Kapitel IV
Kartellrechtliche Entscheidungspraxis

1 Deutsche Fusionskontrolle

1.1 Allgemeine Entwicklung
1.2 Statistischer Überblick über die Fusionskontrollpraxis im Berichtszeitraum
1.3 Anwendung des SIEC-Tests
1.4 Ministererlaubnis für den Zusammenschluss der Edeka Zentrale AG & Co. KG mit der Kaiser's Tengelmann GmbH
1.5 Sanierungsfusionen und Anwendung der Pressesanierungsklausel
1.6 Entflechtungen
1.7 Fusionskontrolle auf Plattformmärkten
1.8 Fusionskontrolle auf regionalen Krankenhausmärkten

2 Europäische Fusionskontrolle

2.1 Einführung
2.2 Statistische Angaben
2.3 Wettbewerbliche Beurteilung
2.4 Rechtsprechung
2.5 Legislative Entwicklungen

3 Missbrauchsaufsicht

3.1 Konditionenforderungen im Lebensmitteleinzelhandel
3.2 Weiterhin Zusagenlösungen bei Preismissbrauchsverfahren in Versorgungsbranchen
3.3 Leistungsschutzrecht der Presseverleger

4 Horizontale und vertikale Vereinbarungen

4.1 Vertikale Vereinbarungen
4.2 Horizontale Vereinbarungen

5 Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel

5.1 Einleitung
5.2 Befunde zu Marktstrukturen
5.3 Die Schadenstheorie des Bundeskartellamtes
5.4 Würdigung der Ergebnisse der ökonometrischen Analyse

6 Zunehmende Ökonomisierung der Kartellrechtsanwendung

6.1 Ökonomische Analysen im Berichtszeitraum
6.2 Datenzugang für Verfahrensbeteiligte

7 Ex post-Evaluationen behördlicher Entscheidungen

7.1 Einführung
7.2 Berichterstattung über Entscheidungspraxis
7.3 Entscheidungsspezifische Nachuntersuchungen
7.4 Weitreichende Wirkungsanalysen
7.5 Würdigung und Handlungsempfehlungen

Kurz gefasst

In Kapitel IV des Hauptgutachtens entwickelt die Monopolkommission auf der Grundlage der deutschen und europäischen kartellrechtlichen Entscheidungspraxis in den Berichtsjahren 2014/2015 Handlungsempfehlungen an Gesetzgeber und Kartellbehörden. Die Monopolkommission setzt sich insbesondere mit den legislativen Entwicklungen, der Durchführung quantitativer Analysen, dem Effizienzeinwand, dem Compliance-Einwand und den Kausalitätsfragen bei Sanierungsfusionen auseinander.

Ein Schwerpunkt des Kapitels bildet die Auseinandersetzung mit der kartellrechtlichen Behandlung von digitalen Phänomenen. Zu nennen sind insbesondere die Fusionsverfahren zu Datingplattformen, Immobilienplattformen und Vergleichsplattformen sowie vertikale Beschränkungen des Onlinevertriebs. Bereits im vergangenen Jahr hat die Monopolkommission in ihrem Sondergutachten 68 Vorschläge gemacht, wie der Gesetzgeber den Herausforderungen digitaler Märke begegnen kann. Insbesondere hat sie empfohlen, die Aufgreiftatbestände der Fusionskontrolle zu erweitern, um auch Übernahmen von Unternehmen mit nur geringen Umsätzen einer wettbewerbsrechtlichen Prüfung unterziehen zu können. In Anbetracht der Dynamik digitaler Märkte und der hohen Komplexität der in diesem Bereich auftretenden Wettbewerbsprobleme hat sie sich ferner für Änderungen im Verfahrensrecht für das kartellrechtliche Missbrauchsverfahren ausgesprochen. Die Umsetzung dieser Empfehlungen wird derzeit auf deutscher und europäischer Ebene geprüft.

Die europäische Fusionskontrolle war im Berichtszeitraum von einer weiteren Konsolidierung des Telekommunikationssektors geprägt, eine Untersagung im Telekommunikationssektor wurde im Mai 2016 ausgesprochen. Daneben stand insbesondere der Erhalt von Innovationswettbewerb im Fokus der Europäischen Kommission. Im Bereich der Automobilzulieferindustrie hat die Europäische Kommission den größten bisherigen Kartellkomplex untersucht und Bußgelder in Milliardenhöhe an eine Vielzahl von kartellbeteiligten Unternehmen verhängt. Die Monopolkommission empfiehlt eine Sektoruntersuchung in diesem Bereich.

In Deutschland hat der Lebensmitteleinzelhandel eine bedeutende Rolle in der Fallpraxis gespielt. Die Übernahme der mehr als 450 Filialen von Kaiser’s Tengelmann durch Edeka war von besonderem Interesse, weil es sich um den ersten Fall in der nationalen Amtspraxis handelt, der untersagt wurde, weil er wirksamen Wettbewerb erheblich behindert, ohne dass eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wurde. Die Möglichkeit der Untersagung nach dem sogenannten SIEC-Test (Significant Impediment to Effective Competition) wurde im Rahmen der 8. GWB-Novelle im Jahr 2013 eingeführt. Dem Fall kam darüber hinaus eine herausragende Bedeutung zu, weil das Übernahmevorhaben später durch eine Ministererlaubnis unter Nebenbestimmungen erlaubt wurde. Die Monopolkommission hatte sich in ihrer obligatorischen Stellungnahme gemäß § 42 Abs. 4 GWB gegen eine Ministererlaubnis ausgesprochen. In dem Zusammenschlussverfahren spielte auch die Bewertung der Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel des Bundeskartellamtes eine bedeutende Rolle. In dem vorliegenden Kapitel geht die Monopolkommission daher auf die Untersuchungen und Schlussfolgerungen der Sektoruntersuchung ein. Positiv zu würdigen ist, dass die möglichen Ursachen von Nachfragemacht im Rahmen der ökonomischen Verhandlungstheorie analysiert werden und damit der neueren ökonomischen Forschung gefolgt wird. Um Aussagen über die Aufteilung des über die Wertschöpfungskette erzielten Gewinns auf die Hersteller und die Handelsunternehmen machen zu können, hätte es allerdings einer Einbeziehung der Nachfrageseite des Lebensmitteleinzelhandels in die Analyse bedurft. Im Rahmen der Sektoruntersuchung gelingt es nicht, zwischen effizienzbedingten und durch Nachfragemacht erreichten Konditionenverbesserungen hinreichend zu unterscheiden.

In dem Verfahren um die gemeinsame Rundholzvermarktung durch das Land Baden-Württemberg stand die Abgrenzung zwischen hoheitlicher und wirtschaftlicher Tätigkeit im Mittelpunkt. Die Monopolkommission stellt dar, dass auch die dem Holzverkauf vorgelagerten forstwirtschaftlichen Tätigkeiten nach geltendem Recht wirtschaftlicher Natur sind. Sie spricht sich gegen eine geplante gesetzliche Regelung aus, die den Holzverkauf vom Anwendungsbereich des Kartellrechts ausschließen würde.

Die Monopolkommission sieht Ex post-Evaluationen im Bereich der Wettbewerbspolitik als ein Instrument zur Verbesserung der Durchsetzung kartellrechtlicher Vorschriften und des Kartellrechts an. Sie hält eine systematische Durchführung insbesondere von entscheidungsspezifischen Ex post-Evaluationen vonseiten des Bundeskartellamtes zur Verbesserung der zukünftigen Entscheidungspraxis und des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie zur Effektivierung des Kartellrechts grundsätzlich für geboten.

Kartellrechtliche Entscheidungspraxis

1 Deutsche Fusionskontrolle

1.1 Allgemeine Entwicklung

691. Die Fusionskontrolle ist einer der wichtigsten Tätigkeitsbereiche im Rahmen der Amtspraxis des Bundeskartellamtes. Die Anzahl der zur Prüfung angemeldeten Fälle hat in den Jahren 2014 und 2015 leicht zugenommen. Die allermeisten Fälle wurden in der ersten, einmonatigen Prüfungsphase freigegeben, da keine wettbewerblichen Bedenken bestanden. Hat die Behörde wettbewerbliche Bedenken, tritt sie in die so genannte Hauptprüfungsphasen ein, in der eine vertiefte Prüfung stattfindet und die, in der Regel spätestens nach insgesamt vier Monaten, mit einer förmlichen Verfügung abgeschlossen wird. Verfügt wird entweder die Freigabe des Zusammenschlusses, eine Freigabe mit Nebenbestimmungen oder eine Untersagung. Ein Zusammenschluss ist zu untersagen, wenn wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde, insbesondere wenn zu erwarten ist, dass eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird. Im vorliegenden Berichtszeitraum wurden von insgesamt 18 Verfahren, die nach einer vertieften Prüfung entschieden wurden, zwei Zusammenschlussvorhaben untersagt. Zwei weitere konnten nur mit Nebenbestimmungen freigegeben werden. Soweit Unternehmen Anmeldungen zurückziehen, trifft das Bundeskartellamt keine förmliche Entscheidung. Anmeldungen werden in der Regel aufgrund wettbewerblicher Bedenken des Bundeskartellamtes zurückgezogen oder weil das Fusionsvorhaben aus anderweitigen Gründen aufgegeben wird. Die Rücknahme einer Anmeldung erfolgt entweder in der ersten Prüfungsphase oder in der Hauptprüfungsphase. Bei Rücknahmen und bei Fällen, die aufgrund von Vorgesprächen mit dem Bundeskartellamt nicht oder lediglich modifiziert angemeldet wurden, spricht man von sogenannten Vorfeldfällen. Gemeint sind damit Fälle, in denen eine erhebliche Behinderung des wirksamen Wettbewerbs verhindert wurde, ohne dass das Bundeskartellamt eine förmliche Entscheidung getroffen hat. Im Berichtszeitraum wurden insgesamt elf Vorfeldfälle registriert.

692. Eines der wichtigsten Verfahren in der Berichtsperiode war das Zusammenschlussvorhaben Edeka/Kaiser's Tengelmann. Das Bundeskartellamt hat das Vorhaben untersagt, weil es zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs auf regionalen Märkten des Lebensmitteleinzelhandels und auf bundesweiten Beschaffungsmärkten des Lebensmitteleinzelhandels geführt hätte. Dem Fall kommt aus zwei Blickwinkeln hohe Bedeutung zu. Erstens haben die beteiligten Unternehmen eine Ministererlaubnis beantragt, die vom Bundesminister für Wirtschaft und Energie gegen die Empfehlung der Monopolkommission unter Nebenbestimmungen erteilt wurde. Zweitens handelt es sich um den ersten Fall in der Amtspraxis des Bundeskartellamtes, der untersagt wurde, weil der Zusammenschluss wirksamen Wettbewerb erheblich behindert, ohne dass gleichzeitig eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird. Eine solche Untersagung ist seit Inkrafttreten der 8. GWB-Novelle Mitte des Jahres 2013 möglich. Im Rahmen dieser Novelle wurde mit dem sogenannten SIEC-Test[1] ein neues Untersagungskriterium in das nationale Kartellrecht eingeführt, welches in einem stärkeren Maße als zuvor die wettbewerblichen Auswirkungen eines Zusammenschlusses berücksichtigt und eine bestehende Schutzlücke geschlossen hat.

693. Im Fokus des Interesses standen in den vergangenen zwei Jahren zudem Fusionsvorhaben auf Plattformmärkten. Typisch für diese Märkte ist, dass sie zwei oder mehr Marktseiten haben. Solche Strukturen bergen besondere Herausforderungen für die ökonomische Analyse in einer kartellrechtlichen Prüfung, beispielsweise bei der Marktabgrenzung. Standardmodelle aus der Welt der einseitigen Märkte sind dabei vielfach nicht anwendbar. Im Berichtszeitraum gab es eine Reihe von Fällen, bei denen Zusammenschlüsse von Online-Plattformen geprüft wurden. Betroffen waren die Märkte für Dating-, Immobilien- und Vergleichsplattformen. Das Bundeskartellamt hat, unter anderem um die Kompetenzen bei der kartellrechtlichen Prüfung von Zusammenschlüssen zu stärken, in der zuständigen Beschlussabteilung eine sogenannte Task Force gebildet, die sich speziell mit den Besonderheiten von Plattformen und Netzwerken beschäftigt und Grundsätze für die kartellrechtliche Behandlung entwickelt. Erste Arbeitsergebnisse des Task Force sind nach eigenen

---

[1] SIEC = Significant Impediment to Effective Competition (erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs).

Angaben des Bundeskartellamtes bereits in die Fallpraxis eingeflossen. Zudem wurden diese in einem eigenen Arbeitspapier veröffentlicht.[2]

694. Weiterentwickelt hat das Bundeskartellamt im Berichtszeitraum die Anwendungspraxis bei Sanierungsfusionen. Geprüft und anerkannt wurden die Voraussetzungen erstmals bei unselbstständigen Betriebsteilen (failing division). Betroffen waren jeweils Fusionen im Pressebereich. Geprüft wurde in diesem Zusammenhang auch die Reichweite der im Rahmen der 8. GWB-Novelle eingeführten Pressesanierungsklausel, mit der die Übernahme kleiner und mittlerer Zeitungs- oder Zeitschriftenverlag erleichtert werden soll, bevor diese gezwungen sind, einen Insolvenzantrag zu stellen und damit als Teil der Pressevielfalt und des publizistischen Wettbewerbs gänzlich aus dem Markt auszuscheiden.

695. Angekündigt hat das Bundeskartellamt die Veröffentlichung eines Leitfadens über Zusagen in der Fusionskontrolle.[3] Zusagen können relevant werden, wenn ein Zusammenschluss Wettbewerbsprobleme aufwirft. Die beteiligten Unternehmen können die Untersagung des Zusammenschlusses vermeiden, wenn sie Zusagen anbieten, die geeignet sind, das Wettbewerbsproblem vollständig zu beseitigen. Der Leitfaden, der zum Abschluss dieses Gutachtens noch nicht vorlag, soll erläutern, welche Arten von Zusagen das Bundeskartellamt entgegen nimmt, welche Anforderungen diese erfüllen müssen und wie sie umgesetzt werden.

1.2 Statistischer Überblick über die Fusionskontrollpraxis im Berichtszeitraum

696. Die Anzahl der beim Bundeskartellamt zur Prüfung angemeldeten Zusammenschlussvorhaben ist 2014 gegenüber 2013 von 1.091 auf 1.188 gestiegen. Im Jahr 2015 stieg die Zahl der Anmeldungen erneut leicht an und erreichte einen Wert von 1.219. Demnach konnte in den vergangenen drei Jahren ein leichter Aufwärtstrend bei den Anmeldungen beobachtet werden, nachdem die Zahlen seit 2009 in Folge der Einführung der zweiten Inlandsumsatzschwelle gesunken waren.

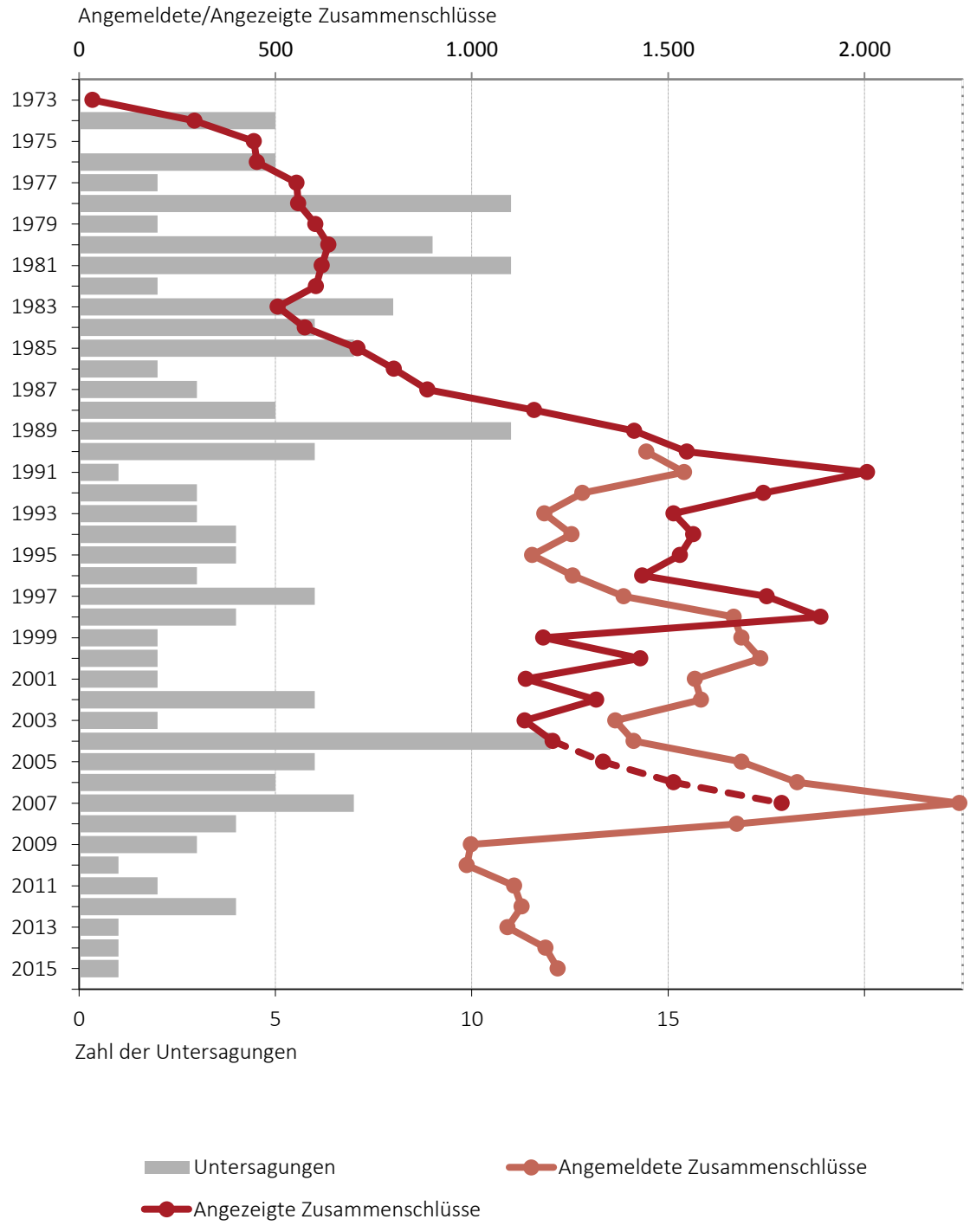
697. Von den 2.407 im Berichtszeitraum 2014/2015 angemeldeten Fusionen wurden 2.292 in der 1. Phase freigegeben. In der 2. Phase wurden 14 Anmeldungen ohne Nebenbestimmungen und zwei mit Nebenbestimmungen freigegeben. Zwei Zusammenschlussvorhaben wurden untersagt. Genaueres ist den folgenden Abbildungen und Tabellen zu entnehmen.

---

2 Vgl. BKartA, Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Juni 2016.

3 Vgl. BKartA, Jahresbericht 2015, S. 10.

Abbildung IV.1: Anzahl der Fusionskontrollverfahren und der Untersagungsentscheidungen



Anmerkung: Die abrupte Abnahme der angezeigten Zusammenschlüsse zwischen 1998 und 1999 ist auf die Erhöhung der Schwellenwerte der Fusionskontrolle von DM 500 Mio. auf DM 1 Mrd. im Rahmen der Abschaffung der nachträglichen und Einführung der generellen präventiven Fusionskontrolle durch die 6. GWB-Novelle zurückzuführen. Dadurch hat sich die Zahl der erfassten Zusammenschlüsse insgesamt verringert; die aktuell in § 39 Abs. 6 GWB geregelte Anzeigepflicht hat insoweit keine eigenständige Bedeutung mehr. Das Bundeskartellamt hat die statistische Aufbereitung der angezeigten vollzogenen Zusammenschlüsse nach Inkrafttreten der siebten GWB-Novelle 2005 nicht mehr fortgeführt. Bis zum Berichtszeitraum 2006/2007 wurde die Zahl für die Monopolkommission jedoch noch im Rahmen einer Sonderauswertung erhoben (gestrichelte Linie). Eine dauerhafte Verminderung der in Deutschland fusionskontrollpflichtigen Zusammenschlüsse ergab sich aus der Einführung einer zweiten Inlandsumsatzschwelle 2009

Quelle: Eigene Darstellung nach Angaben des Bundeskartellamtes

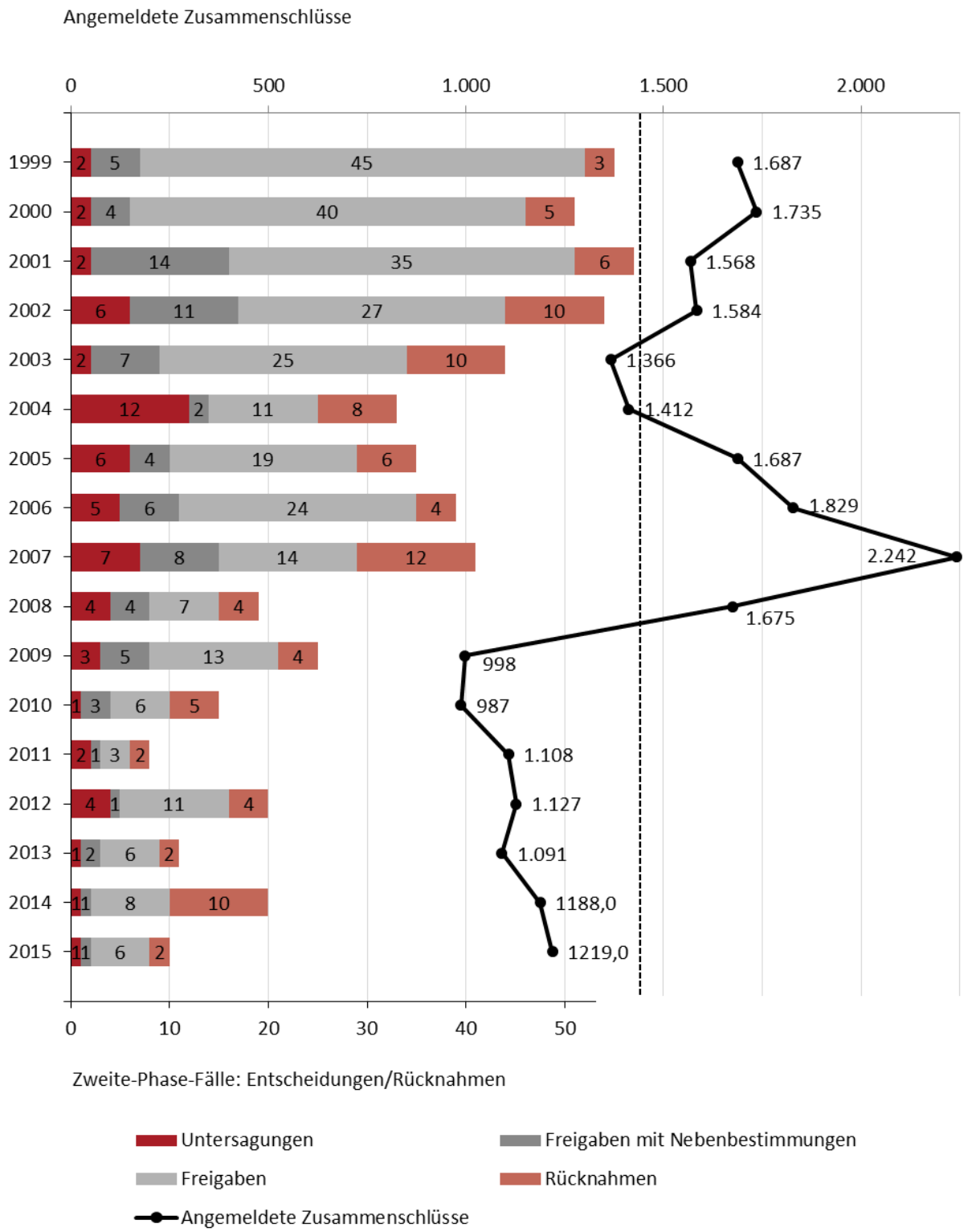
Tabelle IV.1: Übersicht über die Anzahl der angezeigten und vollzogenen Zusammenschlüsse und der vom Bundeskartellamt ausgesprochenen Untersagungen, gegliedert nach Berichtszeiträumen der Monopolkommission

Jahr	Anzeigen vollzogener Zusammenschlüsse	Angemeldete Zusammenschlüsse	Zahl der Untersagungen
1973/1975	773		4
1976/1977	1.007		7
1978/1979	1.160		14
1989/1981	1.253		21
1982/1983	1.109		10
1984/1985	1.284		13
1986/1987	1.689		5
1988/1989	2.573		16
1990/1991	3.555	2.986	8
1992/1993	3.257	2.467	6
1994/1995	3.094	2.408	8
1996/1997	3.185	2.644	9
1998/1999	3.070	3.354	8
2000/2001	2.567	3.303	4
2002/2003	2.452	2.950	8
2004/2005	2.541	3.099	18
2006/2007	3.303	4.071	12
2008/2009	-	2.673	7
2010/2011	-	2.095	3
2012/2013	-	2.218	5
2014/2015	-	2.407	2
Davon: 2014	-	1.188	1
2015	-	1.219	1
Insgesamt	(bis 2007) 37.872	36.675	188

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

Quelle: Bundeskartellamt

Abbildung IV.2: Anzahl der Fusionskontrollanmeldungen und der Hauptprüfverfahren



Quelle: Eigene Darstellung nach Angaben des Bundeskartellamtes

Tabelle IV.2: Übersicht über den Stand der deutschen Zusammenschlusskontrolle 2014 und 2015

	2013	2014	2015
I. Fusionskontrollverfahren insgesamt			
Eingegangene Anmeldungen nach § 39 GWB	1.091	1.188	1.219
Vorfeldfälle	4	7	4
II. Vorprüfverfahren (Erste-Phase-Fälle)			
Freigabe ohne Nebenbestimmungen	984	1.113	1.169
Keine Kontrollpflichtigkeit	65	39	47
Rücknahme/Einstellung	18	14	15
III. Hauptprüfverfahren (Zweite-Phase-Fälle)			
Entscheidungen	9	10	8
davon: Freigabe ohne Nebenbestimmungen	6	8	6
Freigabe mit Nebenbestimmungen	2	1	1
Untersagung	1	1	1
Rücknahme/Einstellung	2	10	2

Anmerkungen: Die Zahlen beziehen sich auf alle in den jeweiligen Jahren ergangenen Entscheidungen oder sonstige Erledigungen, unabhängig vom Zeitpunkt der Anmeldung; aus diesem Grund können die Zahlen der angemeldeten und der erledigten Fälle divergieren. Vorfeldfälle sind Zusammenschlussvorhaben, die wegen wettbewerblicher Bedenken des Bundeskartellamtes entweder nicht bzw. modifiziert angemeldet oder zurückgenommen 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. Nach Angaben des Bundeskartellamtes geht nur ein sehr geringer Teil der Rücknahmen von Fusionskontrollanmeldungen auf Bedenken des Bundeskartellamtes zurück

Quelle: Bundeskartellamt

1.3 Anwendung des SIEC-Tests

698. Mit der 8. GWB-Novelle wurde der sogenannte SIEC-Test[4] in die deutsche Fusionskontrolle übernommen.[5] Dieser hat zum 30. Juni 2013 den Marktbeherrschungstest als Untersagungstatbestand abgelöst. Gemäß § 36 Abs. 1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) ist seitdem ein Zusammenschluss, durch den wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde, insbesondere von dem zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, vom Bundeskartellamt zu untersagen. Die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bleibt damit weiterhin als Regelbeispiel Teil der gesetzlichen Regelung. Neben der Marktbeherrschung können jedoch auch andere Aspekte herangezogen werden, um zu belegen, dass ein Zusammenschluss zu einer erheblichen Wettbewerbsbehinderung führen wird. Insbesondere ist zu prüfen, ob es zu einer Wettbewerbsbehinderung aufgrund unilateraler oder koordinierter Effekte kommen könnte.

---

4 SIEC = Significant Impediment to Effective Competition (erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs).

5 Siehe dazu bereits Monopolkommission, XX. Hauptgutachten 2012/2013, Eine Wettbewerbsordnung für die Finanzmärkte, Baden-Baden 2014, Tz. 557 ff. sowie Monopolkommission, Sondergutachten 63, Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht, Baden-Baden 2012, Tz. 14 ff.

699. Die Änderung des Untersagungskriteriums erlangt vor allem dann Bedeutung, wenn der Zusammenschluss zwar keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, aber dennoch eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs zu erwarten ist.[6] Bei Anwendung des Marktbeherrschungskriteriums besteht in einem solchen Fall eine Schutzlücke, die durch die Einführung des SIEC-Tests geschlossen wurde. Denkbar ist eine Schutzlücke insbesondere bei sogenannten „Aufholfusionen", bei denen sich das zweit- und drittgrößte Unternehmen auf einem Markt zusammenschließen. In diesem Fall sind erweiterte wettbewerbsbeschränkende Verhaltensspielräume denkbar, ohne dass eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird. Das neue Untersagungskriterium würde (ausnahmsweise) in diesen „Lücken"-Fällen (gap cases) zu abweichenden Ergebnissen führen und insoweit eine gewisse Verschärfung der Fusionskontrolle mit sich bringen.

1.3.1 Entwicklung seit Einführung des neuen Untersagungskriteriums

700. Die Fallpraxis des Bundeskartellamtes nach Einführung des SIEC-Tests zeigt, dass das neue Untersagungskriterium in der Tat nicht zu signifikant höheren Anforderungen für die Freigabe eines Zusammenschlusses geführt hat. Das SIEC-Kriterium ermöglicht allerdings eine vertiefte ökonomische Betrachtung der wettbewerblichen Auswirkungen auf den betroffenen Märkten. Mittlerweile kommt der Prüfung des Vorliegens unilateraler Effekte zumindest bei einigen Entscheidungen eine gewisse Eigenständigkeit gegenüber dem Merkmal der Marktbeherrschung zu.[7]

701. Dies gilt unter anderem für die wettbewerbliche Würdigung in der „GoodMills"-Entscheidung.[8] In dieser Entscheidung stellt das Bundeskartellamt zunächst fest, dass der Marktanteil nach dem Zusammenschluss deutlich unter der Schwelle der Einzelmarktbeherrschungsvermutung liegt und die Wettbewerber in ihrer Gesamtheit auch nach dem Zusammenschluss in der Lage sind, den Verhaltensspielraum der Zusammenschlussbeteiligten wirksam zu begrenzen. Anschließend prüft das Bundeskartellamt, ob der Zusammenschluss zu unilateralen Effekten ohne Marktbeherrschung führt, die eine erhebliche Behinderung des Wettbewerbs erwarten lassen. Bei dem betroffenen Haushaltsmehl handele es sich um ein weitgehend homogenes Produkt mit (wenn überhaupt) nur geringfügigen Qualitätsunterschieden. Bei homogenen Produkten würden unilaterale Effekte vor allem dann auftreten, wenn der Zusammenschluss zu Mengenreduktionen führe und die Zusammenschlussbeteiligten von den daraus resultierenden Preissteigerungseffekten wegen der vergrößerten Absatzbasis stärker als vor dem Zusammenschluss profitieren könnten. Aufgrund der vorhandenen freien Produktionskapazitäten der Wettbewerber sei jedoch keine Mengenreduktion zu erwarten. Auch bestehe bei einer Mehrheit der Kunden die Bereitschaft, bei einer Preiserhöhung bezüglich des von ihnen bisher gekauften Mehls zu einem preiswerteren Mehl zu wechseln. Das Zusammenschlussvorhaben führe demnach nicht zu unilateralen Effekten. Ebenso gebe es keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer oligopolistischen Marktbeherrschung.

702. Auch in weiteren Freigabeentscheidungen wurden wettbewerbliche Überlegungen angestellt, die über die Anwendung des Marktbeherrschungskriteriums hinausgehen. Geprüft wurden insbesondere die wettbewerbliche Nähe der Zusammenschlussbeteiligten als Indiz für das Vorliegen unilateraler Effekte[9] sowie verbesserte Beschaffungskonditionen durch höhere Einkaufsvolumina[10]. Auch das Vorliegen konglomerater Effekte wurde vom Bundeskartellamt in Betracht gezogen.[11] Die Auswirkungen der Zusammenschlüsse auf den Wettbewerb waren jedoch auch in diesen Fällen nicht weitreichend genug, um einer Freigabe entgegenzustehen.

---

6 Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 567.

7 Zum Vorgehen des Bundeskartellamtes in den ersten Entscheidungen nach Einführung des SIEC-Tests siehe Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 576 f.

8 BKartA, Beschluss vom 18. Juni 2015, B2-26/15.

9 BKartA, Beschluss vom 11. September 2015, B9-74/14, Tz. 155 ff. sowie BKartA, Beschluss vom 22. Oktober 2015, B6-57/15, Tz. 194 ff. Siehe zu dieser Entscheidung auch Kapitel IV, Abschnitt 1.7.2.

10 BKartA, Beschluss vom 13. August 2015, B9-48/15, Tz. 180 ff.

11 BKartA, Beschluss vom 12. November 2014, B5-138/13, Tz. 231 ff.

703. Das Bundeskartellamt hat seit Einführung des SIEC-Tests zwei Zusammenschlüsse untersagt.[12] Der Zusammenschluss zwischen der Klinikum Esslingen GmbH und der Kreiskliniken Esslingen gGmbH wurde aufgrund der Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt für akutstationäre Krankenhausdienstleistungen auf den Regionalmärkten Esslingen, Kirchheim/Nürtingen sowie im Gesamtgebiet Esslingen und Kirchheim/Nürtingen untersagt. Zudem werde unabhängig von der genauen räumlichen Marktabgrenzung jedenfalls im Gebiet Esslingen/Kirchheim/Nürtingen der wirksame Wettbewerb durch den geplanten Zusammenschluss erheblich behindert.[13] Die Untersagung des Zusammenschlusses zwischen der Edeka Zentrale AG & Co. KG und der Kaiser's Tengelmann GmbH hingegen war nicht auf die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, sondern auf das Vorliegen unilateraler Effekte gestützt. Im Folgenden soll diese Entscheidung daher genauer untersucht werden.

1.3.2 Die Entscheidung Edeka/Tengelmann

704. Die Untersagungsentscheidung in Bezug auf das Zusammenschlussvorhaben von Edeka und Kaiser's Tengelmann ist eine Besonderheit in der Fallpraxis des Bundeskartellamtes, da erstmalig ein Zusammenschluss untersagt wurde, ohne dass die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nachgewiesen wurde. Das Zusammenschlussvorhaben umfasste die Übernahme sämtlicher Geschäftsanteile an den Zielgesellschaften Kaiser's Tengelmann GmbH, Bringmeister GmbH, Bringmeister Logistik GmbH und Tengelmann E-Stores GmbH von der Tengelmann Warenhandelsgesellschaft KG durch die Edeka Zentrale AG & Co. KG. Im Zentrum der Übernahmeabsichten standen freilich die knapp 500 Lebensmitteleinzelhandelsfilialen der Kaiser's Tengelmann GmbH, die sich in den Regionen Berlin, München und Niederrhein befinden.

705. In der Entscheidung wird das Regelbeispiel der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nicht geprüft. Das Bundeskartellamt beschränkt sich auf den Hinweis, dass es „im Einzelfall nicht auszuschließen [sei], dass auf bestimmten vom Zusammenschluss betroffenen Absatzmärkten das Regelbeispiel der Entstehung oder Verstärkung einer einzelmarktbeherrschenden Stellung vorliegt."[14] Auch in Hinblick auf die Beschaffungsmärkte wird nicht ausgeführt, ob durch den Zusammenschluss marktbeherrschende Stellungen entstehen oder verstärkt werden. Dadurch bleibt letztlich offen, ob es sich vorliegend tatsächlich um einen gap case handelt oder ob das Untersagungskriterium der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ebenfalls zu einer Untersagung des Zusammenschlusses geführt hätte.

706. Nach Auffassung des Bundeskartellamtes ergibt sich aus dem SIEC-Test, dass das Wettbewerbsgeschehen auf dem gesamten Markt zu betrachten sei. Die Marktposition der Zusammenschlussbeteiligten sei dafür (nur) der Ausgangspunkt. Von Belang seien insbesondere die Verhaltensspielräume der Zusammenschlussbeteiligten und der übrigen relevanten Marktteilnehmer. Geprüft wurde das Vorliegen unilateraler Effekte. Konzeptionell unterscheidet das Bundeskartellamt hierbei zwischen dem unmittelbaren Effekt auf die Zusammenschlussbeteiligten („Erstrundeneffekt") und dem davon ausgehenden Effekt auf die Wettbewerber („Zweitrundeneffekt").[15]

707. Das Bundeskartellamt geht bei der Analyse der unilateralen Effekte in seiner Entscheidung zunächst auf die Absatzmärkte im Lebensmitteleinzelhandel ein.[16] Dort resultiere der Erstrundeneffekt daraus, dass das fusionierte Unternehmen im Falle einer Preiserhöhung oder anderweitigen Angebotsverschlechterung geringere Absatzverluste als ohne die Fusion zu erwarten habe. Ein Teil der abwandernden Kunden werde nämlich zu dem Fusionspartner wechseln und damit dem Unternehmen nicht verloren gehen. Für die Zusammenschlussbeteiligten ergäben sich dadurch zusätzliche wettbewerbliche Verhaltensspielräume. Zweitrundeneffekte entstehen nach Auffassung des Bundeskartellamtes basierend auf der Marktstruktur, die durch eine kleine Spitzengruppe im Bereich der Vollsortimenter gekennzeichnet ist. Insbesondere diese wenigen engen Wettbewerber der Zusammenschlussbeteiligten könnten die Erstrundeneffekte

---

[12] BKartA, Beschluss vom 14. Mai 2014, B3-135/13 sowie BKartA, Beschluss vom 31. März 2015, B2-96/14.

[13] BKartA, Beschluss vom 14. Mai 2014, B3-135/13, Tz. 394.

[14] BKartA, Beschluss vom 31. März 2015, B2-96/14, Tz. 407.

[15] BKartA, Beschluss vom 31. März 2015, B2-96/14, Tz. 143 f.

[16] BKartA, Beschluss vom 31. März 2015, B2-96/14, Tz. 142 ff.

antizipieren und hätten bei einer Preiserhöhung oder anderweitigen Angebotsverschlechterung ihrerseits mit einem geringeren Ausmaß an Abwanderung von Kunden zu den Zusammenschlussbeteiligten zu rechnen.

708. Es handelt sich nach Auffassung des Bundeskartellamtes bei den Absatzmärkten im Lebensmitteleinzelhandel um Märkte mit differenzierten Gütern. Dies ergibt sich aus der unterschiedlichen Sortimentsbreite in den jeweiligen Vertriebsschienen (Verbrauchermärkte, Supermärkte, Discount).[17] Das Bundeskartellamt argumentiert unter Verweis auf die wissenschaftliche Literatur[18], dass bei horizontalen Zusammenschlüssen auf solchen Märkten mit differenzierten Gütern unilaterale Effekte auftreten können. Zu berücksichtigen sei, dass bei Märkten mit differenzierten Gütern Wettbewerbsdruck insbesondere durch die nahen Wettbewerber ausgeübt wird. Entfällt ein naher Wettbewerber durch einen Zusammenschluss, so könne ein Unternehmen in der Folge mitunter stärker von seiner Marktmacht profitieren. Das Bundeskartellamt weist darauf hin, dass grundsätzlich davon ausgegangen wird, dass unilaterale Effekte umso größer sind, je wettbewerblich näher sich die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen stehen. Mit wachsender wettbewerblicher Nähe steige nämlich die Anzahl von Kunden, die bei einer Preiserhöhung oder anderweitigen Angebotsverschlechterung zu dem Zusammenschlusspartner und nicht zu einem Wettbewerber wechseln.

709. Das Bundeskartellamt führt als Beleg der wettbewerblichen Nähe der Zusammenschlussbeteiligten qualitative Indikatoren und drei empirische Untersuchungen an. Als qualitative Indikatoren werden Unterschiede hinsichtlich der Anzahl regelmäßig gelisteter Artikel, des Anteils von Handels- und Herstellermarken sowie der durchschnittlichen Flächengröße genannt. Diese werden als Belege für eine starke Segmentierung des Lebensmitteleinzelhandels in verschiedene Vertriebslinien herangezogen. Diese Bewertung wird durch die drei empirischen Analysen gestützt. Erstens werden im Jahre 2013 veräußerte Herstellermarkenprodukte im Bereich Food und Non-Food I[19] anhand ihrer artikelspezifischen EAN-Nummern (European Article Number) analysiert. Zweitens wird eine empirischen Überprüfung von Kundenbons der führenden Unternehmen im Lebensmitteleinzelhandel durchgeführt. Drittens wird eine sogenannte Event-Analyse durchgeführt. Hierfür wird mittels Regressionsverfahren geschätzt, welchen Einfluss Filialeröffnungen und -schließungen auf die monatlichen Umsätze benachbarter Filialen haben. Darüber hinaus sprechen nach Auffassung des Bundeskartellamtes verschiedene auf den Absatzmärkten vorliegende Marktstrukturbedingungen dafür, dass durch den Zusammenschluss Wettbewerbsdruck im Segment der Vollsortimenter aus dem Markt genommen wird. Angeführt werden unter anderem bestehende Marktzutrittsschranken und der fehlende Substitutionswettbewerb von benachbarten Märkten.

710. Das Bundeskartellamt hat jeden vom Zusammenschluss betroffenen regionalen Absatzmarkt einer Marktanalyse unterzogen, d. h., es wurden Marktanalysen für die Regionalmärkte im Großraum Berlin, im Großraum München und in betroffenen Gebieten in Nordrhein-Westfalen durchgeführt. In den betroffenen Großstädten mit mehr als 500.000 Einwohnern wurden zusätzlich Marktanalysen auf Stadtbezirksebene durchgeführt. Prüfkriterien waren die Marktanteile der Zusammenschlussbeteiligten, der Gesamtmarktanteil von Edeka, Kaiser's Tengelmann und Rewe, der Marktanteil der verbleibenden großflächigen Vollsortimenter (z. B. Kaufland, Real, Kaes) sowie die Filialdichte.

711. Das Bundeskartellamt kommt zu dem Ergebnis, dass der effektive Wettbewerb im Stadtgebiet Berlin durch den Zusammenschluss erheblich behindert würde. Auch die Stadtbezirksbetrachtung ergebe für die Bezirke Charlottenburg-Wilmersdorf, Friedrichshain-Kreuzberg, Mitte, Pankow, Reinickendorf, Spandau, Steglitz-Zehlendorf und Tempelhof-Schönberg, dass die Untersagungsvoraussetzungen erfüllt sind. Ebenso führe der Zusammenschluss in den Markträumen Bad Reichenhall, Bad Tölz, Garmisch-Partenkirchen, München, Rosenheim, Weilheim/Tutzing zu einer erheblichen

---

17 Als sachlich relevanter Markt wird der Markt des Einzelhandels mit einem Lebensmittelsortiment in seiner typischen Zusammensetzung zugrunde gelegt.

18 Schwalbe/Zimmer, Kartellrecht und Ökonomie, 2. Auflage 2011, S. 234 ff.

19 Die Kategorien Food, Non-Food I und Non-Food II ermöglichen eine Grobeinteilung der Waren im Lebensmitteleinzelhandel. Sie sind in der Branche gebräuchlich. Die Kategorie Food beinhaltet Nahrungs- und Genussmittel. Die Kategorie Non-Food I umfasst Produkte, die zwar keine Nahrungs- und Genussmitteln sind, aber dennoch typischerweise im Lebensmitteleinzelhandel vorzufinden sind (z. B. Wasch- und Reinigungsmittel und Körperpflegeprodukte). Produkte des Non-Food II werden von Kunden im Lebensmitteleinzelhandel hingegen nicht typischerweise erwartet und werden dort teilweise nur zeitlich begrenzt angeboten (z. B. Fahrräder und Fernseher).

Behinderung des Wettbewerbs. In 18 der 25 Münchener Stadtbezirke sieht das Bundeskartellamt die Untersagungsvoraussetzungen ebenfalls als erfüllt an. Auch der effektive Wettbewerb in den Markträumen Düsseldorf/Ratingen, Krefeld, Bonn und Essen/Oberhausen/Mülheim werde behindert. Die Stadtbezirksbetrachtung ergibt nach Auffassung des Bundeskartellamtes überdies, dass die Untersagungsvoraussetzungen ebenfalls in sechs der zehn Düsseldorfer Stadtbezirke und in drei der neun Essener Bezirke erfüllt sind.

712. In der Entscheidung werden auch die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die Beschaffungsmärkte des Lebensmitteleinzelhandels untersucht.[20] Das Bundeskartellamt führt aus, dass unilaterale Effekte auf Beschaffungsmärkten spiegelbildlich zu den Absatzmärkten auf dem Wegfall einer Ausweichalternative beruhen könnten. Auf den Beschaffungsmärkten würde eine bestehende Absatzalternative der Lieferanten entfallen. Erweiterte wettbewerbliche Handlungsspielräume würden sich daher in einer Erweiterung der Verhaltensspielräume der Nachfrager in den Einkaufsverhandlungen mit den Lieferanten niederschlagen. Die erweiterten Verhaltensspielräume würden zu niedrigeren Beschaffungspreisen oder anderweitig verbesserten Beschaffungskonditionen führen. Auch hier unterscheidet das Bundeskartellamt zwischen Erstrundeneffekt und Zweitrundeneffekt. Zum einen werde im Sinne eines Erstrundeneffektes die Verhandlungsposition des zusammengeschlossenen Unternehmens gestärkt. Zum anderen entstehe ein Zweitrundeneffekt, da die verbleibenden Nachfrager, wie beispielsweise Rewe, antizipieren würden, dass sie aufgrund des Zusammenschlusses als Ausweichalternative wichtiger für die Lieferanten würden.

713. Das Bundeskartellamt kommt zu dem Ergebnis, dass das geplante Zusammenschlussvorhaben auf mindestens elf Beschaffungsmärkten (konventionelle Frischmilch, konventionelle H-Milch, Tafelschokolade, Riegel, Pralinen, kakaohaltige Zuckerwaren, sonstige Schokoladenwaren, Schaumwein, Tiefkühlpizza, rote Feinkostsoßen und Konfitüre) zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führt. Dieses Ergebnis basiert auf den Marktanteilen von Edeka sowie der Spitzen-Nachfragergruppe bestehend aus Edeka, Rewe und der Schwarz Gruppe in Verbindung mit den zu erwartenden Wirkungen des Zusammenschlusses. Mit Kaiser's Tengelmann entfalle eine bedeutende wettbewerbliche Kraft auf den Beschaffungsmärkten und damit eine wichtige Ausweichoption für die Hersteller. Die Verhandlungsspielräume von Edeka und den anderen großen Nachfragern würden sich daher erweitern.

714. Obwohl der Zusammenschluss zwischenzeitlich durch eine Ministererlaubnis unter Nebenbestimmungen[21] ermöglicht wurde, haben die Zusammenschlussbeteiligten (nach Erteilung der Ministererlaubnis) beim OLG Düsseldorf Beschwerde gegen die Untersagungsentscheidung eingelegt. In dem gerichtlichen Verfahren dürften wichtige Anwendungsfragen des SIEC-Tests diskutiert werden, da es sich vorliegend um die erste Untersagung durch das Bundeskartellamt handelt, die sich rein auf unilaterale Effekte und nicht auf die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung stützt.

715. Es ist darauf hinzuweisen, dass die Entscheidung des Bundeskartellamtes auf Erkenntnisse aus der Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel zurückgreift.[22] Die von Wissenschaftlern vorgebrachte Kritik an der Sektoruntersuchung (insbesondere bezüglich der Nachfragemacht auf den Beschaffungsmärkten des Lebensmitteleinzelhandels) muss daher bei der Bewertung der Entscheidung berücksichtigt werden.[23]

1.4 Ministererlaubnis für den Zusammenschluss der Edeka Zentrale AG & Co. KG mit der Kaiser's Tengelmann GmbH

716. Im Berichtszeitraum ist im Fall des geplanten Zusammenschlusses der Edeka Zentrale AG & Co. KG mit der Kaiser's Tengelmann GmbH die Erteilung einer Ministererlaubnis beantragt worden. Das Verfahren der Ministererlaubnis ist in § 42 GWB geregelt. Demnach erteilt der Bundesminister für Wirtschaft und Energie auf Antrag die Erlaubnis zu einem vom Bundeskartellamt untersagten Zusammenschluss, wenn im Einzelfall die Wettbewerbsbeschränkung von gesamtwirtschaftlichen Vorteilen des Zusammenschlusses aufgewogen wird oder der Zusammenschluss durch ein überragen-

---

20 BKartA, Beschluss vom 31. März 2015, B2-96/14, Tz. 594 ff.

21 Vgl. in diesem Gutachten Kapitel IV, Abschnitt 1.4.

22 Siehe BKartA, Beschluss vom 31. März 2015, B2-96/14, Tz. 602.

23 Vgl. in diesem Gutachten Kapitel IV, Abschnitt 6.

des Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt ist. Die Erlaubnis kann mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden. Der Bundesminister für Wirtschaft und Energie soll laut Gesetz über den Antrag innerhalb von vier Monaten entscheiden. Er hat nach § 42 Abs. 4 Satz 2 GWB vor der Entscheidung eine Stellungnahme der Monopolkommission einzuholen.

717. Ausgangspunkt für das vorliegende Verfahren war der Beschluss des Bundeskartellamtes vom 31. März 2015. Darin wurde das Zusammenschlussvorhaben der Edeka Zentrale AG & Co. KG mit der Kaiser's Tengelmann GmbH untersagt, weil der Zusammenschluss zu einer erheblichen Beeinträchtigung des effektiven Wettbewerbs auf den regionalen Märkten des Lebensmitteleinzelhandels und auf den Beschaffungsmärkten geführt hätte.[24] Die Zusammenschlussbeteiligten haben mit Schreiben vom 28. April 2015 an den Bundesminister für Wirtschaft und Energie einen Antrag auf Ministererlaubnis gemäß § 42 Abs. 1 GWB gestellt. Die Monopolkommission hat sich im August 2015 in ihrer gutachterlichen Stellungnahme gemäß Art. 42 Abs. 4 GWB gegen die Erteilung einer Ministererlaubnis ausgesprochen.[25] Der Bundesminister für Wirtschaft und Energie hat mit Verfügung vom 9. März 2016 seine Erlaubnis zu dem Zusammenschlussvorhaben unter Nebenbestimmungen erteilt.[26] Die gesetzlich vorgesehene Entscheidungsfrist von vier Monaten, eine sogenannte „Soll"-Bestimmung, wurde bei einer Verfahrensdauer von über zehn Monaten deutlich überschritten.

718. Die Antragsteller führten in ihrem Antrag auf Ministererlaubnis eine Reihe von Gemeinwohlgründen an, die nach ihrer Auffassung die vom Bundeskartellamt festgestellte Wettbewerbsbeschränkung aufwiegen würden.[27] Zu nennen sind Wachstumsförderung und die Entlastung öffentlicher Haushalte, der Erhalt und Ausbau von Arbeitsplätzen, der Erhalt von Arbeitnehmerrechten und Qualifikationen, die Steigerung der Leistungsfähigkeit des Lebensmitteleinzelhandels, die Sicherung der Nahversorgungsstruktur, die Förderung regionaler Versorgungsketten sowie die Förderung des Mittelstands und gleicher Lebensverhältnisse.

719. Von besonderer Bedeutung für das Verfahren waren der mögliche Erhalt von Arbeitsplätzen und Arbeitnehmerrechten. Die Antragsteller gingen davon aus, dass nur die Gesamtübernahme von Kaiser's Tengelmann die mehr als 16.000 bestehenden Arbeitsplätze sichern würde, weil hierbei sowohl wirtschaftlich erfolgreiche wie auch weniger erfolgreiche Filialen erworben und in den Edeka-Verbund integriert werden würden. Sie führten aus, dass bei einer Einzelabwicklung mindestens 8.000 Arbeitsplätze gefährdet wären. Einige ertragreiche und besonders gut gelegene Filialen würden zwar voraussichtlich von Wettbewerbern erworben werden. Filialen mit negativem Deckungsbeitrag, aber wahrscheinlich auch sämtliche Filialen mit nachhaltig schwachen Ergebnissen würden jedoch geschlossen werden. Die dort bestehenden Arbeitsplätze würden verloren gehen. Betroffen seien auch die Arbeitsplätze in den Lagerhäusern, den Fleischwerken und dem Ladenbaubetrieb. Die Filialen müssten darüber hinaus bei einer Einzelveräußerung ohne Beschäftigte übergeben werden. Bei einem Erwerb etwa durch einen Discounter würden von diesem erheblich weniger neue Arbeitsverhältnisse geschaffen werden, da Discounter aufgrund ihres Vertriebskonzeptes weniger Mitarbeiter pro Filiale beschäftigen als Vollsortimenter. Durch die Übernahme der Anteile von Kaiser's Tengelmann durch Edeka wären auch die vorhandenen Arbeitnehmerrechte gesichert. Die individuellen Rechte (Anwartschaften, Eingruppierungen) würden, anders als bei einem Wechsel des Arbeitgebers, erhalten bleiben. Die Mitbestimmungsstrukturen blieben ebenfalls wirksam und die spätere Integration in den Edeka-Verbund würde tarifvertraglich abgesichert werden.

720. Die Monopolkommission kam in ihrer Stellungnahme gemäß § 42 Abs. 4 GWB zu dem Ergebnis, dass die vorgebrachten Gemeinwohlvorteile nicht die mit dem Zusammenschluss verbundenen Wettbewerbsbeschränkungen aufwiegen würden.[28] Einige der genannten Gemeinwohlvorteile waren nach Auffassung der Monopolkommission nicht anerkennungsfähig; andere waren im vorliegenden Fall nicht oder nicht in ausreichendem Umfang begründet.

721. Die Monopolkommission sieht zwar in dem Erhalt von Arbeitsplätzen einen grundsätzlich anerkennungsfähigen Gemeinwohlvorteil. Ein hoher Beschäftigungsstand ist ein wichtiges wirtschaftspolitisches Ziel. In aller Regel sind Zu-

---

[24] BKartA, Beschluss vom 31. März 2015, B2-96/14. Siehe dazu Kapitel IV, Abschnitt 1.3.

[25] Monopolkommission, Sondergutachten 70, Zusammenschlussvorhaben der Edeka Zentrale AG & Co. KG mit der Kaiser's Tengelmann GmbH, Baden-Baden 2015.

