ Sie verwarf damals entsprechende Pläne in der Annahme, dass es nur bei wenigen derartiger Trans-

aktionen zu Wettbewerbsproblemen kommen würde, die sich nicht mittels Kartellaufsicht oder Missbrauchskontrolle lösen ließen. Außerdem äußerte die Europäische Kommission Zweifel, ob eine geeignete Definition gefunden werden könne, um die problematischen Fälle aus der Vielzahl von Minderheitsbeteiligungen herauszufiltern.

In jüngerer Zeit haben sich auch andere Wettbewerbsbehörden und Institutionen mit den wettbewerblichen Auswirkungen von Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb befasst. Beispielhaft genannt sei die Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), die Wettbewerbsprobleme im Zusammenhang mit Minderheitsbeteiligungen im Februar 2008 diskutierte.⁵⁸⁰ Außerdem gab die britische Wettbewerbsbehörde ein Gutachten zu den Wettbewerbswirkungen von Minderheitsbeteiligungen an Wettbewerbern in Auftrag, das im Jahr 2010 veröffentlicht wurde.⁵⁸¹

801. Unter dem Begriff der Minderheitsbeteiligung ist jede Beteiligung an einem anderen Unternehmen zu verstehen, die weniger als 50 Prozent der Stimm- oder Anteilsrechte dieses Zielunternehmens umfasst. Minderheitsbeteiligungen können einseitig oder gegenseitig und direkt oder indirekt gehalten werden. Zum Teil gehen sie mit dem Erwerb der alleinigen oder gemeinsamen Kontrolle an dem Zielunternehmen einher, zum Teil stellen sie rein passive Investments dar.

802. Ob Minderheitsbeteiligungen vom Zusammenschlussbegriff in Artikel 3 FKVO erfasst werden, hängt davon ab, ob mit ihrem Erwerb eine dauerhafte Veränderung der Kontrolle am Zielunternehmen verbunden ist. Die alleinige oder gemeinsame Kontrolle im Sinne der Fusionskontrollverordnung wird gemäß Artikel 3 Absatz 2 FKVO durch Rechte, Verträge oder andere Mittel begründet, die einzeln oder zusammen unter Berücksichtigung aller tatsächlichen oder rechtlichen Umstände die Möglichkeit gewähren, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines Unternehmens auszuüben. Eine Minderheitsbeteiligung kann die alleinige Kontrolle über das Zielunternehmen begründen, wenn diese Beteiligung mit besonderen Rechten, z. B. der Befugnis, mehr als die Hälfte der Aufsichtsrats- oder Vorstandsmitglieder zu ernennen, verbunden ist.⁵⁸² Die alleinige Kontrolle kann auch ein Minderheitsgesellschafter haben, der aufgrund der besonderen Organisationsstruktur – z. B. als Komplementär – berechtigt ist, die Geschäfte des Unternehmens zu leiten. Ein Minderheitsgesellschafter kann darüber hinaus faktisch ein Unternehmen allein kontrollieren, etwa wenn es angesichts des Umfangs seiner Beteiligung und unter Berücksichtigung der Anzahl der Gesellschafter, die

⁵⁷⁶ Im Oktober 2010 hat das Office of Fair Trading wegen der Beteiligung von Ryanair in Höhe von 29,82 Prozent an Aer Lingus ein Zusammenfassungsverfahren eingeleitet; vgl. OFT, Press Release 112/10, 29. Oktober 2010, <http://www.oft.gov.uk/news-and-updates/press/2010/112-10>

⁵⁷⁷ Almunia, J., EU merger control has come of age, speech at conference „Merger Regulation in the EU after 20 years“, Commission/IBA, Büssel, 10. März 2011, S. 6, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/11/166&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

⁵⁷⁸ EU-Kommission, COMP/2011/016 – Study on the importance of minority shareholdings in the EU und COMP/2011/029 – Provision of data on the importance of minority shareholdings in the EU, http://ec.europa.eu/competition/calls/tenders_closed.html

⁵⁷⁹ EU-Kommission, Grünbuch über die Revision der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 11. Dezember 2001, KOM(2001) 745, 11. Dezember 2001, Rn. 109.

⁵⁸⁰ OECD, Policy Roundtables, Minority Shareholdings 2008, DAF/COMP(2008)30, 23. Juni 2009, <http://www.oecd.org/dataoecd/40/38/41774055.pdf>

⁵⁸¹ OFT, Minority interests in competitors, A research report prepared by DotEcon Ltd, March 2010, OFT 1218, http://www.oft.gov.uk/shared_of/economic_research/oft1218.pdf

⁵⁸² Vgl. Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EU Nr. C 43 vom 21. Februar 2009, S. 10, Rn. 56 ff.

in früheren Jahren an Hauptversammlungen teilgenommen haben, sehr wahrscheinlich ist, dass er in den kommenden Hauptversammlungen eine Mehrheit bekommen wird. In dieser Konstellation ist für die Bewertung insbesondere ausschlaggebend, ob die verbleibenden Anteile weit gestreut sind und ob andere Gesellschafter ein strategisches oder rein finanzielles Interesse an dem Zielunternehmen haben.

Die gemeinsame Kontrolle über ein anderes Unternehmen können zwei Minderheitsgesellschafter z. B. dann haben, wenn sie über die Mehrheit der Stimmrechte verfügen und bei deren Ausübung gemeinsam handeln. Zusammen mit einem Mehrheitsgesellschafter kann gemeinsame Kontrolle ausgeübt werden, wenn Ersterer in starkem Maße von dem Minderheitsgesellschafter abhängig ist, etwa aufgrund von dessen Know-how oder finanzieller Ressourcen. Auch Vetorechte bezüglich strategischer Entscheidungen, die das Budget, den Geschäftsplan, größere Investitionen und die Besetzung der Unternehmensleitung betreffen, können einem Minderheitsgesellschafter Kontrolle vermitteln.⁵⁸³

803. Sofern mit einer Minderheitsbeteiligung kein dauerhafter Kontrollwerb verbunden ist (sog. passives Investment), kann die Europäische Kommission den Erwerb dieser Beteiligung nicht als Zusammenschluss aufgreifen und der fusionskontrollrechtlichen Prüfung unterziehen. Im Rahmen der Beurteilung von Zusammenschlüssen im Sinne der Fusionskontrollverordnung können indes bestehende Minderheitsbeteiligungen der Zusammenschlussparteien in verschiedener Hinsicht berücksichtigt werden. Zum einen können Minderheitsbeteiligungen, die eine der Zusammenschlussparteien an einem weiteren Wettbewerber oder – im Vertikalverhältnis – an einem Lieferanten oder Abnehmer hält, die wettbewerbliche Einschätzung des geplanten Zusammenschlusses beeinflussen. Zum anderen kann die Europäische Kommission bei Wettbewerbsbedenken gegen einen Zusammenschluss die Veräußerung derartiger Minderheitsbeteiligungen zur Bedingung einer Freigabeentscheidung machen. Die Veräußerung von Minderheitsbeteiligungen kann prinzipiell auch in Fällen aufgegeben werden, in denen ein bereits vollzogener Zusammenschluss entflochten werden muss.

804. Einen Sonderfall bildet eine Minderheitsbeteiligung ohne Kontrollwerb im Rahmen eines mehrstufigen Zusammenschlusses. Eine solche Konstellation lag im Fall Ryanair/Aer Lingus vor. Sobald ersichtlich ist, dass über die Minderheitsbeteiligung hinaus ein Kontrollwerb angestrebt wird, kann die Europäische Kommission die bestehende Minderheitsbeteiligung als Teil eines einheitlichen Zusammenschlusses mit der Folge beurteilen, dass z. B. das Vollzugsverbot des Artikel 7 FKVO anwendbar ist. Wird der Zusammenhang zwischen den einzelnen Zusammenschlussritten wieder aufgehoben – etwa durch eine Untersagungsverfügung der Europäischen Kommission oder die freiwillige Aufgabe des Fu-

sionsvorhabens –, unterliegt die bestehende Minderheitsbeteiligung nicht mehr der Fusionskontrollverordnung. Eine Entflechtung der Beteiligung gemäß Artikel 8 FKVO ist demgemäß nicht möglich.

805. Die Wettbewerbstheorie zeigt, dass Minderheitsbeteiligungen zwischen Konkurrenten und im Vertikalverhältnis das Potenzial für negative Wettbewerbswirkungen haben, weil der Minderheitsgesellschafter seine geschäftlichen Entscheidungen nicht mehr völlig unabhängig trifft, sondern die Wirkungen seines Verhaltens auf das Zielunternehmen berücksichtigt.⁵⁸⁴ Daraus können sowohl nicht koordinierte als auch koordinierte Effekte resultieren.⁵⁸⁵ Wettbewerbsbeeinträchtigende Wirkungen sind vor allem in oligopolistischen Märkten mit wesentlichen Marktzugangsbarrieren zu befürchten.

806. Nicht koordinierte Effekte können auftreten, sofern die Minderheitsbeteiligung die Anreize der beteiligten Unternehmen zu wettbewerblichem Verhalten beeinflusst. So wird ein Minderheitsgesellschafter regelmäßig berücksichtigen, dass finanzielle Verluste des Zielunternehmens dazu führen, dass seine Beteiligung an Wert verliert. Daher können die Anreize des Minderheitsgesellschafters, dem Zielunternehmen aggressiven Wettbewerb zu machen, abnehmen. Der Minderheitsgesellschafter kann außerdem Anreize haben, seine Produktionsmenge zu reduzieren und die Preise zu erhöhen, weil er seine diesbezüglichen Verluste oder Teile davon über sein Investment am Zielunternehmen zurückerhält.

807. Minderheitsbeteiligungen können unter bestimmten Umständen auch ausdrückliche oder stillschweigende Kollusion erleichtern. Eine solche Möglichkeit besteht, wenn der Minderheitsgesellschafter durch seine Beteiligung Zugang zu nicht öffentlichen Informationen des Zielunternehmens, z. B. über Preise, Kosten und künftige Strategien, erhält. Ein derartiger Zugang trägt zu einer Erhöhung der Transparenz bei, was einerseits ein gemeinsames Vorgehen und andererseits die Aufdeckung eines abweichenden Verhaltens erleichtern kann. Zudem können die Anreize des Zielunternehmens, von dem kollusiven Verhalten abzuweichen, vermindert werden, weil es seine Gewinne mit dem Minderheitsgesellschafter teilen muss. Darüber hinaus haben Investments in Konkurrenzunternehmen gegenüber den übrigen Marktteilnehmern möglicherweise eine Art Signalwirkung; sie lassen sich dahin

⁵⁸³ Vgl. ebenda, Rn. 65 ff.

⁵⁸⁴ Vgl. z. B. Reynolds, R. J./Snapp, B. R., The Competitive Effects of Partial Equity Interests and Joint Ventures, *International Journal of Industrial Organization* 4(2), 1986, S.141–153; Farrell, J./Shapiro, C., Asset Ownership and Market Structure in Oligopoly, *Rand Journal of Economics* 21(2), 1990, S. 275–292; O'Brien, D. P./Salop, S. C., Competition Effects of Partial Ownership: Financial Interest and Corporate Control, *Antitrust Law Journal* 67, 2000, S. 559–610; Charley-Lepers, P./Fagart, M.-C./Souam, S., Incentives for Partial Acquisitions and Real Market Concentration, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 165(3), 2009, S. 508–534; Karle, H./Klein, T. J./Stahl, Konrad O., Ownership and Control in a Competitive Industry, ZEW Discussion Paper No. 11-071, Mannheim 2011.

⁵⁸⁵ Vgl. neben Reynolds, R. J./Snapp, B. R., a. a. O., auch Malueg, D., Collusive Behavior and Partial Ownerships of Rivals, *International Journal of Industrial Organization* 10(1), 1992, S. 27–34, und Gilo, D./Moshe, Y./Spiegel, Y., Partial Cross Ownership and Tacit Collusion, *Rand Journal of Economics*, 37(1), 2006, S. 81–99.

gehend interpretieren, dass der Minderheitsgesellschafter beabsichtigt, seine Wettbewerbsanstrengungen in Zukunft zu reduzieren.

808. Unbestritten ist allerdings ebenfalls, dass nicht aus jeder Minderheitsbeteiligung Wettbewerbsbeeinträchtigungen folgen. Der Umfang und die Wahrscheinlichkeit von negativen Wettbewerbswirkungen hängen vielmehr entscheidend von einer ganzen Reihe von Faktoren ab. Solche Faktoren können struktureller Natur sein und betreffen etwa den Konzentrationsgrad auf dem relevanten Markt, die Marktanteile der jeweiligen Unternehmen sowie das Vorliegen von Marktzugangshindernissen. Relevant ist ferner, wie homogen oder heterogen die relevanten Produkte sind, inwiefern Substituierbarkeit zwischen den Produkten des Minderheitsgesellschafters und des Zielunternehmens und welche „diversion ratio“⁵⁸⁶ zwischen ihnen besteht. Von Bedeutung ist darüber hinaus die Höhe der jeweiligen Minderheitsbeteiligung, ob die Beteiligung einseitig oder gegenseitig ist, ob ein besonders aggressiver Wettbewerber (sog. „maverick“) eine solche Beteiligung hält und wie viele Unternehmen auf dem relevanten Markt tätig sind, zwischen denen strukturelle Beziehungen existieren. Schließlich spielen die Verfügbarkeit von Informationen über das Zielunternehmen, welche die Entscheidungen des Minderheitsgesellschafters beeinflussen können, und die Möglichkeit des Minderheitsgesellschafters, die mit der Beteiligung verbundenen Vorteile zu nutzen, sowie das Maß des Einflusses über die Managemententscheidungen des Zielunternehmens eine Rolle.⁵⁸⁷

Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass mit Minderheitsbeteiligungen auch gewisse Effizienzgewinne verbunden sein können. Beispielhaft seien die Diversifizierung von Kosten und Risiken, die Erleichterung beim Zugang zu neuen Märkten und Vorteile bei gemeinsamer Forschung und Entwicklung genannt.

809. Für die Beantwortung der Frage, ob der Anwendungsbereich der Fusionskontrollverordnung auf Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb ausgedehnt werden soll, ist eine Nutzen-Kosten-Abwägung vorzunehmen. Der zu erwartende Nutzen einer fusionskontrollrechtlichen Erfassung von derartigen Beteiligungen liegt im Wesentlichen darin, dass das Auftreten negativer Wettbewerbseffekte verhindert wird. Daneben könnte sich die Harmonisierung der Fusionskontrollverordnung mit dem Recht einiger Mitgliedstaaten und der USA, die eine Kontrolle von Minderheitsbeteiligungen vorsehen, als positiv erweisen. Gegebenenfalls würden weitere Mitgliedstaaten, die Minderheitsbeteiligungen bislang nicht fusionskontrollrechtlich erfassen, ihre Vorschriften an die europäischen Regelungen anpassen und so zu einer weitgehenden Harmonisierung des Wettbewerbsrechts innerhalb der Europäischen Union beitragen. Schließlich könnte insbesondere die Einführung einer quantitativen Eingriffsschwelle dazu führen, dass der Prüfungsaufwand

der Europäischen Kommission im Rahmen einzelner Fusionskontrollverfahren geringer ausfällt als bisher. Denn in Fällen, in denen offensichtlich keine wettbewerblichen Probleme bestehen, die Frage des Zusammenschlusstatbestands in Form des Kontrollerwerbs indes schwierig zu lösen ist, könnte der damit verbundene Prüfungsaufwand entfallen.

810. In Bezug auf den zu erwartenden Nutzen ist einschränkend festzuhalten, dass viele Fälle, in denen Minderheitsbeteiligungen erworben werden, wettbewerblich unproblematisch sind. Negative Wettbewerbswirkungen sind nur unter bestimmten Umständen zu erwarten; zudem können sie im Einzelfall durch Effizienzgewinne ausgeglichen werden.

811. Zu beachten ist ferner, dass einige der wettbewerblich problematischen Konstellationen jedenfalls prinzipiell im Wege der Kartellaufsicht und der Missbrauchskontrolle gemäß Artikel 101, 102 AEUV erfasst werden können. Hierbei ist wiederum zu berücksichtigen, dass die Praxis nur wenige entsprechende Entscheidungen aufweist. Ursächlich hierfür sind Schwierigkeiten bei der Anwendung von Artikel 101 AEUV, die sich etwa daraus ergeben, dass zwischen Erwerber und Zielunternehmen eine Vereinbarung nachgewiesen werden muss. Eine solche Vereinbarung kann z. B. bei einem Aktienerwerb über die Börse nicht angenommen werden. Hürden bei der Anwendung von Artikel 102 AEUV ergeben sich daraus, dass Adressaten der Regelung nur marktbeherrschende Unternehmen sind; die Probleme beim Nachweis eines missbräuchlichen Verhaltens sind hinlänglich bekannt. Als nachteilig könnte es sich ferner auswirken, dass Kartellaufsicht und Missbrauchskontrolle im Gegensatz zur Fusionskontrolle erst nachträglich eingreifen.

812. Der Erwerb von Minderheitsbeteiligungen wird auch von einigen nationalen Jurisdiktionen erfasst. Entsprechende Regelungen enthalten z. B. die Wettbewerbsgesetze der USA, Großbritanniens und Deutschlands. In den USA unterliegen prinzipiell alle Minderheitsbeteiligungen der wettbewerbsrechtlichen Kontrolle. Eine Ausnahme („safe harbour“) besteht für solche Beteiligungen, die ausschließlich zu Investmentzwecken erworben werden. In Großbritannien ist das Tatbestandsmerkmal der „material influence“ entscheidend, dessen Vorliegen bei einer Minderheitsbeteiligung in Höhe von 25 Prozent oder mehr vermutet wird. Im Übrigen ist eine Gesamtbetrachtung aller erheblichen Umstände vorzunehmen. In Deutschland existieren zwei Zusammenschlusstatbestände, die Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb erfassen.⁵⁸⁸ Mit § 37 Absatz 1 Nummer 3 lit. b GWB existiert ein quantitativer Tatbestand, der beim Erwerb von 25 Prozent des Kapitals oder der Stimmrechte

⁵⁸⁶ Unter der „diversion ratio“ (Umlenkungskennziffer) ist die Nachfragemenge zu verstehen, die das Zielunternehmen im Falle eines Preisanstiegs seitens des Minderheitsgesellschafters (oder umgekehrt) auf sich ziehen würde.

⁵⁸⁷ Vgl. OECD, Policy Roundtables, Minority Shareholdings 2008, S. 9.

⁵⁸⁸ Der Anteil der angemeldeten Zusammenschlüsse im Zusammenhang mit Minderheitsbeteiligungen im Vergleich zu allen angemeldeten Zusammenschlüssen beträgt etwa 10 Prozent. Die Anzahl der Anmeldungen nach § 37 Absatz 1 Nummer 4 GWB ist sehr gering, durchschnittlich ca. 15 pro Jahr. Sie repräsentieren weniger als 1 Prozent aller angemeldeten Zusammenschlüsse, aber mehr als 10 Prozent aller Verbotsentscheidungen; vgl. hierzu Bardong, A., Merger control and minority shareholdings: Time for a change? The German Experience, Concurrences N° 3-2011, S. 32–36.

des Zielunternehmens eingreift. Gemäß § 37 Absatz 1 Nummer 4 GWB ist ein Zusammenschluss bei jeder sonstigen Verbindung von Unternehmen, aufgrund derer ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen wettbewerblich erheblichen Einfluss auf das Zielunternehmen ausüben können, gegeben. Ob ein wettbewerblich erheblicher Einfluss vorliegt, hängt von den gesamten Umständen des konkreten Falles ab. Ein Zusammenschluss nach § 37 Absatz 1 Nummer 4 GWB kann beispielsweise bejaht werden, wenn der Minderheitsgesellschafter die Befugnis zur Besetzung von Leitungsgremien oder beträchtliche Vetorechte hat, über besonderes Know-how im Vergleich zu anderen Anteilseignern verfügt oder wichtige Geschäftsbeziehungen zum Zielunternehmen unterhält. Eine Mindesthöhe der Beteiligung wird hingegen nicht vorausgesetzt.

Eine Befassung der mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden kann sich vor allem dann als belastend für die beteiligten Unternehmen auswirken, wenn die Minderheitsbeteiligung – im Rahmen eines mehrstufigen Kontrollerwerbs – zunächst von der Europäischen Kommission geprüft wurde. Dies belegt der Fall Ryanair/Aer Lingus, in dem die britische Wettbewerbsbehörde im Oktober 2010 ein Verfahren einleitete, das bis heute nicht abgeschlossen ist.⁵⁸⁹

813. Die Kosten einer Erweiterung des fusionskontrollrechtlichen Anwendungsbereichs ergeben sich in erster Linie aus der zusätzlichen bürokratischen Belastung der Unternehmen und der Wettbewerbsbehörde sowie der Gefahr der Überregulierung. Kosten, die mit einer Ausweitung der europäischen Zusammenschlusskontrolle einhergehen, bestehen zunächst in der Belastung der Unternehmen mit einem behördlichen Verfahren, das eine umfangreiche Anmeldung und häufig die Übermittlung weiterer Informationen erfordert, die Einschaltung von Anwälten und ökonomischen Experten notwendig macht und eine nicht unerhebliche Zeitspanne in Anspruch nimmt. Außerdem darf der Zusammenschluss während des Verfahrens nicht vollzogen werden. Aufseiten der Europäischen Kommission entsteht zusätzlicher Prüfungsaufwand. Hinzu treten die Kosten der Rechtsunsicherheit, weil die betroffenen Unternehmen nicht von vornherein wissen, wie die fusionskontrollrechtliche Prüfung ihres Vorhabens endet. Daneben besteht die Gefahr einer Überregulierung, die dazu führen kann, dass wettbewerblich erwünschte Minderheitsbeteiligungen unterbleiben. Ein neuer Aufgreifstatbestand könnte schließlich zu Rechtsunsicherheit und Inkohärenz im Hinblick auf den bisherigen Aufgreifstatbestand des Kontrollerwerbs führen.

814. Vor diesem Hintergrund ist eine Regelung anzustreben, die einerseits negativen Wettbewerbseffekten infolge von Minderheitsbeteiligungen wirksam begegnet, andererseits den Unternehmen und der Europäischen Kommission möglichst geringe bürokratische Lasten auferlegt, Überregulierung vermeidet und ein hohes Maß an Rechtssicherheit gewährleistet. Als ganz maßgebend

dürfte sich insoweit die verfahrensrechtliche Ausgestaltung einer Regelung erweisen, die Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb der Fusionskontrollverordnung unterstellt.

815. Im Hinblick auf einen möglichen Aufgreifstatbestand ist zwischen der Einführung eines quantitativen Zusammenschlusstatbestands wie in § 37 Absatz 1 Nummer 3 lit. b GWB und eines qualitativen Tatbestands wie im US-amerikanischen und im britischen Recht sowie in § 37 Absatz 1 Nummer 4 GWB abzuwägen. Zudem besteht die Möglichkeit, beide Tatbestände – wie im deutschen Recht – zu kombinieren. Jede dieser Lösungen weist Vor- und Nachteile auf. Für die quantitative Lösung spricht ein hohes Maß an Rechtsklarheit und Vorhersehbarkeit aufseiten der Unternehmen sowie die leichte Handhabbarkeit aus Sicht der Wettbewerbsbehörde. Ein offensichtlicher Nachteil besteht in der damit verbundenen Umgehungsgefahr. Betroffene Unternehmen können einen solchen Tatbestand leicht umgehen, indem sie Beteiligungen erwerben, die knapp unterhalb der festgelegten Grenze liegen. Derartige Verhaltensweisen haben in Deutschland dazu geführt, dass zusätzlich der qualitative Zusammenschlusstatbestand des § 37 Absatz 1 Nummer 4 GWB eingeführt wurde. Die beschriebene Gefahr ließe sich allerdings abmildern, indem die quantitative Schwelle unterhalb von 25 Prozent angesetzt wird. Vorstellbar ist in diesem Zusammenhang z. B. eine Schwelle von 15 Prozent oder 10 Prozent. Gegen eine quantitative Aufgreifschwelle spricht allerdings auch der damit verbundene formalistische Ansatz, der in gewissem Widerspruch zu dem auswirkungsbasierten Ansatz steht, der seit einigen Jahren im europäischen Fusionskontrollrecht verfolgt wird.

816. Ein qualitativer Tatbestand, der auf dem Kriterium des „wettbewerblich erheblichen Einflusses“ des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder auf dem „material influence“-Erfordernis des britischen Wettbewerbsrechts basieren könnte, vermeidet das Problem zu großer Formalisierung und räumt die Gefahr der Gesetzesumgehung weitgehend aus. Diese Vorteile gehen indes mit größerer Rechtsunsicherheit einher, die mithilfe von Leitlinien der Europäischen Kommission abgemildert werden müsste. Hierin wären die Faktoren zu erläutern, die das Vorliegen des qualitativen Zusammenschlusstatbestands begründen.

817. Bei allen drei möglichen Alternativen – quantitative, qualitative oder kombinierte Aufgreifschwelle – wäre in Erwägung zu ziehen, die Anwendung der Fusionskontrollverordnung von zusätzlichen Kriterien abhängig zu machen. Auf diese Weise könnte die Belastung für Unternehmen und Wettbewerbsbehörde gering gehalten und die Anwendung der Fusionskontrollverordnung auf die Minderheitsbeteiligungen fokussiert werden, die eine hohe Wahrscheinlichkeit negativer Auswirkungen aufweisen. Sachgerecht könnte eine Einschränkung des Anwendungsbereichs z. B. auf Minderheitsbeteiligungen von Unternehmen sein, bei denen mindestens eines über Marktmacht verfügt oder die auf hochkonzentrierten Märkten tätig sind. Problematisch an einer solchen Regelung ist jedoch, dass die Frage der prinzipiellen Anwend-

⁵⁸⁹ Vgl. Tz. 798.

barkeit der fusionskontrollrechtlichen Vorschriften von Faktoren abhängen würde, die Teil der materiellen Prüfung sind.

818. Eine weitere Möglichkeit zur Fokussierung der Fusionskontrollverordnung auf wettbewerbsbeeinträchtigende Minderheitsbeteiligungen ist die Festlegung von Ausnahmetatbeständen, sog. „safe harbours“. Entsprechend dem US-amerikanischen Wettbewerbsrecht könnte z. B. eine Ausnahme für reine Finanzinvestments im Gesetz verankert werden. Im Hinblick auf zu erwartende Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen reinen Finanzinvestments und sonstigen Minderheitsbeteiligungen ließe sich die Vorausehbarkeit der behördlichen Entscheidungen mittels entsprechender Leitlinien der Europäischen Kommission steigern. Da die Wettbewerbstheorie auch davon ausgeht, dass die negativen Wettbewerbseffekte von Minderheitsbeteiligungen von deren Höhe abhängen, könnte auch ein quantitativ ausgerichteter Ausnahmetatbestand – etwa in Höhe von 5 Prozent – in Betracht kommen.

819. Im Falle einer weitergehenden Erfassung von Minderheitsbeteiligungen könnte die Vorhersehbarkeit im Hinblick auf die Anwendbarkeit der Fusionskontrollverordnung mithilfe von Leitlinien der Europäischen Kommission erhöht werden. Diese müssten Erläuterungen zu einem möglichen qualitativen Aufgreifstatbestand sowie möglichen weiteren Faktoren und festzulegenden Ausnahmetatbeständen enthalten. Erklärungen zur Beurteilung von nicht koordinierten und koordinierten Wettbewerbseffekten von Minderheitsbeteiligungen wären insoweit aufzunehmen, als sie von den Vorgaben in den Horizontal- und Nichthorizontal-Leitlinien abweichen. Dies erscheint beispielsweise in Bezug auf mögliche Effizienzgewinne erforderlich.

820. Neben Überlegungen zur Ausgestaltung eines möglichen Aufgreifstatbestands könnten für die Prüfung von Minderheitsbeteiligungen bestimmte verfahrensrechtliche Modifikationen erwogen werden. Nachzudenken wäre zunächst darüber, ob anstelle der derzeit für sämtliche Zusammenschlüsse geltenden Prinzipien der Anmeldepflicht und Ex-ante-Prüfung eine nachträgliche Anzeigepflicht in Verbindung mit einer Ex-post-Kontrolle treten könnte. Gegen eine nachträgliche Fusionskontrolle bestehen zwar prinzipiell schwerwiegende Bedenken, die insbesondere aus den zum Teil schlechten Erfahrungen mit Entflechtungsversuchen bereits vollzogener Zusammenschlüsse resultieren. Im Zusammenhang mit Minderheitsbeteiligungen könnten diese Bedenken jedoch weniger schwer wiegen, weil diese in der Regel wesentlich einfacher aufzulösen sind als Vollfusionen. Beleg hierfür ist die bislang erfolgreiche Praxis der Wettbewerbsbehörden, die Auflösung von Minderheitsbeteiligungen oder die Aufgabe damit verbundener Stimmrechte im Rahmen von Abhilfemaßnahmen zu verlangen. Unabhängig davon, ob Minderheitsbeteiligungen künftig angemeldet oder angezeigt werden und einer Ex-ante- oder Ex-post-Kontrolle unterliegen, könnte es sich als sinnvoll erweisen, die für Zusammenschlussvorhaben generell geltenden Anforderungen an eine Anmeldung/

Anzeige im Falle von Minderheitsbeteiligungen zu senken. Das Anmeldeformular CO der Europäischen Kommission erfordert umfassende Angaben und Informationen, was die Anmeldung in Brüssel sehr aufwendig macht. Bedenkenswert erscheint, im Falle von Minderheitsbeteiligungen – zunächst – eine geringere Menge von Daten abzufragen, etwa nach dem Vorbild des vereinfachten Verfahrens bei der Europäischen Kommission oder der Anmeldung beim Bundeskartellamt.

821. Schließlich könnte darüber nachgedacht werden, im Hinblick auf Minderheitsbeteiligungen die Verpflichtung der Europäischen Kommission aufzuheben, jeden ihr bekannt gewordenen Zusammenschluss zu prüfen. Stattdessen könnte es der Wettbewerbsbehörde freigestellt werden, ob sie ein fusionskontrollrechtliches Verfahren einleitet oder darauf verzichtet. Die Einführung des Opportunitätsprinzips bei Minderheitsbeteiligungen würde dazu beitragen, dass die vorhandenen personellen und sachlichen Ressourcen der Europäischen Kommission auf die Beteiligungen konzentriert werden können, die aus wettbewerblicher Sicht besonders problematisch erscheinen.

822. Gegenwärtig bestehen noch große Unsicherheiten theoretischer und empirischer Natur hinsichtlich der potenziellen Wirkungen von Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb. Insofern sind die Bemühungen der Europäischen Kommission, weitere Informationen über Umfang und Bedeutung von Minderheitsbeteiligungen in der Europäischen Union einzuholen, prinzipiell positiv zu bewerten. Allerdings ist vor überzogenen Erwartungen im Hinblick auf die ausgeschriebenen Datensätze zu warnen. Zum einen dürfte es sich um Datenmengen von erheblichem Umfang handeln, deren Aufbereitung einige Zeit in Anspruch nehmen wird. Zum anderen ist fraglich, ob aus den zu liefernden Informationen Empfehlungen für die Wettbewerbspolitik abgeleitet werden können. Skepsis besteht zum einen, ob tatsächliche Einflussmöglichkeiten wie Zustimmungserfordernisse, Vetorechte und sonstige vertragliche Vereinbarungen aus öffentlich zugänglichen Quellen hervorgehen. Dasselbe gilt im Hinblick auf die Befugnis des Minderheitsgesellschafters, die Besetzung der Geschäftsführung des Zielunternehmens vorzunehmen. Noch schwieriger dürfte es sein, die wettbewerblich problematischen Minderheitsbeteiligungen herauszufiltern. Die Kenntnis von der Anzahl aller Minderheitsbeteiligungen in der Europäischen Union allein gibt keinen Hinweis darauf, wie viele und welche dieser Fälle Wettbewerbsprobleme aufwerfen. Zwar sollen die Datensätze auch Informationen zu den betroffenen Wirtschaftssektoren liefern. Diese geben aber nur sehr begrenzten Aufschluss darüber, ob die beteiligten Unternehmen auf demselben fusionskontrollrechtlich relevanten Markt aktiv sind und welche Wettbewerbsbedingungen dort vorherrschen. Schließlich würde die Beantwortung der Frage nach einer Anwendungslücke Kenntnisse darüber erfordern, ob die bestehenden Minderheitsbeteiligungen als Teil eines mehrstufigen Erwerbs von der Fusionskontrollverordnung oder im Übrigen von Artikel 101, 102 AEUV erfasst sind bzw. dem nationalen Wettbewerbsrecht unterliegen.

5.5 Marktabgrenzung

5.5.1 Einführung

823. Es fällt auf, dass die Europäische Kommission während des Berichtszeitraums in einer Reihe von Fällen die Marktabgrenzung nicht umfassend ermittelt, sondern in sachlicher und/oder räumlicher Hinsicht offengelassen hat. Sie folgte damit einem pragmatischen Ansatz, der z. B. dann sachgerecht erscheint, wenn bei jeglicher nahegelegener Marktdefinition Anhaltspunkte für negative Wettbewerbswirkungen eines Zusammenschlussvorhabens fehlen oder die Fusionsparteien in einem frühen Verfahrensstadium Zusageangebote übermitteln, die sämtliche denkbaren Wettbewerbsbedenken ausräumen. Ein solches Vorgehen passt auch zu einem Fusionskontrollkonzept, bei dem den Marktanteilen keine herausgehobene Bedeutung beigemessen wird, sondern das Bewusstsein besteht, sie seien im konkreten Fall aufgrund besonderer Faktoren zu relativieren. Diese Überzeugung findet sich auch in den Horizontal-Leitlinien, wonach Marktanteile die Marktmacht eines Unternehmens nicht stets zutreffend widerspiegeln.⁵⁹⁰ Dementsprechend gilt das Interesse der Wettbewerbsbehörde in den letzten Jahren stärker den direkten Effekten eines Zusammenschlusses auf Preise, Innovationen, Investitionen etc.

824. In diesem Zusammenhang stehen auch die Ausführungen des Chefökonom der Europäischen Kommission zur Durchführung empirischer Analysen zur Marktabgrenzung.⁵⁹¹ Er betonte erst jüngst das Vorliegen eines konzeptionellen Problems bei der ökonomischen Analyse der Marktabgrenzung. Dieses ergebe sich daraus, dass die Marktdefinition und die Marktanteile weniger Hinweise auf die Auswirkungen eines Zusammenschlusses als eine Effektanalyse („merger simulation“) geben. Um den Markt zu definieren, benötige die Wettbewerbsbehörde jedoch häufig mehr Daten als für eine direkte Berechnung der Fusionseffekte. Im Idealfall brauche sie für eine Effektanalyse nur Daten (z. B. Preise, Mengen, Veränderungen relativer Kosten sowie Informationen über das Preissetzungsverhalten) von den fusionierenden Unternehmen, während für die Marktabgrenzung diese Daten von allen potenziellen Marktteilnehmern erforderlich seien.