[26] BMWi, Entscheidung vom 9. März 2016, I B 2 – 22 08 50/01.

[27] Monopolkommission, Sondergutachten 70, a. a. O., Tz. 83-96.

[28] Monopolkommission, Sondergutachten 70, a. a. O., Tz. 133-224.

sammenschlüsse jedoch nicht geeignet, gefährdete Arbeitsplätze langfristig zu sichern, da sie die Ursache der Gefährdung nicht beseitigen. An den Nachweis einer Beschäftigungssicherung sind hohe Anforderungen zu stellen. Die Monopolkommission weist darauf hin, dass das öffentliche Interesse an Vollbeschäftigung nicht mit dem Interesse an dem Erhalt von Arbeitsplätzen bei einem bestimmten Unternehmen gleichzusetzen ist. Vielmehr ist im Rahmen des Ministererlaubnisverfahrens der Arbeitsmarkt als Ganzes zu betrachten. Es kommt bei der Gemeinwohlbetrachtung nicht allein auf die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen an, sondern auf eine Beurteilung aus gesamtwirtschaftlicher Sicht. Bei einer Gesamtbetrachtung des Arbeitsmarktes war es jedoch nach Auffassung der Monopolkommission nicht hinreichend erwiesen, dass langfristig durch eine Ministererlaubnis mehr Arbeitsplätze gesichert werden würden als in Alternativszenarien, die sich ergeben, wenn die Ministererlaubnis nicht erteilt wird. Es ist insbesondere damit zu rechnen, dass ein potenzielles Umsatzwachstum in den von Edeka übernommenen Filialen zu einem beträchtlichen Teil zulasten von Wettbewerbern gehen wird, bei denen dadurch Arbeitsplätze gefährdet werden.

722. Die Monopolkommission hat offen gelassen, ob der Erhalt von Arbeitnehmerrechten im Rahmen der Ministererlaubnis überhaupt als Gemeinwohlgrund anerkannt werden könnte.[29] Im vorliegenden Fall würde ein Zusammenschluss nach Auffassung der Monopolkommission ohnehin nicht dazu beitragen können, Arbeitnehmerrechte oder betriebliche Mitbestimmungsstrukturen dauerhaft zu erhalten. In Bezug auf den Erhalt von Arbeitnehmerrechten lagen der Monopolkommission keine verbindlichen Vereinbarungen mit der Arbeitnehmerseite vor, die eine Besserstellung über den ohnehin vorhandenen gesetzlichen Schutz aus § 613a BGB hinaus garantiert hätten. Außerdem existierte kein überzeugender Vorschlag, wie Zusagen von Seiten der Edeka Zentrale auch bei der geplanten Übergabe an selbstständige Einzelhändler abgesichert und wirksam zu kontrollieren wären. Die Monopolkommission wies darauf hin, dass nach den Erfahrungen von ver.di der gesetzliche Schutz in den von selbstständigen Einzelhändlern geführten Filialen wegen der dort häufig fehlenden Mitbestimmungsstrukturen oft ins Leere laufen würde.

723. Der Minister sah sowohl in dem Erhalt von konkreten Beschäftigungsverhältnissen wie auch in dem Erhalt von Arbeitnehmerrechten anerkennungsfähige Gemeinwohlgründe und erteilte auf dieser Grundlage seine Erlaubnis. Alle weiteren von den Antragstellern vorgebrachten Gemeinwohlargumente wurden vom Minister für den vorliegenden Fall nicht anerkannt. Der Minister bezog sich bei den beiden Gemeinwohlgründen auf die Beschäftigungsverhältnisse der Mitarbeiter von Kaiser's Tengelmann und betonte deren Bedeutung aufgrund von Tarifbindung und der Existenz von Betriebsräten.

724. In Bezug auf den Erhalt von Arbeitsplätzen ging der Minister davon aus, dass hierbei die konkreten Feststellungen zur Sicherung der Quantität von Arbeitsplätzen und der Qualität der Beschäftigung zu beurteilen sei.[30] Im vorliegenden Fall werde der Erhalt von Arbeitsplätzen erstmalig in einem Ministererlaubnisverfahren als zentraler Gemeinwohlgrund vorgebracht. Zudem sei es eine Besonderheit, dass nach dem Antrag der Gemeinwohlgrund nur durch eine Gesamtübernahme von Kaiser's Tengelmann realisiert werden könne. Bei einer Abgabe von Filialen, Produktionsstätten oder Logistikbereichen an Dritte könne nicht wirksam sichergestellt werden, dass der Gemeinwohlgrund erfüllt werde. Es gehöre ebenfalls zu dem geltend gemachten Gemeinwohlgrund, dass mit einem – zumindest temporären – Erhalt der Arbeitsplätze und Beschäftigungsverhältnisse eine Sicherung der Arbeitnehmerrechte einhergehe und dadurch ein geordneter Umstrukturierungsprozess ermöglicht werde, an dessen Ende eine Integration von Kaiser's Tengelmann in den Edeka-Verbund stehe. Der Minister verwies in diesem Zusammenhang auch auf die aktuellen Entwicklungen auf dem Arbeitsmarkt im Einzelhandel. Dort würden die Tätigkeitsbereiche, die stark auf gering- und unqualifizierter Arbeit beruhen, wachsen. Bei Kaiser's Tengelmann würden hingegen die meisten Arbeitsstunden durch Festkräfte geleistet, die tariflich entlohnt seien. Vor diesem Hintergrund sei der Schutz von existenzsichernden Arbeitsverhältnissen als Gemeinwohl anzusehen. Auch sei in diesem Einzelfall als Gemeinwohl anerkennungsfähig, den älteren, zumeist langjährig bei Kaiser's Tengelmann beschäftigten Arbeitnehmern zumindest mittelfristig die Sicherheit ihres Arbeitsplatzes und

---

29 Monopolkommission, Sondergutachten 70, a. a. O., Tz. 202-205.

30 BMWi, Entscheidung vom 9. März 2016, I B 2 – 22 08 50/01, Rn. 219 ff.

ihrer Arbeitsbedingungen zu gewährleisten. Eine Erfüllung des Gemeinwohlgrunds der Beschäftigungssicherung durch den Erhalt abstrakter Arbeitsplätze im Lebensmitteleinzelhandel lehnte der Minister explizit ab.[31]

725. Der Minister sah in dem Erhalt von Arbeitnehmerrechten ebenfalls einen anerkennungsfähigen Gemeinwohlgrund.[32] Er verwies dabei auf die Tarifbindung und Mitbestimmung.[33] Der Gesetzgeber habe mit § 613a BGB eine Vorschrift geschaffen, die im Fall eines Betriebsübergangs Arbeitnehmerrechte für einen bestimmten Zeitraum gewährleisten solle. Darin komme die Wertung des Gesetzgebers zum Ausdruck, dass Arbeitnehmerrechte als besonders schützenswert angesehen würden, ihnen also Gemeinwohlcharakter zukomme. Tarifliche Leistungen seien bislang für die Mitarbeiter von Kaiser's Tengelmann gewährleistet. Angesichts der großen Zahl der Betroffenen habe dieser Punkt per se eine gesamtgesellschaftliche Dimension. Hinzu komme die Branchenentwicklung hin zu einem höheren Anteil an Niedriglohnbeziehenden im Einzelhandel. Der – zumindest – temporäre Erhalt der Tarifbindung und damit eine existenzsichernde Entlohnung der Beschäftigten beinhalte daher eine besondere Gemeinwohlorientierung.

726. Der Minister wies unter Bezugnahme auf die Regelungen des Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVG) auf die Bedeutung von Mitbestimmungsstrukturen als wichtigem institutionellem Grundpfeiler der Arbeitsbeziehungen in Deutschland hin. Um eine effektive und wirkungsvolle Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat sicherzustellen, müsse die betriebliche Arbeitnehmervertretung dort im Unternehmen präsent sein, wo die Entscheidungen fielen. Bei Kaiser's Tengelmann existiere eine funktionierende betriebliche Mitbestimmung, in der die Arbeitnehmer aktiv ihre Rechte wahrnehmen könnten. Kaiser's Tengelmann habe auch von § 3 BetrVG Gebrauch gemacht und regional zuständige Arbeitnehmervertretungen eingerichtet. Die bislang bestehenden Strukturen der Arbeitnehmervertretung bei Kaiser's Tengelmann haben sich nach Auffassung des Ministers bewährt. Bereits die sehr umfassende Beteiligung der Arbeitnehmervertretungen im Ministererlaubnisverfahren unterstreiche diesen Punkt in aller Deutlichkeit. Den Unsicherheiten, die für die Beschäftigten mit einem Betriebsübergang in Folge eines Umstrukturierungsprozesses verbunden seien, könnte vor allem durch ein entsprechendes Engagement der gewählten Betriebsräte begegnet werden. Die – auch nur temporäre – Absicherung der bei Kaiser's Tengelmann bestehenden Mitbestimmungsstrukturen stelle daher eine besondere Ausprägung des Gemeinwohlinteresses dar und trage während des Umstrukturierungsprozesses in besonderem Maß zu einem wirksamen Interessenausgleich zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite bei.

727. Die aufschiebenden und auflösenden Bedingungen zielen nach den Ausführungen der Ministererlaubnisentscheidung darauf ab, die beiden genannten Gemeinwohlvorteile durch Tarifverträge abzusichern und deren Gewicht zu erhöhen.[34] Insbesondere soll über Tarifverträge sichergestellt werden, dass die Filialen in den ersten fünf Jahren nach der Übernahme nicht an selbstständige Lebensmitteleinzelhändler oder sonstige Dritte übergeben werden. Ausnahmen sind nur mit Zustimmung der Tarifvertragsparteien möglich. In diesem Zeitraum sind die Filialen als tarifgebundene Regiebetriebe zu führen. Ebenso sind die vorhandenen flächendeckenden Betriebsratsstrukturen zumindest für diesen Zeitraum zu erhalten. Betriebsbedingte Änderungs- oder Beendigungskündigungen sind ebenfalls auszuschließen. Auch nach einer Übergabe von Filialen an einen selbstständigen Lebensmitteleinzelhändler dürfen für weitere 24 Monate keine betriebsbedingten Änderungs- und Beendigungskündigungen erfolgen. Edeka darf Kaiser's Tengelmann erst übernehmen, wenn die entsprechenden Tarifverträge mit ver.di und der Gewerkschaft Nahrung Genuss Gaststätten (NGG) abgeschlossen wurden und dem Bundesministerium für Wirtschaft und Energie vorgelegt worden sind. Daneben sichern auflösende Bedingungen, die zur Rückabwicklung des Zusammenschlusses führen, den Bestand der tarifvertraglichen Regelungen ab. Der Eintritt der auflösenden Bedingungen ist durch das BMWi festzustellen.

---

31 BMWi, Entscheidung vom 9. März 2016, I B 2 – 22 08 50/01, Rn. 256.

32 In der Ministerentscheidung wird fälschlicherweise unterstellt, dass auch die Monopolkommission festgestellt habe, dass der Erhalt von Arbeitnehmerrechten ein anerkennungsfähiger Gemeinwohlgrund sei: BMWi, Entscheidung vom 9. März 2016, I B 2 – 22 08 50/01, Rn. 298. Die Monopolkommission hat in ihrem Sondergutachten diese Frage jedoch explizit offen gelassen: Monopolkommission, Sondergutachten 70, a. a. O., Tz. 202-205.

33 BMWi, Entscheidung vom 9. März 2016, I B 2 – 22 08 50/01, Rn. 227-240.

34 BMWi, Entscheidung vom 9. März 2016, I B 2 – 22 08 50/01, Rn. 306.

728. Nachdem die Unternehmen Rewe, Markant und Norma beim OLG Düsseldorf Beschwerde gegen die Ministerentscheidung eingelegt haben, hat das Gericht im Eilverfahren die Ministererlaubnis zunächst außer Kraft gesetzt.[35] Das BMWi hat gegen den Beschluss im Eilverfahren Rechtsmittel zum Bundesgerichtshof eingelegt. Die abschließende Entscheidung im Hauptverfahren steht noch aus. Als Termin für die mündliche Verhandlung im Hauptverfahren ist der 16. November 2016 angesetzt. Ebenso hat Edeka Beschwerde gegen die Entscheidung des Bundeskartellamts eingelegt.

729. Das OLG Düsseldorf begründet seine Entscheidung im Eilverfahren mit der Verletzung von Verfahrensvorschriften und materiell-rechtlichen Erwägungen. Neben der Besorgnis der Befangenheit des Bundesministers für Wirtschaft und Energie moniert das Gericht zum einen die Anerkennung des Erhalts der kollektiven Arbeitnehmerrechte bei Kaiser´s Tengelmann als Gemeinwohlbelang. Das in Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG schrankenlos gewährte Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden, beinhalte gleichrangig das Recht, einer solchen Vereinigung auch fern zu bleiben. Die Anerkennung einer Sicherung bestehender kollektiver Arbeitnehmerrechte als Gemeinwohlgrund würde der durch das Grundgesetz vorgesehenen Gleichrangigkeit des Rechts zur Bildung von Arbeitnehmervereinigungen und zum Verzicht auf Arbeitnehmervereinigungen zuwiderlaufen. Zum anderen kann die Ministererlaubnis nach Ansicht des Gerichts voraussichtlich auch deshalb keinen Bestand haben, weil der Bundesminister den Gemeinwohlbelang der Arbeitsplatz- und Beschäftigungssicherung bei Kaiser´s Tengelmann nicht unter Berücksichtigung aller relevanten Gesichtspunkte bewertet habe. Insbesondere ein möglicher fusionsbedingter Stellenabbau bei Edeka sei nicht in die Abwägung eingeflossen. Darüber hinaus seien die verfügten Nebenbestimmungen auch nicht geeignet, die 16.000 Arbeitsplätze bei Kaiser´s Tengelmann in vollem Umfang zu sichern. Die Nebenbestimmungen seien außerdem teilweise rechtlich fehlerhaft, weil der Inhalt der darin enthaltenen Öffnungsklauseln unbestimmt sei. Rechtswidrig sei zudem, dass die Fusionsbeteiligten unter Verstoß gegen §§ 42 Abs. 2 Satz 2, 40 Abs. 3 Satz 2 GWB einer laufenden Verhaltenskontrolle unterstellt würden.

1.5 Sanierungsfusionen und Anwendung der Pressesanierungsklausel

730. Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum in zwei Fällen die Voraussetzungen der Sanierungsfusion in der Variante „Scheitern eines Unternehmensteils“ (failing division defence) geprüft und in einem dieser beiden Fälle anerkannt. In beiden Fällen handelt es sich um Zusammenschlüsse aus dem Pressebereich. Der erste Fall betraf die im Oktober 2013 beim Bundeskartellamt angemeldete Übernahme der zur Funke Medien Gruppe gehörenden Westfälischer Zeitungsverlag GmbH & Co. KG (WZ) durch den Verlag Lensing Wolff GmbH & Co. KG (Lensing).[36] Die WZ wurde eigens für die Zwecke der Durchführung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens gegründet und umfasste die räumlich beschränkten Titelrechte an drei Lokalausgaben der Westdeutschen Allgemeinen Zeitung in Dortmund, Castrop-Rauxel und Lünen und an vier Lokalausgaben der Westfälischen Rundschau in Dortmund, Castrop-Rauxel, Lünen und Schwerte mit einer gemeinsamen Auflage von rund 50.000 Exemplaren. Das Vorhaben hätte nach den Feststellungen des Bundeskartellamtes zu einer wesentlichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs durch Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der Lensing auf den regionalen Leser- und Anzeigenmärkten geführt. Der zweite Fall betraf die im Jahr 2014 angemeldete Übernahme der zu Lensing gehörenden und im Jahr 2012 gegründeten MZ Medien Holding GmbH & Co. KG durch den Aschendorf Verlag.[37] In der MZ Medien Holding wurden drei vermeintlich nachhaltig defizitäre Lokalausgaben der Münsterschen Zeitung gebündelt. Der Verlag Aschendorf ist unter anderem Herausgeber der im Münsterland erscheinenden Westfälischen Nachrichten. Der Zusammenschluss führt nach Auffassung des Bundeskartellamtes ebenfalls zu einer wesentlichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs durch Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf den drei zugehörigen regionalen Lesermärkten und dem Anzeigenmarkt in Münster. In beiden Fällen hatten sich die beteiligten Unternehmen auf das Vorliegen einer Sanierungsfusion berufen.

731. Der Regelfall der Sanierungsfusion betrifft die beantragte oder zumindest unmittelbar bevorstehende Insolvenz eines ganzen Unternehmens (failing company defence). Ein Zusammenschluss ist dann nicht kausal für die mit einer

---

35 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Juli 2016, VI – Kart 3/16 (V).

36 Vgl. BKartA, B 6 – 89/13, Fallbericht vom 1. Dezember 2014.

37 Vgl. BKartA, B 6 – 97/14, Fallbericht vom 1. Dezember 2014.

Fusion in Verbindung gebrachte Verschlechterung der Marktverhältnisse, wenn diese auch ohne den Zusammenschluss zu erwarten ist.[38] Die Voraussetzungen für das Vorliegen einer Sanierungsfusion, die kumulativ erfüllt sein müssen, sind:

- Das Zielunternehmen darf ohne den Zusammenschluss nicht überlebensfähig sein. In der Regel ist das gegeben, wenn ein Insolvenzverfahren eingeleitet ist oder dessen Einleitung nachweisbar unmittelbar bevorsteht.
- Es gibt keine wettbewerblich weniger schädlichen Alternativen zu dem angemeldeten Zusammenschluss. Insbesondere steht kein alternativer Erwerber zur Verfügung, bei dem der Wettbewerb weniger beeinträchtigt würde als im Fall des beabsichtigten Zusammenschlusses.
- Im Falle der Insolvenz würde die Marktposition des erworbenen Unternehmens auch ohne den Zusammenschluss im Wesentlichen dem erwerbenden Unternehmen zufallen.[39]

Für das Vorliegen dieser Voraussetzungen tragen die Unternehmen die Beweislast.

732. In der Variante der Insolvenz eines Unternehmensteils ist aus Sicht des Bundeskartellamtes ein mit dem Regelfall vergleichbarer objektiver Nachweis der Voraussetzungen für die Sanierungsfusion nur möglich, wenn der fragliche Unternehmensteil in organisatorischer und wirtschaftlicher Hinsicht hinreichend eigenständig geführt wird, da sich das wirtschaftliche Scheitern und die sich daraus ergebende Marktaustrittsprognose des Unternehmensteils nur bei wirtschaftlicher Eigenständigkeit mit hinreichender Beweissicherheit feststellen lässt.[40] Möglich ist diese Analyse bei eigenständigen Tochterunternehmen und bei einem Unternehmensteil, der einen organisch geschlossenen, mit einer gewissen Selbstständigkeit ausgestatteten Teil des Gesamtbetriebs bildet und aus sich heraus funktions- bzw. lebensfähig ist. Die Möglichkeit des Nachweises einer failing division hängt damit vor allem vom Grad der Integration des Betriebsteils in den Rest des Unternehmens ab. Handelt es sich um einen wirtschaftlich und organisatorisch hinreichend eigenständigen Bereich, dem Kosten und Erlöse direkt zugeordnet werden können, geht das Bundeskartellamt von der Prüffähigkeit einer auf Unternehmensteile bezogenen Sanierungsfusion aus. Unterhalb eines solchen Grades an wirtschaftlicher Eigenständigkeit lässt sich die anzustellende Prognose nicht treffen. Da die Spielräume der Unternehmen bei der Entscheidung über die Einstellung eines unselbstständigen Geschäftsbereichs und bei der Darstellung dessen wirtschaftlicher Situation groß sind, sind an den Nachweis der failing division hohe Anforderungen zu stellen.

733. Im Fall des geplanten Erwerbs von sieben Lokalausgaben der zur Funke Mediengruppe gehörenden Westfälischen Rundschau und der Westdeutschen Allgemeinen Zeitung im Raum Dortmund durch das Medienhaus Lensing (Ruhrnachrichten, Münsterland Zeitung u. a.) konnte der Nachweis eines abgegrenzten Geschäftsbereichs nicht erbracht werden. Die geschäftlichen Aktivitäten der betroffenen Lokalausgaben sind nach den Ermittlungen des Bundeskartellamtes weitgehend in den Medienkonzern der Funke Medien Gruppe integriert und in jeder Hinsicht unselbstständig.[41] Vor der beabsichtigen Veräußerung gab es im Konzern keinen Geschäftsbereich, der gerade aus den sieben Lokalausgaben und den ihnen zu Grunde liegenden Wertschöpfungsanteilen bestand. Es handelte sich vielmehr um einzelne Teilausgaben der insgesamt 79 Lokalausgaben umfassenden Funke Medien NRW Zeitungsgruppe. Die Wertschöpfung, die diesen Lokalausgaben zugrunde liegt, verteilt sich über diverse Konzernunternehmen, die über ein komplexes, teilweise mehrstufiges System von konzerninternen Leistungs- und Verrechnungsbeziehungen miteinander verbunden sind. Das Vorliegen der Voraussetzungen einer Sanierungsfusion für selbstständige Unternehmensteile konnte damit nicht geprüft werden. Lensing hat den geplanten Erwerb aufgegeben und die Anmeldung des Zusammenschlusses im Juli 2014 zurückgenommen.

734. Bei dem Erwerb der in der MZ Medien Holding zusammengefassten Lokalausgaben der Münsterschen Zeitung erkannte das Bundeskartellamt das Vorliegen eines selbstständigen Betriebsteils und die Voraussetzungen für eine Sanierungsfusion an. Der Zusammenschluss wurde in der ersten Phase freigegeben. Die Freigabe gründet auf einem mehrstufigen Prüfkonzept. Zu leisten waren seitens der Unternehmen (i) eine umfassende Beschreibung der Organisations-

---

38 BKartA, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, 29. März 2012, Tz. 183.

39 BKartA, Rn.184; BKartA, Beschluss vom 22. Juli 2014, B 6 -89/13, Tz. 147.

40 BKartA, Beschluss vom 22. Juli 2014, B 6 - 89/13, Tz. 163 ff.

41 BKartA, Beschluss vom 22. Juli 2014, B 6 - 89/13, Tz. 173.

und Wertschöpfungsprozesse, (ii) eine Darstellung der gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen und der internen Leistungsbeziehungen sowie (iii) eine Darlegung des Anteils der Gemeinkosten und Gemeinerlöse. Das Bundeskartellamt geht davon aus, dass die Voraussetzungen einer Sanierungsfusion schwieriger nachzuweisen sind, je höher der Integrationsgrad des Unternehmensteils ist. Bei einem hohen Integrationsgrad, der im Einzelfall zu beurteilen ist, geht das Bundeskartellamt davon aus, dass die Anforderungen an die Sanierungsfusion kaum zu erfüllen sind. Im vorliegenden Fall wurde ein „normaler" Integrationsgrad festgestellt. Begründet wird dies mit einem relativ geringen Gemeinkostenanteil von weniger als 20 Prozent. Die Prüfung der Voraussetzungen für die Sanierungsfusion erfolgte in diesem Fall auf der Grundlage eines Gutachtens einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft zu der Fusion. Beim Vorliegen eines hohen Integrationsgrades wären zusätzlich die Finanzbuchhaltung, die Kostenstellen- und die Kostenträgerrechnung des Unternehmensteils vorzulegen gewesen. Die Sanierungsbedürftigkeit des Unternehmensteils war sodann auf der Grundlage einer anlassbezogenen Wegfallrechnung nachzuweisen, die die Kosten und Erlöse der Fortführung des Unternehmensteils den Kosten und Erlösen der Einstellung des Betriebs des Unternehmensteils gegenüberstellt. Die Sanierungsbedürftigkeit erfordert, dass die Verluste des Unternehmensteils erheblich und nachhaltig (über mehrere Jahre und ohne Aussicht auf Besserung) sind, was vorliegend der Fall war. Zudem konnten der Verlag Lensing als Eigentümer der MZ Medien Holding über fünf Jahre laufende Verkaufsbemühungen an alternative Erwerber nachweisen, die allesamt erfolglos verlaufen waren.

735. Die Monopolkommission begrüßt, wie bereits früher deutlich gemacht, die strenge Auslegung der Kausalitätsprüfung bei Sanierungsfusionen. Der Nachweis des kumulativen Vorliegens aller drei Voraussetzungen hat zweifelsfrei zu erfolgen. Bloße Annahmen oder Vermutungen reichen nicht aus.[42] An den Nachweis des Vorliegens der failing division defence sollten ebenfalls, wie vom Bundeskartellamt praktiziert, hohe Anforderungen gestellt werden. Dies betrifft insbesondere den Nachweis der Sanierungsbedürftigkeit des Unternehmensteils. Letzteres ist zuweilen schwierig, weil die Unternehmen bei der Zurechnung von Gemeinkosten zu Unternehmensteilen Spielräume besitzen und die wirtschaftliche Situation des betroffenen Unternehmensteils nicht immer eindeutig ist. Sanierungsfusionen sind im GWB nicht ausdrücklich geregelt. Der Gesetzgeber sieht diese vielmehr als Hauptanwendungsfall der Befreiung vom Vollzugsverbot gemäß § 41 Abs. 2 GWB.[43] Seit der 8. Novelle verfügt das GWB mit § 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 GWB allerdings über eine spezielle Pressesanierungsklausel, deren Vorliegen in den genannten Fällen ebenfalls zu prüfen war. Die Reichweite der Pressesanierungsklausel ist allerdings auf die Übernahme kleiner oder mittlerer Zeitungs- und Zeitschriftenverlage begrenzt. Nach dieser Vorschrift ist die Übernahme eines kleinen oder mittleren Zeitungs- oder Zeitschriftenverlags, durch den wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde, nicht zu untersagen, wenn nachgewiesen wird, dass der übernommene Verlag in den letzten drei Jahren jeweils in der Gewinn- und Verlustrechnung nach § 275 Handelsgesetzbuch (HGB) einen erheblichen Jahresfehlbetrag auszuweisen hatte und er ohne den Zusammenschluss in seiner Existenz gefährdet wäre. Zudem muss nachgewiesen werden, dass vor dem Zusammenschluss kein anderer Erwerber gefunden wurde, der eine wettbewerbskonformere Lösung sichergestellt hätte.

736. Im Fall der Übernahme der zur Funke Medien Gruppe gehörenden Lokalredaktionen durch Lensing war die sogenannte Pressesanierungsklausel nach Auffassung des Bundeskartellamtes nicht anwendbar, weil erstens die zu übernehmenden Vermögenswerte kein Zeitungsverlag im Sinne des § 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 GWB sei und zweitens die Funke Medien Gruppe nicht als kleines oder mittleres Unternehmen anzusehen sei. Das Bundeskartellamt geht zu Recht davon aus, dass nach der Gesetzeskonzeption viel dafür spricht, dass es sich für die pressespezifische Ausnahmeklausel bei dem Erwerbsobjekt zwingend um ein rechtlich verselbstständigtes Unternehmen handeln muss, das ein aus sich heraus funktionsfähiges Zeitungsverlagsgeschäft betreibt.[44] Im vorliegenden Fall sollten allerdings lediglich die Titelrechte und der Abonnentenstamm der Lokalausgaben veräußert werden. Eine Fortführung der Redaktionen war nicht vorgesehen und auch nicht möglich, da diese bereits vorher aufgelöst waren. Die Ausübung eines Zeitungsverlagsgeschäftes ist ohne Lokalredaktionen, ein Anzeigengeschäft und eine Vermarktungsstruktur nicht möglich. Dem Bundeskartellamt ist darin zuzustimmen, dass die Presseausnahmeklausel des § 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 GWB kleine und mittlere Presseunternehmen

---

42 Vgl. zuletzt Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 633.

43 Vgl. Bundesregierung, Gesetzentwurf, Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drs. 13/9720 vom 29. Januar 1998.

44 Vgl. BKartA, Beschluss vom 22. Juli 2014, B 6 - 89/13, Tz. 305.

ausdrücklich im Interesse der Pressevielfalt und des publizistischen Wettbewerbs privilegiert.[45] Die Norm basiert auf einer Abwägung zwischen den Nachteilen der negativen Wettbewerbswirkungen und den Vorteilen der Pressevielfalt. Ihre Anwendbarkeit steht infrage, wenn ein Zusammenschluss die Pressevielfalt nicht schützt und der publizistische Wettbewerb nicht gefördert wird.

737. Die Anwendbarkeit der Pressesanierungsklausel des GWB ist zudem ausgeschlossen, wenn es sich bei dem zu übernehmenden Unternehmen nicht um einen kleinen oder mittleren Zeitungs- oder Zeitschriftenverlag handelt. Der Begriff des kleinen und mittleren Unternehmens oder speziell des kleinen oder mittleren Zeitungs- und Zeitschriftenverlags ist im GWB nicht definiert. Seine Auslegung wird damit dem Bundeskartellamt und den Gerichten überlassen.[46] Das Bundeskartellamt legt den Begriff des kleineren und mittleren Zeitungsverlags branchenspezifisch in Relation zu den im Pressesektor tätigen Unternehmen aus. Aus dieser Sicht sind eher lokal tätige Verlagsunternehmen unter den Begriff zu fassen als die in Deutschland tätigen überregionalen Tageszeitungsketten. Bei der Funke Medien Gruppe handelt es um die zweitgrößte deutsche Abonnement-Zeitungskette, die jedenfalls nicht als kleiner oder mittlerer Zeitschriften- und Zeitungsverlag eingestuft werden kann.

738. Die Kartellbehörde sieht die Pressesanierungsklausel zudem nur auf Zusammenschlüsse anwendbar, bei denen eine bestehende marktbeherrschende Stellung verstärkt wird.[47] Diese Sicht entspricht dem Wortlaut des Gesetzes. Gemäß § 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 GWB ist ein Zusammenschluss, durch den wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde, insbesondere von dem zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, nicht zu untersagen, wenn die marktbeherrschende Stellung eines Zeitungs- oder Zeitschriftenverlags verstärkt wird, der einen kleinen oder mittleren Zeitungs- oder Zeitschriftenverlag übernimmt. Kommentare und Stimmen in der Literatur sprechen hier von einer Redaktionsungenauigkeit.[48] Begründet wird dies mit dem Umstand, dass die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung die gravierendste Form der Behinderung wirksamen Wettbewerbs ist und die Ausnahmeklausel daher auch die milderen Formen, nämlich die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung und die erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs erfasse.[49] Das Bundeskartellamt sieht das anders. Eine Redaktionsungenauigkeit wird ausgeschlossen.[50] Eine Abwägung sei nicht sinnvoll, wenn vor der geplanten Pressefusion Wettbewerb bestehe und die Pressevielfalt damit noch vollständig gewährleistet sei. Wettbewerbliche Märkte sollten nicht aufgegeben werden, wenn das Ausscheiden der Unternehmen nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ohne den Zusammenschluss stattfinden würde. Bei schon vorher beherrschten Märkten sei die Pressevielfalt dagegen schon massiv beeinträchtigt. Die Freigabe der Fusion sei somit wettbewerblich und im Hinblick auf die Pressevielfalt weniger schädlich. Die Monopolkommission folgt dieser Interpretation des Bundeskartellamtes nur insoweit, dass die Pressesanierungsklausel nur anwendbar ist, wenn das zu übernehmende Unternehmen nachweislich in seiner Existenz gefährdet ist. Ob bereits vor dem Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung bestanden hat, die verstärkt wird oder ob erst mit der Übernahme des nachweislich in seiner Existenz gefährdeten Unternehmens die marktbeherrschende Stellung entsteht bzw. wirksamer Wettbewerb erheblich behindert wird, ist für die Anwendbarkeit der Pressesanierungsklausel nicht entscheidend. Für diese Sicht spricht insbesondere, dass der Gesetzgeber die Anforderungen an den Nachweis eines Sanierungsfalls im Pressebereich wegen der Besonderheiten, die sich aus den stark verändernden Verhältnissen im digitalen Medienumfeld ergeben, nicht zu hoch ansetzen wollte.[51] Kleine und mittlere Presseunternehmen sollten demnach die Möglichkeit zu einer Fusion mit stärkeren Marktpartnern haben, bevor sie gezwungen sind, einen

---

45 Vg. BKartA, Beschluss vom 22. Juli 2014, B 6 - 89/13, Tz. 306; vgl. dazu auch Ausschuss für Wirtschaft und Technologie; Beschlussempfehlung und Bericht, BT-Drs. 17/11053 vom 17. Oktober 2012, S. 19.

46 Vgl. Klumpp, U., Neues in der Pressefusionskontrolle, in: Wirtschaft und Wettbewerb, 2013, S. 344 ff., hier: S. 350.

47 Vgl. BKartA, Beschluss vom 22. Juli 2014, B 6 - 89/13, Tz. 311 ff.

48 Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Köln 2014, Schütz, J., § 36, Rz. 195; Bechtold, R., Die 8. GWB-Novelle, NZKart 2013, S. 263 ff., hier S. 267; Klumpp, U., Neues in der Pressefusionskontrolle, a. a. O., S. 349.

49 Vgl. Klumpp, U., Neues in der Pressefusionskontrolle, a. a. O., S. 349.

50 Vgl. BKartA, Beschluss vom 22. Juli 2014, B 6 - 89/13, Tz. 312.

51 Vgl. Ausschuss für Wirtschaft und Technologie des Deutschen Bundestags, Beschlussempfehlung und Bericht zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-ÄndG), BT-Drs. 17/11053 vom 17. Oktober 2012, S. 19.

Insolvenzantrag zu stellen und damit als Teil der Pressevielfalt und des publizistischen Wettbewerbs gänzlich aus dem Markt auszuscheiden.

739. Grundsätzlich steht die Monopolkommission der Presseausnahmeklausel des GWB kritisch gegenüber.[52] Im Wesentlichen orientiert sich die Sonderregelung an den vom Bundeskartellamt und in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen für die Sanierungsfusion.[53] Bereits im vorvergangenen Berichtszeitraum hatte sich gezeigt, dass es für die Sanierungsfusionen im Pressebereich keiner Sonderregelung bedurft hätte. Die Kartellamtspraxis im vergangenen Berichtszeitraum bestätigt dies.

1.6 Entflechtungen

1.6.1 Entflechtung aufgrund falscher Angaben im Fusionskontrollverfahren

740. Das Bundeskartellamt leitete im Berichtszeitraum ein Entflechtungsverfahren im Bereich Molkereien ein, da sich die bei der Fusionsanmeldung übermittelten Daten als falsch herausgestellt hatten. Im Jahr 2009 hatte die französische Großmolkerei Savencia – damals noch unter dem Namen Bongrain – eine Minderheitsbeteiligung in Höhe von 24,83 Prozent an der Biomolkerei Andechser erworben. 2011 bis 2013 erwarb das Unternehmen zusätzlich die Anteilsmehrheit an Andechsers größtem Konkurrenten, der Biomolkerei Söbbeke. Die Fusion wurde aufgrund fehlerhafter Angaben durch die Antragstellerin hinsichtlich der Absatzzahlen der beiden deutschen Molkereien freigegeben.

741. Nach Ansicht des Bundeskartellamtes sind Produkte aus Biomilch von solchen aus konventionell hergestellter Milch als eigener Markt abzugrenzen. Hierbei beruft sich die Behörde unter anderem auf die Praxis der europäischen Kommission. Begründet wird diese Sicht unter anderem mit dem deutlich höheren Preiserhöhungsspielraum im Biosegment.[54] Nach ersten Ermittlungen des Amtes erzielten Andechser und Söbbeke in Deutschland bei verschiedenen Produkten der sog. „weißen Linie" – insbesondere Bio-Fruchtjoghurt und Naturjoghurt sowie Bio-Fruchtquark und Bio-Drinks – gemeinsame Marktanteile von deutlich über 50 Prozent. Der gemeinsame Marktanteil lag damit deutlich höher als der ursprünglich anhand der Daten von Savencia ermittelte. Nach Ansicht des Amtes führte der damalige Zusammenschluss auf mehreren Märkten zu einer erheblichen Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs. Das Entflechtungsverfahren wurde jedoch eingestellt, nachdem Savencia sämtliche Anteile an Andechser veräußerte. Ziel des französischen Unternehmens war es, damit einer Auflösung der Fusion mit Söbbeke zu entgehen. Die Andechser Molkerei befindet sich nunmehr wieder gänzlich in Familienhand.[55] Aufgrund der unrichtigen Angaben bei der Anmeldung im Jahr 2011 leitete das Bundeskartellamt gemäß § 81 Abs. 2 Nr. 3 GWB zusätzlich ein Bußgeldverfahren gegen Savencia ein. Im Januar 2016 wurde ein Bußgeld in Höhe von 90.000 Euro verhängt.[56]

1.6.2 Entflechtungen von Gemeinschaftsunternehmen im Bereich Walzasphalt

742. Im Jahr 2010 leitete das Bundeskartellamt eine Sektoruntersuchung im Markt für Walzasphalt ein, die 2012 abgeschlossen wurde.[57] Walzasphalt ist der wichtigste Straßenbelag in Deutschland, wobei die öffentliche Hand den größten Abnehmer darstellt.

743. Die Untersuchung legte ein enges Netz aus Gemeinschaftsunternehmen offen, die aus Sicht des Bundeskartellamtes mehrheitlich eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung entfalteten und daher kartellrechtswidrig waren. Der Um-

---

52 Vgl. Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 634.

53 Vgl. Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O.

54 Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Milch – Abschlussbericht gemäß § 32e GWB, Juni 2012, S. 21.

55 Vgl. BKartA, Pressemitteilung vom 5. Oktober 2015 – Entflechtung der Bio-Molkereien Andechser und Söbbeke.

56 Vgl. BKartA, Pressemitteilung vom 7. Januar 2016 – Bußgeldverfahren gegen die Bongrain Europe SAS abgeschlossen.

57 Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Walzasphalt, B1-33/10, Abschlussbericht vom Sept. 2012 sowie bereits Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 871 ff.

stand, dass Walzasphalt heiß angeliefert werden muss, bedingt eine sehr enge räumliche Marktabgrenzung.[58] So gliederte das Bundeskartellamt den Markt in eine Vielzahl an kleineren regionalen Märkten um die Standorte der Asphaltmischwerke. Die Hälfte der 541 erfassten Asphaltmischwerke wurde von Betreibergesellschaften geführt, die in Gemeinschaftsunternehmen organisiert waren. Eine zentrale Rolle nahmen dabei die vier größten Asphaltanbieter Werhahn, STRABAG, EUROVIA und KEMNA ein. Sie waren an 405 der Werke beteiligt. Für die Hälfte der Betreibergesellschaften galt die Regelvermutung einer Wettbewerbsbeschränkung, da mindestens zwei Gesellschafter und das Gemeinschaftsunternehmen auf demselben kleinen räumlich relevanten Markt für Walzasphalt tätig waren. Bei weiteren 30 Prozent kam eine Wettbewerbsbeschränkung in Betracht.

744. In Folge der Untersuchung wurden 2012 104 Entflechtungsverfahren eingeleitet, die mittlerweile fast alle abgeschlossen wurden.[59] In einem ersten Schritt wurde den betroffenen Unternehmen die kartellrechtliche Beurteilung mitgeteilt, woraufhin sie gebeten wurden, eine Selbstveranlagung vorzunehmen und einen Plan unterbreiten, wie sie etwaige kartellrechtliche Bedenken selbstständig beseitigen wollen. Ein Großteil der Unternehmen wurde auf diesem Wege entflochten, in einigen Fällen entfiel der Bedarf in Folge der Entflechtung anderer Gemeinschaftsunternehmen. Bislang mussten keine förmlichen Entscheidungen nach § 32 ff. GWB erlassen werden.

1.7 Fusionskontrolle auf Plattformmärkten

745. Mit der fortschreitenden Digitalisierung aller Lebensbereiche rücken Geschäftsmodelle in den Fokus, die sich von den klassischen Marktstrukturen zum Teil erheblich unterscheiden. Eine besondere Bedeutung kommt hierbei den sogenannten Plattformen zu, die im Rahmen zwei- bzw. mehrseitiger Märkte verschiedene Nutzergruppen zusammenbringen, um diesen eine Interaktion zu ermöglichen oder zu erleichtern. Solche Strukturen bergen besondere Herausforderungen für die ökonomische Analyse in einer kartellrechtlichen Prüfung, beispielsweise bei der Marktabgrenzung. Im Berichtszeitraum gab es eine Reihe von Fällen im Onlinebereich, in denen diese relevant waren. Diese betrafen die Märkte für Dating-, Immobilien- und Vergleichsplattformen.

1.7.1 Besonderheiten bei der kartellrechtlichen Prüfung

746. Die unterschiedliche Dynamik der Plattformmärkte erfordert eine neue ökonomische Beurteilung – Standardmodelle aus einer Welt geprägt von klassischen Marktstrukturen sind vielfach nicht mehr anwendbar. Bereits in ihrem Sondergutachten zur digitalen Ökonomie[60] hat sich die Monopolkommission mit den Besonderheiten dieser Märkte auseinandergesetzt und Empfehlungen zur Anwendung des Kartellrechts in diesem Kontext gegeben. Auch das Bundeskartellamt beschäftigt sich seit einiger Zeit vertieft mit der digitalen Ökonomie und insbesondere den Plattformmärkten. Hierzu wurde eine „Task Force Internetplattformen“ ins Leben gerufen, die dazu dienen soll, neue an die Struktur angepasste Prüfkonzepte zu erstellen und die einzelnen Beschlussabteilungen in konkreten Fällen zu beraten.

747. Plattformen stellen Intermediäre in sogenannten mehrseitigen Märkten dar.[61] Mehrseitige Märkte zeichnen sich häufig durch das Auftreten indirekter Netzwerkeffekte zwischen den Nutzergruppen, die sie zusammenbringen, aus. Direkte Netzwerkeffekte beziehen sich auf die Größe der eigenen Nutzergruppe bzw. des eigenen „Netzwerkes“ und liegen vor, wenn der eigene Nutzen eines Marktteilnehmers mit der Anzahl der Teilnehmer steigt. Indirekte Netzwerkeffekte treten auf, wenn eine steigende Anzahl der Nutzer einer Plattformseite die Nutzung für die andere Plattformseite attraktiver macht. Eine Zunahme an Nutzern auf der eigenen Seite führt damit zu einer höheren Anzahl von Nutzern auf der Gegenseite, woraus wiederum ein steigernder Effekt auf die eigene Seite resultiert. Diese Netzwerkbeziehungen wirken sich ebenfalls auf die Preissetzung der Plattform aus. Häufig werden die Preise für die Nutzergruppen asymmetrisch gestaltet. Abhängig davon, welche Seite preissensibler ist bzw. welche Seite mehr von einem Zuwachs an Nutzern

---

58 Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Walzasphalt, B1-33/10, Abschlussbericht vom Sept. 2012, S. 60 f.

59 Vgl. BKartA, Entflechtung von Gemeinschaftsunternehmen im Bereich Walzasphalt – Bericht zu den Verfahren B1-100/12 nach der Sektoruntersuchung Walzasphalt vom Juli 2015.

60 Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Baden-Baden 2015.

61 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 34 ff.

auf der Gegenseite profitiert, findet somit eine Quersubventionierung zwischen den Nutzergruppen statt. Dies kann soweit gehen, dass eine Seite gar nichts zahlen muss oder sogar eine Prämie für die Nutzung der Plattform erhält. Teilweise wird diese Eigenschaft in der Literatur als elementare Definition für zweiseitige Märkte eingesetzt: Wird die Preisstruktur bei gleichbleibendem Gesamtpreisniveau verändert, beeinflusst dies auf zweiseitigen Märkten die Höhe der Transaktionen.[62]

748. Die Charakteristika von Plattformen machen deutlich, dass bei der Marktabgrenzung die Betrachtung einer einzelnen Marktseite aus ökonomischer Sicht nicht ausreicht. Auch wenn sich die Austauschbarkeit (Bedarfsmarktkonzept) bestimmter Produkte oder Dienste auf den einzelnen Marktseiten mitunter erheblich unterscheidet, ist es ratsam die zwei Marktseiten nicht als autonome Märkte zu betrachten. Indirekte Netzwerkeffekte zwischen den Nutzerseiten sind das entscheidende Merkmal eines zweiseitigen Marktes und dürfen deshalb auch bei der Marktabgrenzung nicht außer Acht gelassen werden. Gleichzeitig erschweren sie die Bestimmung des relevanten Marktes. Auch quantitative Methoden sind nur bedingt anwendbar. Zwar gibt es eine Reihe von Erweiterungsvorschlägen für den SSNIP-Test[63], um indirekte Netzwerkeffekte und deren Auswirkungen auf den Gewinn abbilden zu können. Dadurch gestaltet sich das Instrument jedoch deutlich komplizierter in der Anwendung und erhöht sich der ohnehin schon große Informations- und Datenbedarf. Zudem kann eine hypothetische Preiserhöhung nicht betrachtet werden, wenn kein pekuniärer Preis erhoben wird.[64]

749. Bei der Marktanteilsbestimmung kann es schwierig sein, einen geeigneten Indikator zu ermitteln. Zum Einen gehört es zu den Charakteristika eines zweiseitigen Marktes, dass die Preisstruktur zwischen den einzelnen Kundenseiten sehr unausgeglichen sein kann (in einigen Fällen werden sogar nicht kostendeckende Preise auf der preissensibleren Seite eingesetzt), zum anderen „zahlen" Nutzer teilweise auch mit der Bereitstellung ihrer Daten. Manche Plattformen nutzen zur Finanzierung wiederum Werbetreibende als dritte Marktseite. Die Bestimmung der Umsatzanteile erweist sich somit in vielen Fällen als unzureichend oder verfälschend, sodass auf alternative Bemessungsgrundlagen zurückgegriffen werden muss.[65]

750. Eng damit verknüpft ist die Aufgabe, die Marktmacht einer Plattform zu bestimmen und zu klären, welche Wohlfahrtseffekte mit deren Ausübung verbunden sind. Die Netzwerkeffekte bedingen in vielen Fällen eine starke Konzentrationstendenz hin zu großen Plattformen und erschweren den Marktzutritt. So erfordert eine erfolgreiche Platzierung im Markt den Aufbau einer kritischen Nutzermasse. Dies kann bis zum sogenannten „Market Tipping" führen - eine Situation, in der aufgrund der starken Netzwerkeffekte nur noch eine Plattform aktiv bleibt, nachdem sie eine gewisse kritische Größe erreicht hat. Differenzierungsmöglichkeiten (z. B. um heterogene Zielgruppen zu bedienen) sowie die Möglichkeit zum Multihoming – die parallele Nutzung mehrerer Plattformen – wirken einer Plattformkonzentration jedoch entgegen. Zudem ist gerade auf digitalen Märkten der Innovationsdruck meist sehr hoch. Aus ökonomischer Sicht ist zudem nicht klar, ob Wettbewerb zwischen Plattformen immer wünschenswert ist. Durch die Interdependenzen zwischen den beiden Marktseiten kann die Bereithaltung paralleler Plattformen bzw. Netzwerke ineffizient sein.[66]

1.7.2 Fusion von Datingplattformen

751. Im Verfahren zur Fusion der Datingplattformen Parship.de und ElitePartner.de zeigten sich die Anforderungen bei der Prüfung von Fällen im Bereich von Plattformmärkten in besonderem Maße. Im März 2015 erwarb der Fond OCPE II Master LP (London) die Parship GmbH, die die Datingplattform Parship.de betreibt. Die kurze Zeit später angemeldete

---

62 Vgl. Rochet, J.C./Tirole, J., Two-sided markets: A progress report, The RAND Journal of Economics, 37(3), 2006, S. 645-667.

63 Der SSNIP-Test (Small but significant and nontransitory increase in price) untersucht die Reaktion der Nachfrager auf eine angenommene kleine, aber nicht unbedeutende, dauerhafte Erhöhung der Preise der betreffenden Produkte.

64 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 54 ff.

65 Dies könnten z. B. die Anzahl der Nutzer einer Plattform oder die Anzahl der Transaktionen sein.

66 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 42 ff.

Übernahme der Elite-Medianet GmbH (Betreiber von ElitePartner.de und AcademicPartner.de) wurde im Hauptprüfverfahren ebenfalls freigegeben.[67]

752. Unter Online-Datingplattformen werden internetbasierte Dienste verstanden, die eine Vermittlung von persönlichen und privaten Kontakten zwischen den Plattformnutzern ermöglichen. Alle Online-Datingplattformen haben die Gemeinsamkeit, dass deren Anbieter eine über das Internet nutzbare Datenbank betreiben, in der sich die Nutzer eintragen und nach anderen Nutzern suchen können. Zumindest bei heterosexueller Kontaktvermittlung ist eine Online-Datingplattform gegenüber zwei abgrenzbaren Seiten – männliche und weibliche Nutzer – tätig. Gleichwohl lassen sich einige Unterschiede zwischen Online-Datingplattformen feststellen, die sich in mehreren Dimensionen ergeben und letztlich zu einer Differenzierung von Online-Datingplattformen führen. Eine Dimension der Differenzierung betrifft die Unterscheidung zwischen Partnervermittlungsplattformen, Singlebörsen und Casual/Adult Dating-Plattformen. Während Partnervermittlungsplattformen, zu denen auch Parship und ElitePartner zählen, auf das Anbahnen langfristiger Partnerschaften ausgelegt sind, ist das Vermittlungsziel bei Singlebörsen in der Regel offener. Casual/Adult Dating-Plattformen werden hingegen klar zum Knüpfen kurzfristiger Kontakte genutzt. Im Gegensatz zu Partnervermittlungsplattformen findet bei Singlebörsen meist kein „Matching" in Form von Persönlichkeitstests und Partnervorschlägen statt. Darüber hinaus finanzieren sich Singlebörsen häufiger über Werbung und bieten ihren Dienst für die Nutzer kostenfrei an. Weiterhin gibt es gibt es sowohl breit positionierte Plattformen wie Parship.de, die ein möglichst großes Publikum ansprechen möchten, als auch eine Vielzahl von Diensten, die eine engere Zielgruppe adressieren. Zum Beispiel gibt es Plattformen, die sich speziell an Personen aus bestimmten Regionen, Vegetarier und Veganer oder auch Fans bestimmter Musikrichtungen richten.

753. Im Fall der Fusion von ElitePartner und Parship stellte sich bei der Marktabgrenzung zunächst die Frage, ob die beiden Marktseiten – Männer und Frauen – einheitlich oder getrennt betrachtet werden sollen. Datingportale erfüllen die wichtigsten Merkmale von mehrseitigen Märkten bzw. Plattformmärkten. So bestehen indirekte Netzwerkeffekte zwischen den beiden Nutzergruppen[68], da beide Marktseiten wechselseitig von einem Anstieg der Nutzerzahl auf der anderen Seite profitieren. Die Leistung der Plattform besteht gerade in der Vermittlung eines Kontaktes, bei einigen Plattformen zusätzlich im „Matching", also der Auswertung verschiedener Merkmale des Nutzers mit anschließenden Partnervorschlägen. Folgerichtig entschied sich das Bundeskartellamt gegen eine getrennte Betrachtung der Marktseiten und für eine einheitliche Marktabgrenzung.

754. Darüber hinaus bilden Partnervermittlungsplattformen und Singlebörsen aus Sicht des Bundeskartellamtes einen gemeinsamen Markt. Miteinbezogen wurden auch solche Dienste, die sich über Werbung finanzieren. Mit den Werbetreibenden wird dem Markt eine dritte Marktseite hinzugefügt, die die Finanzierung sichert. Wenngleich die beiden Datinggruppen den Dienst deshalb unentgeltlich nutzen können, ist dieser als Marktleistung im Sinne des GWB anzusehen. Maßgeblich ist hierbei, dass die Nutzergruppen mit einer zahlungspflichtigen Seite verknüpft sind, mit der wiederum indirekte Netzwerkeffekte bestehen und ein einheitlicher Erwerbszweck der Tätigkeit anzunehmen ist.[69]

755. Ob Casual/Adult Dating-Plattformen sowie analoge Vermittlungsmöglichkeiten (Zeitungsannoncen, etc.) Teil des relevanten Marktes darstellen, wurde in Frage gestellt, jedoch letztendlich offen gelassen, da es keine Auswirkungen auf die Entscheidung habe. Abgelehnt wurde hingegen die von den beteiligten Parteien geforderte Berücksichtigung von klassischen sozialen Netzwerken, insbesondere Facebook.

756. Die Einordnung unentgeltlicher Leistungen als Marktleistungen hat ebenfalls Auswirkungen auf die Berechnung der Marktanteile. Üblicherweise werden Marktanteile im Rahmen von Fusionskontrollverfahren auf Grundlage der im letz-

---

67 BKartA, Beschluss vom 22. Oktober 2015, B 6 – 57/15.

68 Dies gilt bei heterosexueller Kontaktvermittlung. Bei anders positionierten Plattformen treten indirekte Netzwerkeffekte möglicherweise nicht oder nicht im gleichen Maße auf.

69 Kritisch ist in diesem Zusammenhang der Beschluss des OLG Düsseldorf in Zusammenhang mit Hotelbuchungsportalen zu sehen: Das Gericht vertritt unter anderem die Auffassung, dass als maßgebliche Marktgegenseite lediglich die Hotels in Frage kommen, mit denen eine Vermittlungsleistung vereinbart wird und die dafür eine Provision entrichten. Hotelkunden, die das Portal unentgeltlich zum Suchen, Auffinden und Vergleichen von Hotels nutzen, werden nicht miteinbezogen; vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. Januar 2015, VI Kart 1/14(V), Rz. 42 ff.

ten Geschäftsjahr oder in den letzten Geschäftsjahren erwirtschafteten Umsätze ermittelt. Bei Einbeziehung unentgeltlicher Marktleistungen führt die Anwendung dieser Praxis jedoch zu Verzerrungen. Im vorliegenden Fall wurde deshalb auf unterschiedliche Indikatoren abgestellt, um einen besseren Eindruck von der Verteilung der Marktanteile zu erhalten. So wurden die Anteile sowohl auf Basis der Umsätze, der Anzahl der registrierten Nutzer und der Anzahl der „unique visitors“[70] berechnet. Je nachdem, welcher Ansatz gewählt wird, ergibt sich ein sehr unterschiedliches Bild vom Marktgeschehen. Während sich die Anteile von Parship.de, ElitePartner.de und AcademicPartner.de bei reiner Betrachtung der Umsatzerlöse zusammengenommen auf 45-50 Prozent beliefen, reduzierte sich der Prozentsatz bei Zuhilfenahme der registrierten Mitglieder auf 15-20 Prozent, bei den „unique visitors“ auf 20-25 Prozent. Die beachtlichen Unterschiede zeigen, welche Bedeutung die Wahl einer geeigneten Berechnungsbasis hat. Während die Vermutungsschwelle des § 18 Abs. 4 GWB für eine marktbeherrschende Stellung bei Abzielen auf die Umsätze klar überschritten ist, fällt die Bewertung bei Betrachtung der Nutzer bzw. Besucher gänzlich anders aus.

757. Obwohl die wettbewerbliche Nähe zwischen den zwei fusionierenden Portalen als relativ hoch bewertet wurde, wurde die Gefahr der Entstehung einer einzelmarktbeherrschenden Stellung als nicht besonders groß eingeschätzt. Maßgeblich für diese Einschätzung waren eine Reihe von Faktoren, die der grundsätzlichen Konzentrationstendenz auf Plattformmärkten entgegenwirken. Erstens betreiben viele Kunden beim Onlinedating Multihoming, das heißt sie verwenden gleichzeitig mehrere Plattformen, um ihre Erfolgschancen zu maximieren. Die Tatsache, dass es sowohl kostenpflichtige als auch kostenfreie Portale gibt, forciert diese Praxis, da die Nutzer ohne Zusatzkosten (abgesehen von den Transaktionskosten durch das Anlegen eines neuen Profils und gegebenenfalls der Bereitstellung ihrer Daten) mehrere Dienste nutzen können. Zweitens findet sich im Onlinedatingmarkt ein hoher Grad an Differenzierung hinsichtlich unterschiedlicher Zielgruppen. Drittens unterscheidet sich das Onlinedatinggeschäft in zwei entscheidenden Punkten von klassischen sozialen Netzwerken: Es liegt in der Natur der Sache, dass Datingportale vornehmlich nicht zur Pflege bestehender sondern zum Knüpfen neuer Kontakte genutzt werden. Bei einem Wechsel der Plattform muss der Kunde also nicht seine bisherigen Kontakte dazu bewegen, es ihm gleichzutun. Dies senkt die Konzentrationstendenzen massiv. Zudem kommt dem Neukundengeschäft bei Datingplattformen eine zentrale Rolle zu. Bestehende Kunden verlassen die Plattform in der Regel nach einiger Zeit – entweder, weil sie Erfolg hatten, oder weil sie aufgrund des Misserfolgs nicht dazu bereit sind, den Dienst weiter zu nutzen. Zudem zeigte sich zuletzt, dass der Innovationsdruck auf etablierte Geschäftsmodelle wie die desktopbasierten Datingplattformen relativ hoch ist. Dies ist insbesondere daran zu erkennen, dass neue mobile Dienste (wie Tinder oder Lovoo) rasante Nutzerzuwächse verzeichnen.

758. Insgesamt zeigten sich im vorliegenden Fusionsverfahren die Besonderheiten von mehrseitigen bzw. Plattformmärkten sehr deutlich. Aus Sicht der Monopolkommission trägt die Vorgehensweise des Bundeskartellamtes bei der Prüfung diesen Herausforderungen in angemessener Weise Rechnung und berücksichtigt die Erkenntnisse aus der ökonomischen Forschung.

1.7.3 Fusion von Immobilienplattformen

759. Ein weiterer Fall im Bereich der Fusionskontrolle betrifft Online-Immobilienplattformen, auf denen Vermieter oder Verkäufer Objekte anbieten und potenzielle Mieter oder Käufer nach Objekten suchen können. Die Übernahme der Immowelt AG (Betreiber von immowelt.de) durch die Axel Springer SE, zu der die Immonet GmbH (Betreiber von immonet.de) gehört, wurde bereits im Vorprüfverfahren freigegeben, da aus Sicht des Bundeskartellamtes selbst bei enger Marktabgrenzung keine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs zu erwarten gewesen sei.[71]

760. Wenngleich die konkrete Marktabgrenzung offen gelassen wurde, zeigte sich auch hier die Bedeutung einer einheitlichen Marktbetrachtung bei Plattformmärkten. Die Natur der Netzwerkeffekte zwischen den einzelnen Marktseiten – Vermieter bzw. Verkäufer auf der einen Seite, Mieter bzw. Käufer auf der anderen – stellt sich ähnlich wie bei Datingplattformen dar. Vermieter und Verkäufer profitieren von einer größeren Anzahl an potenziellen Mietern und Käufern und umgekehrt, wodurch ein Rückkopplungseffekt entsteht. Die Marktseiten einzeln zu betrachten wäre demnach nicht

---

[70] „Unique visitors“ sind die tatsächlichen monatlichen Besucher der Plattformwebseite. Dadurch soll vermieden werden, dass inaktive Nutzer („Karteileichen“) mitgezählt werden.

[71] Vgl. BKartA, Beschluss vom 20. April 2015, B6-39/15.

sinnvoll. Dem steht nicht entgegen, dass der Dienst für Mieter in der Regel kostenfrei angeboten wird, während Anbieter eine Einstellgebühr entrichten müssen. Vielmehr zeigt sich hierin wiederum ein charakteristisches Merkmal von zweiseitigen Marktformen.

761. Durch den Zusammenschluss reduzierte sich die Zahl der bedeutenderen Immobilienplattformen im Wesentlichen von drei auf zwei, wobei die Immobilien Scout GmbH (Betreiber von immobilienscout24.de) Marktführer blieb. Gemessen an den Umsätzen vereinen die drei Plattformen zusammen Dreiviertel der Marktanteile bei Immobilienplattformen auf sich. Eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs war aus Sicht des Bundeskartellamtes jedoch auch bei enger Marktabgrenzung weder durch nicht-koordinierte, noch durch koordinierte Effekte zu erwarten.[72] Die Beweggründe für diese Entscheidung sind nachvollziehbar. Zum einen führte der Zusammenschluss zu einer nunmehr stärkeren Stellung der fusionierenden Unternehmen gegenüber dem Marktführer Immobilienscout GmbH. Dies kann Konzentrationstendenzen bei einer Plattform bis hin zu einem sogenannten „Market Tipping" entgegenwirken. Zum anderen betreiben auch im Bereich Immobiliensuche viele Nutzer Multihoming.

1.7.4 Erwerb der Vergleichsplattform Verivox durch ProSieben Sat. 1

762. Der Erwerb der alleinigen Kontrolle über die Vergleichsplattform Verivox durch die ProSieben Sat. 1 Media AG wurde im Berichtszeitraum ebenfalls freigegeben.[73] Zwischen den beiden Beteiligten bestehen praktisch keine horizontalen Überschneidungen. Verivox ist das führende Online-Vergleichsportal für die Vermittlung von Strom- und Gasverträgen für Endverbraucher in Deutschland, vermittelt darüber hinaus aber auch Verträge in den Sparten Versicherungen, DSL, Handy & Tarife sowie Konto & Kredit. Die Kerntätigkeit von Verivox besteht darin, Anbieter und Nachfrager von Produkten aus den vorgenannten Bereichen zusammen zu bringen. Verivox ermöglicht dazu einen Vergleich der angebotenen Produkte. Wenn der Nachfrager dies wünscht, kann er über Verivox direkt den Vertragsschluss für ein konkretes Produkt einleiten. Der eigentliche Vertragsschluss findet dann unmittelbar zwischen Anbieter und Nachfrager statt. Der größte Wettbewerbsdruck geht von der Vergleichsplattform Check24 aus.

763. Es bestand die Sorge, dass die ProSieben Sat. 1 Media AG durch den Zusammenschluss einen Anreiz haben könnte, Verivox bessere und günstigere Werbeplätze auf den ihr zugehörigen Sendern zu gewähren als anderen Plattformen. Eine dadurch verstärkte Marktposition könnte unter Umständen zu einem "Market Tipping" und folglich zum Ausscheiden von Wettbewerbern aus wichtigen Sparten im Bereich Onlinevergleich führen.

764. Diese Gefahr wurde jedoch als gering eingestuft. Maßgeblich für diese Einschätzung war die Tatsache, dass Check 24 in den meisten anderen Vergleichssparten marktführend ist und auch insgesamt eine stärkere Stellung aufweist. Auch im Bereich Strom und Gas gewinnt Check 24 immer mehr an Bedeutung. Ein Tipping hin zu Verivox erschien nach Auffassung des Bundeskartellamtes aus diesem Grund eher unwahrscheinlich. Dies gelte umso mehr, als die ProSieben Sat. 1 AG bevorzugende Konditionen immer gegen entgangene Werbeeinnahmen durch Wettbewerber abwägen müsse und Fernsehwerbung nur einen Teilbereich der Werbetätigkeit von Vergleichsplattformen ausmache. Außerdem finde sich auch in diesem Markt ein hohes Maß an Multihoming. Die Monopolkommission schätzt die Entscheidung als folgerichtig ein.

1.8 Fusionskontrolle auf regionalen Krankenhausmärkten

765. Das Bundeskartellamt hat im Mai 2014 den geplanten Zusammenschluss der Klinikum Esslingen GmbH und der Kreiskliniken Esslingen gGmbH untersagt. Die beiden Krankenhäuser der Stadt Esslingen und des Landkreises Esslingen sollten in einem paritätisch geführten Gemeinschaftsunternehmen zusammengeführt werden. Das Klinikum Esslingen ist eine Tochtergesellschaft der Stadt Esslingen am Neckar mit 634 Planbetten im Jahr 2012. Es handelt sich um ein Krankenhaus zur akutstationären Versorgung. Es ist zugleich akademisches Lehrkrankenhaus der Universität Tübingen. Alleiniger Gesellschafter der Kreiskliniken Esslingen ist der Landkreis Esslingen. Die Kreiskliniken betreiben die beiden

---

[72] Die genaue Marktabgrenzung wurde in diesem Fall offen gelassen. Bei einer engen Marktabgrenzung würden weder Meta-Suchmaschinen noch Printanzeigen in den relevanten sachlichen Markt miteinbezogen.

[73] Vgl. BKartA, Beschluss vom 24. Juli 2015, B8-67/15.

Krankenhäuser Klinikum Kirchheim-Nürtingen-Plochingen, mit je einem Standort in den drei genannten Orten sowie das Paracelsus Krankenhaus Ruit in Ostfildern. Beide Krankenhäuser dienen ebenfalls der akutstationären Versorgung und verfügten im Jahr 2012 insgesamt über 1.172 Betten. Der Zusammenschluss unterlag den Vorschriften der Zusammenschlusskontrolle, da die Umsatzschwellen des § 35 Abs. 1 GWB erreicht wurden. Stadt und Landkreis Esslingen erzielten im Jahr 2012 zusammen Umsatzerlöse von mehr als EUR 500 Mio. und einzeln jeweils mehr als EUR 100 Mio. Die Zusammenschlusstatbestände des Kontrollerwerbs gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB und des Gemeinschaftsunternehmens gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 GWB waren erfüllt.

766. Betroffen war der sachlich relevante Markt für akutstationäre Krankenhausdienstleistungen. Er umfasst sämtliche stationären medizinischen Dienstleistungen, welche die Krankenhäuser gegenüber Patienten erbringen. Davon abzugrenzen sind Märkte für Rehabilitationseinrichtungen sowie für Alten- und Pflegeheime. Reine Privatkliniken, die nicht in den Krankenhausplänen der Länder aufgenommen sind und die keine Verträge nach § 108 Sozialgesetzbuch V (SGB V) mit den Krankenkassen geschlossen haben, gehören nicht zu dem sachlich relevanten Markt. Aus Sicht des Patienten werden sie wegen der fehlenden Erstattung durch die Krankenkassen nicht als Ausweichalternative angesehen. In der Entscheidung wurde untersucht, ob eine engere Marktabgrenzung angezeigt ist, etwa weil sich der Zusammenschluss in besonderer Weise auf bestimmte medizinische Fachgebiete auswirkt. Dies ist nicht der Fall.

767. Räumlich relevanter Markt ist das Gebiet, in dem die Zusammenschlussbeteiligten ihre Leistungen anbieten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von den benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet. Entscheidend für die räumliche Marktabgrenzung ist für das Bundeskartellamt, welche Krankenhäuser aus Sicht der Patienten für ihre Versorgung in Betracht kommen. Von einem räumlich relevanten Markt mit homogenen Wettbewerbsbedingungen ist demnach dann auszugehen, wenn die Patienten, die in einem Gebiet wohnen, überwiegend die Krankenhäuser dieses Gebietes aufsuchen (Eigenversorgung). Umliegende Gebiete gehören dann zum räumlich relevanten Markt, wenn eine nicht unerhebliche Einpendlerquote existiert, d. h., wenn die dort wohnenden Patienten in einem relevanten Umfang Krankenhäuser in dem Kerngebiet eines Krankenhauses aufsuchen. Der räumlich relevante Markt vergrößert sich nicht, wenn es in einem relevanten Ausmaß zu einer Auswanderung von Patienten aus dem Gebiet kommt, ohne dass es gleichzeitig zu Einwanderungen kommt. Relevant im Rahmen der Marktabgrenzung ist ausschließlich, welche Patienten die am Zusammenschluss beteiligten Krankenhäuser nutzen. Die Abwanderung von Patienten aus einem Gebiet bleibt allerdings nicht unberücksichtigt, sondern werden im Rahmen der materiellen wettbewerblichen Prüfung berücksichtigt. Bei der räumlichen Marktabgrenzung kommt es auf das tatsächliche und nicht auf potenzielles Verhalten an. Praktisch wird der räumlich relevante Markt mittels eines mehrstufigen Verfahrens bestimmt. Zunächst wird anhand der Falldaten das Einzugsgebiet der beteiligten Krankenhäuser und der Krankenhäuser in den umliegenden Gebieten ermittelt. In weiteren Schritten wird aus Sicht der nachfragenden Patienten untersucht, in welchen Krankenhäusern sie sich behandeln lassen würden. Vorliegend führten die Ermittlungen des Bundeskartellamtes zu dem Ergebnis, dass rund 70 Prozent der Patienten aus dem Gebiet Esslingen sich in Krankenhäusern des Gebietes behandeln lassen. Im Gebiet Kirchheim/Nürtingen waren es 52,5 Prozent. Die Nachfrager aus den umliegenden Gebieten nutzen demgegenüber die Krankenhäuser ihres jeweiligen Gebietes und nehmen die Krankenhäuser in den Gebieten Esslingen und Kirchheim/Nürtingen nicht als relevante Behandlungsalternativen wahr. Das Bundeskartellamt ging auf dieser Grundlage von zwei räumlich getrennten Märkten für die beiden Regionen Esslingen und Kirchheim/Nürtingen aus. Wegen der nicht unerheblichen Nutzung der Krankenhäuser in Esslingen durch Patienten aus Kirchheim/Nürtingen hätte auch ein gemeinsamer räumlich relevanter Markt für die beiden Regionen in Betracht kommen können. Das Bundeskartellamt ließ das offen, da die räumliche Marktabgrenzung es aus seiner Sicht nicht entscheidungsrelevant war.

768. Die Monopolkommission hat sich mit der Abgrenzung von Märkten für Krankenhausdienstleistungen ausführlich in ihrem XVII. Hauptgutachten befasst.[74] Kritisch gesehen wurde insbesondere die Praxis, alle akutstationären Leistungen der diagnosebezogenen Fallgruppen (Diagnosis Related Groups, DRG) in die sachliche Marktabgrenzung mit einzubeziehen, da es hierdurch insbesondere bei der Übernahme eines kleinen Krankenhauses durch ein Großes oder bei der Fusion von Fachklinken dazu kommen kann, dass Krankenhäuser einem Markt zugeordnet werden, die aufgrund ihres

---

[74] Vgl. Monopolkommission, XVII. Hauptgutachten, Weniger Staat, mehr Wettbewerb, Baden-Baden 2008, Tz. 535 ff.

Leistungsspektrums nicht demselben Markt angehören. Dem entspricht das Bundeskartellamt in seiner neueren Entscheidungspraxis dadurch, dass eine engere Marktabgrenzung, d. h. eine nach überwiegend auftretenden Fallgruppen, zumindest geprüft wird. Die weite Marktabgrenzung, bei der sämtliche akutstationären Leistungen demselben relevanten Markt zugerechnet werden, hat der Bundesgerichtshof bei dem Zusammenschlussvorhaben Rhön-Klinikum/Kreiskrankenhaus Bad Neustadt befürwortet, ohne jedoch auszuschließen, dass im Einzelfall eine engere Abgrenzung sachgerecht sein könnte.[75]

769. Im Rahmen der räumlichen Marktabgrenzung geht das Bundeskartellamt weiterhin den Weg, die aktuellen Patientenströme und die sich daraus ergebende Nachfragesituation als relevantes Abgrenzungskriterium heranzuziehen. Das ist deshalb problematisch, weil der statische Blick auf die Patientenströme nur eine eingeschränkte Aussage zulässt, wie leicht ein Krankenhaus in einer Region durch ein anderes in einer angrenzenden Region substituiert werden kann. Die Monopolkommission hatte in einem früheren Hauptgutachten vorgeschlagen, auf eine räumliche Marktabgrenzung zu verzichten und stattdessen eine statistisch relevante Patientenzahl zu befragen, in welchem Krankenhaus sie sich hätten behandeln lassen, wenn das von ihnen gewählte nicht zur Verfügung gestanden hätte. Je größer der Anteil der Patienten ist, die stattdessen in die Klinik der anderen Zusammenschlussbeteiligten gegangen wären, desto problematischer ist aus wettbewerblicher Sicht der Zusammenschluss. Eine zusätzliche räumliche Marktabgrenzung ist für eine solche Analyse nicht erforderlich, sie ergibt sich bereits aus den Antworten der Patienten. Alle Kliniken, die aus deren Sicht eine Alternative darstellen, sind Teil des räumlich relevanten Marktes.

770. Der hier betrachtete Zusammenschluss Klinikum Esslingen/Kreiskliniken Esslingen hätte auf den räumlich relevanten Märkten für akutstationäre Krankenhausdienstleistungen in Esslingen und in Kirchheim/Nürtingen zur Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung geführt, was zugleich eine erhebliche Behinderung des wirksamen Wettbewerbs darstellt. Im Markt Esslingen ist das Klinikum Esslingen mit einem Marktanteil von mehr als 45 Prozent führender, aber nach den Feststellungen des Bundeskartellamtes nicht marktbeherrschender Anbieter. Zweitgrößter Anbieter mit einem Marktanteil von ca. 30 Prozent ist die Kreiskliniken Esslingen. Nachfolgende Wettbewerber, wie das Klinikum Stuttgart, verfügen in dem Marktgebiet nicht über ein Krankenhaus und halten Marktanteile von weniger als 10 Prozent oder sogar deutlich darunter. Nach dem Zusammenschluss hätten die Zusammenschlussparteien über einen gemeinsamen Marktanteil von etwa 75 Prozent verfügt. Ein ähnliches Bild ergab sich auf dem räumlich relevanten Markt Kirchheim/Nürtingen. Hier verfügte die Kreiskliniken Esslingen vor dem Zusammenschluss über eine Marktanteil von mehr als 55 Prozent und das Klinikum Esslingen über 12,5 Prozent. Die Universitätsklinik Tübingen und das Klinikum Stuttgart verfügen jeweils über Marktanteile von weniger als 7,5 Prozent. Nach dem Zusammenschluss hätte sich ein gemeinsamer Marktanteil von etwa 67,5 Prozent ergeben. Der Marktanteilsabstand zu den nachfolgenden Wettbewerbern wäre beträchtlich gewesen. Jeweils ähnliche Bilder ergaben sich bei einer fachabteilungsbezogenen Betrachtung für die Fachabteilungen für Chirurgie, Innere Medizin und Gynäkologie und Geburtshilfe sowie bei einer Betrachtung eines gemeinsamen räumlichen Marktes Esslingen/Kirchheim/Nürtingen.

771. Die potenziellen Zusammenschlussparteien sind – so das Bundeskartellamt in seiner Entscheidung – auf den betrachten relevanten Märkten enge Wettbewerber. Die jeweils anderen Krankenhäuser stellen in beiden Fällen die jeweils erste Behandlungsalternative dar. Ohne den Zusammenschluss wird der wettbewerbliche Verhaltensspielraum vor allem von dem jeweils anderen Unternehmen eingeschränkt. Mit dem Zusammenschluss wäre nach den Feststellungen des Amtes auf beiden Märkten erheblicher Wettbewerbsdruck entfallen. Zudem wäre es auf keinem der betrachteten Märkte zu zusammenschlussbedingten Vorteilen in Form von Effizienzen gekommen, die die Nachteile für den Wettbewerb und die Patienten kompensiert hätten.

772. Anders beurteilt hat das Bundeskartellamt den geplanten Erwerb der Klinik Tettnang durch das Klinikum Friedrichshafen. Der Zusammenschluss wurde im Rahmen der ersten Untersuchungsphase freigegeben. Entscheidend für die kurze Untersuchungsdauer war, dass der Zusammenschluss Ende des Jahres 2013 bereits angemeldet und im Rahmen eines Hauptprüfverfahren intensiv geprüft wurde. Auf diese Prüfungsergebnisse konnte das Bundeskartellamt zurückgreifen, als die Anmeldung zunächst zurückgezogen und dann kurzfristig wieder eingereicht wurde. Betroffen von dem Zusammenschluss war das städtische Klinikum Friedrichshafen, welches in Friedrichshafen am Bodensee ein Allgemein-

---

[75] BGH, Beschluss vom 16. Januar 2008, KVR 26/07, BGHZ 175, 333 (zit. nach Juris), Rz. 51 ff.

krankenhaus mit 370 Planbetten in 14 Fachabteilungen betreibt. Zu dem Klinikum Friedrichshafen gehört ein weiteres Allgemeinkrankenhaus mit 133 Betten und fünf Fachabteilungen in dem Ort Weingarten. Das Erwerbsobjekt, die Klinik Tettnang, ist ebenfalls ein Allgemeinkrankenhaus mit 140 Planbetten und 7 Fachabteilungen. Betroffen war auch hier der sachlich relevante Markt für akutstationäre Krankenhausdienstleistungen.

773. Der Zusammenschluss hat in Friedrichshafen zu erheblichen Überschneidungen und hohen Marktanteilsadditionen geführt. Gleichwohl war nach Auffassung des Bundeskartellamtes keine erhebliche Behinderung des wirksamen Wettbewerbs zu erwarten. Dagegen sprach, dass es sich bei dem Marktgebiet Friedrichshafen nicht um ein Gebiet mit homogenen Wettbewerbsverhältnissen handelt. Während in zwei Teilgebieten mit dem Helios Spital Überlingen und der Asklepios Klinik Lindau starke Wettbewerber existieren, die von den Patienten als Ausweichalternative angesehen würden, sei dies im Kerngebiet des relevanten Marktes nicht gegeben. Gleichwohl gab es nach Auffassung des Bundeskartellamtes keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass die Beteiligten nach dem Zusammenschluss ihren Leistungsumfang oder die Qualität der Leistungen einschränken könnten. Für diese Annahme sprach, dass ein jeweils bedeutender Anteil der Patienten beider Beteiligter von außerhalb des Kerngebietes stammt und bei Leistungseinschränkungen und Qualitätsverschlechterungen zu den Wettbewerbern abwandern könnte. Die Helios- und Asklepios-Kliniken würden nach den Ermittlungen des Amtes über entsprechende Kapazitäten verfügen. Zudem sprach für eine Freigabe, dass sich die Leistungspalette des Klinikum Friedrichshafen und der Klinik Tettnang vergleichsweise weit unterscheiden. Dazu wurde mithilfe der DRG-Klassifikation untersucht, auf welche Patienten sich das Zusammenschlussvorhaben tatsächlich auswirkt. Im Ergebnis war dies bei Patienten der Fall, die nur etwa zur Hälfte zu dem vom Klinikum Friedrichshafen erzielten Umsatz beitragen. Auf dieser Grundlage sei nicht zu erwarten, dass der Zusammenschluss zu relevanten Leistungs- und Qualitätsverschlechterungen führe.

774. In einem weiteren Fall, der nach Auffassung des Bundeskartellamtes erhebliche Wettbewerbsbedenken hervorgerufen hätte, griff die Fusionskontrolle nicht ein, weil die Umsatzschwelle von EUR 500 Mio. weltweitem Gesamtumsatz des § 35 Abs. 1 Nr. 1 GWB nicht erreicht wurde. Betroffen war der beabsichtigte Zusammenschluss der drei Krankenhausbetriebe Klinikum Hersfeld GmbH, Kreiskrankenhaus Rotenburg a. d. Fulda GmbH und Herz- und Kreislaufzentrum Rotenburg (HKZ) GmbH & Co. Betriebs KG zu einem Krankenhausverbund. Träger der drei Krankenhäuser sind der Landkreis Hersfeld-Rotenburg, die HKZ GmbH & Co. Betriebs KG sowie der Evangelische Diakonieverein Berlin-Zehlendorf e. V. Deren gemeinsame Umsätze lagen im Jahr 2013 deutlich unter EUR 500 Mio. Gleichwohl hatte das Bundeskartellamt erhebliche Wettbewerbsbedenken. Der Zusammenschluss hätte auf dem Markt für akutstationäre Krankenhausleistungen im Marktgebiet Bad Hersfeld zu einem gemeinsamen Marktanteil von mehr als 75 Prozent geführt. Andere Anbieter, die eine wesentliche Rolle bei der Patientenversorgung in der Region spielen könnten, gibt es nach den Ermittlungen des Bundeskartellamtes nicht. Das Amt hatte den Trägern mitgeteilt, dass die Fusionskontrolle nicht greift, dass aber wettbewerbliche Bedenken bestehen. Der Zusammenschluss ist nach den hier vorliegenden Erkenntnissen nicht vollzogen worden.

775. Die Monopolkommission hat in einem früheren Gutachten darauf hingewiesen, dass die Zusammenschlusskontrolle bei Krankenhausfusionen wegen der Umsatzschwellen des GWB gegebenenfalls nicht greift und es deshalb zu Wettbewerbsbeeinträchtigungen auf regionalen Krankenhausmärkten kommen kann. Regelmäßig unterfallen Krankenhausfusionen nur dann der Zusammenschlusskontrolle, wenn diese zu größeren Unternehmen gehören oder eine Gebietskörperschaft als Träger gleichzeitig Eigentümerin einer Sparkasse, Lotto- oder Abfallentsorgungsgesellschaft ist. In der Folge könnte es vorkommen, dass Fusionen nicht aufgegriffen werden, obwohl damit gravierende Wettbewerbsbeschränkungen verbunden sein können. Vorgeschlagen wurde, einen Umsatzmultiplikator in § 38 GWB zu verankern, nachdem die Umsätze von Krankenhausunternehmen für die Zwecke der Fusionskontrolle zu verdreifachen wären. Die Monopolkommission hat aber auch darauf hingewiesen, dass ein Umsatzmultiplikator nur nötig ist, wenn tatsächlich systematisch wettbewerbsschädliche Krankenhausfusionen der Zusammenschlusskontrolle entzogen sind. Der vom Bundeskartellamt genannte Fall passt in diese Kategorie. Für ein systematisches Auftreten solcher Fälle gibt es allerdings bisher keine Anzeichen. Die vom Bundeskartellamt jüngst angekündigte Sektoruntersuchung im Bereich des Krankenhauswesens böte die Gelegenheit, dieser Frage vertieft nachzugehen.

2 Europäische Fusionskontrolle

2.1 Einführung

776. Im aktuellen Berichtszeitraum 2014/2015 ist die Zahl der Anmeldungen im Vergleich zu den drei vorangegangenen Berichtszeiträumen erstmals wieder gestiegen. Die im letzten Berichtszeitraum umgesetzte Modifizierung des fusionskontrollrechtlichen Verfahrens hat sich in einer deutlichen Erhöhung der Anzahl der Fälle, die im vereinfachten Verfahren abgeschlossen wurde, niedergeschlagen. Während im letzten Berichtszeitraum insgesamt drei Untersagungen ausgesprochen worden waren, hat die Europäische Kommission in den Jahren 2014 und 2015 kein Zusammenschlussvorhaben verboten.[76]

777. Der Berichtszeitraum war von einer weiteren Konsolidierung des Telekommunikationsmarktes geprägt. Die Zusammenschlussvorhaben betrafen jeweils Unternehmen mit Sitz in demselben Mitgliedstaat, grenzüberschreitende Transaktionen blieben im Berichtszeitraum aus. Angemeldet wurden Zusammenschlussvorhaben zwischen Mobilfunkbetreibern, zwischen Festnetzbetreibern und zwischen Mobilfunk- und Festnetzbetreibern. Die Europäische Kommission betonte, dass ihre Entscheidungen nicht von einer bestimmten Anzahl an nach dem jeweiligen Zusammenschluss verbleibenden Anbietern (keine „magic number"), sondern stets von den Umständen des Einzelfalls abhängig sei. Fast alle Zusammenschlussvorhaben wurden unter Nebenbestimmungen freigegeben. In dem Fall TeliaSonera/Telenor/JV nahmen die Parteien ihre Anmeldung zurück, nachdem die Europäische Kommission signalisiert hatte, dass die angebotenen Zusagen nicht ausreichten, um die festgestellten Wettbewerbsbedenken auszuräumen. Mit dem genannten Verfahren und der Untersagung des Zusammenschlusses Hutchison 3G UK/Telefónica UK im Mai 2016 scheint sich eine strengere Haltung der Europäischen Kommission zu Zusammenschlussvorhaben im Telekommunikationssektor durchzusetzen.

778. Einen weiteren Schwerpunkt der Fusionskontrollpraxis während des Berichtszeitraums bildete die Auseinandersetzung mit dem Aspekt des Innovationswettbewerbs. Die Europäische Kommission bestätigte ihre bisherige Entscheidungspraxis, wonach auch Produkte in einem fortgeschrittenen Entwicklungsstadium bei der wettbewerblichen Prüfung berücksichtigt werden müssen. In dem Verfahren Novartis/GlaxoSmithKline Oncology Business entwickelte sie ihre Grundsätze zur Beurteilung von Innovationswettbewerb weiter.

779. Auch im aktuellen Berichtszeitraum haben die Zusammenschlussparteien in einer Reihe von Verfahren Effizienzgewinne vorgetragen. Ganz überwiegend lagen die Voraussetzungen für eine Anerkennung der geltend gemachten Effizienzen allerdings nicht vor. Auch die Entwicklung hin zu einer stärker quantitativ basierten Entscheidungspraxis setzte sich fort. Die Europäische Kommission hat in mehreren Fällen neben einer qualitativen Untersuchung quantitative Analysen vorgenommen. Ziel dieser Untersuchungen waren z. B. die Feststellung der sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung, die Prognose der künftigen Preisentwicklung sowie die Überprüfung von geltend gemachten Effizienzgewinnen.

780. Die Europäische Kommission verfolgte im aktuellen Berichtszeitraum ihr Vorhaben, das Verfahren der europäischen Fusionskontrolle zu vereinfachen, weiter. Keine Priorität misst sie derzeit einer Erweiterung ihrer Zuständigkeit durch die Erfassung nicht kontrollierender Minderheitsbeteiligungen bei. Stattdessen prüft sie gegenwärtig, ob die Aufnahme eines Aufgreifkriteriums in die europäische Fusionskontrolle erforderlich ist, das nicht rein umsatzbezogen ist, sondern vom Transaktionsvolumen abhängt.

2.2 Statistische Angaben

781. Während des Berichtszeitraums 2014/2015 wurden nach Angaben der Europäischen Kommission 640 Zusammenschlussvorhaben angemeldet. Hiervon entfielen 303 Anmeldungen auf das Jahr 2014 und 337 auf das Jahr 2015. Während in den vorangegangenen drei Berichtszeiträumen die Anzahl der Notifizierungen kontinuierlich rückläufig war

---

[76] Am 11. Mai 2016, also außerhalb des Berichtszeitraums, hat die Europäische Kommission die Übernahme von Telefónica UK durch Hutchison 3G UK untersagt, Entscheidung vom 11. Mai 2016, M.7612, Hutchison 3G UK/Telefónica UK. Die Entscheidung ist noch nicht veröffentlicht; vgl. EU-Kommission, Pressemitteilung vom 11. Mai 2016, IP/16/1704.

(2008/2009: 606, 2010/2011: 583, 2012/2013: 560), ist im aktuellen Berichtszeitraum zum ersten Mal wieder ein deutlicher Anstieg zu verzeichnen. Allerdings wird das Niveau der „Rekord"-Jahre 2006/2007 mit 758 Anmeldungen nicht erreicht.

782. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen haben die Möglichkeit, bereits vor einer Anmeldung die Verweisung des Fusionskontrollverfahrens an die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten oder an die Europäische Kommission zu beantragen. Während des aktuellen Berichtszeitraums stellten die Zusammenschlussparteien 29 Anträge nach Art 4 Abs. 4 Fusionskontrollverordnung (FKVO) auf Verweisung des Verfahrens an einen Mitgliedstaat. Im Vergleich zum Berichtszeitraum 2012/2013 mit 24 Anträgen ist ein leichter Anstieg zu verzeichnen. In 26 Fällen gab die Europäische Kommission das Verfahren vollständig ab. Zu einer teilweisen Verfahrensabgabe kam es 2014 in keinem, 2015 in zwei Fällen. Die Europäische Kommission lehnte in keinem Fall die beantragte Verweisung vollständig ab.[77]

783. Ebenfalls leicht angestiegen sind die Anträge der Zusammenschlussparteien auf Abgabe des Fusionskontrollverfahrens an die Europäische Kommission. Während im Berichtszeitraum 2012/2013 35 Anträge nach Art. 4 Abs. 5 FKVO vorlagen, waren es in den Jahren 2014/2015 insgesamt 39 Anträge. In 38 Fällen war der Verweisungsantrag erfolgreich, nur einmal wurde die Verfahrensabgabe verweigert.

784. Weiter rückläufig ist die Zahl der Verweisungsanträge nach Art. 22 FKVO, die von einem oder mehreren Mitgliedstaaten mit dem Ziel gestellt werden, einen Zusammenschlusses ohne gemeinschaftsweite Bedeutung durch die Europäische Kommission prüfen zu lassen. Während im vorangehenden Berichtszeitraum noch vier Anträge eingereicht worden waren, waren es im aktuellen Berichtszeitraum lediglich zwei Anträge. Die Europäische Kommission hat in zwei Fällen eine Prüfung durchgeführt, es wurde kein Antrag nach Art. 22 FKVO abgelehnt.

785. Die Anzahl der Anträge nach Art. 9 FKVO, mit denen ein Mitgliedstaat die Verfahrensabgabe an die jeweilige nationale Wettbewerbsbehörde erreichen kann, beläuft sich auf fünf. Im Vergleich zum vorigen Berichtszeitraum mit vier Anträgen bleibt die Anzahl auf niedrigem Niveau in etwa konstant. In den Jahren 2010/2011 und 2008/2009 wurden mit 13 bzw. acht noch wesentlich mehr Verweisungsanträge gemäß Art. 9 FKVO verzeichnet.

786. Bemerkenswert ist der Umstand, dass im aktuellen Berichtszeitraum keine einzige vollständige und nur eine teilweise Verfahrensabgabe nach Art. 9 FKVO erfolgten. Stattdessen lehnte die Europäische Kommission sowohl im Jahr 2014 als auch im Jahr 2015 jeweils drei Verweisungsanträge vollständig ab. Nur in einem Fall im Jahr 2015 gab sie das Verfahren teilweise ab.

787. Von den sechs genannten Ablehnungen betrafen fünf solche Zusammenschlussvorhaben, in denen Telekommunikationsmärkte im Mittelpunkt der wettbewerblichen Prüfung standen. Die Europäische Kommission lehnte in den Fällen Telefónica Deutschland/E-Plus, Liberty Global/Ziggo, Orange/Jazztel, Altice/PT Portugal sowie Hutchison 3G UK/Telefónica UK die Verweisungsanträge Deutschlands, der Niederlande, Spaniens, Portugals und des Vereinigten Königreichs ab. Damit setzte sie ihre Entscheidungspraxis fort, die sich bereits in dem Verfahren Hutchison 3G Austria/Orange Austria abgezeichnet hatte. Die Europäische Kommission hielt sich in jedem der genannten Fälle für die Wettbewerbsbehörde, die am besten zur Prüfung der jeweiligen Zusammenschlussvorhaben geeignet sei. Zur Begründung führte sie ihre Erfahrungen bei der Beurteilung von Zusammenschlüssen im Telekommunikationssektor und die Wahrung der einheitlichen Anwendung der Fusionskontrollregeln in der genannten Branche an.[78]

788. Die Europäische Kommission erließ In dem Verfahren Altice/PT Portugal eine Freigabeentscheidung mit Nebenbestimmungen in der ersten Verfahrensphase. In den Fällen Telefónica Deutschland/E-Plus, Liberty Global/Ziggo und Orange/Jazztel erlaubte sie die Zusammenschlüsse nach Durchführung der zweiten Verfahrensphase ebenfalls nur unter Bedingungen und Auflagen. In dem Verfahren Hutchison 3G UK/ Telefónica UK hat die Europäische Kommission die zweite Verfahrensphase eingeleitet, die abschließende Entscheidung steht noch aus.

---

[77] Die Zahl der im Berichtszeitraum gestellten Anträge muss nicht mit der Zahl der getroffenen Entscheidungen übereinstimmen, da die Entscheidungen zum Teil im vorangegangenen Berichtszeitraum gestellte Anträge betreffen, zum Teil wird über die im Berichtszeitraum gestellten Anträge erst 2016 entschieden. Dies gilt gleichermaßen für Anträge nach Art. 4 , 9 und Art. 22 FKVO.

[78] Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 657 ff.

789. Die Europäische Kommission schloss im vorliegenden Berichtszeitraum insgesamt 604 Verfahren in der ersten Verfahrensphase mit Entscheidungen nach Art. 6 Abs. 1 lit. a, Art. 6 Abs. 1 lit. b und Art. 6 Abs. 1 lit. b i. V. m. Art. 6 Abs. 2 FKVO ab. Auf Grundlage des Art. 6 Abs. 1 lit. a FKVO lehnte die Europäische Kommission in zwei Fällen ihre Zuständigkeit ab. In 577 Fällen (280 in 2014 und 297 in 2015) beendete sie das Verfahren gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. b FKVO, ohne ernsthafte Bedenken gegen die geplanten Transaktionen zu erheben. In 25 Fällen gab die Europäische Kommission die Zusammenschlussvorhaben in der ersten Verfahrensphase gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. b in Verbindung mit Abs. 2 FKVO nur unter Bedingungen und Auflagen frei.

790. Weiter erhöht hat sich die Anzahl der Fälle, die in der ersten Verfahrensphase im vereinfachten Verfahren abgeschlossen wurden. Die Europäische Kommission hat das vereinfachte Verfahren, das in offensichtlich unproblematischen Konstellationen zur Anwendung kommen soll, in 429 Fällen angewendet. Vergleicht man die Anzahl der Freigabeentscheidungen ohne Nebenbestimmungen in der ersten Verfahrensphase mit der Anzahl der Fälle, die im vereinfachten Verfahren erledigt werden, zeigt sich, dass etwa 71 Prozent der Erste-Phase-Verfahren im vereinfachten Verfahren abgeschlossen wurden. Legt man die Gesamtzahl aller Anmeldungen zugrunde, sind es ca. 67 Prozent der Verfahren. Im vorigen Berichtszeitraum waren es noch ca. 64 bzw. ca. 60 Prozent.

791. Der Anstieg dürfte auf die im letzten Berichtszeitraum erfolgte Überarbeitung der Bekanntmachung über das vereinfachte Verfahren zurückzuführen sein. Die Europäische Kommission prognostizierte damals, dass im Rahmen des erweiterten Anwendungsbereichs des vereinfachten Verfahrens künftig ca. 60 bis 70 Prozent aller Fälle schneller abgeschlossen werden könnten.

792. In 19 Fällen leitete die Europäische Kommission die zweite Verfahrensphase mit einer Entscheidung nach Art. 6 Abs. 1 lit. c FKVO ein. Damit wurde – ähnlich wie im vergangenen Berichtszeitraum – in ca. drei Prozent der angemeldeten Zusammenschlussvorhaben eine vertiefte Prüfung angestoßen.

793. Nach vertiefter Prüfung gab die Europäische Kommission drei Vorhaben gemäß Art. 8 Abs. 1 FKVO ohne Nebenbestimmungen frei, in zwölf Fällen beendete sie das Verfahren mit einer Freigabe unter Bedingungen und Auflagen nach Art. 8 Abs. 2 FKVO. Während des aktuellen Berichtszeitraums sprach die Europäische Kommission keine Untersagung nach Art. 8 Abs. 3 FKVO aus. Die Anzahl der Untersagungsentscheidungen seit Inkrafttreten der Fusionskontrollverordnung blieb daher mit 24 konstant. Allerdings nahmen die Zusammenschlussparteien in den Jahren 2014/2015 insgesamt 14 Vorhaben zurück, zwölf in der ersten und zwei in der zweiten Verfahrensphase. Nach nur sechs Rücknahmen im vorigen Berichtszeitraum stieg die Zahl der Rücknahmen somit deutlich an und überstieg leicht das Niveau von 2010/2011 mit 13 Fällen.

2.3 Wettbewerbliche Beurteilung

2.3.1 Maßgebliches „Counterfactual“ und Sanierungsfusion

794. Bei der Bewertung der wettbewerblichen Auswirkungen eines Zusammenschlusses vergleicht die Europäische Kommission die Wettbewerbsbedingungen, die sich aus der angemeldeten Fusion ergeben, mit den Bedingungen, wie sie ohne den Zusammenschluss herrschen würden („Counterfactual“).[79] In den meisten Fällen sind die zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses vorherrschenden Wettbewerbsbedingungen der Vergleichsmaßstab zur Bewertung der Auswirkungen einer Fusion. Unter besonderen Umständen kann die Europäische Kommission jedoch zukünftige Änderungen im Markt berücksichtigen, die mit einiger Sicherheit erwartet werden können. Bei der Erwägung, welcher Vergleichsmaßstab heranzuziehen ist, kann sie insbesondere den zu erwartenden Marktzugang oder -austritt von Unternehmen für den Fall berücksichtigen, dass der Zusammenschluss nicht erfolgt.

795. Daneben kann die Europäische Kommission laut Horizontal-Leitlinien zu dem Ergebnis gelangen, dass ein eigentlich problematisches Vorhaben dennoch mit dem Gemeinsamen Markt zu vereinbaren ist, wenn eines der beteiligten

---

[79] EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Zusammenschlüssen, ABl. EU 2004/C31/05 vom 5. Februar 2004 (Horizontal-Leitlinien), Tz. 9.

Unternehmen ohne den Zusammenschluss aus dem Markt ausscheiden würde (Sanierungsfusion).[80] Grundvoraussetzung ist, dass die Verschlechterung der Wettbewerbsstruktur nach dem Zusammenschluss nicht auf diesen zurückgeführt werden kann. Dies wäre der Fall, wenn sich die Wettbewerbsstruktur des Marktes ohne den Zusammenschluss zumindest im gleichen Ausmaß verschlechtern würde. Die Europäische Kommission hält die folgenden Kriterien für die Anwendung des Prinzips der Sanierungsfusion für besonders wichtig: Erstens muss das Unternehmen, welches einen Sanierungsfall darstellen soll, aufgrund seiner finanziellen Schwierigkeiten gezwungen sein, in naher Zukunft aus dem Markt auszuscheiden, falls es nicht durch ein anderes Unternehmen übernommen wird. Zweitens darf es zu dem angemeldeten Zusammenschluss keine weniger wettbewerbswidrige Verkaufsalternative geben. Drittens würden die Vermögenswerte des gescheiterten Unternehmens ohne den Zusammenschluss zwangsläufig vom Markt genommen werden.

796. Im Berichtszeitraum wurden die Entscheidungen der Europäischen Kommission betreffend die Zusammenschlussvorhaben Nynas/Shell/Raffinerie Harburg sowie Aegean/Olympic II veröffentlicht.[81] Die Europäische Kommission prüfte in beiden Fällen die Voraussetzungen der Sanierungsfusion und gab die Zusammenschlussvorhaben nach detaillierter Prüfung der wettbewerblichen Auswirkungen in der zweiten Verfahrensphase ohne Nebenbestimmungen frei. Allerdings führte sie diese Untersuchung nur im Verfahren Aegean/Olympic II unter dem Stichwort der Sanierungsfusion durch, wohingegen die Voraussetzungen des Sanierungseinwands im Verfahren Nynas/Shell/Raffinerie unter dem Aspekt des maßgeblichen „Counterfactual" geprüft wurden.

797. Der Zusammenschluss Aegean/Olympic II wirkte sich im Wesentlichen auf den Passagierflugverkehr zwischen Athen und den griechischen Inseln aus.[82] Bei der wettbewerbsrechtlichen Würdigung der betroffenen Flugstrecken stellte die Europäische Kommission fest, dass seit ihrer Entscheidung in der Sache Olympic/Aegean Airlines[83] die Überschneidungen des Tätigkeitsbereichs der beiden Unternehmen kontinuierlich zurückgegangen waren, sodass nur noch sieben Inlandsstrecken von beiden Unternehmen bedient würden. Auf diesen Strecken würde das Zusammenschlussvorhaben nach Einschätzung der Europäischen Kommission allerdings zur Entstehung von Monopolstellungen oder jedenfalls zum Wegfall eines der beiden engsten Wettbewerber führen. Auf sechs weiteren Strecken würde jedenfalls potenzieller Wettbewerbsdruck entfallen.

798. Nach Ansicht der Europäischen Kommission ging weder von Direktflügen von ausländischen Flughäfen zu den griechischen Inseln noch von Fährverbindungen ausreichender Wettbewerbsdruck aus. Die Europäische Kommission verneinte ferner die Wahrscheinlichkeit eines zeitnahen und hinreichenden Markteintritts durch eine andere Fluggesellschaft. Im Rahmen einer Marktuntersuchung kam sie zu dem Schluss, dass ein Markteintritt auf innergriechischen Strecken mit erheblichen versunkenen Kosten verbunden wäre, insbesondere wegen hoher Marketingkosten und des Erfordernisses, zunächst günstige Einführungspreise festzulegen. Zudem stellte die Europäische Kommission fest, dass sowohl die sinkende Nachfrage auf dem innergriechischen Markt wie auch die bestehenden Unsicherheiten bezüglich der künftigen Marktentwicklung aufgrund der anhaltenden Wirtschaftskrise in Griechenland Marktzutrittshürden darstellten. Darüber hinaus würden die hohen Gebühren des Flughafens Athen dazu beitragen, dass Fluggesellschaften von einem Markteintritt abgeschreckt werden. Auch eine Befragung möglicher Wettbewerber durch die Europäische Kommission lieferte keine Hinweise auf einen hinreichend wahrscheinlichen Markteintritt. Die Europäische Kommission gelangte daher vorläufig zu dem Schluss, dass durch den Zusammenschluss auf elf Flugstrecken wirksamer Wettbewerb erheblich beeinträchtigt werden würde.

799. Nachdem die Anmelderin während des laufenden Verfahrens den Einwand der Sanierungsfusion erhoben hatte, untersuchte die Europäische Kommission deren Voraussetzungen. Zunächst prüfte die Europäische Kommission, ob Olympic aufgrund finanzieller Probleme aus dem Markt ausscheiden würde, wenn Aegean das Unternehmen nicht übernehmen würde. Nach den Erkenntnissen der Europäischen Kommission war Olympic seit der Übernahme durch die Muttergesellschaft Marfin im Jahr 2009 nicht rentabel. Zudem rechnete die Europäische Kommission damit, dass Olym-

---

80 EU-Kommission, Horizontal-Leitlinien, a. a. O., Tz. 89 ff.

81 Beide Entscheidungen ergingen bereits im Jahr 2013, wurden allerdings erst im aktuellen Berichtszeitraum veröffentlicht.

82 EU-Kommission, Entscheidung vom 9. Oktober 2013, M.6796 – Aegean/Olympic II.

83 EU-Kommission, Entscheidung vom 26. Januar 2011, M.5830 – Olympic/Aegean Airlines.

pic auch in den kommenden Jahren defizitär wäre, da es trotz Umstrukturierungen in den letzten Jahren seine Rentabilität nicht habe herstellen können. Eine weitere finanzielle Unterstützung durch die Muttergesellschaft Marfin sah die Europäische Kommission als unwahrscheinlich an, da diese wegen ihrer ebenfalls angespannten Finanzlage nicht in der Lage sein würde, künftig einen zusätzlichen Finanzbedarf von Olympic zu decken.

800. Die Europäische Kommission bejahte auch die zweite Voraussetzung des Sanierungseinwands, wonach es keine weniger wettbewerbsschädliche Erwerberalternative geben darf. Zur Begründung verwies sie auf die früheren erfolglosen Verkaufsversuche des griechischen Staates im Zuge der Privatisierung von Olympic. Zudem befragte die Europäische Kommission 20 Fluggesellschaften nach einem eventuellen Erwerbsinteresse. Lediglich eines der befragten Unternehmen bekundete grundsätzliches Interesse; dies erschien der Europäischen Kommission allerdings wegen seiner geringen Größe und Finanzkraft als ungeeignet. Daher kam sie zu dem Schluss, dass ausschließlich Aegean ein ernsthaftes Interesse an dem Erwerb von Olympic habe.

801. Auch die dritte Voraussetzung der Sanierungsfusion, das zwangsläufige Ausscheiden der Vermögenswerte des sanierungsbedürftigen Unternehmens aus dem Markt, sah die Europäische Kommission als erfüllt an. Die Marke, die den wesentlichen Teil des Vermögens von Olympic ausmache, würde zwar im Wesentlichen an den griechischen Staat als Eigentümer zurückfallen, der diese prinzipiell auch wieder verkaufen könne. Nach Auffassung der Europäischen Kommission war der Erwerb der Marke durch einen Wettbewerber jedoch mangels Kaufinteresse unwahrscheinlich. Aus den genannten Gründen gab die Europäische Kommission den Zusammenschluss ohne Bedingungen und Auflagen frei.

802. Mit Entscheidung vom September 2013 hat die Europäische Kommission die beabsichtigte Übernahme der Raffinerieanlagen von Shell durch das schwedische Unternehmen Nynas freigegeben.[84] Nynas ist ein weltweit tätiges Unternehmen für naphthenische Grund- und Prozessöle sowie Transformatorenöle, welches die Übernahme wesentlicher Teile der Raffinerieanlagen in Hamburg-Harburg von Shell beabsichtigte. Durch die angemeldete Transaktion sollten die Grundölproduktionsanlage und bestimmte Teile der Raffinerie als wesentliche Vermögenswerte der Raffinerie Harburg durch einen 25-jährigen Pachtvertrag mit Verkaufsoption für Shell und Kaufoption für Nynas und somit die dauerhafte Kontrolle über die Vermögenswerte der Raffinerie Harburg auf Nynas übergehen.

803. Von dem Zusammenschluss betroffen war im Wesentlichen der Markt für den Verkauf von naphthenischen Grund- und Prozessölen sowie Transformatorenölen im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR). Nach dem Vollzug der Übernahme verbleibt das zusammengeschlossene Unternehmen Nynas als einziger Hersteller für naphthenische Grund- und Prozessöle im EWR und wird hier außerdem zum größten Hersteller von Transformatorenölen. Der einzige nennenswerte Wettbewerber ist das US-amerikanische Unternehmen Ergon, welches seit 2008 über Importe auf dem Markt tätig ist.

804. Wegen der hieraus resultierenden wettbewerblichen Bedenken leitete die Europäische Kommission daher das Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 lit. c FKVO ein, kam bei der anschließenden Prüfung jedoch zu dem Ergebnis, dass der Zusammenschluss freizugeben sei. Bei ihrer wettbewerblichen Analyse untersuchte die Europäische Kommission die Wettbewerbsbedingungen infolge des Zusammenschlusses und verglich diese mit der voraussichtlichen Entwicklung der Verhältnisse ohne den Zusammenschluss („Counterfactual"). Sie berücksichtigte hierbei auch zukünftige Änderungen im Markt, die ohne den Zusammenschluss eintreten, wenn diese mit einiger Sicherheit erwartet werden können.

805. Im Rahmen dieser Prüfung untersuchte die Europäische Kommission, ob die Raffinerieanlagen ohne den Zusammenschluss in absehbarer Zeit geschlossen werden würden, ob es eine weniger wettbewerbswidrige Verkaufsalternative gebe und ob die betroffenen Vermögenswerte ohne den Zusammenschluss aus dem Markt ausscheiden würden. Sie begründete dies damit, dass bei Vorliegen dieser drei Kriterien eine eintretende Verschlechterung der Wettbewerbsverhältnisse nicht durch den Zusammenschluss verursacht wäre. Vielmehr würden sich die Wettbewerbsbedingungen dann auch ohne den Zusammenschluss mindesten in demselben Maße verschlechtern.

---

[84] EU-Kommission, Entscheidung vom 2. September 2013, M.6360 – Nynas/Shell/Harburg Refinery, Vgl. auch Tz. 824 in diesem Gutachten.

806. Nach den Ermittlungen der Europäischen Kommission waren die vom Zusammenschluss betroffenen Vermögenswerte der Raffinerie Harburg in den letzten Jahren defizitär. Daneben würde die Betriebsfortführung durch die Shell auch zukünftig zu erheblichen Verlusten führen, sodass eine Schließung des Standorts für Shell erheblich attraktiver erschien als die Weiterführung der Anlage. Hinzu kam eine öffentliche Absichtserklärung von Shell, den Geschäftsbereich für naphthenische Industrieöle aufzugeben und sich künftig stärker auf Explorations- und Produktionstätigkeiten sowie Grunderzeugnisse zu konzentrieren. Des Weiteren war es schon früher zu Stilllegungen von Teilen der Raffinerie Harburg gekommen. Diese Umstände überzeugten die Europäische Kommission davon, dass es ohne den Zusammenschluss zur Schließung der Anlage kommen würde.

807. Eine weniger wettbewerbswidrige Verkaufsalternative existierte nach Ansicht der Europäischen Kommission ebenfalls nicht. Verkaufsbemühungen der Shell insbesondere an das in den USA ansässige Unternehmen Ergon, welches in der Produktion von naphthenischen Grund- und Prozessölen tätig und derzeit der größte Konkurrent von Nynas im Europäischen Währungsraum (EWR) ist, seien in der Vergangenheit gescheitert. Ergon habe auf Anraten seines Aquisitionsanalyseteams beschlossen, das Projekt nicht weiter zu verfolgen, da der geschätzte Ertrag unterhalb der Rendite liege, den das Unternehmen für solche Investitionen als akzeptabel erachtete. Nach weiteren Verhandlungen, bei denen jedoch keine Einigung erzielt werden konnte, habe Ergon von dem Vorhaben endgültig Abstand genommen.