Auf eine Ermittlung der relevanten Märkte kann aber auch nach Auffassung des Chefökonom nicht gänzlich verzichtet werden. Die Marktdefinition diene in der Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission jedoch eher als qualitativer Filter für die Beschreibung des Marktgeschehens sowie für die Identifikation der möglichen Konkurrenten und der Fragen, die bei einer Effektanalyse gestellt werden müssten. Auch Marktanteile sollten weiterhin für die Zwecke der Fusionskontrolle genutzt werden. Zum einen seien solche Daten oft schon in den betreffenden Unternehmen vorhanden und enthielten zu-

mindest gewisse nützliche Informationen. Zum anderen stellten von den Unternehmen genutzte Daten einen guten Startpunkt für die Untersuchungen der Wettbewerbsbehörde dar. Zudem ließen sich einige empirische Analysemethoden am besten in Marktanteilen darstellen.

825. Ein weiterer Grund dafür, dass die Europäische Kommission nicht vollständig auf eine qualitative Ermittlung der relevanten Märkte und Marktanteile verzichtet, dürfte darin zu sehen sein, dass die prinzipiell angestrebte Effektanalyse bei Weitem nicht in allen Fusionskontrollfällen praktisch durchführbar ist (Stichwort: Verfügbarkeit von Daten). Zudem räumte die Europäische Kommission selbst mehrfach die begrenzte Aussagekraft solcher Analysen ein und betonte die Notwendigkeit einer Gesamtbetrachtung. Schließlich ist unsicher, ob der Europäische Gerichtshof eine Entscheidungspraxis billigen würde, bei der von einer Marktdefinition und Marktanteilermittlung gänzlich abgesehen wird.

5.5.2 Pragmatische Marktabgrenzung im Fall CAT/MWM

826. Die Europäische Kommission hat am 19. Oktober 2011 den Erwerb der alleinigen Kontrolle der Caterpillar Inc. (CAT) über die MWM Holding GmbH ohne Bedingungen und Auflagen nach Artikel 8 Absatz 1 FKVO freigegeben.⁵⁹² Die US-amerikanische Firma CAT ist weltweit tätig und bietet Maschinen, Motoren und Finanzprodukte an. CAT erzeugt und verkauft Motoren und Maschinen für viele Anwendungsbereiche, unter anderem auch gas- und dieselbetriebene Motoren und Maschinen für Systeme zur Erzeugung elektrischer Energie. Hierzu gehören auch Stromerzeugungsaggregate, die aus einem Hubkolbenmotor sowie stromerzeugenden Teilen bestehen. Das in Deutschland ansässige Unternehmen MWM produziert und verkauft Produkte, Dienstleistungen und Technik für die dezentrale Energieversorgung, unter anderem auch Stromerzeugungsaggregate. Die Tätigkeit der Zusammenschlussparteien überschneidet sich hauptsächlich im Bereich der mit Gas betriebenen Stromerzeugungsaggregate.

827. CAT meldete den geplanten Kauf von MWM zunächst bei den nationalen Wettbewerbsbehörden an. Deutschland beantragte jedoch nach Artikel 22 Absatz 1 FKVO die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens durch die Europäische Kommission. Diesem Verweisungsantrag schlossen sich Österreich sowie Slowenien an. Da die Europäische Kommission den Verweisungsantrag am 26. Januar 2011 akzeptierte, notifizierten die Zusammenschlussparteien das Vorhaben am 14. März 2011 bei der Europäischen Kommission.⁵⁹³

828. Erwähnenswert an der Freigabeentscheidung ist die von der Europäischen Kommission durchgeführte sachliche Marktabgrenzung sowie die anschließende

⁵⁹⁰ Vgl. Horizontal-Leitlinien, Rn. 27, 37, 38.

⁵⁹¹ Kühn, K.-U., Die Zukunft der Marktabgrenzung, Internationales Forum EU Kartellrecht, Studienvereinigung Kartellrecht, Brüssel, 14. März 2012, <http://www.studienvereinigung-kartellrecht.de/veranstaltungen/eu-kartellrecht.html>

⁵⁹² EU-Kommission, Entscheidung vom 19. Oktober 2011, COMP/M.6106.

⁵⁹³ EU-Kommission, Entscheidungen vom 26. Januar 2011, K(2011) 509, 510, 511 im Fall COMP/M.6106.

Analyse der Marktanteile. Die Europäische Kommission untersuchte den Markt für Stromerzeugungsaggregate nach drei verschiedenen Kriterien: (1) dem Treibstoff, mit dem das Stromerzeugungsaggregat betrieben wird, (2) der Drehzahl des Motors sowie (3) dem Leistungsbereich des Motors, d. h. wie viel Leistung (MW) ein Aggregat erzeugen kann.

829. Zunächst definierte sie aufgrund der unterschiedlichen Verwendungsbereiche einen getrennten Markt für mit Dieselkraftstoff betriebene Stromerzeugungsaggregate und für mit Gas betriebene Stromerzeugungsaggregate. Die mit Erdgas sowie die mit anderen Gasen⁵⁹⁴ betriebenen Stromerzeugungsaggregate wurden jedoch dem gleichen Markt zugeordnet, da eine hohe Umstellungsflexibilität der Produktionsanlagen vorliege, das Aggregat selbst umrüstbar sei und die Einsatzgebiete gleich seien.

830. Nach der Marktuntersuchung im Hauptprüfverfahren gab es keine klare Abgrenzung zwischen einem Markt für Stromerzeugungsaggregate mit Motoren mit hoher Drehzahl und einem Markt für Stromerzeugungsaggregate mit Motoren mit mittlerer Drehzahl.⁵⁹⁵ Da die wettbewerbliche Beurteilung bei jeder möglichen Abgrenzung gleich sei, ließ die Europäische Kommission die Frage offen, ob der Markt für Gas-Stromerzeugungsaggregate weiter nach der Drehzahl des Motors in einen Markt für Motoren mit mittlerer Drehzahl und einen Markt für Motoren mit hoher Drehzahl zu unterteilen sei. Bei der Marktanteilsanalyse hat die Europäische Kommission zunächst die Marktanteile für alle Stromaggregate mit einer Leistung von mehr als 0,5 MW festgestellt und danach diejenigen für Stromaggregate mit einer Leistung von mehr als 0,5 MW mit einem Motor mit einer hohen Drehzahl. Hierbei stellte sie fest, dass die Marktanteile nur geringfügig voneinander abwichen, wodurch es verzichtbar war, zu entscheiden, ob diese Aggregate demselben Markt angehören oder nicht.

831. Im Hinblick auf die Abgrenzung des Marktes nach dem Leistungsbereich des Motors wurden Stromerzeugungsaggregate mit einer Leistung von unter 0,5 MW aufgrund ihrer unterschiedlichen Produkteigenschaften

– kürzere Lebensdauer und geringere Energieeffizienz – sowie aufgrund der von Stromerzeugungsaggregaten mit einer Leistung von über 0,5 MW unterschiedlichen Anbieterstruktur separat abgegrenzt.

832. Die Europäische Kommission hat letztlich als sachlich relevanten Markt den Produktmarkt für Gasaggregate mit einer Leistung von mehr als 0,5 MW abgegrenzt. Die Marktuntersuchung des Hauptprüfverfahrens hatte ergeben, dass es (1) in den letzten fünf Jahren weltweit keine Verkäufe von Aggregaten mit einer hohen Drehzahl und einer Leistung von mehr als 5 MW gab, (2) nur das Unternehmen General Electric Aggregate mit einer hohen Drehzahl und einer Leistung von über 2,5 MW verkauft hat und es (3) in den letzten fünf Jahren keine Verkäufe von Aggregaten mit einer mittleren Drehzahl und einer Leistung von unter 2,5 MW gab. Die Europäische Kommission sah diese Punkte als Anhaltspunkte für eine Marktabgrenzung an der Grenze von 2,5 MW. Aus den Bieterdaten, die die Parteien der Europäischen Kommission übermittelten, ging jedoch hervor, dass von Nachfragerseite aus Projekte, die eine bestimmte Leistung erfordern, durch Anlagen aus kleineren (leistungsschwächeren) Aggregaten oder aus einzelnen (leistungstärkeren) Aggregaten bedient werden können und dass folglich Einzelaggregate mit einer Anlage aus mehreren Aggregaten in Wettbewerb treten können. Dies sei in den kleineren Megawatt-Leistungsstufen nur beschränkt möglich, steige jedoch mit der Leistungsgröße eines Projekts an. Aus diesen Gründen erschien der Europäischen Kommission eine Trennung des Marktes nach der Leistungsgröße des einzelnen Aggregats unangemessen. Sie grenzte den Markt darum generell als Markt für mit Gas betriebene Stromerzeugungsaggregate mit einer Leistung von mehr als 0,5 MW ab.⁵⁹⁶

833. Bei der Marktanteilsanalyse untersucht die Europäische Kommission die Marktanteile zunächst aus Projektperspektive im Hinblick auf die Größe der Projekte. Sie führt jedoch aus, dass die Differenzierung nach der Leistungsgröße der Aggregate der Angebotsperspektive entspreche und in den Verkaufszahlen der Aggregate widerspiegelt sei. Die Größe eines Projekts hingegen entspreche der Nachfrageseite und der Art, in der Wettbewerb im Markt stattfindet, da ein Projekt einer bestimmten Größe durch ein Aggregat oder durch eine Anlage von Aggregaten bedient werden könne. Bei der Berechnung der Marktanteile ging die Europäische Kommission davon aus, dass die Marktanteile für Gas-Stromerzeugungsaggregate mit einer Leistung von mehr als 0,5 MW am ehesten mit der in diesem Fall angenommenen Marktdefinition eines Marktes, in dem Wettbewerb über Projekte

⁵⁹⁴ Andere Gase sind beispielsweise Biogase oder Grubengase.

⁵⁹⁵ Der Marktuntersuchung der Europäischen Kommission nach haben Motoren mit mittlerer Drehzahl von Motoren mit höherer Drehzahl unterschiedliche Eigenschaften; so haben sie eine höhere Energieeffizienz, jedoch auch höhere Fixkosten als Motoren mit höherer Drehzahl. Die Bieterdaten zeigten, dass Motoren mit mittlerer Drehzahl nicht um Projekte unter 2,5 MW konkurrieren. Auch habe es in den letzten fünf Jahren weltweit keinen Verkauf von Aggregaten mit mittlerer Drehzahl unter 2,5 MW gegeben. Die Analyse der Bieterdaten ergab zudem, dass zwei Unternehmen, die Aggregate mit mittlerer Drehzahl produzieren, nur Randwettbewerber für Projekte bis 5 MW seien. Sie böten lediglich in 5 bis 10 Prozent der vergebenen Projekte zwischen 2,5 und 5 MW mit, wobei sie allerdings nicht das erfolgreiche Gebot abgegeben hätten. Darüber hinaus betrachteten die Zusammenschlussparteien diese Unternehmen, die Aggregate mit mittleren Drehzahlen produzieren, nicht als wesentliche Wettbewerber. Andererseits ergab die Marktuntersuchung allerdings auch, dass die erfolgreichen Gebote für große Projekte von Anlagen aus mehreren Aggregaten mit hoher Drehzahl darauf hindeuten, dass diese mit Einzelaggregaten mittlerer Drehzahl in Wettbewerb ständen; vgl. Europäische Kommission, KOM(2001) 745, Rn. 39–51.

⁵⁹⁶ Vgl. Europäische Kommission, KOM(2001) 745, Rn. 63–71. Nach oben hin ließ die Europäische Kommission den Markt offen. Die Anzahl von Aggregaten, die in einer Anlage zusammengeschlossen werden können, sei zwar nicht hoch und die Tatsache, dass Aggregate mit einer hohen Drehzahl nur bis zu einer bestimmten Leistungsgröße verkauft würden, lasse darauf schließen, dass die Substitution von Einzelanlagen durch mehrere Aggregate begrenzt sei. Allerdings sei es nicht nötig, diese Grenze zu belegen, da sie für die wettbewerbliche Beurteilung nicht relevant sei; vgl. Europäische Kommission, KOM(2001) 745, Rn. 71.

stattfindet, übereinstimmen. Nach diesen Marktanteilen hat das nach dem Zusammenschluss entstehende Unternehmen einen Marktanteil von ca. 30 Prozent sowohl im Europäischen Wirtschaftsraum als auch weltweit.⁵⁹⁷

834. Zusätzlich untersuchte die Europäische Kommission – obwohl sie dies nicht für die am passendsten erscheinende Marktabgrenzung hielt – noch die Marktanteile bei einer Aufteilung des Marktes nach den einzelnen Leistungsbandbreiten bzw. -größen der Aggregate. Diese Analyse wurde wohl durchgeführt, um das oben gefundene Ergebnis zu untermauern. Einen erheblichen Zuwachs und hohen Marktanteil hätte das zusammengeschlossene Unternehmen nur im Bereich der Leistungsbandbreite von 1,5 bis 2,0 MW mit 50 bis 60 Prozent im Europäischen Wirtschaftsraum und 70 bis 80 Prozent weltweit. Die Europäische Kommission relativierte diesen hohen Marktanteil jedoch. Sie analysierte, dass die hohen Marktanteile in diesem Bereich im Licht der Informationen zu den Projektgrößen gesehen werden müssten: Da ein erheblicher Teil dieser Aggregate in größeren Projekten integriert sei, werde mehr als die Hälfte der Projekte in der Größe 2,0 bis 2,5 MW mit Aggregaten der Größe 1,5 bis 2,0 MW versorgt. Daraus folgerte die Europäische Kommission, dass der ermittelte Marktanteil erheblich abzuschwächen sei.

835. Die Monopolkommission begrüßt die in diesem Fall durchgeführte Marktabgrenzung und Marktanteilsanalyse der Europäischen Kommission. Die Europäische Kommission hat die Marktdefinition im vorliegenden Fall an mehreren Punkten offengelassen, beispielsweise im Hinblick auf die Frage, ob Stromerzeugungsaggregate mit Motoren mit hoher Drehzahl dem gleichen Markt wie Stromerzeugungsaggregate mit Motoren mit mittlerer Drehzahl angehören. Im Hinblick auf die Marktabgrenzung hält es die Monopolkommission ebenfalls nicht für nötig, immer eine vollständige Abgrenzung durchzuführen, um die Effekte einer Fusion zu analysieren. In Fällen wie dem vorliegenden, in denen eine vollständige Marktdefinition nicht erforderlich ist, sollten lediglich die verschiedenen Möglichkeiten der Definition aufgezeigt sowie dargelegt werden, warum es für die weitere Analyse des Zusammenschlusses nicht auf die exakte Ermittlung der relevanten Märkte ankommt. Durch eine solche Herangehensweise können Ressourcen in der Wettbewerbsbehörde, die sonst mit einer (unter Umständen komplizierten und langwierigen) Abgrenzung des Marktes beschäftigt werden, für andere Aufgaben verwendet werden. Damit wird letztlich eine effizientere Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen ermöglicht.

⁵⁹⁷ In der Entscheidung liegt der Marktanteil bei 20 bis 30 Prozent sowohl für den Europäischen Wirtschaftsraum als auch weltweit. In einem zweiten Schritt wurden jedoch die Marktanteile im Hinblick auf mit Gas betriebene Stromerzeugungsaggregate mit Motoren mit hoher Drehzahl untersucht und diese wurden mit 30 bis 40 Prozent angegeben. Da die Europäische Kommission danach feststellte, dass die Marktanteile im Hinblick auf den Gesamtmarkt und eine Abgrenzung nach Motoren mit hoher Drehzahl nur marginal unterschiedlich seien, kann geschlossen werden, dass der Marktanteil sowohl EWR- als auch weltweit bei ca. 30 Prozent liegt.

836. Besonders hervorzuheben ist zudem, dass die von den Zusammenschlussparteien übermittelten Bieterdaten ergaben, dass eine Substitution der Stromaggregate nicht über die reine Leistungsgröße der Aggregate erfolgt, sondern über deren Nutzung. Die Bieterdaten zeigten, dass es eine Substitution zwischen einer aus mehreren kleinen Aggregaten zusammengesetzten Anlage und einem großen Aggregat gibt. Aufgrund dieser Substitutionsbeziehungen hat die Europäische Kommission ausgeführt, dass sie eine Marktabgrenzung entlang der Leistungsbandbreiten der einzelnen Aggregate für unangemessen halte. Die Monopolkommission begrüßt diese Ausführungen und bewertet es positiv, dass die Europäische Kommission im vorliegenden Fall bei der Prüfung der Substitutionsbeziehungen die tatsächliche Nutzung durch die Nachfrager der Stromerzeugungsaggregate entscheidend berücksichtigt hat. Die Substitution lag gerade in der Art, wie das Produkt genutzt wird. Folgerichtig bezog sich die Prüfung der Substitution auch nicht auf die Frage der Substitution durch einzelne Produkte, sondern darauf, wie das Produkt von der Marktgegenseite genutzt wird. Generell ist davon auszugehen, dass aus Nachfragersicht ein Produkt auch durch mehrere andere Produkte, die gleich genutzt werden können, ersetzt werden kann. Aus diesem Grund sollte dies bei der Prüfung der Substitutionsbeziehungen geprüft werden.

837. Folglich gaben auch die nach den einzelnen Leistungsbandbreiten der Aggregate berechneten Marktanteile nicht das wahre Bild der Substitutionsbeziehungen wider. Bezogen auf die Substitution zwischen einer Anlage aus mehreren kleinen Aggregaten und einem großen Aggregat sind die nach den einzelnen Leistungsbandbreiten ermittelten Marktanteile als erheblich geringer anzusehen, vor allem, wenn noch dazu berücksichtigt wird, dass die Hälfte der in dieser Bandbreite verkauften Aggregate zum Bau größerer Anlagen genutzt wird. Die Monopolkommission befürwortet darum diese Herangehensweise der Europäischen Kommission bei der Bewertung der ermittelten Marktanteile.

838. Insgesamt belegt dieser Fall nach Auffassung der Monopolkommission, dass die Europäische Kommission an die Abgrenzung des Marktes sowie die darauf aufbauende Marktanteilsanalyse pragmatisch herangeht. In Fällen wie dem vorliegenden, in denen keine vollständige Marktabgrenzung zur Analyse der Effekte eines Zusammenschlusses nötig ist, sollte auf diese, wie bereits ausgeführt, aus Effizienzgesichtspunkten verzichtet werden. Bei der Prüfung der Substitutionsbeziehungen sollte generell geprüft werden, ob aus Nachfragersicht ein Produkt auch durch mehrere andere Produkte, die wie das einzelne Produkt genutzt werden können, ersetzt werden kann.

5.5.3 Marktabgrenzung im Verkehrssektor

839. Am 11. August 2010 genehmigte die Europäische Kommission in der ersten Verfahrensphase den Erwerb von Arriva durch die Deutsche Bahn (DB), nachdem die Parteien Abhilfemaßnahmen angeboten hatten.⁵⁹⁸ Die

⁵⁹⁸ Vgl. auch Tz. 889 ff.

Deutsche Bahn ist der etablierte Bahn- und Busbetreiber in Deutschland mit Aktivitäten im Schienenpersonen- und Busverkehr, bei Transport- und Logistikdienstleistungen und beim Betrieb von Eisenbahninfrastruktur. Arriva ist ein europäischer Bahn- und Busbetreiber, der vor allem im Vereinigten Königreich, aber z. B. auch in Dänemark, Deutschland, den Niederlanden, Polen und Schweden tätig war. Die Europäische Kommission untersuchte vornehmlich die Märkte für Bus- und Schienenpersonenverkehr und für Schienengüterverkehr. Hierbei konzentrierte sie sich im Wesentlichen auf die Auswirkungen des geplanten Zusammenschlusses im Vereinigten Königreich, in Dänemark und in Deutschland. Die Entscheidung enthält interessante Hinweise darauf, wie die Europäische Kommission verschiedene nationale Märkte für Bus- und Bahnverkehr abgrenzt.

840. In Großbritannien war Arriva sowohl im Schienenpersonen- als auch im Busverkehr tätig, DB betrieb dort lediglich Schienenverkehr. Die Europäische Kommission unterscheidet zwischen dem Markt für die Erlangung von Konzessionen im Schienenpersonenverkehr einerseits und dem Passagiermarkt andererseits. Auf dem nationalen Markt für Konzessionen verfügten die Parteien über gemeinsame Anteile von 10 bis 20 Prozent nach Zugkilometern. Die Europäische Kommission nahm eine Analyse der Ausschreibungsverfahren der letzten fünf Jahre sowie der Ausschreibungen seit 1996 vor. Sie kam zu dem Ergebnis, dass seit zehn Jahren in jeder Ausschreibung mindestens drei Wettbewerber Angebote abgegeben hatten. Die Wettbewerbsbehörde leitete daraus ab, dass keine Wettbewerbsbedenken bestehen.

841. Den Passagiermarkt betrachtete die Europäische Kommission im Hinblick auf spezifische Strecken oder Streckenabschnitte, auf denen sich die Aktivitäten der Parteien überschneiden. Sie legte ihrer Untersuchung einen von der britischen Competition Commission entwickelten „Filter“ zugrunde, wonach eine Überschneidung nur unter bestimmten Voraussetzungen als wettbewerbslich relevant angesehen wird: So muss z. B. ein Verkehr mindestens halb so häufig angeboten werden wie der überschneidende Verkehr. Außerdem muss ein erheblicher Umsatzteil des auf eine Strecke entfallenden Gesamtumsatzes auf den überlappenden Streckenabschnitt entfallen. Zudem muss der Anteil an unregulierten Preisen auf der betreffenden Strecke eine bestimmte Grenze erreichen. Nach den Erkenntnissen der Europäischen Kommission fehlten diese Voraussetzungen auf sämtlichen untersuchten Strecken, sodass der Zusammenschluss keine negativen Wettbewerbswirkungen auslöste.

842. In Deutschland wirkte sich der Zusammenschluss auf den Schienenpersonen-, den Schienengüter- und den Busverkehr sowie auf den Markt für die Wartung von Schienenfahrzeugen aus. Die Europäische Kommission hegte in allen genannten Bereichen erhebliche Wettbewerbsbedenken. Besonders interessant sind die Ausführungen der Kommission zur Marktabgrenzung und zur Marktanteilsaddition.

843. Die Europäische Kommission differenzierte beim Schienenpersonenverkehr zwischen Fernverkehr und Re-

gionalverkehr. Zur Begründung verwies sie unter anderem auf die Unterschiedlichkeit des Regulierungsrahmens, der Geschäftsmodelle und der Motivation der Reisenden. Beim Regionalverkehr grenzte die Europäische Kommission den Markt für Konzessionen als sachlich relevant ab. Ein Wettbewerb um die Passagiere finde nicht statt, da die Aufgabenträger Aufträge im Weg der Ausschreibung oder der Direktvergabe vergeben und den Betreibern ein vorab bestimmtes Entgelt zahlen. Letztere hätten keinen Einfluss auf die Fahrpreise oder die Frequenz des bestellten Verkehrs. In räumlicher Hinsicht definierte die Europäische Kommission den Markt national, da außer DB und Arriva auch die Wettbewerber Veolia, Abellio und Keolis regelmäßig an Ausschreibungen für einen erheblichen Teil Deutschlands teilnahmen.

844. Für den Fernverkehr vertraten die Zusammenschlussparteien eine weite Marktdefinition, die alle Arten von Personentransporten, z. B. per Eisenbahn, Bus und Flugverkehr, umfassen sollte. Die Europäische Kommission folgte dieser Auffassung nicht und berief sich in erster Linie auf unterschiedliche Regulierungsvorschriften und auf das weitgehende Fehlen eines Fernbusverkehrs in Deutschland. Im Übrigen erklärt sie, dass die Antworten auf ihre Marktbefragung keine klaren Hinweise für die Substituierbarkeit von Schienenverkehr und Flugverkehr ergeben hätten. Im Ergebnis grenzte die Europäische Kommission einen separaten sachlichen Markt für Schienenpersonenfernverkehr ab. In räumlicher Hinsicht schlugen die Parteien einen Ansatz vor, den die Europäische Kommission in Flugverkehrsfällen anwendet. Hierbei bildet grundsätzlich jede einzelne Strecke auf Basis des jeweiligen Ausgangs- und Zielpunkts einen eigenständigen Markt. Die Europäische Kommission legte dagegen einen einheitlichen nationalen Markt zugrunde, weil DB bundesweit ein Quasi-Monopol halte und im gesamten Bundesgebiet derselbe Regulierungsrahmen gelte.

845. Die Parteien argumentierten auch hinsichtlich des Güterverkehrs für die Annahme eines einheitlichen Produktmarktes. Nach Ansicht der Europäischen Kommission gab es jedoch starke Indizien für getrennte Märkte für Schienen- und Straßengüterverkehr. Sie stellte darüber hinaus Überlegungen zur weiteren Unterteilung des relevanten Marktes an, etwa zur Möglichkeit von Submärkten für inländischen und grenzüberschreitenden Schienengüterverkehr, für Einzelwagen- und Ganzzugverkehr sowie für unterschiedliche Güter. Letztlich ließ sie die genaue Marktabgrenzung mit Hinweis auf die angebotenen Verpflichtungen offen, da diese die festgestellten Wettbewerbsbedenken bei jeder der in Betracht gezogenen Marktdefinitionen ausräumten. Räumlich relevant war nach Auffassung der Europäischen Kommission der nationale Markt.

846. Der Zusammenschluss betraf zudem den Markt für Konzessionen für den Linienbusverkehr, der von Auftrags- und Gelegenheitsverkehren zu unterscheiden war. Nach Ansicht der Europäischen Kommission umfasste der Produktmarkt sowohl eigenwirtschaftliche als auch gesamtwirtschaftliche Verkehre sowie Konzessionen per Direktvergabe und im Ausschreibungsweg. Es blieb of-

fen, ob dem sachlich relevanten Markt auch Straßenbahn- und U-Bahnverkehr zuzurechnen sind. Die räumliche Marktabgrenzung ließ die Europäische Kommission ebenfalls offen. In der ersten Verfahrensphase sei nicht abschließend zu klären gewesen, ob es sich um nationale, regionale oder Regionen übergreifende Märkte handle. Die Wettbewerbsbehörde prüfte den Zusammenschluss deshalb auf Basis alternativer geografischer Märkte und bejahte bei jeder Alternative das Vorliegen von Wettbewerbsproblemen.

847. Im Rahmen der wettbewerblichen Beurteilung stellte die Europäische Kommission zunächst fest, dass die Aufgabenträger sowohl eigenwirtschaftlich als auch gemeinwirtschaftlich erbrachte Verkehrsdienstleistungen subventionieren könnten, sie also de facto die Wahl hätten, eine Strecke direkt zu vergeben oder den Ausschreibungsweg zu beschreiten. Die Ermittlungen ergaben, dass die direkte Vergabe derzeit noch am häufigsten praktiziert wird. Allerdings erwartete die Europäische Kommission, dass künftig mehr Ausschreibungen stattfinden werden. Sie wies außerdem auf die Regelung des § 13 Absatz 3 PBefG hin, wonach der Umstand, dass ein Betreiber eine Strecke jahrelang zufriedenstellend betrieben hat, bei der Konzessionserteilung berücksichtigt werden muss. Als Folge dieser Regelung werde grundsätzlich die Konzession des etablierten Betreibers erneuert. Insgesamt konstatierte die Europäische Kommission einen großen Spielraum der zuständigen Stellen bei der Konzessionsvergabe.

848. Von besonderem Interesse sind die Ausführungen der Europäischen Kommission zur Rolle der kommunalen Busbetreiber, die derzeit die Mehrheit der Konzessionen halten. Nach europäischem Recht dürfen die Aufgabenträger Konzessionen an kommunale Betreiber direkt vergeben, allerdings ist diesen dann die Teilnahme an Ausschreibungen außerhalb ihres Gebietes untersagt.⁵⁹⁹ Vor diesem Hintergrund üben die kommunalen Betreiber nach Einschätzung der Europäischen Kommission keinen Wettbewerbsdruck außerhalb des ihnen zugewiesenen Gebiets aus. Zudem hielt es die Wettbewerbsbehörde für plausibel, dass ein SSNIP-Test zeigen würde, dass die städtischen Betreiber nicht zu demselben Produktmarkt gehören wie die privaten Betreiber, selbst wenn Erstere einen gewissen Wettbewerbsdruck ausüben. Zur Begründung führte sie an, dass die Aufgabenträger ihre Verträge nicht auf einer streng wirtschaftlichen Basis vergeben, sondern politische Gründe einen wesentlichen Einfluss auf die Vergabe haben. Da insoweit eine abschließende Untersuchung innerhalb der ersten Verfahrensphase nicht möglich gewesen sei, prüfte die Europäische Kommission die Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens sowohl unter als auch ohne Berücksichtigung der kommunalen Busbetreiber.

⁵⁹⁹ Vgl. Artikel 5 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates, ABl. EU Nr. L 315 vom 3. Dezember 2007, S. 1.

849. Bei der vorliegenden Entscheidung fällt auf, dass die Europäische Kommission viele Bewertungsfragen, insbesondere im Zusammenhang mit der Marktabgrenzung, offenlässt. Sie stellt ausdrücklich fest, dass in der ersten Verfahrensphase diesbezüglich keine abschließende Beurteilung möglich ist. Damit bekräftigt sie ihre Entscheidungspraxis, auf eine umfassende Marktabgrenzung zu verzichten, wenn bei keiner der naheliegenden Marktdefinitionen Wettbewerbsprobleme auftreten oder derartige Bedenken aufgrund frühzeitig vorgelegter Zusageangebote in jedem Fall ausgeräumt werden. Dieses pragmatische Vorgehen ist angesichts der engen Verfahrensfristen der europäischen Fusionskontrolle, der begrenzten Ressourcen innerhalb der Generaldirektion Wettbewerb und des Interesses der Zusammenschlussparteien, eine positive Entscheidung möglichst noch in der ersten Verfahrensphase zu erlangen, nachvollziehbar.⁶⁰⁰

850. Sofern sich die Europäische Kommission zur Marktdefinition äußert, sind zwei Aspekte bemerkenswert. Auf dem deutschen Markt für Linienbusverkehr deutet sie zwei getrennte Märkte für kommunale Betreiber einerseits und private Betreiber andererseits an. Sie begründet dies damit, dass Aufgabenträger die Konzessionen nicht auf rein wirtschaftlicher Basis, sondern politisch motiviert vergeben. Diese Aussage steht zum einen in gewissem Widerspruch zur Einschätzung der Wettbewerbsbehörde, wonach in naher Zukunft mehr Ausschreibungen als bislang stattfinden werden. Im Rahmen solcher Ausschreibungen stehen wirtschaftliche Erwägungen im Vordergrund, sodass sich die Durchsetzung politischer Interessen wesentlich schwieriger gestalten dürfte als bisher.

Zum anderen erinnert die Argumentation der Europäischen Kommission im vorliegenden Fall an die Begründung des Bundeskartellamtes im Zusammenhang mit der Definition der Endkundenmärkte im Stromsektor. Das Bundeskartellamt unterscheidet hier zwischen prinzipiell wechselwilligen und grundsätzlich wechselunwilligen Nachfragern, obwohl es sich rein physisch bei beiden abgegrenzten Märkten um die Belieferung mit demselben homogenen Produkt Strom handelt.⁶⁰¹ Sowohl die Europäische Kommission als auch das Bundeskartellamt nehmen die Marktabgrenzung zwar nach dem Bedarfsmarkt, also aus Sicht des verständigen Verbrauchers, vor. Dabei wird jedoch nicht die – vorhandene – funktionale oder technische Substituierbarkeit als maßgebend angesehen. Entscheidend ist vielmehr in beiden Konstellationen die prinzipielle Wechselträchtigkeit der Nachfrager, die bei den Busdienstleistungen häufig politisch motiviert ist. Überraschend ist im Übrigen die Bemerkung der Europäischen Kommission im vorliegenden Fall, dass ein SSNIP-Test die Annahme separater Märkte möglicherweise bestätigen würde. Ein solcher Hinweis ist in fusionskontrollrechtlichen Entscheidungen bislang unüblich und besitzt keinerlei Beweiskraft.

⁶⁰⁰ Vgl. auch Tz. 835 ff.

⁶⁰¹ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 59, a. a. O., Tz. 165 ff.

851. Bei der Marktabgrenzung im deutschen Schienenfernverkehr fallen die Erläuterungen der Europäischen Kommission sehr kurz aus. Mit dem knappen Hinweis auf die Ergebnisse der Marktbefragung verneint die Wettbewerbsbehörde ein Substitutionsverhältnis zwischen Schienen- und Flugverkehr. Räumlich geht sie aufgrund der Quasi-Monopolstellung von DB und des nationalen Regulierungsrahmens von einem bundesweiten Markt aus. Fraglich erscheint, ob diese pauschale Betrachtungsweise im Rahmen der fusionskontrollrechtlichen Prüfung sachgerecht ist. Es ist durchaus vorstellbar, dass bei einer streckenbezogenen Betrachtung von Fernverbindungen die Bewertung der Substituierbarkeit zwischen Schienen- und Flugverkehr unterschiedlich ausfällt. Arriva bediente zum Zeitpunkt der Kommissionsentscheidung im Fernverkehr lediglich die Route zwischen Plauen und Berlin. Von besonderem Interesse wäre daher eine spezifische Analyse der Substitutionsverhältnisse und des Wettbewerbsdrucks auf dieser Strecke gewesen. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass die Europäische Kommission beim Passagierflugverkehr in ständiger Entscheidungspraxis streckenbezogene Märkte, die sich am Abflug- und Ankunftsort orientieren, definiert. Ferner unterliegt auch der Passagierflugverkehr nationaler bzw. supranationaler Gesetzgebung, sodass das Vorliegen eines bundesweiten Regulierungsrahmens für den Schienenverkehr nicht gegen eine streckenbezogene Marktabgrenzung spricht. Hinzuweisen ist insoweit auch auf die von der Europäischen Kommission in demselben Fall vorgenommene Beurteilung des britischen Passagiermarktes für Schienenverkehr, bei der sie auf spezifische Strecken bzw. Streckenabschnitte abgestellt hat.

852. Letzteres gilt ebenfalls für den Zusammenschluss SNCF/LCR/Eurostar, der die Bereitstellung von internationalem Schienenpassagierverkehr durch den Kanaltunnel betrifft.⁶⁰² Die Europäische Kommission grenzt hier als räumlich relevante Märkte die Strecken London–Paris und London–Brüssel ab und stellt ausdrücklich klar, dass diese Marktdefinition mit der Sicht der Nachfrager korrespondiert, die üblicherweise Abfahrts- und Zielort nicht ohne weiteres auswechseln. Die Frage, ob zwischen zeitsensiblen und zeitunsensiblen Kunden zu unterscheiden ist, wird nicht abschließend geklärt. Auch die Frage, ob intermodaler Wettbewerb besteht, bleibt letztlich offen. Die Parteien und einige Marktteilnehmer gehen davon aus, dass jedenfalls der Flugverkehr – unter Umständen auch der Autozugverkehr durch den Kanaltunnel – Reisealternativen darstellen. Demgegenüber vertritt die Europäische Kommission die Auffassung, dass die Hochgeschwindigkeitsverbindung durch den Kanaltunnel insbesondere für zeitsensible Kunden besonders attraktiv ist, da die Gesamtreisedauer mit dem Flugzeug wesentlich länger ist. Ein weiterer wesentlicher Unterschied besteht darin, dass Zugpassagiere von Innenstadt zu Innenstadt fahren und weniger Sicherheitskontrollen durchlaufen als Fluggäste. Schließlich bietet Eurostar auf den genannten Strecken mehr Kapazitäten an als alle Fluggesellschaften zusammen.