Die Europäische Kommission erwog in diesem Zusammenhang die Durchführung einer quantitativen Analyse der bestehenden Kaufanreize für Ergon im Vergleich zu den bestehenden Anreizen für Shell zum Verkauf der Vermögenswerte. Ziel dieser Analyse wäre es gewesen, die Wahrscheinlichkeit des Erwerbs der Vermögenswerte durch Ergon zu ermitteln, sofern die angemeldete Transaktion nicht zustande käme. Die Europäische Kommission sah allerdings letztlich von einer solchen Untersuchung ab, da über die Schlüsselparameter einer solchen Analyse Ungewissheit herrsche und eine hierauf gestützte Analyse letztlich sehr ungenau sei und sich somit nicht für eine zuverlässige Einschätzung darüber eigne, ob und unter welchen Bedingungen Ergon zum Kauf bereit wäre.

808. Shell hatte somit nach Ansicht der Europäischen Kommission ausreichende Informationen vorgelegt, um nachzuweisen, dass die Vermögenswerte der Raffinerie Harburg ohne den geplanten Zusammenschluss aus dem Markt ausscheiden würden.

809. Die Europäische Kommission prüfte im weiteren Verlauf des Verfahrens die wettbewerblichen Auswirkungen des Zusammenschlusses und verglich diese mit denen des hypothetischen Ausscheidens von Nynas aus dem Markt. Dabei konzentrierte sie sich insbesondere auf die im Markt vorhandenen Produktionskapazitäten und die Marktanteile der Anbieter. Durch die Schließung der Raffinerie Harburg bliebe Nynas in seinen Kapazitäten eingeschränkt, sodass das Unternehmen entweder auf die gewinnbringenderen Umsätze außerhalb des EWR verzichten oder sich auf teure Einfuhren stützen müsste, um sich weiterhin aggressiv am Wettbewerb innerhalb des EWR beteiligen zu können. Da dies ökonomisch unrentabel und somit unwahrscheinlich sei, komme es ohne die Transaktion zu einer nicht unerheblichen Verringerung der Lieferkapazitäten der betroffenen Produkte im EWR, was wahrscheinlich zu einem Preisanstieg führen würde. Ergon dagegen könne seine Kapazitäten zwar grundsätzlich erhöhen, halte nach den Ermittlungen der Europäischen Kommission jedoch eine Ausweitung der Liefermengen in den EWR aufgrund der aktuellen Verhältnisse für nicht lukrativ. Insbesondere Transportkosten und Einfuhrzölle beschränkten die Profitabilität einer Ausweitung der Einfuhrmengen. Im Falle eines Preisanstiegs aufgrund einer Verringerung der Lieferkapazitäten im EWR dagegen würde Ergon seine Liefermengen wahrscheinlich erhöhen.

810. Hinsichtlich der künftigen Marktanteilsverteilung kam die Europäische Kommission zu dem Schluss, dass Nynas bei Vollzug des Zusammenschlusses einen um ca. 10 bis 20 Prozent höheren Marktanteil von insgesamt ca. 70 Prozent halten würde. Ergon dagegen würde 20 bis 30 Prozent der Menge am Markt abdecken und die Wettbewerber Calumet und Petrochina jeweils nur ca. 0,5 Prozent. Im Falle einer Schließung der Raffinerie Harburg könnte Ergon hingegen aufgrund einer Importausweitung wahrscheinlich einen höheren Marktanteil erlangen als im Falle des Zusammenschlusses. Dies würde zwar zu einer ausgewogeneren Verteilung der Marktanteile und somit einer vermeintlichen Verbesserung der Wettbewerbssituation im Markt führen. Die Europäische Kommission betonte aber, dass die Analyse der Marktanteile im vorliegenden Fall keinen Aufschluss über die tatsächlichen Auswirkungen der Transaktion gebe. Denn ein größerer

Marktanteil von Nynas, der auf eine Ausweitung von dessen Produktionskapazitäten zurückzuführen sei, würde Nynas konkurrenzfähiger gegenüber Ergon im Wettbewerb machen.

811. Dies begründete die Europäische Kommission damit, dass der geplante Zusammenschluss zu Kosteneinsparungen bei Nynas führe, indem teure Importe/Einkäufe für die eigene Produktion zur Deckung des Bedarfs im EWR hinfällig würden und Nynas betriebliche und produktionsbedingte Kosteneinsparungen durch die Ausweitung der eigenen Produktion verzeichnen könnte. Da die Effizienzvorteile nach Ansicht der Europäischen Kommission auch nicht mit anderen Mitteln erreicht werden könnten, seien diese als fusionsspezifisch anzusehen. Eine Weitergabe an die Verbraucher hielt die Europäische Kommission ebenfalls für wahrscheinlich, weil sie davon ausging, dass sich sinkende variable Kosten maßgeblich auf die Preisgestaltung auswirkten. Somit sei infolge der Fusion sogar mit einem Sinken der Preise zu rechnen.

812. Die beiden dargestellten Verfahren weisen enge Parallelen, aber auch Unterschiede auf. So prüfte die Europäische Kommission in beiden Fällen die Kriterien, die für eine Sanierungsfusion maßgeblich sind. In beiden Fällen lag außerdem ein Sachverhalt zugrunde, der eine mögliche Sanierungsfusion in Form einer „failing division defense" darstellte. Bei der „failing divison defense" betrifft der Sanierungseinwand nicht das Gesamtunternehmen als wirtschaftliche Einheit, sondern lediglich einen Teil dieses Unternehmens. Die Europäische Kommission erkennt diese Fallgruppe des Sanierungseinwands grundsätzlich an. Sie stellt allerdings besonders hohe Anforderungen an den Nachweis, dass die Kausalität zwischen Zusammenschluss und negativen Wettbewerbswirkungen entfällt. Sie hat dies damit begründet, dass andernfalls jeder Zusammenschluss, bei dem es um die Veräußerung eines angeblich unrentablen Geschäftsbereichs geht, mit einer Erklärung des Veräußerers fusionskontrollrechtlich gerechtfertigt werden könnte, andernfalls werde dieser Geschäftsbereich eingestellt.[85]

813. Unterschiedlich war allerdings das Vorgehen der Europäischen Kommission insofern, als sie in dem Verfahren Olympic/Aegean II auch formal eine Prüfung des Sanierungseinwands durchführte, während sie im Verfahren Nynas/Shell/Refinery Harburg die entsprechende Prüfung unter dem Gesichtspunkt des maßgeblichen „Counterfactual" vornahm. Dieses unterschiedliche Vorgehen hat mehrere Konsequenzen: Es wirkt sich zum einen auf die Beweislastverteilung zwischen Zusammenschlussparteien einerseits und Europäischer Kommission andererseits aus. Zum zweiten entfällt bei Vorliegen aller Voraussetzungen einer Sanierungsfusion die Kausalität zwischen geplantem Zusammenschluss und negativen Wettbewerbswirkungen. Eine Prüfung der Wettbewerbseffekte ist dann nicht mehr erforderlich. Hingegen kann bei Betrachtung eines Alternativszenarios im Übrigen die Kausalität des Zusammenschlusses für mögliche negative Wettbewerbswirkungen erhalten bleiben. In diesem Fall müssen deshalb wahrscheinliche negative Wettbewerbseffekte einerseits und Effizienzgewinne andererseits geprüft werden. Zudem können den Zusammenschlussparteien in einem solchen Fall Nebenbestimmungen auferlegt werden.

814. Unklar bleiben die Gründe für das unterschiedliche Vorgehen der Europäischen Kommission in den vorliegenden Fällen. Zwar hat sie im Verfahren Olympic/Aegean II festgestellt, dass auch die Muttergesellschaft Marfin unter finanziellen Problemen litt, während in dem Verfahren Nynas/Shell/Refinery Harburg mit Shell ein grundsätzlich solventer Veräußerer auftrat. Die Europäische Kommission hatte aber auch bislang nicht zur Voraussetzung einer „failing division defense" gemacht, dass die wirtschaftliche Einheit als solche sanierungsbedürftig sein müsse.[86]

815. Ein weiterer Unterschied betraf die rechtliche Organisation des sanierungsbedürftigen Unternehmensteils. Während Olympic ein rechtsfähiges Unternehmen darstellte, betraf der Erwerb von Vermögensteilen der Raffinerie Harburg einen nicht mit Rechtspersönlichkeit ausgestatteten Geschäftsbereich. Eine darauf basierende prinzipiell unterschiedliche Behandlung im Rahmen der fusionskontrollrechtlichen Prüfung sieht die Monopolkommission allerdings nicht als zielführend an, weil in beiden Fällen ein Marktaustritt des betreffenden Unternehmensteils aus ökonomischen Gründen unausweichlich sein kann.

816. Die Monopolkommission würde es aus Gründen der Rechtssicherheit begrüßen, wenn die Europäische Kommission klare Kriterien für die Differenzierung der Prüfung der Kriterien einer Sanierungsfusion im Rahmen des Sanierungsein-

---

[85] EU-Kommission, Entscheidung vom 27. Mai 1998, M.993 – Bertelsmann/Kirch, Tz. 71.

[86] EU-Kommission, Entscheidung vom 27. Mai 1998, M.993 – Bertelsmann/Kirch, Tz. 69 ff.

wands einerseits und im Rahmen des „Counterfactual“ andererseits aufstellt. Entsprechendes gilt für die Veröffentlichung von Kriterien für den Sanierungseinwand bei einer „failing division defense“, insbesondere im Hinblick auf die Voraussetzungen der Sanierungsbedürftigkeit des betroffenen Unternehmensteils und auf die der Sanierungsbedürftigkeit des Gesamtunternehmens.

2.3.2 Effizienzeinwand

2.3.2.1 Einführung

817. Im aktuellen Berichtszeitraum wurde der Effizienzeinwand erneut in einer Reihe von Verfahren erhoben. Effizienzgewinne sollen nach Erwägungsgrund 29 der VO 139/2004 dann bei der Beurteilung eines Zusammenschlussvorhabens Berücksichtigung finden, wenn diese begründet und wahrscheinlich sind. Nach den Horizontal-Leitlinien der Europäischen Kommission ist hierfür erforderlich, dass Effizienzen nachprüfbar sowie kausal auf den Zusammenschluss zurückzuführen sind. Zusätzlich muss die Weitergabe der Effizienzen an die Verbraucher wahrscheinlich sein. Die drei genannten Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Die Beweislast für das Bestehen von Effizienzen tragen laut Horizontal-Leitlinien die Zusammenschlussparteien.

818. Die Zusammenschlussparteien trugen Effizienzgesichtspunkte fast nur in Fällen vor, in denen die Hauptprüfphase eröffnet worden war. Dies war in den Verfahren Ineos/Solvay/JV, Hutchison 3G/Telefónica Ireland, Telefónica Deutschland/E-Plus und Orange/Jazztel der Fall. Hier ging die Europäische Kommission ausführlich auf die vorgetragenen Effizienzvorteile ein. Dies gilt auch für die Entscheidungen UPS/TNT Express und Nynas/Shell/Harburg Refinery, die zwar bereits im Jahr 2013 ergangen sind, allerdings erst während des Berichtszeitraums 2014/2015 veröffentlicht wurden.

819. In dem Verfahren Olympic/Aegean II, in dem ebenfalls bereits 2013 eine Entscheidung vorlag, die erst 2015 veröffentlicht wurde, fand der Effizienzeinwand hingegen nur kurz Erwähnung. Die Parteien hatten Einsparungen bei variablen und fixen Kosten sowie Effizienzgewinne aufgrund der Erweiterung des Flugnetzes vorgetragen. In einer vorläufigen Beurteilung bezweifelte die Europäische Kommission sowohl den Umfang der Einsparungen bei variablen Kosten wie auch die Weitergabe sonstiger Effizienzvorteile an die Verbraucher. Die Europäische Kommission ließ diese Fragen im Ergebnis offen. Da sie die Voraussetzungen für eine Sanierungsfusion bejahte, kam es ihrer Auffassung nach nicht mehr auf das Vorliegen von Effizienzvorteilen an.

820. In dem Zweite-Phase-Verfahren PRSfM/Stim/Gema/JV machten die beteiligten Unternehmen zwar Effizienzvorteile in Form einer verbesserten Urheberrechtsverwaltung und Dokumentationsverarbeitung sowie der Erleichterung des Lizenzierungsverfahrens, der Förderung kultureller Vielfalt, der Entwicklung neuer Online-Dienste sowie der Reduzierung von Transaktionskosten geltend.[87] Die Europäische Kommission äußerte sich hierzu jedoch nicht ausdrücklich in ihrer Entscheidung. Dies dürfte darauf zurückzuführen sein, dass die Zusammenschlussparteien auf eine detaillierte Darlegung der vorgetragenen Effizienzvorteile verzichtet hatten.

2.3.2.2 Anerkennung des Effizienzeinwands bei vertikalen Wettbewerbseffekten

821. Ausnahmsweise thematisierte die Europäische Kommission Effizienzen auch in einem Fall, der bereits in der ersten Prüfphase mit einer Freigabe unter Nebenbestimmungen abgeschlossen wurde. In dem Verfahren Airbus/Safran/JV planten die Zusammenschlussbeteiligten die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens für die Geschäftsfelder Trägerraketen, Satellitenteilsysteme und Flugkörperantrieb.[88] Die Europäische Kommission erhob auf mehreren Märkten Wettbewerbsbedenken wegen der Möglichkeiten und Anreize der Parteien, Abschottungsstrategien sowohl im Hinblick auf Einsatzmittel wie auch auf Kunden zu verfolgen, und gab die Transaktion nur unter Nebenbestimmungen frei. Im Bereich „prime contracting“ für Trägerraketen und Komponenten für Trägerraketen schloss die Europäische Kommission hingegen negative vertikale Effekte des Zusammenschlusses aus. Sie begründete dies unter anderem damit, dass das Gemeinschaftsunternehmen mit dem Ziel gegründet werde, Effizienzen zu generieren und Kosten zu senken. Denn mit

---

87 EU-Kommission, Entscheidung vom 16. Juni 2015, M.6800 – PRSfM/Stim/Gema/JV.

88 EU-Kommission, Entscheidung vom 26. November 2014, M.7353 – Airbus/Safran/JV.

dem Zusammenschluss entfalle die bisherige Notwendigkeit für Airbus, bei jedem Erwerb von Safrans Produkten eine Reihe von Tests durchzuführen, was Auswirkungen auf die Kosten habe. Die genannte Zielsetzung sei auch von der Europäischen Weltraumbehörde (ESA) bestätigt worden. Die Europäische Kommission bejahte im vorliegenden Fall das Vorliegen von Effizienzen unter Verzicht auf nähere Ausführungen zu deren quantitativem Umfang sowie zu den weiteren Voraussetzungen des Effizienzeinwands.

822. Die Annahme liegt nahe, dass die Europäische Kommission eine vertiefte Analyse möglicher Effizienzvorteile unterließ, weil eine Wettbewerbsbeeinträchtigung aufgrund des Zusammenschlusses bereits aus anderen Gründen auszuschließen war. Einer dieser Gründe war die von der Europäischen Kommission festgestellte Fähigkeit der Europäischen Weltraumbehörde (ESA), jegliche Abschottung von Wettbewerbern des neuen Gemeinschaftsunternehmens zu unterbinden. Hierfür sprach nach Ansicht der Europäischen Kommission der Umstand, dass Airbus Zulieferer von Komponenten gemäß den Beschaffungsregeln der ESA auswählen muss. Außerdem habe die ESA laut ihren Best Practices weitreichende Kontrollmöglichkeiten im Hinblick auf den Auswahlprozess und verfüge über wichtige Vetorechte. Der vorliegende Fall zeigt erneut, dass die Europäische Kommission eher bereit ist, geltend gemachte Effizienzgewinne bei vertikalen Zusammenschlüssen als bei horizontalen Transaktionen anzuerkennen.[89] Bei einem Vergleich entsprechender Fusionskontrollentscheidungen wird deutlich, dass die Europäische Kommission im Zusammenhang mit vertikalen Wettbewerbseffekten geringere Anforderungen an den Detaillierungsgrad der Voraussetzungen des Effizienzeinwands stellt, obwohl in den Nicht-Horizontal-Leitlinien auf die entsprechenden Vorgaben in den Horizontal-Leitlinien verwiesen wird.[90]

2.3.2.3 Anerkennung des Effizienzeinwands bei horizontalen Wettbewerbseffekten

823. In der weit überwiegenden Zahl der Zweite-Phase-Fälle sah die Europäische Kommission die Voraussetzungen für eine Berücksichtigung von geltend gemachten Effizienzen nicht als erfüllt an. Zum Teil verneinte sie schon die Nachprüfbarkeit der vorgetragenen Effizienzvorteile, zum Teil erkannte sie den geltend gemachten Umfang der Effizienzen nicht an. Vielfach verneinte die Europäische Kommission auch die Ursächlichkeit des konkreten Zusammenschlusses für die vorgebrachten Effizienzvorteile. In mehreren Entscheidungen wurde die Weitergabe der Vorteile an die Verbraucher als unwahrscheinlich oder als zu geringfügig erachtet, um die negativen Wettbewerbswirkungen des geplanten Zusammenschlusses auszugleichen. Nur in wenigen Fällen bejahte die Europäische Kommission das Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen des Effizienzeinwands. Dies betraf allerdings stets nur Teile der geltend gemachten Effizienzen und führte in der Regel nicht dazu, dass negative Wettbewerbswirkungen des Zusammenschlusses vollständig ausgeglichen wurden. Lediglich in dem Verfahren Nynas/Shell/Harburg Refinery haben die von der Europäischen Kommission anerkannten Effizienzen dazu beigetragen, dass der Zusammenschluss ohne Nebenbestimmungen freigegeben wurde. In dem Verfahren Orange/Jazztel führten die wahrscheinlichen Effizienzen zu einem geringeren Umfang der auferlegten Abhilfemaßnahmen.

824. In dem Verfahren Nynas/Shell/Harburg Refinery erteilte die Europäische Kommission nach vertiefter Prüfung der Transaktion am 2. September 2013 eine Freigabe ohne Bedingungen und Auflagen nach Art. 8 Abs. 1 FKVO, die am 13. Oktober 2014 veröffentlicht wurde.[91] Der Zusammenschluss wirkte sich im Wesentlichen auf den Markt für den Verkauf von naphthenischen Grund- und Prozessölen sowie Transformatorenölen im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) aus. Maßgeblich für die Freigabeentscheidung war zum einen der Umstand, dass der Zusammenschluss im Vergleich zum angenommenen Counterfactual keine stärkeren wettbewerbsbeschränkenden Folgen hatte. Zum anderen erkannte die Europäische Kommission gewisse von den Zusammenschlussparteien geltend gemachten Effizienzgewinne an.

---

89 Vgl. schon die Entscheidungen der EU-Kommission vom 14. Mai 2008, M.4854 – TomTom/Teleatlas und vom 2. Juli 2008, M.4942 – Nokia/Navteq, hierzu Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten, Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen, Baden-Baden 2010, Tz. 755 ff.

90 EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 2008/C 265/07 vom 18. Oktober 2008 (Nicht-Horizontal-Leitlinien), Tz. 53.

91 EU-Kommission, Entscheidung vom 2. September 2013, M.6360 – Nynas/Shell/Harburg Refinery. Vgl. auch Tz. 802 in diesem Gutachten.

825. Nynas hatte vorgetragen, dass es durch den Zusammenschluss Zugriff auf größere Produktionskapazitäten innerhalb des EWR erhalten und dadurch weniger abhängig von teureren und weniger verlässlichen Lieferquellen im außereuropäischen Raum würde. Daneben könne Nynas seine Produktionsstätten in einer Weise spezialisieren, die eine effizientere Nutzung von Rohöl erlaube, und somit die Beschaffungskosten senken. Dies würde es Nynas erlauben, seine Produkte im EWR künftig billiger anzubieten.

826. Die Europäische Kommission erkannte nur einen Teil der von Nynas geltend gemachten Effizienzgewinne an. Für nicht erwiesen hielt sie den Vortrag, wonach der Zusammenschluss eine effizientere Nutzung von Rohöl zulasse. Ferner habe Nynas nicht hinreichend dargelegt, inwiefern Unsicherheiten bei der Belieferung von Unternehmen mit Sitz außerhalb des EWR die Preisentscheidungen von Nynas beeinflussen würden. Die Möglichkeit von Kosteneinsparungen bezweifelte die Europäische Kommission ferner in Bezug auf einen Teil der Importe von Nynas.

827. Dagegen hielt die Europäische Kommission den Vortrag von Nynas für überzeugend, wonach mit dem Zusammenschluss nicht nur die jetzigen Kapazitäten der Raffinerie Harburg erhalten bleiben, sondern in Zukunft noch ausgebaut werden würden. Hierdurch könnten bedeutende Mengen in Eigenproduktion hergestellt werden, die andernfalls teurer am Spotmarkt erworben werden müssten. Bei einer Schließung der Raffinerie Harburg würde Nynas künftig wahrscheinlich einen großen Teil der früheren Shell-Kunden beliefern und seine Aktivitäten am Spotmarkt erheblich ausdehnen müssen. Die Kapazitätserweiterung innerhalb des EWR im Falle des Zusammenschlusses führe demgegenüber zu nachprüfbaren Kosteneinsparungen bei Nynas. Die Europäische Kommission bejahte des Weiteren die Ursächlichkeit des Zusammenschlusses für die erwarteten Kostensenkungen sowie die Weitergabe der Vorteile an die Verbraucher. Für Letzteres sprach der Umstand, dass bei Schließung der Raffinerie Harburg die EWR-weite Nachfrage im Wesentlichen durch Importe oder mittels Reduzierung von Verkäufen an Abnehmer außerhalb des EWR gedeckt werden könnte. Beide Strategien seien mit erheblichen Kosten verbunden, die Nynas wahrscheinlich bei seinem künftigen Preissetzungsverhalten berücksichtigen würde. Zudem wären ohne den Zusammenschluss die Anreize von Nynas, seinen EWR-weiten Absatz zu steigern und in aggressiven Wettbewerb innerhalb des EWR zu treten, begrenzt. Dies träfe insbesondere die derzeitigen Shell-Kunden, die sich nach Schließung der Raffinerie Harburg neue Lieferanten suchen müssten. Im Fall des Zusammenschlusses hätte Nynas hingegen die Fähigkeit und sehr wahrscheinlich auch den Anreiz, seine Einsparungen bei den variablen Kosten an die Verbraucher weiterzugeben.

828. Der Zusammenschluss Orange/Jazztel wirkte sich auf verschiedenen Telekommunikationsmärkten in Spanien aus.[92] Die Europäische Kommission befürchtete negative Wettbewerbseffekte auf dem Markt für den Internetzugang über das Festnetz und gab das Vorhaben am 19. Mai 2015 nur unter Nebenbedingungen frei. Die beteiligten Unternehmen hatten im Verfahren verschiedene Effizienzvorteile geltend gemacht: eine bessere Abdeckung des Glasfasernetzes, ein verbessertes Angebot bei Quadruple-Play-Paketen (Angebot eines Leistungsbündels an die Endkunden, bestehend aus Festnetztelefonie, Festnetz-Internetzugang, Mobilfunk- und Fernsehleistungen), die Einsparung von Zugangskosten bei xDSL-Diensten sowie den Wegfall des doppelten Gewinnaufschlags bei den von Orange für Jazztel erbrachten Mobilfunkdiensten. Nur bezüglich des letzten Aspekts erkannte die Europäische Kommission den Effizienzeinwand an, hielt die erzielbaren Vorteile aber für zu gering, um dadurch die negativen Wirkungen des Zusammenschlusses umfassend auszugleichen.

829. Nach Ansicht der Europäischen Kommission haben die Zusammenschlussbeteiligten die Effizienzen im Zusammenhang mit dem umfassenderen Ausbau des Glasfasernetzes nicht hinreichend dargelegt. Insbesondere bemängelte die Europäische Kommission das Fehlen interner Dokumente von Orange, in denen die entsprechenden Vorteile des Zusammenschlusses prognostiziert worden seien. Der Ausbau des Glasfasernetzes sei ferner nicht durch den Zusammenschluss bedingt, weil die geltend gemachten Vorteile auch durch Kooperationen bei der Netzentwicklung erreichbar gewesen seien.

830. Bezüglich der vorgetragenen Verbesserung von Quadruple-Play-Paketen sei es den beteiligten Unternehmen nicht gelungen nachprüfbar darzulegen, dass sie aufgrund des verbesserten Angebots eine erhöhte Wettbewerbsfähigkeit auf dem Markt erreichen und dies durch den Zusammenschluss bedingt sei. Soweit die Parteien argumentierten, sie würden

---

92 EU-Kommission, Entscheidung vom 19. Mai 2015, M7421 – Orange/Jazztel. Vgl. auch Tz. 825, 896, 902 ff. in diesem Gutachten.

aufgrund des Ausbaus des Glasfasernetzes künftig die Gebühren für den xDSL-Zugang über das Kupfernetz einsparen und daher niedrigere Grenzkosten aufweisen, kritisierte die Europäische Kommission das Fehlen jeglicher detaillierter Informationen.

831. Dagegen erfüllten die Unternehmen die Anforderungen der Europäischen Kommission an die Darlegung des Effizienzeinwands im Hinblick auf den vorgetragenen Wegfall des doppelten Gewinnaufschlags bei den von Orange für Jazztel erbrachten Mobilfunkdiensten. Die Parteien hatten geltend gemacht, dass künftig der Großhandelsaufschlag, den Jazztel vor dem Zusammenschluss als virtueller Mobilfunkanbieter (Mobile Virtual Network Operator, MVNO) für den Zugang zum Netz von Orange entrichten musste, mit Vollzug des Zusammenschlusses entfiele. Die Europäische Kommission bewertete diese Effizienzvorteile zwar als unzureichend, um die wettbewerbsschädigenden Auswirkungen der Transaktion vollständig auszugleichen, berücksichtigte sie jedoch beim Umfang der Abhilfemaßnahmen.

832. In den zwei genannten Fällen sah die Europäische Kommission zwar alle Voraussetzungen des Effizienzeinwands – Nachprüfbarkeit, fusionsspezifische Vorteile sowie Weitergabe von Vorteilen an die Verbraucher – als erfüllt an. Allerdings verbleibt eine gewisse Unsicherheit darüber, welches Gewicht dem Effizienzeinwand für die Entscheidungen der Europäischen Kommission tatsächlich zukam. So machte die Europäische Kommission in der Entscheidungsbegründung zu Nynas/Shell/Harburg Refinery detaillierte Ausführungen zu dem zugrunde zu legenden Alternativszenarios („Counterfactual“) und ging im Ergebnis davon aus, dass der Zusammenschluss vor diesem Hintergrund nicht zu negativeren Auswirkungen führen würde. Zudem enthält die Entscheidung Orange/Jazztel keinen Hinweis darauf, welchen konkreten Inhalt die auferlegten Abhilfemaßnahmen gehabt hätten, wenn die betreffenden Effizienzgewinne nicht in Rechnung gestellt worden wären.

2.3.2.4 Neuaufteilung der Produktion kein anerkannter Effizienzeinwand

833. Am 8. Mai 2014 genehmigte die Europäische Kommission die Zusammenführung der europäischen Chlorvinyl-Geschäfte von Ineos und Solvay in einem neu gegründeten Gemeinschaftsunternehmen unter Nebenbestimmungen.[93] Der Zusammenschluss hätte nach Ansicht der Europäischen Kommission auf dem Markt für handelsübliches Suspensions-Polyvinylchlorid (S-PVC) in Nordwesteuropa und auf dem Markt für Bleichlauge in den Benelux-Ländern zu Wettbewerbsbeeinträchtigungen geführt. Die von den Zusammenschlussparteien vorgetragenen Effizienzgewinne erfüllten nach Auffassung der Europäischen Kommission zum Teil die erforderlichen Kriterien nicht. Im Übrigen seien die anzuerkennenden Effizienzen zu gering, um die prognostizierten Preissteigerungen auszugleichen. Durch die Verpflichtung, bestimmte S-PVC-Werke und damit verbundene Vermögenswerte zu veräußern, konnten die Wettbewerbsbedenken ausgeräumt werden.

834. Die Parteien hatten angeführt, dass die geplante Transaktion unter anderem zur Senkung variabler Kosten in den Bereichen Beschaffung und Transport führen würde. Bezüglich der Beschaffungskosten sah die Europäische Kommission die vorgetragenen Effizienzen jedoch weder als fusionsspezifisch noch als nachprüfbar an. Bei einem Teil der geltend gemachten Transportkosten bejahte sie zwar das Vorliegen sämtlicher Kriterien der Horizontal-Leitlinien. Die entsprechenden Effizienzgewinne hielt sie allerdings nicht für ausreichend, um den zu erwartenden Preisanstieg infolge des Zusammenschlusses ausgleichen zu können.

835. Im Hinblick auf weitere geltend gemachte Kostensenkungspotenziale beim Transport lehnte die Europäische Kommission eine Anerkennung als Effizienzen im Sinn der Horizontal-Leitlinien grundsätzlich ab. Hiervon betroffen waren Kostensenkungspotenziale aufgrund einer beabsichtigten Neuaufteilung der Produktion zwischen den verschiedenen Werken der Zusammenschlussparteien. Die Parteien hatten argumentiert, dass mit einer solchen Neuaufteilung die Transportwege zu den Kunden minimiert und somit Transportkosten vermieden werden könnten. Maßgeblich für die Bewertung der Europäischen Kommission war, dass die Kostenunterschiede, die aus den unterschiedlich langen Transportwegen resultieren, schon vor dem Zusammenschluss bestanden. Mit dem Zusammenschluss würden sich die Auswahlmöglichkeiten für die Abnehmer insoweit nicht verändern. Denn diese hätten die Produkte schon im Vorfeld bei dem Hersteller erwerben können, der die niedrigsten Transportkosten aufweist. Die Europäische Kommission äußerte

---

[93] EU-Kommission, Entscheidung vom 8. Mai 2014, M.6905 – Ineos/Solvay/JV. Vgl. auch Tz. 861, 873 ff. in diesem Gutachten.

daher Zweifel daran, dass die Preise für Produkte aus der jeweils nächstgelegenen Produktionsstätte gesenkt und somit die Vorteile aus dem Zusammenschluss an die Konsumenten im relevanten Markt weitergegeben werden würden. Gegen eine Senkung der Preise spreche zudem, dass nach Einrichtung des Gemeinschaftsunternehmens der Wettbewerbsdruck durch einen großen Konkurrenten entfalle. Dagegen ergäben sich Effizienzen im Sinne der Horizontal-Leitlinien nur, wenn die geplante Transaktion zur Senkung von Kosten oder Kostenbestandteilen gegenüber der Situation vor dem Zusammenschluss führe, z. B. durch Skaleneffekte.

836. Diese Bewertung der Europäischen Kommission ist nach Auffassung der Monopolkommission nachvollziehbar. Einzelne Unternehmen weisen vor einem Zusammenschluss regelmäßig unterschiedlich hohe Kosten auf. Dass die Gesamtkosten sinken, wenn die Produktion hin zum kostengünstigeren Unternehmen verlagert wird, liegt zwar auf der Hand. Eine solche Verlagerung könnte indes auch aus dem Wettbewerbsdruck zwischen den verschiedenen Anbietern am Markt folgen und ist daher nicht ausschließlich durch eine Fusion der Unternehmen zu erreichen. Denn die Abnehmer haben im Vorfeld die Auswahl zwischen den unterschiedlich effizienten Unternehmen. Vielmehr entfällt gerade durch eine Fusion der Wettbewerbsdruck und somit der Anreiz zur Preissenkung und zur weiteren Kostensenkung. Effizienzvorteile sollten aus diesem Grund nur dann anerkannt werden, wenn es sich um tatsächliche Synergien handelt, die aus einem Zusammenschluss resultieren und nicht nur um Rationalisierungsmaßnahmen in Form einer Produktionsreallokation.

2.3.2.5 Mangelnde Fusionsspezifizität

837. Die Übernahme des Mobilfunkgeschäfts von Telefónica Ireland durch Hutchison 3G (H3G) genehmigte die Europäische Kommission am 28. Mai 2014 unter Bedingungen und Auflagen.[94] In der ursprünglich angemeldeten Form hätte der Zusammenschluss nach Einschätzung der Europäischen Kommission zum Wegfall einer wichtigen Wettbewerbskraft auf dem irischen Mobilfunkmarkt geführt. Die von H3G angebotenen Verpflichtungszusagen hielten die Europäische Kommission für ausreichend, um den Eintritt neuer Wettbewerber auf dem Mobilfunkmarkt in Irland zu ermöglichen und somit ihren Wettbewerbsbedenken zu begegnen.

838. Die von den Zusammenschlussbeteiligten vorgetragenen Effizienzgewinne waren dagegen nicht geeignet, die Bedenken der Europäischen Kommission auszuräumen. Nach dem Vortrag der Parteien hätte der Zusammenschluss zu verschiedenen Effizienzvorteilen geführt. Zum einen würden Skaleneffekte realisiert, woraus Kosteneinsparungen und Steuervorteile resultierten, die höhere Investitionen in das Netz und die Servicequalität erlaubten. Hierdurch sei das neue Unternehmen in der Lage, eine aggressivere Preispolitik auf dem Markt zu verfolgen. Zum anderen werde durch den Zusammenschluss die Verbreitung der LTE-Technologie schneller sowie für eine breitere Bevölkerungsschicht ermöglicht. Schließlich sollten durch die geplante Transaktion Breitbandverbindungen in nur gering besiedelten Gegenden Irlands aufrechterhalten werden können, was ansonsten nicht oder nur unter Inkaufnahme von Preissteigerungen möglich sei.

839. Die geltend gemachten Skaleneffekte bewertete die Europäische Kommission zu einem gewissen Teil als nachprüfbar, verneinte jedoch die Ursächlichkeit des Zusammenschlusses für das Auftreten von Effizienzen und bezweifelte die Weitergabe von Vorteilen an die Verbraucher.

840. Soweit die Zusammenschlussparteien steuerliche Erwägungen vorgetragen hatten, lehnte die Europäische Kommission eine Anerkennung als Effizienzvorteil im Sinne der FKVO ab. Zum einen sei die Europäische Kommission ohne detaillierte Analyse der Steuersituation des neuen Unternehmens nicht in der Lage zu beurteilen, ob es künftig insgesamt zu einem Anstieg oder einer Senkung der Steuerpflichten des neuen Unternehmens komme. Zum zweiten seien die vorgebrachten Steuervorteile nicht dazu geeignet, die Wettbewerbsfähigkeit innerhalb der Industrie zu verbessern oder das Marktwachstum oder den Lebensstandard innerhalb der Union zu erhöhen.

841. Die Europäische Kommission betonte außerdem, dass die dargelegten netzwerkspezifischen Kostenersparnisse nicht ursächlich auf den geplanten Zusammenschluss zurückzuführen seien, da es alternative Möglichkeiten der Koope-

---

[94] EU-Kommission, Entscheidung vom 28. Mai 2014, M.6992 – Hutchison 3G/Telefónica Ireland. Vgl. auch Tz. 861, 863 ff., 878 ff., 896 ff. in diesem Gutachten.

ration gebe, die zu vergleichbaren Effizienzvorteilen führen würden. Die Europäische Kommission verwies in diesem Zusammenhang auf die seit 2011 bzw. 2012 bestehenden Vereinbarungen zur gemeinsamen Netznutzung zwischen O2 und Eircom einerseits und H3G und Vodafone andererseits und bemängelte, dass die Fusionsparteien die daraus resultierenden Effizienzen nur insoweit in Rechnung gestellt hätten, als diese sich zum Zeitpunkt des Fusionskontrollverfahrens bereits realisiert hätten. Die Europäische Kommission legte ihrer wettbewerblichen Beurteilung ein Alternativszenario zugrunde, nämlich die Situation, in der die Vereinbarungen voll implementiert gewesen und weitere Effizienzen erbracht hätten. Zudem ging sie davon aus, dass die beiden genannten Vereinbarungen nach Durchführung des geplanten Zusammenschlusses beendet werden würden und damit die mit den Vereinbarungen einhergehenden Effizienzgewinne verloren gingen. Die Parteien hätten bei ihrer Argumentation unberücksichtigt gelassen, dass der geplante Zusammenschluss Effizienzgewinne lediglich aufgrund der Integration zu einem Netzwerk hervorbringen würde, die genannten Vereinbarungen aber zur Integration von zwei Netzen geführt hätten. Unbeachtet geblieben seien außerdem die Effizienzgewinne, die bei Eircom und Vodafone aufgrund der Netzwerk-Sharing-Vereinbarungen entstanden wären. Bei Betrachtung der zu erwartenden Effizienzen mit und ohne den Zusammenschluss kam die Europäische Kommission daher zu dem Schluss, dass die Kosteneinsparungen aufgrund der zwei Vereinbarungen zur gemeinsamen Netznutzung mindestens einen vergleichbaren Umfang wie die fusionsspezifischen Effizienzvorteile erreichen würden. Schließlich bezweifelte die Europäische Kommission die Überwälzung bestehender Vorteile bezüglich der vorgetragenen Skalenvorteile an die Konsumenten, da es sich um Einsparungen bei Fixkosten handele, welche regelmäßig nicht umfassend weitergegeben würden.

842. Effizienzvorteile im Hinblick auf eine bessere Verbreitung von LTE lehnte die Europäische Kommission ebenfalls ab, weil nach ihrer Einschätzung ohne den Zusammenschluss ein entsprechendes Netzwerk durch Telefónica und Eircom im Rahmen ihrer Netznutzungsvereinbarung errichtet worden wäre. Aufgrund des Zusammenschlusses sei zudem mit einem langsameren Netzaufbau vonseiten Eircom´s zu rechnen. Des Weiteren erachtete die Europäische Kommission die Berechnungen der Zusammenschlussparteien im Hinblick auf die Höhe der erzielbaren Effizienzgewinne für nicht nachvollziehbar. Die Beteiligten hätten die Vorteile für die Verbraucher zunächst deshalb überschätzt, weil sie den Aufbau von LTE-Netzwerken durch konkurrierende Anbieter, insbesondere Vodafone, unberücksichtigt gelassen hätten. Ferner hätten sie den Zusatznutzen für jeden einzelnen Verbraucher, der aus der Nutzung eines LTE-Netzes resultiert, zu hoch angesetzt.

843. Schließlich befand die Europäische Kommission die kurzfristig erzielbaren Effizienzvorteile im Hinblick auf die Versorgung nur gering besiedelter Gebiete mit LTE für zu gering, um die durch den Zusammenschluss entstehende Wettbewerbsverschlechterung ausgleichen zu können.

844. Am 2. Juli 2014 gab die Europäische Kommission einen weiteren Zusammenschluss in der Telekommunikationsbranche, die Übernahme von E-Plus durch Telefónica Deutschland, unter Nebenbestimmungen frei.[95] Nach Auffassung der Europäischen Kommission wären durch den ursprünglich angemeldeten Zusammenschluss zwei enge Wettbewerber und wichtige Wettbewerbskräfte aus den relevanten Märkten ausgetreten, was zu Nachteilen für die Verbraucher geführt hätte.

845. Die beteiligten Unternehmen machten im Hinblick auf die Einzelhandelsebene für Mobilfunkdienstleistungen fünf Arten von Effizienzen geltend: erstens Qualitätsverbesserungen und Kosteneinsparungen im Hinblick auf die Mobilfunknetze, zweitens eine höhere Filialdichte und sonstige Qualitätssteigerungen, drittens Kosteneinsparungen in den Bereichen Vertrieb sowie IT- und sonstige administrative Kosten, viertens zusätzliche Geschäftsmöglichkeiten sowie fünftens geringere Mobilfunk-Terminierungsentgelte. Nach Ansicht der Europäischen Kommission ist es den beteiligten Unternehmen teilweise nicht gelungen, die geltend gemachten Effizienzgewinne nachprüfbar darzulegen. Zudem seien einige Effizienzvorteile nicht fusionsspezifisch und/oder kämen nicht den Verbrauchern zugute.

846. In Bezug auf Effizienzen hinsichtlich des Mobilfunknetzes unterschieden die Zusammenschlussparteien zwischen nachfrageseitigen und angebotsseitigen Vorteilen. Erstere betrafen hauptsächlich die geltend gemachte Qualitätsver-

---

[95] EU-Kommission, Entscheidung vom 2. Juli 2014, M.7018 – Telefónica Deutschland/E-Plus; vgl. hierzu auch Monopolkommission, Sondergutachten 73, Telekommunikation 2015: Märkte im Wandel, Baden-Baden 2016, Tz. 112 ff. Vgl. auch Tz. 861, 863 ff., 878 ff., 896 ff. in diesem Gutachten.

besserungen, die den Verbrauchern direkt zugute kommen würden. Insbesondere beim Angebot des 4G-Netzes würden die Konsumenten durch ein schnelleres und flächendeckenderes Netzwerk profitieren, da sich Reichweiten und Kapazitäten der Netze der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen addieren würden. Selbst preissensible Konsumenten würden der Qualität des Netzwerks einen Wert beimessen und somit von dem geplanten Zusammenschluss profitieren. Angebotsseitige Effizienzen bezogen sich nach Einschätzung der beteiligten Unternehmen auf Kostenersparnisse, die von den Parteien im Zuge des Zusammenschlusses an die Verbraucher weitergegeben werden würden.

847. Die Europäische Kommission hielt die geltend gemachten Qualitätsverbesserungen nur in geringem Umfang für ausreichend nachgewiesen. Jedenfalls fehlte es ihrer Auffassung nach an einer hinreichenden Quantifizierung, da die von den Parteien vorgelegten Studien aufgrund methodischer Mängel keine verlässlichen Rückschlüsse auf den Umfang der Effizienzen zuließen. Ferner würde selbst bei hinreichender Nachprüfbarkeit und Quantifizierung jedenfalls ein Teil der geltend gemachten Effizienzen durch einen Anstieg der Preise im Zuge des Zusammenschlusses wieder zunichte gemacht werden. Darüber hinaus seien die vorgetragenen Qualitätsvorteile größtenteils nicht fusionsspezifisch, da sie auch durch weniger wettbewerbsschädliche Kooperationen bei der Netznutzung herbeigeführt werden könnten. Die Europäische Kommission ging davon aus, dass der Abschluss derartiger Netz-Sharing-Vereinbarungen zu vergleichbaren Effizienzen führen würde und eine realistische und praktikable Alternative zu dem geplanten Zusammenschluss dargestellt hätten. Für Letzteres sprach nach Einschätzung der Europäischen Kommission unter anderem, dass weder Asymmetrien beim verfügbaren Spektrum möglicher Kooperationspartner noch regulatorische Vorgaben den Abschluss entsprechender Vereinbarungen behinderten.

848. Auch in Bezug auf die vorgetragenen angebotsseitigen Effizienzen, die Kostensenkungspotenziale in Bezug auf das Mobilfunknetz, vermisste die Europäische Kommission eine substanziierte Quantifizierung. Zwar räumte sie ein, dass die inkrementellen Kosten nach dem Zusammenschluss wahrscheinlich niedriger als in einem „stand-alone"-Szenario liegen würden. Allerdings hätten die Parteien den Umfang möglicher Einsparungen nicht hinreichend identifiziert. Im Übrigen verneinte sie wegen der Möglichkeit, im Wege von Netz-Nutzungsvereinbarungen vergleichbare Kostensenkungen zu erzielen, auch die Ursächlichkeit des Zusammenschlusses für die geltend gemachten Effizienzen mit Netzbezug. Daneben hielt sie eine Weitergabe von möglichen Vorteilen an die Verbraucher für unwahrscheinlich, weil im Wesentlichen Fixkosten betroffen seien, die sich generell weniger auf die Preissetzung auswirkten.

849. Im Hinblick auf das Filialnetz hatten die Zusammenschlussparteien ebenfalls Qualitätsverbesserungen sowie Kosteneinsparpotenziale geltend gemacht. Bezüglich möglicher Qualitätsverbesserungen in Form einer höheren Filialdichte und verbesserter Serviceleistungen wies die Europäische Kommission zum einen auf die zunehmende Bedeutung von Online-Shops, zum anderen auf die unzureichende Quantifizierung der Vorteile hin. Sie hielt es außerdem aufgrund der geplanten Schließung von „doppelten" Filialen von Telefónica und E-Plus für möglich, dass Verbraucher sogar Nachteile durch den Zusammenschluss erleiden würden. Die in diesem Zusammenhang ebenfalls vorgetragenen Kosteneinsparungen erkannte die Europäische Kommission ebenfalls nicht als Effizienzen an, da sie zum Teil nicht berücksichtigungsfähige Fixkosten betrafen und die Einsparungen bei inkrementellen Kosten nicht hinreichend quantifiziert worden seien.

850. Bei den Effizienzvorteilen im Hinblick auf IT- und sonstige Verwaltungskosten ging nach Ansicht der Europäischen Kommission aus den bereitgestellten Dokumenten nicht hervor, wie sich derartige Einsparungen bei den Fixkosten auf die Preisbildung auswirken sollten. Selbst wenn Effizienzen teilweise an die Verbraucher weitergegeben würden, hätten die Parteien nicht den Nachweis erbracht, dass diese nachprüfbar und fusionsspezifisch seien. Die zusätzlichen Geschäftsmöglichkeiten, die sich aus dem Zusammenschluss ergeben sollen, basierten nach Einschätzung der Europäischen Kommission auf den bereits von den Parteien vorgetragenen Verbesserungen der Netzqualität und des Kundenservices. Insoweit verwies sie auf ihre hierzu geäußerten Zweifel hinsichtlich der drei Kriterien des Effizienzeinwands. Die fehlende Ursächlichkeit des Zusammenschlusses begründete sie dabei insbesondere mit der Möglichkeit von E-Plus, das VDSL-Netz der Deutschen Telekom auf Grundlage einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung zu nutzen. Daneben verneinte sie das Vorliegen von berücksichtigungsfähigen Effizienzvorteilen im Hinblick auf die Mobilfunk-Terminierungsentgelte, da diese nicht verifizierbar, zusammenschlussspezifisch und zum Vorteil für die Verbraucher seien.

851. Die Monopolkommission begrüßt das Vorgehen der Europäischen Kommission in den beiden dargestellten Telekommunikationsfällen, das Kriterium der Fusionsspezifizität unter Berücksichtigung des wahrscheinlichen Alternativszenarios („Counterfactual") weiterzuentwickeln. Die Zusammenschlussparteien hatten in beiden Verfahren Effizienzvorteile beim Netzausbau geltend gemacht. Die Europäische Kommission lehnte eine Anerkennung ab, weil vergleichbare Vorteile auch auf weniger wettbewerbsbeeinträchtigende Weise, nämlich im Wege von Kooperationsabkommen, erreichbar seien. Die Europäische Kommission stellte ferner fest, dass bei der Beurteilung der Effizienzvorteile, die einerseits aufgrund des Zusammenschlusses und andererseits aufgrund eines oder mehrerer Kooperationsabkommen entstünden, derselbe Zeitraum zu betrachten ist. Daher legte sie ihrer Alternativbetrachtung im Verfahren Hutchison 3G/Telefónica Ireland den Zeitpunkt der vollen Implementation der beiden bestehenden Kooperationsabkommen sowie die zu diesem Zeitpunkt resultierenden Effizienzvorteile zugrunde. Zudem stellte sie in Rechnung, dass mit dem Zusammenschluss die zwei bestehenden Kooperationsabkommen zwischen den Zusammenschlussparteien und ihren Wettbewerbern wahrscheinlich beendet werden und diesbezügliche Effizienzgewinne entfallen würden. Die Monopolkommission begrüßt außerdem das differenzierte Vorgehen der Europäischen Kommission, die in jedem Einzelfall die Möglichkeit und Üblichkeit derartiger Kooperationsabkommen prüft. Während die Europäische Kommission für die Telekommunikationsbranche zu Recht beide Voraussetzungen bejahte, kam sie z. B. in dem Verfahren UPS/TNT Express für den Postsektor zu einem gegenteiligen Ergebnis.

2.3.2.6 Quantifizierung des Effizienzeinwands

852. Nachdem die Europäische Kommission im letzten Berichtszeitraum in dem Verfahren Deutsche Börse/NYSE Euronext[96] erstmalig quantitative Methoden zur Ermittlung von geltend gemachten Effizienzen herangezogen hatte, griff sie in dem Verfahren Telefónica Deutschland/E-Plus erneut auf quantitative Analysen zurück.[97] Dies traf auch für das Verfahren UPS/TNT Express zu. Der Zusammenschluss wurde zwar bereits im letzten Berichtszeitraum untersagt, die Entscheidung wurde jedoch erst im Mai 2015 veröffentlicht.[98]

853. Der Zusammenschluss UPS/TNT Express betraf die im internationalen Logistikgeschäft tätigen Unternehmen UPS und TNT Express, welche als sogenannte Integratoren die vollständige logistische Kontrolle über den Paketversand ausüben. Auf den nationalen Märkten für internationale, innerhalb des EWR tätige Express-Kleinpaketzustelldienste hätte die Übernahme nach Ansicht der Europäischen Kommission in fünfzehn Mitgliedstaaten zu einer Verschlechterung der Wettbewerbsverhältnisse geführt. Zur Begründung führte die Europäische Kommission aus, dass nach dem Zusammenschluss meist nur DHL als einziger Konkurrent neben den zusammengeschlossenen Parteien verbliebe. Außerdem zeigten die Ergebnisse der von der Europäischen Kommission durchgeführten Preiskonzentrationsanalyse, dass durch den Zusammenschluss ein Anstieg der Preise zu erwarten sei.

854. Auch die von den Parteien vorgetragenen Effizienzen waren nach Auffassung der Europäischen Kommission nicht dazu geeignet, die bestehenden Wettbewerbsbedenken zu beseitigen. UPS argumentierte, dass aufgrund des Zusammenschlusses Effizienzvorteile durch die Kombination der sich ergänzenden Netze sowie durch eine verbesserte Dienstleistungsqualität entstehen würden. Da der Großteil der Einsparungen variable Kosten betreffe, würden die Effizienzvorteile an die Kunden weitergegeben. Diese Vorteile seien auch fusionsspezifisch, da sie nur durch die vollständige Integration der Netze erzielt werden könnten. Interne Dokumente der Parteien, welche Schätzungen der Höhe der Effizienzgewinne im operativen Bereich, beim Luftnetz sowie bei Management- und Verwaltungskosten enthielten und diese konkret bezifferten, sollten dies belegen.

855. Die Europäische Kommission sah die genannten Effizienzvorteile zwar grundsätzlich als fusionsspezifisch an, da auf den betroffenen Märkten keine vergleichbar umfassenden Kooperationsabkommen existierten. Sie bejahte jedoch nur eingeschränkt die Überprüfbarkeit der dargelegten Kosteneinsparungen und berücksichtigte die geltend gemachten Effizienzgewinne deshalb nur im Hinblick auf das europäische Luftnetz und den damit verbundenen Bereich der Boden-

---

96 EU-Kommission, Entscheidung vom 1. Februar 2012, M.6166 – Deutsche Börse/NYSE Euronext; Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 721 ff.

97 Siehe hierzu Abschnitt 2.3.3.5 in diesem Gutachten.

98 EU-Kommission, Entscheidung vom 30. Januar 2013, M.6570 – UPS/TNT Express.

abfertigung. Dabei betonte die Europäische Kommission, dass variable Kosten im Gegensatz zu Fixkosten eher bei der Preisbildung Berücksichtigung fänden, weshalb eine Weitergabe an die Verbraucher wahrscheinlicher sei. In ihrer Analyse quantifizierte sie die zu berücksichtigenden Effizienzgewinne und schätzte die wahrscheinlichen Preissenkungen für die Verbraucher. Diese Effizienzen stellte sie den zu erwartenden Preissteigerungen, die durch den Zusammenschluss wahrscheinlich hervorgerufen werden würden, gegenüber. In einer Reihe der untersuchten nationalen Märkte kam sie zu dem Ergebnis, dass der prognostizierte Preisanstieg nicht durch eine zu erwartende Preissenkung aufgrund von Effizienzvorteilen ausgeglichen werden würde. Nach Ansicht der Europäischen Kommission waren die zu berücksichtigenden Effizienzvorteile deshalb nicht ausreichend, um ihre Wettbewerbsbedenken auszuräumen.

856. Von besonderem Interesse im vorliegenden Fall ist der Umstand, dass die Europäische Kommission die Ergebnisse ihrer quantitativen Analysen nicht immer für ausschlaggebend hielt. Auf einigen nationalen Märkten, z. B. in Dänemark und Ungarn, legten die quantitativen Analysen zwar eine Preissenkungstendenz nahe. Die Europäische Kommission hielt wegen der Wettbewerbsverhältnisse auf den betroffenen Märkten, insbesondere des beschränkten Leistungsangebots und der geringen geografischen Abdeckung des Konkurrenten FedEx, im Ergebnis aber auch insofern eine Wettbewerbsbeeinträchtigung aufgrund des geplanten Zusammenschlusses für wahrscheinlich.

2.3.2.7 Zeitrahmen und Beweislast

857. Die Europäische Kommission äußerte sich in einer Reihe der genannten Verfahren weitergehend zu dem Zeitraum, den sie ihrer Effizienzbetrachtung zugrunde legte. In dem Verfahren UPS/TNT Express berücksichtigte sie lediglich Effizienzvorteile, die sich ihrer Ansicht nach in einem Zeitraum von drei Jahren einstellen würden. Vorteile, die erst danach auftreten würden, könnten dagegen nicht umfassend berücksichtigt werden. Zum einen seien sie nicht dazu geeignet, die unmittelbar mit dem Zusammenschluss verbundenen Nachteile zeitnah auszugleichen. Zum zweiten sei ihr tatsächliches Eintreten aufgrund des weiten Zeithorizonts meist nicht hinreichend sicher. Mit diesem Vorgehen folgte die Europäische Kommission den Horizontal-Leitlinien, wonach Effizienzvorteilen umso weniger Gewicht eingeräumt werden kann, je weiter deren Erbringung in die Zukunft projiziert wird.[99] Deshalb müssen sich die Effizienzvorteile innerhalb eines überschaubaren Zeitraums einstellen, damit sie als ausgleichender Faktor gewürdigt werden können.