⁶⁰² Vgl. auch Tz. 895 ff., 963 ff.

5.5.4 Anwendung des SSNIP-Tests zur Marktabgrenzung

853. Am 17. November 2010 gab die Europäische Kommission den Zusammenschluss Unilever/Sara Lee gemäß Artikel 8 Absatz 2 FKVO unter Bedingungen und Auflagen frei.⁶⁰³ Der Zusammenschluss führte zu vielfachen Überschneidungen bei Produkten für die Körperpflege. Wettbewerbsbedenken erhob die Europäische Kommission allerdings nur in Bezug auf verschiedene nationale Märkte für Deodorants. Bemerkenswert ist die Entscheidung vor allem, weil die Wettbewerbsbehörde eine ökonomische Schätzung der wettbewerblichen Wirkungen des Zusammenschlusses (Effektanalyse, „merger simulation“) durchführte und in diesem Zuge auch einen SSNIP-Test zur Marktabgrenzung vorgenommen hat.⁶⁰⁴

854. Die Europäische Kommission setzte sich besonders intensiv mit den Märkten für Deodorants auseinander. Aufgrund ihrer qualitativen und quantitativen Ermittlungen grenzte sie separate Märkte für maskuline und nicht maskuline Deodorants ab. Die qualitative Untersuchung ergab unter anderem, dass für Männer vorgesehene Produkte fast ausschließlich von Männern verwendet werden, während bei femininen und Unisex-Produkten (nicht maskuline Produkte) eine generelle Substituierbarkeit feststellbar sei. Für eigenständige Märkte sprachen nach Auffassung der Europäischen Kommission zum einen die deutlichen Unterschiede bei Marketing sowie Produktdesign und Verpackung. Zum anderen nannte die Europäische Kommission die getrennte Positionierung im Einzelhandel. Hinzu kommen teilweise erhebliche Preisunterschiede und das ausschließlich auf Männer ausgerichtete Angebot bestimmter Marken. Ferner verwies die Wettbewerbsbehörde auf unterschiedliche Wachstumsraten für maskuline und nicht maskuline Produkte. Auch die Betrachtung der Angebotsumstellungsflexibilität führte nicht zu einer Zusammenfassung der Märkte für maskuline und nicht maskuline Produkte. Wie die Marktuntersuchung ergab, würde die Platzierung eines neuen maskulinen Deodorants ca. zwei Jahre in Anspruch nehmen und erhebliche Werbeaufwendungen erfordern.

855. Zusätzlich zur qualitativen Analyse führte die Europäische Kommission einen SSNIP-Test zur Marktabgrenzung durch.⁶⁰⁵ Hierbei wurde getestet, ob die Segmente der maskulinen und nicht maskulinen Deodorants getrennt betrachtet werden können. Auch die Ergebnisse des Tests implizierten, dass die beiden Märkte jeweils ge-

⁶⁰³ Vgl. auch Tz. 904 ff.

⁶⁰⁴ Der SSNIP-Test untersucht, ob es für einen hypothetischen monopolistischen Anbieter aller betrachteten Produkte profitabel wäre, eine kleine, aber signifikante und permanente Preiserhöhung vorzunehmen. Ist dies der Fall, weichen Kunden als Folge dieser Preiserhöhung nur in geringem Maß auf vorhandene Substitute aus und die Gesamtheit der betrachteten Produkte kann als relevanter Markt erachtet werden. Wenn dies nicht der Fall ist und substituierbare Produkte die Preiserhöhung unprofitabel machen, werden weitere Produkte in die Analyse mit einbezogen.

⁶⁰⁵ In der formalen praktischen Anwendung des SSNIP-Tests ist dazu die Schätzung der marginalen Kosten und der Nachfragfunktionen nötig.

trennt als relevante Märkte abzugrenzen sind. Kleine, aber signifikante Preiserhöhungen von 5 Prozent für alle nicht maskulinen Deodorants führten je nach Mitgliedstaat zu Profitsteigerungen von 4 bis etwa 25 Prozent. Ebenso zeigte sich, dass der Markt für maskuline Deodorants separat betrachtet werden kann, da dort fast ebenso große Profitsteigerungen erfolgen würden. Die Europäische Kommission legte selbst Wert darauf, diese Ergebnisse nicht überzubewerten, da sie allein nicht geeignet seien, den relevanten Markt abzugrenzen. Vielmehr sollten die Resultate im Kontext der gesamten Marktanalyse gesehen werden.

856. Es ist hervorzuheben, dass die vorliegende Fusionskontrollentscheidung – soweit ersichtlich – einen der ganz wenigen Fälle darstellt, in denen die Europäische Kommission den SSNIP-Test im Rahmen einer ökonomischen Analyse durchgeführt hat. Die Europäische Kommission hat in Fusionskontrollentscheidungen zwar bei der Marktabgrenzung mitunter den SSNIP-Test erwähnt. Es blieb aber in der Regel bei einer Befragung der Marktteilnehmer, die einschätzen sollten, wie sie auf eine kleine, aber signifikante und dauerhafte Preiserhöhung eines bestimmten Produkts reagieren und zu welchem anderen Produkt sie gegebenenfalls wechseln würden. Bezeichnend ist, dass die ökonomische Untersuchung der Marktabgrenzung im vorliegenden Fall im Zusammenhang mit einer ökonomischen Effektanalyse auf Grundlage einer Nachfrageschätzung durchgeführt wurde. Im Rahmen dieser Analyse war es mit begrenztem zusätzlichem Aufwand möglich, einen quantitativen SSNIP-Test zu implementieren.

5.6 Wettbewerbliche Beurteilung

5.6.1 Einführung

857. Während des Berichtszeitraums 2010/2011 hat die Europäische Kommission vor allem die Anwendung des SIEC-Tests weiterentwickelt. In dem Verfahren Oracle/Sun Microsystems nahm sie die wettbewerbliche Prüfung ausschließlich anhand des Kriteriums der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs vor. Auf den Marktbeherrschungstest ging sie dagegen – trotz Kritik der Zusammenschlussparteien – nicht ein. Nach eigenem Bekunden von Vertretern der Europäischen Kommission erleichterte der SIEC-Test auch in dem Fall T-Mobile/Orange die Entscheidungsfindung.

858. Wie in den vergangenen Jahren konzentrierte sich die Europäische Kommission bei ihren Untersuchungen auf die horizontalen Effekte. Dabei lag der Schwerpunkt auf der Prüfung nicht koordinierter Auswirkungen. Im Gegensatz zum vorangegangenen Berichtszeitraum sah sich die Europäische Kommission nur in wenigen Fällen, vor allem in den Verfahren Syngenta/Monsanto und BASF/Cognis, veranlasst, näher auf mögliche vertikale Auswirkungen einzugehen. Konglomerate Effekte prüfte sie vornehmlich in dem Zusammenschlussfall Intel/McAfee. In einigen weiteren Verfahren – unter anderem Abbott/Solvay Pharmaceuticals, Agilent/Varian, Cisco/Tandberg und Novartis/Alcon – untersuchte sie das Vorliegen nicht horizontaler Effekte nur relativ kurz. Die

Möglichkeit koordinierter Effekte wurde nur selten in Betracht gezogen und z. B. in dem Verfahren Votorantim/Fischer im Ergebnis abgelehnt.

859. Marktanteile bleiben zwar in der Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission regelmäßig ein wichtiger Anhaltspunkt. Auch die Rechtsprechung bekräftigte in dem Verfahren Ryanair/Aer Lingus ihre Auffassung, wonach Marktanteile in Höhe von 50 Prozent als solche den Beweis für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung liefern können. Allerdings liegt eine Reihe von Entscheidungen der Europäischen Kommission vor, in denen die Marktanteile aufgrund der besonderen Umstände im konkreten Fall relativiert wurden. Dies steht im Einklang mit dem Ansatz der Europäischen Kommission, im Rahmen des SIEC-Tests eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen, bei der andere Faktoren – z. B. das wettbewerbliche Näheverhältnis der Zusammenschlussparteien, die Kapazitätsauslastung und die Wechselmöglichkeiten der Abnehmer – stärker gewichtet werden.

860. Für die Beurteilung, ob ein Zusammenschluss negative Wettbewerbswirkungen auslösen wird, ist ein Vergleich zu der Situation vor dem Zusammenschluss anzustellen. Die Frage, welches „counterfactual“ die Europäische Kommission zur Grundlage ihrer Entscheidung machen sollte, war in den Parallelfällen Seagate/Samsung und Western Digital/Viviti Technologies sowie in dem Verfahren SNCF/LCR/Eurostar von besonderer Relevanz.

861. Der seit einigen Jahren von der Europäischen Kommission verfolgte verstärkte ökonomische Ansatz in der Fusionskontrolle kommt unter anderem in einem vermehrten Einsatz von quantitativen Ermittlungsmethoden seitens der Wettbewerbsbehörde und der Verfahrensbeteiligten zum Ausdruck. Diese Entwicklung setzte sich während des Berichtszeitraums fort und veranlasste die Europäische Kommission, eine Mitteilung zu bewährten Verfahrensweisen bei der Übermittlung von ökonomischen Analysen und Daten vorzulegen. In der Entscheidungspraxis hervorzuheben sind die Fälle Unilever/Sara Lee und Kraft Foods/ Cadbury, in denen aufwendige Nachfrageschätzungen und Effektanalysen durchgeführt wurden. Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang, dass die Europäische Kommission wiederholt auf die Beschränkungen quantitativer Analysemethoden hingewiesen hat.

862. Bemerkenswert ist der Umstand, dass – soweit ersichtlich⁶⁰⁶ – in keinem der Fälle, die während des Berichtszeitraums nach Durchführung der Hauptprüfphase gemäß Artikel 8 FKVO entschieden worden sind, Effizienzgewinne vorgetragen wurden. Auch in den Entscheidungen, die in der Vorprüfphase unter Bedingungen und

⁶⁰⁶ Neben der Untersagungsentscheidung Olympic/Aegean Airways war zum Zeitpunkt des Redaktionsschlusses die Phase-II-Entscheidung Western Digital/Viviti Technologies, COMP/M.6203, nicht veröffentlicht. Von den Phase-I-Entscheidungen unter Bedingungen und Auflagen war die Entscheidung in dem Verfahren Teva/Cephalon, COMP/M.6258, unveröffentlicht. Eine abschließende Bewertung ist daher nicht möglich.

Auflagen gemäß Artikel 6 Absatz 1 lit. b i. V. m. Absatz 2 FKVO erlaubt worden sind, finden sich keine Anhaltspunkte für einen Effizienzzeinswand seitens der Zusammenschlussparteien.⁶⁰⁷ Erwähnung finden Effizienzvorteile lediglich in zwei Entscheidungen. Im Fall Unilever/Sara Lee wurden im Rahmen der durchgeführten Effektanalyse auch die Effizienzgewinne geschätzt, die nötig gewesen wären, damit die erwartete Erhöhung der Endkundenpreise ausbliebe. In der Phase-I-Entscheidung Teva/Ratiopharm ging die Europäische Kommission anlässlich der Beschwerde eines Marktteilnehmers kurz auf mögliche konglomerate Effekte ein, deren Vorliegen sie im Folgenden verneinte. In diesem Zusammenhang wies sie darauf hin, dass die geltend gemachten Bedenken eher den Charakter eines Effizienzvorteils hätten.

5.6.2 SIEC-Test

863. Seit Inkrafttreten der neuen Fusionskontrollverordnung am 1. Mai 2004 werden Zusammenschlussvorhaben danach beurteilt, ob sie eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs („significant impediment of effective competition“ – sog. SIEC-Test) darstellen. Die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bleibt als Regelbeispiel für eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs relevant. Der SIEC-Test setzt aber keine Marktbeherrschung voraus. Dadurch können mit ihm auch Wettbewerbsbeschränkungen sanktioniert werden, ohne dass die Zusammenschlussparteien die höchsten Anteile auf dem relevanten Markt auf sich vereinigen.⁶⁰⁸

5.6.2.1 Der Fall Oracle/Sun Microsystems

864. Die Oracle/Sun Microsystems-Entscheidung stellt nach Ansicht der Monopolkommission ein gutes Beispiel für die Anwendung des SIEC-Tests durch die Europäische Kommission dar. Die Europäische Kommission hat das Zusammenschlussvorhaben am 21. Januar 2010 nach dem Hauptprüfverfahren ohne Bedingungen und Auflagen freigegeben.⁶⁰⁹ Oracle entwickelt und vertreibt Software-Lösungen für Unternehmen und bietet damit verbundene Dienstleistungen an. Zur Angebotspalette gehört unter anderem Datenbanksoftware. Sun bietet Hard- und Software sowie die damit verbundenen Dienst-

leistungen an. Der Zusammenschluss führt unter anderem zu einer horizontalen Überschneidung im Bereich der Datenbanken. Oracles Kernprodukt im Datenbankbereich ist die Oracle Database Enterprise Edition, die für High-End-Anwendungen konzipiert ist. Oracle bietet jedoch auch drei abgespeckte Versionen dieser Datenbank an, die auf Benutzer abzielen, die nicht alle Features der High-End-Version benötigen. Für diese Datenbanken verlangt Oracle eine Lizenzgebühr. Das wichtigste Datenbankprodukt von Sun ist MySQL. MySQL ist eine Open-Source-Datenbank und wird von Sun sowohl kostenfrei unter der Open-Source-Lizenz General Public License v2 („GPL-Lizenz“) im Internet zum Download als auch unter kommerzieller Lizenz angeboten.⁶¹⁰ Da jedoch nur die wenigsten Nutzer MySQL unter der kommerziellen Lizenz nutzen, betonte die Europäische Kommission bei der Prüfung der Wettbewerbsbehinderung den Open-Source-Charakter von MySQL.

865. Beachtenswert an der Vorgehensweise der Europäischen Kommission ist insbesondere, dass sie in diesem Zusammenschlussverfahren vollkommen auf die Prüfung der Marktbeherrschung verzichtet hat und die erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs durch das Zusammenschlussvorhaben nur unter dem Aspekt des Wettbewerbsdrucks, den Sun mit der Datenbank MySQL auf Oracle und den Datenbankmarkt ausübte, überprüft hat. Sie analysierte, ob Sun mit MySQL eine wichtige Wettbewerbskraft darstellt, die vor dem Zusammenschluss Wettbewerbsdruck ausgeübt habe, der nach dem Zusammenschluss beseitigt würde. Dieses Vorgehen der Europäischen Kommission wurde von Oracle kritisiert. Oracle brachte vor, die Europäische Kommission habe in den meisten Fällen die Wettbewerbsbehinderung auf das Vorliegen einer beherrschenden Stellung sowie die Intensität des Wettbewerbs zwischen den Zusammenschlussparteien gestützt. Auch in Fällen, in denen sie die wettbewerbliche Behinderung auf die Beseitigung einer wettbewerblichen Kraft gestützt habe, habe der Zusammenschluss eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt oder es habe intensiver Wettbewerb zwischen den Unternehmen vorgelegen. Zudem führte Oracle an, dass die Horizontal-Leitlinien nur zwei Fälle aufführten, in denen ein Unternehmen eine wichtige Wettbewerbskraft darstelle; es handle sich entweder um ein kürzlich in den Markt eingetretenes Unternehmen, von dem zu erwarten sei, dass es in Zukunft spürbaren Wettbewerbsdruck ausübe, oder um ein innovatives Unternehmen. Da keiner dieser Fälle vorliege, seien die Voraussetzungen nicht erfüllt, um die Wettbewerbsbehinderung auf die Beseitigung einer wichtigen Wettbewerbskraft zu stützen.

866. Die Europäische Kommission wies diese Argumente richtigerweise zurück. Unter dem SIEC-Test muss die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung gerade nicht mehr in allen Fällen nachgewiesen werden, um ein Zusammenschlussvorhaben für

⁶⁰⁷ Am 1. Februar 2012 untersagte die Europäische Kommission den Zusammenschluss Deutsche Börse/NYSE Euronext, COMP/M.6166. Aus der Pressemitteilung zu der bislang unveröffentlichten Verbotsentscheidung geht hervor, dass die Zusammenschlussparteien in diesem Verfahren Effizienzgewinne vorgetragen haben. Die Europäische Kommission stellte fest, dass die möglicherweise erzielten Effizienzgewinne jedenfalls nicht ausreichen, um den durch den Zusammenschluss verursachten Schaden für die Verbraucher auszugleichen, IP/12/94.

⁶⁰⁸ Vgl. Erwägungsgrund 25 FKVO. Danach ist der Begriff „erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs“ dahin gehend auszulegen, „dass er sich über das Konzept der Marktbeherrschung hinaus ausschließlich auf diejenigen wettbewerbsschädigenden Auswirkungen eines Zusammenschlusses erstreckt, die sich aus nicht koordiniertem Verhalten von Unternehmen ergeben, die auf dem jeweiligen Markt keine beherrschende Stellung haben würden.“

⁶⁰⁹ EU-Kommission, Entscheidung vom 21. Januar 2010, COMP/M.5529.

⁶¹⁰ Kommerzielle Lizenznehmer können Anwendungen oder Produkte, in die der ursprüngliche Code eingebettet ist, als Closed-Source vertreiben.

unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt zu erklären. Die Fusionskontrollverordnung erläutert in Erwägungsgrund 25, dass über das Konzept der Marktbeherrschung hinaus auch dann eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs vorliegt, wenn ein Zusammenschluss wettbewerbsschädigende Auswirkungen hat, die sich aus nicht koordiniertem Verhalten von Unternehmen, die keine beherrschende Stellung haben, ergeben. Die Horizontal-Leitlinien der Europäischen Kommission führen aus, dass solche nicht koordinierten Wirkungen den wirksamen Wettbewerb erheblich behindern können, indem wichtiger Wettbewerbsdruck für ein oder mehrere Unternehmen beseitigt wird, die dadurch ihre Marktmacht erhöhen, ohne auf ein koordiniertes Verhalten zurückgreifen zu müssen.⁶¹¹ In den Horizontal-Leitlinien ist dargelegt, welche Faktoren die Europäische Kommission als entscheidend ansieht, um zu beurteilen, ob ein Zusammenschluss zu einer Beseitigung wichtigen Wettbewerbsdrucks für das bzw. die Unternehmen führt. Diese Faktoren beinhalten beispielsweise hohe Marktanteile sowie die Wettbewerbsnähe der fusionierenden Unternehmen. Die Beseitigung einer wichtigen Wettbewerbskraft durch den Zusammenschluss ist auch ein solcher Faktor. Es ist jedoch ebenfalls in den Horizontal-Leitlinien erklärt, dass die dort aufgeführten Faktoren keine abschließende Aufzählung darstellen.

867. Die Monopolkommission stimmt der Europäischen Kommission darum darin zu, dass die Wettbewerbsbehörde nicht verpflichtet war zu beweisen, dass die Zusammenschlussparteien eine marktbeherrschende Stellung einnehmen oder dass sie nahe Wettbewerber darstellen. Im Hinblick auf die Beseitigung einer wichtigen Wettbewerbskraft durch den Zusammenschluss führt die Europäische Kommission in ihren Horizontal-Leitlinien aus, dass einige Unternehmen auf den Wettbewerbsprozess einen größeren Einfluss haben, als anhand ihrer Marktanteile zu vermuten wäre. Ein Zusammenschluss unter Beteiligung eines solchen Unternehmens könnte die Wettbewerbsdynamik in einer spürbar wettbewerbswidrigen Weise verändern, insbesondere wenn es sich um einen bereits konzentrierten Markt handelt. Diesem Kriterium unterfallen dem Wortlaut der Horizontal-Leitlinien nach jedoch nicht nur die Fälle, in denen ein Unternehmen jüngst in den Markt eingetreten ist. Dieser Fall stellt nur ein Beispiel dar.

868. Bei der Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens prüfte die Europäische Kommission folglich, welcher Wettbewerbsdruck von MySQL vor dem geplanten Zusammenschluss ausging, inwiefern dieser nach dem Zusammenschluss beseitigt würde und in welchem Maß andere Wettbewerber nach dem Zusammenschluss Wettbewerbsdruck auf Oracle ausüben könnten. Die Europäische Kommission erläuterte hierbei, dass der Fall aufgrund des Open-Source-Charakters von MySQL besondere Aspekte aufweise, die bei diesen Prüfungspunkten zu berücksichtigen seien.

869. Die Europäische Kommission untersuchte zunächst, ob MySQL und Oracle miteinander in Wettbewerb stehen und MySQL deshalb das Potenzial hat, einen wichtigen Wettbewerbsdruck auf Oracle und die anderen Anbieter proprietärer Datenbanken auszuüben. Der von MySQL ausgehende Wettbewerbsdruck werde von mehreren Eigenschaften von MySQL bestimmt: Das Geschäftsmodell von MySQL sei vor allem durch die modulare Architektur von MySQL, niedrige Preise und das Nichtbestehen einer Bindung an einen Anbieter gekennzeichnet. MySQL hat einen modularen Ansatz, der von den anderen verbreiteten Datenbanken differiert; MySQL besteht aus drei Schichten: den Speicher-Engines, dem MySQL-Server sowie den Tools. Die Schnittstellen zwischen diesen drei Schichten sind dokumentiert und können von Dritten dazu genutzt werden, Software zu entwickeln. Hierdurch ist es möglich, dass die Tools und Speicher-Engines auf individuelle Nutzer angepasst werden. Von Drittanbietern wurde auch ein großes Angebot an Speicher-Engines entwickelt, um verschiedenen Bedürfnissen zu dienen. Durch diese Wahlmöglichkeiten können Kunden die für sie am besten geeignete Speicher-Engine auswählen. Aufgrund dieser Modularchitektur und der Verfügbarkeit von multiplen Speichermodulen kann MySQL verschiedene Teilsegmente des Marktes gleichzeitig abdecken. Hierdurch wird die Wettbewerbsfähigkeit von MySQL in den verschiedenen Segmenten des Marktes erhöht. Der von MySQL ausgehende Wettbewerbsdruck habe zudem einen dynamischen Aspekt, da durch den modularen Ansatz von MySQL die Entwicklung von Speicher-Engines durch Drittanbieter begünstigt werde, die auf diese Weise die Funktionalität von MySQL für bestimmte Anwendungen erweiterten. Der Wettbewerbsdruck gehe damit nicht nur von MySQL aus, sondern auch von den Drittanbietern von Speicher-Engines. Da aufgrund des Open-Source-Modells von MySQL jeder Supportdienstleistungen anbieten könne, sei die Bindung an einen Anbieter gering, was MySQL für Kunden noch attraktiver mache. Es sei zu erwarten, dass MySQL auch in Zukunft weiterentwickelt und damit potenziell zu einer dynamischen Wettbewerbskraft werde.

870. Um den von MySQL auf Oracle ausgehenden Wettbewerbsdruck nachzuweisen, analysierte die Europäische Kommission verschiedene Informationsquellen: zwei interne Datenbestände von Oracle, interne Dokumente von Oracle und Sun, Erhebungen sowie die von der Europäischen Kommission auf ihre Fragebögen erhaltenen Antworten von Wettbewerbern und Kunden von Oracle und Sun. Im Ergebnis folgerte die Europäische Kommission, dass MySQL potenziell einen wichtigen Wettbewerbsdruck auf Oracle und andere gewerbliche Datenbankanbieter ausüben könne, insbesondere im KMU-Segment, dem Low-End-Segment und in einigen Teilen des Segments für eingebettete Datenbanken. Insbesondere im High-End-Segment übe MySQL jedoch keinen Wettbewerbsdruck auf Oracle aus. Zusätzlich zu dieser statischen Betrachtungsweise beurteilte die Europäische Kommission den Wettbewerbsdruck jedoch auch von einem dynamischen Blickwinkel aus: In den letzten Jahren sei MySQL stufenweise um Leistungen ergänzt

⁶¹¹ Vgl. Horizontal-Leitlinien, Rn. 22.

worden, die sonst nur bei höherpreisigen proprietären Datenbanken anzutreffen waren. Dies sowie die Innovationen Dritter begünstigende Modularchitektur von MySQL führten zu einer besonderen Art von Wettbewerbsdruck, der von MySQL ausgehe, da die Funktionalität von MySQL für bestimmte High-End-Anwendungen erweitert werde.

871. Nach dem Zusammenschluss könnte erwartet werden, dass die Datenbanken von Oracle und MySQL nicht mehr miteinander im Wettbewerb stehen, da sie von demselben Anbieter angeboten würden. Mögliche Bedenken waren, dass Oracle aufhören könnte, MySQL unter der GPL-Lizenz anzubieten oder weiterzuentwickeln. Darüber hinaus könnte Oracle den von den Drittanbietern von Speicher-Engines ausgehenden Wettbewerbsdruck dadurch eliminieren, dass die Schnittstelle verändert wird oder den Drittanbietern von Speicher-Engines die kommerziellen Lizenzen, die zur Vermarktung proprietärer Versionen von Speicher-Engines für MySQL nötig sind, nicht mehr gewährt werden. Die Europäische Kommission hob hervor, dass sie aufgrund des Open-Source-Charakters von MySQL die Prüfung nicht mit diesem Aspekt beendete, sondern weiter untersuchte und bewertete, inwiefern Oracle in der Lage sei und Anreize hätte, MySQL nach dem Zusammenschluss zu verschlechtern oder zu beenden.

872. Die Europäische Kommission folgerte, dass die Fähigkeit und Anreize von Oracle, MySQL nach dem Zusammenschluss zu verschlechtern oder zu beseitigen, aufgrund der Verfügbarkeit von MySQL unter der GPL-Lizenz beschränkt wäre. Hierbei berücksichtigte sie auch die öffentlichen Ankündigungen von Oracle. Mit diesen sagte Oracle unter anderem zu, MySQL auch in Zukunft unter der Open-Source-Lizenz zu verbessern und nachfolgende Versionen ebenfalls unter der Open-Source-Lizenz zur Verfügung zu stellen sowie die kommerziellen Lizenzen bis Dezember 2014 zu verlängern. Die Europäische Kommission führte zu den öffentlichen Ankündigungen aus, dass diese keine formellen Abhilfemaßnahmen darstellten. Es handele sich jedoch um faktische Elemente, die von der Europäischen Kommission zusammen mit den anderen Elementen des Zusammenschlusses in ihre Beurteilung einbezogen werden müssten, um die wahrscheinlichen Auswirkungen des Zusammenschlusses auf dem Datenbankmarkt zu beurteilen.⁶¹² Im Ergebnis schlussfolgerte die Europäische Kommission, das Oracle wahrscheinlich MySQL auch nach dem Zusammenschluss noch anbieten und fördern würde. Im Hinblick auf den dynamischen Druck, der von MySQL ausgehe, reduzierten die öffentlichen Ankündigungen von Oracle, die die Anbieter von Speicher-Engines betreffen, höchstwahrscheinlich Oracles Möglichkeit, auf MySQL basierende Produkte zu benachteiligen.

873. Danach prüfte die Europäische Kommission, inwieweit andere Open-Source-Datenbanken oder MySQL-Ableger den zurzeit von MySQL ausgeübten Wettbe-

werbsdruck aufrechterhalten könnten, falls MySQL nach dem Zusammenschluss vom Markt genommen würde. Im Ergebnis ergab die Analyse der Europäischen Kommission, dass andere Open-Source-Datenbanken, insbesondere die Datenbank PostgreSQL, möglicherweise nach dem Zusammenschluss einen hinreichenden Wettbewerbsdruck auf Oracle ausüben und den zurzeit von MySQL ausgeübten Wettbewerbsdruck zeitnah und in ausreichendem Maß ersetzen könnten. Zudem schloss die Europäische Kommission nicht aus, dass sich Ableger von MySQL so entwickeln könnten, dass sie Wettbewerbsdruck auf Oracle ausüben könnten. Im Ergebnis folgerte die Wettbewerbsbehörde, dass das Zusammenschlussvorhaben nicht zu einer Behinderung des Wettbewerbs auf dem Datenbankmarkt führe.

874. Die Analyse der Europäischen Kommission ist kritikwürdig. Es ist nicht nachvollziehbar, aus welchen Gründen die Europäische Kommission davon ausgeht, dass von PostgreSQL oder von MySQL-Ablegern zeitnah ein hinreichender Wettbewerbsdruck ausgehen könnte. Insgesamt hält die Monopolkommission diese Beurteilung für sehr optimistisch, wenn man den geringen Erfolg von PostgreSQL und den MySQL-Ablegern in der Vergangenheit betrachtet. Die Europäische Kommission hat in der Entscheidung selbst ausgeführt, dass es ihrer Marktuntersuchung zufolge mehrere Jahre dauern werde, bis PostgreSQL auf dem Datenbankmarkt Wettbewerb ausüben könnte, und dass der Erfolg von PostgreSQL zurzeit beschränkt sei. Aus diesem Grund ist für die Monopolkommission unklar, wieso von PostgreSQL zeitnah genügend Wettbewerbsdruck auf Oracle und andere proprietäre Datenbankanbieter ausgehen soll. Im Hinblick auf MySQL-Ableger hat die Europäische Kommission in ihrer Entscheidung ausführlich analysiert, welche Hindernisse einem Markteintritt eines MySQL-Ablegers im Wege stehen. Der Europäischen Kommission ist zwar grundsätzlich darin zuzustimmen, dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass ein MySQL-Ableger Erfolg hat und/oder dass bei einem Marktaustritt von MySQL ein großes Software-Unternehmen einen MySQL-Ableger sponsort oder dort einsteigt. Die Monopolkommission hält diese Annahmen jedoch insgesamt für zu fernliegend, um die Annahme möglichen Wettbewerbsdrucks begründen zu können.

5.6.2.2 Der Fall T-Mobile/Orange

875. Im März 2010 gab die Europäische Kommission das Zusammenschlussvorhaben T-Mobile/Orange unter Bedingungen und Auflagen nach dem Vorprüfverfahren frei. Die Deutsche Telekom und France Télécom meldeten die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens an, in das sie ihre britischen 100-Prozent-Mobilfunktochter T-Mobile UK und Orange UK einbringen wollten. Die Aktivitäten von T-Mobile und Orange überschneiden sich in mehreren Märkten, unter anderem im Endkundenmarkt für Mobilfunkdienste sowie dem Vorleistungsmarkt für Netzzugang und Verbindungsaufbau in öffentliche Mobilfunknetze.

⁶¹² In Abschnitt 5.7.5 in diesem Kapitel unterzieht die Monopolkommission die öffentlichen Zusicherungen von Oracle einer Bewertung.

876. Auf dem Endkundenmarkt für Mobilfunkdienste sind fünf Anbieter mit (zumindest teilweise) eigenem Netz tätig sowie mehr als 25 Anbieter, die über kein eigenes Netz verfügen, sondern auf die Netzinfrastruktur der anderen Anbieter zurückgreifen (sog. Mobile Virtual Network Operators, MVNOs). Nach dem Zusammenschluss hätte das neu gegründete Gemeinschaftsunternehmen einen Marktanteil sowohl nach Abnehmern als auch nach Umsatz von um die 30 Prozent.⁶¹³ Mit Vodafone und O2 sind jedoch noch weitere starke Wettbewerber vorhanden. Die MVNOs haben zusammen einen Marktanteil von 10 bis 20 Prozent. Der Anbieter 3UK habe zwar nur einen Marktanteil von 5 bis 10 Prozent, übe jedoch wegen seiner niedrigen Preise und innovativen Geschäftsmodelle einen starken Wettbewerbsdruck auf die anderen Mobilfunkanbieter aus. Auf Grundlage des untersuchten Wechselverhaltens der Mobilfunkkunden stellte die Europäische Kommission zudem fest, dass die Parteien keine besonders nahen Wettbewerber sind. Aus diesem Grund folgerte sie, dass der Markt auch nach dem Zusammenschluss noch von Wettbewerb geprägt sein werde.

877. Auf dem Vorleistungsmarkt für Netzzugang und Verbindungsaufbau in öffentliche Mobilfunknetze würde sich die Zahl der Mobilfunkanbieter mit eigener Netzinfrastruktur von fünf auf vier verringern. Das neu gegründete Gemeinschaftsunternehmen hätte einen Marktanteil von 40 bis 50 Prozent, während Vodafone und O2 jeweils 20 bis 30 Prozent Marktanteil hätten. Da 3UK nur ein 3G-Netzwerk unterhält (und seine 2G-Dienstleistungen durch ein Roaming-Abkommen mit Orange anbietet), ist der Marktanteil von 3UK in diesem Markt gering. Die Europäische Kommission erwähnte zwar, dass sich die Konzentrationstendenzen nach dem Zusammenschluss noch verstärken würden, wenn man die bestehenden Netzwerknutzungs- und Kooperationsverträge berücksichtigen würde; so könnte argumentiert werden, dass nach dem Zusammenschluss nur zwei Netzwerkallianzen übrig blieben: auf der einen Seite Orange zusammen mit den bereits vor dem Zusammenschluss kooperierenden T-Mobile und 3UK und auf der anderen Seite die kooperierenden Anbieter Vodafone und O2. Allerdings ist die Europäische Kommission dem nicht nachgegangen. Geprüft wurde zudem, ob die Möglichkeit der Reduzierung von Netzkapazität durch Rationalisierungsmaßnahmen nach dem Zusammenschluss besteht; diesbezüglich bestanden jedoch letztlich keine Wettbewerbsbedenken.

878. Sowohl bei ihrer Prüfung des Endkundenmarktes für Mobilfunkdienste als auch bei der Prüfung des Vorleistungsmarktes für Netzzugang und Verbindungsaufbau in öffentliche Mobilfunknetze stellte die Europäische Kommission zunächst fest, dass keine unmittelbaren Wettbewerbsbedenken bestünden. Sie erläuterte jedoch, dass diese Beurteilung nicht von der Analyse der Netzteil-

lungsvereinbarung zwischen T-Mobile und 3UK sowie der Konzentration der Frequenzen der Zusammenschlussparteien im 1.800-Mhz-Bereich zu trennen sei.