858. Im Zusammenhang mit den geltend gemachten Skaleneffekten im Fall Hutchison 3G/Telefónica Ireland äußerte sich die Europäische Kommission erneut zu dem Zeitraum, in dem Effizienzen eintreten müssen, um von ihr berücksichtigt zu werden. Dem Vortrag der Zusammenschlussparteien, wonach sämtliche, auch in fernerer Zukunft aufgrund des Zusammenschlusses eintretende Effizienzvorteile in Rechnung gestellt werden sollten, hielt die Europäische Kommission entgegen, dass die wahrscheinliche Wettbewerbsbeeinträchtigung und die zu erwartenden Effizienzvorteile auf Grundlage desselben Zeitrahmens beurteilt werden müssten. Hier legte die Europäische Kommission den Maßstab bei zwei bis vier Jahren an. Zudem sei es nicht angemessen, der Beurteilung von wahrscheinlichen Effizienzen einen unbegrenzten Zeitraum zugrunde zu legen, da die Voraussage künftiger Marktverhältnisse immer spekulativer werde, je länger der betrachtete Zeitraum sei. Zugunsten der Zusammenschlussparteien berücksichtigte die Europäische Kommission im vorliegenden Fall allerdings den Umstand, dass sich die geltend gemachten jährlichen Effizienzen erst im Jahr 2017 vollständig realisieren würden. In den Jahren zuvor sei mit erheblichen Integrationskosten zu rechnen, die den Effizienzgewinnen gegenüberzustellen seien. Sie legte deshalb ihrer Beurteilung die für das Jahr 2017 erwarteten Effizienzgewinne zugrunde.

859. In einer Reihe von Entscheidungen erläuterte die Europäische Kommission darüber hinaus Fragen der Beweislast in Bezug auf Effizienzgewinne. Sie bekräftigte ihre in den Horizontal-Leitlinien niedergelegte Auffassung, dass die Zusammenschlussparteien rechtzeitig die relevanten Informationen vorlegen müssen um zu belegen, dass die Voraussetzungen des Effizienzeinwands erfüllt sind.[100] Diese seien besonders aussagekräftig, wenn es sich um interne Dokumente zur Vorbereitung der Entscheidung über den Zusammenschluss, Ausführungen der Geschäftsleitung gegenüber den Eigentümern und Finanzmärkten bezüglich der erwarteten Effizienzvorteile sowie Studien von externen Experten zu Art und

---

[99] EU-Kommission, Horizontal-Leitlinien, a. a. O., Tz. 83, 86.

[100] EU-Kommission, Horizontal-Leitlinien, a. a. O., Tz. 87.

Ausmaß von fusionsbedingten Effizienz- und Verbrauchervorteilen handele. Auch der Darlegung von Beispielen für derartige Vorteile in der Vergangenheit lege die Europäische Kommission bei ihrer Prüfung ein besonderes Gewicht bei.[101]

2.3.3 Quantitative Analysen

2.3.3.1 Einführung

860. Für den aktuellen Berichtszeitraum 2014/2015 stellt die Monopolkommission fest, dass die Europäische Kommission wie bereits im vorangegangenen Berichtszeitraum 2012/2013 mitunter quantitative Analysen unter Verwendung ökonometrischer Methoden in der zweiten Verfahrensphase von Fusionskontrollverfahren durchführte. Die Wettbewerbsbehörde nahm derartige quantitative Analysen stets komplementär zu den obligatorischen qualitativen Analysen vor. Oftmals gingen den quantitativen Analysen der Europäischen Kommission ökonometrische Analysen der Zusammenschlussparteien voraus, welche sie auf deren Aussagekraft hin überprüfte. Die von der Europäischen Kommission für ihre quantitativen Analysen verwendeten Daten stammten größtenteils von den Parteien und nur teilweise von Marktteilnehmern sowie marktexternen Quellen.

861. Der Anwendungszweck der quantitativen Analysen variierte einzelfallabhängig.[102] In den Verfahren Telefónica Deutschland/E-Plus und Hutchison 3G UK/Telefónica Ireland verwendete die Europäische Kommission beispielsweise Upwards Pricing Pressure-Tests (UPP-Tests) und Merger-Simulationen zur Prognose der Preisentwicklung in der Post-Merger-Integration.[103] Ferner überprüfte sie im Verfahren Verfahren Telefónica Deutschland/E-Plus die von den Fusionsparteien eingereichte ökonometrischen Analyse bezüglich etwaiger Effizienzvorteile. Im Rahmen der sachlichen und der räumlichen Marktabgrenzung machte die Europäische Kommission in den Verfahren Huntsman/Rockwood bzw. Ineos/Solvay/JV ebenfalls von ökonometrischen Analysen Gebrauch; bei der Bestimmung der sachlichen Marktabgrenzung zog sie diese dem SSNIP-Test (Small but Significant and Nontransitory Increase in Price) sogar vor.[104] Eine nahezu ausschließlich theoretisch fundierte Analyse nahm die Europäische Kommission im Verfahren Liberty Global/Corelio/W&W/De Vijver Media bei der Untersuchung von Anreizen zur Marktabschottung bei vertikaler Integration vor.[105]

862. Die Monopolkommission begrüßt wie in früheren Gutachten grundsätzlich die zunehmende Einbeziehung quantitativer Analysen in die fusionskontrollrechtliche Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission.[106] Quantitative Analysen können ihrer Auffassung nach als „add-on" zu qualitativen Analysen zusätzliche Indizien liefern und einen Erkenntnisbeitrag leisten, diese aber aus methodischen sowie juristischen Gründen nicht ersetzen. Die Monopolkommission erkennt ferner die in den Untersuchungen der Europäischen Kommission dargebotene analytische Sorgfalt insbesondere mit Blick auf die mit quantitativen Analysen verbundene Komplexität und die Fusionskontrollverfahren unterliegende zeitliche Restriktion an. Ungeachtet dessen weist sie im Folgenden auf Verbesserungspotenziale bei der methodischen Anwendung hin.

---

101 EU-Kommission, Horizontal-Leitlinien, a. a. O., Tz. 88.

102 Eine Evaluation der in dem Verfahren UPS/TNT Express durchgeführten ökonometrischen Analysen war nicht möglich, da eine Vielzahl an relevanten Informationen als vertraulich deklariert und daher nicht veröffentlicht wurde; vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 30. Januar 2013, M.6570 – UPS/TNT. Alle anderen Verfahren der Europäischen Kommission, in denen ökonometrische Analysen durchgeführt worden sind, sind in dem Abschnitt 2.3.3 gewürdigt worden.

103 EU-Kommission, Entscheidung vom 2. Juli 2014, M.7018 – Telefónica Deutschland/ E-Plus, sowie Entscheidung vom 28. Mai 2014, M.6992 – Hutchison 3G UK/Telefónica Ireland. Vgl. auch Tz. 837 ff., 844 ff., 863 ff., 896 ff. in diesem Gutachten.

104 Zur sachlichen Marktabgrenzung vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 10. September 2014, M.7061 – Huntsman Corporation/Equity Interests held by Rockwood Holdings. Zur räumlichen Marktabgrenzung vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 8. Mai 2014, M.6905 – Ineos/ Solvay/JV.

105 EU-Kommission, Entscheidung vom 24. Februar 2015, M.7194 – Liberty Global/Corelio/W&W/De Vijver Media.

106 Vgl. Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 696 sowie XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 920 ff.

2.3.3.2 UPP und Merger Simulation

863. In den Verfahren Telefónica Deutschland/E-Plus und Hutchison 3G UK/Telefónica Ireland hatte die Europäische Kommission sowohl UPP-Tests wie auch Merger-Simulationen zur Prognose der Preisentwicklung in der Post-Merger-Integration durchgeführt.[107] Sie folgte damit methodisch den Verfahren Hutchison 3G Austria/Orange Austria und Outokumpu/Inoxum, in welchen sie erstmalig beide Analysemethoden in Fusionskontrollverfahren verwendete.[108]

864. Die Europäische Kommission hatte am 28. Mai 2014 im Verfahren Hutchison 3G UK/Telefónica Ireland die geplante Übernahme des Mobilfunkgeschäfts von Telefónica Ireland Ltd. (Telefónica Ireland) durch dessen Wettbewerber Hutchison 3G UK Holdings Ltd. (Hutchison) unter Nebenbestimmungen genehmigt. Die Europäische Kommission hatte Bedenken, dass mit dem Zusammenschluss des zweitgrößten mit dem viertgrößten Mobilfunknetzbetreiber (MNO) der Wettbewerb auf dem irischen Mobilfunkmarkt nachhaltig geschwächt worden wäre, zumal der irische Mobilfunkmarkt von einer fehlenden Nachfragemacht und hohen Markteintrittsbarrieren gekennzeichnet sei. Parallel zum Verfahren Hutchison 3G UK/ Telefónica Ireland hatte die Europäische Kommission am 2. Juli 2014 im Verfahren Telefónica Deutschland/E-Plus die geplante Übernahme des Mobilfunknetzbetreibers E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG (E-Plus) durch dessen Wettbewerber Telefónica Deutschland Holding AG (Telefónica Deutschland) unter Nebenbestimmungen genehmigt. Die Europäische Kommission hatte Bedenken, dass mit dem Zusammenschluss des drittgrößten mit dem viertgrößten MNO der Wettbewerb auf dem deutschen Mobilfunkmarkt nachhaltig geschwächt worden wäre. Ebenso wie der irische Mobilfunkmarkt zeichnete sich der deutsche Markt durch fehlende Nachfragemacht und hohen Markteintrittsbarrieren aus.

865. Die mit den quantitativen Analysen verbundenen Untersuchungsziele der Europäischen Kommission in beiden Verfahren waren es zu prüfen, wie sich die Mobilfunkpreise auf beiden Märkten infolge der geplanten Übernahmen jeweils entwickeln würden. Die von der Europäischen Kommission in beiden Verfahren zugrunde gelegte Methodologie war nahezu identisch. Zunächst legte die Europäische Kommission jeweils mithilfe eines sogenannten Bertrand-Nash-Modells mit Produktdifferenzierung die theoretischen Rahmenbedingungen für die Prognose der Preiseffekte in der Post-Merger-Integration fest. Gemäß diesem Modell setzen Unternehmen die Preise zwar nicht kooperativ fest, berücksichtigen dabei jedoch stets die Preissetzung der Wettbewerber. Die Marktmacht gründet sich auf dem Grad an Produktheterogenität, d. h. wegen der Heterogenität der Produkte führen Preiserhöhungen – anders als bei der Annahme von Produkthomogenität ohne Kapazitätsbeschränkungen – nicht zwangsläufig zu einem vollständigen Verlust der Käuferschaft und damit der Einnahmen.[109] Darauf basierend prognostizierte die Europäische Kommission die Preisentwicklung im Zuge der geplanten Übernahmen unter anderem mit dem sogenannten Gross Upward Pricing Pressure-Index (GUPPI), eine Variante des sogenannten Upward Pricing Pressure-Ansatzes (UPP).[110] Mit dem GUPPI ist eine Untersuchung des Anreizes der Fusionsparteien zu einer Preiserhöhung möglich, wobei dem GUPPI inhärent ist, dass Wettbewerber ihre Preise infolge der Preiserhöhung nicht anpassen werden. Die Berechnung des GUPPI erfolgt anhand von Umlenkungsziffern („diversion ratios“), welche die Veränderung des Absatzes der Produkte der Fusionsparteien bei einer von ihnen ausgelösten Preiserhöhung bei einem ihrer Produkte erfasst, beobachtbaren Gewinnmargen und Absatzmengen der Fusionsparteien. Informationen z. B. über die Marktnachfrage und über die Gewinnmargen von Wettbewerbern sind für die Berechnung des GUPPI nicht notwendig. Als Datengrundlage fungierten für die GUPPI-Analyse in beiden Verfahren Monatsdaten insbesondere zur Portierung von Telefonnummern zwischen Netzbetreibern, zu Kundenbeständen, Umsätzen und Gewinnmargen der Fusionsparteien, getrennt nach den Tarifen „pre-paid“ und „post-paid“, für das Kalenderjahr 2012 und die ersten beiden Quartale in 2013. Alternativ prognostizierte die Europäische Kommission die

---

[107] Ausführlicher zum Verfahren Telefónica Deutschland/E-Plus vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 73, a. a. O., Tz. 112 ff.

[108] Vgl. Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 697 ff.

[109] Im Verfahren Outokumpu/Inoxum verwendete die Europäische Kommission das sogenannte „Bertrand-Edgeworth-Modell“, das Produkthomogenität und Kapazitätsbeschränkungen unterstellt; vgl. Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 707 ff. und Fn. 123 in diesem Kapitel. Ausführlicher zu den Bertrand-Modellen vgl. etwa Tirole, J., The Theory of Industrial Organization, Cambridge 1988, S. 209 ff.

[110] Die Europäische Kommission ermittelte darüber hinaus noch weitere, dem GUPPI ähnelnde Maße. Ausführlicher zum UPP-Test vgl. etwa Farell, J./Shapiro, C., Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition, The B.E. Journal of Theoretical Economics – Policies and Perspectives 10(1), 2010, S. 1-39.

Preisentwicklung im Zuge der geplanten Übernahmen mithilfe von Merger-Simulationen („merger simulation“).[111] Im Gegensatz zum GUPPI- bzw. UPP-Test werden bei Merger-Simulationen etwaige Preisanpassungen der Wettbewerber mit berücksichtigt, zudem die Gewinnmargen explizit auf Basis zuvor geschätzter Preiselastizitäten der Nachfrage berechnet.[112] Zur Schätzung der Nachfrageelastizitäten werden gewöhnlich mikroökonometrische Methoden, insbesondere sogenannte „discrete choice models“ verwendet.[113] Die Europäische Kommission legte in ihren Schätzungen das „logit model“, „nested logit model“ sowie „random coefficient model“ zugrunde.[114] Wegen der methodischen Unterschiede griff sie für die ökonometrische Analyse in beiden Verfahren jeweils auf tarifspezifische Monatsdaten der Fusionsparteien sowie ihrer drei engsten Wettbewerber für den Zeitraum von 2010 bis 2013 zurück.

866. In beiden Verfahren seien mithilfe von UPP-Tests und Merger-Simulationen signifikante Preisanstiege sowohl im pre-paid- wie auch im post-paid-Segment festgestellt worden. Daran habe sich nach Auffassung der Europäischen Kommission auch bei einer Modifizierung der Untersuchungen, welche orientiert an methodischen Einwänden der Fusionsparteien vorgenommen wurden, nichts geändert. Auf Grundlage der Ergebnisse der quantitativen Analysen kam die Europäische Kommission daher zu dem Ergebnis, dass eine Verringerung der Anbieterzahl auf dem deutschen und dem irischen Mobilfunkmarkt jeweils zu einem signifikanten Preisanstieg geführt hätte.

867. Die Monopolkommission würdigt die Homogenität der in beiden Verfahren zugrunde liegenden Methodologie. Die Europäische Kommission verschafft (potenziellen) Antragsstellern durch eine konsequente Methodenanwendung in Verfahren ähnlichen Sachverhalts vermehrt Klarheit über ihre Vorgehensweise. Die Monopolkommission hebt darüber hinaus die in beiden Verfahren mithilfe von Merger-Simulationen durchgeführten quantitativen Analysen positiv hervor. Ihrer Auffassung nach können Merger-Simulationen ein geeignetes Instrumentarium zur Prognose von Preiseffekten in Fusionskontrollverfahren sein, da mit ihnen, anders als mit gängigen UPP-Methoden, das Reaktionsverhalten der Wettbewerber infolge einer Preiserhöhung berücksichtigt und somit prinzipiell ein realitätsnäheres Abbild erfasst werden kann. Zugleich sind damit Merger-Simulationen im Gegensatz zu UPP-Tests konform sowohl mit den theoretischen Vorgaben eines Bertrand-Nash-Modells wie auch mit den Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse zu nicht koordinierten Wirkungen.[115] Die Monopolkommission weist darauf hin, dass der UPP-Test ursprünglich als Screening-Methode für etwaige unilaterale Preiseffekte bei Unternehmenszusammenschlüssen und Merger-Simulationen als Methoden zur Schätzung von Preiseffekten konzipiert gewesen waren. Dass die Europäische Kommission UPP-Tests und Merger-Simulationen mittlerweile als komplementäre Methoden für quantitative Analysen in Zweite-Phase-Verfahren auffasst, erscheint der Monopolkommission wegen der eingeschränkten Aussagekraft von UPP-Tests als fragwürdig. Die Monopolkommission empfiehlt daher der Europäischen Kommission, zukünftig im Rahmen von quantitativen Analysen UPP-Tests als Screening-Methode in der ersten Verfahrensphase und Merger-Simulationen als Schätzmethode in der zweiten Verfahrensphase von Fusionskontrollverfahren zu verwenden.

---

[111] Ausführlicher vgl. etwa Froeb, L./Tschantz, S./Werden, G., Pass-Through Rates and the Price Effects of Mergers, International Journal of Industrial Organization 23, 2005, S. 703-715.

[112] Die Preiselastizität der Nachfrage bezüglich eines Produktes gibt die relative Veränderung der nachgefragten Menge des Produktes bei einer einprozentigen Erhöhung des Produktpreises an.

[113] Analog zu Berry, S. T., Estimating Discrete-Choice Models of Product Differentiation, Rand Journal of Economics 25(2), 1994, S. 242-262.

[114] Sie verwendete stets einen Instrumentvariablen-Schätzansatz, um für die Interdependenz von Preis und Menge zu kontrollieren, analog zu Berry, S. T./Levinsohn, J./Pakes, A., Automobile Prices in Equilibrium, Econometrica 63(4), 1995, S. 841-890. Ausführlicher zu den Charakteristika der einzelnen „discrete-choice models“ vgl. etwa allgemein Cameron, A. C./Trivedi, P. K., Microeconometrics, Cambridge 2005, Abschnitte 14 und 15. Zu gängigen Schätzmethoden vgl. etwa Greene, W. H., Econometric Analysis 5. Aufl., New Jersey 2002, S. 65-91; 448; 468-556.

[115] EU-Kommission, Horizontal-Leitlinien, a. a. O., S. 5, Erwägungsgrund 24: „Auch den übrigen Unternehmen des betreffenden Marktes können Vorteile aus dem Rückgang des Wettbewerbsdrucks aufgrund der Fusion erwachsen, da sich durch die Preiserhöhung der fusionierenden Unternehmen ein Teil der Nachfrage zu den Wettbewerbern verlagern kann, die es wiederum einträglich finden könnten, ihre Preise zu erhöhen“.

2.3.3.3 Sachliche Marktabgrenzung

868. Im Verfahren Huntsman/Rockwood führte die Europäische Kommission eine quantitative Analyse zur sachlichen Marktabgrenzung durch. Sie zog in ihrer Untersuchung explizit ökonometrische Verfahren dem SSNIP-Test vor. Ihrer Auffassung nach sei der SSNIP-Test ungeeignet, wenn – wie im vorliegenden Verfahren – die nachfrage- und angebotsseitigen Bedingungen der zu untersuchenden Produkte einen derart hohen Homogenitätsgrad aufweisen, dass eine Falsifizierung nur schwerlich möglich sei.

869. Die Europäische Kommission hatte am 10. September 2014 im Verfahren Huntsman/Rockwood die geplante Übernahme einer Reihe von Unternehmen von Rockwood Specialities Group, Inc. (Rockwood) durch die Huntsman Corp. (Huntsman) unter Nebenbestimmungen genehmigt. Die Europäische Kommission hatte Bedenken, dass der Zusammenschluss zu einer marktbeherrschenden Stellung der beiden größten Anbieter von Titandioxid als Vorprodukt für Druckfarben-Anwendungen im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) geführt hätte.

870. Das mit der ökonometrischen Analyse verbundene Untersuchungsziel der Europäischen Kommission war es zu prüfen, inwieweit Druckerfarben und Lack-Beschichtungen unterschiedlichen Weißgrades, deren jeweiliges Vorprodukt Titandioxid ist, austauschbar waren.[116] Hierzu verwendete die Europäische Kommission monatliche z. T. nach Produktionsstätten differenzierte Preis- und Kostendaten zu den zehn von den Fusionsparteien in Europa jeweils am häufigsten gehandelten Druckerfarben- sowie Lackprodukten unterschiedlichen Weißgrades für den Zeitraum von Januar 2006 bis Februar 2014. Im Rahmen der ökonometrischen Analyse bereinigte die Europäische Kommission die Preise zunächst jeweils um gemeinsame angebots- und nachfragespezifische Einflussfaktoren mittels sogenannter gepoolter Regressionen[117], um anschließend anhand der Residualpreise für Druckerfarben und Lacke einen Preisvergleich in Form einer (bivariaten) Korrelationsanalyse vorzunehmen.[118] Das Gros der Residualpreise hätte jedoch einen sogenannten stochastischen Trend aufgewiesen, weshalb die Europäische Kommission in der Folge die ersten Differenzen in den Preisen für die Korrelationsanalyse verwendete. Wegen Unterschieden in den Kostenstrukturen bei den Produktionsstätten führte die Europäische Kommission Analysen durch, in denen sie die aggregierten Durchschnittspreise von Druckerfarben und Lacken zwischen den Fusionsparteien, zwischen den Produktionsstätten je Fusionspartei und innerhalb einer Produktionsstätte miteinander verglich. Der Analyse der Europäischen Kommission ging unter anderem eine von den Fusionsparteien eingereichte Preis-Korrelationsanalyse voraus.

871. Die Ergebnisse der Korrelationsanalysen sprachen nach Auffassung der Europäischen Kommission dafür, dass Druckerfarben und Lacke nicht zu demselben sachlich relevanten Markt gehören. Sie bemängelte jedoch die Datenqualität und hielt daher die gesamte empirische Analyse – sowohl die von den Fusionsparteien wie auch ihre eigene – nur für eingeschränkt aussagekräftig. Ebenso kritisierte die Europäische Kommission die Verwendung von Korrelationsanalysen zur Marktabgrenzung. Ihrer Ansicht nach sind Korrelationsanalysen insbesondere wegen des Problems von Scheinkorrelation zur Marktabgrenzung nur bedingt geeignet.[119] Sie sähe Korrelationsanalysen daher vielmehr als Verfahren an, mit denen tendenziell Indizien gesammelt werden können, die gegen eine Marktzugehörigkeit („separation test“) denn für eine Marktzugehörigkeit zweier untersuchter Produkte sprächen („inclusion test“). Die Europäische Kommission knüpfte die Aussagekraft von Korrelationsanalysen im Rahmen der Marktabgrenzung allgemein an drei Bedingungen, die als

---

[116] Weißgrad ist ein Maß für die Fähigkeit einer Fläche zur ungerichteten Reflexion von (Licht-)Wellen.

[117] Eine gepoolte Regression beschreibt ein ökonometrisches Verfahren zur Analyse von Paneldaten, bei der zeitinvariante Heterogenitäten der Untersuchungseinheiten und zeitvariante Heterogenitäten betreffend alle Untersuchungseinheiten nicht berücksichtigt werden; vgl. etwa Wooldridge, J. M., Econometric Analysis of Cross Section and Panel Data 2. Aufl., Cambridge (UK) 2010, S. 128 ff.

[118] Eine Korrelationsanalyse ist eine Methode der Deskriptiven Statistik und zielt auf die Untersuchung eines linearen Zusammenhangs von zwei Merkmalen bzw. Variablen ab. Eine partielle Korrelationsanalyse, so wie in der vorliegenden Entscheidung der EU-Kommission deklariert, stellt zwar ebenfalls eine Untersuchung eines linearen Zusammenhangs von zwei Merkmalen bzw. Variablen dar, ist jedoch in der Regel eingebettet in eine Methode der Induktiven Statistik wie etwa der Regressionsanalyse.

[119] Scheinkorrelation liegt beispielsweise vor, wenn eine hohe Korrelation zwischen zwei Variablen beobachtet wird, die inhaltlich nicht gerechtfertigt ist. Solche scheinbaren Zusammenhänge können dadurch bewirkt werden, dass eine mit beiden beobachteten Variablen hochkorrelierte dritte Variable übersehen wird und somit unberücksichtigt bleibt; vgl. Fahrmeir, L. u. a., Statistik: Der Weg zur Datenanalyse 5. Aufl., Berlin 2004, S. 148 ff.

notwendige, nicht aber als hinreichende Bedingungen verstanden werden sollen. So müssten die Preisdaten sowohl um gemeinsame Einflussfaktoren wie auch um stochastische Trends bereinigt werden. Ferner müsste der Datenumfang ausreichend groß sein, bei Zeitreihen und Paneldaten zudem eine Mindestanzahl an aufeinanderfolgenden Daten vorliegen; konkrete Richtwerte gab die Europäische Kommission nicht vor.

872. Die Monopolkommission begrüßt, dass die Europäische Kommission Grundbedingungen für die Anwendung von Korrelationsanalysen zum Zwecke der Marktabgrenzung formuliert und damit den Unternehmen vermehrt Klarheit zur Nützlichkeit von eingereichten ökonomischen Gutachten für zukünftige Verfahren verschafft hat. Ungeachtet der formulierten Grundbedingungen weist die Monopolkommission darauf hin, dass bei (bivariaten) Korrelationsanalysen neben dem Problem von Scheinkorrelation ebenso das Problem einer verdeckten Korrelation auftreten könnte.[120] Demnach müsste an der Aussagekraft von Korrelationsanalysen als „separation test" ebenso gezweifelt werden. Um den Problemen von Scheinkorrelation und verdeckter Korrelation methodisch wirksam zu begegnen, sollte der Fokus verstärkt auf die Regressionsanalyse gelegt werden. Mit ihr ist es, anders als bei einer Korrelationsanalyse, prinzipiell möglich, die Art des Zusammenhanges zwischen (zwei oder mehreren) Produkten mithilfe von statistischen Schätz- und Testmethoden zu eruieren und auf statistische Signifikanz hin zu überprüfen.[121] Mit einem adäquat spezifizierten Regressionsmodell wie z. B. einem sogenannten Fehlerkorrekturmodell wäre es möglich gewesen, für stochastische Trends zu kontrollieren, ohne eine Analyse in den ersten Differenzen vornehmen zu müssen.[122] Die Verwendung von ersten Differenzen – wie bei der obigen Preiskorrelationsanalyse der Fall – stellt eine wesentliche Modifikation des Datensatzes und einen Verlust an Informationen dar. Rückschlüsse von einer Korrelationsanalyse auf Grundlage von Preisdaten in den ersten Differenzen auf eine Korrelationsanalyse von nicht differenzierten Preisdaten können nicht gezogen werden, weshalb die vorgenommene Korrelationsanalyse allein unter methodischen Gesichtspunkten in Frage zu stellen ist.

2.3.3.4 Räumliche Marktabgrenzung

873. Eine neue Entwicklung bei der Anwendung von quantitativen Analysen in der europäischen Fusionskontrolle hat sich in dem Verfahren Ineos/Solvay/JV ergeben. Mittels ökonometrischer Methoden führte die Europäische Kommission Analysen zur räumlichen Marktabgrenzung sowie zur Marktmacht in der Pre-Merger-Phase zum Zwecke der Quantifizierung etwaiger Preissteigerungen in der Post-Merger-Integration durch.[123] Mit den quantitativen Analysen verbunden war zugleich eine Ex post-Evaluation zweier von der Europäischen Kommission genehmigter Unternehmenszusammenschlüsse.[124]

874. Die Europäische Kommission hatte am 8. Mai 2014 im Verfahren Ineos/Solvay/JV den geplanten Zusammenschluss der europäischen Chlorvinyl-Geschäfte von der schweizerischen Ineos AG (Ineos) und der belgischen Solvay S. A. (Solvay) in einem neu gegründeten Joint Venture unter Nebenbestimmungen genehmigt. Die Europäische Kommission hatte Bedenken, dass mit dem Zusammenschluss Solvay als stärkster Wettbewerber von Ineos auf dem Markt für Suspensios-

---

[120] Verdeckte Korrelation liegt vor, wenn eine entscheidende Variable nicht berücksichtigt und dadurch eine tatsächlich vorhandene Korrelation verschleiert wird oder wenn sich das Vorzeichen der Korrelation umkehrt; vgl. ebenda, S. 150 f.

[121] Zwar ist es prinzipiell auch möglich, die in einer Korrelationsanalyse gemessene Korrelationsstärke auf statistische Signifikanz hin zu prüfen, gleichwohl unterliegen den statistischen Testverfahren dieselben restriktiven Annahmen einer Korrelationsanalyse; vgl. hierzu etwa Monopolkommission, Sondergutachten 74, Post 2015: Postwendende Reform – Jetzt!, Baden-Baden 2016, Tz. 94 ff.

[122] Zu Fehlerkorrekturmodellen bei Zeitreihen vgl. etwa Lütkepohl, H./Krätzig, M., Applied Time Series Econometrics, Cambridge 2010, S. 96 ff., und bei Paneldaten vgl. etwa Pesaran, M. H./Smith R. P., Pooled mean group estimation of dynamic heterogeneous panels, Journal of the American Statistical Association 94, 1999, S. 621-634 sowie Estimating long-run relationships from dynamicheterogeneous panels, Journal of Econometrics 68, 1995, S. 79-113.

[123] Zudem reichten die Fusionsparteien eine Simulationsanalyse auf Grundlage des Bertrand-Edgeworth-Modells (BE-Modell), das die Europäische Kommission bereits im Verfahren Outokumpu/Inoxum angewendet hatte. Nach Prüfung der Europäischen Kommission hätten die Ergebnisse ebenfalls für eine räumliche Marktabgrenzung und merkliche Preissteigerungen gesprochen, was die Fusionsparteien auch nicht bestritten hätten. Nach Auffassung der Europäischen Kommission seien Ergebnisse des BE-Modells vornehmlich als qualitative Evidenz zu interpretieren.

[124] EU-Kommission, Entscheidung vom 26. Juli 2011, M.6218 – Ineos/Tessenderlo, und Entscheidung vom 30. Januar 2008, M.4734 – Ineos/Kerling. Ausführlicher zur Ex Post-Evaluation von Fusionskontrollverfahrensentscheidungen vgl. Abschnitt 7 in diesem Kapitel.

Polyvinylchlorid (S-PVC) in Nordwesteuropa ausgeschaltet und ein Marktbeherrscher auf dem Markt für Bleichlauge in den Benelux-Ländern entstanden wäre.

875. Die mit den ökonometrischen Analysen verbundenen Untersuchungsziele der Europäischen Kommission waren es zu prüfen, inwieweit zum einen die Märkte für S-PVC in und außerhalb Nordwesteuropas voneinander abzugrenzen waren und inwieweit zum anderen Ineos über Marktmacht in der Pre-Merger-Phase – zur Quantifizierung von etwaigen Preissteigerungen in der Post Merger-Integration – verfügt hat. Die hierfür verwendeten Daten und Methoden waren in beiden Fällen nahezu identisch. So verwendete die Europäische Kommission monatliche Daten zu individuellen bzw. kundenspezifischen Handelstransaktionen sowie zu produktionsstättenspezifischen Kosten Ineos' und Solvays für den Zeitraum von Januar 2007 bis April 2013. Mit dem sogenannten Difference-in-Differences-Schätzer (DD) legte sie in ihren Analysen eine ökonometrische Methode zugrunde, mit der die Entwicklung einer zentralen Kenngröße zweier oder mehrerer Untersuchungsgruppen unter Berücksichtigung aller relevanter die Untersuchungsgruppen beeinflussender Faktoren zwischen unterschiedlichen Zeiträumen anhand von Paneldaten verglichen werden kann.[125] Zudem führte die Europäische Kommission mit dem Difference-in-Difference-in-Differences-Schätzer (DDD) eine Modifikation des DD als Robustheitsprüfung zur Erfassung regionaler Trends durch. Als zentrale Kenngröße wählte die Europäische Kommission Transaktionspreise aus, wobei sie die Transaktionen als Untersuchungsgruppen räumlich nach Regionen in und außerhalb Nordwesteuropas separierte und damit die räumliche Zugehörigkeit der Transaktionen als Unterscheidungskriterium bestimmte. Als zeitliche Bruchstellen zur Unterteilung der Analysezeiträume spezifizierte sie die beiden Zeitpunkte der Fusionsfreigabe der Verfahren Ineos/Tessenderlo, Juli 2011, und Ineos/Kerling, Januar 2008.[126] Ebenso habe sie dieselben Einflussfaktoren in den Regressionsmodellen berücksichtigt, bei denen sie den DD anwendete.

876. Nach Darstellung der Europäischen Kommission sind die Schätzungen mittels DD und DDD sowohl zur räumlichen Marktabgrenzung wie auch zur Marktmacht robust und die Parameter, insbesondere die Interaktionsterme zur Erfassung der um andere Einflussfaktoren bereinigten Preisunterschiede zwischen den Regionen vor und nach den Zeitpunkten der Fusionsfreigaben, größtenteils statistisch positiv signifikant gewesen. Demnach seien die Transaktionspreise auf dem nordwesteuropäischen Markt im Vergleich zu den außer-nordwesteuropäischen Märkten vor allem im Zuge des Unternehmenszusammenschlusses von Ineos und Tessenderlo stärker angestiegen. Dies habe nach Auffassung der Europäischen Kommission für eine räumliche Marktabgrenzung und für eine Marktmacht Ineos' in der Pre-Merger-Phase des in diesem Verfahren zu prüfenden Unternehmenszusammenschlusses gesprochen. Die Ergebnisse der ökonometrischen Analyse hätten zugleich die Ergebnisse des zuvor durchgeführten SSNIP-Tests bestätigt.

877. Die Monopolkommission befürwortet die Anwendung (panel-)ökonometrischer Methoden zum Zwecke der räumlichen Marktabgrenzung. Insbesondere anhand von panelökonometrischen Methoden ist es möglich, räumliche Preisunterschiede unter Berücksichtigung intertemporaler Veränderungen in den einzelnen Märkten zu analysieren. Dass die Europäische Kommission in ihren ökonometrischen Schätzungen zugleich eine Ex post-Evaluation zweier von ihr getroffener Fusionskontrollentscheidungen integrierte, indem sie die Zeitpunkte der Fusionsfreigabe als strukturelle Marktveränderungen auffasste, hebt die Monopolkommission im Hinblick auf die Notwendigkeit einer vermehrten Durchführung von Ex post-Evaluationen zur Verbesserung der Entscheidungspraxis von Wettbewerbsbehörden positiv hervor. Allerdings wäre eine vertiefte Auseinandersetzung der Europäischen Kommission mit den Ergebnissen bezüglich ihrer vorangegangenen Fusionskontrollentscheidungen geboten gewesen, zumal ein signifikanter Preisanstieg jeweils infolge der Fusionsfreigaben ermittelt wurde. Ferner hätte die Europäische Kommission zu Robustheitszwecken – wie bei ökonometrischen Untersuchungen mit Paneldaten üblich – trotz des relativ kurzen Analysezeitraums darauf testen können,

---

[125] Paneldaten umfassen Daten zu Merkmalen verschiedener Untersuchungseinheiten zu mehreren Zeitpunkten. Ausführlicher zum DD vgl. etwa Bertrand, N./Duflo, E./Mullainathan, S., 2004, How much should we trust differences-in-differences estimates?, Quarterly Journal of Economics 114(1), S. 249-275.

[126] Obgleich de facto drei Zeiträume existierten, konzentrierte sich die Europäische Kommission auf die Zeiträume von Januar 2007 bis Juni 2011 und Juli 2011 bis April 2013.

ob die Transaktionspreise nicht einem sogenannten stochastischen Trend unterlegen haben.[127] Die Existenz eines stochastischen Trends würde die Aussagekraft der quantitativen Analyse in Frage stellen.

2.3.3.5 Effizienzeinwand

878. Im Verfahren Telefónica Deutschland/E-Plus wurde von den Fusionsparteien eine quantitative Analyse zu möglichen Effizienzgewinnen im Zuge des geplanten Unternehmenszusammenschlusses vorgelegt. Die Europäische Kommission beschäftigte sich nach dem Verfahren Deutsche Börse/NYSE Euronext damit zum zweiten Mal eingehender mit der empirischen Quantifizierung von Effizienzvorteilen, die sie in begründeten Fällen bei ihren Entscheidungen gemäß Erwägungsgrund 29 der VO 139/2004 berücksichtigen soll.[128]

879. Das mit der quantitativen Analyse verbundene Untersuchungsziel der Europäischen Kommission war es zu prüfen, inwieweit sich durch die geplante Übernahme die Qualität des Mobilfunknetzes zugunsten der Verbraucher verbessern würde (nachfrageseitige Effizienzen). Hierzu verifizierte sie die Ergebnisse einer von den Fusionsparteien eingereichten ökonometrischen Studie, die den Nutzen einer höheren Qualität der Mobilfunknetze für die Verbraucher quantifiziert habe. Im Zentrum der Analysen stand der Zusammenhang zwischen der Netzwerkqualität, approximiert durch externe Testergebnisse zur Datenübertragungsgeschwindigkeit zwischen den einzelnen Mobilfunknetzen[129] bei unterschiedlichen Mobilfunkstandards (2G, 3G und 4G) und Minutenpreisen für Sprach-Dienstleistungen („voice services"), der mithilfe eines sogenannten Fixed-Effects-Modells vornehmlich anhand von Quartalsdaten für den Zeitraum 2005 bis 2012 untersucht wurde.[130] Nach Ansicht der Fusionsparteien impliziere ein positiver Zusammenhang zwischen Qualität und Preis, bereinigt um weitere relevante Preisfaktoren, dass die Verbraucher eine höhere Qualität der Mobilfunknetze (der Fusionsparteien) entsprechend wertschätzen, was sich in Preissteigerungen niederschlage.

880. Die Europäische Kommission hielt aus mehreren Gründen weder die von ihr noch die von den Fusionsparteien vorgelegten Ergebnisse für robust und damit für nicht aussagekräftig. Insbesondere sei es mithilfe der Daten nicht möglich gewesen, den kontrafaktischen Zustand („Counterfactual") zur geplanten Übernahme adäquat zu simulieren und somit die durch den Unternehmenszusammenschluss bedingten etwaigen Effizienzgewinne in Form von Qualitätssteigerungen bei den Mobilfunknetzen zu identifizieren. Nach Auffassung der Europäischen Kommission konnten mit der quantitativen Analyse daher keine Indizien für Effizienzgewinne ermittelt werden.

881. Die Monopolkommission anerkennt, dass vermehrt quantitative Analysen zur Identifizierung von Effizienzvorteilen in Fusionskontrollverfahren vorgelegt werden. Trotz bzw. gerade wegen der bislang fehlenden empirischen Evidenz für signifikante Effizienzgewinne bei Unternehmenszusammenschlüssen sollten auch zukünftig hierzu Untersuchungen bei der Europäischen Kommission eingereicht werden. Eine permanente thematische Auseinandersetzung – ob per qualitativer oder quantitativer Analyse – fördert tendenziell das Bewusstsein sowie das Verständnis für Effizienzpotenziale aufseiten der Marktteilnehmer und der Europäischen Kommission. Im Hinblick auf quantitative Analysen und die Wahl einer geeigneten Methode weist die Monopolkommission wie im Verfahren Deutsche Börse/NYSE Euronext darauf hin,

---

[127] Die Europäische Kommission kontrollierte durch die Anwendung des DDD zwar für deterministische Trends, nicht aber für stochastische Trends. Bei Vorliegen eines stochastischen Trends weist eine Zeitreihe – anders als bei Vorliegen eines deterministischen Trends – eine nicht prognostizierbare, weil nicht modellierbare, Entwicklung auf. Ein stochastischer Trend beschreibt einen stochastischen Prozess, dessen statistische Momente zeitvariant sind. Sofern stochastische Prozesse einem stochastischen Trend unterliegen, können ohne entsprechende Korrekturen keine Aussagen über die statistische Signifikanz ökonometrischer Schätzungen getroffen werden.

[128] Vgl. Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 721 ff.

[129] Die Testergebnisse stammen von Untersuchungen der deutschen Telekommunikationsfachzeitschrift „CONNECT".

[130] Mit Fixed-Effects-Modellen ist es im Rahmen der Analyse von Paneldaten möglich, nicht beobachtbare zeitinvariante Einflussfaktoren abzubilden („unobserved heterogeneity"); vgl. etwa Wooldridge, J. M., Econometric Analysis of Cross Section and Panel Data 2. Aufl., a. a. O., S. 265 ff.

dass wegen der mit der Identifizierung von Effizienzvorteilen verbundenen Komplexität etwa das Instrumentvariablen-Schätzprinzip geeignet sein könnte.[131]

2.3.3.6 Marktabschottung

882. Im Verfahren Liberty Global/Corelio/W&W/De Vijver Media lag der Fokus der empirischen Analyse auf der Quantifizierung theoretischer Modelle zu etwaigen Marktabschottungseffekten bei vertikaler Integration. Die Europäische Kommission hatte am 10. Oktober 2014 im Verfahren Liberty Global/Corelio/W&W/De Vijver Media die geplante Übernahme von De Vijer Media NV (De Vijer Media) durch Liberty Global plc. (Liberty Global), Corelio Publishing NV (Corelio) sowie Waterman & Waterman NV (W&W) unter Nebenbestimmungen genehmigt. Die Europäische Kommission hatte Bedenken, dass mit dem Zusammenschluss einem Anbieter die beiden einzigen Premium-Pay-TV-Sender in den Niederlanden gehört hätten und dieser ca. 90 Prozent des Kabelangebots sowie zwischen 60 und 70 Prozent der Pay TV-Abonnements auf sich vereint hätte.

883. Das mit der quantitativen Analyse verbundene Untersuchungsziel der Europäischen Kommission war es zu prüfen, zu welchen Wettbewerbseffekten ein Ausschluss dritter TV-Vermarkter von der Vermarktung des von De Vijver Media und der damit insbesondere von Liberty Global kontrollierten Pay-TV-Sender Vier/Vijf hätte führen können (Marktabschottung von Einsatzmitteln).[132] Liberty Global sei mit seiner Tochter Telenet ebenfalls in der TV-Vermarktung, vor allem von Sendungen der TV-Senders Vier/Vijf, aktiv gewesen, weshalb Liberty Global vertikal in den Märkten für TV-Sender und für die TV-Vermarktung integriert gewesen sei.[133] Die Europäische Kommission ermittelte zunächst anhand von Kundenwechselraten den Anreiz für Liberty Global zu einem vollständigen Ausschluss Dritter von der Vermarktung der Senders Vier/Vijf. Sie spezifizierte die Kundenwechselraten als Schwellenwerte, ab denen der zusätzliche Gewinn, repräsentiert durch Einnahmen aufgrund neuer Abonnementen, die wegen der Exklusivausstrahlung des TV-Senders Vier/Vijf zu Telenet wechseln würden, die zusätzlichen Kosten, repräsentiert durch verloren gegangene Werbe- und Gebühreneinnahmen, überstiegen und eine Abschottungsstrategie rational erschienen lassen hätte. Anschließend eruierte die Europäische Kommission den Anreiz für De Vijver Media und Telenet zur Erhöhung der von dritten TV-Vermarktern zu entrichtenden Gebühr für die Vermarktung von Vier/Vijf bei einem partiellen Ausschluss dritter TV-Vermarkter in der Post-Merger-Integration. Hierzu spezifizierte sie ein Verhandlungsmodell, wobei die potenziellen Gewinne der Verhandlungsparteien bei Untersagung der geplanten Übernahme als deren Drohpunkte („Counterfactual“) unterstellt wurden. Beide Ansätze wurden jeweils mit vertraulichen Daten von Marktteilnehmern kalibriert.

884. Die Ergebnisse ließen nach Aussage der Europäischen Kommission darauf schließen, dass die geplante Übernahme einen starken Anreiz bei den Fusionsparteien zu einem vollständigen Ausschluss Dritter von der Vermarktung der Sender Vier/Vijf ausgelöst hätte. Sofern ein partieller Ausschluss Dritter erfolgt wäre, sei gemäß den Ergebnissen mit einem Anstieg der Verhandlungsmacht der Fusionsparteien und schlussendlich auch mit einem Anstieg der Vermarktungsgebühr für Dritte zu rechnen gewesen.

885. Die Monopolkommission begrüßt ausdrücklich, dass die Europäische Kommission wie im konkreten Verfahren ihre Untersuchung zur Anreizstruktur der Fusionsparteien theoretisch fundiert hat. Mithilfe theoretischer Modelle können generell die Strategien der einzelnen Fusionsparteien und Marktteilnehmer auf eine besonders strukturierte Art und Weise verständlich gemacht werden. Ohne Kenntnis der Strategien relevanter Marktteilnehmer ist nach Auffassung der Monopolkommission weder eine effektive Ausgestaltung des Wettbewerbsrahmens noch eine effektive Marktaufsicht

---

[131] Bei der Analyse von Paneldaten könnte z. B. das GMM-Schätzverfahren („generalized methods of moments“) praktikabel sein, das den Instrumentvariablen-Ansatz inkludiert und ein vergleichsweise robustes Schätzverfahren darstellt; vgl. etwa Hansen, L. P., nsen, Proofs for large sample properties of generalized method of moments estimators, Journal of Econometrics 170(2), 2012, S. 325-330 und Large sample properties of generalized method of moments estimators, Econometrica 50, 1982, S. 1029–1054.

[132] Betrieben würde der TV-Sender Vier/Vijf nach genehmigter Übernahme von De Vijer Media. Zur Marktabschottung von Einsatzmitteln vgl. EU-Kommission, Horizontal-Leitlinien, a. a. O., S. 5, Tz. 61 ff. sowie Nicht-Horizontal-Leitlinien, S. 6, a. a. O., Tz. 29 ff.

[133] TV-Vermarkter bieten den Endkunden die TV-Sendungen (eines oder mehrerer Sender) entweder zu einer vorgegebenen Sendezeit („linear TV services“) und/oder z. B. auf Nachfrage („nonlinear TV services“) via Kabel, Satellit oder Internet an. Auf dem Markt für TV-Sender repräsentieren sie die Nachfrageseite, die Angebotsseite wird durch die Betreiber von TV-Sendern repräsentiert, die Lizenzinhaber von TV-Sendungen sind.

möglich. Theoretische Modelle sind daher bei Bedarf komplementär zur qualitativen Analyse zu verwenden. Zur erweiterten Anwendung, aber auch zur Verifizierung können theoretische Modelle in empirische Analysen je nach Sachverhalt eingebettet werden.

2.3.4 Abhilfemaßnahmen

886. Während des Berichtszeitraums 2014/2015 hat die Europäische Kommission in der ersten Verfahrensphase gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. b i. V. m. Abs. 2 FKVO 25 und nach Durchführung der zweiten Verfahrensphase gemäß Art. 8 Abs. 2 FKVO 15 Zusammenschlussvorhaben unter Nebenbestimmungen freigegeben. Positiv zu würdigen ist der Umstand, dass die Europäische Kommission den Zusammenschlussparteien in der überwiegenden Zahl der Fälle Veräußerungsverpflichtungen auferlegt hat. Diese lassen potenzielle Überschneidungen der Aktivitäten der Parteien entfallen, sind in einem überschaubaren Zeitrahmen zu erfüllen und bedürfen keiner laufenden Kontrolle seitens der Wettbewerbsbehörde.

887. Zu einer Beseitigung der Marktanteilsüberschneidung durch die Veräußerung von Produktionsstätten oder ganzen Geschäftsbereichen kam es etwa in den Fällen Cargill/ADM Chocolate Business, BP/Statoil Fuel and Retail Aviation, ZF/TRW und Altice/PT Portugal. Zum Teil wurden Veräußerungsverpflichtungen mit verhaltensorientierten Nebenbestimmungen wie Zugangs-, Lizenz- und Belieferungspflichten kombiniert, z. B. in den Verfahren DEMB/Mondelez/Charger OpCo, Orange/Jazztel, Zimmer/Biomet und Medtronic/Covidien. Im letztgenannten Fall hielt die Europäische Kommission eine Veräußerungsverpflichtung in größerem räumlichen Umfang für erforderlich, als ihre Wettbewerbsbedenken reichten. Während die Europäische Kommission negative Wirkungen des Zusammenschlusses nur für verschiedene nationale Märkte im Europäischen Wirtschaftsraum festgestellt hatte, erfassen die Abhilfemaßnahmen den relevanten weltweiten Geschäftsbereich.

888. Während des Berichtszeitrauma hat die Europäische Kommission in einer Reihe von Fällen Veräußerungszusagen nur als „Up-front-buyer"-Verpflichtung oder – vereinzelt – als „Fix-it-first"-Lösung angenommen. Bei einer Up-front-buyer-Verpflichtung müssen die Zusammenschlussparteien den Vollzug der genehmigten Transaktion so lange aussetzen, bis die Zusammenschlussparteien eine bindende Vereinbarung mit einem von der Europäischen Kommission genehmigten Erwerber abgeschlossen haben.[134] Von dieser Möglichkeit macht die Europäische Kommission Gebrauch, wenn Unsicherheit darüber besteht, ob überhaupt ein geeigneter Erwerber gefunden wird oder ein Risiko bezüglich des Erhalts der Wettbewerbs- und Marktfähigkeit des zu veräußernden Geschäfts besteht. Hier sind unter anderem die Fälle Zimmer/Biomet, Orange/Jazztel, Huntsman Corporation/Equity interests held by Rockwood Holdings sowie Merck/Sigma-Aldrich zu nennen. In dem Verfahren General Electric/Alstom wurde daneben eine Fix-it-first-Lösung gewählt. Diese setzt noch früher an, indem die Zusammenschlussbeteiligten eine bindende Vereinbarung mit einem von der Europäischen Kommission genehmigten Erwerber noch während des laufenden Fusionskontrollverfahrens treffen.[135] Eine solche Lösung kommt insbesondere dann in Betracht, wenn die Frage, wer der Erwerber ist, entscheidende Bedeutung für die Wirksamkeit der Abhilfemaßnahme hat.

889. Die Monopolkommission begrüßt das Vorgehen der Europäischen Kommission, vermehrt auf Up-front-buyer- und Fix-it-first-Lösungen zu bestehen. Derartige Vorkehrungen tragen zur Sicherstellung des Zusagenvollzugs bei und können insbesondere angezeigt sein, wenn nur eine geringe Anzahl von potenziellen Erwerbern existiert oder Marktteilnehmer während des Fusionskontrollverfahrens mangelndes Interesse an einem Erwerb geäußert haben. Dasselbe gilt für Fälle, in denen die Lebensfähigkeit des zu veräußernden Vermögensteils von spezifischen Anforderungen an den Erwerber oder vom Verhalten Dritter abhängt.

890. Insbesondere bei vertikalen Wettbewerbsbedenken griff die Europäische Kommission erneut auf verhaltensorientierte Abhilfemaßnahmen zurück, etwa in den Verfahren PRSfM/Stim/Gema und Liberty Global/Corelio/W&W/De Vijver Media. In den genannten Verfahren legte die Europäische Kommission den beteiligten Unternehmen insbesondere

---

[134] 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, S. 1, Tz. 53 ff.

[135] Mitteilung der Kommission über nach der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission zulässige Abhilfemaßnahmen, a. a. O., S. 1, Tz. 56 ff.

Zugangsverpflichtungen auf. Die Monopolkommission hat bereits früher darauf hingewiesen, dass verhaltensorientierte Verpflichtungen im Gegensatz zu Veräußerungverpflichtungen keinen Einfluss auf die Marktstruktur haben, in der Regel über einen längeren Zeitraum umgesetzt werden müssen und teilweise einer aufwändigen Kontrolle bedürfen. Außerdem eröffnen sie dem Unternehmen, das den Zugang zu gewähren hat, eine Reihe von Diskriminierungsmöglichkeiten gegenüber den einen solchen Zugang nutzenden Unternehmen. Deshalb begrüßt die Monopolkommission Äußerungen der Europäischen Kommission, wonach Zusagenangebote um so eher als geeignet angesehen werden, je struktureller ihre Natur ist.[136]

2.3.4.1 Verhaltensorientierte Abhilfemaßnahmen

891. In dem Verfahren Liberty Global/Corelio/W&W/De Vijver Media bejahte die Europäische Kommission das Vorliegen negativer vertikaler Wettbewerbseffekte des Zusammenschlusses.[137] Liberty Global betreibt Kabelnetze für Fernseh-, Breitbandinternet- sowie für Telefondienstleistungen in mehreren Mitgliedstaaten und in einigen Ländern außerhalb Europas. In Belgien ist Liberty Global über das Unternehmen Telenet aktiv, das ein Kabelnetz in Flandern und Teilen Brüssels betreibt. Des Weiteren ist Telenet beim Betrieb von Pay-TV-Programmen und Video on Demand Dienstleistungen aktiv. De Vijver Media produziert Fernsehinhalte und sendet die niederländischsprachigen Programme Vier und Vijf, die sie auch an andere Fernsehsender lizenziert. Darüber hinaus verkauft De Vijver Media Werbezeiten auf verschiedenen Fernsehkanälen. Nach der Transaktion werden Liberty Global über sein Tochterunternehmen Telenet 50 Prozent, Corelio und W&W je 25 Prozent der Anteile an De Vijver Media Media halten. Der Zusammenschluss betrifft alle Ebenen der Wertschöpfungskette für TV-bezogene Inhalte, also die Produktion von Fernsehinhalten, die Lizenzierung von Senderechten von Fernsehinhalten, die Bereitstellung von Free-to-Air- und Basic-Pay-TV-Programmen sowohl auf Vorleistungsebene wie auch auf Endkundenebene sowie den Verkauf von Werbezeiten auf Fernsehkanälen.

892. Zu negativen vertikalen Wettbewerbseffekten würde es nach Ansicht der Europäischen Kommission kommen, weil Telenet und De Vijver Fähigkeit und Anreize zu einer Abschottung von Einsatzfaktoren (input foreclosure) sowie zu einer Kundenabschottung (customer foreclosure) hätten. Die unterschiedlichen Abschottungsstrategien würden sich im vorliegenden Fall nicht gegenseitig ausschließen und die marktbeherrschende Stellung von Telenet auf dem Markt für die Bereitstellung von Fernsehdiensten an Endkunden verstärken. Der Zusammenschluss hätte daher eine Reduzierung des Wettbewerbs auf der Einzelhandelsebene zur Folge, was für die Kunden höhere Preise bedeuten würde.