879. Die Europäische Kommission äußerte Wettbewerbsbedenken im Hinblick darauf, dass der Zusammenschluss die Möglichkeit und Anreize bieten würde, 3UK als Wettbewerbskraft im britischen Markt zu beseitigen. 3UK verfügt lediglich über ein 3G-Netz. Darum hat 3UK zwei Netzwerkvereinbarungen getroffen: Zum einen besteht mit Orange ein nationales Roaming-Abkommen im Hinblick auf das 2G-Netz, da 3UK kein eigenes 2G-Netz hat; zum anderen hat 3UK mit T-Mobile eine 3G-RAN-Teilungsvereinbarung getroffen (RAN steht für Radio Access Network Sharing Agreement, Funkzugangnetz). Unter dieser Vereinbarung integrieren die beiden Unternehmen ihre Netzwerke mit dem Ziel, ein einziges Netzwerk zu schaffen, welches von einem Gemeinschaftsunternehmen verwaltet wird. Die Europäische Kommission hatte wettbewerbsliche Bedenken im Hinblick auf die Zukunft dieser RAN-Teilungsvereinbarung. Dies begründet sie damit, dass das Geschäftsmodell von 3UK auf die Nutzung dieses Netzes ausgerichtet sei und die Teilungsvereinbarung für ein wettbewerbsfähiges 3G-Netz von 3UK essenziell sei. Zwar könnte T-Mobile den Vertrag kurzfristig nur unter Inkaufnahme signifikanter Vertragsstrafen beenden, es bestünde jedoch die Möglichkeit, die Durchführung des Vertrags zu erschweren, ohne sich einer Haftung auszusetzen. So sei es laut 3UK beispielsweise möglich, dass T-Mobile seine Kunden ins Netz von Orange leite und die Investitionen in das mit 3UK geteilte Netz beschränke, was letztlich die Qualität dieses Netzes beeinträchtigen würde. Ein solch unkooperatives Verhalten sei zwar eigentlich vertraglich verboten, allerdings schwierig nachzuweisen und würde komplexe Prozesse mit ungewissem Ausgang mit sich bringen. Da das von den Zusammenschlussparteien geplante Gemeinschaftsunternehmen die Zusammenführung der Netze von T-Mobile und Orange vorsieht und es der Europäischen Kommission unklar war, wie dies im Verhältnis zur Netzteilungsvereinbarung mit 3UK ausgeführt werden soll, kam sie zu dem Ergebnis, dass T-Mobile nach dem Zusammenschluss das Abkommen frühzeitig beenden oder zumindest die Durchführung beeinträchtigen könnte. Bezüglich der Frage, ob T-Mobile auch Anreize hat, das Abkommen frühzeitig zu beenden, erläuterte die Europäische Kommission, dass es sich hierbei um eine sehr komplexe Frage handele, da die jeweilige Anreize monetär berechnet und gegenkalkuliert werden müssten. Die Wettbewerbsbedenken der Europäischen Kommission beschränkten sich allerdings nicht nur auf die Möglichkeit der kompletten Abschottung von 3UK vom Markt, sondern bezogen sich auch darauf, dass die Position von 3UK auf dem Markt ernsthaft geschwächt wird. Die Europäische Kommission konnte nicht ausschließen, dass T-Mobile, auch ohne den Vertrag zu beenden, das mit 3UK geteilte Netz und dadurch auch die Position von 3UK schwächt.

880. Ohne diesen Netzteilungsvertrag wäre es 3UK zufolge schwierig bis unmöglich, im Markt zu bleiben, sodass der Zusammenschluss kurz- bis mittelfristig zu ei-

⁶¹³ Während in Rn. 42 und 44 der Entscheidung von 20 bis 30 Prozent Marktanteil des fusionierten Unternehmens die Rede ist, wird in Rn. 64 der gemeinsame Marktanteil der Zusammenschlussparteien mit 30 bis 40 Prozent angegeben. Aus diesem Grund geht die Monopolkommission davon aus, dass sich der gemeinsame Marktanteil um die 30 Prozent bewegt.

ner Reduktion der Wettbewerber im Markt von fünf auf drei führen würde. Die Europäische Kommission führte aus, dass viele Marktteilnehmer 3UK als wichtige Wettbewerbskraft und als innovativsten Anbieter im Markt sehen. Hieraus folgerte die Europäische Kommission, dass der Marktaustritt von 3UK oder das Abschwächen seiner Marktstellung erhebliche Auswirkungen auf den britischen Mobilfunkkundenmarkt haben würde. Als Abhilfemaßnahme unterschrieben die Zusammenschlussparteien eine geänderte Vereinbarung mit 3UK, in der unter anderem die Möglichkeit zur frühzeitigen Kündigung entfernt wurde.

881. Bei der Prüfung des Zusammenschlusses sah die Europäische Kommission einen weiteren problematischen Punkt darin, dass das fusionierte Unternehmen ein gemeinsames Frequenzspektrum von 2x80 MHz im 1 800-MHz-Band halten würde. Mit diesem Frequenzspektrum hätte das fusionierte Unternehmen fast die Hälfte der vergebenen Frequenzen (2x167 MHz) in diesem Bereich. Damit wäre es ausschließlich dem fusionierten Unternehmen möglich, den künftigen neuen Standard LTE (Long Term Evolution) in optimaler Qualität (volle Geschwindigkeit, gute Abdeckung) anzubieten, da hierzu zusammenhängende Frequenzen von 2x20 MHz reserviert sein müssen. Andere Anbieter hätten nicht die notwendige Bandbreite an Frequenzen, um einen solchen Bereich für die Nutzung von LTE freizumachen. Damit hätten sie einen deutlichen Wettbewerbsnachteil und könnten nur ein deutlich schlechteres Produkt anbieten. Die Parteien argumentierten unter anderem, dass es für den Aufbau eines LTE-Netzes nicht notwendig sei, 2x20 MHz an zusammenhängenden Frequenzen zu haben. Die Europäische Kommission hielt es zwar für möglich, durch eine Kombination aus 800- oder 900-MHz-Frequenzen und 2 600-MHz-Frequenzen ein weiteres LTE-Netz aufzubauen. Die 2 600-MHz-Frequenzen werden jedoch erst in den kommenden Jahren versteigert. Zudem hätten die Parteien dennoch einen signifikanten technologischen Vorsprung gegenüber den Wettbewerbern in Bezug auf die maximale Download-Geschwindigkeit und möglicherweise auch auf die Stabilität in der Bereitstellung niedriger Download-Raten. Außerdem hätten die Parteien einen deutlichen Zeitvorsprung wegen der Ungewissheit, wann die Frequenzen versteigert werden und wie lange die Wettbewerber benötigen, um die 800- oder 900-MHz-Frequenzen für LTE freizumachen. Des Weiteren bietet das 2 600-MHz-Spektrum eine niedrigere Abdeckung als das 1 800-MHz-Spektrum, sodass es nur für Städte geeignet ist. Ohne den Zusammenschluss schien es der Europäischen Kommission wahrscheinlich, dass mehr als ein LTE-Netz im britischen Markt entstehen würde. Die Europäische Kommission schlussfolgerte darum, dass aufgrund der Konzentration der Frequenzen im 1 800-MHz-Spektrum ernsthafte Bedenken bezüglich der Endkunden- und Vorleistungstelekommunikationsmärkte bestünden. Als Abhilfemaßnahme müssen die Zusammenschlussparteien 2x15 MHz aus ihrem 1 800-MHz-Spektrum veräußern.

882. Die Europäische Kommission erläuterte gegenüber der Monopolkommission, dass es sich bei dem Zu-

sammenschluss T-Mobile/Orange um einen Fall gehandelt habe, bei dem der SIEC-Test gegenüber dem Marktbeherrschungstest eine einfachere Handhabung ermöglicht habe. Durch die Abhilfemaßnahme im Hinblick auf die Netzteilungsvereinbarung wurde erreicht, dass T-Mobile und 3UK ihren Vertrag in kurzer Zeit so angepasst haben, dass die Bedenken bezüglich einer möglichen Abschottung von 3UK im Markt beseitigt wurden. Unter dem Marktbeherrschungstest wäre das fusionierte Unternehmen auf dem Endkundenmarkt für Mobilfunkdienste wohl nicht als marktbeherrschend angesehen worden. Gegen eine marktbeherrschende Stellung sprechen der relativ geringe Marktanteil des fusionierten Unternehmens von ungefähr 30 Prozent sowie der geringe Abstand auf die zweit- und drittstärksten Wettbewerber im Markt, die einen Marktanteil in Höhe von 10 bis 20 Prozent haben. Ob unter dem alten Marktbeherrschungskriterium eine marktbeherrschende Stellung auf dem Vorleistungsmarkt für Netzzugang und Verbindungsaufbau vorgelegen hätte, kann die Monopolkommission angesichts der wenigen sich ihr aus der öffentlichen Fassung der Entscheidung ergebenden Informationen nicht beurteilen.

Im Ergebnis lässt sich jedoch festhalten, dass das SIEC-Kriterium hier eine einfachere Prüfung der Wettbewerbsbedenken ermöglicht hat. Die Europäische Kommission hat zunächst den Markt der Mobilfunkdienste für Endkunden sowie den Vorleistungsmarkt für Netzzugang und Verbindungsaufbau in öffentliche Mobilfunknetze unabhängig von ihren Bedenken im Hinblick auf die Netzteilungsvereinbarung zwischen T-Mobile und 3UK sowie bezüglich der Konzentration der Frequenzen im 1 800-MHz-Bereich geprüft. Ob diese beiden Punkte wettbewerblich problematisch sind, hat sie hierbei ausdrücklich offengelassen. Sie hat erläutert, dass bezüglich dieser beiden Märkte keine wettbewerblichen Bedenken bestehen, dass diese Analyse jedoch nicht von der Beurteilung der Netzteilungsvereinbarung sowie der Konzentration der Frequenzen getrennt werden kann. Die Wettbewerbsbedenken im Hinblick auf die Netzteilungsvereinbarung sowie die Konzentration der Frequenzen hat sie danach separat und losgelöst von den zuvor definierten Märkten und den festgestellten Marktanteilen geprüft. Diese Prüfungsreihenfolge wäre unter dem alten Marktbeherrschungskriterium so nicht möglich gewesen. Die Wettbewerbsbedenken hätten dort nach der Definition des Marktes sowie der Marktanteilsanalyse ausgeführt und analysiert werden müssen. Hier ermöglicht der SIEC-Test eine einfachere und praktischere Handhabung, da die beiden wettbewerbsbedenklichen Punkte ansonsten zunächst bezüglich des Endkundenmarktes und dann bezüglich des Vorleistungsmarktes hätten erläutert werden müssen. Bei der Prüfung der Konzentration der Frequenzen sowie der daraus resultierenden Vormachtstellung für den in der Zukunft liegenden Aufbau eines neuen LTE-Netzes erwies sich die Analyse nach dem SIEC-Test ebenfalls als einfacher gegenüber dem alten Marktbeherrschungstest. Die aus der Konzentration der Frequenzen resultierende Vormachtstellung für eine zukünftige, innerhalb der nächsten Jahre in Großbritannien zu entwickelnde Technologie kann den Zusammenschlussparteien in der Zukunft eine marktmächtige Stellung verleihen, dies lässt sich jedoch

an den derzeitigen Marktanteilen nach dem Zusammenschluss nicht messen. Die Monopolkommission begrüßt, dass die Europäische Kommission im vorliegenden Fall auch abseits von der reinen Marktbeherrschung liegende Wettbewerbsprobleme erkannt und – durch die Abhilfemaßnahmen – gelöst hat. Im Ergebnis kann sich die Europäische Kommission bei Zusammenschlüssen, bei denen es zu gemeinsamen Marktanteilen von 30 bis 50 Prozent kommt, aufgrund des SIEC-Tests vollends auf die wettbewerblichen Bedenken konzentrieren, ohne dass sie den Marktanteilen eine erhöhte Beachtung beimessen muss.

883. An der Zusammenschlussesentscheidung T-Mobile/Orange ist jedoch ein Punkt zu kritisieren. Zunächst hat die Europäische Kommission in ihrer Entscheidung im Hinblick auf die Situation auf dem Vorleistungsmarkt für Netzzugang und Verbindungsaufbau in öffentliche Mobilfunknetze selbst ausgeführt, dass es möglich sei zu argumentieren, dass in der Folge des Zusammenschlusses nur noch zwei Netzwerkallianzen im Markt verbleiben. Hierauf geht die Europäische Kommission jedoch nicht weiter ein, sondern begnügt sich mit dem Hinweis, dass im Rahmen der Marktuntersuchung keine substantiierten Einwände bezüglich einer möglicherweise zu starken Konzentration eingegangen sind. Hier hätte die Europäische Kommission nach Ansicht der Monopolkommission von Amts wegen prüfen müssen, ob aufgrund dieser Konzentration wettbewerbliche Bedenken bestehen. Darüber hinaus erwähnt sie selbst, dass keine substantiierten Einwände vorgetragen wurden; daraus kann gefolgert werden, dass dieser Punkt im Rahmen der Marktuntersuchung durchaus von Marktteilnehmern angeführt wurde. Erschwerend kommt nach Ansicht der Monopolkommission hinzu, dass diese Bedenken und Konzentrationstendenzen auch nach der Abhilfemaßnahme weiter bestehen: So wird durch die Abhilfemaßnahme gerade die Zusammenarbeit zwischen T-Mobile und 3UK bezüglich des 3G-Netzes gestärkt, wodurch die Konzentration des Marktes auf zwei Netzwerkallianzen allerdings ebenfalls erhöht wird. Ob das insgesamt gefundene Ergebnis der Europäischen Kommission – Freigabe des Zusammenschlusses nach Abhilfemaßnahmen – bei einer eingehenden Untersuchung dieses Punktes anders ausgefallen wäre, kann die Monopolkommission aufgrund der dünnen Informationslage nicht beurteilen. Sie vertritt jedoch die Auffassung, dass dieser Punkt auf jeden Fall ausführlicher hätte untersucht werden müssen.

5.6.3 Relativierung von Marktanteilen

884. Trotz eines seit einigen Jahren verstärkten ökonomischen Ansatzes in der europäischen Fusionskontrolle bleiben Marktanteile in vielen Fällen ein wichtiger Bewertungsfaktor. Wie die Europäische Kommission in den Horizontal-Leitlinien ausführt, bilden Marktanteile erste Anhaltspunkte für die Marktstruktur und die wettbewerbliche Bedeutung der Fusionspartner und ihrer Mitbewerber. Hiernach nimmt die Wahrscheinlichkeit, dass ein Unternehmen Marktmacht ausübt, mit seinem Marktanteil zu.⁶¹⁴ Diese Auffassung wird durch die neueste Recht-

sprechung gestützt. In dem Verfahren Ryanair/Europäische Kommission bekräftigte das Gericht der Europäischen Union seine Auffassung, dass besonders hohe Marktanteile – von außergewöhnlichen Umständen abgesehen – als solche den Beweis für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung liefern. Davon sei bei einem Marktanteil in Höhe von 50 Prozent auszugehen⁶¹⁵.

885. Festzustellen ist jedoch auch, dass die Europäische Kommission seit einigen Jahren bei der Beurteilung von Marktanteilen stärker differenziert und die von ihr ermittelten Marktanteile in Einzelfällen relativiert. Dies kann – wie im Fall BASF/Cognis⁶¹⁶ – dazu führen, dass trotz hoher Marktanteile des neuen Unternehmens keine Wettbewerbsbedenken geltend gemacht werden. Ebenso geht die Europäische Kommission davon aus, dass niedrige Marktanteile eines Unternehmens seinen Einfluss auf den Wettbewerbsprozess nicht stets richtig wiedergeben. Dies ist laut Horizontal-Leitlinien beispielsweise der Fall, wenn ein Unternehmen erst kürzlich in den Markt eingetreten ist, von dem zu erwarten ist, dass es in Zukunft spürbaren Wettbewerbsdruck ausüben wird.⁶¹⁷ Diese Entscheidungspraxis hat die Europäische Kommission im Berichtszeitraum unter anderem in den Verfahren CAT/MWM⁶¹⁸, Oracle/Sun Microsystems⁶¹⁹ und DB/Arriva⁶²⁰ weitergeführt.

886. Im Fall BASF/Cognis ermittelte die Europäische Kommission im Rahmen ihrer Untersuchung von vertikalen Effekten des Zusammenschlusses hohe weltweite und EU-weite Marktanteile von BASF auf dem Markt für Hydroxylammoniumsulfate. Nach Auffassung der Europäischen Kommission bildeten die Marktanteile jedoch kein Indiz für die Marktmacht von BASF, weil eine Reihe von Wettbewerbern ebenfalls in der Herstellung dieser Sulfate aktiv waren, aber nur einen geringen Anteil ihrer Produktion für den Handelsmarkt zur Verfügung stellte. Der größere Teil der Produktion wurde jeweils unternehmensintern genutzt.

887. Der Zusammenschluss Oracle/Sun Microsystems betraf den Markt für Datenbanken, der sich nach den Ermittlungen der Europäischen Kommission als hoch konzentriert darstellte. So hielten in 2008 die drei größten Wettbewerber Oracle, IBM und Microsoft zusammen 80 bis 90 Prozent der Marktanteile nach Umsätzen. Hierbei entfielen auf Oracle 40 bis 50 Prozent, auf IBM 20 bis 30 Prozent und auf Microsoft 10 bis 20 Prozent. Der nach Umsätzen berechnete Marktanteil von MySQL war mit 0 bis 5 Prozent sehr gering. Da MySQL jedoch vorwiegend kostenlos vertrieben wurde, würde sich selbst eine sehr hohe Anzahl an Nutzern von MySQL nicht in einem hohen Marktanteil von MySQL niederschlagen. Die Europäische Kommission folgerte daraus, dass die nach Umsätzen berechneten Marktanteile nicht hinreichend seien, um die Wettbewerbsposition von MySQL widerzu-

⁶¹⁵ Vgl. hierzu Tz. 987.

⁶¹⁶ Vgl. auch Tz. 931.

⁶¹⁷ Vgl. Horizontal-Leitlinien, Rn. 37.

⁶¹⁸ Vgl. zur Marktabgrenzung und Marktanteilsanalyse Tz. 826 ff.

⁶¹⁹ Vgl. auch Tz. 864, 957 ff.

⁶²⁰ Vgl. auch Tz. 839 ff.

⁶¹⁴ Vgl. Horizontal-Leitlinien, Rn. 14, 27.

spiegeln. Eine Berechnung der Gesamtgröße des Datenbankmarktes anhand der Zahl der aktiven Installationen war ihr allerdings nicht möglich, da hierüber keine Daten vorlagen. Die Anbieter der Open-Source-Datenbanken konnten lediglich darüber Auskunft geben, wie oft eine Datenbank von Nutzern heruntergeladen wurde, jedoch nicht, ob diese danach auch installiert und genutzt wurde.

888. Der Europäischen Kommission ist darin zuzustimmen, dass die aufgrund des Umsatzes der jeweiligen Unternehmen ermittelten Marktanteile die Wettbewerbsposition eines Open-Source-Produktes nicht zutreffend wiedergeben. Im Ergebnis schlussfolgerte die Europäische Kommission richtigerweise, dass die Bedeutung von MySQL für den Wettbewerb im Datenbankmarkt größer sei, als dies aufgrund der Marktanteile zu vermuten wäre.

889. In dem Verfahren DB/Arriva untersuchte die Europäische Kommission insbesondere die Märkte für Bus- und Schienenpersonenverkehr und für Schienengüterverkehr. Hierbei konzentrierte sie sich auf die Auswirkungen des geplanten Zusammenschlusses in Dänemark, im Vereinigten Königreich und in Deutschland. In Dänemark überschneiden sich die Aktivitäten der Zusammenschlussparteien im Busverkehr. Je nach räumlicher Marktabgrenzung erreicht Arriva 40 bis 50 Prozent bzw. 50 bis 60 Prozent der Marktanteile, gefolgt von drei Wettbewerbern mit je 5 bis 10 Prozent der Anteile. DB hielt – wie drei weitere Konkurrenten – lediglich einen Marktanteil in Höhe von 0 bis 5 Prozent. Nach den Ermittlungen der Europäischen Kommission war Arriva nicht nur in der Vergangenheit, sondern auch gegenwärtig ein sehr aktiver und erfolgreicher Ausschreibungsteilnehmer. DB verfügte – trotz der geringen Marktanteile – über eine größere Anzahl von Bussen und konnte daher auch für umfangreichere Aufträge bieten. Gleichwohl stellte die Europäische Kommission mehrere Faktoren fest, die die wettbewerbliche Bedeutung von DB relativierten: So habe das Unternehmen seine Leistungen in den letzten Jahren nur in einer Region erfolgreich angeboten und verfolgte keine Expansionspolitik in andere Gebiete. Sonstige Unternehmen seien in der Vergangenheit deutlich erfolgreicher beim Zutritt auf den dänischen Markt oder in einzelne Regionen gewesen. Trotz gewisser Markteintrittsbarrieren – insbesondere für kleinere Anbieter – hätten kürzlich Marktzutritte stattgefunden, was die Offenheit des dänischen Busmarktes unterstreiche. Auch die staatlichen Auftraggeber hielten DB nicht für einen besonders aktiven Anbieter und äußerten keine Bedenken gegen den Zusammenschluss.

890. Bei der wettbewerblichen Beurteilung des Schienenpersonenverkehrs in Deutschland hielt die Europäische Kommission vor allem die hohen gemeinsamen Marktanteile der Zusammenschlussbeteiligten für entscheidungserheblich. Im Fernverkehr nahm DB fast eine Monopolstellung ein, im Regionalverkehr wurden gemeinsame Marktanteile in Höhe von 80 bis 90 Prozent und im Güterverkehr von 70 bis 80 Prozent erreicht. Zwar halte Arriva derzeit auf allen Märkten nur geringe Marktanteile – jeweils 0 bis 5 Prozent. Die Europäische Kommission schätzte Arriva aber als einen der wesentlichen

Konkurrenten mit guten Expansionschancen ein. Insbesondere angesichts hoher Marktzutrittschranken erhob die Europäische Kommission daher Wettbewerbsbedenken gegen den beabsichtigten Zusammenschluss.

891. Wettbewerbsbedenken hegte die Europäische Kommission darüber hinaus auf dem Wartungsmarkt, obwohl die gemeinsamen Marktanteile der Parteien dort unter 15 Prozent lagen. Wie die Europäische Kommission ausführte, bot DB vor allem für ihre eigenen Züge Wartungsleistungen an (In-House-Wartung) und stellte nur einen kleineren Teil ihrer Kapazitäten Dritten zur Verfügung. Die Europäische Kommission hielt die geringen Anteile von DB auf dem Handelsmarkt daher nicht für repräsentativ. Außerdem erreichte die neue Unternehmens Einheit als Marktführer doppelt so hohe Marktanteile wie ihr nächster Wettbewerber.

892. Die differenzierte Betrachtung der festgestellten Marktanteile durch die Europäische Kommission im vorliegenden Fall ist grundsätzlich positiv zu bewerten. Auf dem dänischen Busmarkt ist zwar Arriva Marktführer und DB einer der Anbieter mit größeren Ressourcen. Indes wurde die Stellung von DB zu Recht relativiert, da von ihr keine Expansionsbestrebungen ausgingen, andere Konkurrenten wesentlich aktiver auftraten und verschiedene erfolgreiche Marktzutritte zu verzeichnen waren. Auf dem deutschen Schienenverkehrsmarkt, wo DB marktführend ist und Arriva lediglich 0 bis 5 Prozent der Marktanteile hielt, bewertete die Europäische Kommission die Situation zutreffenderweise anders. Einerseits verwarf sie die Argumentation der Parteien, wonach die hohen Marktanteile von DB in Zukunft abnehmen werden und Marktanteile in Ausschreibungsmärkten nur von begrenzter Aussagekraft seien. Andererseits erkannte sie Arriva als einen der wichtigsten aktiven Konkurrenten von DB mit guten Expansionsaussichten an. Die Wettbewerbsbehörde folgte damit den Bedenken der Aufgabenträger, mit dem Wegfall von Arriva einen der wenigen aktiven Wettbewerber als Anbieter zu verlieren. Außerdem war Arriva einer der wenigen Konkurrenten, der auch größere Aufträge erfüllen konnte und bereits zum Zeitpunkt der Entscheidung Wettbewerbsdruck auf DB ausübte. Zu begrüßen ist in diesem Zusammenhang, dass die Europäische Kommission trotz der niedrigen Marktanteile von Arriva in Höhe von 0 bis 5 Prozent kein „Spürbarkeitskriterium“ anwendete. Sie berücksichtigte vielmehr die sehr starke Stellung von DB auf den relevanten Märkten und ließ dementsprechend schon eine geringe Marktanteilsaddition ausreichen, um erhebliche Wettbewerbsbedenken zu erheben.

893. Kritikwürdig erscheinen hingegen die Ausführungen der Europäischen Kommission zum Wartungsmarkt. Die Wettbewerbsbehörde wich im vorliegenden Fall von ihrer üblichen Praxis ab, bei der Bewertung von Zusammenschlüssen die In-House-Umsätze der Parteien außer Acht zu lassen. Fraglich ist, ob allein die gemeinsamen Marktanteile von unter 15 Prozent auf dem Handelsmarkt zu Wettbewerbsbedenken Anlass gegeben hätten; es ist zu bezweifeln, ob bei derart niedrigen Marktanteilen die vermutete Ausschlusspolitik gegenüber Konkur-

renten tatsächlich durchführbar ist. Eine fundierte Beurteilung dieser Frage ist angesichts der knappen Erläuterungen im Entscheidungstext allerdings nicht möglich.

5.6.4 Maßgebliches „counterfactual“

894. Nach Randnummer 9 der Horizontal-Leitlinien vergleicht die Europäische Kommission bei der Bewertung der Wettbewerbswirkungen eines Zusammenschlusses die Wettbewerbsbedingungen, die sich aus der angemeldeten Fusion ergeben, mit den Bedingungen, wie sie ohne den Zusammenschluss herrschen würden. In den meisten Fällen bilden die zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses vorherrschenden Wettbewerbsbedingungen („counterfactual“) den Vergleichsmaßstab zur Bewertung der Auswirkungen einer Fusion. Unter besonderen Umständen kann die Europäische Kommission jedoch zukünftige Änderungen im Markt berücksichtigen, die mit einiger Sicherheit zu erwarten sind. Hierzu gehören insbesondere zu erwartende Marktzugänge oder -austritte von Unternehmen in dem Fall, dass der Zusammenschluss nicht erfolgt. Die Frage, welches Vergleichsszenario im Rahmen der fusionskontrollrechtlichen Prüfung maßgeblich ist, stellte sich im Berichtszeitraum sowohl in den parallelen Zusammenschlüssen Seagate/Samsung und Western Digital/Viviti Technologies⁶²¹ als auch in dem Verfahren SNCF/LCR/Eurostar.⁶²²

895. Mit Entscheidung vom 17. Juni 2010 hat die Europäische Kommission die Gründung des „New Eurostar“-Gemeinschaftsunternehmens zwischen SNCF und London Continental Railways (LCR) in der ersten Verfahrensphase unter Bedingungen und Auflagen genehmigt. SNCF ist der staatliche, etablierte Betreiber von Schienenpersonen- und Schienengüterverkehr in Frankreich. Das Unternehmen ist außerdem Eigentümer von Bahninfrastruktur, einschließlich Bahnhöfen und Wartungsdepots. LCR ist eine staatliche, britische Eisenbahngesellschaft, welche die High Speed 1-Schienen- und Bahnhofsinfrastruktur zwischen dem Ärmelkanaltunnel und London kontrolliert. Ihre Tochtergesellschaft EUKL unterhält den britischen Eurostarbetrieb.

896. Eurostar wurde bislang über eine Kooperation von SNCF, EUKL und der nationalen Eisenbahngesellschaft Belgiens SNCB betrieben und war zum Zeitpunkt der Entscheidung der einzige Anbieter von Schienenpersonenverkehr zwischen London und Paris sowie London und Brüssel. Vor dem Zusammenschluss war jeder Kooperationspartner für den Eurostar-Betrieb auf seinem jeweiligen nationalen Territorium verantwortlich und verfügte über eigenes rollendes Material, Wartungszentren und Bahnhöfe. Durch den Zusammenschluss gründeten die beteiligten Unternehmen ein Gemeinschaftsunternehmen („New Eurostar“), in das die Eurostar-Handelsmarke, rollendes Material, Raumkapazitäten in Bahnhöfen und sonstiges Equipment eingebracht werden sollten.

⁶²¹ Vgl. auch Tz. 776 ff.

⁶²² Vgl. auch Tz. 852, 963 ff.

Nach Einschätzung der Europäischen Kommission handelte es sich um ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen, das von SNCF und LCR gemeinsam kontrolliert werde und mit einem unabhängigen Management, eigenem Personal und sonstigen erforderlichen Ressourcen ausgestattet sei. SNCB erhielt eine Minderheitsbeteiligung an dem Gemeinschaftsunternehmen ohne kontrollierenden Einfluss. Das Gemeinschaftsunternehmen sollte den Eurostar-Betrieb in Frankreich, Großbritannien und Belgien durchführen.

897. Das angemeldete Vorhaben betraf nach Auffassung der Europäischen Kommission die Bereitstellung von internationalem Schienenpassagierverkehr durch den Kanaltunnel. Die Kommission definierte als räumlich relevante Märkte die Strecken London–Paris und London–Brüssel. Auf dem relevanten Markt nahm das neue Unternehmen – ohne Einbeziehung des Flugverkehrs – eine Monopolstellung ein. Wird der Flugverkehr berücksichtigt, hielt das Unternehmen noch mindestens 70 bis 80 Prozent auf beiden Routen und verfügte damit über eine marktbeherrschende Stellung. Sämtliche dort aktiven Fluggesellschaften erreichten jeweils weniger als 5 bis 10 Prozent der Anteile.

898. Die Besonderheit des geplanten Zusammenschlusses lag darin, dass er zu keinerlei Marktanteilszuwachs führte. Vielmehr sollte lediglich die jetzige Kooperation der Beteiligten in ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen überführt und damit eine permanente strukturelle Verbindung zwischen den Parteien geschaffen werden. Angesichts dieser besonderen Situation stellte die Europäische Kommission ausdrücklich fest, dass die wettbewerbliche Analyse auf Grundlage des „counterfactual“ erfolge, d. h. ein Vergleich zwischen der Situation nach dem Zusammenschluss mit der Situation vor dem Zusammenschluss erfolgen müsse.

899. Nach Auffassung der Europäischen Kommission war maßgeblich, dass vor dem Zusammenschluss zumindest eine gewisse Chance für einen Markteintritt neuer Anbieter mittels Kooperation mit einem der Eurostar-Partner oder mittels Erwerb einer der Partner bestanden hat. Durch eine solche Zusammenarbeit bzw. einen solchen Erwerb wären zumindest einige der Marktzutrittsbarrieren beseitigt worden. Nach Ansicht der Wettbewerbsbehörde entfielen diese Kooperations- und Erwerbsoptionen mit dem Zusammenschluss, wodurch die Position des neuen Unternehmens weiter gestärkt und die festgestellten Marktzutrittschürden erhöht werden würden. Diese Marktzugangshürden bestanden nach den behördlichen Ermittlungen zum einen in den Sicherheitsregeln für den Eisenbahnverkehr im Kanaltunnel.⁶²³ Zum anderen bildeten der Zugang zu Bahnhöfen und den dort angebotenen Serviceleistungen (Fahrkartenverkaufsstellen, Pas-

⁶²³ Zum Zeitpunkt des Verfahrens erfüllten nur die Züge der Eurostar-Partner die Sicherheitsanforderungen. Laut Pressemeldungen hat die Europäische Bahnsicherheitsbehörde (European Railway Agency) im März 2011 erstmalig auch Zügen von Siemens bestätigt, dass die Sicherheitsvorkehrungen erfüllt sind; vgl. Handelsblatt, 22. März 2011, S. 24.

sagierinformationen etc.), der Zugang zu Sicherheitskontrollsystemen im Rahmen des Nicht-Schengen-Verkehrs sowie der Zugang zu Hochgeschwindigkeitstrassen zu Peak-Zeiten weitere Eintrittsbarrieren. Hinzu kamen Schwierigkeiten beim Zugang zu spezialisierten Wartungszentren in Großbritannien und Frankreich.

900. Die vorliegende Entscheidung gibt zu mehreren Anmerkungen Anlass. Einerseits ist zweifelhaft, ob sich die Wettbewerbsbedingungen auf den relevanten Märkten durch den geplanten Zusammenschluss tatsächlich verschlechtern. Hierzu ist festzustellen, dass auch vor dem Zusammenschluss keine Kooperationen zwischen einem oder mehreren der Eurostar-Partner mit dritten Unternehmen zustande gekommen sind. Zudem haben die Eurostar-Partner angegeben, keine Kooperationspläne mit Dritten zu verfolgen. Die Europäische Kommission ist auch nicht in der Lage, Anhaltspunkte für die Planung oder Realisation solcher Kooperationen zu nennen. Ferner gibt es in den bestehenden Eurostar-Verträgen keine Befristung oder Ausstiegsklauseln. Nachvollziehbar ist schließlich die Argumentation der Eurostar-Partner, wonach die Zusammenarbeit mit Dritten angesichts der getätigten hohen Investitionen wirtschaftlich unvernünftig wäre. An dieser Einschätzung dürfte sich auch nach der Gründung des geplanten Gemeinschaftsunternehmens nichts ändern. In Bezug auf einen möglichen Erwerb einer der Eurostar-Partner durch ein drittes Unternehmen verweist die Europäische Kommission auf Bestrebungen der britischen Regierung, die Eurostar-Aktivitäten umzustrukturieren. Im Zuge dieser Bestrebungen habe es einen Interessenten für den Erwerb von EUKL gegeben. Hierzu ist zu bemerken, dass ein solcher Erwerbsvorgang die Eurostar-Kooperation nicht notwendigerweise infrage stellt. Vielmehr kann ein Erwerber ohne weiteres die Aktivitäten von EUKL im Rahmen der Eurostar-Kooperation weiterführen, ohne dass er als „neuer“ Anbieter in den Markt eintritt.

901. Darüber hinaus wirft der Fall grundsätzliche Fragen zur Bestimmung des entscheidungserheblichen „counterfactual“ auf. Die Europäische Kommission wählt bei der Beurteilung des Zusammenschlusses den in der Fusionskontrolle üblichen Ansatz, wonach die Wettbewerbssituation nach der geplanten Transaktion mit der Situation davor verglichen wird. Im konkreten Fall untersucht sie, ob und wie die Wettbewerbsverhältnisse durch die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens von denen bei Vorliegen der Kooperation im grenzüberschreitenden Schienenpersonenverkehr differieren. Sie geht hierbei allerdings nicht auf die Frage ein, inwieweit die Eurostar-Kooperation mit geltendem Recht vereinbar ist.