893. Eine Abschottung von Einsatzfaktoren werde nach dem Zusammenschluss möglich, weil De Vijver Media auf der vorgelagerten Marktstufe des Programm-Großhandels tätig sei, während Telenet auf der nachgelagerten Marktstufe für die Bereitstellung von Fernsehdiensten für Endkunden agiere. Telenet und De Vijver Media hätten nach dem Zusammenschluss die Fähigkeit und Anreize, Fernsehanbietern wie Belgacom und TV Vlaanderen beim Großhandel von Free-to-Air- und Basic-pay-TV-Programmen den Zugang zu De Vijver Medias Programmen Vier und Vijf zu verweigern (total foreclosure) oder – z. B. durch höhere Preise – zu erschweren (partial foreclosure). Nach den Ermittlungen der Europäischen Kommission sind die Programme Vier und Vijf wichtige Einsatzfaktoren für Fernsehanbieter in Flandern und Brüssel und zwar sowohl für aktuelle als auch für künftig in den Markt eintretende Anbieter. Daneben bejahte die Kommission die Fähigkeit von Telenet, eine derartige Abschottungsstrategie alleine oder mit Unterstützung der anderen Anteilseigner von De Vijver Media zu verfolgen. Die Fähigkeit von Telenet, eine Abschottungsstrategie alleine durchzuführen, ergebe sich im Wesentlichen aus dem Shareholder Agreement der Anteilseigner von De Vijver Media, das ein Vetorecht in Bezug auf die Lizenzierung der Programme Vier und Vijf enthalte. Selbst wenn diese Möglichkeit für Telenet aufgrund der Ausgestaltung von De Vijver Media als Gemeinschaftsunternehmen nicht gegeben sein sollte, könnte Telenet nach Ansicht der Europäischen Kommission die anderen Anteilseigner von der Umsetzung einer Abschottungsstrategie überzeugen. Dies gelte trotz der teilweise anders gelagerten Interessen von Corelio und W&W. Zwar sei keines dieser Unternehmen auf dem nachgelagerten Markt aktiv und könne daher auch nicht von den dort aufgrund der Abschottungsstra-

---

[136] Wettbewerbskommissarin Vestager, Rede bei der 42nd Annual conference on Internaitonal Antitrust Law and Policy, "Competition in telecom markets", Fordham University, 2. Oktober 2015, http://ec.europa.eu/competition/speeches/index_2015.html, Abruf am 20. Juni 2016.

[137] EU-Kommission, Entscheidung vom 24. Februar 2015, M.7194 – Liberty Global/Corelio/W&W/De Vijver Media. Vgl. auch Tz. 861 ff., 882 ff. in diesem Gutachten.

tegie anfallenden Gewinnen unmittelbar profitieren. Allerdings verband die Europäische Kommission mit einer Abschottungsstrategie nur geringfügig geringere Gewinne auf der Vorleistungsebene. Zudem gebe es für Telenet vielfältige Möglichkeiten, Corelio und W&W für die verringerten Einnahmen auf der Vorleistungsebene zu kompensieren, etwa durch direkte Zahlungen oder durch eine Erhöhung der von Telenet an De Vijver Media zu zahlenden Lizenzgebühren. Die Europäische Kommission stellte aufgrund ihrer qualitativen und quantitativen Analyse ferner fest, dass auch Anreize für Abschottungsstrategien bestünden.[138] Sie kam daher zu dem Schluss, dass sowohl eine vollständige wie auch eine teilweise Abschottung profitabel wäre.

894. In Bezug auf eine mögliche Kundenabschottung prüfte die Europäische Kommission, ob Telenet die Fähigkeit und Anreize besitze, die mit De Vijver Media konkurrierenden Programmanbieter wie Medialaan und VRT vollständig oder teilweise vom Zugang zu seiner Kabelplattform abzuschotten. Die Kommission verneinte entsprechende Anreize von Telenet zu einer vollständigen Kundenabschottung. Diese sei nicht profitabel, weil dadurch das Angebot von Telenet weniger attraktiv und das Unternehmen Abonnenten verlieren würde. Außerdem sei Telenet gesetzlich verpflichtet, die Programme von VRT bereitzustellen. Allerdings bestünden Anreize zu einer teilweisen Abschottung in Form einer Qualitätsreduzierung, z. B. durch eine ungünstigere Platzierung der Programme von Konkurrenten.

895. Positiv ist zu bewerten, dass De Vijver Media und Telenet bereits während des laufenden Verfahrens Verträge mit Fernseh- und Programmanbietern abgeschlossen hatten, die deren Zugang sicherstellten. De Vijver hatte einigen Fernsehanbietern Lizenzen für die Programme Vier und Vijf erteilt und zugesagt, bestehende Verträge zu verlängern. Telenet hatte seinen Vertrag mit VRT geändert, um eine Benachteiligung der Inhalte von VRT gegenüber denen von De Vijver zu verhindern. Zudem hatte Telenet angeboten, seinen Vertrag mit Medialaan entsprechend zu ändern. Im Übrigen verband die Europäische Kommission ihre Freigabeentscheidung mit der Verpflichtung, für die Dauer von sieben Jahren Fernsehanbietern auf Anfrage Lizenzen für die beiden Programme Vier und Vijf sowie für etwaige neue Standard-Pay-TV-Programme von De Vijver auf fairer und nicht diskriminierender Basis zu gewähren. In Bezug auf die Abschottung von Einsatzfaktoren verpflichtete sich Telenet, sein Angebot auf Verlängerung des Vertrags mit Medialaan für einen bestimmten Zeitraum aufrechtzuerhalten.

2.3.4.2 Abhilfemaßnahmen in der Telekommunikationsbranche

896. Der Berichtszeitraum war von einer weiteren Konsolidierung der Telekommunikationsbranche gekennzeichnet. Die angemeldeten Transaktionen betrafen Zusammenschlüsse zwischen Mobilfunkunternehmen und Festnetzanbietern jeweils untereinander sowie zwischen Mobilfunk- und Festnetzanbietern. Die Zusammenschlussvorhaben blieben auf Unternehmen aus demselben Mitgliedstaat beschränkt, grenzüberschreitende Vorhaben waren nicht zu verzeichnen. Eine Reihe von Fällen gab die Europäische Kommission nach Durchführung der zweiten Verfahrensphase nur unter Bedingungen und Auflagen frei. In den Verfahren Hutchison 3G UK/Telefónica Ireland[139] und Telefónica Deutschland/E-Plus[140] verpflichteten sich die Parteien jeweils zur Veräußerung von Netzkapazitäten an einen oder mehrere Betreiber von virtuellen Mobilfunknetzen (MVNO) und in einem zweiten Schritt zur Veräußerung von bestimmten Frequenzblöcken. In dem Verfahren Orange/Jazztel sagten die Parteien unter anderem zu, ein Glasfaserhausanschlussnetz (FTTH-Netz) zu veräußern.[141] In zwei weiteren Verfahren sah die Europäische Kommission die angebotenen Verpflichtungszusagen als ungenügend an.

897. Der Zusammenschluss Hutchison 3G UK/Telefónica Ireland führte den zweit- und viertgrößten Mobilfunknetzbetreiber Irlands zusammen. Auf dem Markt verblieben somit lediglich drei Netzbetreiber, das neue Unternehmen, Vodafone und Eircom. Als problematisch sah es die Wettbewerbsbehörde darüber hinaus an, dass Hutchison 3G, ein bislang

---

[138] Vgl. Tz. 882 ff. in diesem Gutachten.

[139] EU-Kommission, Entscheidung vom 28. Mai 2014, M.6992 – Hutchison 3G UK/Telefónica Ireland. Vgl. auch Tz. 837 ff., 861, 863 ff. in diesem Gutachten.

[140] EU-Kommission, Entscheidung vom 2. Juli 2014, M.7018 – Telefónica Deutschland/E-Plus. Vgl. auch Tz. 844 ff., 861, 863 ff., 878 ff. in diesem Gutachten.

[141] EU-Kommission, Entscheidung vom 19. Mai 2015, M.7421 – Orange/Jazztel. Vgl. auch Tz. 828 ff., 902 ff. in diesem Gutachten.

sehr dynamischer Wettbewerber, nach dem Zusammenschluss geringere Anreize für aggressiven Wettbewerb hätte und hohe Marktzutrittshürden bestünden.

898. Hutchison 3G bot daher ein Verpflichtungspaket an, das im Wesentlichen folgende Komponenten enthielt. Ein Teil der Verpflichtungen zielte auf die Erleichterung des kurzfristigen Markteintritts von zwei MVNO ab. Hierzu verpflichtete sich Hutchison 3G, bis zu 30 Prozent der Netzkapazität des zusammengeschlossenen Unternehmens gegen einen Festbetrag an zwei MVNO in Irland zu verkaufen. Ein weiterer Teil der Zusagen zielte darauf ab, dass sich zu einem späteren Zeitpunkt ein zusätzlicher vollwertiger Mobilfunknetzbetreiber etablieren könnte. Hierzu verpflichtete sich Hutchison 3G, fünf Frequenzblöcke zu veräußern, die ab Anfang 2016 für einen Zeitraum von zehn Jahren zur Verfügung stehen würden.

899. Auf die deutschen Mobilfunkmärkte wirkte sich der Zusammenschluss Telefónica Deutschland/E-Plus, der nach Ablehnung eines Verweisungsantrags von der Europäischen Kommission unter Nebenbestimmungen freigegeben wurde, aus. Ihrer Einschätzung nach wirkte sich die Transaktion insbesondere auf dem Endkundenmarkt für mobile Telekommunikationsdienste aus. Ob eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung auch im Hinblick auf den Vorleistungsmarkt für Zugang und Verbindungsaufbau vorlag, ließ die Wettbewerbsbehörde mit Hinweis auf die abgegebenen Zusagenangebote offen.

900. Nach den Ermittlungen der Europäischen Kommission verringerte sich aufgrund des Zusammenschlusses auf den Endkundenmärkten die Zahl der Netzbetreiber von vier auf drei, nämlich das neue Unternehmen, die Deutsche Telekom sowie Vodafone. Ferner waren die beteiligten Unternehmen besonders dynamische Wettbewerber, die nach dem Zusammenschluss weniger Anreize zu aggressivem Wettbewerb hätten. Letzteres gelte auch für die verbleibenden Netzbetreiber. Die auf dem Markt tätigen MVNO bzw. Diensteanbieter seien nicht in der Lage, ausreichenden Wettbewerbsdruck auszuüben. Darüber hinaus seien die geltend gemachten Effizienzgewinne nicht hinreichend nachgewiesen. Die Wettbewerbsbedenken der Europäischen Kommission räumten die Parteien mit einem umfänglichen Zusagenpaket aus. Dieses sah unter anderem die Verpflichtung von Telefónica vor, mit bis zu drei MVNO oder Diensteanbietern kapazitätsbasierte Vereinbarungen zu schließen, womit diese 20 Prozent der Gesamtkapazität des Netzes des neuen Unternehmens erwerben würden. Daneben verpflichtete sich Telefónica, eine Reihe von Vermögenswerten und Diensten, insbesondere bestimmte Frenquenzpakete, an einen möglicherweise neu in den Markt eintretenden, vierten Netzbetreiber zu veräußern.

901. Die Monopolkommission hat sich bereits früher kritisch zu der Entscheidung der Europäischen Kommission geäußert.[142] In Bezug auf die Abhilfemaßnahmen hielt sie ausschließlich eine Verpflichtung zum Aufbau eines zusätzlichen unabhängigen Netzbetreibers für zielführend. Die Verpflichtung zur Veräußerung von Frequenzpaketen etc. führt ihrer Ansicht nach hingegen lediglich zu einer Option des Marktzutritts durch einen vierten Netzbetreiber. Die Wahrscheinlichkeit einer solchen Entwicklung hielt die Monopolkommission für sehr gering, weil ein neuer Netzbetreiber neben drei etablierten, ressourcenstarken Wettbewerbern kaum überwindbare Latecomer-Nachteile hätte. Aus diesem Grund wäre insoweit zumindest eine aufschiebende Bedingung der Freigabe (Upfront-buyer-Lösung) empfehlenswert gewesen. So hätte sichergestellt werden können, dass der Zusammenschluss erst vollzogen wird, nachdem ein wettbewerbsfähiger Erwerbsinteressent gefunden und sichergestellt worden wäre, dass die Bundesnetzagentur diesem die relevanten Frequenzen zugewiesen hätte. Hinsichtlich der Verpflichtung zur Veräußerung eines bestimmten Kapazitätsumfangs ist grundsätzlich positiv zu bewerten, dass insoweit eine Upfront-Lösung gewählt worden ist. Positiv ist auch zu beurteilen, dass die Vereinbarung den Erwerb eines bestimmten Kapazitätsumfangs beinhalten sollte. Aus dem Vorab-Erwerb dieser Kapazitäten resultiert ein starker Anreiz, das eigene Geschäft auszuweiten und die erworbenen Kapazitäten auszulasten. Anders als bei dem sonst in Deutschland üblichen „Pay-as-you-go-Modell, bei dem die MVNO den Netzbetreibern eine Gebühr in Abhängigkeit von der tatsächlichen Nutzung durch ihre Kunden zahlen, erlaubt die gewählte Ausgestaltung somit eine partielle Annäherung des herkömmlichen MVNO-Zugangsmodells an das Geschäftsmodell eines Netzbetreibers. Dennoch bleiben die MVNO bzw. Diensteanbieter, die entsprechende Vereinbarungen abschließen, in Bezug auf die Netzqualität, die verwendeten Technologien etc. von dem zusammengeschlossenen Unternehmen abhängig. Zudem verschlechtern sich ihre Verhandlungsposition und Auswahlmöglichkeiten durch die Verringerung der Zahl

---

[142] Monopolkommission, Sondergutachten 73, a. a. O., Tz. 112 ff, 120 ff.

der Netzbetreiber, mit denen sie Zugangsvereinbarungen treffen könnten. In dieser Konstellation war nach Auffassung der Monopolkommission nicht mit nennenswertem Wettbewerbsdruck seitens der MVNO zu rechnen.

902. In dem Verfahren Orange/Jazztel befürchtete die Europäische Kommission negative Wettbewerbswirkungen auf den spanischen Endkundenmärkten für Festnetz-Internetzugang. Nach den Ermittlungen der Europäischen Kommission führte der Zusammenschluss den dritt- und viertstärksten Anbieter von Festnetztelekommunikationsdiensten in Spanien zusammen. Weiterhin seien die Parteien besonders dynamische Wettbewerber, die mehr Neukunden gewonnen hätten, als dies ihren Marktanteilen nach anzunehmen gewesen wäre und die als einzige der landesweit tätigen Anbieter ihre Marktanteile in den letzten Jahren beträchtlich erhöhen konnten. Zudem stellte die Europäische Kommission hohe Marktzutrittshürden fest. Die von den Parteien geltend gemachten Effizienzgewinne reichten nach Ansicht der Europäischen Kommission nicht aus, um die angenommenen negativen Wirkungen der Transaktion auszugleichen.

903. Um den Bedenken der Wettbewerbsbehörde zu begegnen, verpflichteten sich die Parteien zur Veräußerung eines unabhängigen FTTH-Netzes, das eine vergleichbare Größe wie das FTTH-Netz von Orange vor dem Zusammenschluss aufwies. Daneben traten Zugangsverpflichtungen hinsichtlich des ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line)-Netzes von Jazztel sowie des Mobilfunknetzes einschließlich 4G-Diensten von Orange. Die Europäische Kommission ging davon aus, dass die Abhilfemaßnahmen sicherstellen, dass ein vierter landesweit tätiger Anbieter in den spanischen Markt eintreten würde, der wirksamen Wettbewerb betreiben könne, und gab den Zusammenschluss mit entsprechenden Abhilfemaßnahmen frei.

904. Als nicht ausreichend sah die Europäische Kommission die Zusagenangebote der beteiligten Unternehmen in den Verfahren Teliasonera/Telenor/JV und Hutchison 3G UK/Telefónica UK an. Das Verfahren Teliasonera/Telenor/JV endete am 11. September 2015 mit einer Rücknahme der Anmeldung. Das Zusammenschlussvorhaben Hutchison 3G UK/Telefónica UK wurde im Mai 2016 untersagt.[143]

905. Der Zusammenschluss Teliasonera/Telenor/JV hätte nach Ansicht der Europäischen Kommission zu negativen Wettbewerbswirkungen auf dem dänischen Mobilfunkmarkt geführt.[144] Mit dem Zusammenschluss wären die Parteien größter Anbieter geworden, der gemeinsam mit dem nächst größeren Anbieter TDC über ca. 80 Prozent der Marktanteile verfügt hätte. Außerdem betrieben die Zusammenschlussparteien gemeinsam ein Mobilfunknetz, das eine ähnlich hohe Qualität wie die des Netzes von TDC aufwies. Daneben gab es nur noch einen weiteren Mobilfunknetzbetreiber. Negative Wirkungen hielt die Europäische Kommission sowohl hinsichtlich der Endkunden- wie auch der Großhandelsmärkte für wahrscheinlich. Darüber hinaus befürchtete sie koordinierte Effekte zumindest auf den Märkten für private Endkunden. Im Ergebnis hätte der Zusammenschluss ihrer Auffassung nach zu höheren Preisen und weniger Innovation geführt.

906. Nach Einschätzung der Europäischen Kommission wäre der Marktzutritt eines vierten Mobilfunknetzbetreibers notwendig gewesen, um die festgestellten negativen Wirkungen des Zusammenschlusses auszugleichen. Anders als in vorausgegangenen Verfahren stellte sie auf den Marktzutritt eines Netzbetreibers ab und hielt den Zutritt eines weiteren oder die Stärkung eines bestehenden virtuellen Netzbetreibers nicht für ausreichend. Da die von den Parteien angebotenen Zusagen nach Ansicht der Europäischen Kommission nicht genügten, um den Aufbau eines vierten Netzbetreibers zu erreichen, nahmen die Parteien ihre Anmeldung zurück.

907. In dem Verfahren Hutchison 3G UK/Telefónica UK ergaben sich Wettbewerbsbedenken auf dem britischen Mobilfunkmarkt. Durch den Zusammenschluss hätte sich die Zahl der Mobilfunknetzbetreiber von vier auf drei verringert. Nach Einschätzung der Europäischen Kommission hätte der verringerte Wettbewerb wahrscheinlich höhere Preise sowie eine geringere Auswahl und Qualität für die Verbraucher zur Folge gehabt. Außerdem ging die Europäische Kommission von einer Behinderung der künftigen Entwicklung der gesamten Mobilfunknetzinfrastruktur aufgrund des Zusammen-

---

[143] EU-Kommission, Entscheidung vom 11. Mai 2016, M.7612 – Hutchison 3G UK/Telefónica UK. Die Entscheidung ist noch nicht veröffentlicht, vgl. EU-Kommission, Pressemitteilung vom 11. Mai 2016, IP/16/1704.

[144] Wettbewerbskommissarin Vestager, Rede bei der 42nd Annual conference on Internaitonal Antitrust Law and Policy, “Competition in telecom markets”, Fordham University, 2. Oktober 2015, http://ec.europa.eu/competition/speeches/index_2015.html, Abruf am 20. Juni 2016.

schlusses aus. Darüber hinaus hätten die virtuellen Mobilfunknetzbetreiber für den Betrieb ihrer Geschäftsmodelle nach dem Zusammenschluss auf weniger Netzbetreiber zurückgreifen können und in der Folge eine schlechtere Ausgangslage bei der Aushandlung von Zugangsbedingungen auf der Vorleistungsebene gehabt. Nach Auffassung der Europäischen Kommission waren die angebotenen Zusagen nicht ausreichend, um ihre Wettbewerbsbedenken auszuräumen. Unter anderem genügten die Zusagen, mit denen die Entwicklung der bestehenden virtuellen Mobilfunkbetreiber gefördert bzw. der Markteintritt neuer Anbieter unterstützt werden sollte, nicht. Die Europäische Kommission betonte insofern, dass auch im Falle der Annahme dieser Zusagenangebote weiterhin die grundsätzliche wirtschaftliche und technische Abhängigkeit der MVNO von den Netzbetreibern bestanden hätte und die MVNO nur begrenzte Möglichkeiten oder Anreize gehabt hätten, ihr Angebot etwa in Bezug auf die Netzqualität zu differenzieren.

908. Die Monopolkommission begrüßt die strengere Haltung der Europäischen Kommission im Hinblick auf Abhilfemaßnahmen im Telekommunikationssektor. Bezüglich der Effektivität von Abhilfemaßnahmen, die lediglich zum Aufbau eines neuen oder zur Stärkung eines bereits auf dem Markt tätigen virtuellen Netzwerkbetreibers verpflichten, bestehen aus den oben genannten Gründen Zweifel. Die Europäische Kommission hat diese Bedenken jedenfalls in den beiden erwähnten Verfahren aufgegriffen und ihre Entscheidungspraxis entsprechend modifiziert. Ihr weiteres Vorgehen im Hinblick auf diesen Aspekt bleibt abzuwarten.

2.3.4.3 Erhalt des Innovationswettbewerbs

909. Im Berichtszeitraum hatte die Europäische Kommission in einigen Fällen Anlass, sich mit den Auswirkungen der geplanten Transaktionen auf den Innovationswettbewerb auseinander zu setzen. Betroffen waren einerseits die Märkte für Hochleistungs-Gasturbinen in dem Verfahren General Electric/Alstom, andererseits die Märkte für Medizingerätetechnik (Medtronic/Covidien) und die Pharmabranche (Novartis/GlaxoSmithKline Oncology Business, Pfizer/Hospira). In den genannten Fällen bestätigte die Europäische Kommission ihre frühere Entscheidungspraxis, wonach Produkte, die sich noch in der Entwicklung befinden (sogenannte Pipeline-Produkte), unter bestimmten Umständen bei der wettbewerblichen Prüfung berücksichtigt werden müssen. In dem Verfahren Novartis/GlaxoSmithKline Oncology Business entwickelte die Europäische Kommission ihre Grundsätze zur Beurteilung von Innovationswettbewerb weiter.

910. In dem Verfahren General Electric/Alstom, das nach Durchführung des Zweite-Phase-Verfahrens am 8. September 2015 mit einer Freigabe unter Nebenbestimmungen abgeschlossen wurde, prüfte die Europäische Kommission in erster Linie die Märkte für den Verkauf und die Wartung von Hochleistungs-Gasturbinen mit 50 Hz Frequenz.[145] Nach den Ermittlungen der Wettbewerbsbehörde sind auf den Märkten nur vier global aufgestellte, technologisch umfassend ausgerüstete Wettbewerber tätig, neben den Zusammenschlussparteien noch Siemens und Mitsubishi Hitachi Power Systems. Bedenken gegen das Vorhaben ergaben sich unter anderem aus den hohen gemeinsamen Marktanteilen der Parteien und ihrer wettbewerblichen Nähe. Daneben hätte der Zusammenschluss nach Einschätzung der Europäischen Kommission zum Wegfall von Innovationswettbewerb geführt. Insbesondere bestand die Gefahr, dass bestimmte Turbinenmodelle von Alstom eingestellt worden und das fortschrittlichste Turbinenmodell unter Umständen gar nicht auf den Markt gelangt wäre. Die Parteien verpflichteten sich daher zur Abgabe der technologisch fortschrittlichsten Bereiche der Hochleistungs-Gasturbinen-Sparte von Alstom und des entsprechenden Personals aus der F&E-Abteilung und unterschrieben – im Rahmen einer Up-front- und Fix-it-first-Verpflichtung – bereits am 31. Oktober 2014 eine entsprechende Vereinbarung mit einem Erwerber.

911. In dem Zusammenschlussvorhaben Medtronic/Covidien überschnitten sich die Tätigkeiten der beiden Parteien auf den Märkten für periphere Gefäßkatheter und elektrochirurgische Instrumente.[146] Bedenken äußerte die Wettbewerbsbehörde lediglich hinsichtlich des Marktes für medikamentenbeschichtete Ballonkatheter. Die Besonderheit des Falles lag darin, dass Covidien zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses noch nicht auf dem Markt tätig war, sich allerdings in einem fortgeschrittenen Entwicklungsprozess für ein neues Produkt – Stellarex – befand.

---

[145] EU-Kommission, Entscheidung vom 8. September 2015, M.7278 – General Electric/Alstom (Thermal Power - Renewable Power & Grid Business).

[146] EU-Kommission, Entscheidung vom 28. November 2014, M.7326 – Medtronic/Covidien.

912. Die Europäische Kommission machte zunächst einige allgemeine Ausführungen zur Berücksichtigung von Pipeline-Produkten. Nach den Horizontal-Leitlinien könnten nicht nur Zusammenschlüsse zwischen aktuellen Wettbewerbern, sondern auch zwischen einem aktuellen und einem potenziellen Wettbewerber wettbewerbsbeschränkende Effekte aufweisen. Davon zu unterscheiden sei die vorliegende Situation, in denen ein aktueller Wettbewerber mit einem Unternehmen fusionieren wolle, das über ein Pipeline-Produkt verfüge. Die Zusammenschlussparteien seien hier weder aktuelle noch potenzielle Konkurrenten. Als potenzieller Konkurrent im Sinn der Horizontal-Leitlinien sei nur ein Unternehmen anzusehen, das zwar noch nicht auf dem relevanten Markt tätig sei, jedoch bei einem Preisanstieg zeitnah eintreten könne. Diese Situation sei nicht mit der Situation vergleichbar, in der dem Marktzutritt ein behördlicher Genehmigungsprozess vorangehe, da sich Wettbewerbsdruck dann erst mit der Genehmigung bzw. mit dem tatsächlichen Marktzutritt entfalten könne. Daraus zog die Europäische Kommission den Schluss, dass im vorliegenden Fall als Maßstab für die wettbewerbliche Beurteilung der Ausschluss künftigen Wettbewerbs zugrunde zu legen sei. In diesem Fall müssten die in den Horizontal-Leitlinien für die Beurteilung eines Wettbewerbsausschlusses zwischen aktuellen Konkurrenten genannten Kriterien – bis auf das Marktanteilskriterium – herangezogen werden.

913. Nach den Ermittlungen der Europäischen Kommission war Medtronic bereits vor dem Zusammenschluss klarer Marktführer in den meisten EWR-Staaten. Daneben existierten nur wenige Wettbewerber, die lediglich geringen Wettbewerbsdruck ausübten. Covidien sei zwar derzeit nicht auf dem Markt aktiv, die Europäische Kommission hielt es indes für hinreichend sicher, dass das Unternehmen mit Stellarex ein Produkt entwickle, das nach dem Abschluss des behördlichen Prüfverfahrens kurzfristig, d. h. Ende 2014/Anfang 2015 auf den Markt kommen würde. Nach dem Ergebnis der Marktuntersuchung sei Stellarex Teil der nächsten Generation von medikamentenbeschichteten Ballonkathetern, das auf dem noch jungen, aber wachsenden Markt als vielversprechend gelte. Die Ermittlungen der Europäischen Kommission hätten ergeben, dass der Markteintritt von Stellarex eine ernsthafte Herausforderung für Medtronic darstellen werde.

914. Auf der Grundlage interner Dokumente der Parteien gelangte die Europäische Kommission ferner zu der Einschätzung, dass Covidien ohne den Zusammenschluss den Markteintritt seines Produkts Stellarex weiter vorantreiben würde. Dafür sprächen zum einen die hohen, bereits getätigten Investitionen, zum anderen die intern geäußerten Erwartungen zu Marktanteilsentwicklungen in Höhe von 20 bis 30 Prozent bis 2018. Aus den internen Dokumenten von Medtronic gehe hingegen hervor, dass die Entwicklung von Stellarex nach dem Zusammenschluss gestoppt werden würde. Die bedingungslose Freigabe der angemeldeten Transaktion würde deshalb einen ernst zu nehmenden Wettbewerber ausschalten und den Innovationswettbewerb hemmen.

915. Um die Bedenken der Europäischen Kommission auszuräumen, verpflichtete sich Medtronic zum Verkauf des weltweiten Stellarex-Geschäfts von Covidien einschließlich Produktionsanlagen, von Eigentumsrechten, Personal sowie allen Materialien, die für den Abschluss der behördlichen Prüfungen notwendig sind. Daneben trat eine befristete Belieferungsverpflichtung gegenüber dem künftigen Erwerber von Stellarex. Da Covidien den relevanten Geschäftsbereich selbst erst im Januar 2013 erworben hatte, hielt die Europäische Kommission seine Abtrennung und Veräußerung auch für einfach durchführbar. Unter den genannten Bedingungen und Auflagen gab die Europäische Kommission das Vorhaben in der ersten Verfahrensphase frei.

916. Pipeline-Produkte standen auch im Mittelpunkt der wettbewerblichen Beurteilung in dem Zusammenschluss Novartis/GlaxoSmithKline Oncology Business (GKS), den die Europäische Kommission in der ersten Verfahrensphase unter Bedingungen und Auflagen genehmigte. Das Vorhaben hätte nach Einschätzung der Europäischen Kommission negative Auswirkungen auf die Märkte für sogenannte BRAF- und MEK-Hemmer für verschiedene Krebsarten gehabt. BRAF- und MEK-Hemmer sind Stoffe, welche die für das Wachstum und das Fortschreiten von Tumoren verantwortliche Zellvermehrung hemmen.

917. Auf dem Markt für BRAF- und MEK-Hemmer für die Einzeltherapie von fortgeschrittenem Hautkrebs stehen sich nach den Ermittlungen der Europäischen Kommission GSK und Roche als einzige aktuelle Wettbewerber gegenüber. Daneben befänden sich der BRAF-Hemmer LGX818 und der MEK-Hemmer MEK162 von Novartis in einem fortgeschrittenen Stadium der Entwicklung, in der sogenannten Phase III der klinischen Tests. Kein weiteres Unternehmen habe bei der Entwicklung vergleichbarer Produkte Phase III erreicht. Für die kombinierte Therapie mit BRAF- und MEK-Hemmern

sei Roche der einzige aktuelle Anbieter, wohingegen Novartis und GSK jeweils die Phase III der klinischen Tests durchliefen. Die Europäische Kommission hielt es für wahrscheinlich, dass in naher Zukunft Roche, GSK und Novartis als Anbieter von Einzel- und kombinierten Therapien auftreten würden. Dagegen ging ihrer Auffassung nach kein Wettbewerbsdruck von Unternehmen aus, deren Produkte sich in einer früheren Entwicklungsphase als Phase III der klinischen Tests befinden.

918. Nach Einschätzung der Europäischen Kommission hätten die BRAF- und MEK-Hemmer von Novartis und GSK ohne den Zusammenschluss in Zukunft Wettbewerbsdruck aufeinander ausgeübt. Durch den Zusammenschluss würde hingegen die Zahl der Unternehmen, die BRAF- und MEK-Hemmer für fortgeschrittenen Hautkrebs entwickeln und vermarkten, von drei auf zwei verringert. Der einzig verbleibende Wettbewerber Roche könnte nach dem Zusammenschluss keinen ausreichenden Wettbewerbsdruck ausüben. Zudem würde die geplante Transaktion zu einer Einschränkung von Innovation führen, weil Novartis wahrscheinlich sein Programm zur Entwicklung und Genehmigung des BRAF-Hemmers LGX818 und des MEK-Hemmers MEK162 zugunsten der Pipeline-Produkte von GSK einstellen würde.

919. Darüber hinaus prüfte die Europäische Kommission die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Innovationswettbewerb, wobei sie die voraussichtliche Rolle der beiden genannten Hemmer-Typen bei der Behandlung anderer Krebsarten in Rechnung stellte. Die Europäische Kommission berücksichtigte insofern auch Pipeline-Produkte von Novartis und GSK in früheren Phasen, Phase I und II, der klinischen Tests. Die Europäische Kommission führte in diesem Zusammenhang aus, dass sich ein Zusammenschluss nicht nur auf den Wettbewerb auf bestehenden Märkten auswirken könne, sondern auch auf den Innovationswettbewerb und auf neue Produktmärkte.[147] Letzteres betreffe die Konstellationen, in denen Unternehmen neue Produkte oder Technologien entwickelten, die entweder bereits existierende ersetzen oder die für neue Einsatzgebiete entwickelt werden und daher eine völlig neue Nachfrage schaffen würden. Auch nach den Horizontal-Leitlinien könne effektiver Wettbewerb durch den Zusammenschluss von zwei wichtigen Innovatoren erheblich behindert werden.[148] Bei dieser Art von Innovationswettbewerb könne die Wettbewerbsbeschränkung grundsätzlich nicht ausreichend gewürdigt werden, wenn sich die Beurteilung auf den aktuellen oder potenziellen Wettbewerb auf bestehenden Märkten beschränke.

920. Im vorliegenden Fall müsse die Frage, ob die Zusammenschlussparteien im Wettbewerb um Innovationen stehen, anhand des Substitutionspotenzials ihrer jeweiligen Pipeline-Produkte und anhand der erreichten Phase des klinischen Forschungsprogramms beantwortet werden. Der Grad der Substituierbarkeit lasse sich anhand der Produktcharakteristika und des beabsichtigtem Therapieziels – insbesondere des Wirkmechanismus und des zu behandelnden Krebstyps – feststellen. Unter Heranziehung dieser Kriterien kam die Europäische Kommission zu dem Schluss, dass die klinischen Forschungsprogramme von Novartis und GSK in Bezug auf bestimmte Krebsarten im Wettbewerb miteinander stehen.

921. Daher würde die geplante Transaktion zwei der drei derzeit konkurrierenden klinischen Forschungsprogramme zusammenführen. Nach dem Zusammenschluss bestünde für das neue Unternehmen kein Anreiz mehr, sich intern Wettbewerb bei der klinischen Forschung zu machen oder seine neuen Produkte zu differenzieren. Die Europäische Kommission ging deshalb davon aus, dass das angemeldete Vorhaben wahrscheinlich nicht nur zur Einstellung der derzeitigen Bestrebungen von Novartis zur Einführung einer Hautkrebs-Kombinationstherapie mit LGX818 und MEK162, sondern auch zum Abbruch des umfassenderen klinischen Programms bezüglich anderer Krebsarten führen würde.

922. Der auf diese Weise reduzierte Innovationswettbewerb führe im Wesentlichen zu zwei negativen Auswirkungen für Patienten, Ärzte und Gesundheitssysteme. Zum einen sei künftig mit einer geringeren Anzahl neuer Produkte und höheren Preisen zu rechnen. Zum zweiten stünden künftig wahrscheinlich weniger differenzierte Produkte zur Verfügung.

923. Um die Bedenken der Europäischen Kommission auszuräumen, verpflichtete Novartis sich, seine Rechte an MEK162 an den Eigentümer und Lizenzgeber Array zurückzugeben und die Rechte an LGX818 an Array zu veräußern. Da Array nicht die Expertise und Größe besaß, die entsprechenden klinischen Forschungsprogramme weiterzuführen und die Produktvermarktung zu übernehmen, war die Erfüllung der Abhilfemaßnahme an den Abschluss einer Vereinbarung zur gemeinsamen Entwicklung und Vermarktung zwischen Array und einem geeigneten Pharmaunternehmen gekoppelt,

---

147 EU-Kommission, Horizontal-Leitlinien, a. a. O., Tz. 8.

148 EU-Kommission, Horizontal-Leitlinien, a. a. O., Tz. 38.

um die Weiterentwicklung und Vermarktung der beiden Hemmstoffe zu gewährleisten. Daneben bestand die befristete Verpflichtung von Novartis zur Unterstützung Array`s im Hinblick auf die Durchführung des klinischen Forschungsprogramms.

924. Die Europäische Kommission führte im vorliegenden Fall ihre langjährige Praxis fort, Pipeline-Produkte in der Pharmabranche, die sich bereits in Phase III der klinischen Tests befinden, bei der wettbewerblichen Beurteilung von Zusammenschlüssen zu berücksichtigen.[149] Die Europäische Kommission schätzt die Wahrscheinlichkeit eines Marktzutritts unter diesen Umständen als so hoch ein, dass negative Wirkungen eines geplanten Zusammenschlusses durch den Ausschluss künftigen Wettbewerbs gegeben sein können.[150] Da Phase III ca. drei Jahre vor einer möglichen Markteinführung beginnt, hält die Europäische Kommission bei Einbeziehung derartiger Pipeline-Produkte den in der Fusionskontrolle üblichen Prognosezeitraum ein.

925. Anders als in früheren Fällen prüfte die Europäische Kommission darüber hinaus die spezifischen Auswirkungen des Vorhabens auf den Innovationswettbewerb zwischen den Fusionsbeteiligten und berücksichtigte insofern auch Produkte in einem früheren Entwicklungsstadium als Phase III. Die Monopolkommission begrüßt die stärkere Fokussierung der Europäischen Kommission auf den Innovationswettbewerb. Zwar besteht bei Pipeline-Produkten in frühen Entwicklungsstadien eine höhere Unsicherheit bezüglich ihrer Markteinführung als bei Pipeline-Produkten, die sich bereits in fortgeschrittenen Entwicklungsstadien befinden. Allerdings ist der Europäischen Kommission darin zuzustimmen, dass jedenfalls die Reduzierung der Forschungs- und Entwicklungsanstrengungen bzw. die Aufgabe eines Forschungsprogramms notwendiger Weise zum Fehlschlagen des Marktzugangs führt. Gegen das Vorgehen der Europäischen Kommission spricht auch nicht, dass ein möglicher Marktzutritt aufgrund des frühen Entwicklungsstadiums des Pipeline-Produkts nicht mehr in den üblichen Prognosezeitraum von zwei bis vier Jahren fallen dürfte. Der Prognosezeitraum bleibt jedenfalls in Bezug auf die Auswirkungen auf den Innovationswettbewerb selbst gewahrt, da die mögliche Aufgabe oder Reduzierung eines Forschungsprojekts in der Regel zeitnah zum Vollzug eines Zusammenschlusses erfolgen dürfte.

926. Zu begrüßen ist, dass die Europäische Kommission die Abhilfemaßnahmen in allen dargestellten Fällen als Veräußerungsverpflichtungen ausgestaltet hat. Zur Wirksamkeit der Abhilfemaßnahmen dürfte beitragen, dass – abhängig von den Umständen des Einzelfalls – auch der Übergang des Personals, der Produktionsanlagen sowie der Unterlagen und Materialien, die für den Abschluss der behördlichen Prüfungen notwendig sind, zugesagt wurde. Positiv können sich in diesem Zusammenhang ferner befristete Belieferungsvereinbarungen oder sonstige Maßnahmen zur Unterstützung des Erwerbers beim Abschluss der Entwicklungsphase auswirken.

927. Als problematisch könnte es hingegen anzusehen sein, wenn – wie in dem Verfahren Novartis/GSK – die Erfüllung der Abhilfemaßnahme von einem unbeteiligten Dritten abhängig ist. Die Verpflichtung zur Rückgabe bzw. zur Veräußerung der Lizenzen an Array wurde daran gekoppelt, dass das Unternehmen eine Vereinbarung mit einem dritten Pharmaunternehmen zur Weiterentwicklung und Vermarktung der betroffenen Pipeline-Produkte schließt. Offen ist, ob die geforderte Vereinbarung mit einem geeigneten und wettbewerbsfähigen Unternehmen überhaupt zustande kommt. Die Europäische Kommission lässt es insoweit ausreichen, dass jedenfalls ein Unternehmen im Zuge der Ermittlungen ein nicht bindendes Interesse am Abschluss einer solchen Vereinbarung geäußert hat. In einer solchen Konstellation wäre es – ähnlich wie bei reinen Veräußerungsverpflichtungen – vorzugswürdig, von den Zusammenschlussparteien eine upfront-Vereinbarung mit dem dritten Unternehmen zu fordern. Im vorliegenden Fall dürfte die dargestellte Problematik durch den Umstand abgemildert sein, dass für den Fall, dass die Vereinbarung nicht innerhalb einer bestimmten Frist zustande kommt, ein Verkaufs-Treuhänder eingeschaltet wird, der die Lizenzen für die beiden relevanten Pipeline-Produkte an einen Dritten veräußern soll.

---

[149] EU-Kommission, Entscheidung vom 29. Juli 2011, M.6278 – Takeda/Nycomed, Tz. 10 ff.; Entscheidung vom 3. August 2010, M. 5865 – Teva/Ratiopharm, Tz. 429 ff.; Entscheidung vom 22. Mai 2000, M.1878 – Pfizer/Warner-Lambert, Tz. 42, Entscheidung vom 8. Mai 2000, M.1846 – Glaxo Wellcome/Smithkline Beecham, Tz. 70; Entscheidung vom 4. Februar 1998, M.737 – Ciba-Geigy/Sandoz, Tz. 42. Vgl. auch EU-Kommission, Entscheidung vom 4. August 2015, M. 7559 – Pfizer/Hospira, Tz. 13, 50, 62, 67.

[150] Nach den Ermittlungen der Europäischen Kommission liegt das Risiko, in Phase III zu scheitern, bei über 50 Prozent, EU-Kommission, Entscheidung vom 22. Mai 2000, M.1878 – Pfizer/Warner-Lambert, Tz. 42.

2.4 Rechtsprechung

928. Während des Berichtszeitraums 2014/2015 hat der Gerichtshof der Europäischen Union nur eine begrenzte Anzahl von Urteilen mit Bezug zur europäischen Fusionskontrolle erlassen. Dem Urteil in der Sache Éditions Odile Jacob SAS gegen die Europäische Kommission lag das Zusammenschlussverfahren Lagadère/Natexis/Vivendi Universal Publishing (VUP) zugrunde, das die Europäische Kommission im Jahr 2004 unter der Maßgabe freigegeben hatte, dass erhebliche Vermögenswerte von VUP veräußert werden.[151] Mit ihrer Klage wendete sich die Gesellschaft Éditions Odile Jacob SAS, die selbst Interesse an dem Erwerb dieser Vermögenswerte geäußert hatte, zum zweiten Mal gegen die Zulassung eines anderen Unternehmens als Erwerber durch die Europäischen Kommission. Nachdem die erste hierauf gerichtete Klage von Éditions Odile Jacob SAS im Jahr 2011 erfolgreich gewesen war, hat das Gericht die Klage gegen die erneute Zulassungsentscheidung der Europäischen Kommission nunmehr abgewiesen.[152] Das Urteil wurde am 28. Januar 2016 vom Gerichtshof bestätigt.[153]

929. Mit Urteil vom 13. Mai 2015 wies das Gericht die Nichtigkeitsklage der Fluggesellschaft Niki Luftfahrt gegen die bedingte Freigabeentscheidung der Europäischen Kommission in dem Zusammenschlussverfahren Lufthansa/Austrian Airlines ab.[154] Mit der Klage hatte Niki Luftfahrt unter anderem die von der Wettbewerbsbehörde vorgenommene Marktabgrenzung, die wettbewerbliche Beurteilung sowie die auferlegten Abhilfemaßnahmen gerügt. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang, dass das Gericht das Vorgehen der Europäischen Kommission, im Sektor Passagierverkehrslinienflüge einen „Ausgangsort-Zielort"-Ansatz bei der räumlichen Marktabgrenzung anzulegen, in vollem Umfang bestätigte.[155]

930. Das Urteil des Gerichts in der Sache Deutsche Börse AG gegen Europäische Kommission erging am 9. März 2015.[156] Dem Gerichtsverfahren lag die Untersagungsentscheidung der Europäischen Kommission vom 1. Februar 2012 zugrunde, mit dem der geplante Zusammenschluss zwischen Deutsche Börse AG und New York Stock Exchange (NYSE) untersagt worden war.[157] Nach Auffassung der Europäischen Kommission hätte die Transaktion zu einer beherrschenden Stellung bzw. einer Quasimonopolstellung des neuen Unternehmens auf mehreren Märkten geführt. Am 12. April 2012 erhob Deutsche Börse Nichtigkeitsklage gegen die Entscheidung der Europäischen Kommission und stützte diese auf drei Klagegründe.

931. Mit dem ersten Klagegrund machte die Klägerin geltend, dass die Europäische Kommission den horizontalen Wettbewerbsdruck, dem die Verfahrensbeteiligten unterlägen, nicht zutreffend beurteilt habe. In diesem Zusammenhang wendete sie sich unter anderem gegen die Einschätzung der Europäischen Kommission, wonach der börsliche und außerbörsliche Handel mit Derivaten separate Märkte darstellten. Zudem kritisierte sie den Verzicht der Europäischen Kommission auf Durchführung einer quantitativen Untersuchung. Schließlich habe die Wettbewerbsbehörde den bestehenden Druck der Nachfrageseite nicht ausreichend berücksichtigt.

932. Mit dem zweiten Klagegrund rügte die Klägerin die behördliche Bewertung der von den Zusammenschlussparteien geltend gemachten Effizienzvorteile. Der dritte Klagegrund richtete sich gegen die Ablehnung der von den Zusammen-

---

[151] EU-Kommission, Entscheidung vom 7. Januar 2004, M.2978 – Lagadère/Natexis/VUP; Gericht der Europäischen Union, Urteil vom 5. September 2014, T-471/11 – Éditions Odile Jacob/Kommission, ECLI:EU:T:2014:739.

[152] Gericht der Europäischen Union, Urteil vom 13. September 2010, T-452/04 – Éditions Odile Jacob/Kommission, ECLI:EU:T:2010:384.

[153] Gerichtshof der Europäischen Union, Urteil vom 28. Januar 2016, C-514/14/P – Éditions Odile Jacob/Kommission, ECLI:EU:C:2016:55.

[154] EU-Kommission, Entscheidung vom 28. August 2009, M.5440 – Lufthansa/Austrian Airlines; Gericht der Europäischen Union, Urteil vom 13. Mai 2015, T-162/10 – Niki Luftfahrt/Kommission, ECLI:EU:T:2015:283.

[155] Gericht der Europäischen Union, Urteil vom 13. Mai 2015, T-162/10 – Niki Luftfahrt/Kommission, ECLI:EU:T:2015:283, Rz. 139 ff.; hierzu früher schon Gericht der Europäischen Union, Urteile vom 19. Mai 1994, T-2/93 – Air France/Kommission, ECLI:EU:T:1994:55, Rz. 84 und vom 4. Juli 2006, T-177/04 – easyJet/Kommission, ECLI:EU:T:2006/187, Rz. 56.

[156] Gericht der Europäischen Union, Urteil vom 9. März 2015, T-175/12 – Deutsche Börse/Kommission, ECLI:EU:T:2015:148.

[157] EU-Kommission, Entscheidung vom 1. Februar 2012, M.6166 – Deutsche Börse/NYSE Euronext.

schlussparteien angebotenen Abhilfemaßnahmen durch die Europäische Kommission. Beide genannten Klagegründe enthielten außerdem den Vorwurf der Verletzung von Verteidigungsrechten seitens der Wettbewerbsbehörde.

933. Das Gericht hat die Klage in vollem Umfang abgewiesen. Es kritisierte in diesem Zusammenhang an mehreren Stellen des Urteils, dass die Klägerin ihre Einwendungen nicht ausreichend substanziiert und zum Teil nur reine Behauptungen aufgestellt habe.[158] Zudem bestätigte das Gericht die bisherige Rechtsprechung, wonach eine Klage abzuweisen ist, wenn mit den geltend gemachten Gründe nur einzelne Bewertungen der Wettbewerbsbehörde angegriffen werden, die nicht angegriffene Argumentation der Wettbewerbsbehörde die Entscheidung aber dennoch trägt. Dies ist z. B. der Fall, wenn Marktabgrenzung oder Beurteilung in Bezug auf einen bestimmten sachlichen und räumlichen Markt kritisiert wird, die Wettbewerbsbehörde aber erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen auch auf anderen Märkten festgestellt hat und diese Bewertung nicht gerügt wurde. Allerdings verneinte das Gericht im vorliegenden Fall – anders als die Europäische Kommission – die Effektivität der Klage nicht. Zur Begründung führte es aus, dass unter anderem die Verletzung von Verteidigungsrechten gerügt worden war, sodass die Nichtigkeit der gesamten Entscheidung nicht von vornherein auszuschließen sei. Des Weiteren bestehe im vorliegenden Fall die Möglichkeit, dass sich die vorgetragene Kritik an einem bestimmten Markt auch auf die Bewertung anderer untersuchter Märkte auswirken würde, da die jeweiligen Argumentationen in der Entscheidung der Europäischen Kommission Bezüge zueinander aufwiesen. Daneben könnten jedenfalls die Klagegründe, die den Effizienzeinwand und die Abhilfemaßnahmen beträfen, zu einer Nichtigkeit der Entscheidung führen, da sich diese nicht auf einen spezifischen Markt bezögen.

934. Das Gericht setzte sich daneben mit der Frage auseinander, ob die Europäische Kommission im behördlichen Verfahren verpflichtet war, der Forderung der Zusammenschlussparteien nach Durchführung einer quantitativen Analyse nachzukommen. Gegenstand dieser Analyse sollte die Frage sein, ob die Parteien durch ihre jeweilige Gebührensetzung Wettbewerbsdruck aufeinander ausübten. Das Gericht bestätigte die bisherige Rechtsprechung, wonach es keine Hierarchie zwischen Beweismitteln technischer und nicht-technischer Natur gibt.[159] Vielmehr sei es Aufgabe der Europäischen Kommission, bei der Bewertung eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen. Hierbei sei die Kommission grundsätzlich befugt, bestimmte Beweismittel schwerer und andere Beweismittel weniger schwer zu gewichten.

935. Das Gericht untersuchte allerdings, ob die Europäische Kommission die Geeignetheit einer quantitativen Untersuchung im vorliegenden Fall zu Recht abgelehnt hatte und nachvollziehbar zu dem Schluss gekommen war, dass eine solche Analyse unter anderem wegen des Fehlens der erforderlichen Preisdaten nicht aussagekräftig sei. Nach den Feststellungen des Gerichts hat die Klägerin insoweit keine Beweismittel übermittelt, welche die Verfügbarkeit der erforderlichen Daten zum Zeitpunkt des Verwaltungsverfahrens belegt hätten, sondern lediglich behauptet, dass die Einschätzung der Kommission fehlerhaft sei. Weiterhin stellte das Gericht fest, dass die Zusammenschlussparteien der Wettbewerbsbehörde den Verzicht auf eine quantitative Analyse nicht vorwerfen können, wenn sie während des behördlichen Verfahrens zwar dargelegt haben, dass sie die erforderlichen Daten übermitteln können, diese Übermittlung aber letztlich unterlassen. Das Gericht wies in diesem Zusammenhang den Zusammenschlussparteien die Pflicht zu, der Europäischen Kommission alle Informationen in Bezug auf die von ihnen geforderte quantitative Analyse vorzulegen. Im Ergebnis hielt das Gericht die Vorgehensweise der Europäischen Kommission für ausreichend, eine Marktuntersuchung vorzunehmen, bei der umfangreiche Informationen von einer erheblichen Zahl von relevanten Marktteilnehmern gesammelt wurden, sowie eine erhebliche Anzahl von internen Dokumenten der Parteien aus der Zeit vor dem Zusammenschluss zu untersuchen.

936. In Bezug auf den geltend gemachten Effizienzeinwand führte die Klägerin unter anderem an, dass die Schlussfolgerung der Europäischen Kommission, das zusammengeschlossene Unternehmen könne zumindest einen Teil der Effizienzgewinne, die bei den Kunden anfallen würden, wieder zurückerlangen („claw-back"-Theorie der Europäischen Kommission), nicht von den Horizontal-Leitlinien gedeckt sei. Das Gericht folgte dieser Argumentation nicht. Seiner Auffassung nach schließen die Horizontal-Leitlinien die Berücksichtigung des Umstands nicht aus, dass zwar möglicherweise gewisse Kosteneinsparungen aufseiten der Verbraucher anfallen, diese aber – zumindest teilweise – von dem

---

[158] Gericht der Europäischen Union, Urteil vom 9. März 2015, T-175/12 – Deutsche Börse/Kommission, ECLI:EU:T:2015:148, Rz. 85, 96, 97, 140. 142, 185, 187, 195, 203 ff., 207, 215, 225, 371.

[159] Gericht der Europäischen Union, Urteil vom 6. Juli 2010, T‑342/07 – Ryanair/Kommission, ECLI:EU:T:2010:280, Rz. 136.

zusammengeschlossenen Unternehmen wieder zurückgewonnen werden können. Eine Beachtung als Effizienzen im Fusionskontrollverfahren komme hinsichtlich des letztgenannten Teils der Kosteneinsparungen nicht in Betracht. Zur Begründung führte das Gericht an, dass die Horizontal-Leitlinien keinen Hinweis darauf enthielten, dass eine derartige Vorgehensweise bei der Prüfung des Effizienzeinwands unzulässig sei. Außerdem lasse sich aus den Leitlinien ablesen, dass Effizienzgewinne sowohl vollständig wie auch nur zum Teil an die Verbraucher weitergegeben werden können. Schließlich sei die Europäische Kommission verpflichtet, im Rahmen einer Gesamtbetrachtung sämtliche Effekte des Zusammenschlusses, also auch den Umstand, dass die beteiligten Unternehmen weitergegebene Effizienzgewinne künftig wieder zurückerlangen würden, zu prüfen.

937. Die Klägerin rügte daneben, dass die Europäische Kommission die wettbewerbsbeeinträchtigenden Effekte des Zusammenschlusses und die geltend gemachten Effizienzgewinne jeweils separat geprüft hatte. Das Gericht stellte in diesem Zusammenhang klar, dass die Horizontal-Leitlinien eine getrennte Analyse der wettbewerbsbeschränkenden Effekte einerseits und der Effizienzen andererseits nicht ausschließen. Zudem eröffneten die Leitlinien die Möglichkeit, dass die negativen Effekte eines Zusammenschlusses durch die mit ihm verbundenen Effizienzgewinne aufgewogen werden. Vor diesem Hintergrund sei es nicht nur möglich, sondern notwendig, dass die Europäische Kommission bei ihrer Prüfung in zwei Schritten vorgehe, nämlich zunächst die negativen und danach die positiven Wettbewerbsauswirkungen des Zusammenschlusses bestimme. Der Umstand, dass die Europäische Kommission eine Gesamtbetrachtung aller Auswirkungen vornehmen müsse, stehe dieser Schlussfolgerung nicht entgegen.

938. Das vorliegende Urteil zeigt erneut, dass Klagen nur dann erfolgreich sein können, wenn Rügen gegen die Entscheidungen der Europäischen Kommission mit ausreichend substanziiertem Vortrag verbunden sind und entsprechende Informationen und Beweismittel vorgelegt werden. Zugunsten der Klägerseite wirkt sich die Feststellung des Gerichts aus, dass eine Klage nicht schon dann als ineffektiv bewertet wird, wenn sie sich nur gegen einzelne Argumentationspfeiler in der Begründung der Europäischen Kommission wendet. Denn sobald die Verletzung von Verteidigungsrechten gerügt wird, kann eine Klage prinzipiell zum Erfolg führen. Einwände gegen einzelne Argumentationsstränge der Europäischen Kommission können jedenfalls dann Erfolg versprechend sein, wenn zwischen diesen und anderen – nicht gerügten – Argumentationspfeilern Bezüge bestehen. Dies gilt auch im Hinblick auf allgemeinere Rügen, z. B. die Beurteilung von Effizienzen oder Abhilfemaßnahmen betreffend, die nicht ausschließlich im Hinblick auf einzelne sachlich und räumlich relevanten Märkte geltend gemacht werden.