902. Die Eurostar-Kooperation wurde in den 1990er Jahren zwischen den Beteiligten durch verschiedene Kooperationsabkommen und Protokolle realisiert. Ein dreiseitiges Abkommen, das Tripartite Agreement von 1994 zwischen SNCF, British Railways und SNCB, erhielt am 22. Dezember 1995 einen informellen Comfort Letter seitens der Europäischen Kommission. Dieser entfaltet zwar grundsätzlich selbstbindende Wirkung gegenüber der Europäischen Kommission; außerdem richten die betroffenen Unternehmen ihr Verhalten im Vertrauen auf den Be-

stand des Comfort Letter aus. Die Selbstbindung kann allerdings nur soweit reichen, wie die tatsächlichen oder rechtlichen Rahmenbedingungen unverändert bleiben. Gerade die rechtlichen Rahmenbedingungen haben sich jedoch seit Gründung der Eurostar-Kooperation entscheidend geändert. Bis Ende 2009 war der grenzüberschreitende Schienenpersonenverkehr nur für internationale Kooperationen von Bahnunternehmen erlaubt.⁶²⁴ Mit Wirkung vom 1. Januar 2010 wurde der internationale Eisenbahnpersonenverkehr in der Europäischen Union weiter liberalisiert und die genannte Einschränkung aufgehoben.⁶²⁵ Auf Grundlage der alten Gesetzeslage, die grenzüberschreitenden Verkehr nur in Kooperationen zuließ, ist die frühere positive Bewertung der Eurostar-Kooperation seitens der Europäischen Kommission nachvollziehbar. Zur damaligen Zeit dürften die Vorteile der Kooperation für die Verbraucher die wettbewerblichen Nachteile einer solchen Zusammenarbeit eindeutig überwogen haben. Da die Einschränkung hinsichtlich des grenzüberschreitenden Verkehrs seit Anfang 2010 entfallen ist, könnte eine Neubewertung von Wettbewerbsnachteilen und Verbrauchervorteilen nunmehr differenzierter ausfallen. Dieser Umstand hätte nach Auffassung der Monopolkommission im vorliegenden Fall bei der Bestimmung des Vergleichsszenarios durch die Europäische Kommission berücksichtigt werden müssen.

5.6.5 Quantitative Ermittlungsmethoden

903. Der verstärkte ökonomische Ansatz, der die europäische Fusionskontrolle seit einigen Jahren charakterisiert, hat sich in der Entscheidungspraxis unter anderem in einem vermehrten Rückgriff auf ökonomische Studien und ökonometrische Analysen niedergeschlagen. Hierbei geht die Initiative sowohl von der Europäischen Kommission als auch von den Zusammenschlussparteien aus. Besonders erwähnenswert ist das Verfahren Unilever/Sara Lee, in dem die Europäische Kommission den SSNIP-Test und eine ökonometrische Schätzung der Zusammenschlusseffekte (Effektanalyse, „merger simulation“) durchgeführt hat. In dem Verfahren Kraft Foods/Cadbury legten die Zusammenschlussparteien der Wettbewerbsbehörde die Ergebnisse einer Nachfrageschätzung und einer „merger simulation“ vor. Auf die zunehmende Bedeutung von ökonomischen und ökonometrischen Analysen hat die Europäische Kommission im Oktober 2011 mit der Veröffentlichung von bewährten Verfahrensweisen (Best Practices) reagiert.⁶²⁶

⁶²⁴ Richtlinie 91/440/EWG vom 29. Juli 1991 zur Entwicklung der Eisenbahnunternehmen der Gemeinschaft, ABl. EG Nr. L 237 vom 24. August 1991, S. 25.

⁶²⁵ Richtlinie 2007/58/EG vom 23. Oktober 2007 zur Änderung der Richtlinie 91/440/EWG des Rates zur Entwicklung der Eisenbahnunternehmen der Gemeinschaft sowie der Richtlinie 2001/14/EG über die Zuweisung von Fahrwegkapazität der Eisenbahn und die Erhebung von Entgelten für die Nutzung von Eisenbahninfrastruktur, ABl. EU Nr. L 315 vom 3. Dezember 2007, S. 44.

⁶²⁶ DG Competition, Best Practices for the Submission of Economic Evidence and Data Collection in Cases Concerning the Application of Articles 101 and 102 TFEU and in Merger Cases, Staff Working Paper, 17. Oktober 2011.

5.6.5.1 Die Verfahren Unilever/Sara Lee und Kraft Foods/Cadbury

904. Das Verfahren Unilever/Sara Lee betraf verschiedene Märkte für Körperpflegeprodukte wie Deodorants, Dusch- und Badegels, Seifen und Hautpflegemittel.⁶²⁷ Besonders intensiv untersuchte die Europäische Kommission eine Reihe nationaler Märkte für maskuline und nicht maskuline Deodorants, auf denen sie negative wettbewerbliche Auswirkungen feststellte. Um diese Bedenken zu beseitigen, bot Unilever an, die Marke Sanex sowie damit verbundene Geschäftsbereiche von Sara Lee in Europa zu veräußern. Die Europäische Kommission gab daraufhin den Zusammenschluss am 17. November 2010 gemäß Artikel 8 Absatz 2 FKVO frei.

905. Bei der wettbewerblichen Beurteilung nahm die Wettbewerbsbehörde zunächst eine qualitative Einschätzung des Zusammenschlussvorhabens vor und stellte hierbei erhebliche Marktanteilsadditionen auf sieben nationalen Märkten fest. Mit dem Zusammenschluss würde Unilever auf fast allen Märkten für maskuline und nicht maskuline Deodorants zum Marktführer werden oder seine bereits zuvor bestehende Marktführerschaft ausbauen. Des Weiteren würde eine Reihe wichtiger Marken von Unilever – z. B. Axe, Rexona und Dove – mit Marken von Sara Lee wie Sanex, Radox, Duschdas und Monsavon zusammengeführt werden. Die Europäische Kommission stellte darüber hinaus hohe Marktzutrittsbarrieren und – entgegen der Argumentation der Zusammenschlussparteien – mangelnde Nachfragemacht seitens des Handels fest.

906. Zur Unterstützung der qualitativen Marktanalyse hat die Europäische Kommission eine quantitative Simulation der Übernahme durchgeführt. Aus Sicht der Europäischen Kommission sprachen im betrachteten Fall verschiedene Gründe für die empirische Effektanalyse. Neben der Verfügbarkeit sehr guter Daten sollten insbesondere die Bedenken der beteiligten Parteien gegen die qualitative Bewertung berücksichtigt werden. Diese hatten verschiedene Gründe für einen geringen Einfluss der Fusion auf die Wettbewerbssituation vorgebracht, insbesondere eine allgemein sehr hohe Wettbewerbsintensität (dies beinhaltete auch geringe Markteintrittshürden), eine deutliche Differenzierung der Produkte der Parteien und eine große Nachfragemacht des Handels. So sei eine Betrachtung der Marktanteile allein nicht aussagekräftig für die Konkurrenzsituation der Beteiligten. Auch die Europäische Kommission sah die ermittelten Marktanteile aufgrund der Produktdifferenzierung und der Innovationskraft der Parteien nur als Ausgangspunkt für die wettbewerbliche Einschätzung an. Um den Einfluss der Übernahme Unilever/Sara Lee auf den Markt für Deodorants besser zu beurteilen, führte sie daher eine ökonomische Untersuchung

durch, bei der sie auf Scannerdaten des Marktforschungsunternehmens Nielsen zurückgriff.⁶²⁸

907. Im Modell wurden Nachfrage und Angebot betrachtet und in einem statischen Gleichgewichtsansatz verbunden. Für die Nachfrageschätzung auf Basis der Scannerdaten wurden ein- und zweistufige Nested-Logit-Modelle – mit den Segmenten (Nestern) maskuline und nicht maskuline Deodorants – verwendet. Zur Spezifikation des Gleichgewichtsansatzes wurde für das Verhalten der Unternehmen von der Standardannahme des statischen Bertrand-Wettbewerbs ausgegangen und auf Grundlage der geschätzten Rahmenbedingungen des Marktes die Preissetzung im Falle einer Übernahme simuliert. Ziel der Analyse war die Schätzung des permanenten Preissprungs als Folge der Übernahme.

908. Bei den verwendeten Nested-Logit-Modellen handelt es sich um Discrete-Choice-Modelle. Mithilfe dieser Standardmodelle werden die Substitutionsgrade innerhalb und zwischen Segmenten geschätzt. Die Anwendung des „Full Random Coefficient Logit“-Modells, in welchem echte Differenzierungsgrade zwischen allen betrachteten Produkten bestimmt werden können, wurde aufgrund der enormen Komplexität der damit verbundenen Schätzung verworfen. Diese war nach Angaben der Europäischen Kommission in der beschränkten Zeit nicht durchführbar. Außerdem sei die Robustheit des Modells, die in der Fusionskontrolle besonders wichtig ist, in einem komplexen Modellrahmen eher weniger gewährleistet. Daher wurden die ein- und zweistufigen Nested-Logit-Modelle mit der Unterscheidung der Nester maskuline und nicht maskuline Deodorants als Kompromiss gewählt. Im zweistufigen Modell wurden zusätzlich Subnester für hautfreundliche Produkte definiert. Dabei wurde die eher unrealistische Annahme des Modells in Kauf genommen, dass der Differenzierungsgrad innerhalb eines Nests bzw. Subnests proportional zu den Marktanteilen der Produkte des Nests ist. Das heißt, da innerhalb eines Nests alle Produkte identisch differenziert sind, wird bei der Preiserhöhung eines Produkts dieses durch andere Produkte proportional nach deren bestehenden Marktanteilen substituiert. Wichtig ist, dass wenigstens die wichtigsten Dimensionen der Produktdifferenzierung modelliert werden.

909. In den Ergebnissen zeigte sich, dass in beiden Modellen und allen Mitgliedstaaten die Marken Dove und Sanex zu den schwächsten Substituten für die Unilever-Marke Axe gehören. Die engsten Substitute für die Sara-Lee-Marke Sanex sind die Unilever-Marken Rexona und Fa. Dabei verliert Sanex zwischen 30 und 40 Prozent seiner Kunden an Marken des Konzerns Unilever. Im Ergebnis schätzte die Europäische Kommission, dass durch die Fusion die Preise für nicht maskuline Deodorants im Mittel je nach Land um 2 bis über 6 Prozent steigen würden. Dabei wären insbesondere die Produkte der Marke Sanex

⁶²⁷ Vgl. auch Tz. 853 ff.

⁶²⁸ Neben den Verkaufsdaten auf Ebene der Stock Keeping Units stellten die beteiligten Parteien weitere Differenzierungsmerkmale und interne Transaktionsdaten wie Verkaufsvolumina, Bruttoerträge und -margen zur Verfügung.

von erheblichen Preissprüngen von 5 bis über 30 Prozent betroffen. Für die maskulinen Deodorants ergaben sich deutlich geringere Preissteigerungen von lediglich 1 bis 2,5 Prozent. Im Schnitt würden damit die Preise für Deodorants um 2 bis über 4 Prozent steigen. Neben den Preissteigerungen durch fallenden Wettbewerbsdruck wurden die kompensierenden Effizienzgewinne der Grenzkosten geschätzt, die nötig wären, damit die Endkundenpreise nicht steigen. Diese liegen je nach Land zwischen 6 und 22 Prozent.

910. Zum Testen der Signifikanz dieser Werte wurden Monte-Carlo-Simulationen für die Parameter-Vektoren durchgeführt. Die daraus resultierenden 90-Prozent-Konfidenzintervalle lagen dabei immer im rein positiven Bereich, was darauf schließen lässt, dass die identifizierten Preiseffekte statistisch signifikant sind. Für die ermittelten Ergebnisse wurden des Weiteren einige Robustheitsüberprüfungen vorgenommen. So wurden im Ergebnis nicht überzeugende Analysen mit Subnestern für Formate (Spray, Roll-on, Stick, etc.) und Marken und mit Preisen pro Einheit statt Volumen durchgeführt. Zusätzlich wurde ein Vergleich der im Modell geschätzten Grenzkosten mit denen aus den beobachteten Kostendaten durchgeführt. Dabei zeigte sich eine nicht unerhebliche Diskrepanz, sodass eine Kalibrierungsanpassung vorgenommen wurde, die leichte Verringerungen der Preiseffekte zur Folge hatte. Dennoch zeigte sich auch im angepassten Modell eine große Differenz zwischen den geschätzten bzw. angenommenen konstanten Margen und den tatsächlichen Margen der beteiligten Parteien.

911. Neben der Kritik an diesem Ergebnis wurden von den beteiligten Parteien mehrere weitere Kritikpunkte gegen die ökonometrische Analyse vorgebracht. So wurde bemängelt, dass das gewählte Nested-Logit-Modell nicht die Berücksichtigung von Transaktionseffekten erlaube, die gewählten Instrumentvariablen schwach seien und die vertikale Beziehung der Produzenten zu den verhandlungsmächtigen Händlern nicht berücksichtigt werde. Die Europäische Kommission hat daher weitere Robustheitsüberprüfungen vorgenommen und die gebotene Vorsicht bei der Interpretation der Ergebnisse der Analyse nochmals stärker betont.⁶²⁹ Die Robustheitsüberprüfungen ergaben grundsätzlich eine vergleichsweise hohe Robustheit und für Verfeinerungen tendenziell noch höhere Preise. Deshalb bewertete die Europäische Kommission die ermittelten Preiseffekte als relativ robust und konservativ geschätzt.

912. In dem Verfahren Kraft Foods/Cadbury ging die Initiative für die Vorlage ökonometrischer Analysen von den Zusammenschlussparteien aus.⁶³⁰ Sie übermittelten der Wettbewerbsbehörde quantitative Analysen, um zu belegen, dass ihr Vorhaben keine negativen Wettbewerbswirkungen auf mehreren der relevanten nationalen Märkte nach sich ziehen würde. Die Europäische Kom-

mission folgte dem entsprechenden Vortrag der Parteien und gab den Erwerb von Cadbury durch Kraft Foods am 6. Januar 2010 in der ersten Verfahrensphase unter Bedingungen und Auflagen frei.

913. Der Zusammenschluss betraf mehrere nationale Märkte für Schokoladenerzeugnisse, d. h. für Schokoladentafeln, Riegel und Pralinen. Die Europäische Kommission erhob Wettbewerbsbedenken hinsichtlich der Märkte für Schokoladentafeln und Pralinen in Polen sowie auf dem rumänischen Markt für Schokoladentafeln. Diese Bedenken wurden mittels umfassender Veräußerungszusagen der Zusammenschlussparteien ausgeräumt.

914. Die Europäische Kommission hat auch die britischen und irischen Märkte für Schokoladenerzeugnisse näher untersucht. Trotz hoher gemeinsamer Marktanteile und der Marktführerschaft der Zusammenschlussbeteiligten hielt sie jedoch insoweit negative Wettbewerbswirkungen des Vorhabens für unwahrscheinlich. Vor dem Zusammenschluss hielten Cadbury etwa 50 bis 60 Prozent und Kraft Foods 5 bis 10 Prozent der Anteile auf dem britischen Markt für Schokoladentafeln; gemeinsam würde das neue Unternehmen 60 bis 70 Prozent der Marktanteile erreichen. Ausschlaggebend für die Bewertung der Europäischen Kommission war jedoch der Umstand, dass britische und kontinentaleuropäische Schokoladenerzeugnisse aufgrund der Unterschiede im Geschmack, in der Beschaffenheit und Herkunft keine engen Substitute darstellten. So ging die Mehrheit der Marktteilnehmer davon aus, dass ein dauerhafter Preisanstieg bei britischen Produkten um 5 bis 10 Prozent die Endkunden nicht veranlassen würde, zu kontinentaleuropäischen Produkten zu wechseln. Da Kraft keine Schokolade britischer Machart herstelle, würde kein entsprechender Wettbewerber aus dem Markt austreten.

915. Ferner ergaben die Ermittlungen der Europäischen Kommission, dass die Schokoladenmarken von Kraft nicht in einem engen Wettbewerbsverhältnis zu den Marken von Cadbury stehen. Zur Untersuchung der Substitutionsgrade der Marken von Schokoladentafeln führte die Europäische Kommission eine deskriptive Analyse der von dem Marktforschungsunternehmen Nielsen gesammelten Preise und Verkaufsdaten durch. Ausgehend von dieser Analyse sowie der Entwicklung der Preise und Verkaufsdaten von Kraft Foods' und Cadburys Produkten, fand die Europäische Kommission keine Anhaltspunkte dafür, dass die Marken von Kraft einen signifikanten Wettbewerbsdruck auf die Marken von Cadbury ausübten. Dieses Ergebnis wurde nach Ansicht der Europäischen Kommission noch dadurch gestützt, dass Cadbury auf dem relevanten Markt regelmäßig nicht auf Werbeaktionen von Kraft Foods reagierte. Zudem würden einzelne Marken von Cadbury als „must-have-brand“ beurteilt, während dies für die Marken von Kraft Foods im Allgemeinen nicht gelte.

916. Gestützt wurden die Ergebnisse der Europäischen Kommission ferner durch ökonometrische Schätzungen, die von den Zusammenschlussparteien vorgelegt wurden. Seitens der ökonomischen Berater der beteiligten Parteien wurde eine ökonometrische Schätzung der Effekte des

⁶²⁹ Die Robustheitsüberprüfungen beinhalten neben einigen Anpassungen auch das Testen auf schwache IV-Schätzer und verschiedene Kostenkalibrierungen.

⁶³⁰ Vgl. auch Tz. 930.

Zusammenschlusses auf den Absatzmärkten in Großbritannien und Irland durchgeführt. Methodisch ist diese Schätzung vergleichbar mit der von der Europäischen Kommission durchgeführten Analyse im Fall Unilever/Sara Lee.⁶³¹ Innerhalb dieser Analyse wurde zunächst eine Schätzung der Nachfrage auf Grundlage eines sog. Nested-Logit-Modells auf Basis von Scannerdaten vorgenommen. Dabei wurden die drei Segmente Schokoladentafeln, Riegel und Pralinen unterschieden. Aufbauend auf dieser Nachfragespezifikation wurde im Anschluss die Übernahme simuliert. Dazu wurde für das Verhalten der Firmen von der Standardannahme des statischen Bertrand-Wettbewerbs ausgegangen. Im Ergebnis errechneten die Parteien ohne die Berücksichtigung von Effizienzen eine durchschnittliche Preissteigerung von etwa 1 Prozent.⁶³²

917. Die Europäische Kommission führte sowohl für die Nachfrageschätzung als auch für die „merger simulation“ einige Robustheitsüberprüfungen durch. Für die meisten Nachfrageschätzungen fand sie eine vergleichsweise hohe Robustheit der Ergebnisse, jedoch zeigten sich deutliche Veränderungen, wenn weitere Produkteigenschaften als zusätzliche Kontrollvariablen in die Schätzung eingeschlossen wurden. Damit einhergehend bemängelte die Europäische Kommission fehlende Erklärungen und Begründungen für die getroffene Auswahl und Nichtberücksichtigung von Alternativen. Obwohl die errechneten Preiselastizitäten aus Sicht der Wettbewerbsbehörde durchaus nachvollziehbar erschienen, bewertete sie diese Ergebnisse daher als nicht frei von Zweifeln. Bezüglich der „merger simulation“ hat die Europäische Kommission dagegen grundsätzlich eine hohe Robustheit der Ergebnisse festgestellt. Sie sah daher ihre Einschätzung bestätigt, wonach die geplante Übernahme nicht zu signifikanten Preissteigerungen in Großbritannien und Irland führen werde.

918. Die beiden dargestellten Fälle zeigen exemplarisch die Rolle quantitativer Analysen in der europäischen Fusionskontrolle auf. In dem Verfahren Unilever/Sara Lee stützten die Ergebnisse der von der Europäischen Kommission durchgeführten quantitativen Analyse die von ihr geltend gemachten Wettbewerbsbedenken. Demgegenüber gelang es den Zusammenschlussparteien in dem Verfahren Kraft Foods/Cadbury, ihre Argumentation, wonach auf bestimmten nationalen Märkten keine negativen Wettbewerbswirkungen zu befürchten seien, zu untermauern.

919. In beiden Fällen wurden Nachfrageschätzungen und eine „merger simulation“ durchgeführt. Es standen jeweils einfach aufzubereitende, umfassende Scannerdaten zur Verfügung, was die Kosten der Analyse erheblich reduziert haben dürfte. In dem Verfahren Unilever/Sara Lee war es in der begrenzten Zeit möglich, eine „merger

simulation“ auch zur Würdigung der Argumente der beteiligten Parteien durchzuführen. Dennoch betont auch die Europäische Kommission wiederholt die unvermeidbaren Unsicherheiten und die bestehenden Grenzen derartiger Analysen im Allgemeinen und des hier verwendeten statischen Gleichgewichtsmodells im Speziellen. Dadurch werde der Interpretationsrahmen deutlich begrenzt. Einschränkungen ergäben sich insbesondere durch die implizierten Substitutionsmuster und die sehr einfache Modellierung des Wettbewerbs ohne die Möglichkeit des Markteintritts oder die Berücksichtigung einer Interaktion mit den Händlern. Insgesamt könne das Modell lediglich Voraussagen zu kurzfristigen statischen Effekten der Fusion machen, dynamische Effekte indes nicht berücksichtigen. Daher könnten die Modellergebnisse nicht für sich stehen, sondern müssten in den Kontext der qualitativen Analyse eingebunden werden.

920. Quantitative Ermittlungsmethoden können auch nach Auffassung der Monopolkommission im Einzelfall dazu beitragen, die Intensität des Wettbewerbs zwischen den Zusammenschlussbeteiligten im Einzelfall präziser einzuschätzen. Sie können der Wettbewerbsbehörde ferner bei der Verifizierung und Interpretation qualitativer Daten und Bewertungen helfen und dazu beitragen, die Verlässlichkeit der Analyse sowie die Qualität der Entscheidungen zu erhöhen. Ob und welche quantitativen Ermittlungsmethoden in konkreten Fall angewendet werden, hängt maßgebend von der Verfügbarkeit der erforderlichen Daten ab. Oft sind entsprechende Daten nicht, nicht in ausreichendem Umfang oder in der erforderlichen Qualität bzw. nicht innerhalb der Fusionskontrollfristen verfügbar. Schon aus diesem Grund kann die Europäische Kommission nicht in jedem Fusionsfall verpflichtet sein, umfassende quantitative Erhebungen anzustellen. In diesem Zusammenhang ist auf eine am 4. April 2011 eingereichte Klage gegen die Untersagungsentscheidung der Europäischen Kommission in dem Fall Olympic/Aegean Airlines hinzuweisen.⁶³³ Mit dem zweiten Klagegrund machen die Kläger unter anderem geltend, dass die von der Europäischen Kommission zur Stützung ihrer Schlussfolgerungen angeführten Beweise sehr selektiv seien, gegen jede Beweisregel verstießen und sich nicht auf empirische Studien oder Untersuchungen bezögen.⁶³⁴ Die Entscheidung des Gerichts bleibt abzuwarten. Allerdings erscheint es angesichts der Rechtsprechung im Verfahren Ryanair/Aer Lingus sehr unwahrscheinlich, dass der Europäischen Kommission seitens des Gerichts eine Verpflichtung zur Durchführung quantitativer Analysen auferlegt wird.⁶³⁵ Das Gericht hatte hier einen Vorrang „technischer Beweismittel“ ausdrücklich abgelehnt und die von der Europäischen Kommission vorgenommene Gesamtbetrachtung aller Indizien gebilligt.

⁶³¹ Vgl. Tz. 907 ff.

⁶³² Zusätzlich zur Punktschätzung der Preissteigerung infolge der Übernahme wurden durch die beteiligten Parteien auch Intervallschätzungen für die Preiseffekte basierend auf kalibrierten Nachfrageelastizitäten durchgeführt.

⁶³³ EU-Kommission, Entscheidung vom 26. Januar 2011, COMP/M.5830. Die Untersagungsentscheidung war zum Zeitpunkt des Redaktionschlusses noch nicht veröffentlicht.

⁶³⁴ Klage vom 4. April 2011, Aeroporia Aigaiou Aeroporiki und Marfin Investment Group Symmetochon/Kommission, Rs. T-202/11, ABl. EU Nr. C 160 vom 28. Mai 2011, S. 25.

⁶³⁵ Vgl. Tz. 986 ff.

921. Die Monopolkommission gibt allerdings auch zu bedenken, dass die Durchführung quantitativer Analysen regelmäßig mit erheblichen Kosten – aufseiten der Wettbewerbsbehörde und der betroffenen Unternehmen – verbunden ist. Als Beispiel sei der Fall Unilever/Sara Lee genannt, in dem ein beträchtlicher Aufwand betrieben worden ist. Dies betrifft nicht nur die ursprüngliche Analyse der Europäischen Kommission, sondern auch die Kommentierung durch die ökonomischen Berater der Fusionsparteien und die darauf aufbauenden weiteren Untersuchungen der Kommission, insbesondere die Robustheitsüberprüfungen. Zu berücksichtigen ist darüber hinaus der mit quantitativen Analysen häufig verbundene zeitliche Aufwand, der gegebenenfalls zu einer Verlängerung der Fusionskontrollverfahren gemäß Artikel 10 Absatz 3 FKVO führt. Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang ferner an Beschwerden aus jüngerer Zeit über die teilweise beträchtliche Dauer des informellen Vorverfahrens. Es ist nicht unwahrscheinlich, dass die kritisierte Verfahrensdauer auch mit höheren Anforderungen an die Übermittlung von Datenmaterial zum Zwecke quantitativer Analysen zusammenhängt.⁶³⁶

922. Vor diesem Hintergrund ist eine Ergänzung der qualitativen Bewertung insbesondere sinnvoll, wenn deren Ergebnisse wenig robust und nicht eindeutig erscheinen. In diesen Fällen kann die von den Annahmen der qualitativen Analyse vergleichsweise unabhängige quantitative Effektanalyse einen Beitrag zur Validierung liefern. Vonseiten der Europäischen Kommission wäre überdies zu überlegen, ihre Ressourcen auf solche Fälle zu konzentrieren, in denen ein erhebliches Marktvolumen betroffen ist; durch die Fokussierung auf derartige Fälle könnte der Nutzen der quantitativen Analyse erhöht werden.

923. Stets zu beachten sind außerdem die inhärenten Defizite der jeweiligen Ermittlungsmethode und der zugrunde liegenden Modelle. Die Europäische Kommission hat selbst auf die Grenzen quantitativer Analysen hingewiesen und leitete daraus zutreffenderweise die Notwendigkeit ab, quantitative Ergebnisse stets mit qualitativen Einschätzungen in Bezug zu setzen. Sie folgte damit den Feststellungen des Gerichts in dem Verfahren Ryanair/Aer Lingus. Nach Auffassung des Gerichts ist es der Europäischen Kommission darüber hinaus erlaubt, im Rahmen der Gesamtbetrachtung bestimmte Umstände stärker und andere Faktoren schwächer zu gewichten. Daraus ergibt sich ein großer Spielraum für die Europäische Kommission bei der Einschätzung verschiedener qualitativer und quantitativer Faktoren. Besondere Bedeutung kommt daher der Transparenz der Entscheidungsgründe und den Ursachen für die unterschiedliche Wertung bestimmter Faktoren im konkreten Fall zu. Ausdrücklich zu begrüßen ist deshalb die Vorgehensweise der Europäischen Kommission in dem Verfahren Unilever/Sara Lee, die quantitativen Analysen sowohl in der Entscheidung selbst anzusprechen als auch im Anhang der Entscheidung ausführlich darzulegen.

⁶³⁶ Vgl. auch Tz. 769.

5.6.5.2 Bewährte Verfahrensweisen zur Übermittlung quantitativer Analysen und Daten

924. Im Oktober 2011 hat die Europäische Kommission eine Mitteilung zu bewährten Verfahrensweisen bei der Übermittlung von ökonomischem Beweismaterial vorgelegt.⁶³⁷ Ausgangspunkt ihrer Überlegungen ist die Tatsache, dass die ökonomische Analyse eine zentrale Rolle in der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts spielt. So trage eine ökonomische Betrachtungsweise dazu bei, die Funktionsweise des relevanten Marktes und die Art der wettbewerblichen Interaktionen zu verstehen. Sie erleichtere ferner die Prognose der Wettbewerbswirkungen von Vereinbarungen zwischen Unternehmen, von einseitigem Unternehmensverhalten sowie von Zusammenschlüssen. Zum Teil lasse sich mithilfe quantitativer Analysen auch der Umfang wettbewerbsbeeinträchtigender Effekte ermitteln. Mit den bewährten Verfahrensweisen formuliert die Europäische Kommission einerseits grundsätzliche Anforderungen an die Erstellung und Präsentation ökonomischer und ökonometrischer Analysen, die auf Initiative der Unternehmen Eingang in das kartellrechtliche Verfahren finden. Andererseits gibt die Europäische Kommission betroffenen Unternehmen Hinweise, wie diese auf Anfragen der Wettbewerbsbehörde im Hinblick auf quantitatives Datenmaterial umgehen sollen.

925. Nach den Ausführungen der Europäischen Kommission hängt die Relevanz und Signifikanz einer ökonomischen Analyse zum einen davon ab, ob die für professionelle Untersuchungen üblichen technischen Voraussetzungen erfüllt sind. Dies schließt insbesondere ein, dass die zu testenden Hypothesen präzise formuliert und klar auf Fakten bezogen sind und die dem ökonomischen Modell zugrunde liegenden Annahmen die institutionellen und die industriespezifischen Rahmenbedingungen konsistent wiedergeben. Zudem sollten die verwendeten ökonomischen Modelle in der relevanten Literatur etabliert und die empirische Methode sowie die verwendeten Daten prinzipiell geeignet sein. Daneben müssen die Ergebnisse der Analyse richtig interpretiert werden und robust sein; Gegenargumente und Vorbehalte sind adäquat zu würdigen. Zum anderen muss die Übereinstimmung und Konsistenz der Ergebnisse der ökonomischen Analyse mit anderen Ergebnissen quantitativer und qualitativer Untersuchungen (wie Kundenbefragungen oder relevante Dokumente) analysiert werden.

926. Die Monopolkommission begrüßt die Vorlage der genannten Best Practices durch die Europäische Kommission. Die aufgestellten Anforderungen werden voraussichtlich dazu beitragen, dass ein gewisser Mindeststandard bei der Durchführung und Präsentation quantitativer Analysen sowie bei der Übermittlung von Daten eingehalten wird. Dies dürfte die Nachvollziehbarkeit und Bewertung entsprechender Analysen und Informationen

⁶³⁷ DG Competition, Best Practices for the Submission of Economic Evidence and Data Collection in Cases Concerning the Application of Articles 101 and 102 TFEU and in Merger Cases, Staff Working Paper, 17. Oktober 2011.

seitens der Europäischen Kommission wesentlich erleichtern und den Ressourceneinsatz optimieren. Vergleichbare positive Wirkungen dürften sich beim Europäischen Gerichtshof ergeben, soweit er sich mit von den Zusammenschlussparteien oder sonstigen Verfahrensbeteiligten übermittelten quantitativen Analysen zu befassen hat. Den betroffenen Unternehmen ist in ihrem eigenen Interesse zu empfehlen, dass sie künftig die in den bewährten Verfahrensweisen aufgestellten Anforderungen einhalten.

5.7 Abhilfemaßnahmen

5.7.1 Einführung

927. Nach Artikel 6 Absatz 2 sowie Artikel 8 Absatz 2 FKVO kann die Europäische Kommission einen Zusammenschluss nach Änderung durch die Parteien für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklären. Diese Zusageangebote sollen die wettbewerbsrechtlichen Bedenken der Europäischen Kommission beseitigen. Um sicherzustellen, dass die Zusammenschlussparteien den Verpflichtungen nachkommen, die sie gegenüber der Europäischen Kommission eingegangen sind, kann diese ihre Entscheidung mit Bedingungen und Auflagen verbinden. Die Europäische Kommission betont in ihrer Mitteilung über zulässige Abhilfemaßnahmen die Vorzugswürdigkeit von strukturellen Abhilfemaßnahmen, insbesondere von Veräußerungsverpflichtungen.⁶³⁸ In der Mehrzahl der Phase-I- und Phase-II-Entscheidungen, mit denen Zusammenschlussvorhaben unter Bedingungen und Auflagen freigegeben wurden, stellte die Hauptverpflichtung der Zusammenschlussparteien die Veräußerung von Unternehmensvermögen dar. Hierbei wurden ganze Geschäftsbereiche, einzelne Produktionsstätten oder Marken veräußert. Grundsätzlich sind nach Ansicht der Monopolkommission Zusagen, die ein Veräußerungsangebot enthalten, positiv zu bewerten. Veräußerungszusagen bewirken strukturelle Veränderungen des Marktes und sind darum in der Regel am besten geeignet, Wettbewerbsbedenken zu beseitigen. Zudem können sie innerhalb kurzer Fristen umgesetzt werden und bedürfen keiner weiteren Kontrolle durch die Europäische Kommission. Während des Berichtszeitraums wurden von der Europäischen Kommission in mehreren Fällen Veräußerungszusagen angenommen, die über die erkannten Wettbewerbsbedenken hinausgingen. Des Weiteren hat die Europäische Kommission in zwei Entscheidungen, in denen Veräußerungszusagen angenommen wurden, eine Up-front-buyer-Lösung festgesetzt.

928. In ihrem vorangegangenen Hauptgutachten für die Jahre 2008/2009 stellte die Monopolkommission fest, dass die Europäische Kommission hauptsächlich Veräußerungszusagen entgegengenommen hat, welche allenfalls durch verhaltensorientierte Verpflichtungen ergänzt wurden. Hingegen gab es kaum Entscheidungen, in denen Verhaltenszusagen das Kernelement eines Zusagenpakets

bildeten.⁶³⁹ Im Berichtszeitraum 2010/2011 ergibt sich der Eindruck, dass die Europäische Kommission etwas häufiger Verhaltenszusagen akzeptiert hat. So hat sie mehrere Entscheidungen erlassen, in denen Verhaltenszusagen eines der Hauptelemente oder das einzige Element des Zusagenpakets sind, so beispielsweise in den Entscheidungen T-Mobile/Orange, Intel/McAfee, DFDS/Norfolk sowie in der Entscheidung SNCF/ LCR/Eurostar, in der sie regulierungsähnliche Zusagen akzeptiert hat. Im Fall Oracle/Sun Microsystems bewertete die Europäische Kommission die öffentlichen Ankündigungen Oracles als ausreichend, um Wettbewerbsbedenken durch den Zusammenschluss zu verneinen.

5.7.2 Effektivität der Abhilfemaßnahmen

929. Nach Randnummer 9 der Mitteilung über Abhilfemaßnahmen darf die Europäische Kommission nur Verpflichtungsangebote annehmen, die geeignet erscheinen, den Zusammenschluss mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar zu machen und die erwartete erhebliche Wettbewerbsbehinderung zu verhindern. Die Verpflichtungen müssen die wettbewerbsrechtlichen Bedenken vollständig beseitigen und in jeder Hinsicht vollständig und wirksam sein. Ferner müssen die Verpflichtungen innerhalb kurzer Zeit wirksam umgesetzt werden können. Als besonders wirksame Möglichkeit zur Aufrechterhaltung wirksamen Wettbewerbs sieht die Europäische Kommission die Veräußerung eines Geschäfts durch die Zusammenschlussparteien an, in deren Folge eine neue wettbewerbsfähige Einheit geschaffen oder ein bestehender Wettbewerber gestärkt wird. Bei den zu veräußernden Tätigkeiten muss es sich um ein lebensfähiges Geschäft handeln, das in den Händen eines geeigneten Erwerbers dauerhaft wirksam mit dem durch Fusion entstandenen Unternehmen konkurrieren kann. Damit das Geschäft lebensfähig ist, kann es notwendig sein, auch Tätigkeiten im Zusammenhang mit Märkten zu veräußern, hinsichtlich derer die Europäische Kommission keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken hat.⁶⁴⁰ Während des Berichtszeitraums hat die Europäische Kommission unter anderem in den Fällen Kraft Foods/Cadbury, BASF/Cognis und Syngenta/Monsanto Zusageangebote entgegengenommen, die über die geltend gemachten Wettbewerbsbedenken hinausgehen.

930. Der Zusammenschluss Kraft Foods/Cadbury wirkte sich auf mehreren nationalen Märkten für Schokoladentafeln, -riegel und -pralinen aus. Nach Ermittlungen in der ersten Verfahrensphase erkannte die Europäische Kommission wettbewerbsliche Probleme auf den Märkten für Schokoladentafeln und Pralinen in Polen sowie auf dem rumänischen Markt für Schokoladentafeln. Um die Bedenken hinsichtlich der polnischen Märkte auszuräumen, boten die Zusammenschlussparteien an, fast den gesamten Geschäftsbereich von Cadbury in Polen zu veräußern. In den entsprechenden Produktionsanlagen wurden

⁶³⁸ Mitteilung der Kommission nach Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission über zulässige Abhilfemaßnahmen, ABl. EG Nr. C 267 vom 22. Oktober 2008, S. 1.

⁶³⁹ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 780 ff.

⁶⁴⁰ EU-Kommission, Mitteilung über Abhilfemaßnahmen, a. a. O., Rn. 22, 23.

neben Schokoladenerzeugnissen auch andere Süßwaren produziert, die keine Wettbewerbsbedenken ausgelöst hatten. Die Europäische Kommission begrüßte den erweiterten Zuschnitt der Veräußerungszusagen dennoch mit der Begründung, dass so die Kapazitätsauslastung verbessert und die Lebensfähigkeit des zu veräußernden Geschäftsbereichs erhöht würde.

931. Die Europäische Kommission hat den geplanten Erwerb von Cognis durch BASF am 30. November 2010 in der ersten Verfahrensphase gemäß Artikel 6 Absatz 1 lit. b i. V. m. Absatz 2 FKVO unter Bedingungen und Auflagen genehmigt. BASF ist das größte Chemieunternehmen der Welt, Cognis war im Bereich der chemischen Spezialitäten, Nahrungsmittelzusätze und Systemlösungen tätig. Die Europäische Kommission ermittelte auf einer Vielzahl von Märkten überlappende Aktivitäten der Zusammenschlussparteien. Wettbewerbsbedenken erhob sie jedoch ausschließlich auf dem Markt für Hydroxymomere, die für Beschichtungen und Klebstoffe verwendet werden. Um diese Bedenken zu beseitigen, bot BASF an, die Produktionsstätte von Cognis im britischen Hythe zu veräußern. Die Anlage in Hythe repräsentierte die gesamte Hydroxymonomer-Produktion von Cognis, sodass mit der Veräußerung sämtliche festgestellten Überschneidungen entfallen würden. BASF verpflichtete sich zudem, die ebenfalls auf dem Gelände in Hythe liegenden Geschäftsteile für multifunktionale Methacrylate und Oberflächenbehandlung zu veräußern. Obwohl die Europäische Kommission insofern keine Wettbewerbsbedenken geäußert hatte⁶⁴¹, sollte dem Erwerber darüber hinaus eine Lizenz für die Herstellung von Polyakylenen Glykolen und darauf basierende Schmierstoffe übertragen werden, soweit die entsprechende Produktion ebenfalls in Hythe angesiedelt ist.

932. Der von der Europäischen Kommission durchgeführte Markttest ergab, dass die überwiegende Mehrheit der Befragten die Abhilfemaßnahme für geeignet hielt, die Wettbewerbsbedenken auszuräumen und ein lebensfähiges Geschäft zu erhalten. Auch nach Auffassung der Europäischen Kommission hatte BASF mit den zusätzlich angebotenen Elementen die Lebensfähigkeit und Attraktivität des Veräußerungsobjekts gesteigert. Außerdem würde der Umstand, dass die gesamte Anlage in Hythe allein von dem Erwerber betrieben werden sollte, die Komplexität des Veräußerungsgeschäfts verringern und so die Wirksamkeit der Abhilfemaßnahme erhöhen.

933. Der Fall Syngenta/Monsanto gelangte über Verweisungsanträge Spaniens und Ungarns gemäß Artikel 22 FKVO in die Zuständigkeit der Europäischen Kommission. Diese hat das Vorhaben am 17. November 2010 nach Durchführung der Hauptprüfphase unter Bedingungen und Auflagen gemäß Artikel 8 Absatz 2 FKVO freigegeben. Der Zusammenschluss betraf die Märkte für den Handel mit gezüchtetem Genmaterial für Sonnenblumensorten in der Europäischen Union, für den Absatz von Sonnenblumensaatgut in Spanien und Ungarn sowie für

die Saatgutbehandlung. Laut Europäischer Kommission sind grundsätzlich zwei Marktstufen bei der Herstellung von Saatgut zu unterscheiden. Auf der Zuchtstufe werden Sonnenblumensorten weiterentwickelt und neue Sorten gezüchtet. Ausgangspunkt hierfür sind sog. Parentallinien, die untereinander zur Herstellung von Hybriden gekreuzt werden. Der Austausch bzw. die Lizenzierung von Parentallinien ermöglicht die Züchtung von „Co-Hybriden“ aus der Kombination von Parentallinien verschiedener Züchter. Die so entwickelten Hybride sind das Ausgangsmaterial für das Sonnenblumensaatgut, das auf einer zweiten Marktstufe produziert und vertrieben wird.

934. Nach Einschätzung der Europäischen Kommission würde es infolge des Zusammenschlusses zu negativen horizontalen und vertikalen Wettbewerbseffekten kommen. Die Märkte für den Absatz von Sonnenblumensaatgut in Spanien und Ungarn sind nach den Ermittlungen der Europäischen Kommission hochkonzentriert und durch erhebliche Marktzutrittschranken charakterisiert. Durch den Zusammenschluss hätte Syngenta seine Marktführerschaft weiter ausbauen können. Gleichzeitig wäre mit Monsanto ein bedeutender und innovativer Wettbewerber, der in der Vergangenheit besonderen Wettbewerbsdruck ausgeübt hatte, aus dem Markt ausgeschieden.

935. Die Europäische Kommission stellte ferner fest, dass der Zusammenschluss zu vertikalen Abschottungseffekten – ausgehend vom EU-weiten Markt für den Handel mit Genmaterial – führen würde, was eine weitere Verstärkung des Marktführers Syngenta auf den relevanten Absatzmärkten für Sonnenblumensaatgut nach sich gezogen hätte. Nach Auffassung der Wettbewerbsbehörde hätten sich mit dem Zusammenschluss zwei der führenden Anbieter von Genmaterial und Sonnenblumensaatgut verbunden. Dadurch bestünde für das neue Unternehmen die Möglichkeit, Wettbewerber auf den nachgelagerten Absatzmärkten durch eine restriktive Lizenzierungspraxis im Hinblick auf das erforderliche Genmaterial zu behindern bzw. auszuschließen. Die Anreize für eine solche Strategie ergaben sich nach Auffassung der Europäischen Kommission aus dem Umstand, dass sich mit dem Verkauf von Saatgut höhere Gewinne als mit der Lizenzierung von Parentallinien erzielen lassen. Die zu erwartende Reduktion des Angebots auf dem Markt für den Handel mit Genmaterial hätte aufgrund hoher Marktzutrittsbarrieren auch nicht ohne weiteres durch aktuelle oder potenzielle Wettbewerber kompensiert werden können.

936. Um die Wettbewerbsbedenken der Europäischen Kommission auszuräumen, boten die Zusammenschlussbeteiligten an, die in Spanien und Ungarn in den Jahren 2009 und 2010 vertriebenen Hybridsorten sowie die für beide Märkte zum damaligen Zeitpunkt im Entwicklungsstadium befindlichen Hybridsorten einschließlich der dafür verwendeten Parentallinien an einen Wettbewerber im Bereich Sonnenblumensaatgut zu veräußern. Dem Erwerber sollte bezüglich dieser Hybridsorten unter anderem das exklusive Vermarktungsrecht in Spanien und Ungarn zustehen, während es Syngenta gestattet bliebe, die Hy-

⁶⁴¹ EU-Kommission, Entscheidung vom 30. November 2011, COMP/M.5927, Rn. 44 ff., 53 und 401 ff., 408.

bridsorten in allen anderen Staaten zu produzieren und abzusetzen. Im Hinblick auf die zur Herstellung der spanischen und ungarischen Hybridsorten verwendeten Parentallinien sollte es dem Erwerber erlaubt sein, diese untereinander sowie mit den jeweiligen spanischen bzw. ungarischen Parentallinien zu kreuzen sowie Co-Hybriden zu züchten. Die so entstehenden neuen Parentallinien dürfen in der Europäischen Union lizenziert werden. Zusätzlich dürfen die aus spanischen Parentallinien entwickelten Co-Hybride auch in der Türkei und die aus ungarischen Parentallinien entwickelten Co-Hybride auch in Russland und der Ukraine lizenziert werden.

937. Mit den Verpflichtungszusagen werden laut Europäischer Kommission sämtliche horizontalen Überschneidungen der Beteiligten auf den Märkten für den Absatz von Saatgut in Spanien und Ungarn beseitigt. Die Europäische Kommission verwies zudem auf die Vielzahl von Entwicklungsmöglichkeiten, die dem Erwerber der Parentallinien nicht nur mit Bezug auf Spanien und Ungarn, sondern auch in der Europäischen Union und weiteren benachbarten Ländern durch Zusammenführung mit eigenem und fremdem Genmaterial gestattet wird. Dies würde eine Weiterentwicklung der Produkte und den Ausbau der Marktposition mit langfristiger Perspektive ermöglichen. Die Einbeziehung von wichtigen Vertriebsgebieten in benachbarten Ländern Europas werde es dem Erwerber des Veräußerungspakets außerdem langfristig erleichtern, seine Entwicklungskosten im Wettbewerb zu amortisieren.

938. In allen dargestellten Fällen hat die Europäische Kommission Zusagenangebote der Zusammenschlussparteien angenommen, die Tätigkeiten auf Märkten umfassen, auf denen keine wettbewerbsrechtlichen Probleme festgestellt worden waren. Ein solches Vorgehen der Wettbewerbsbehörde ist stets dann zu begrüßen und mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar, wenn die erhobenen Wettbewerbsbedenken nur durch derart „erweiterte“ Abhilfemaßnahmen wirksam und vollständig beseitigt werden können. Davon ist z. B. auszugehen, wenn ein zu veräußernder Geschäftsbereich erst durch einen entsprechenden Zuschnitt dauerhaft lebens- und wettbewerbsfähig erscheint. Eine „Erweiterung“ des Zusagenangebots kann ferner dann erforderlich sein, wenn aus praktischen Gründen nur eine einheitliche Behandlung des ins Auge gefassten Zusagenobjekts infrage kommt. Dies kann etwa der Fall sein, wenn eine Produktionsanlage, in der mehrere Produkte hergestellt werden, technisch oder wirtschaftlich nicht sinnvoll geteilt werden kann.

939. Im Fall Syngenta/Monsanto ist der Umfang der Abhilfemaßnahmen auch deshalb von besonderem Interesse, weil das Verfahren gemäß Artikel 22 FKVO in die Zuständigkeit der Europäischen Kommission gelangte. Nach Artikel 22 FKVO können ein oder mehrere Mitgliedstaaten beantragen, dass die Europäische Kommission ein Zusammenschlussvorhaben prüft, das keine gemeinschaftsweite Bedeutung im Sinne des Artikel 1 FKVO hat. Nimmt die Europäische Kommission den Fall zur Prüfung an, können die antragstellenden Mitglied-

staaten ihr Wettbewerbsrecht insoweit nicht mehr anwenden; vielmehr finden gemäß Artikel 22 Absatz 4 die Vorschriften der Fusionskontrollverordnung Anwendung. Die Europäische Kommission legt Artikel 22 FKVO so aus, dass sie die Folgen des Zusammenschlusses im Hoheitsgebiet der antragstellenden Mitgliedstaaten untersucht. Die Folgen des Zusammenschlusses im Hoheitsgebiet anderer Mitgliedstaaten sind nur insoweit Gegenstand der Prüfung, als sie für die Würdigung der Zusammenschlusseffekte im Gebiet der antragstellenden Mitgliedstaaten erforderlich sind, z. B. wenn der räumliche Markt über das Hoheitsgebiet des antragstellenden Mitgliedstaates hinausreicht.⁶⁴² Eine solche Konstellation lag hier in Bezug auf den Markt für den Handel mit Genmaterial, der europaweit abgegrenzt wurde, vor.

940. Die gleichen Prinzipien müssen nach Auffassung der Monopolkommission in Bezug auf notwendig erscheinende Abhilfemaßnahmen angewendet werden. Abhilfemaßnahmen sollten grundsätzlich auf das Hoheitsgebiet der antragstellenden Mitgliedstaaten beschränkt bleiben. Sie dürfen jedoch darüber hinausgehen, wenn nur auf diese Weise sichergestellt ist, dass die bestehenden Wettbewerbsprobleme auf dem Hoheitsgebiet der antragstellenden Mitgliedstaaten wirksam ausgeräumt werden. Im vorliegenden Fall ist es daher zu begrüßen, dass die Zusammenschlussparteien andere Mitgliedstaaten bzw. europäische Nachbarländer in ihr Zusageangebot einbezogen haben. Denn nach Einschätzung der Europäischen Kommission trug dieses Vorgehen dazu bei, das Wettbewerbspotenzial des zu veräußernden Geschäftsreichs dauerhaft auf den Erwerber zu übertragen.

941. Eine gewisse Skepsis verbleibt allerdings gegenüber den Zusagenangeboten auf den Märkten für den Absatz von Sonnenblumensaatgut in Spanien und Ungarn. Hier haben die Ermittlungen der Europäischen Kommission ergeben, dass vor dem Zusammenschluss ein besonderer Wettbewerbsdruck von Monsanto als führendem Züchter ausgegangen war. Es ist fraglich, ob ein Erwerber des Geschäftsbereichs, der nicht über eine ähnlich starke Position als Züchter verfügt, in der Lage sein wird, diesen Wettbewerbsdruck aufrechtzuerhalten. Zweifel bestehen auch angesichts des räumlich sehr begrenzten exklusiven Vermarktungsrechts in Bezug auf bestimmte Saatgutsorten, das dem Erwerber eingeräumt wird. Während das Vermarktungsrecht des Erwerbers auf Spanien und Ungarn beschränkt ist, wird das neue Unternehmen in den Gebieten außerhalb Spaniens und Ungarns zur Vermarktung des relevanten Sonnenblumensaatguts berechtigt bleiben.

5.7.3 Up-front-buyer-Lösungen

942. In zwei Fällen bestand die Europäische Kommission auf einer Up-front-buyer-Lösung. Hierbei wird der Vollzug des genehmigten Zusammenschlusses so lange ausgesetzt, bis die Zusammenschlussparteien eine bin-

⁶⁴² Mitteilung der Kommission über die Verweisung von Fusionsfällen, ABl. EU Nr. C 56 vom 5. März 2005, S. 2, Rn. 50, Fn. 45.

dende Vereinbarung mit einem geeigneten Erwerber abgeschlossen haben. Die einzige Up-front-buyer-Verpflichtung in der zweiten Verfahrensphase betraf das Zusammenschlussvorhaben Western Digital/Viviti Technologies⁶⁴³. Die Europäische Kommission hatte Wettbewerbsbedenken bezüglich des Marktes für 3,5-Zoll-Festplatten für Desktop-Computer und Geräte der Unterhaltungselektronik. Dort würde das zusammengeschlossene Unternehmen nur mit einem weiteren Unternehmen konkurrieren. Diese Wettbewerbsbedenken konnte Western Digital durch die Zusage ausräumen, wesentliche Produktionsanlagen für 3,5-Zoll-Festplatten zu veräußern sowie – unter anderem – die gewerblichen Schutzrechte zu übertragen bzw. zu lizenzieren. Durch die Up-front-buyer-Lösung wird sichergestellt, dass die geplante Übernahme erst vollzogen werden kann, wenn eine bindende Vereinbarung mit einem geeigneten, von der Europäischen Kommission gebilligten Käufer geschlossen wurde. Die Up-front-buyer-Lösung erscheint in diesem Fall auch angemessen. Da auf dem Markt für 3,5-Zoll-Festplatten außer den Zusammenschlussparteien nur ein weiteres Unternehmen tätig ist und der Markt damit bereits hoch konzentriert ist, scheint es für das Bestehen von Wettbewerb auf diesem Markt essenziell, vor dem Zusammenschluss einen geeigneten Käufer zu finden.

943. In der ersten Verfahrensphase wurden im Fall Agilent/Varian⁶⁴⁴ Up-front-buyer-Zusagen von der Europäischen Kommission akzeptiert. Beide Unternehmen sind in der Konzeption, Entwicklung, Herstellung und dem Vertrieb von bioanalytischen Messgeräten einschließlich analytischer und biotechnologischer Instrumente aktiv. Zudem bieten sie damit verbundene Dienstleistungen, Reagenzien und Software an. Die Aktivitäten der Zusammenschlussparteien überschneiden sich in mehreren Bereichen der analytischen Instrumente und Verbrauchsgüter, wobei die Europäische Kommission bezüglich mancher dieser Märkte Wettbewerbsbedenken hatte. Der Zusammenschluss wurde darum unter der Abhilfemaßnahme genehmigt, dass das gesamte Geschäft von Agilent mit Mikro- und tragbaren Gaschromatografen sowie das gesamte Geschäft von Varian mit Laborgaschromatografen, Tripel-Quadrupolen für Gaschromatografie und induktiv gekoppelten Plasmamassen-Spektrometern veräußert wird. Für jeden Verkauf wurde eine Up-front-buyer-Lösung festgesetzt.

944. Die betroffenen Geschäftsbereiche sind bislang kein eigenständiges Geschäft und müssen erst aus dem Unternehmen von Agilent beziehungsweise Varian ausgegliedert werden. Die Europäische Kommission hielt es für die Lebensfähigkeit der zu veräußernden Geschäftsbereiche für entscheidend, dass weiterhin Zugang zu allen Input-Faktoren und anderen Ressourcen wie Forschung und Entwicklung, Vertrieb, Rechten des geistigen Eigen-

tums usw. besteht, um das Geschäft vollständig unabhängig betreiben zu können. Sie führte deshalb aus, dass sie eine Zusage, welche die Herauslösung eines Geschäftsbereichs aus dem Unternehmen erfordert, nur akzeptieren kann, wenn die durch diese Herauslösung verursachten Risiken für die Lebensfähigkeit und Wettbewerbsfähigkeit des betroffenen Geschäftsbereichs auf ein Minimum reduziert werden. Der Markttest der Europäischen Kommission hatte zudem ergeben, dass die Identität des Erwerbers eine entscheidende Rolle für die Lebensfähigkeit des Geschäftsbereichs hat: Marktteilnehmer hatten geäußert, dass der Erwerber bereits über Erfahrung im betreffenden Geschäftsbereich verfügen sollte. Darüber hinaus wurden bestehende Vertriebs- und Verkaufskanäle sowie bestehende Beziehungen zu Kunden als entscheidende Faktoren genannt. Aus diesen Gründen wurde für jeden betroffenen Geschäftsbereich eine Up-front-buyer-Lösung gewählt. Dies ist positiv zu bewerten. Durch die Up-front-buyer-Lösung wird sichergestellt, dass die Abhilfemaßnahme vollzogen wird und die Geschäftsteile an einen geeigneten Erwerber verkauft werden. Dies ist insbesondere zu begrüßen, wenn die Lebensfähigkeit des zu veräußernden Geschäftsteils, wie im vorliegenden Fall Agilent/Varian, von spezifischen Anforderungen an den Erwerber abhängt.

5.7.4 Verhaltensorientierte Abhilfemaßnahmen

945. Im Gegensatz zum vorangegangenen Berichtszeitraum ergab sich im Berichtszeitraum 2010/2011 der Eindruck, dass die Europäische Kommission Verhaltenszusagen etwas häufiger akzeptiert hat. In mehreren Entscheidungen stellten Verhaltenszusagen eines der Hauptelemente oder das einzige Element der Abhilfemaßnahme dar. Generell hält die Monopolkommission Verhaltenszusagen für problematisch, die sehr komplex sind und eine langfristige und umfassende Kontrolle erfordern. Zudem wird mit diesen Zusagen das Verhalten der Unternehmen nur für eine gewisse Dauer festgelegt, nach Ablauf dieser Zeitspanne sind sie nicht mehr an ihre Verhaltenszusagen gebunden. Im Gegensatz dazu können strukturelle Abhilfemaßnahmen, wie die Veräußerung von Unternehmensvermögen, die Wettbewerbsbedenken auf Dauer beseitigen und erfordern gerade keine andauernde Kontrolle. Auch aus diesem Grund ist fraglich, ob Verhaltenszusagen die durch einen Zusammenschluss hervorgerufenen Wettbewerbsbedenken in gleicher Weise ausräumen können wie Abhilfemaßnahmen struktureller Art. Die Europäische Kommission legt deshalb in ihrer Mitteilung über zulässige Abhilfemaßnahmen dar, dass die Veräußerung als Benchmark für die Wirksamkeit und Effizienz anderer Abhilfemaßnahmen dient und sie andere Abhilfemaßnahmen nur genehmigt, wenn die angebotene Zusage in ihrer Wirkung einer Veräußerung zumindest gleichwertig ist.

5.7.4.1 Der Fall Intel/McAfee

946. Am 26. Januar 2011 gab die Europäische Kommission das Zusammenschlussvorhaben Intel/McAfee unter Auflagen nach dem Vorprüfverfahren frei. Intel

⁶⁴³ EU-Kommission, Entscheidung vom 23. November 2011, COMP M.6203; Pressemitteilung vom 23. November 2011, IP/11/1395. Die Entscheidung war zum Zeitpunkt des Redaktionsschlusses noch nicht veröffentlicht; vgl. auch Tz. 776 ff.

⁶⁴⁴ EU-Kommission, Entscheidung vom 20. Januar 2010, COMP M.5611.

stellt Prozessoren (d. h. die zentralen Recheneinheiten von Computern, sog. Central Processing Unit – CPU) sowie Chipsätze her, die unter anderem in der Computerindustrie verwendet werden. McAfee entwickelt und produziert EDV-Sicherheitssoftware und bietet weitere Sicherheitsdienstleistungen an. Da Intel und McAfee in benachbarten Produktmärkten tätig sind, untersuchte die Europäische Kommission den Zusammenschluss im Hinblick auf konglomerate Effekte. Bei CPUs und Chipsätzen auf der einen Seite und Sicherheitssoftware auf der anderen Seite handele es sich um stark komplementäre und eng verwandte Produkte: Sicherheitssoftware wirke direkt auf Hardware – wie CPUs und Chipsätze – ein, weswegen die Entwickler von Sicherheitssoftware Zugang zu aktueller, richtiger und kompletter Schnittstelleninformation neuer CPUs und Chipsätze haben müssten.

947. Die Europäische Kommission untersuchte drei mögliche Verhaltensweisen des fusionierten Unternehmens, die Wettbewerbsbedenken hervorrufen könnten: die Behinderung der Interoperabilität zwischen CPUs und Chipsätzen mit Sicherheitssoftware, technische Kopplungen und kommerzielle Kopplungen. Eine Behinderung der Interoperabilität zwischen CPUs und Chipsätzen mit Sicherheitssoftware durch Intel sei dahingehend möglich, dass die anderen Anbieter von Sicherheitssoftware weniger Informationen bezüglich der CPUs und Chipsätze von Intel erhalten würden als McAfee oder dass die anderen Anbieter von CPUs und Chipsätzen, die mit Intel konkurrieren, weniger Informationen erhalten würden, um Interoperabilität mit McAfee zu erreichen. Im Ergebnis hielt es die Europäische Kommission für wahrscheinlich, dass Intel Anreize und Möglichkeiten hätte, die Interoperabilität zu erschweren. Es sei wahrscheinlich, dass konglomerate Effekte von einer Degradierung der Interoperabilität zwischen den Produkten der Zusammenschlussparteien und denen ihrer Wettbewerber resultierten, die zu einer Abschottung der Wettbewerber von McAfee im Endkundenmarkt für Sicherheitslösungen führten und im Ergebnis die dominante Position von Intel in den Märkten für CPU und Chipsätze verstärken könnten.

948. Die Europäische Kommission folgerte außerdem, dass Intel Möglichkeiten und Anreize hätte, seine Produkte mit der Sicherheitssoftware von McAfee technisch zu koppeln. Die negativen Effekte eines solchen Verhaltens auf die relevanten Märkte wurden als erheblich eingestuft, da die Europäische Kommission wiederum davon ausging, dass technische Kopplungen dazu führen würden, dass die Wettbewerber von McAfee vom Markt für Sicherheitssoftware für Endkunden abgeschottet würden.

949. Bei kommerziellen Kopplungen würden die Produkte von Intel und die Sicherheitslösungen von McAfee zusammen verkauft – entweder, indem die Produkte nur gemeinsam erhältlich sind, oder dadurch, dass der Käufer beider Produkte einen Rabatt erhält. Im Gegensatz zu ihrer Beurteilung der technischen Kopplungen folgerte die Europäische Kommission, dass für Intel zwar Möglichkeiten zu kommerziellen Kopplungen bestünden, die Anreize hierfür jedoch gering seien. Auch blieben die Auswirkungen von kommerziellen Kopplungen voraus-

sichtlich beschränkt, sodass die Europäische Kommission insofern – isoliert betrachtet – keine Wettbewerbsbedenken erhob. Die Kommission schlussfolgerte jedoch, dass sich aus der Wahrscheinlichkeit einer Kombination der Behinderung der Interoperabilität mit technischen und kommerziellen Kopplungen Wettbewerbsbedenken ergäben.

950. Um die Wettbewerbsbedenken der Europäischen Kommission auszuräumen, sagte Intel zu sicherzustellen, dass Informationen bezüglich neuer Funktionen von CPUs und Chipsätzen dokumentiert würden und für die Drittanbieter von Sicherheitssoftware lizenzfrei erhältlich seien. Zudem sicherte Intel zu, den Betrieb von McAfees Sicherheitssoftware auf CPUs und Chipsätzen seiner Konkurrenten nicht zu behindern. Darüber hinaus verpflichtete sich Intel, den Betrieb der Sicherheitssoftware von Drittanbietern auf Intel-CPU und -Chipsätzen nicht aktiv zu behindern. So wurde in den Abhilfemaßnahmen ein Mechanismus festgeschrieben, wodurch sichergestellt wurde, dass von Intel mit seinen CPUs und Chipsätzen gekoppelte Sicherheitslösungen von den Herstellern von Endsystemen deaktiviert werden können und die Performance von Sicherheitslösungen von McAfees Wettbewerbern nicht beeinträchtigt wird. Diese Zusagen machte Intel für fünf Jahre.

951. Die Monopolkommission sieht die von der Europäischen Kommission akzeptierten Verpflichtungszusagen skeptisch. Zunächst ist festzuhalten, dass es sich bei den von Intel gemachten Zusagen um reine Verhaltenszusagen handelt, die keinerlei strukturelles Element enthalten. Ein marktverändernder Effekt, der dem struktureller Zusagen gleichkommt, stellt sich aufgrund von Verhaltenszusagen nicht ein. So ist es problematisch, dass die Verpflichtungszusagen lediglich auf fünf Jahre angelegt sind und darum den Wettbewerbsbedenken der Europäischen Kommission nicht auf Dauer abhelfen. Zwar könnte man zugunsten der Verhaltenszusage im vorliegenden Fall ganz generell anführen, dass diese bei konglomeraten Zusammenschlüssen auf den schnelllebigen IT-Märkten genügen könnten, da die Wettbewerbsverhältnisse auf diesen Märkten nur schwer abzusehen sind und die betroffenen Unternehmen nach Ablauf der Dauer der Verhaltenszusage keine starke Marktposition mehr innehaben könnten und darum möglicherweise kein Anlass mehr zu Wettbewerbsbedenken bestünde. Die vergangenen Jahre haben jedoch nach Ansicht der Monopolkommission gezeigt, dass es gerade in den IT-Märkten einige Unternehmen gibt, die sich im jeweiligen Markt für längere Zeit an der Marktspitze halten. Es erscheint der Monopolkommission damit nicht unwahrscheinlich, dass Intel auch in fünf Jahren noch eine Marktposition im oberen Teil der Märkte für CPUs und Chipsätze belegen wird.

952. Zudem wird im vorliegenden Fall durch die Verhaltenszusagen eine laufende Verhaltenskontrolle des fusionierten Unternehmens nötig. Die in den Abhilfemaßnahmen festgelegten Verpflichtungen und Regelungen sind sehr komplex und umfangreich, wodurch es schwierig erscheint, diese verlässlich zu kontrollieren und zu überwachen. So werden die Abhilfemaßnahmen teilweise

durch Verträge umgesetzt, deren Klauseln kein Teil der Abhilfemaßnahme sind. Der Vertragsinhalt muss jedoch mit den von Intel zugesagten Verpflichtungen übereinstimmen. Bezüglich des Verfahrens ist vorgesehen, dass der von Intel genutzte Vertragstext zuvor von der Europäischen Kommission genehmigt werden muss; falls sie dem zweiten Entwurf von Intel nicht zustimmt, kann die Europäische Kommission den Überwachungstreuhand beauftragen, nötige Änderungen am Vertragstext vorzunehmen und diesen zu genehmigen. In den Abhilfemaßnahmen ist ebenfalls ein Zeitplan für diese Schritte vorgesehen. Zudem ist ein Streitbeilegungsverfahren inklusive der Möglichkeit eines Schiedsschnellverfahrens vorgesehen. Bezüglich der Einzelheiten des Verfahrens ist festgehalten, dass eine Eilentscheidung nach einem Monat und ein endgültiges Urteil innerhalb von sechs Monaten getroffen werden soll; hierbei hat die Europäische Kommission die Möglichkeit, sich in das Verfahren einzubringen. Die laufende Kontrolle der Verpflichtungen von Intel soll zwar von einem privaten Treuhänder gewährleistet werden, welcher der Europäischen Kommission unter anderem Berichte über die Nichterfüllung der Verpflichtungen durch Intel sowie über Streitigkeiten zwischen Intel und seinen Wettbewerbern übersendet. Es stellt sich allerdings ganz generell die Frage, inwiefern eine von einer hoheitlichen Behörde auferlegte Verpflichtung von einer Privatperson überwacht werden sollte.

953. Soweit Intel zugesichert hat, den Betrieb der Sicherheitssoftware von Drittanbietern auf Intel-CPUs und -Chipsätzen nicht zu behindern, scheint es sich um Verhaltensweisen zu handeln, die nach Artikel 102 AEUV als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zu verfolgen wären. Damit erscheint fraglich, warum diese als Abhilfemaßnahmen in die Zusammenschlussentscheidung aufgenommen wurden. Zuzugeben ist allerdings, dass durch die Aufnahme einer solchen Verpflichtung in die Abhilfemaßnahmen ein Vorteil in anderer Hinsicht geschaffen wird: Die Europäische Kommission hat im vorliegenden Fall ein Schlichtungsverfahren in den Abhilfemaßnahmen festgeschrieben, wonach ein sich über Intel beschwerendes Unternehmen den Anscheinsbeweis dafür erbringen muss, dass Intel einen Verstoß begangen hat. Das Schiedsgericht muss dann zugunsten dieses Unternehmens entscheiden, es sei denn, Intel kann Beweis dafür erbringen, dass es die Verpflichtungen aus den Abhilfemaßnahmen umgesetzt hat. Bei Nichteinhalten der Abhilfemaßnahmen könnte die Europäische Kommission die Freigabeentscheidung widerrufen mit der Folge, dass das Prüfverfahren erneut durchgeführt werden müsste. Dies bietet einen zeitlichen Vorteil gegenüber der Möglichkeit, das Verhalten eines Unternehmens nach Artikel 102 AEUV zu ahnden: Verfahren nach Artikel 102 AEUV sind zeitintensiv, sodass die Gefahr besteht, dass ein Unternehmen zum Zeitpunkt einer Entscheidung nach Artikel 102 AEUV bereits aufgrund eines Verhaltens des marktbeherrschenden Unternehmens aus dem Markt ausgeschieden ist. Zudem ist mit der Ausgestaltung als Abhilfemaßnahme eine größere Rechtssicherheit für die Wettbewerber der Zusammenschlussparteien verbunden,

da diese nicht den Ausgang des Marktmissbrauchsverfahrens abwarten müssen.

954. Auch ist anzumerken, dass die Europäische Kommission bei einem weiteren Zusammenschlussvorhaben, dem Fall Cisco/Tandberg, ebenfalls Wettbewerbsbedenken bezüglich der Interoperabilität der Geräte des fusionierten Unternehmens mit den Geräten der Wettbewerber hatte.⁶⁴⁵ In diesem Zusammenschlussverfahren akzeptierte die Europäische Kommission eine Veräußerungszusage. Cisco sagte zu, die Rechte an seinem Standard „Telepresence Interoperability Protocol“ an eine branchenübergreifende Organisation zu veräußern, um die Interoperabilität zwischen Produkten des fusionierten Unternehmens und seiner Wettbewerber sicherzustellen. Damit erscheint fraglich, ob im Fall Intel/McAfee ebenfalls auf einer Veräußerungszusage hätte bestanden werden müssen. Von der Europäischen Kommission wurde gegenüber der Monopolkommission als Grund für die unterschiedliche Ausgestaltung der Abhilfemaßnahmen in diesen beiden Fällen genannt, dass es sich im Gegensatz zum konglomeraten Zusammenschluss Intel/McAfee bei dem Zusammenschluss Cisco/Tandberg um einen horizontalen Zusammenschluss gehandelt habe. Zur Begründung führte die Europäische Kommission in der Zusammenschlussentscheidung aus, dass in diesem konglomeraten Zusammenschluss strukturelle Abhilfemaßnahmen nicht am besten geeignet schienen, die Wettbewerbsbedenken zu adressieren. Eines der Hauptprobleme sei gewesen, dass die Kontrolle über eine Schlüsseltechnologie, möglicherweise im Zusammenhang mit den IP-Rechten, zu einer Abschottung von Marktteilnehmern führen könnte, deren Produkte mit dieser Technologie gleichberechtigt interoperieren müssten. Intel könnte für die Interoperabilität notwendige Informationen zurückhalten und dadurch Wettbewerbsprobleme hervorrufen. Unter diesen Umständen seien Verpflichtungszusagen, die der Konkurrenz den Zugang zu notwendigen Informationen gewährleisten, geeignet, wettbewerbliche Bedenken auszuräumen.