939. Zu begrüßen ist die Bestätigung der Rechtsprechung, wonach keine Hierarchie zwischen quantitativen und qualitativen Untersuchungen der Europäischen Kommission besteht und der Wettbewerbsbehörde insoweit ein gewisser Spielraum bei der Gewichtung der Beweismittel verbleibt. Positiv zu werten ist allerdings auch der Umstand, dass das Gericht die Gründe der Europäischen Kommission, eine quantitative Untersuchung durchzuführen oder nicht, überprüft. Auf diesem Weg wird der Spielraum der Wettbewerbsbehörde bei der Wahl der Untersuchungsinstrumente wirksam begrenzt. Positiv zu beurteilen ist des Weiteren die Verpflichtung der Zusammenschlussparteien, die für eine – von ihnen geforderte – quantitative Analyse erforderlichen Informationen bei der Europäischen Kommission vorzulegen, da diese Informationen in der Regel aus der Sphäre der Parteien stammen und üblicher Weise nicht öffentlich zugänglich sein dürften.

940. Die Monopolkommission stimmt auch den Aussagen des Gerichts zu, wonach die Europäische Kommission gehalten ist zu prüfen, ob beim Verbraucher zunächst möglicherweise anfallende Effizienzgewinne von dem zusammengeschlossenen Unternehmen wiedererlangt werden können. Dies folgt schon aus dem Erfordernis, eine Gesamtbetrachtung aller Folgen des Zusammenschlusses vorzunehmen. Dem Gericht ist ebenfalls in seiner Bewertung zu folgen, wonach es notwendig ist, die möglichen negativen und positiven Effekte eines Zusammenschlusses in zwei Stufen prüfen, weil für die Beantwortung der Frage, ob Effizienzgewinne die negativen Wettbewerbswirkungen ausgleichen können, zunächst die letztgenannten Wirkungen ermittelt werden müssen.[160] Dies widerspricht auch nicht dem Umstand, dass bei Durchführung von quantitativen Analysen z. B. zu Preiserhöhungs- bzw. Preissenkungsmöglichkeiten im Rahmen eines geplanten Zusammenschlusses beide Effekte innerhalb einer Analyse ermittelt werden können, denn die Entschei-

[160] Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, Eine Wettbewerbsordnung für die Finanzmärkte, Baden-Baden 2014, Tz. 747.

dung der Europäischen Kommission erfordert neben einer solchen quantitativen Untersuchung stets eine Gesamtbetrachtung aller Umstände.

2.5 Legislative Entwicklungen

2.5.1 Einführung

941. Im Berichtszeitraum 2014/2015 hat die Europäische Kommission das Weißbuch zur wirksameren Fusionskontrolle vorgelegt, in dem sie ihre Überlegungen zur Verfahrensvereinfachung, Reform des Verweisungsregimes und Erfassung nicht kontrollierender Minderheitsbeteiligungen weiterentwickelt hat. Daneben prüfen die Kommissionsdienststellen derzeit, ob eine Erweiterung der fusionskontrollrechtlichen Aufgreifkriterien, insbesondere in Anbetracht der Entwicklungen auf digitalen Märkten, erforderlich ist.

942. Die Europäische Kommission hat während des aktuellen Berichtszeitraums zudem auf verschiedentlich geäußerte Kritik aus Unternehmenskreisen reagiert, die der Wettbewerbsbehörde eine zu enge räumliche Marktabgrenzung vorwarf, und eine Studie zur räumlichen Marktdefinition erstellen lassen. Diese wurde im Januar 2016 vorgelegt und bestätigt der Europäischen Kommission im Wesentlichen ein sachgerechtes Vorgehen in methodischer Hinsicht sowie das Erreichen sachgerechter Ergebnisse. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die Arbeitsgruppe Fusionskontrolle des Internatonal Competition Network (ICN) einen Leitfaden zur internationalen Zusammenarbeit der nationalen Wettbewerbsbehörden veröffentlicht hat.[161] Hiermit sollen ein freiwilliger und flexibler Rahmen für die Behördenkooperation im Bereich der Fusionskontrolle sowie praktische Hinweise für Behörden, kooperationswillige Unternehmen und Dritte bereitgestellt werden.

2.5.2 Weißbuch zur wirksameren Fusionskontrolle

943. Die Monopolkommission hat bereits in ihrem letzten Hauptgutachten über mehrere legislative Überlegungen der Europäischen Kommission berichtet.[162] Diese betrafen im Wesentlichen die Erweiterung des vereinfachten Verfahrens in der ersten Verfahrensphase, die Reform des Verweisungsregimes sowie die Ausdehnung des Anwendungsbereichs der europäischen Fusionskontrollregeln auf Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb. Im aktuellen Berichtszeitraum hat die Europäische Kommission ihre Erwägungen und konkreten Vorschläge hierzu in dem Weißbuch „Eine wirksamere EU-Fusionskontrolle“ zusammengefasst, in das auch die im Rahmen einer öffentlichen Konsultation abgegebenen Stellungnahmen eingeflossen sind.[163] Dem Weißbuch beigefügt ist eine Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen, in dem die Erwägungen und wettbewerbspolitischen Vorschläge der Europäischen Kommission ausführlicher analysiert werden.[164]

944. Im Hinblick auf die Vereinfachung des Fusionskontrollverfahrens hat die Europäische Kommission bereits während des letzten Berichtszeitraums ein Maßnahmenpaket angenommen.[165] Im Weißbuch stellt sie Überlegungen zur weiteren Verfahrensvereinfachung an, die eine Änderung der FKVO selbst voraussetzen. Nach den Vorstellungen der Europäischen Kommission könnte die FKVO zum einen dahin gehend modifiziert werden, dass die Gründung eines Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens, das vollständig außerhalb des EWR niedergelassen und tätig ist, nicht in ihren Anwendungsbereich fallen würde. Ein solches Unternehmen müsste daher nicht in Brüssel angemeldet werden, selbst

---

[161] ICN Merger Working Group, Practical Guide to International Enforcement Cooperation in Mergers, http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1031.pdf, Abruf am 26. Juni 2016.

[162] Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 778 ff.

[163] EU-Kommission, Weißbuch „Eine wirksamere EU-Fusionskontrolle“, COM(2014)449 final, 9. Juli 2014.

[164] Commission Staff Working Document – Accompanying the document White Paper „Towards more effective EU merger control, SWD(2014) 221 final, 9. Juli 2014.

[165] Bekanntmachung der Kommission über ein vereinfachtes Verfahren für bestimmte Zusammenschlüsse gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates, ABl. EU C 366 vom 14. Dezember 2013, S. 5; Durchführungsverordnung (EU) Nr. 1269/2013 der Kommission vom 5. Dezember 2013 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 802/2004 zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EU L 336 vom 14. Dezember 2013, S. 1.

wenn die Umsatzschwellen des Art. 1 FKVO überschritten wären. Zum zweiten erwägt die Europäische Kommission, bestimmte Gruppen von Zusammenschlüssen, die in der Regel wettbewerbsrechtlich unbedenklich sind, von der Pflicht zur vorherigen Anmeldung freizustellen. Dies soll z. B. für Zusammenschlüsse gelten, bei denen zwischen den beteiligten Unternehmen keine horizontalen oder vertikalen Beziehungen bestehen und über die zurzeit im vereinfachten Verfahren entschieden wird.

945. Die Monopolkommission stimmt mit der Europäischen Kommission darin überein, dass die Einführung einer Art „Gruppenfreistellungsverordnung" an die Voraussetzung ausreichender Transparenz aufseiten der Wettbewerbsbehörde geknüpft werden muss. Dies könnte beispielsweise dadurch erreicht werden, dass die zusammenschlussbeteiligten Unternehmen weiterhin zu einer – im Vergleich zur formellen Anmeldung stark begrenzten – Informationsübermittlung gegenüber der Europäischen Kommission verpflichtet sind. Innerhalb einer kurzen Frist – z. B. von 10 oder 15 Arbeitstagen – könnte die Europäische Kommission dann auf Grundlage der übermittelten Informationen prüfen, ob das Zusammenschlussvorhaben unter die Gruppenfreistellungsverordnung fällt oder ob darüber hinaus gehende Informationen im Rahmen einer formellen Anmeldung vorgelegt werden müssen.

946. Bezüglich der angestrebten Verbesserung des Verweisungsregimes wird im Weißbuch weiterhin das Vorhaben verfolgt, eine Verfahrensabgabe an die Europäische Kommission – sei es auf Initiative der zusammenschlussbeteiligten Unternehmen (Art 4 Abs. 5 FKVO) oder auf Veranlassung des originär zuständigen Mitgliedstaats (Art. 22 FKVO) – durch verfahrensmäßige Straffung zu erleichtern. Zudem soll die Europäische Kommission künftig bei einer Verfahrensübernahme nach Art. 22 FKVO die Zuständigkeit für den gesamten EWR erhalten, sofern kein originär zuständiger Mitgliedstaat ein Veto erhebt. Die Verweisung an einen Mitgliedstaat gemäß Art. 4 Abs. 4 FKVO soll ebenfalls erleichtert werden, indem künftig die Tatbestandsvoraussetzung „erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung in dem gesonderten Markt" entfällt.

947. Die Monopolkommission hat bereits früher die geplante Vereinfachung des Verweisungsverfahrens sowohl in Hinsicht auf Art. 4 Abs. 5 FKVO wie auch bezüglich Art. 22 FKVO begrüßt. Sie hat darüber hinaus eine Modifizierung der materiellen Voraussetzungen für eine Verfahrensabgabe nach Art. 4 Abs. 4 FKVO in dem jetzt von der Europäischen Kommission vorgeschlagenen Sinn empfohlen.[166] Durch den Wegfall der entsprechenden Tatbestandsvoraussetzung würde die Notwendigkeit für die zusammenschlussbeteiligten Unternehmen entfallen, ihr Vorhaben gegenüber den zuständigen Behörden selbst als problematisch für den Wettbewerb zu bezeichnen. Dadurch könnte in geeigneten Fällen der Anreiz der Zusammenschlussparteien steigen, die Zuständigkeit der am besten geeigneten – nationalen – Wettbewerbsbehörde herbeizuführen.

948. Im Weißbuch werden daneben konkrete Erwägungen zu einer Erfassung von Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb angestellt. Als erforderlich wird die Einführung eines quantitativen Aufgreifkriteriums in Höhe von 20 Prozent sowie eines qualitativen Aufgreifkriteriums, das schon bei einer Beteiligung von 5 bis rund 20 Prozent und zusätzlichen Einflussfaktoren erfüllt ist, angesehen. Zudem werden verfahrensrechtliche Gestaltungen aufgezeigt, die eine zusätzliche bürokratische Belastung der betroffenen Unternehmen und der Wettbewerbsbehörde auf das notwendige Maß begrenzen sollen. Diese Vorschläge weisen viele Parallelen zu den Empfehlungen auf, welche die Monopolkommission im letzten Hauptgutachten zu Aufgreifkriterien und Verfahrensausgestaltung vorgelegt hatte.[167]

949. Jüngere Äußerungen der Kommissarin für Wettbewerb deuten jedoch darauf hin, dass einer Ausdehnung der FKVO auf nicht-kontrollierende Minderheitsbeteiligungen jedenfalls derzeit keine Priorität eingeräumt wird.[168] Insbesondere wird der überwiegende Nutzen einer derartigen Zuständigkeitserweiterung angesichts der damit einhergehenden Erhöhung bürokratischer Lasten für die betroffenen Unternehmen und die Wettbewerbsbehörden bezweifelt. Die Kommissionsdienststellen haben allerdings den Auftrag, die Rechtsanwendung in den Mitgliedstaaten genauer zu beobachten,

---

[166] Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 668.

[167] Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 787 ff.

[168] Vgl. hierzu auch Kapitel III, Tz. 641 ff. in diesem Gutachten.

deren nationale Fusionskontrollregeln das Aufgreifen nicht-kontrollierender Minderheitsbeteiligungen durch die Wettbewerbsbehörden vorsehen.[169]

2.5.3 Fusionskontrolle auf digitalen Märkten

950. Die Monopolkommission hat bereits in ihrem 68. Sondergutachten zum Wettbewerb auf digitalen Märkten auf mögliche Schutzlücken der europäischen und deutschen Fusionskontrollregeln im Zusammenhang mit den geltenden Aufgreifkriterien und Zusammenschlusstatbeständen hingewiesen sowie diesbezügliche Verbesserungsvorschläge vorgelegt.[170] Daneben hat sie im Hinblick auf Zusammenschlussvorhaben unter Beteiligung von Internetdiensten mit Plattformcharakter die im Rahmen der notwendigen Gesamtbetrachtung erforderliche (stärkere) Berücksichtigung bestimmter materieller Beurteilungskriterien betont.[171]

951. Nach geltendem europäischem und deutschem Fusionskontrollrecht besteht eine Anmeldepflicht für Zusammenschlussvorhaben nur, wenn die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen bestimmte Umsatzschwellen überschreiten (Art. 1 FKVO, § 35 GWB). Daher können z. B. Transaktionen unter Beteiligung eines Unternehmens, dessen Geschäftsmodell zwar mit der Bildung von kommerziell wertvollen Datenbeständen einhergeht, das allerdings bislang noch keine nennenswerten Umsätze erwirtschaftet hat, nicht erfasst werden. Ferner können Fälle des Erwerbs jüngerer Unternehmen, die zwar ein erhebliches Marktpotenzial, bisher aber nur geringe Umsätze haben, außerhalb des Anwendungsbereichs der Fusionskontrollregeln liegen. Ein Beispiel hierfür ist der Erwerb von WhatsApp durch Facebook, für den zwar ein Kaufpreis von USD 19 Mrd. gezahlt wurde, der jedoch weder die geltenden Umsatzschwellen der deutschen noch der europäischen Fusionskontrolle erreichte.[172]

952. Da sich das wettbewerbliche Potenzial eines Unternehmens nicht nur in seinen bisherigen Umsätzen, sondern auch im Kaufpreis widerspiegeln kann, bekräftigt die Monopolkommission ihre Empfehlung, die bestehenden umsatzbezogenen Aufgreifkriterien um ein Aufgreifkriterium, das am Transaktionsvolumens ansetzt, zu ergänzen. Ein solches Aufgreifkriterium sollte jedoch nicht auf Zusammenschlussfälle mit Bezug zur digitalen Ökonomie begrenzt werden. Denn die dargelegten Probleme – Erwerb eines Vermögensteils mit hohem Wettbewerbspotenzial, aber ohne nennenswerte Umsätze in der Vergangenheit – können ebenso in anderen Branchen, beispielsweise beim Erwerb von Patenten in der Pharmabranche, virulent werden. Ein transaktionsbezogenes Aufgreifkriterium in der europäischen Fusionskontrolle sollte daher einen allgemeinen Anwendungsbereich haben.

953. Dementsprechend könnte Art. 1 FKVO durch einen neuen Absatz 6 wie folgt ergänzt werden:

> *„Die Umsatzschwellen des Absatzes 2 gelten auch dann als überschritten, wenn der Wert der Leistung eines beteiligten Unternehmens mehr als 5 Mrd. EUR beträgt und ein gemeinschaftsweiter Gesamtumsatz von mindestens einem beteiligten Unternehmen von mehr als 250 Mio. EUR erzielt wird. Die Umsatzschwellen des Absatzes 3 gelten auch dann als überschritten, wenn der Wert der Leistung eines beteiligten Unternehmens mehr als 2,5 Mrd. EUR beträgt, der Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen in mindestens drei Mitgliedstaaten jeweils 100 Mio. EUR übersteigt, in jedem von mindestens drei dieser Mitgliedstaaten der Gesamtumsatz von mindestens einem beteiligten Unternehmen mehr als 25 Mio. EUR beträgt und der gemeinschaftsweite Gesamtumsatz von mindestens einem beteiligten Unternehmen 100 Mio. EUR übersteigt."*

954. Die bislang aus der Start-up-Szene geäußerte Kritik an einem transaktionsvolumenabhängigen Aufgreifkriterium richtete sich in erster Linie dagegen, ein solches Kriterium ausschließlich im deutschen Kartellrecht zu verankern, weni-

---

169 Wettbewerbskommissarin Vestager, Rede bei der Studienvereinigung Kartellrecht „Refining the EU merger control system", Brüssel, 10. März 2016, http://ec.europa.eu/competition/speeches/index_2016.html, Abruf am 22. Juni 2016.

170 Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Baden-Baden 2015, Tz. 451 ff.

171 Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 464 ff.

172 Der Fall gelangte erst auf Antrag der zusammenschlussbeteiligten Unternehmen gemäß Art. 4 Abs. 5 FKVO in die Zuständigkeit der Europäischen Kommission.

ger gegen eine europaweite Ergänzung des umsatzbezogenen Aufgreiftatbestands.[173] Eingewendet wird insbesondere, dass das vorgeschlagene Kriterium die Entwicklung von Start-ups auf digitalen Märkten behindern könne, da es die Unsicherheit von Investoren über ihre Ausstiegsmöglichkeiten, z. B. im Rahmen eines späteren Verkaufs des Unternehmens, erhöhe. Die Monopolkommission weist zunächst darauf hin, dass die Einführung eines zusätzlichen Aufgreifkriteriums lediglich die Möglichkeit der Wettbewerbsbehörde eröffnet, ein Zusammenschlussvorhaben zu überprüfen. Damit ist noch keine Entscheidung über das Untersuchungsergebnis vorgegeben. Nach den bisherigen Erfahrungen mit der europäischen (und deutschen) Fusionskontrollpraxis erachten die Wettbewerbsbehörden nur in wenigen Zusammenschlüssen Zusagenverpflichtungen der beteiligten Unternehmen für notwendig, noch weitaus geringer ist die Zahl der behördlicherseits ausgesprochenen Untersagungen. Darüber hinaus erscheinen die von der Monopolkommission empfohlenen Schwellenwerte für den Wert der Leistung – EUR 5 Mrd. im Fall des Art. 1 Abs. 2 FKVO und EUR 2,5 Mrd. im Fall des Art. 1 Abs. 3 FKVO – sowie die daneben zu erreichenden Umsatzschwellen so hoch, dass Unsicherheiten über die Zulässigkeit eines Verkaufs von Start-ups in vielen Fällen gar nicht entstehen werden. Dies gilt ebenfalls für die mit der Durchführung eines fusionskontrollrechtlichen Verfahrens verbundenen bürokratischen Lasten.

955. Soweit daneben ein mangelnder Inlands- bzw. Unionsbezug des Aufgreifkriteriums kritisiert wird, gilt es zu bedenken, dass auch künftig mindestens ein zusammenschlussbeteiligtes Unternehmen Umsätze innerhalb der Europäischen Union erwirtschaften müsste. Andernfalls ist der Anwendungsbereich der FKVO auch nach der empfohlenen Regelung nicht eröffnet. Das kartellrechtliche Auswirkungsprinzip bleibt insoweit unberührt. Schließlich ist mit dem empfohlenen Aufgreifkriterium keine Benachteiligung europäischer Unternehmen im Vergleich zu Unternehmen mit Sitz außerhalb der Union verbunden. Selbstverständlich werden auch die letztgenannten Unternehmen von den Regeln der FKVO erfasst, wenn die von ihnen geplanten Zusammenschlussvorhaben die von Art. 1 Abs. 6 FKVO n. F. vorgesehen Transaktionsvolumen und Umsatzwerte erreichen. Daneben zeigt ein Vergleich mit Rechtsordnungen außerhalb der EU, etwa mit den Aufgreifkriterien in den USA, dass dort wesentlich niedrigere Schwellenwerte gelten als in der europäischen Fusionskontrollverordnung.[174]

956. Die Monopolkommission hat darüber hinaus zu bedenken gegeben, dass der Erwerb einzelner Vermögenswerte ohne einen aktuellen Marktumsatz keinen Zusammenschluss im Sinn des Art. 3 FKVO darstellt.[175] Die Einführung des vorgeschlagenen transaktionsvolumenabhängigen Aufgreifkriteriums sollte deshalb durch eine Modifizierung des Art. 3 Abs. 2 FKVO ergänzt werden, wonach ein Vermögenserwerb auch in den von Art. 1 Abs. 6 FKVO n. F. erfassten Fällen vorliegt. Andernfalls besteht die Gefahr, dass ein transaktionsvolumenabhängiger Aufgreiftatbestand leer läuft.

957. Schließlich ist nach Auffassung der Monopolkommission eine Weiterentwicklung bestimmter materieller Beurteilungskriterien für Fälle erforderlich, bei denen Internetdienste mit Plattformcharakter an einem Zusammenschluss beteiligt sind.[176] Zum einen ist bei der fusionskontrollrechtlichen Prüfung zu berücksichtigen, dass es sich bei den untersuchten Diensten häufig um mehrseitige Plattformen handelt, deren Plattformseiten miteinander verbunden sind und infolgedessen nicht isoliert betrachtet werden dürfen (Plattforminterdependenzen). In diesem Zusammenhang erachtet die Monopolkommission eine Überarbeitung der Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes für erforderlich.[177] Hilfreich könnten insbesondere Ausführungen über die Erfassung von Plattformseiten sein, auf denen Leistungen ohne unmittelbare monetäre Gegenleistungen erbracht werden. Außerdem sollten Methoden zur Marktabgrenzung wie der SSNIP-Test weiterentwickelt werden.

958. Zum zweiten ist (stärker) zu berücksichtigen, dass die Märkte, auf denen die Plattformen tätig sind, abhängig z. B. von den Verbindungen zwischen den Plattformseiten und den dadurch zwischen ihnen ausgelösten Wechselwirkungen,

---

[173] Bundesverband Deutsche Startups e. V., Stellungnahmen zu den Fragen der Monopolkommission, 22. April 2016.

[174] In den USA besteht eine Anmeldepflicht grundsätzlich schon ab einem Transaktionswert von USD 312,6 Mio., Federal Register/ Vol. 81, No. 16/Tuesday, January 26, 2016/Notices, S. 4299, https://www.ftc.gov/system/files/documents/federal_register_notices/2016/01/160126claytonact7afrn.pdf, Abruf am 22. Juni 2016.

[175] Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 462.

[176] Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 464 ff.

[177] Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 469.

zur Konzentration tendieren. Insofern könnte eine Überarbeitung der Leitlinien zu horizontalen und zu nicht-horizontalen Zusammenschlüssen mit dem Ziel angezeigt sein deutlicher festzustellen, dass die Beurteilung der Wettbewerbssituation auf mehrseitigen Plattformen eine Gesamtbetrachtung erfordert, in der anderen Faktoren als Marktanteilen bzw. Preissetzungsspielräumen höhere Bedeutung zuzumessen ist, etwa Netzwerkeffekten, Innovationsdruck und Nutzerdaten.[178] Drittens ist im Rahmen der erforderlichen Gesamtbetrachtung eines Zusammenschlussvorhabens verstärkt zu beachten, dass ein Plattformanbieter eine Integration zusätzlicher Dienste oder eine Kombination von Datenbeständen möglicherweise strategisch für sich nutzen kann.[179]

959. Die Monopolkommission begrüßt, dass die Europäische Kommission die Gefahr möglicher Schutzlücken der Fusionskontrolle ebenfalls erkannt hat. Laut jüngeren Äußerungen der Kommissarin für Wettbewerb sind die Kommissionsdienststellen derzeit angewiesen, die Notwendigkeit zusätzlicher Aufgreifkriterien zu überprüfen.[180]

3 Missbrauchsaufsicht

3.1 Konditionenforderungen im Lebensmitteleinzelhandel

960. Im Jahr 2009 übernahm Edeka über 2300 Plus-Filialen von Tengelmann mit dem Ziel, diese in die eigene Discountschiene Netto zu integrieren.[181] Nach der Fusion nahm das Unternehmen mit Herstellern aus sämtlichen Warengruppen Sonderverhandlungen auf. Aus Sicht des Bundeskartellamtes verstieß es im Zuge dieser Verhandlungen gegen § 19 Abs. 1, 2 i. V. m. § 20 Abs. 2 GWB („Anzapfverbot"), da es insbesondere gegenüber vier Sektherstellern rechtswidrige Konditionenforderungen (sogenannte „Hochzeitsrabatte") erhoben hätte.[182] Der Beschluss wurde vom OLG Düsseldorf im November 2015 aufgehoben.[183]

961. Das Bundeskartellamt stufte mehrere Verhaltensweisen in den Verhandlungen mit den Sektherstellern als Forderungen ohne sachlich gerechtfertigten Grund gegenüber abhängigen Unternehmen ein (§ 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 i. V. m. § 20 Abs. 2 GWB). Das Bundeskartellamt sah es demnach zum einen als gegeben an, dass die betroffenen Lieferanten zum Zeitpunkt der Verhandlungen von Edeka abhängig waren, also ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestanden. Die Edeka hätte aufgrund der starken Marktposition auf Absatzmärkten und Beschaffungsmärkten für die Hersteller – zumindest gemeinsam mit ihren größten Wettbewerbern REWE und der Schwarz-Gruppe – die Funktion eines „Türstehers" bzw. eines „Flaschenhalses" gehabt. Die Hersteller seien auf einen Vertrieb (auch) über Edeka angewiesen gewesen, wenn sie die Endkunden bundesweit flächendeckend erreichen wollten. So hätten sich für Edeka bei Schaumwein unter Einbezug der alternativen Vertriebswege Beschaffungsmarktanteile von 15-20 Prozent ergeben.

962. Zum anderen galt es zu klären, ob die Forderungen ohne sachlich gerechtfertigten Grund gestellt wurden. Im Einzelnen ging es um die Forderungen nach einem „Bestwertabgleich" mit den bisherigen Plus-Preisen, eine „Anpassung der Zahlungsziele", die Zahlung eines dauerhaften „Synergiebonus" für potenzielle Kosteneinsparungen aufseiten der Lieferanten, die Zahlung einer „Partnerschaftsvergütung" für die Renovierung der Filialen sowie die Zahlung eines „Sortimentserweiterungsbonus" für mögliche zusätzliche Listungen in den neuen Filialen. Das Bundeskartellamt bemängelte erstens die nicht nachvollziehbare, intransparente Darstellung und Begründung bei den Forderungen nach einem „Bestwertabgleich" und einem „Sortimentserweiterungsbonus". Zweitens sei die Festlegung und Umsetzung im Rahmen

---

178 Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 477.

179 Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 478 f.

180 Wettbewerbskommissarin Vestager, Rede bei der Studienvereinigung Kartellrecht „Refining the EU merger control system", Brüssel, 10. März 2016, http://ec.europa.eu/competition/speeches/index_2016.html; Abruf am 22. Juni 2016; Rede beim European competition and Consumer Day, „Competition: the mother of invention", 18. April 2016, http://ec.europa.eu/commission/2014-2019/vestager/announcements/competition-mother-invention_en, Abruf am 22. Juni 2016.

181 Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, Mehr Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen, Baden-Baden 2012, Tz. 1052.

182 BKartA, Beschluss vom 3. Juli 2014, B2-58/09.

183 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. November 2015, VI-Kart 6/14 (V).

der „Anpassung der Zahlungsziele“ einseitig erfolgt. Drittens wurde das „Rosinenpicken“, also die Forderung nach einer Anpassung der günstigeren Konditionenbestandteile ohne Berücksichtigung des Gesamtkonditionenpakets kritisiert. Viertens wären im Zusammenhang mit dem „Synergiebonus“ und der „Partnerschaftsvergütung“ Forderungen ohne offensichtliche Gegenleistung gestellt worden. Für den „Bestwertabgleich“ wären darüber hinaus Stichtage gewählt worden, die deutlich vor dem Vollzug des Zusammenschlusses lagen. Außerdem wären im Rahmen sämtlicher Sonderkonditionen bessere Konditionen während der Laufzeit geltender Jahresvereinbarungen sowie rückwirkende Zahlungen und Anpassungen gefordert worden.

963. Das OLG Düsseldorf ließ dagegen offen, ob Edeka relative Marktmacht besaß und damit ein Abhängigkeitsverhältnis vorlag. Diese Frage könne dahin stehen, da bereits die vom Bundeskartellamt beanstandeten Verhaltensweisen sachlich gerechtfertigt gewesen seien. Grundsätzlich beanstandete das Gericht, dass sich nach den eigenen Ermittlungen nicht bestätigen ließ, dass Edeka ihre besondere Marktmacht ausgenutzt habe. Vielmehr hätte es sich um branchenübliche Verhandlungen gehandelt, in denen Edeka nicht die Konditionen diktierte, sondern die Sekthersteller durchaus vergleichbar starke Verhandlungspartner gewesen seien. Die Verhandlungsstärke der Sekthersteller resultiere daraus, dass Edeka als Vollsortimenter auf die Artikel der Sekthersteller angewiesen sei, da der Endkunde diese aufgrund der Bekanntheit der Marken im Sortiment des Lebensmitteleinzelhandels erwarte und nachfrage. Bezüglich der einzelnen Punkte habe zudem eine sachliche Rechtfertigung vorgelegen. Beispielsweise sei nicht ersichtlich, warum bei einer Sortimentserweiterung oder einer Renovierung der Filialen im Sinne einer besseren Produktpräsentation auf jeden Fall keine Gegenleistung vorliegen soll. Darüber hinaus sei nicht klar, warum bestimmte Verhaltensweisen kartellrechtswidrig gewesen wären. So zum einen die intransparente Darstellung und Begründung einiger Forderungen: Intransparenz sei nicht zwangsläufig ein Ausdruck von Marktmacht. Es sei nicht branchenüblich, eine detaillierte Darstellung zu liefern. Zum anderen sei eine einseitige Festlegung von Zahlungszielen nicht Gegenstand des Gesetzes, es gehe vielmehr um die Forderung als solche. Ob diese einseitig festgesetzt wird, sei irrelevant.

964. Das Urteil des OLG Düsseldorf hat insbesondere vor dem Hintergrund, dass das Bundeskartellamt dem Verfahren eine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zumaß, eine hohe Relevanz. Viele Fragen zu den Tatbestandsmerkmalen „Abhängigkeit“ und „Vorteil ohne sachlich gerechtfertigten Grund“ wollte das Bundeskartellamt erstmalig im Rahmen des vorliegenden Missbrauchsverfahrens prüfen. Dessen Ergebnisse sollten in Zukunft als Leitlinie für ähnlich gelagerte Fälle dienen. Mit dem Beschluss des OLG Düsseldorf scheint diese Absicht in Frage gestellt. Das Gericht hat die Rechtsbeschwerde gegen das Urteil nicht zugelassen. Eine Nichtzulassungsbeschwerde des Bundeskartellamtes beim Bundesgerichtshof ist anhängig.

3.2 Weiterhin Zusagenlösungen bei Preismissbrauchsverfahren in Versorgungsbranchen

965. In den letzten zehn Jahren ist das Bundeskartellamt mehrmals wegen des Verdachts missbräuchlich überhöhter Preise in Versorgungsbranchen gegen marktbeherrschende Anbieter vorgegangen. Die Verfahren im Bereich der Preismissbrauchsaufsicht des Bundeskartellamtes basieren gewöhnlich auf § 19 Abs. 2 Nr. 2 und 3 GWB. Seit Ende 2007 verfügt das Bundeskartellamt zudem mit dem befristet eingeführten § 29 GWB über ein weiteres rechtliches Instrument, um Preismissbräuche zu unterbinden.[184] Einige wichtige Verfahren in den Bereichen Heizstrom, Wasser und Fernwärme wurden im Berichtszeitraum nun abgeschlossen.

966. Die Tätigkeit des Bundeskartellamtes im oben genannten Zeitraum zielte zunächst auf Unternehmen des Energiesektors. Nachdem das Bundeskartellamt im März 2008 Verfahren gegen 35 Gasversorger eingeleitet hatte, hat es dieses

---

[184] 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 und – nach einer Verlängerung im Rahmen der 8. GWB-Novelle – nun bis zum 31. Dezember 2017 befristete § 29 GWB im Wesentlichen den Eingriffsbefugnissen des § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB. Allerdings zählt er die zur Führung des Missbrauchsnachweises zulässigen Methoden auf. Von Bedeutung ist zudem, dass gemäß § 29 Satz 1 Nr. 1 GWB die Beweislast für die strukturelle Vergleichbarkeit der betrachteten Unternehmen umgekehrt wird; Nr. 2 eröffnet zudem explizit die Kostenkontrolle auch als selbstständig mögliche Prüfmethode.

Vorgehen im September 2009 gegenüber 19 Heizstromanbietern fortgesetzt.[185] In jüngerer Zeit war die Missbrauchsaufsicht über Preise vor allem auf Fernwärme- und Wasserversorger gerichtet.[186] Im Bereich der Fernwärme hatte das Bundeskartellamt im Frühjahr 2013 gegen sieben Versorgungsunternehmen (betreffend 30 verschiedene Wärmeversorgungsgebiete) Preismissbrauchsverfahren eingeleitet. Hierbei handelte es sich um solche Unternehmen, bei denen sich zuvor in einer Sektoruntersuchung Anhaltspunkte für überhöhte Preise ergeben haben. Zudem hat das Bundeskartellamt im Bereich der Trinkwasserversorgung in jüngerer Zeit eine Reihe von Verfahren wegen Preisüberhöhungen geführt.

967. Eine gemeinsame Auffälligkeit betrifft den Abschluss der meisten Preismissbrauchsverfahren. In der ganz überwiegenden Zahl der Fälle kam es zur Verfahrensbeendigung aufgrund von Zusagen der Unternehmen. Die Verfahren gegen Energieversorgungsunternehmen auf Basis von § 19 und 29 GWB wurden, mit Ausnahme des Verfahrens gegen die ENTEGA Privatkunden GmbH & Co. KG (nachfolgend „Entega")[187], alle durch Verpflichtungszusagen gemäß 32b GWB beendet. Solche Zusagen betreffen in der Regel Rückzahlungen, Unterlassung von Preiserhöhungen und teilweise auch strukturelle Zusagen.

968. Im Berichtzeitraum erfolgte ebenfalls auf Basis von § 32b GWB die Beendigung des Verfahrens gegen die Stadtwerke Leipzig wegen überhöhter Fernwärmepreise, nachdem sich das Bundeskartellamt mit dem Unternehmen auf eine Senkung der Fernwärmepreise im Volumen von ca. EUR 8 Mio. jährlich über eine Laufzeit von fünf Jahren geeinigt hatte.[188] Im Wassersektor wurde das Verfahren gegen die Wuppertaler Stadtwerke auf Basis eines öffentlich-rechtlichen Vergleichsvertrages beendet.[189] Darin sagte das Unternehmen zu, den Wuppertaler Wasserkunden des Untersuchungszeitraums von 2009 bis einschließlich April 2013 kumuliert EUR 15 Mio. zurückzuerstatten. Für den darauf folgenden Zeitraum kann die Kartellbehörde keine Untersuchungen durchführen, weil die Stadt die Wasserversorgung zwischenzeitlich rekommunalisiert hat.[190]

969. Die Monopolkommission hatte sich in früheren Gutachten regelmäßig mit den vom Bundeskartellamt geführten Preismissbrauchsverfahren auseinandergesetzt und sowohl die wettbewerbsökonomische Effizienz dieses Verfahrenstyps[191] wie auch Teile der angewendeten Methodik kritisch gewürdigt. In Bezug auf die Methodik hat die Monopolkommission auf die Notwendigkeit hingewiesen, dass ein kostenrechnerisch vom Bundeskartellamt ermittelter Erlösmaßstab von den Unternehmen sowohl erreichbar wie auch antizipierbar sein muss. Bei der Ermittlung von Kosten sollten stets auch Kapitalkosten anerkannt werden.[192] In diesem Zusammenhang stellen sich bei Preismissbrauchsverfahren schwierige ökonomische und rechtliche Fragen, die bislang keiner gerichtlichen Klärung zugeführt wurden. Im Hinblick auf die von Bundeskartellamt und Landeskartellbehörden verstärkt angewendete Preismissbrauchsaufsicht in Versorgungsbranchen hat die Monopolkommission deshalb auf Probleme durch die Beendigung einer ganz überwiegenden Zahl der

---

[185] Vgl. zu den Preismissbrauchsverfahren im Gassektor ausführlich: Monopolkommission, Strom und Gas 2009: Energiemärkte im Spannungsfeld von Politik und Wettbewerb, Sondergutachten 54, Baden-Baden 2009, Tz. 503 ff.; zu den Verfahren im Heizstromsektor ausführlich Monopolkommission, Strom und Gas 2011: Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten, Sondergutachten 59, Baden-Baden 2011, Tz. 720 ff.

[186] Vgl. eingehender im Wassersektor: Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen, Baden-Baden 2012, Tz. 601 ff. Vgl. im Fernwärmesektor: Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 794 ff.

[187] Vgl. BKartA, Beschluss vom 19. März 2012, B10–16/09.

[188] Vgl. BKartA, Beschluss vom 15. Oktober 2015, B8–34/13.

[189] Vgl. BKartA, http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2015/19_10_2015_WSW_neu.html, Abruf am 20. Oktober 2015.

[190] Im Bezug auf dieses Problem einer „Flucht ins Gebührenrecht" vgl. Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1235 ff., insbesondere Tz. 1242.

[191] Die Monopolkommission hat dabei auf die grundsätzliche Problematik hingewiesen, nach der marktmächtig überhöhte Preise unter bestimmten Umständen auch Ausdruck eines wirksamen und speziell innovativen Wettbewerbsgeschehen sein können. Im Fall der Preismissbrauchsaufsicht in Versorgungsbranchen, in denen sich der Wettbewerb infolge einer Marktöffnung gerade erst entwickelt – so in den Branchen für Gas oder Heizstrom –, kann ein kartellrechtlicher Eingriff in die Preise zudem die Entwicklung von Wettbewerb im Markt stören; vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 59, a. a. O., Tz. 713 f. und 737 f.; XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 628.

[192] Monopolkommission, Sondergutachten 59, a. a. O., Tz. 731; XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 633.

Verfahren durch Zusagenlösungen hingewiesen. Zwar kann die Verfahrensbeendigung auf Basis von Zusagen in vielen Fällen begrüßenswert sein, weil in diesem Fall die Verfahrenskosten einer möglichen gerichtlichen Auseinandersetzung entfallen und die Kunden schnell entschädigt werden. Allerdings führt ein solches Vorgehen als typische Lösung dazu, dass wichtige Probleme der Anwendung der Preismissbrauchsaufsicht rechtlich ungeklärt bleiben.

970. Im Zusammenhang mit der Klärung wichtiger Rechtsfragen war das Gerichtsverfahren „Entega gegen Bundeskartellamt" von besonderem Interesse. Nachdem das Bundeskartellamt ca. 18 Monate nach Abschluss der übrigen Heizstromverfahren im März 2012 eine Rückzahlungsanordnung gegen Entega erlassen hatte, legte Entega Beschwerde gegen den Beschluss vor dem OLG-Düsseldorf ein. Allerdings kam es im Oktober 2015 zu einer Verfahrenseinstellung, nachdem sich Entega mit dem Bundeskartellamt auf verschiedene Zusagen geeinigt hatte. Rechtsgrundlage war in diesem Fall jedoch keine Zusagenentscheidung gemäß § 32b GWB, sondern – ebenso wie im oben genannten Fall der Stadtwerke Wuppertal – ein öffentlich-rechtlicher Vergleichsvertrag gemäß § 54 ff. VwVfG.

971. Die Entega verpflichtet sich in dem Vergleichsvertrag, die Kunden der Jahre 2007 bis 2009 pauschal mit einer Rückzahlung von ca. EUR 52 je volles Jahr zu entschädigen. Dies entspricht im Durchschnitt etwa 50 Prozent der ursprünglich vom Bundeskartellamt in seiner Rückzahlungsanordnung vorgesehenen Entschädigungsbeträge. Im Gegenzug hebt das Bundeskartellamt mit dem Vertrag nun seine ursprüngliche Preissenkungsanordnung gegen Entega auf und verzichtet zudem auf die Einleitung eines Verfahrens wegen Preisüberhöhungen in den Jahren 2007 bis 2014.

972. Der Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vergleichsvertrags wird von den Parteien in der Präambel des Vertrags insbesondere damit begründet, dass der Ausgang des Gerichtsverfahrens in sachlicher und zeitlicher Hinsicht nicht absehbar sei. Aufgrund der komplizierten Rechts- und Tatsachenfragen komme in Betracht, dass dem OLG Düsseldorf eine Entscheidung erst nach Einholung der Stellungnahme eines Gerichtsgutachters möglich sei. Infolge dieser komplexen Situation und bedingt durch ein mögliches weiteres Verfahren vor dem Bundesgerichtshof bleibe der Zeitpunkt des Verfahrensabschlusses offen. Ein später Verfahrensabschluss erschwere zudem eine mögliche Rückerstattung für Heizstromkunden der Jahre 2007 bis 2009.

973. Im Bezug auf die Gründe der Aufhebung der behördlichen Anordnung ist der Argumentation des Bundeskartellamtes zuzustimmen, dass eine Fortführung des gerichtlichen Verfahrens nicht im Interesse der betroffenen Kunden gelegen hätte.[193] Auch aus Sicht kleiner und mittlerer Versorger ist es naheliegend, dass eine Zusagenlösung für diese oftmals vorteilhafter sein kann als ein langandauernder Rechtsstreit. Für eine Weiterführung des Gerichtsverfahrens hätte hingegen dessen Bedeutung zur Klärung wichtiger Rechtsfragen gesprochen. Die Preismissbrauchsverfahren im Heizstromsektor haben vor allem im Hinblick auf die anzuwendende Methodik Fragen von grundsätzlicher Bedeutung aufgezeigt. Eine Klärung dieser Fragen hätte dazu beigetragen, die Preismissbrauchsaufsicht im Allgemeinen fortzuentwickeln.[194]

974. Die gelegentliche gerichtliche Überprüfung der Entscheidungen der Kartellbehörden ist wichtig, um der Anwendungspraxis der Vorschriften eine stärkere Legitimität zu verschaffen. Die Monopolkommission empfiehlt den Kartellbehörden deshalb, auch Preismissbrauchsverfahren nicht ausschließlich auf Basis von Zusagen der Unternehmen abzuschließen.

3.3 Leistungsschutzrecht der Presseverleger

975. Im September 2015 traf das Bundeskartellamt eine Entscheidung[195] nach § 32c GWB hinsichtlich der Auseinandersetzung zwischen Google und und der VG Media (und diversen anderen Verlagen), welche die Anzeige von kurzen Textausschnitten aus Presseerzeugnissen in der Suchtrefferliste von Google betraf. Es kam zu dem Schluss, dass die Verhal-

---

[193] Vgl. BKartA, Pressemitteilung vom 3. November 2015, http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2015/ 03_11_2015_Entega.html, Abruf am 22. Juni 2016.

[194] Die spezielle Missbrauchsaufsicht gemäß § 29 GWB läuft am 31. Dezember 2017 aus. Allerdings wurden die Verfahren auch auf Basis von § 19 GWB geführt.

[195] Vgl. BKartA, Beschluss vom 8. September 2015, B6-126/14.

tensweise von Google mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht gegen das kartellrechtliche Missbrauchsverbot verstoße und folglich kein Verfahren eingeleitet werden müsse. Eine Klage zum LG Berlin blieb ebenfalls erfolglos.[196]

976. Hintergrund der Auseinandersetzung war das 2013 eingeführte Leistungsschutzrecht der Presseverleger. Dieses soll – in Abgrenzung zum Urheberrecht – nicht die geistige Schöpfung, sondern die Investitionen der Presseverleger schützen. Danach hat „der Hersteller eines Presseerzeugnisses (Presseverleger) […] das ausschließliche Recht, das Presseerzeugnis oder Teile hiervon zu gewerblichen Zwecken öffentlich zugänglich zu machen, es sei denn, es handelt sich um einzelne Wörter oder kleinste Textausschnitte".[197] Unter Berufung auf dieses Recht verlangten VG Media und einige Verlage für die Wiedergabe von kurzen Auszügen aus Online-Presseinhalten in den Suchtrefferlisten, die sogenannten „Snippets", eine entsprechende Gebühr von Google. Der Suchmaschinenbetreiber war jedoch nicht bereit, eine solche Gebühr zu entrichten, da die „Snippets" seiner Auffassung nach unter den Ausnahmetatbestand der kleinsten Textausschnitte fielen. Um Rechtssicherheit zu erlangen, forderte er die von der VG Media vertretenen Verlage dennoch auf, eine „Opt-In-Erklärung" abzugeben, mit der sie in die Anzeige von Snippets in den Diensten von Google einwilligen sollten. Gäben sie diese Erklärung nicht ab, würden die Presseinhalte weiterhin in den Suchergebnissen angezeigt, jedoch nur mit der entsprechenden Überschrift, ohne Textausschnitte oder Fotos. Die meisten Verlage gaben eine entsprechende Erklärung ab. VG Media und einige größere Verlage beklagten jedoch, dass Google mit dieser Vorgehensweise seine Marktmacht missbrauche, um der Zahlung von den Verlagen rechtmäßig zustehenden Gebühren zu entgehen und legten Beschwerde beim Bundeskartellamt ein.

977. Das Bundeskartellamt sah keinen Grund zum Tätigwerden. Die Frage der konkreten Marktabgrenzung wurde offen gelassen. Ebenso offen gelassen wurde, ob Google eine marktbeherrschende Stellung zukomme, wenngleich Einiges für eine sehr starke Marktposition spräche. Entscheidend war, dass aus Sicht der Behörde selbst im Falle einer marktbeherrschenden Stellung mit hoher Wahrscheinlichkeit kein Behinderungs- oder Diskriminierungsmissbrauch gegenüber den Verlagen vorläge. Begründet wurde diese Sicht damit, dass einer Suchmaschine im Sinne der Interessenabwägung ein erheblicher Spielraum bei der Reihung, Zusammenstellung und Präsentation der Ergebnisse zukommen müsse. Auf dieser Ausrichtung am Nutzerbedürfnis fuße das Geschäftsmodell. Grenzen dieser Freiheit sieht das Bundeskartellamt, wenn die Darstellung sich nicht mehr mit der Relevanz der Suchergebnisse begründen ließe. Der von Google geäußerte Wunsch nach Rechtssicherheit fällt zwar nicht direkt unter den Gesichtspunkt der Relevanz. Dennoch sieht das Bundeskartellamt das Bestreben, sich durch die Präsentation der Ergebnisse rechtstreu zu verhalten, ebenso als legitim an. Als Missbrauch kämen grundsätzlich nur Verhaltensweisen in Betracht, die sich überhaupt nicht mehr damit erklären ließen, dass die Suchmaschine ihre Produkte zu verbessern, zu verbilligen oder sich rechtmäßig zu verhalten sucht.

978. Die Monopolkommission teilt die Ansicht, dass Google durch das vorliegende Verhalten keinen Behinderungs- oder Diskriminierungsmissbrauch ausübt. Dies gilt ungeachtet der Frage, ob die angezeigten „Snippets" als „kleinste Textausschnitte" aus dem Leistungsschutzrecht ausgenommen sind oder nicht[198] und ob Google eine marktbeherrschende Stellung zukommt. Liegt eine marktbeherrschende Stellung vor, käme grundsätzlich ein Missbrauch nach § 19 GWB in Betracht. Es ist jedoch nicht zu erkennen, inwiefern Google die Presseverleger missbräuchlich behindert. Selbst wenn „Snippets" unter das Leistungsschutzrecht fallen, kann Google nicht gezwungen werden, einen bestimmten Preis für deren Nutzung zu zahlen. Die Höhe der Gebühr (die auch null betragen kann) wäre vielmehr ein Verhandlungsergebnis zwischen den Parteien. Da die Verlage augenscheinlich ein großes Interesse an der Listung bei Google haben, sind sie in der Regel auch bereit, Ausschnitte ihrer Erzeugnisse unentgeltlich zur Verfügung zu stellen („win-win-Situation", vgl.

---

196 LG Berlin, Urteil vom 19. Februar 2016, 92 O 5/14 kart.

197 Vgl. § 87f Abs. 1 Urheberrechtsgesetz (UrhG).

198 Wie die von Google genutzten „Snippets" rechtlich einzuordnen sind, ist umstritten. Das Landgericht Berlin hat die Klage von 41 Presseverlagen gegen Google jedoch abgewiesen. Durch die Darstellung der Textausschnitte in den Suchergebnissen entstehe eine „win-win-Situation", von der sowohl Google als auch die Verlage und Nutzer profitierten. „Dieses Konzept würde aus dem Gleichgewicht gebracht, wenn Google für das Recht zur Wiedergabe von [S]nippets und Vorschaubildern in den Suchergebnissen, die auf Internetseiten der Verlage hinweisen, ein Entgelt zu entrichten hätte. Das Begehren von Google, entweder auf der weiterhin kostenlosen Nutzung zu bestehen oder aber auf die Wiedergabe von [S]nippets und Vorschaubildern bei den Verlagsseiten der Klägerinnen zu verzichten, ist nach Ansicht der Kammer deshalb nicht missbräuchlich.", vgl. LG Berlin, Pressemitteilung vom 14/2016 vom 19. Februar 2016; LG Berlin, Urteil vom 19. Februar 2016, 92 O 5/14 kart.

Fußnote 198 in diesem Gutachten). Es könnte darüber hinaus argumentiert werden, dass Google gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB eine „essential facility" darstellt. In diesem Fall läge das missbräuchliche Verhalten darin, dass Google „sich weigert, einem anderen Unternehmen gegen angemessenes Entgelt Zugang zu den eigenen Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen zu gewähren, wenn es dem anderen Unternehmen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ohne die Mitbenutzung nicht möglich ist, auf dem vor- oder nachgelagerten Markt als Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens tätig zu werden". Das Vorliegen einer „essential facility" bei Suchmaschinen hat die Monopolkommission jedoch bereits in ihrem Sondergutachten zur digitalen Ökonomie verneint.[199] Insbesondere Verlagen stehen andere Wege zur Verfügung, um Konsumenten ihre Inhalte zugänglich zu machen. Doch selbst wenn eine „essential facility" vorläge, würde dies kein Recht begründen, eine bestimmte Gebühr zu verlangen. Google wäre in diesem Fall verpflichtet, den Verlagen „Zugang" zu gewähren, d. h., sie in den Suchergebnissen zu listen. Ein Anspruch auf eine bestimmte Vergütung ergäbe sich darüber hinaus nicht.[200]

979. Der vorliegende Fall ist klar abzugrenzen von dem auf europäischer Ebene geführten Verfahren gegen Google. In diesem beschäftigt sich die Europäische Kommission mit Googles Praxis, eigene Dienste in den Suchtrefferlisten zu platzieren beziehungsweise hervorzuheben. Die Darstellung und Reihung externer Inhalt ist nicht Gegenstand der Untersuchung.

4 Horizontale und vertikale Vereinbarungen

4.1 Vertikale Vereinbarungen

4.1.1 Bestpreisklauseln

980. Bereits in ihrem letzten Hauptgutachten[201] sowie im Sondergutachten zur digitalen Ökonomie[202] beschäftigte sich die Monopolkommission mit dem Einsatz von Bestpreisklauseln. Im konkreten Fall ging es um die Praxis des Hotelportalbetreibers HRS, teilnehmenden Hotels das Anbieten ihrer Zimmer zu günstigeren Konditionen auf anderen Kanälen zu verbieten. Das Bundeskartellamt untersagte derartige Vereinbarungen schließlich mit Beschluss vom 20. Dezember 2013.[203] Diese Entscheidung wurde im Januar 2015 vom OLG Düsseldorf bestätigt.[204] Aufgrund analoger Geschäftspraktiken leitete das Bundeskartellamt im Berichtszeitraum zusätzlich Verfahren gegen Booking und Expedia als weitere große Hotelbuchungsportale ein. Das Verfahren gegen Booking wurde am 22. Dezember 2015 ebenfalls mit einer Untersagung abgeschlossen.[205]

981. Bestpreisklauseln werden grundsätzlich als vertikale Vereinbarungen eingeordnet. Da jedoch angenommen wird, dass sie keine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken, werden sie – anders als Preisbindungen – üblicherweise nicht als kartellrechtswidrige Kernbeschränkung[206] gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB eingestuft. Allerdings können Bestpreisklauseln eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken. In diesem Fall ist eine Freistellung der Klauseln gemäß der Vertikal-GVO möglich, sofern der Marktanteil des Anbieters 30 Prozent nicht überschreitet (Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. § 2 GWB i. V. m. Art. 3 und 7 Vertikal-GVO). Bei einem höheren Marktanteil ist zwar grundsätzlich eine Einzelfreistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. § 2 GWB möglich. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass die Vereinbarung mit hinrei-

---

199 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O. Tz. 224.

200 In diesem Fall wäre sogar zu überlegen, ob nicht – analog zu klassischen „essential facilities" im Infrastrukturbereich – die Verlage etwas dafür zahlen müssten, dass ihre Inhalte angezeigt werden.

201 Vgl. Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 893 ff.

202 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 408 ff.

203 Vgl. BKartA, Beschluss vom 20. Dezember 2013, B9-66/10.

204 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. Januar 2015, VI Kart 1/14(V).

205 Vgl. BKartA, Beschluss vom 22. Dezember 2015, B9-121/13.

206 i. S. v. Art. 4 der Vertikal – GVO.

chenden Effizienzvorteilen sowie einer angemessenen Verbraucherbeteiligung einhergeht. Außerdem muss diese unerlässlich zur Erzielung der Effizienzgewinne sein und darf den Wettbewerb nicht ausschalten.

982. Ebenso kann der Einsatz von Bestpreisklauseln gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gemäß § 19 GWB verstoßen. Ein Missbrauch könnte gemäß § 20 Abs. 1 i. V. m. § 19 Abs. 1, 2 Nr. 1 GWB auch dann vorliegen, wenn das Unternehmen nur „relative Marktmacht" besitzt, also kleine oder mittlere Unternehmen in der Weise abhängig sind, dass ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen.

983. Im Berichtszeitraum wurde das Verfahren gegen Booking.com abgeschlossen und der Einsatz von Bestpreisklauseln untersagt, da diese sowohl gegen § 1 GWB, Art. 101 Abs. 1 AEUV wie auch gegen § 20 Abs. 1 i. V. m. § 19 Abs. 1, 2 Nr. 1 GWB verstießen. Die vertikale Vereinbarung bewirke somit eine Wettbewerbsbeschränkung und behindere die abhängigen Hotelbetriebe in unbilliger Art und Weise. Die Prüfung der missbräuchlichen Behinderung fiel jedoch deutlich kürzer aus. Der Fokus des Verfahrens lag auf einem Kartellverbot.