5.7.4.2 Der Fall T-Mobile/Orange

955. Im Fall T-Mobile/Orange wurde neben der Veräußerung von Frequenzen eine Verhaltenszusage als Abhilfemaßnahme von der Europäischen Kommission angenommen. Die Zusammenschlussparteien hatten sich zunächst einseitig verpflichtet, den Netzwerkeilungsvertrag mit einem Dritten (3UK) zu ändern und zu ergänzen.⁶⁴⁶ Sie beabsichtigten, dem Überwachungstreuhand regelmäßige schriftliche Berichte zum Stand des Verhandlungsverfahrens mit 3UK sowie zu den vereinbarten Vertragsänderungen zu übersenden. Dies erachtete die Europäische Kommission jedoch als nicht hinreichend, um das Wettbewerbsproblem zu beseitigen, nämlich das Risiko, dass die Zusammenschlussparteien den Netz-

⁶⁴⁵ EU-Kommission, Entscheidung vom 29. März 2010, COMP M.5669.

⁶⁴⁶ Zu dem der Entscheidung T-Mobile/Orange zugrunde liegenden Sachverhalt vgl. Tz. 875 ff.

werteilungsvertrag mit 3UK beenden oder verschlechtern und dadurch möglicherweise 3UK aus dem Markt drängen. Bei der angebotenen Verhaltenszusage handele es sich lediglich um einseitige Verpflichtungen, deren Wirksamkeit von einer Vereinbarung mit einem Dritten abhängt, der nicht selbst durch die Zusage gebunden sei. Die Zusammenschlussparteien haben darum am 19. Februar 2010 eine Vereinbarung mit 3UK unterschrieben. Vertragsschluss und -inhalt überzeugten die Europäische Kommission davon, dass durch den Vertrag die Position von 3UK auf dem Markt gestärkt wird und 3UK dadurch weiterhin wettbewerblichen Druck auf die Zusammenschlussparteien ausüben kann; der Zusammenschluss wurde daher am 1. März 2010 unter Bedingungen und Auflagen freigegeben.

956. Diese Art der Verhaltenszusage erscheint der Monopolkommission weniger problematisch als andere verhaltensorientierte Zusagen. Der infrage stehende Vertrag wurde im vorliegenden Fall bereits vor der Freigabe des Zusammenschlusses geschlossen. Die möglicherweise langfristige Suche nach einem geeigneten Vertragspartner, die von der Europäischen Kommission überwacht werden muss, entfällt darum. In die verbindlichen Abhilfemaßnahmen wurde aufgenommen, dass der Vertrag zwischen T-Mobile und 3UK bereits geschlossen wurde. Lediglich im Hinblick auf eine Vertragsklausel, die einen weiteren Vertragsschluss bezüglich eines Netzwerkintegrationsplans vorsieht, muss dieser zweite Vertragsschluss noch von einem Treuhänder überwacht werden. Die Monopolkommission sieht hier allerdings keine Gefahr eines Vertragsbruchs seitens T-Mobile, da durch die Möglichkeit, den Zivilrechtsweg zu beschreiten, hinreichend gewährleistet scheint, dass sich T-Mobile an den Vertrag hält. Diese Klausel scheint damit schnell umgesetzt und nicht mit einer dauerhaften Kontrolle vonseiten der Europäischen Kommission verbunden.

5.7.5 Unverbindliche Abhilfemaßnahmen

957. Im Zusammenschlussverfahren Oracle/Sun Microsystems hielt die Europäische Kommission öffentliche Ankündigungen von Oracle für ausreichend, den Zusammenschluss freizugeben⁶⁴⁷; sie verzichtete auf Verpflichtungszusagen nach Artikel 8 Absatz 2 FKVO. Oracle machte am 14. Dezember 2009 öffentliche Ankündigungen, um MySQL-Kunden und -Entwicklern mehr Sicherheit bezüglich der Weiterentwicklung von MySQL nach dem Zusammenschluss zu geben. Diese öffentlichen Ankündigungen bestanden aus zehn Zusagen an die Nutzer, Kunden und Entwickler von MySQL. Es wurde zugesagt, MySQL auch in Zukunft unter der Open-Source-Lizenz zu verbessern und nachfolgende Versionen ebenfalls unter der Open-Source-Lizenz zur Verfügung zu stellen. Oracle kündigte an, sich bis fünf Jahre nach Abschluss des Zusammenschlusses an die in den öffentlichen Ankündigungen gemachten Zusagen zu halten. Zudem leitete Oracle Schritte ein, um drei dieser Zusagen rechtsverbindlich in die zwischen Sun und den Drittanbietern

von Speicher-Engines bestehenden Verträge aufzunehmen: Oracle übersandte Schreiben, in denen zugesagt wurde, die bestehenden Vertragsbedingungen nach dem Zusammenschluss dahingehend zu ändern, dass der betreffende Inhalt der öffentlichen Ankündigungen im Vertrag wiederholt werde. Hieraus schloss die Europäische Kommission, dass dies gegenüber diesen Parteien verbindlich festgelegt sei. Bei den übrigen Punkten der öffentlichen Ankündigung handelte es sich der Europäischen Kommission nach um rein einseitige Erklärungen ohne rechtsverbindlichen Charakter.

958. Die Europäische Kommission führte aus, dass diese öffentlichen Ankündigungen von Oracle keine formellen Zusagenangebote im Sinne der Fusionskontrollverordnung darstellten. Formelle Zusagenangebote seien notwendig, wenn Wettbewerbsbedenken bestünden. Diese könnten durch die formellen Zusagenangebote ausgeräumt werden, wodurch eine Freigabe des Zusammenschlusses ermöglicht werde. Es handele sich jedoch um eine andere Situation, wenn die Fakten des Zusammenschlusses es der Europäischen Kommission erlaubten festzustellen, dass der Zusammenschluss keinen Wettbewerbsbedenken begegne. Die öffentliche Ankündigung von Oracle sowie deren teilweise Umsetzung stellten Fakten dar, die sie zusammen mit den weiteren ihr vorliegenden Fakten des Falls bei der Bewertung der Frage, welche Auswirkungen das Zusammenschlussvorhaben auf den Datenbankmarkt habe, berücksichtigen müsse. Im Ergebnis folgte die Europäische Kommission, dass Oracle – auch aufgrund seiner öffentlichen Ankündigungen – nicht die Möglichkeit und den Anreiz habe, MySQL abzuschaffen. Obwohl die Mehrzahl der öffentlichen Ankündigungen keinen rechtsverbindlichen Charakter habe, sei die Wahrscheinlichkeit gering, dass Oracle von seinen Ankündigungen abweiche. Dies begründete die Europäische Kommission mit den Besonderheiten von Open-Source-Software: Für den Sponsor eines Open-Source-Projekts, das auf die Beiträge von Nutzern, Entwicklern und Kunden angewiesen sei, sei Vertrauen und Ansehen sehr wichtig. Eine Beschädigung des Rufes von Oracle infolge der schlechten oder unzureichenden Unterstützung von MySQL hätte wahrscheinlich negative Folgen für das proprietäre Software-Geschäft von Oracle. Im Hinblick auf die Dauer der angekündigten Zusagen argumentierte die Europäische Kommission, dass fünf Jahre lang genug seien, um Oracle durch die Zusagen in seinen Möglichkeiten einzuschränken. In dieser Zeit könnten andere Anbieter von Open-Source-Datenbanken ihre Marktposition weiterentwickeln und MySQL ersetzen.

959. Insgesamt beurteilt die Monopolkommission die rechtliche Bewertung der öffentlichen Ankündigungen von Oracle durch die Europäische Kommission kritisch. Zunächst ist ganz allgemein zu kritisieren, dass die Europäische Kommission die öffentlichen Ankündigungen von Oracle für ausreichend erachtete, Wettbewerbsbedenken zu beseitigen bzw. erst gar nicht entstehen zu lassen. Die Europäische Kommission hat der Monopolkommission berichtet, dass die rechtlich verpflichtenden Lizenzangebote von Oracle ausschlaggebend für die Aufgabe der ursprünglichen Wettbewerbsbedenken gewesen seien.

⁶⁴⁷ Vgl. auch Tz. 864 ff., 887 ff.

Dem ist zwar zuzugeben, dass das Versenden eines Schreibens mit der Zusage einer Vertragsänderung – zumindest nach deutschem Recht – rechtlich bindend ist. Im Falle eines Verstoßes von Oracle gegen diese Zusagen läge die Rechtsdurchsetzung bezüglich der Verpflichtung Oracles indes in den Händen von privaten Dritten, die zunächst eine rechtskräftige Entscheidung der Gerichte abwarten und sich hierfür vermutlich durch die Instanzen klagen müssten. Erschwerend kommt hinzu, dass selbst die Europäische Kommission die Auffassung vertritt, dass weniger als die Hälfte der von Oracle gemachten Zusagen rechtsverbindlich seien. Eine solche nicht rechtsverbindliche Zusage kann auch von einem privaten Dritten nicht vor den ordentlichen Gerichten durchgesetzt werden.

960. Die Europäische Kommission vertrat die Ansicht, dass sie ihre Entscheidung nach Artikel 8 Absatz 6 lit. a FKVO widerrufen könne. Danach kann eine Entscheidung widerrufen werden, wenn die Vereinbarkeitserklärung auf unrichtigen Angaben beruht, die von einem der beteiligten Unternehmen zu vertreten sind, oder arglistig herbeigeführt worden ist. Zunächst ist für die Monopolkommission fraglich, wie die Europäische Kommission kontrollieren will, ob die öffentlichen Ankündigungen eingehalten wurden. Auch bestehen dogmatische Unterschiede zwischen der rechtlichen Lage bei formellen Abhilfemaßnahmen und der von der Europäischen Kommission angenommenen Rechtslage bei öffentlichen Ankündigungen. Im Falle eines Verstoßes gegen eine als Bedingung ausgestaltete formelle Abhilfemaßnahme ist kein Widerruf der Freigabeentscheidung durch die Europäische Kommission erforderlich, der Nichteintritt der Bedingung lässt die Genehmigung des Zusammenschlusses entfallen. Im Gegensatz hierzu muss die Europäische Kommission im vorliegenden Fall – ihrer eigenen Auslegung zufolge – zunächst feststellen, dass die öffentlichen Ankündigungen nicht eingehalten wurden. Bereits diese Feststellung erscheint problematisch, da die Europäische Kommission hierzu auf Mitteilungen dritter Unternehmen, beispielsweise der Drittanbieter von Speicher-Engines, angewiesen ist. Das gravierendere Problem sieht die Monopolkommission jedoch darin, dass die Europäische Kommission für einen Widerruf der Freigabeentscheidung nach Artikel 8 Absatz 6 lit. a FKVO beweisen muss, dass sie unzutreffende Angaben von einem Unternehmen erhalten hat. Hier stellt sich unter anderem die Frage, welcher Zeitpunkt für die Beurteilung der Unrichtigkeit der Angaben entscheidend ist. Es wäre vorstellbar, dass sich Oracle zunächst – beispielsweise in den ersten drei Jahren nach dem Zusammenschluss – an seine Zusagen hält, danach jedoch nicht mehr. Unterstellt, dass Oracle dies nicht von Anfang an so geplant hat, sondern zum Zeitpunkt der öffentlichen Ankündigung fest davon überzeugt war, sich für fünf Jahre an seine Zusagen zu halten, wäre die Ankündigung von Oracle zunächst – zum Zeitpunkt der öffentlichen Ankündigung und zum Zeitpunkt der Entscheidung – richtig gewesen und erst danach unrichtig geworden. Unklar ist, ob es der Europäischen Kommission dann möglich wäre, einen Widerruf der Entscheidung auf die Übermittlung unrichtiger Angaben durch das Unternehmen zu stützen. Im Ergebnis ist

damit fraglich, ob Artikel 8 Absatz 6 lit. a FKVO angesichts der damit verbundenen Unsicherheiten ein hinreichendes Mittel bietet, um im Falle einer Abkehr Oracles von seinen öffentlichen Ankündigungen gegenzusteuern. Es scheint der Monopolkommission vorzugswürdiger, wenn die Europäische Kommission Oracle nahegelegt hätte, die öffentlichen Ankündigungen als formelle Zusagenangebote vorzulegen, und dann durch die Aufnahme als formelle Abhilfemaßnahmen in die Freigabeentscheidung ihre rechtlichen Möglichkeiten für den Fall eines Verstoßes von Oracle gegen die Ankündigungen abgesichert hätte.

961. Zudem begegnet die Unterscheidung der Europäischen Kommission zwischen formellen Zusagenangeboten und Zusagen im Rahmen öffentlicher Ankündigungen durch die Zusammenschlussparteien Bedenken. Die Europäische Kommission differenziert zwischen formellen Zusagenangeboten, die festgestellte wettbewerbliche Bedenken ausräumen sollen, und Zusagen der Parteien, die den zu beurteilenden Sachverhalt verändern und damit dazu führen, dass keine wettbewerblichen Bedenken vorliegen. Nach Auffassung der Europäischen Kommission handelt es sich bei den öffentlichen Ankündigungen von Oracle nicht um formelle Zusagenangebote. Die öffentlichen Ankündigungen seien jedoch ein Teil des zu beurteilenden Sachverhalts und hätten diesen im vorliegenden Fall geändert. Damit stellt sich für die Monopolkommission die Frage, wie die Europäische Kommission in Zukunft zwischen formellen Zusagenangeboten und öffentlichen Ankündigungen unterscheiden will. Auch formelle Zusagenangebote werden von den Zusammenschlussparteien vorgeschlagen. Eine Differenzierung wäre zwar anhand des Adressaten der Maßnahme – bei formellen Zusagenangeboten ist die Europäische Kommission der Adressat, bei öffentlichen Ankündigungen die Kunden des Unternehmens beziehungsweise, allgemein betrachtet, die Öffentlichkeit – möglich. Würde man jedoch generell anerkennen, dass eine öffentliche Ankündigung einen Teil des von der Europäischen Kommission zu beurteilenden Sachverhalts darstellt und dazu führen kann, dass Wettbewerbsbedenken entfallen, stellt sich die Frage, wo die Grenzen einer öffentlichen Ankündigung liegen. Die Anerkennung einer öffentlichen Ankündigung als Änderung des Zusammenschlussvorhabens könnte dazu führen, dass die Unternehmen keine formellen Zusagenangebote mehr unterbreiten, sondern nur öffentliche Ankündigungen verlautbaren lassen. In einem solchen Fall könnte die Europäische Kommission keine Wettbewerbsbedenken mehr geltend machen. Da formelle Zusagenangebote jedoch Wettbewerbsbedenken voraussetzen, wären formelle, die Parteien gegenüber der Europäischen Kommission bindende Abhilfemaßnahmen überflüssig. Im Ergebnis sind mit der Möglichkeit von öffentlichen Versprechen zur Abhilfe Umgehungen von formellen Verpflichtungserklärungen durch die Zusammenschlussparteien möglich.

962. Das finnische Unternehmen Monty Program AB hat am 1. Juni 2010 Klage vor dem Gericht der Europäischen Union eingereicht mit dem Ziel, die Freigabeentscheidung der Europäischen Kommission für nichtig zu

erklären. Die Klage wurde unter anderem damit begründet, dass die Europäische Kommission die Art der Zusagen von Oracle falsch beurteilt und, indem sie die Zusagen von Oracle als Fakten des der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalts bewertet habe, einen Rechtsfehler begangen habe.⁶⁴⁸ Es bleibt abzuwarten, wie das Gericht die Bewertung der öffentlichen Ankündigungen von Oracle durch die Europäische Kommission beurteilen wird.

5.7.6 Regulierungsähnliche Zusagen

963. In dem Verfahren SNCF/LCR/Eurostar betrachtete die Europäische Kommission die Bereitstellung von internationalem Schienenpassagierverkehr durch den Kanaltunnel auf den Strecken London–Paris und London–Brüssel⁶⁴⁹. Der Zusammenschluss wird nach den Erkenntnissen der Europäischen Kommission nicht zu Marktanteilsadditionen führen, sondern lediglich die jetzige Kooperation der Beteiligten in ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen überführen. Nach Auffassung der Europäischen Kommission ist maßgeblich, dass vor dem Zusammenschluss zumindest eine gewisse Chance für einen Markteintritt neuer Anbieter mittels Kooperation mit einem der Eurostar-Partner oder mittels Erwerb einer der Partner bestanden hat, die nunmehr entfällt. Nach den Ermittlungen der Europäischen Kommission bestehen erhebliche Marktzugangshürden. Diese betreffen zum einen die Sicherheitsregeln für den Eisenbahnverkehr im Kanaltunnel,⁶⁵⁰ zum anderen die Zugangsmöglichkeiten zu Bahnhöfen und den dort angebotenen Serviceleistungen (Fahrkartenverkaufsstellen, Passagierinformationen etc.), die Zugangsbedingungen bei Sicherheitskontrollsystemen im Rahmen des Nicht-Schengen-Verkehrs sowie die Zugangsoptionen zu Hochgeschwindigkeitstrassen zu Peak-Zeiten. Zudem bestehen Marktzugangshindernisse beim Zugang zu spezialisierten Wartungszentren in Großbritannien und Frankreich.

964. Bemerkenswert ist, dass die Europäische Kommission in diesem Zusammenhang Defizite des europäischen Regulierungsrahmens einräumt. So schreibe zwar die Richtlinie 2001/14/EG den diskriminierungsfreien Zugang zu „Bahnhöfen, deren Gebäuden und sonstigen Einrichtungen“ sowie zu „Wartungseinrichtungen und anderen technischen Einrichtungen“ vor.⁶⁵¹ Es werde jedoch nicht detailliert beschrieben, zu welchen konkreten Leistungen der Zugang zu gewährt ist und ob auch der Zu-

gang zu Dienstleistungen im Rahmen der Nicht-Schengen-Zonen erfasst ist. Ferner sage die Richtlinie nichts darüber aus, ob bei einer Knappheit von Serviceeinrichtungen Kapazitäten für neue Marktteilnehmer bereitgestellt werden müssen. Daraus folgert die Europäische Kommission, dass der Zugang zu solchen Leistungen und Einrichtungen unter der geltenden Regelung nicht vollständig und umfassend garantiert ist.

965. Die Europäische Kommission ermittelt daneben folgende Defizite des Regulierungsrechts in den drei betroffenen Mitgliedstaaten: In Großbritannien gebe es zwar eine Ex-ante-Regulierung, jedoch seien die Bahnhöfe auf der Hochgeschwindigkeitsstrecke traditionell von der Regulierung ausgenommen. Diesbezüglich gebe es nur eine Ex-post-Kontrolle, die auf Beschwerden hin eingreife. In Frankreich existiere noch keine Regulierungsbehörde für den Schienenverkehr, wie sie von der Richtlinie 2001/14/EG vorgeschrieben werde. In Belgien sei die Richtlinie zwar grundsätzlich umgesetzt, der Zugang zu Serviceleistungen am Gare du Midi (Haltepunkt des Eurostar in Brüssel) unterliege jedoch nicht der Kontrolle seitens der Regulierungsbehörde, sondern des Wirtschaftsministeriums.

966. Um die dargestellten Wettbewerbsbedenken auszuräumen, verpflichteten sich SNCF, LCR und SNCB, den diskriminierungsfreien Zugang zu Serviceleistungen und Raumkapazitäten an Bahnhöfen sicherzustellen. Dazu gehören unter anderem Kapazitäten für Fahrkartenschalter, der Zugang zu Passagierinformationssystemen und der Zugang zu den Bahnhofsbereichen mit Sicherheitskontrollen für die Zugverbindungen in Nicht-Schengen-Gebiete. Des Weiteren gewährleisteten die Parteien den diskriminierungsfreien Zugang zu bestimmten Wartungszentren in Frankreich, Großbritannien und Belgien. Schließlich steht die Freigabeentscheidung unter der Bedingung, dass die Zusammenschlussparteien eine bestimmte Anzahl von Trassen zugunsten von Wettbewerbern freigeben, falls diese entsprechende Trassen nicht im normalen Zuteilungsverfahren erhalten. Nach Einschätzung der Europäischen Kommission senken diese Verpflichtungen die Marktzutrittsschranken für neue Anbieter und gleichen dadurch die negativen Effekte des Zusammenschlusses aus.

967. Hervorzuheben ist die Einschätzung der Richtlinie 2001/14/EG seitens der Europäischen Kommission. Die Richtlinie schreibt für eine Vielzahl von Einrichtungen und Dienstleistungen den diskriminierungsfreien Zugang vor und erweckt den Eindruck einer umfassenden Regelung. So beinhaltet der „Schienenzugang zu Serviceeinrichtungen und die entsprechende Erbringung von Leistungen“ laut Anhang II der Richtlinie neben Personenbahnhöfen, deren Gebäuden und sonstigen Einrichtungen auch Einrichtungen zur Brennstoffaufnahme, Rangierbahnhöfe, Zugbildungseinrichtungen, Abstellgleise sowie Wartungseinrichtungen und andere technische Einrichtungen. Dennoch ist damit nach Auffassung der Europäischen Kommission nicht der Zugang zu allen Einrich-

⁶⁴⁸ Rs. T-292/10, ABl. EU Nr. C 260 vom 25. September 2010, S. 15.

⁶⁴⁹ Vgl. auch Tz. 852, 895 ff.

⁶⁵⁰ Zum Zeitpunkt des Verfahrens erfüllten nur die Züge der Eurostar-Partner die Sicherheitsanforderungen. Laut Pressemeldungen hat die europäische Bahnsicherheitsbehörde (European Railway Agency) im März 2011 erstmalig auch Zügen von Siemens bestätigt, dass die Sicherheitsvorkehrungen erfüllt sind; vgl. Handelsblatt, 22. März 2011, S. 24.

⁶⁵¹ Richtlinie 2001/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2001 über die Zuweisung von Fahrwegkapazität der Eisenbahn, die Erhebung von Entgelten für die Nutzung von Eisenbahninfrastruktur und die Sicherheitsbescheinigung, ABl. EU Nr. L 75 vom 15. März 2001, S. 29.

tungen und Dienstleistungen, die im vorliegenden Fall als relevant angesehen werden, abgedeckt.

968. Vor diesem Hintergrund erwecken die auferlegten Abhilfemaßnahmen den Eindruck, dass die Europäische Kommission den Zusammenschluss zum Anlass nimmt, Mängel des Regulierungsrahmens bzw. der mitgliedstaatlichen Umsetzung der genannten Richtlinie zu beheben. Dementsprechend lesen sich die Abhilfemaßnahmen wie Regulierungsvorschriften. So wird neben der Verpflichtung zu fairem und diskriminierungsfreiem Zugang die Erhebung kostenbasierter Preise verlangt. Außerdem sind die Abhilfemaßnahmen auf zehn Jahre angelegt.

969. Kritisch anzumerken ist, dass die Probleme und die geringe Effizienz von Zugangsverpflichtungen in der fusionskontrollrechtlichen Praxis hinlänglich bekannt sind. Als Stichworte seien das Diskriminierungspotenzial des Zugangsverpflichteten, die Probleme bei der Kontrolle der Preisfestsetzung und die Schwierigkeiten einer Überwachung aufgrund der Langfristigkeit der Verpflichtungen genannt. Nur wenig Abhilfe leistet in diesem Zusammenhang das Streitbeilegungsverfahren, das ebenfalls in den Abhilfemaßnahmen verankert wurde. Hiernach soll ein Treuhänder auf Initiative eines Zugang begehrenden Unternehmens in einem Eilverfahren eine „bindende Expertenmeinung“ abgeben. Gegen diese Entscheidung des Treuhänders ist Beschwerde möglich. Zuständig soll die jeweilige nationale Regulierungsbehörde sein, sofern sie eingewilligt hat, diese Aufgabe zu übernehmen. Andernfalls wird die Europäische Kommission als Beschwerdeinstanz fungieren.

970. Fraglich ist, ob diese Konstruktion in der Praxis tragfähig ist. Es muss bezweifelt werden, dass ein Treuhänder in der Lage ist, im Eilverfahren Diskriminierungsvorwürfe zu überprüfen oder Streitigkeiten über die Festlegung kostenbasierter Preise beizulegen. Die Einschaltung nationaler Regulierungsbehörden erscheint insoweit Erfolg versprechender, allerdings hängt sie von deren Einwilligung ab. Das Problem der fehlenden französischen Regulierungsbehörde bzw. deren mangelnden Durchsetzungswillens bleibt bestehen. Soweit die Europäische Kommission ersatzweise als Beschwerdeinstanz auftreten soll, ist ebenfalls Skepsis angebracht. Sie hat zwar im Rahmen der Missbrauchskontrolle auch über preisliche Missbrauchspraktiken zu entscheiden. Hier stehen aber Regulierungsfragen in einem möglicherweise erheblichen Umfang an, für deren Beantwortung die Europäische Kommission wenig Erfahrungen aufweist und die über einen langen Zeitraum einen hohen Arbeitsaufwand erfordern.

971. In Anbetracht dieser Probleme ist fraglich, ob die getroffenen Zugangsverpflichtungen die von der Europäischen Kommission aufgezeigten Defizite des nationalen Regulierungsrechts beheben können. Erfolg versprechender erscheinen grundsätzliche Lösungsansätze, wie sie die Europäische Kommission mittlerweile auch verfolgt. So hat sie im September 2010 einen Gesetzgebungsvorschlag zur Neufassung des sog. ersten Eisenbahnpakets,

das die genannte Richtlinie 2001/14/EG umfasst, vorgenommen.⁶⁵² Die wichtigsten Änderungen beinhalten eine Präzisierung der Vorgaben zur Entgeltbildung und Änderungen der Vorgaben zur Zugangsgewährung bei Serviceeinrichtungen. Darüber hinaus hat die Europäische Kommission wegen mangelhafter Umsetzung der Richtlinie 2001/14/EG ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Frankreich eingeleitet.⁶⁵³ Unter anderem wird die unzulängliche Umsetzung der Bestimmungen zur Erhebung der Weagentgelte und die nicht erfolgte Einrichtung einer unabhängigen Regulierungsstelle bemängelt.

Des Weiteren ist zu kritisieren, dass die Europäische Kommission keine Abhilfemaßnahme bezüglich des rollenden Materials getroffen hat. Obwohl Marktteilnehmer die Verfügbarkeit von zugelassenem rollendem Material als wesentliches Marktzutrittshindernis bezeichneten, verzichtet die Wettbewerbsbehörde auf eine entsprechende Veräußerungsverpflichtung mit der Begründung, es habe sich nur ein Kaufinteressent gemeldet.

5.7.7 Nachträglicher Verzicht auf Zusagen

972. Die Europäische Kommission hat am 3. Mai 2011 eine Phase-II-Entscheidung nach Artikel 8 Absatz 2 FKVO getroffen, mit der sie den Verzicht auf die in dem Zusammenschlussverfahren Hoffmann-La Roche/Boehringer Mannheim festgelegten Zusagen erklärte. Im Februar 1998 hatte die Europäische Kommission den Zusammenschluss von Hoffmann-La Roche und Boehringer Mannheim vorbehaltlich der vollständigen Erfüllung bestimmter Bedingungen und Auflagen nach Artikel 8 Absatz 2 VO 4064/89 freigegeben.⁶⁵⁴ In dieser Entscheidung hatte sie festgestellt, dass Hoffmann-La Roche auf dem EWR-weiten Markt für DNA-Sonden eine marktbeherrschende Stellung einnimmt, die sich unter anderem aus dem hohen Marktanteil des Unternehmens, seinem Patentbestand für die Polymerase-Kettenreaktion (PCR) als wichtigster DNA-Sonden-Technologie und der schwachen Stellung anderer Technologien ergab. Die Europäische Kommission vertrat die Auffassung, dass die marktbeherrschende Stellung von Hoffmann-La Roche durch den geplanten Zusammenschluss noch verstärkt werden würde, da Boehringer Mannheim ein potenzieller Wettbewerber sei. Der Zusammenschluss wurde dennoch freigegeben, da Hoffmann-La Roche Zusagenangebote vorgelegt hatte, die die Wettbewerbsbedenken der Europäischen Kommission ausräumten. Ein Teil dieser Zusagen betraf den diskriminierungsfreien Zugang zur PCR-Technologie von Hoffmann-La Roche für alle interessierten Marktteilnehmer. Die Entscheidung enthielt weder

⁶⁵² Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraums (Neufassung), KOM(2010) 475, 17. September 2010. Die Neufassung stellt nach Darstellung der Europäischen Kommission hauptsächlich eine Vereinfachung und Konsolidierung der Rechtssetzung dar und soll bestehende Unzulänglichkeiten, Unklarheiten und Lücken beseitigen.

⁶⁵³ Vgl. EU-Kommission, Pressemitteilung vom 24. Juni 2010, IP/10/807.

⁶⁵⁴ EU-Kommission, Entscheidung vom 4. Februar 1998, COMP/M.950.

eine Befristung noch eine Überprüfungsklausel („review clause“) im Hinblick auf diese Zusagen.

973. Zwischenzeitlich ist Hoffmann-La Roche seinen Verpflichtungen aus der Freigabeentscheidung nachgekommen, einen Treuhänder zu bestellen sowie innerhalb von zwölf Monaten seit Entscheidung eine umfassende Lizenz und innerhalb von drei Monaten eine Einzellizenz zu gewähren. Hoffmann-La Roche hat außerdem allen interessierten Marktteilnehmern Zugang zu seiner PCR-Technologie eingeräumt; zu diesem Zweck hat das Unternehmen 35 unter die Zusagen fallende Lizenzen vergeben. In jüngerer Zeit wurde eine Reihe weiterer Lizenzen, die inhaltlich von den Vorgaben der Zusagen abweichen, erteilt.

974. Im September 2008 beantragte Hoffmann-La Roche bei der Europäischen Kommission den Verzicht auf die Zusagen. Zur Begründung führte das Unternehmen aus, dass sein PCR-Patentbestand nicht länger ein Hindernis für den Zutritt zum DNA-Sonden-Markt darstelle, da die PCR-Grundpatente bereits ausgelaufen seien bzw. in den kommenden Jahren auslaufen würden. Die Zusagen hätten ihren Zweck erfüllt, da die Stellung von Hoffmann-La Roche auf dem DNA-Sonden-Markt durch den Zusammenschluss nicht gestärkt worden sei. Außerdem entfalte das in den Zusagen aufgestellte Patentsystem inzwischen wettbewerbschädliche Wirkungen, da der festgelegte Umfang der Lizenzen nicht den aktuellen Bedarf des Marktes an Patenten mit unterschiedlicher geografischer und spezifischer Ausrichtung widerspiegele.

975. Die Europäische Kommission hat dem Antrag von Hoffmann-La Roche im Rahmen eines Phase-II-Verfahrens nach Artikel 8 FKVO stattgegeben und auf die erwähnten Zusagen verzichtet. Die Europäische Kommission stellt knapp fest, dass sie ihre Beschlüsse anpassen könne, um Verpflichtungen zu ändern oder auf sie zu verzichten, selbst wenn die betreffende Freigabeentscheidung keine Überprüfungsklausel enthalte. Sie weist ferner auf ihre Mitteilung über Abhilfemaßnahmen hin, wonach für eine Zusagenänderung oder einen entsprechenden Verzicht das Vorliegen außergewöhnlicher Umstände vorausgesetzt werde.⁶⁵⁵ Solche Umstände könnten anerkannt werden, wenn die beteiligten Unternehmen nachweisen, dass sich die Marktsituation auf Dauer erheblich geändert habe. Für diesen Nachweis fordert die Europäische Kommission eine hinreichend lange Zeitspanne zwischen der ursprünglichen Entscheidung und dem Antrag der Zusammenschlussparteien, die in der Regel mehrere Jahre betrage. Bei der Entscheidung über eine Änderung oder den Verzicht auf Abhilfemaßnahmen habe die Europäische Kommission auch die Stellungnahmen Dritter und die Auswirkungen der Änderung/des Verzichts auf die Stellung Dritter zu berücksichtigen. Hierbei prüfe sie unter anderem, ob eine entsprechende

Maßnahme die Rechte beeinträchtige, die Dritte nach Umsetzung der Abhilfemaßnahme bereits erworben haben.

976. Die Europäische Kommission sah die genannten Voraussetzungen im vorliegenden Fall als erfüllt an. Der durchgeführte Markttest und weitere Befragungen von Marktteilnehmern hätten ergeben, dass sich die Situation auf dem DNA-Sonden-Markt seit der Freigabeentscheidung im Jahr 1998 auf Dauer erheblich geändert habe. Zum einen gebe es mehr Marktteilnehmer mit beträchtlichen Marktanteilen auf dem DNA-Sonden-Markt als zum Zeitpunkt der ursprünglichen Fusionskontrollentscheidung. Dies sei unter anderem auf die Lizenzvergabe im Rahmen der Zusagen sowie auf die Gewährung sonstiger Lizenzen in der jüngeren Vergangenheit zurückzuführen. Hoffmann-La Roche sei zwar weiterhin der wichtigste Marktteilnehmer, sein Gesamtmarktanteil sei aber von 60 bis 70 Prozent auf 40 bis 50 Prozent zurückgegangen. Außerdem habe sich die Marktstruktur auch insofern geändert, als zwischenzeitlich mehr Anwendungen im Bereich DNA-Sonden zur Verfügung stünden als in den 1990er Jahren. Hoffmann-La Roche hielt zwar weiterhin bedeutende Marktanteile bei den einzelnen Anwendungen, sei jedoch für jede dieser Anwendungen dem Wettbewerb durch andere Marktteilnehmer ausgesetzt. Für beachtlich hielt die Europäische Kommission schließlich den Umstand, dass nur noch 23 der 119 in den Zusagen aufgeführten PCR-bezogenen Patente in Kraft sind; diese werden in der Europäischen Union zwischen 2013 und 2018 auslaufen. Daher sei die PCR-Technologie nicht mehr weitgehend patentgeschützt und die Grundelemente der PCR-Technologie blieben allgemein zugänglich oder würden dies bald sein. Folglich hätten die Unternehmen, die von Hoffmann-La Roche keine PCR-Lizenzen auf Grundlage der Zusagen erhalten haben, (bald) Zugang zu diesen Technologien. Einige Befragte erklärten ihre Absicht, nach dem bevorstehenden Auslaufen der betreffenden Patente die PCR-Technologie (lizenzfrei) nutzen zu wollen. Die dargestellte Strukturänderung schätzte die Europäische Kommission auch als dauerhaft ein. Insbesondere werden die derzeitigen Lizenznehmer die entsprechenden Rechte selbst bei einem Wegfall der Zusagen behalten und weiterhin Zugang zu den Updates der PCR-Patente von Hoffmann-La Roche bekommen.

977. Die weiteren, in der Mitteilung über Abhilfemaßnahmen festgelegten Anforderungen hielt die Europäische Kommission ebenfalls für erfüllt: So liege zwischen der ursprünglichen Freigabeentscheidung und dem Antrag auf Verzicht der Zusagen eine hinreichend lange Zeitspanne, nämlich zehn Jahre. Andere Marktteilnehmer seien konsultiert worden und hätten keine Einwände gegen den Zusagenverzicht erhoben. Zudem hätten die befragten Marktteilnehmer die Aussage von Hoffmann-La Roche bestätigt, wonach die im Rahmen der Zusagen verfügbaren Lizenzen nicht mehr dem aktuellen Bedarf auf dem relevanten Markt entsprächen. Schließlich werde der Verzicht die Wirksamkeit der Zusagen nicht beeinträchtigen, da diese ihre Funktion bereits erfüllt hätten. Die Vergabe von Lizenzen auf Grundlage der Zusagen habe Marktzutritte erleichtert und dazu geführt, dass die Zahl

⁶⁵⁵ 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. EU C 267 vom 22. Oktober 2008, S. 1.

der ernst zu nehmenden Konkurrenten auf dem Markt gestiegen und die Position von Hoffmann-La Roche durch den freigegebenen Zusammenschluss nicht gestärkt worden sei.

978. Die vorliegende Entscheidung zeigt, dass die Europäische Kommission unter bestimmten Voraussetzungen in der Lage und bereit ist, Zusagen nachträglich zu ändern, selbst wenn keine Änderungsklausel in der ursprünglichen Freigabeentscheidung enthalten ist. Sie hat im vorliegenden Fall das ursprüngliche Fusionskontrollverfahren weitergeführt und – nach Erlass der Freigabeentscheidung im Jahr 1998 – eine erneute Entscheidung nach Artikel 8 Absatz 2 FKVO getroffen. Eine nähere Erläuterung zu diesem Vorgehen findet sich in der Entscheidung der Europäischen Kommission nicht. Es ist ihr allerdings darin zuzustimmen, dass sie unter bestimmten Voraussetzungen befugt ist, ihre Beschlüsse anzupassen, um Verpflichtungen zu ändern oder auf sie zu verzichten, selbst wenn die ursprüngliche Freigabeentscheidung keine Überprüfungsklausel enthält. Ein solches Vorgehen ist im deutschen Verwaltungsrecht mit der Wiederaufnahme von Verfahren (§ 51 VwVfG) zu vergleichen, die der Betroffene beantragen kann, wenn sich die Sach- oder Rechtslage nachträglich zu seinen Gunsten geändert hat. In einem solchen Fall hat er einen Anspruch auf erneute Eröffnung eines bereits abgeschlossenen Verfahrens mit dem Ziel einer erneuten Sachentscheidung.

979. Im Jahr 2003 hat die Europäische Kommission bewährte Verfahrensweisen (Best Practices) und Modelltexte für Zusagen veröffentlicht.⁶⁵⁶ Diese sehen vor, dass Abhilfemaßnahmen regelmäßig eine Überprüfungsklausel enthalten. Die Aufnahme einer solchen Überprüfungsklausel in die Freigabeentscheidung ist von Vorteil, weil sie der Europäischen Kommission in der Praxis eine nachträgliche inhaltliche Modifizierung bzw. eine Änderung der Fristen ermöglicht, ohne eine erneute Entscheidung nach Artikel 6 oder Artikel 8 FKVO erlassen zu müssen. Eine förmliche Wiederaufnahme des ursprünglichen Verfahrens ist ebenso wenig notwendig wie die Durchführung der üblicherweise erforderlichen Abstimmungsprozesse mit anderen Kommissionsdienststellen und den Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten. Für die betroffenen Unternehmen und die Generaldirektion Wettbewerb stellt das eine nicht unerhebliche Entlastung dar. Allerdings sind mit diesem Vorgehen auch Nachteile verbunden. Zum einen ergeht keine formelle Entscheidung, die veröffentlicht wird. Daraus folgt ein erhebliches Informationsdefizit, was etwa die Hintergründe der entsprechenden Anträge, die Prüfungsschritte der Europäischen Kommission, die Ergebnisse der behördlichen Prüfung sowie die Häufigkeit von nachträglichen Modifizierungen betrifft. Als nachteilig könnte sich ferner die fehlende Beteiligung der Mitgliedstaaten, die gemäß Artikel 19 Absatz 3 FKVO nur bei Entscheidungen nach Artikel 8 Absatz 1 bis 6 FKVO am Verfahren zu beteiligen sind, erweisen. Vor diesem Hintergrund wäre zu-

mindest eine bessere Information der Öffentlichkeit über die nachträgliche Änderung von Zusagen, etwa in Form von ausführlichen Pressemitteilungen oder durch Veröffentlichung der diesbezüglichen Schreiben der Europäischen Kommission an die antragstellenden Unternehmen, wünschenswert. Auf diese Weise könnte auch die Unternehmensseite umfassende Kenntnisse über die Beurteilungskriterien der Europäischen Kommission erlangen, was die Rechtsunsicherheit verringern und die Vorhersehbarkeit künftiger Entscheidungen erhöhen würde.

980. Die mangelnde Transparenz in Bezug auf die Änderung oder den Wegfall von Zusagen ist um so bedauerlicher, als die diesbezüglichen Entscheidungen häufig schwierige Bewertungsfragen aufwerfen dürften. Dies macht der vorliegende Fall deutlich. So ist der Europäischen Kommission zwar zuzustimmen, dass die Marktanteile von Hoffmann-La Roche seit der ursprünglichen Freigabeentscheidung gesunken sind. Außerdem hat das Unternehmen eine ganze Reihe von Lizenzen vergeben, was Wettbewerbern den Marktzutritt ermöglicht hat. Bei näherer Betrachtung der Wettbewerbssituation bei DNA-Sonden erreicht der nächste Wettbewerber allerdings nur 10 bis 20 Prozent der Marktanteile, während weitere Konkurrenten lediglich 5 bis 10 bzw. unter 5 Prozent der Anteile halten. Bei der Betrachtung einzelner Anwendungen für DNA-Sonden ist ferner erkennbar, dass Hoffmann-La Roche immer noch sehr hohe Marktanteile hält, z. B. im Bereich Hepatitis-B-Virus 50 bis 70 Prozent. Der nächste Konkurrent verfügt hier über 10 bis 30 Prozent der Marktanteile, alle anderen Wettbewerber liegen unter 10 Prozent. In einem neuen Anwendungsbereich, dem Blutscreening, kommen Hoffmann-La Roche auf 50 bis 70 Prozent der Marktanteile und Novartis auf 30 bis 50 Prozent, sodass die Gefahr kollusiven Verhaltens nicht ausgeschlossen erscheint. Gleichzeitig erklärten die befragten Lizenznehmer, dass die hohen Preise für PCR-Patente darauf zurückzuführen seien, dass die PCR-Technologie von Hoffmann-La Roche noch immer der „Goldstandard“ sei. Obwohl alternative Technologien existieren und im letzten Jahrzehnt weiterentwickelt worden seien, seien diese noch immer weniger zuverlässig und empfindlicher als die PCR-Technologie. Mit dem Wegfall der Zusagen ist schließlich zwar für die derzeitigen Lizenznehmer kein Rechtsverlust verbunden, für potenzielle Wettbewerber wird es indes schwieriger, auf den Markt einzutreten. Nachvollziehbar ist die Entscheidung der Europäischen Kommission allerdings aufgrund des Umstands, dass die Mehrzahl der betroffenen Patente bereits ausgelaufen ist und die übrigen Patente in den kommenden Jahren auslaufen werden. Somit bleibt auch ohne die Zusagen ein Zugriff auf die notwendige Technologie möglich. Für die Aufhebung der Zusagen spricht daneben die einhellige Auffassung der befragten Marktteilnehmer, wonach der in der Freigabeentscheidung festgelegte Zugschnitt der Lizenzen nicht mehr bedarfsgerecht ist.

981. Im europäischen Fusionskontrollrecht dürfte die nachträgliche Überprüfung von Zusagen vornehmlich im Zusammenhang mit verhaltensorientierten Abhilfemaßnahmen relevant werden. Laut der Mitteilung der Europäischen Kommission über Abhilfemaßnahmen sind Veräu-

⁶⁵⁶ Standard Model for Divestiture Commitments, <http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/divestiture.html>

berungsverpflichtungen innerhalb einer kurzen Frist nach Erlass der Entscheidung umzusetzen und es ist unwahrscheinlich, dass sich die Marktsituation in diesem kurzen Zeitraum ändert.⁶⁵⁷ Wahrscheinlicher ist der Verzicht oder die Änderung von Zusagen im Zusammenhang mit Verpflichtungen wie Zugangserleichterungen, da diese mitunter eine Laufzeit von mehreren Jahren haben. Für solche Verpflichtungen können im Zeitpunkt des Erlasses der Entscheidung der Wettbewerbsbehörde nicht alle Entwicklungen vorhergesehen werden.⁶⁵⁸ Zudem zielen Abhilfemaßnahmen ja gerade darauf ab, dass sich die Wettbewerbssituation in Zukunft ändert.

982. Als problematisch ist das in der Mitteilung über Abhilfemaßnahme festgelegte Erfordernis zu bewerten, dass zwischen dem Erlass der Freigabeentscheidung und dem Antrag der beteiligten Unternehmen eine „hinreichend lange Zeitspanne“ liegen muss, in der Regel „mindestens mehrere Jahre“. In der vorliegenden Entscheidung hält die Europäische Kommission dieses Erfordernis aufgrund der verstrichenen Zeitspanne von zehn Jahren für erfüllt. Die Voraussetzung ist allerdings sehr vage formuliert und nicht näher erläutert, sodass für betroffene Unternehmen große Unsicherheiten verbleiben. Insbesondere ist darauf hinzuweisen, dass sich die Wettbewerbsverhältnisse auf dynamischen Märkten auch schon in wesentlich kürzerer Frist, etwa innerhalb von zwei Jahren, grundlegend ändern können. Für betroffene Unternehmen fehlt – auch aufgrund der restriktiven Informationspolitik der Europäischen Kommission in vergleichbaren Fällen – jeder Anhaltspunkt dafür, ob auch eine solche Zeitspanne ausreichen könnte, um mit einem Antrag auf Zusageänderung oder -verzicht erfolgreich zu sein. Gerade der vorliegende Fall verdeutlicht allerdings, dass es nicht auf die abgelaufene Zeitspanne von zehn Jahren ankam; maßgeblich waren vielmehr die Zunahme der Wettbewerber, die veränderte Struktur der Produktanwendungen sowie das Auslaufen der Mehrzahl der infrage stehenden Patente. Sachgerechter wäre daher eine Beurteilung, die unabhängig von einer bestimmten Zeitspanne allein darauf abzielt, ob die Zusagen ihren Zweck erreicht haben, nämlich die wirksame und dauerhafte Abhilfe der ursprünglichen Wettbewerbsbedenken.

5.8 Rechtsprechung

983. Während des Berichtszeitraums sind zwei Urteile des Gerichts der Europäischen Union, die das Zusammenschlussverfahren Ryanair/Aer Lingus⁶⁵⁹ betreffen, von herausgehobener Bedeutung. Mit dem ersten Urteil bestätigte das Gericht die Untersagungsentscheidung der Europäischen Kommission vom 27. Juni 2007.⁶⁶⁰ Das zweite Urteil befasst sich mit dem Begehren von Aer Lingus, Ryanair aufzugeben, sich von sämtlichen an Aer Lingus erworbenen Anteilen zu trennen.⁶⁶¹ Das Gericht be-

stätigte insoweit die ablehnende Entscheidung der Europäischen Kommission vom 11. Oktober 2007.⁶⁶²

984. Den Urteilen liegt folgender Sachverhalt zugrunde. Nach der Privatisierung von Aer Lingus im Jahr 2006 erwarb Ryanair ca. 19 Prozent der Kapitalanteile an Aer Lingus. Im Oktober 2006 gab Ryanair ein öffentliches Übernahmeangebot über das gesamte Kapital von Aer Lingus ab und meldete den geplanten Zusammenschluss bei der Europäischen Kommission an. Bis November 2006 erhöhte Ryanair seine Anteile an Aer Lingus auf ca. 25 Prozent. Nachdem die Europäische Kommission in ihrer Entscheidung über die Verfahrenseinleitung den Beteiligungserwerb und das öffentliche Übernahmeangebot als Bestandteile einer einheitlichen Transaktion bewertet hatte, untersagte sie den Zusammenschluss mit Entscheidung vom 27. Juni 2007. Gegen diese Entscheidung erhob Ryanair Klage und erhöhte seine Beteiligung an Aer Lingus weiter auf ca. 29 Prozent.

985. Aer Lingus ersuchte die Europäische Kommission sowohl während des fusionskontrollrechtlichen Verwaltungsverfahrens als auch nach Abschluss des Verfahrens, ein Entflechtungsverfahren einzuleiten und Ryanair zu verpflichten, sämtliche Anteile an Aer Lingus abzugeben sowie entsprechende einstweilige Maßnahmen gemäß Artikel 8 Absatz 4, 5 FKVO zu treffen. Hilfsweise beantragte Aer Lingus festzustellen, dass die nationalen Wettbewerbsbehörden nicht nach Artikel 21 Absatz 3 FKVO daran gehindert seien, ihre Zuständigkeit in Bezug auf die Beteiligung von Ryanair an Aer Lingus auszuüben. Die Europäische Kommission wies beide Ersuchen mit Entscheidung vom 11. Oktober 2007 ab. Gegen diese Entscheidung erhob Aer Lingus Klage.

5.8.1 Ryanair gegen Europäische Kommission

986. Das Urteil des Gerichts zur Verbotsentscheidung der Europäischen Kommission weist mehrere interessante Aspekte auf. Zum einen hat das Gericht die Entscheidung der Europäischen Kommission vollumfänglich bestätigt. Es verwarf alle fünf von Ryanair vorgetragene Klagegründe. Während die Rechtsprechung in den letzten Jahren eine Reihe von Untersagungsverfügungen für nichtig erklärt hat, folgte das Gericht nunmehr keinem einzigen Argument der Klägerin. Dabei ist das vorliegende Urteil durch eine sehr große Detailtiefe gekennzeichnet. Gleichwohl beschränkte sich das Gericht darauf zu prüfen, ob die Europäische Kommission wichtige Argumente übergangen hatte, ob die vorgebrachten Argumente stichhaltig und logisch waren und ob die Verfahrensrechte der Klägerin eingehalten worden sind. Insgesamt bestätigte das Gericht eine sorgfältige Analyse der Europäischen Kommission.

987. Zum Zweiten ist erwähnenswert, dass das Gericht auch in Zeiten einer verstärkt effektbasierten Wettbewerbsanalyse seine bisherige Rechtsprechung ausdrücklich beibehält, wonach besonders hohe Marktanteile

⁶⁵⁷ Vgl. EU-Kommission, Mitteilung über Abhilfemaßnahmen, Rn. 73.

⁶⁵⁸ Vgl. ebenda, Rn. 74.

⁶⁵⁹ EU-Kommission, Entscheidung vom 27. Juni 2007, COMP/M.4439.

⁶⁶⁰ EuG, Urteil vom 6. Juli 2010, Rs. T-342/07 „Ryanair/Kommission“, Slg. 2010, II-03457.

⁶⁶¹ EU-Kommission, Entscheidung vom 11. Oktober 2007, C(2007) 4600.

⁶⁶² EuG, Urteil vom 6. Juli 2010, Rs. T-411/07, Slg. 2010, II-03691.

– von außergewöhnlichen Umständen abgesehen – als solche den Beweis für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung liefern. Dies könne bei einem Marktanteil in Höhe von 50 Prozent der Fall sein. Das Gericht stellt fest, dass die Europäische Kommission die sehr hohen gemeinsamen Marktanteile der Zusammenschlussbeteiligten als „erste Indikatoren“ in ihre Beurteilung einbeziehen musste. Allerdings betont es auch, dass die Europäische Kommission im vorliegenden Fall nicht „automatisch“ von den starken Marktstellungen der Beteiligten auf eine Wettbewerbsbehinderung geschlossen, sondern zusätzliche Umstände berücksichtigt hat.

988. Aufschlussreich sind darüber hinaus die Ausführungen des Gerichts zu den qualitativen und quantitativen Untersuchungsmethoden der Europäischen Kommission. Ryanair hatte unter anderem vorgetragen, die „nichttechnischen Beweismittel“ müssten bei der Bewertung des Zusammenschlussvorhabens unberücksichtigt bleiben, sofern sie nicht durch „technische Beweismittel“ gestützt würden. Das Gericht wies eine solche Rangordnung ausdrücklich zurück. Die Europäische Kommission müsse vielmehr das zur Beurteilung der Wettbewerbssituation herangezogene Indizienbündel insgesamt bewerten. Dabei dürfe sie bestimmte Umstände stärker und andere Faktoren schwächer gewichten. In diesem Zusammenhang merkte das Gericht an, dass die ökonomischen Untersuchungen die qualitative Analyse nur ergänzen, nicht ersetzen würden. Das Gericht sieht es daher auch als unproblematisch an, dass die Europäische Kommission keine verlässlichen Schätzungen über einen möglichen Einfluss der Präsenz von Aer Lingus auf die Preise von Ryanair liefern konnte. Dem Gericht genüge insoweit die Feststellung der Wettbewerbsbehörde, dass dadurch die Annahme eines Wettbewerbsdrucks von Aer Lingus auf Ryanair nicht entkräftet worden sei. Das Gericht betonte außerdem, dass die Europäische Kommission Ergebnisse von quantitativen Analysen auch dann berücksichtigen dürfe, wenn sie nur einen eingeschränkten Beweiswert aufwiesen. Dasselbe gelte für die Ergebnisse von Kundenbefragungen, die bestimmten Einschränkungen unterlägen. Auch solche Resultate können nach Ansicht des Gerichts für die Gesamteinschätzung seitens der Europäischen Kommission von gewissem Wert sein. Schließlich geht aus dem Urteil hervor, dass die Wettbewerbsbehörde sich auch mit den von den Beteiligten vorgelegten quantitativen Analysen auseinandersetzen und begründen muss, warum sie diese nicht als Beweis akzeptiert. Im vorliegenden Fall sei diesbezüglich eine sorgfältige Prüfung erfolgt.

989. Daneben befasst sich das Gericht zum ersten Mal ausführlich mit der Behandlung der vorgebrachten Effizienzgesichtspunkte durch die Europäische Kommission und widmet diesem Aspekt 60 Textziffern. Das Gericht untersucht hierbei nicht, ob der Zusammenschluss tatsächlich zu Effizienzvorteilen führen würde, sondern beschränkt sich darauf zu prüfen, ob die Europäische Kommission alle Argumente berücksichtigt hat. Es kommt zu dem Schluss, dass die Kommission die Nachweisbarkeit der geltend gemachten Effizienzen zu Recht infrage gestellt hat. Darüber hinaus weist es die Rügen der Klägerin

zurück, die sich auf die Feststellung fehlender Fusionspezifität bestimmter Effizienzgewinne und des fehlenden Verbrauchernutzens bezogen.

990. Schließlich bestätigt das Gericht das Vorgehen der Europäischen Kommission im Zusammenhang mit den von Ryanair vorgelegten Verpflichtungsangeboten. Diese waren erst weit nach Ablauf der in Artikel 19 Absatz 2 VO 802/2004 festgelegten Frist und lediglich in Entwurfsform sowie unter Missachtung formaler Anforderungen bei der Wettbewerbsbehörde eingegangen. Die Europäische Kommission hatte auf diese Mängel hingewiesen und nach knapper inhaltlicher Prüfung festgestellt, dass die Verpflichtungen auch insoweit nicht ausreichten, um die festgestellten Wettbewerbsbedenken in vollem Umfang und eindeutig zu beseitigen. Laut Gericht muss ein Verpflichtungsangebot in einem derart weit fortgeschrittenen Verfahrensstadium nicht nur für die vorliegende Partei verbindlich, sondern so gestaltet sein, dass die Europäische Kommission es ohne erneute Marktbefragung beurteilen kann. Da diese Voraussetzungen im vorliegenden Fall nicht erfüllt waren, durfte die Europäische Kommission die Verpflichtungsangebote als ungenügend zurückweisen.

991. Bei dem vorliegenden Urteil handelt es sich um die erste Entscheidung des Gerichts zu einer Untersagungsverfügung der Europäischen Kommission nach der Reform der Fusionskontrollverordnung im Jahr 2004 und der Einführung des SIEC-Tests. Besonders hervorzuheben ist vor diesem Hintergrund, dass das Gericht den analytischen Ansatz der Europäischen Kommission auch insoweit billigte, als er an Strukturkriterien ausgerichtet war.⁶⁶³ Von besonderer Bedeutung sind in diesem Zusammenhang ferner die Ausführungen des Gerichts zu den quantitativen und qualitativen Untersuchungsmethoden, die uneingeschränkt zu begrüßen sind. Hervorzuheben ist vor allem die Klarstellung des Gerichts, dass die qualitative Analyse nicht in jedem Punkt durch quantitative Ergebnisse bestätigt werden muss. Die Durchführbarkeit quantitativer Untersuchungen unterliegt häufig Einschränkungen, insbesondere was den Umfang, die Vergleichbarkeit und die Qualität von Daten betrifft. Die Monopolkommission hat schon anlässlich der fusionskontrollrechtlichen Entscheidung Lagardère/Natexis/VUP angemerkt, dass die Durchführung umfangreicher quantitativer Analysen wie in diesem Verfahren nicht als Maßstab oder gar Mindeststandard für sämtliche Fusionskontrollverfahren dienen darf.⁶⁶⁴ Ansonsten würde allein der Mangel an verwertbaren Daten dazu führen, dass die qualitative Beurteilung der Europäischen Kommission bedeutungslos wird. Dem Gericht ist auch insoweit zuzustimmen, als es eine Verpflichtung der Wettbewerbsbehörde annimmt, sich mit den von den Parteien vorgelegten ökonomischen Studien auseinanderzusetzen. Eine

⁶⁶³ Vgl. EuG, Urteil vom 6. Juni 2010, Rs. T-342/07, „Ryanair/Kommission“, Rn. 41 ff.

⁶⁶⁴ Vgl. Monopolkommission, Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor!, Hauptgutachten 2004/2005, Baden-Baden 2006, Tz. 695.

solche Pflicht ergibt sich bereits aus dem in Artikel 18 Absatz 1 FKVO verankerten Anhörungsrecht.

992. Positiv zu werten ist ferner, dass das Gericht den Zusammenschlussparteien verfahrensrechtliche Grenzen bei der Abgabe von Verpflichtungsangeboten aufzeigt. In früheren Fällen hat die Rechtsprechung die Möglichkeit der Parteien, „Zusagenangebote in letzter Minute“, also nach Ablauf der von der Europäischen Kommission festgelegten Frist, einzureichen, weit ausgelegt. Solche Angebote waren immer dann noch entgegenzunehmen und inhaltlich zu prüfen, wenn sie die erhobenen Wettbewerbsbedenken eindeutig ausräumten und die Beteiligungsrechte der Mitgliedstaaten am Verfahren gewahrt blieben. Nunmehr stellt das Gericht klar, dass die genannten Voraussetzungen nicht erfüllt sind, sofern das Angebot unklar oder widersprüchlich formuliert oder lediglich in unverbindlicher Form vorgelegt wird. Unternehmen, die Verpflichtungen anbieten wollen, müssen daher in Zukunft besonders darauf achten, einen gewissen Mindeststandard bei der Form und Übermittlung von Zusagenangeboten einzuhalten.

993. Im Hinblick auf künftige Zusammenschlussvorhaben im Luftverkehrssektor ist schließlich zu erwähnen, dass das Gericht die Auffassung der Europäischen Kommission bestätigte, wonach eine Verpflichtung zur Abgabe von Slots nicht in jedem Fall ausreicht, um die aufgetretenen Wettbewerbsbedenken zu beseitigen.⁶⁶⁵ Noch im Verfahren easyJet/Kommission hatte das Gericht eine Verpflichtung zur Slotabgabe für effektiv gehalten, weil seiner Ansicht nach allein aus dieser Verpflichtung ein gewisser Wettbewerbsdruck für die Zusammenschlussparteien resultiere, selbst wenn kein neuer Wettbewerber in die betroffenen Märkte eintrete.⁶⁶⁶ Die Monopolkommission hatte die langjährige Praxis der Europäischen Kommission, Zusammenschlüsse im Luftverkehrssektor regelmäßig unter der Bedingung von Slotabgaben freizugeben, bereits früher kritisiert.⁶⁶⁷ Sie hatte insbesondere darauf hingewiesen, dass die Abgabe von Slots lediglich eine rechtliche Chance für Konkurrenten darstellt, einen Flughafen zu bedienen. Die geringe Verfügbarkeit von Start- und Landerechten muss indes nicht die einzige Marktzutrittschranke bilden, sodass durch die Slotabgabe keineswegs ohne weiteres ein Marktzutritt gewährleistet ist. Zu bedenken ist zudem, dass entsprechende Abhilfemaßnahmen eine zu geringe Anzahl von Slots umfassen, unattraktive Strecken einbeziehen oder in anderer Weise ungeeignet sein können, potenzielle Wettbewerber anzuziehen. Die Monopolkommission begrüßt das vorliegende Urteil auch deshalb, weil damit möglicherweise eine gewisse Neuausrichtung der Rechtsprechung hinsichtlich wirksamer Abhilfemaßnahmen in Luftverkehrsfällen verbunden ist.

⁶⁶⁵ Ein Slot bezeichnet in der Luftfahrt ein Zeitfenster, in dem eine Fluggesellschaft einen Flughafen zum Starten oder Landen eines Flugzeugs benutzen darf.

⁶⁶⁶ EuG, Urteil vom 4. Juli 2006, Rs. T-177/04, Slg. 2006, II-1931.

⁶⁶⁷ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O., Tz. 753 ff.; Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 797 ff.

5.8.2 Aer Lingus gegen Europäische Kommission

994. In der angefochtenen Entscheidung hat die Europäische Kommission das Ersuchen von Aer Lingus um Einleitung eines Entflechtungsverfahrens gemäß Artikel 8 Absatz 4 FKVO mit der Begründung zurückgewiesen, dass der von Ryanair angemeldete Zusammenschluss nicht vollzogen wurde, da Ryanair weder de jure noch de facto die Kontrolle über Aer Lingus erworben hat. Die Europäische Kommission verwarf ferner die von Aer Lingus vorgetragene Argumentation, wonach die Minderheitsbeteiligung von Ryanair an ihrem Kapital einen „teilweisen Vollzug“ des Zusammenschlusses darstellt. Da das ausschlaggebende Merkmal eines Zusammenschlusses – der Kontrollerwerb – im vorliegenden Fall fehle, könne nicht von einem bereits vollzogenen Zusammenschluss ausgegangen werden. Die Zuständigkeit der Europäischen Kommission sei auf Situationen begrenzt, in denen der Erwerber die Kontrolle am Zielunternehmen übernehme.

995. Das Gericht bestätigt die Kommissionsentscheidung und begründet dies mit dem Wortlaut des Artikel 8 Absatz 4 FKVO, der einen „Zusammenschluss“, der „bereits vollzogen“ wurde und „für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärt“ worden ist, voraussetzt. Das Gericht stellt sich auf den Standpunkt, dass im vorliegenden Fall nur die letztgenannte Anforderung erfüllt ist, wohingegen mangels Kontrollerwerb kein bereits vollzogener Zusammenschluss vorliege. Entgegen dem Vorbringen der Klägerin lasse sich der Begriff des Zusammenschlusses nicht auf Fälle ausdehnen, in denen die fragliche Beteiligung keine Kontrolle verleihe. Nach Auffassung des Gerichts unterscheidet sich der vorliegende Fall insofern auch klar von der Situation in früheren Fällen, in denen Artikel 8 Absatz 4 FKVO angewendet worden ist. Denn in den Verfahren Tetra Laval/Sidel und Schneider Electric/Legrand sei das öffentliche Übernahmeangebot bereits erfolgreich abgeschlossen gewesen und der Erwerber hatte die Kontrolle am Zielunternehmen erlangt.

996. Der Antrag von Aer Lingus im Zusammenhang mit Artikel 21 Absatz 3 FKVO war ebenfalls erfolglos. Die Europäische Kommission hielt sich nicht für ermächtigt, eine bindende Auslegung einer an die Mitgliedstaaten gerichteten Vorschrift vorzunehmen. Das Gericht folgt dieser Argumentation, stellt aber seinerseits ausdrücklich fest, dass es den Mitgliedstaaten im vorliegenden Fall in Ermangelung eines Zusammenschlusses von gemeinschaftsweiter Bedeutung freistehe, ihre nationalen wettbewerbsrechtlichen Vorschriften auf die Beteiligung von Ryanair anzuwenden.⁶⁶⁸

997. Das Gericht hat mit dem vorliegenden Urteil wichtige Fragen im Zusammenhang mit Minderheitsbe-

⁶⁶⁸ Im Oktober 2010 hat das Office of Fair Trading wegen der Beteiligung von Ryanair in Höhe von 29,82 Prozent an Aer Lingus ein Zusammenschlussverfahren eingeleitet; vgl. OFT, Press Release 112/10 vom 29. Oktober 2010, <http://www.of.gov.uk/news-and-updates/press/2010/112-10>

teiligungen, die keine Kontrolle vermitteln, geklärt. Von besonderer Bedeutung ist die Feststellung, dass eine solche Beteiligung allein nicht vom Anwendungsbereich der Fusionskontrollverordnung erfasst wird, also weder einen kontrollfähigen Zusammenschluss darstellt noch nach Artikel 8 Absatz 4 FKVO entflochten werden kann. Bildet die Minderheitsbeteiligung hingegen einen Bestandteil eines einzigen, mehrstufigen Zusammenschlusses, unterliegt sie zunächst der fusionskontrollrechtlichen Prüfung und prinzipiell auch dem Vollzugsverbot des Artikel 7 FKVO. Wird der Zusammenhang zwischen den verschiedenen Stufen des angestrebten Zusammenschlusses – im vorliegenden Fall zwischen der Minderheitsbeteiligung und dem öffentlichen Übernahmeangebot – allerdings im Laufe des Verfahrens aufgelöst, ist die Minderheitsbeteiligung wieder isoliert zu betrachten und als solche nicht mehr von der Fusionskontrollverordnung erfasst; sie kann daher auch nicht entflochten werden. Die Auflösung dieses Zusammenhangs fand im Fall Ryanair/Aer Lingus durch die Untersagung seitens der Europäischen Kommission statt, die dazu führte, dass Ryanair sein auf den Kontrollerwerb gerichtetes öffentliches Übernahmeangebot nicht weiter verfolgte.

998. Der Begriff des „vollzogenen Zusammenschlusses“ im Sinne des Artikel 8 Absatz 4 FKVO lässt im Prinzip zwei Interpretationsmöglichkeiten zu: Zum einen kann der Begriff so verstanden werden, dass nur der vollendete Kontrollerwerb erfasst ist; zum anderen kommt eine Auslegung infrage, wonach bereits erste Schritte genügen, die im Hinblick auf die Realisation des Kontrollerwerbs unternommen worden sind. Das Gericht hat sich im vorliegenden Fall für die erste, engere Auslegungsalternative entschieden.

Dadurch verursacht es – jedenfalls auf den ersten Blick – ein gewisses Spannungsverhältnis zu dem in Erwägungsgrund 20 FKVO angelegten Konzept des „einzigsten Zusammenschlusses“. Nach diesem Erwägungsgrund sollen Erwerbsvorgänge, die eng miteinander verknüpft sind, weil sie durch eine Bedingung miteinander verbunden sind oder in Form einer Reihe von innerhalb eines gebührend kurzen Zeitraums getätigten Rechtsgeschäften mit Wertpapieren stattfinden, als ein einziger Zusammenschluss behandelt werden. In diesem Sinne hatte die Europäische Kommission den Beteiligungserwerb und das öffentliche Übernahmeangebot vonseiten Ryanairs als Bestandteile eines einzigen Zusammenschlusses bewertet. Somit wurde bei der Definition des Zusammenschlusses schon ein erster Schritt hin zum Kontrollerwerb – die Minderheitsbeteiligung – als Teil eines einzigen, mehrstufigen Zusammenschlusses angesehen. Demgegenüber stellt das Gericht bei der Frage der Entflechtung darauf ab, ob mit dem jeweiligen Schritt tatsächlich Kontrolle erworben wurde. Aufgelöst wird dieses Spannungsverhältnis – wie oben dargestellt – aufgrund des Umstands, dass die Verbindung zwischen den einzelnen auf Kontrol-

lerwerb gerichteten Transaktionen – Minderheitsbeteiligung einerseits und öffentliches Übernahmeangebot andererseits – mit der Rücknahme des öffentlichen Übernahmeangebots seitens Ryanairs durchbrochen wird. Anders stellte sich die Situation in den Verfahren Tetra Laval/Sidel und Schneider Electric/Legrand dar, in denen die Europäische Kommission Entflechtungsmaßnahmen erlassen hatte. Beide Transaktionen waren im Zeitpunkt der Entflechtungsentscheidungen bereits soweit fortgeschritten, dass ein Kontrollerwerb, also ein „vollzogener Zusammenschluss“, vorlag.

999. Festzuhalten ist allerdings, dass mit dem vorliegenden Urteil das in der europäischen Fusionskontrolle geltende One-Stop-Shop-Prinzip aufgeweicht wird.⁶⁶⁹ Das Gericht betont ausdrücklich, dass Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb, die als Teil eines einzigen, mehrstufigen Zusammenschlusses zunächst in die Zuständigkeit der Europäischen Kommission fallen, nach einer Untersagungsentscheidung jedoch isoliert betrachtet keinen Zusammenschluss darstellen, von den zuständigen Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten nach nationalem Fusionskontrollrecht geprüft werden können. Die Folgen, die sich unmittelbar aus der Rechtsprechung des Gerichts ergeben, sind die zusätzliche bürokratische Belastung aufseiten der Zusammenschlussparteien und der mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden, eine beträchtliche Verlängerung der Verfahrensdauer und erhöhte Rechtsunsicherheit. Exemplarisch zu nennen ist auch insoweit das Verfahren Ryanair/Aer Lingus, das die britische Wettbewerbsbehörde nach Ablauf der Rechtsmittelfrist gegen das dargestellte Urteil des Gerichts der Europäischen Union eingeleitet hat.⁶⁷⁰ Das Verfahren ist bis jetzt nicht abgeschlossen. Mitursächlich hierfür ist eine Klage von Ryanair, mit der das Unternehmen die Zuständigkeit des Office of Fair Trading infrage gestellt hat. Im Juli 2011 hat das Competition Appeal Tribunal zugunsten der Behörde entschieden.⁶⁷¹

1000. Die Fusionskontrollentscheidungen der Europäischen Kommission und des Gerichts in Sachen Ryanair/Aer Lingus sowie das Tätigwerden der britischen Wettbewerbsbehörde haben die Diskussion darüber neu entfacht, ob im europäischen Fusionskontrollrecht eine „Anwendungslücke“ im Hinblick auf Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb besteht, die auf legislativem Wege geschlossen werden sollte.⁶⁷²

⁶⁶⁹ Vgl. Hennig, T. T., *Come fly with me – Der Fall Ryanair/Aer Lingus*, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht 9(4), 2011, S. 443–472, 467.

⁶⁷⁰ OFT, Press Release 112/10, 29 October 2010, <http://www.of.gov.uk/news-and-updates/press/2010/112-10>

⁶⁷¹ Competition Appeal Tribunal, Judgement of 28 July 2011, Case Number 1174/4/1/11; OFT, Press Release 86/11, 28 July 2011, <http://www.of.gov.uk/news-and-updates/press/2011/86-11>

⁶⁷² Vgl. Abschnitt 5.4 in diesem Kapitel.

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.