984. Der vorliegende Fall ist zwar ähnlich gelagert wie die vorherige Untersagung der Bestpreisklauseln von HRS. Im Gegensatz zu HRS verwendete Booking seit Mitte 2015 jedoch nur noch „enge" Bestpreisklauseln. So wurde den betroffenen Hotelbetreibern untersagt, auf der hoteleigenen Homepage günstigere Angebote zu machen. Die Nutzung anderer Hotelportale war jedoch nicht betroffen. Der Umstand, dass sich Booking auf enge Bestpreisklauseln beschränkt hat, kann als Zugeständnis an verschiedene europäische Wettbewerbsbehörden gewertet werden, die zu diesem Zeitpunkt ähnliche Verfahren durchführten.

985. Die Bewertung der Wettbewerbsbeschränkung durch das Bundeskartellamt lässt Fragen offen. Eine Beschränkung des Wettbewerbs zwischen Portalbetreibern war aufgrund der Umstellung auf „enge" Bestpreisklauseln eher nicht mehr zu befürchten. Es stand den Hotelbetreibern frei, andere Portale zu nutzen und die Konditionen dort frei zu wählen. Auch der Preissetzungsspielraum der Hotelbetreiber wurde deutlich weniger eingeschränkt. Es war zwar weiterhin nicht zulässig, günstigere Preise auf der eigenen Homepage anzubieten. Jedoch besteht eine gängige Rechtfertigung für den Einsatz von Bestpreisklauseln gerade im Schutz von Investitionen und der Verhinderung von Trittbrettfahrerverhalten. So könnten Kunden das Portal zur leichteren Auffindbarkeit und zum Vergleich von Hotels nutzen, um im Anschluss zu einem günstigeren Preis auf der hoteleigenen Homepage zu buchen. Zudem ergäben sich Effizienzvorteile dadurch, dass Konsumenten davon ausgehen können, keinen günstigeren Preis durch die Einzelsuche zu finden. Schließlich vermindern Hotelbuchungsportale zum einen Such- und Transaktionskosten: Hotelsuche, -vergleich und –buchung sind auf einer Webseite möglich. Zum anderen wird durch die höhere Transparenz die asymmetrische Informationsverteilung zwischen Hotels und Hotelkunden abgebaut und so der Wettbewerb zwischen den Hotels gestärkt.[207] Angesichts der ansonsten geringen Auswirkungen der Vereinbarung wiegen diese Argumente bei engen Bestpreisklauseln besonders stark. Andere europäische Behörden haben das gleiche Verhalten aus diesem Grund nicht als rechtswidrig eingestuft. So gab es beispielsweise in Frankreich, Italien und Schweden Verpflichtungszusagenentscheidungen.[208] Insgesamt ist festzuhalten, dass die uneinheitliche und zeitversetzte Entscheidungspraxis der europäischen Behörden ein hohes Maß an Unsicherheit und Unklarheit verursacht. Eine engere Abstimmung und Zusammenarbeit wäre wünschenswert.

986. Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob Bestpreisklauseln ihrem Wesen nach grundsätzlich nicht weniger eine Kartellabsprache als eine missbräuchliche Ausnutzung (potenzieller) Marktmacht darstellen. Portalbetreiber profitieren einseitig von den Vereinbarungen. Verfügt ein Portal über Marktmacht, könnte es diese somit dazu nutzen, entsprechende Klauseln gegenüber den Hotelbetreibern durchzusetzen. Um den Einsatz von Bestpreisklauseln als missbräuchliche Ausnutzung der Marktmacht einzustufen, müsste jedoch entweder eine marktbeherrschende Stellung nach § 18 GWB oder relative Marktmacht nach § 20 GWB vorliegen. Aus Sicht des Bundeskartellamtes liegt im Fall von Booking relative Marktmacht vor, die Frage nach einer marktbeherrschenden Stellung wird offen gelassen.

---

[207] Vgl. etwa Hamelmann, L./Haucap, J./Wey, C., Die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit von Meistbegünstigungsklauseln auf Buchungsplattformen am Beispiel von HRS, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht 3/2015, S. 245-264.

[208] Das französische Parlament hat in der Zwischenzeit jedoch ein Gesetz erlassen, das Bestpreisklauseln generell verbietet („Loi Macron"). In Italien ist ein ähnlicher Prozess zu beobachten. In einigen Ländern sind die Verfahren zudem noch anhängig.

987. Die Marktabgrenzung und Marktanteilsberechnung gestalten sich bei Hotelportalen – wie bei allen Onlineplattformen – nicht einfach. Das Bundeskartellamt ging bei der sachlichen Marktabgrenzung jedoch äußerst restriktiv vor, was im Ergebnis vergleichsweise hohe Marktanteile zur Folge hatte. Eine weitere Auslegung hätte möglicherweise zu einer anderen Einschätzung bezüglich der Marktmacht von Hotelbuchungsportalen geführt. Liegt kein hohes Maß an Marktmacht vor, erscheint das Schadenspotenzial von Bestpreisklauseln, insbesondere in der engen Form, begrenzt. Analog zu HRS wurden explizit nur Hotelbuchungsportale miteinbezogen, die das Bündel Suchen/Vergleichen/Buchen anbieten. Vermittlungsdienstleister wie Reisebüros, Meta-Suchmaschinen oder auch die hoteleigenen Webseiten wurden nicht als Teil des relevanten Marktes eingestuft. Dies ist eine fragwürdige Einschätzung, nutzen Hotelkunden doch häufig eine Kombination von verschiedenen Diensten, die einen Teilbereich des Bündels anbieten. Online lassen sich entsprechende Angebote schnell kombinieren. Dadurch können diese Dienste trotz andersartigem Geschäftsmodell eine Konkurrenz zu den Hotelportalen darstellen.[209] Für diese Einschätzung spricht die relativ geringe Konversionsrate von 20 Prozent, also der Anteil der Hotelportalbesucher, die tatsächlich eine Buchung vornehmen. Es ist davon auszugehen, dass ein nicht zu vernachlässigender Anteil der Besucher die Portale zum Suchen und Vergleichen nutzt, aber über einen anderen Vertriebskanal bucht. Dies spricht wiederum für das oben erwähnte Trittbrettfahrerverhalten. Es ist deshalb auch nicht sofort ersichtlich, weshalb Hotelbetreiber durch eine enge Bestpreisklausel in Folge relativer Marktmacht unbillig behindert würden. Relative Marktmacht liegt dann vor, wenn Hotelbetreiber „in der Weise abhängig waren, dass ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestanden".[210] Das Bundeskartellamt führt an, dass Booking das marktführende Unternehmen im Bereich Hotelbuchungsportale ist, während ein Großteil der Hotels Kleinbetriebe mit einer geringen Bettenanzahl und somit auf die Hotelportale angewiesen sind. Doch genau hierin liegt das Geschäftsmodell der Hotelportale und damit auch der Mehrwert, den kleine Hotels aus der Teilnahme an den Portalen ziehen: Eigene Werbemaßnahmen und Maßnahmen zur Reichweitenvergrößerung sind kostspielig und oft weniger zielgerichtet. Durch Hotelbuchungsportale haben kleine Betriebe dagegen die Möglichkeit, einen sehr großen potenziellen Kundenkreis zu erreichen. Sie können außerdem andere große Hotelbuchungsportale nutzen, die beispielsweise günstigere Provisionen anbieten.

988. Es bleibt festzuhalten, dass bei der Begründung des Bundeskartellamtes einige Fragen offen bleiben, insbesondere da der Beschluss hinsichtlich eines missbräuchlichen Verhaltens sehr kurz gehalten wurde.

4.1.2 Beschränkungen des Onlinevertriebs

989. Das Bundeskartellamt hat in zwei Pilotverfahren selektive Vertriebssysteme von Sportartikelherstellern untersucht. Adidas betrieb ein selektives Vertriebssystem, in dem Produkte nur über autorisierte Händler an Endkunden verkauft werden durften. Verboten waren der Verkauf von Artikeln über offene Marktplätze wie eBay oder Amazon Marketplace. Zusätzlich hatten die Händler ihre Internetseite in der Weise einzurichten, dass Endverbraucher die betreffende Seite nicht über oder durch eine Plattform eines Dritten aufrufen können, wenn dabei das Logo des Dritten sichtbar ist. Zulässig war dagegen der Verkauf über sogenannte geschlossene Marktplätze wie Otto.de und Zalando.de. Asics verfügte über ein Vertriebssystem, welches ebenfalls den Händlern die Nutzung von Online-Marktplätzen wie eBay oder Amazon pauschal untersagte. Zudem sah es Beschränkungen bei der Nutzung des Asics-Markenzeichens für Internet-Werbung, bei der Zusammenarbeit mit Preissuchmaschinen und beim Verkauf über Online-Marktplätze vor. Begründet wurden diese Vorgaben vornehmlich mit dem Schutz des Produktimage. In beiden Fällen gaben die Unternehmen die beanstandeten Vertriebsbeschränkungen im Laufe des Verfahrens auf.

990. Selektive Vertriebssysteme beschränken grundsätzlich den Wettbewerb beim Vertrieb der Markenprodukte eines Herstellers, da nur die Händler zum Vertriebssystem zugelassen werden, die die Auswahlkriterien des Herstellers erfüllen.[211] Solche Beschränkungen des Intra-Marken-Wettbewerbs können unter bestimmten Voraussetzungen auch negative Auswirkungen auf den Wettbewerb zwischen den Produkten konkurrierender Hersteller (Inter-Marken-Wettbewerb)

---

[209] Vgl. etwa Hamelmann, L./Haucap, J./Wey, C. (2015), a. a. O., S. 252 ff.

[210] Vgl. § 20 Abs. 1 GWB.

[211] Vgl. hierzu ausführlich Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 418 ff.

haben. Sie sind jedoch nach der Vertikal-GVO zulässig, sofern die Auswahl diskriminierungsfrei nach qualitativen Kriterien erfolgt und die Vorgaben verhältnismäßig sind.

991. Das Bundeskartellamt sah in den von Adidas und Asics angewandten Vertriebsbeschränkungen eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV und § 1 GWB. Das Amt sieht bei Per-se-Verboten in der Regel die Grenze von einem zulässigen qualitativen Auswahlkriterium in Richtung einer Kernbeschränkung überschritten, sodass eine Freistellung nach Artikel 4 Vertikal-GVO auszuschließen ist. Ein pauschales Verbot der Nutzung von Markenzeichen oder Markennamen zur Außenwerbung könne nicht als qualitative Anforderung geltend gemacht werden, da dieses erstens nicht in äquivalenter Weise im stationären Vertrieb angewandt würde und zweitens nicht verhältnismäßig sei. So wären anstelle eines Per-se-Verbots auch mildere Mittel denkbar gewesen. Das pauschale Marktplatzverbot war nach Auffassung des Amtes auch kein geeignetes Mittel, um ein gegebenenfalls vorhandenes Trittbrettfahrerproblem zu adressieren. Trittbrettfahren auf den Leistungen von Händlern, die Beratungsdienstleistungen anbieten, ist kein spezielles Problem von Online-Marktplätzen, sondern des gesamten Internetvertriebs. Konsumentenbefragungen zeigen jedoch, so das Amt, dass das Trittbrettfahrerproblem in Bezug auf online versus offline in beide Richtungen stattfindet.

992. Aus einer ökonomischen Perspektive ist die Wirkung der Vertriebsbeschränkung nicht eindeutig. Zum einen haben Hersteller generell ein Interesse an Preiswettbewerb zwischen den Einzelhändlern, da bei einem niedrigeren Endkundenpreis mehr eigene Produkte verkauft werden. Eine Beschränkung des Vertriebs könnte deshalb dann lohnend erscheinen, wenn die Hersteller tatsächlich ein besseres Produktimage erwarten, aus dem höhere Absatzzahlen resultieren, weil dieses einen stärkeren Effekt auf die Nachfrage hat als der Preis.[212] Kritisch zu sehen ist jedoch die Tatsache, dass im vorliegenden Fall beide Anbieter eigene Onlineshops betrieben und somit sowohl vertikal wie auch horizontal in Verbindung zu den autorisierten Einzelhändlern standen. Es liegt daher nahe, dass auf der horizontalen Ebene Konkurrenz beschränkt werden sollte und das Produktimage zumindest nicht alleiniger Treiber der Beschränkungen war. Darüber hinaus bot Asics die eigenen Produkte auch über Amazon Marketplace an. Das Argument, dass das Produktimage geschützt werden sollte, überzeugt auch aus diesem Grund nicht gänzlich. Dennoch stellt sich die grundsätzliche Frage, wie schädlich eine solche Praxis ist, wenn der Marktanteil des Unternehmens relativ gering ist. So sieht die Vertikal-GVO der Europäischen Kommission eine Freistellung von vertikalen Beschränkungen vor, sofern die jeweiligen Marktanteile nicht über 30 Prozent liegen, es sei denn es handelt sich um Kernbeschränkungen. Doch selbst wenn eine Kernbeschränkung[213] vorliegt, scheint die schädliche Wirkung eines solchen Instruments begrenzt, wenn das ausübende Unternehmen nur über eine vergleichsweise geringe Marktmacht verfügt. Der Marktanteil von Asics lag mit 25-30 Prozent jedoch am oberen Ende der Freistellungsgrenze. Vertikale Beschränkungen können außerdem unter Umständen auch dazu führen, dass der horizontale Wettbewerb zwischen oligoplistischen Unternehmen eingeschränkt wird. Insgesamt vereinten die drei größten Sportartikelhersteller über 75 Prozent des Marktes auf sich, zudem setzten alle ähnliche Vertriebsbeschränkungen ein. Dadurch bestand grundsätzlich eine Gefahr für horizontale Preisabstimmungen („tacit collusion“).

993. Die Europäische Kommission stellt derzeit eine umfassende Sektoruntersuchung zum Wettbewerb im elektronischen Handel an, die unter anderem die Auswirkungen vertikaler Vereinbarungen näher beleuchten soll. Wenngleich eine Einzelfallbetrachtung stets notwendig ist, kann dies zu einer Harmonisierung der Auslegung in Europa beitragen. Ein erster Zwischenbericht ist noch für die Mitte des Jahres 2016 geplant. Der Endbericht soll Anfang 2017 vorliegen.

4.2 Horizontale Vereinbarungen

4.2.1 Kein Compliance-Einwand im deutschen Kartellrecht

994. Zur Stärkung der kartellrechtlichen Compliance im Allgemeinen wird insbesondere von Unternehmensvertretern immer wieder die Einführung eines sogenannten Compliance-Einwands („Compliance-Defence“) gefordert. Damit ist

---

[212] Vgl. hierzu z. B. Inderst,R., Preise als Qualitätssignal: Implikationen für das Preisbindungsverbot und seine Durchsetzung, WuW 05/2014, S. 459 ff.

[213] Zu den Kernbeschränkungen gemäß Artikel 4 Vertikal-GVO gehören Preisbindungen, Gebiets- oder Kundengruppenbeschränkungen und passive oder aktive Verkaufsverbote.

gemeint, dass Unternehmen bei der Festsetzung von Kartellsanktionen für ein bestehendes oder neu eingeführtes Compliance-Programm belohnt werden. Die Monopolkommission hat bereits früher darauf hingewiesen, dass die Verpflichtung der Marktteilnehmer zum wettbewerbskonformen Verhalten eher umgekehrt dafür spricht, die Nichteinhaltung von Compliance-Standards strafverschärfend zu berücksichtigen.[214] Damit soll keineswegs die Bedeutung kartellrechtlicher Compliance-Programme für die Kartellaufdeckung und Kartellprävention in Abrede gestellt werden. Es ist aber darauf hinzuweisen, dass die vorgebrachten Gründe für eine Compliance-Defence im Rahmen des geltenden Sanktionssystems nicht überzeugen.

995. Insbesondere wird argumentiert, dass die Arbeit von Compliance-Abteilungen durch eine Compliance-Defence unternehmensintern einen höheren Stellenwert erhalte. Durch eine Compliance-Defence werde der Unternehmensführung und den Mitarbeitern deutlich, dass Compliance-Programme finanzielle Risiken des Unternehmens reduzieren. Es existieren jedoch bereits ohne eine Compliance-Defence bekanntermaßen gewichtige finanzielle Anreize für die Einführung von Compliance-Programmen. Sofern durch ein Compliance-Programm ein Kartellverstoß entdeckt wird, kann das Unternehmen eine Geldbuße sogar komplett vermeiden, sofern es vor den Mitkartellanten den ersten Kronzeugenantrag einreicht. Hieraus entsteht ein höherer finanzieller Anreiz als durch eine mögliche Reduzierung der Geldbuße. Ebenso profitieren Unternehmen von der präventiven Wirkung von Compliance-Programmen. Durch die Verhinderung von Kartellverstößen und daraus resultierenden Bußgeldern werden finanzielle Risiken und negative Auswirkungen auf den Ruf des Unternehmens abgewendet. Die finanziellen Anreize in Bezug auf die präventive Wirkung sind sogar höher, wenn ein Unternehmen nicht mit einer Bußgeldreduzierung auf Grundlage einer Compliance-Defence rechnen kann.

996. Ebenso wenig überzeugt das Argument, dass ein Unternehmen durch eine Bußgeldminderung dafür belohnt werden sollte, dass es durch die Einrichtung eines Compliance-Programms Ermittlungsaufgaben übernimmt, die eigentlich in den staatlichen Aufgabenbereich fallen. Bei dieser Argumentation wird ignoriert, dass Unternehmen dafür verantwortlich sind, die Einhaltung des Kartellrechts zu gewährleisten. Daraus lässt sich die Verpflichtung ableiten, auch geeignete Maßnahmen der internen Kartellprävention und Kartellaufdeckung vorzunehmen. Es liegt daher schon im Ansatz keine Übernahme staatlicher Aufgaben vor. Auch die Feststellung, dass die Aufdeckungswahrscheinlichkeit von Kartellen durch die Einführung von Compliance-Programmen steigt, führt nicht dazu, dass Compliance-Programme als staatliche Aufgabe einzustufen wären.

997. Eine Compliance-Defence könnte auch negative Auswirkungen auf die Compliance-Kultur haben. Die Möglichkeit einer Compliance-Defence könnte Marktteilnehmern suggerieren, dass es sich bei Kartellverstößen um „entschuldbare", wenig schwerwiegende Vorgänge handelt. Dies könnte deren Wachsamkeit in Bezug auf die Beachtung des Kartellrechts verringern. Außerdem könnte eine Compliance-Defence Fehlanreize bei der Ausgestaltung von Compliance-Programmen setzen, wenn auch Compliance-Programme eine Bußgeldreduzierung zur Folge hätten, die gerade nicht dazu geeignet sind, vorhandene Wettbewerbsverstöße zu identifizieren bzw. den unternehmensspezifischen Compliance-Risiken zu begegnen.

998. Zu klären wäre im Übrigen, wo eine Compliance-Defence rechtstechnisch ansetzen sollte. In der Diskussion in Deutschland wurde von verschiedener Seite eine gesetzliche Regelung im Ordnungswidrigkeitengesetz vorgeschlagen, die bei Geltendmachung einer Compliance-Defence die Haftung des Unternehmens ausschließt oder begrenzt. Eine derartige Regelung könnte jedoch gegen den Effektivitätsgrundsatz des EU-Rechts verstoßen.[215] Außerdem würde eine solche Regelung den aktuellen gesetzgeberischen Bemühungen zuwider laufen, Haftungslücken im Kartellrecht zu schließen.[216] Vielmehr würden neue Haftungslücken geschaffen.

999. Alternativ könnte das Bundeskartellamt im eigenen Ermessen eine Compliance-Defence, etwa durch entsprechende Leitlinien der Bußgeldbemessung, einführen. Wettbewerbsbehörden in verschiedenen europäischen Ländern sind

---

[214] Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 955 ff.

[215] Der Effektivitätsgrundsatz ergibt sich primärrechtlich aus Art. 4 Abs. 3 EUV und verpflichtet die Mitgliedstaaten insbesondere Maßnahmen zu unterlassen, die einer effektiven Durchsetzung des EU-Rechts im Wege stehen.

[216] Siehe dazu die Ausführungen zur 9. GWB-Novelle in Kapitel I in diesem Gutachten.

diesen Weg gegangen. In Frankreich ist etwa eine Bußgeldreduktion um bis zu 10 Prozent möglich.[217] Für Deutschland empfiehlt sich eine solche Regelung nicht. Zunächst kann das Bundeskartellamt bereits heute bestehende Compliance-Programme bei der Bemessung des Bußgelds berücksichtigen.[218] Es besteht lediglich kein Anspruch auf Berücksichtigung. Außerdem dürfte fraglich sein, ob von einer zu erwartenden Bußgeldveränderung um 10 Prozent verhaltenssteuernde Anreize ausgehen. Einer derartigen Regelung dürfte vornehmlich symbolischer Charakter im Sinne einer Anerkennung der Compliance-Bemühungen zukommen. Eine Reduzierung des Bußgelds, die deutlich über 10 Prozent liegt, wäre hingegen zwar nicht nur symbolischer Natur. Die genannten negativen Auswirkungen auf die Compliance-Kultur und die genannten europarechtlichen Bedenken sprechen jedoch auch in diesem Fall gegen eine Compliance-Defence.

4.2.2 Rechtsverstöße durch Automobilzulieferunternehmen

1000. Die Automobilindustrie spielt in Deutschland eine wichtige Rolle. Im Jahr 2015 gab es in Deutschland mehr als 1.300 Betriebe, die Kraftwagen und Kraftwagenteile produzierten. In diesen Betrieben waren über 800.000 Arbeitnehmer beschäftigt. Ihr Umsatz betrug über EUR 407 Mrd. Die Zulieferindustrie hat einen bedeutenden Anteil an der Wirtschaftsleistung der Automobilindustrie. Im Jahr 2015 waren in den über 850 Zulieferbetrieben über 300.000 Arbeitnehmer beschäftigt. Der Umsatz der Zulieferindustrie belief sich auf über EUR 77 Mrd.[219] Zum 1. Januar 2016 waren in Deutschland ca. 45 Mio. Pkw gemeldet.[220] Der Anteil von deutschen Marken an den gemeldeten Pkw belief sich auf ca. 65 Prozent.

1001. Zuletzt haben die Entwicklungen nach Bekanntwerden von Manipulationen von Abgaswerten durch Automobilhersteller die weitreichenden volkswirtschaftlichen Folgen von Rechtsverstößen aufgezeigt. Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht in der Automobilzulieferindustrie können nicht nur (z. B. durch Preisabsprachen) zu höheren Preisen oder sonstigen Angebotsverschlechterungen für Pkw-Käufer führen. Auch für die in einen Kartellverstoß involvierten Unternehmen und deren Arbeitnehmer können sich weitreichende Folgen ergeben.

1002. International wurde im Berichtzeitraum eine signifikante Anzahl von Wettbewerbsverstößen durch Zulieferer der Automobilbranche ermittelt und bebußt. Die Wettbewerbsverstöße umfassten insbesondere Preisabsprachen, Kundenzuteilungen und den Austausch vertraulicher Geschäftsinformationen. An diesen Wettbewerbsverstößen waren auch deutsche Unternehmen beteiligt. Außerhalb der EU waren unter anderem die Behörden in den USA, Kanada, Brasilien, Japan, Indien und China mit Autoteile-Kartellen befasst. Es handelt sich dabei um einen der größten Kartellkomplexe, die von den Kartellbehörden je ermittelt wurden.

1003. Auch innerhalb der EU wurden in den vergangenen Jahren Kartellbußen im Autoteilebereich verhängt. Die Europäische Kommission hat die Verfahren zu Kabelbäumen[221], Polyurethanschaum[222], Wälzlagern[223], Standheizungen[224] sowie Generatoren und Anlassern[225] bereits abgeschlossen. Weitere laufende Verfahren auf europäischer Ebene betreffen unter anderem Sicherheitssysteme für Fahrzeuginsassen, Thermosysteme oder Auspuffsysteme. Zusammengenommen belaufen sich die in den abgeschlossenen Verfahren verhängten Geldbußen auf ca. EUR 1,5 Mrd. Es handelte sich um mehrjährige Kartellverstöße, die für unterschiedliche Zeiträume in den Jahren 2000 bis 2011 nachgewiesen wurden.

---

[217] Autorité de la concurrence, Document-cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence.

[218] Nach den Bußgeld-Leitlinien spielt der Grad des Vorsatzes/der Fahrlässigkeit eine Rolle bei der Festsetzung der Geldbuße. Siehe BKartA, Leitlinien für die Bußgeldzumessung in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren vom 25. Juni 2013, Tz. 16.

[219] Vgl. Statistisches Bundesamt, Jahresbericht für Betriebe im Verarbeitenden Gewerbe, WZ08-29 (Herstellung von Kraftwagen und Kraftwagenteilen), 2015. Ein Betrieb ist nach der Definition des Statistischen Bundesamts eine örtliche Niederlassung.

[220] Vgl. Kraftfahrt-Bundesamt, Jahresbilanz des Fahrzeugbestandes am 1. Januar 2016, http://www.kba.de/DE/Statistik/ Fahrzeuge/Bestand/b_jahresbilanz.html?nn=644526, Abruf am 8. Juli 2016.

[221] EU-Kommission, Entscheidung vom 10. Juli 2013, AT.39748 – Kabelbäume.

[222] EU-Kommission, Entscheidung vom 29. Januar 2014, AT.39801 – Polyurethanschaum.

[223] EU-Kommission, Entscheidung vom 19. März 2014, AT.39922 – Wälzlager.

[224] EU-Kommission, Entscheidung vom 17. Juni 2015, AT.40055 – Standheizungen.

[225] EU-Kommission, Entscheidung vom 27. Januar 2016, AT.40028 – Generatoren und Anlassern.

Betroffen war in den meisten Verfahren der gesamte europäische Wirtschaftsraum. Die Kartelltreffen fanden teilweise außerhalb des europäischen Wirtschaftsraums statt. Kartelltäter waren verschiedene Zulieferunternehmen der Automobilindustrie. In dem Verfahren zu Standheizungen ging es um ein Kartell ausschließlich zwischen zwei deutschen Unternehmen, das allerdings Auswirkungen auf den gesamten europäischen Wirtschaftsraum hatte.

1004. Das Bundeskartellamt hat ein Verfahren gegen sieben Hersteller sogenannter akustisch wirksamer Bauteile von Kraftfahrzeugen abgeschlossen (Bodenbeläge, Fußmatten, Hutablagen, Kofferraumauskleidungen, textile Radlaufschalen, Motorraumschalldämpfungen, Stirnwanddämpfungen und Kofferraumabsorber). Die Unternehmen sprachen sich in unterschiedlichem Ausmaß in dem Zeitraum von mindestens 2005 bis 2013 über Preisuntergrenzen, die Weitergabe von Rohstoffpreiserhöhungen, zu gewährende Rabatte, den Ausgleich von Werkzeugkosten und die Einbeziehung von Preisgleitklauseln ab. Die Absprachen fanden auf Leitungsebene statt. Es wurden Bußgelder in einer Gesamthöhe von rund EUR 90 Mio. verhängt. Sowohl die beteiligten Unternehmen wie auch verantwortliche Personen wurden mit einem Bußgeld belegt. Untersuchungen in einem weiteren Verfahren im Bereich der Automobilzulieferindustrie dauern noch an.

1005. Die nahezu weltweit zu beobachtenden Aktivitäten der Wettbewerbsbehörden gegen die Hersteller von Autoteilen stehen in keinem direkten Zusammenhang, sind aber auch nicht völlig unverbunden. So ist etwa der Kronzeugenantrag bei der Europäischen Kommission, der das Wälzlager-Verfahren auslöste, vor dem Hintergrund von Ermittlungen der japanischen Wettbewerbsbehörde in Japan zu sehen.[226] Auch für die anderen abgeschlossenen EU-Verfahren waren Kronzeugenanträge der Ausgangspunkt. Das Verfahren des Bundeskartellamtes gegen Hersteller akustisch wirksamer Bauteile wurde hingegen durch einen anonymen Hinweis an das Amt ausgelöst.

1006. Den vorliegenden Hinweisen auf eine mangelhafte Beachtung der Wettbewerbsregeln im Bereich der Automobilzulieferunternehmen sollte besondere Beachtung geschenkt werden. Gerade vor dem Hintergrund der volkswirtschaftlichen Bedeutung der Automobilindustrie könnten zielgerichtete Maßnahmen zur Vorbeugung und Aufdeckung von Rechtsverstößen sinnvoll sein. Eine Sektoruntersuchung, möglicherweise auch auf europäischer Ebene, wäre ein geeignetes Instrument, um weitere Verstöße ans Licht zu bringen und das Bewusstsein der Branche für das Wettbewerbsrecht zu schärfen. Neben horizontalen Wettbewerbsabsprachen unter Automobilzulieferern sollten dabei auch die vertikalen Beziehungen zwischen Automobilzulieferern und Automobilherstellern untersucht werden. Auf diese Weise könnte parallel geprüft werden, ob es Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch Automobilhersteller gegenüber ihren jeweiligen Lieferanten gibt.

4.2.3 Gemeinsame Rundholzvermarktung durch das Land Baden-Württemberg

1007. Das Bundeskartellamt hat die gemeinsame Rundholzvermarktung durch das Land Baden-Württemberg am 9. Juli 2015 untersagt.[227] Das Bundeskartellamt sieht in der gemeinsamen Vermarktung von Nadelstammholz aus Privat- und Körperschaftswald durch das Land Baden-Württemberg einen Verstoß gegen das Kartellverbot. Durch den Beschluss wird auch eine Verpflichtungszusagenentscheidung des Bundeskartellamtes aus dem Jahr 2008 betreffend die Holzvermarktung durch das Land Baden-Württemberg aufgehoben.[228] Die damaligen Verpflichtungszusagen haben nach Auffassung des Bundeskartellamtes ihr Ziel verfehlt, die Wettbewerbsstruktur auf dem betroffenen Markt langfristig zu verbessern.[229] Das Land Baden-Württemberg hat Beschwerde gegen den Beschluss eingelegt.

1008. Der Fall ist aus Sicht der Monopolkommission von aktueller wettbewerbspolitischer Bedeutung, weil er zur Klärung der Frage beiträgt, in welchem Umfang die Wettbewerbsregeln auf staatliche Tätigkeiten Anwendung finden. Insofern ist zunächst daran zu erinnern, dass der Wettbewerb sowohl durch die europäischen Verträge (Art. 101 AEUV) wie auch durch das deutsche Kartellgesetz (§§ 1 ff. GWB) geschützt ist und die betreffenden Vorschriften für die Bundesländ-

---

[226] EU-Kommission, Entscheidung vom 19. März 2014, AT.39922 – Wälzlager, Tz. 18.

[227] BKartA, Beschluss vom 9. Juli 2015, B1-72/12.

[228] BKartA, Beschluss vom 9. Dezember 2008, B 2 – 90/01-4, Wettbewerbswidrige Praxis der Holzvermarktung durch das Bundesland Baden Württemberg vertreten durch das Ministerium für Ernährung und ländlichen Raum Baden Württemberg.

[229] BKartA, Beschluss vom 9. Juli 2015, B1-72/12, Tz. 145.

der verbindlich sind.[230] Der zentrale Streitpunkt zwischen dem Bundeskartellamt und dem Land Baden-Württemberg ist die Frage, inwieweit die Holzvermarktung eine – den Wettbewerbsregeln entzogene – hoheitliche Tätigkeit darstellt.

1009. Das Bundeskartellamt geht in seiner Entscheidung davon aus, dass das EU-Recht auf die Rundholz-Vermarktung in Baden-Württemberg anwendbar ist. Für die Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts ist ein Bezug zum europäischen Binnenmarkt notwendig. Diesen Bezug leitet das Bundeskartellamt aus dem Holzhandel zwischen Baden-Württemberg und Frankreich, insbesondere den Regionen Elsass und Lothringen, ab.[231] Dem steht nicht entgegen, dass das Bundeskartellamt die Holzvermarktung in Baden-Württemberg als räumlich relevanten Markt ansieht.[232] An die Voraussetzung des zwischenstaatlichen Bezugs werden geringe Voraussetzungen gestellt, sodass ein zwischenstaatlicher Bezug auch dann anzuerkennen sein kann, wenn bei der räumlichen Marktabgrenzung von einem nationalen oder – wie vorliegend – von einem regionalen Markt auszugehen ist. Insofern ist der Argumentation des Bundeskartellamtes zu den spürbaren Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel zu folgen.

1010. Zur Einordnung der Rundholzvermarktung als wirtschaftliche oder hoheitliche Tätigkeit ist zwischen dem Holzverkauf im engeren Sinne und den vorgelagerten Tätigkeiten zu unterscheiden. Zu den vorgelagerten Tätigkeiten zählen die Anpflanzung und Aufzucht der Bäume, die Planung der Bewirtschaftung des Waldes (forsttechnische Betriebsleitung) sowie die Vorbereitung und Durchführung der Holzernte (Revierdienst mit Auszeichnen, Holzerntemaßnahmen, Holzaufnahme und Holzlistendruck etc.).[233] Unstreitig dürfte sein, dass der Holzverkauf im engeren Sinne für sich betrachtet als wirtschaftliche Tätigkeit einzustufen ist[234], sodass vornehmlich die vorgelagerten Tätigkeiten einer genaueren Betrachtung bedürfen.

1011. Auch der EuGH hat sich bereits mit der Abgrenzung zwischen wirtschaftlicher und hoheitlicher Tätigkeit beschäftigt.[235] Er stellte fest, dass

> *„für die Beurteilung der Frage, ob eine Tätigkeit wirtschaftlichen Charakter habe oder nicht, die Tätigkeit des Kaufs des Erzeugnisses nicht von dessen späterer Verwendung zu trennen sei und dass der wirtschaftliche oder nicht wirtschaftliche Charakter der späteren Verwendung des erworbenen Erzeugnisses zwangsläufig den Charakter der Einkaufstätigkeit bestimme*".[236]

Sofern diese Rechtsprechung auf den vorliegenden Fall anwendbar ist, sind die vorgelagerten Tätigkeiten im Falle der Holzvermarktung nach dem Wesen der späteren Verwendung, d. h. des eigentlichen Holzverkaufs, zu bewerten und als wirtschaftliche Tätigkeit zu qualifizieren.

1012. Es könnten Zweifel bestehen, ob eine Übertragung der europäischen Rechtsprechung im vorliegenden Fall möglich ist. Die vorgelagerten Tätigkeiten in den der EuGH-Rechtsprechung zugrunde liegenden Sachverhalten dienten lediglich auf vorgelagerter Ebene einer Haupttätigkeit, ohne einen eigenständigen Zweck zu erfüllen. Dies könnte im vorliegenden Falle anders zu bewerten sein. Denn der Hege und Pflege des Waldes kommt eine eigenständige Bedeutung zu, die sich nicht aus der Holzvermarktung ableitet. Andererseits kann die Holzvermarktung ihrerseits kaum als bloße Folgeerscheinung der Hege und Pflege des Waldes verstanden werden. Dies ergibt sich bereits aus der wirtschaftlichen Be-

---

230 Das europäische Recht hat einen Anwendungsvorrang gegenüber dem deutschen Recht, EuGH, Urteil vom 15. Juli 1964, C-6/64 – Costa/E.N.E.L., ECLI:EU:C:1964:34, Slg. 1964, I-1251 (1269 f.). Im deutschen Recht gilt, dass Bundesrecht Landesrecht bricht (Art. 31 GG).

231 BKartA, Beschluss vom 9. Juli 2015, B1-72/12, Tz. 410 ff.

232 BKartA, Beschluss vom 9. Juli 2015, B1-72/12, Tz. 128.

233 BKartA, Beschluss vom 9. Juli 2015, B1-72/12, Tz. 210.

234 In diesem Sinne auch BKartA, Beschluss vom 9. Juli 2015, B1-72/12, Tz. 223.

235 EuGH, Urteil vom 11. Juli 2006, C-205/03 P – FENIN / Kommission, Slg. 2006, I-06295, ECLI:EU:C:2006:453 sowie EuGH, Urteil vom 26. März 2009, C-113/07 P – Selex Sistemi Integrati / Kommission, Slg. 2009, I-02207, ECLI:EU:C:2009:191.

236 EuGH, Urteil vom 26. März 2009, C-113/07 P – Selex Sistemi Integrati / Kommission, Slg. 2009, I-02207, ECLI:EU:C:2009:191, Rz. 102.

deutung, welche die Holzproduktion sowohl für Deutschland wie auch für Baden-Württemberg hat.[237] Die Beurteilung auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung erscheint somit offen.

1013. Dies bedarf jedoch keiner Klärung, wenn mit den vorgelagerten Tätigkeiten wirtschaftliche Zwecke verfolgt werden. Aufschluss über die Abgrenzung von hoheitlichen und wirtschaftlichen Tätigkeiten könnte im vorliegenden Fall das baden-württembergische Landeswaldgesetz[238] (LWaldG) geben. Denn der Zweck dieses Gesetzes ist es unter anderem, einen Ausgleich zwischen dem Interesse der Allgemeinheit und den Belangen der Waldbesitzer herbeizuführen.[239] Tatsächlich finden sich dort Aufgaben, die unzweifelhaft als hoheitliche Tätigkeiten einzustufen sind. Zu nennen sind insbesondere die Forstaufsicht (§§ 67-68 LWaldG), der Forstschutz (§ 79 LWaldG), die forstlichen Rahmenplanung (§§ 5-7 LWaldG), die Waldpädagogik und die forstlichen Förderungsmaßnahmen (§§ 42-44 LWaldG).[240] Diese Aufgaben werden durch das Gesetz explizit dem Land Baden-Württemberg zugewiesen. Die Grundpflichten zur Erhaltung, Pflege und Bewirtschaftung des Waldes aus §§ 9-22 LWaldG richten sich hingegen an die – auch kommunalen und privaten – Waldbesitzer. Das spricht dafür, dass die betroffenen Tätigkeiten wirtschaftliche und keine hoheitliche Tätigkeiten sind.

1014. Dem steht auch nicht entgegen, dass die gesetzlichen Regelungen in den §§ 9-22 LWaldG der Hege und Pflege des Waldes ausdrücklich eine Priorität gegenüber der Holzvermarktung einräumen. Durch derartige Vorgaben werden zwar dem wirtschaftlichen Handeln Grenzen gesetzt. Der wirtschaftliche Charakter der Holzvermarktung bleibt davon jedoch unberührt. Es handelt sich insoweit um Inhaltsbestimmungen der privaten Eigentumsgrundrechte und Ausübungsregelungen für die Berufsfreiheit.[241] Eine hoheitliche Tätigkeit besteht lediglich darin, die Einhaltung dieser Pflichten zu überwachen und zu kontrollieren.

1015. Forstwirtschaftliche Dienstleistungen im Sinne des baden-württembergischen Rechts, die dem Holzverkauf vorgelagert sind, sind auf dieser Grundlage als wirtschaftliche Tätigkeiten zu bewerten. Deshalb ist es auch unerheblich, ob die Dienstleistung im Privatwald, im Kommunalwald oder im Landeswald erbracht wird. Zwar haben der Staatswald nach § 45 Abs. 1 LWaldG und der Körperschaftswald nach § 46 LWaldG i. V. m. § 45 Abs. 1 LWaldG dem Allgemeinwohl in besonderem Maße zu dienen. Die Berücksichtigung dieser speziellen Vorgaben kann jedoch gerade durch Überwachung und Kontrolle der Pflichten zur Hege und Pflege des Waldes sichergestellt werden. Die genannten gesetzlichen Vorgaben lassen sich nicht dahin gehend auslegen, dass die vorgenannten forstwirtschaftlichen Dienstleistungen als hoheitliche Tätigkeiten zu qualifizieren wären.

1016. Auch Art. 106 Abs. 1 AEUV spricht für die Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts. Demnach dürfen Mitgliedstaaten[242] in Bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine den Verträgen und insbesondere den Wettbewerbsregeln widersprechende Maßnahmen treffen oder beibehalten. Die Ausnahmeregelung des Art. 106 Abs. 2 AEUV ist im vorliegenden Fall nicht anwendbar. Nach Art. 106 Abs. 2 AEUV gelten die Wettbewerbsregeln der EU-Verträge für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, soweit „die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert." Selbst wenn die dem Holzverkauf im engeren Sinne vorgelagerten Tätigkeiten als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse einzustufen wären, so würde die Anwendung des Wettbewerbsrechts den Waldbesitzern die Erfüllung der ihnen übertragenen Aufgaben weder rechtlich noch tatsächlich verhindern. Ein gesetzlich vorgesehener Schutz der Hege und Pflege des Waldes kann nämlich auch bei Anwendung des Wettbewerbsrechts durch Überwachung und Kontrolle der zu erbringenden Dienstleistungen erfolgen. Auf dieser Grundlage kann sich an der rechtlichen Bewertung auch nichts ändern, wenn man dem

---

237 Dazu ausführlich BKartA, Beschluss vom 9. Juli 2015, B1-72/12, Tz. 231 ff.

238 Waldgesetz für Baden-Württemberg (Landeswaldgesetz), GBl. 1995, 685.

239 Waldgesetz für Baden-Württemberg (Landeswaldgesetz), GBl. 1995, 685, § 1 Nr. 3.

240 Vgl. BKartA, Beschluss vom 9. Juli 2015, B1-72/12, Tz. 230.

241 So auch BKartA, Beschluss vom 9. Juli 2015, B1-72/12, Tz. 262 mit Bezugnahme auf Art. 12 Abs. 1 Grundgesetz, Art. 14 Abs. 1 S. 2 Grundgesetz in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 der Verfassung des Landes Baden-Württemberg.

242 Im Zusammenhang des Art. 106 Abs. 1 AEUV schließt der Begriff der „Mitgliedstaaten" auch Gebietskörperschaften ein; EuGH, Urteil vom 4. Mai 1988, C-30/87 – Bodson / Pompes funèbres des régions libérées, Slg. 1988, I-2479, ECLI:EU:C:1988:225, Rz. 33.

Gesetzgeber bei der Prüfung der Frage, ob die Anwendung der Wettbewerbsregeln die Aufgabenerfüllung eines mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betrauten Unternehmens gefährdet, einen Ermessensspielraum zubilligt.[243]

1017. In engem Zusammenhang mit Art. 106 Abs. 2 AEUV steht das Konzept der Daseinsvorsorge im deutschen Recht.[244] Allerdings sind „Dienstleistungen der Daseinsvorsorge" im deutschen Recht nicht deckungsgleich mit den im AEUV verankerten „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse". Der in politischen und rechtlichen Zusammenhängen uneinheitlich gebrauchte Begriff der Daseinsvorsorge beschreibt insbesondere eine Verwaltungsaufgabe. Auch eine Leistung der Daseinsvorsorge kann jedoch eine unternehmerische Tätigkeit sein. Eine unternehmerische Tätigkeit liegt vor, wenn eine Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr auf den Austausch von Waren oder gewerblichen Leistungen gerichtet ist und sich nicht auf die Deckung des privaten Lebensbedarfs beschränkt.[245] Selbst wenn die dem Holzverkauf im engeren Sinne vorgelagerten Tätigkeiten jedoch als Tätigkeiten der Daseinsvorsorge im Sinne des deutschen Rechts zu verstehen wären, hätte dies keine Auswirkungen auf die rechtliche Bewertung. Denn auch auf Leistungen der Daseinsvorsorge findet zumindest das europäische Wettbewerbsrecht Anwendung, sofern es sich um eine wirtschaftliche Tätigkeit handelt.

1018. Das Land Baden-Württemberg hat beim OLG Düsseldorf Beschwerde gegen den Beschluss des Bundeskartellamtes eingelegt. Es ist zu erwarten, dass das Urteil des OLG Düsseldorf dazu beitragen wird, die mitunter komplexe Abgrenzung zwischen hoheitlicher und wirtschaftlicher Tätigkeit klarer zu konturieren. Dadurch könnte mehr Rechtssicherheit hinsichtlich der damit verbundenen Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts geschaffen werden. Vor diesem Hintergrund regt die Monopolkommission eine Vorlage nach Art. 267 AEUV an.[246]

1019. Davon unabhängig begrüßt die Monopolkommission, dass das Bundeskartellamt diesen Fall aufgegriffen und entschieden vorangetrieben hat. Sie teilt die Erwägung, dass die Interessen der Länder bei der Waldbewirtschaftung nicht von vornherein ausreichen können, um das staatliche Handeln im Rahmen der Holzvermarktung einer Überprüfung durch die Kartellbehörden zu entziehen. Auch in anderem Zusammenhang hat sie bereits darauf hingewiesen, dass die Länder die Wettbewerbsregeln stärker beachten sollten.[247]

1020. Aktuell wird eine Änderung des Bundeswaldgesetzes (BWaldG) diskutiert, die darauf abzielt, die dem Holzverkauf im engeren Sinne vorgelagerten Tätigkeiten vom Kartellrecht freizustellen. Es existiert ein Gesetzesentwurf der Bundesregierung[248] sowie ein Gesetzesantrag des Landes Rheinland-Pfalz[249]. Beide Vorschläge sehen die Einführung eines § 46 BWaldG vor, der Tätigkeiten wie die Planung und Ausführung waldbaulicher Maßnahmen, die Markierung, Ernte und Bereitstellung des Rohholzes bis einschließlich seiner Registrierung nach § 2 GWB von der Anwendung des Verbots wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen freistellt. Bei Anwendung des Europäischen Rechts soll eine Vermutungsregelung greifen, dass die Voraussetzungen für eine Freistellung im Sinne des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllt sind.

1021. Die Monopolkommission sieht diese Pläne kritisch. Die genannten vorgelagerten forstwirtschaftliche Dienstleistungen sind sehr eng mit dem Holzverkauf im engeren Sinne verbunden. Wettbewerbliche Strukturen beim Holzverkauf

---

[243] BGH, Urteil vom 6. Oktober 2015, KZR 17/14 – Zentrales Verhandlungsmandat, Rz. 44. Siehe dazu auch Tz. 1023 ff. in diesem Gutachten.

[244] Siehe zu den folgenden Ausführungen auch bereits Monopolkommission, Politischer Einfluss auf Wettbewerbsentscheidungen. Wissenschaftliches Symposium anlässlich des 40-jährigen Bestehens der Monopolkommission am 11. September 2014 in der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, Baden-Baden 2015, S. 70 ff.

[245] BGH, Urteil vom 6. November 2013, KZR 58/11 – Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder, BGHZ 199, 1 (zit. nach Juris), Rz. 43.

[246] Vgl. auch Tz. 1023 ff. in diesem Gutachten.

[247] Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1117-1328 (zur Rekommunalisierung) sowie Tz. 1923-1997 (zum Regionalprinzip der Sparkassen).

[248] BMEL, Pressemitteilung Nr. 31 vom 25. Februar 2016, Wald schützen und Waldbesitzer stärken, http://www.bmel.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/2016/031-SC-Wald-undJagdgesetz.html, Abruf am 20. Juni 2016.

[249] Gesetzesantrag des Landes Rheinland-Pfalz, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundeswaldgesetzes, BR-Drs. 92/16 vom 19. Februar 2016.

im engeren Sinne können nur sichergestellt werden, wenn die Regelungen des Wettbewerbsrechts auch für die vorgelagerten Tätigkeiten gelten. Zudem dürfte die geplante Vermutungsregel für eine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV gegen das EU-Recht verstoßen. Art. 2 Abs. 2 der VO 1/2003 weist die Beweislast dafür, dass die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV vorliegen, den betroffenen Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen zu. Die geplanten Änderungen würden zu einer Umkehrung dieser Beweislast führen und damit gegen Art. 2 Abs. 2 der VO 1/2003 verstoßen.

1022. Der Vorschlag aus Rheinland-Pfalz sieht darüber hinaus vor, die gemeinsame Holzvermarktung von nicht-staatlichen oder staatlichen Trägern oder von deren forstwirtschaftlichen Zusammenschlüssen vom Kartellverbot freizustellen, soweit die Forstbetriebsfläche der beteiligten nicht-staatlichen Forstunternehmen 3000 Hektar oder der beteiligten forstwirtschaftlichen Zusammenschlüsse 8000 Hektar nicht überschreitet. Dies entspricht den Schwellenwerten aus der Verpflichtungszusagenentscheidung aus dem Jahr 2008.[250] Die Ermittlungen des Bundeskartellamtes in dem aktuellen Verfahren haben jedoch gerade ergeben, dass Schwellenwerte in dieser Höhe nicht ausgereicht haben, um eine wettbewerbliche Angebotsstruktur bei der Produktion und Vermarktung von Rundholz in Baden-Württemberg zu erreichen.[251] Eine gesetzliche Vorgabe dieser Schwellen ist daher mit Nachdruck abzulehnen.

4.2.4 Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Presse-Grosso

1023. Der Bundesgerichtshof hat im Berichtszeitraum ein letztinstanzliches Urteil zum zentralen Verhandlungsmonopol des Bundesverbands Presse-Grosso erlassen. Der Rechtsstreit betraf die Vereinbarkeit des zentralen Verhandlungsmonopols mit europäischem Recht. Der Bundesgerichtshof hat das vorinstanzliche Urteil des OLG Düsseldorf aufgehoben und entschieden, dass § 30 Abs. 2a GWB die Presseverlage und Presse-Grossisten sowie ihre Vereinigungen wirksam damit betraut, den flächendeckenden und diskriminierungsfreien Vertrieb von Zeitungen und Zeitschriften im stationären Einzelhandel sicherzustellen. Die genannte Vorschrift sei mit Art. 106 Abs. 2 AEUV vereinbar.

1024. Die Monopolkommission hatte die Entscheidung der Vorinstanz im XX. Hauptgutachten im Ergebnis für zutreffend gehalten. Die das Presse-Grosso betreffende Regelung in § 30 Abs. 2a GWB sei nur zu rechtfertigen, wenn und soweit die im Presse-Grosso-System vereinbarten Wettbewerbsbeschränkungen zur Sicherstellung der Pressevielfalt wirklich erforderlich seien. Diese wettbewerbspolitische Einschätzung beruhte unter anderem auf der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, wonach eine Berufung auf Art. 106 Abs. 2 AEUV im Falle einer gegen Art. 101 AEUV verstoßenden Maßnahme nur dann in Betracht kommt, wenn die Wettbewerbsbeschränkungen oder sogar der Ausschluss jeglichen Wettbewerbs erforderlich sind, um die Erfüllung der den betreffenden Unternehmen übertragenen besonderen Aufgabe sicherzustellen.[252]

1025. Maßgeblich ist in diesem Zusammenhang, dass der Europäische Gerichtshof hinsichtlich der Frage, ob eine mögliche Wettbewerbsbeschränkung erforderlich ist, um die Erfüllung der einem Unternehmen übertragenen besonderen Aufgabe sicherzustellen, nicht zwischen Wettbewerbsbeschränkungen durch unternehmerisches Verhalten oder durch staatliche Maßnahmen unterscheidet.[253] Diese Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs führt nach Auffassung der Monopolkommission dazu, dass der Anwendungsbereich der EU-Wettbewerbsregeln sich einheitlich aus dem EU-

---

[250] BKartA, Beschluss vom 9. Dezember 2008 – B 2 – 90/01-4, Wettbewerbswidrige Praxis der Holzvermarktung durch das Bundesland Baden Württemberg vertreten durch das Ministerium für Ernährung und ländlichen Raum Baden Württemberg.

[251] BKartA, Beschluss vom 9. Juli 2015, B1-72/12, Tz. 171.

[252] Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1065; unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 28. Februar 2013, C-1/12 – Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, ECLI:EU:C:2013:127, Rz. 106. In diesem Urteil findet sich erstmals die Formulierung, dass eine Berufung „nur dann" in Betracht komme; ansonsten inhaltlich ähnlich aber schon EuGH, Urteil vom 25. Juni 1998, C-203/96 – Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV, Slg. 1998, I-4075, ECLI:EU:C:1998:316, Rz. 65-67.

[253] Siehe einerseits EuGH, Urteil vom 28. Februar 2013, C-1/12 – Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, ECLI:EU:C:2013:127, Rz. 106; andererseits EuGH, Urteil vom 25. Juni 1998, C-203/96 – Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV, Slg. 1998, I-4075, ECLI:EU:C:1998:316, Rz. 65-67; zu den Nachweisanforderungen EuGH, Urteil vom 23.Oktober 1997, C-157/94 – Niederlande/Kommission, Slg. 1997, I-5699, ECLI:EU:C:1997:499, Rz. 51, 58; Urteil vom 13. Mai 2003, C-463/00 – Kommission/Spanien, Slg. 2003, I-4581, ECLI:EU:C:2003:272, Rz. 82 f. (unter ausdrücklicher Zurückweisung einer pauschalen Berufung auf Art. 86 Abs. 2 EG [= Art. 106 Abs. 2 AEUV]).

Recht und nicht aus Ermessenserwägungen der Mitgliedstaaten oder gar aus Maßnahmen der von diesen betrauten Unternehmen ergibt.

1026. Der Bundesgerichtshof ist in seinem Urteil dagegen von der Prämisse ausgegangen, dass ein Ermessensspielraum des nationalen Gesetzgebers hinsichtlich der Frage bestehe, ob die Anwendung der Wettbewerbsregeln die Aufgabenerfüllung eines mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betrauten Unternehmens gefährdet.[254] Eine Auseinandersetzung mit der hier zitierten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs erfolgte nicht, ebenso auch keine Vorlage nach Art. 267 AEUV.[255]

1027. Das Urteil zum Presse-Grosso kann wettbewerbspolitisch problematische Auswirkungen haben. Die Nichtvorlage trotz abweichender höherrangiger Rechtsprechung kann auf längere Sicht zu Rechtsunsicherheit führen.[256]

1028. Aus Sicht der Monopolkommission ist der vom Bundesgerichtshof im Presse-Grosso-Fall angenommene „Ermessensspielraum" des nationalen Gesetzgebers auch wettbewerbspolitisch problematisch. Insbesondere wird hierdurch die Kompetenz der Europäischen Institutionen und der nationalen Kartellbehörden zur Durchsetzung der EU-Wettbewerbsregeln von einer Einschätzung des nationalen Gesetzgebers abhängig gemacht. Ein dem nationalen Gesetzgeber eingeräumtes und gerichtlich allenfalls beschränkt überprüfbares Ermessen würde auch dem nach einheitlichen Grundsätzen gewährleisteten unionsweiten Schutz des unverfälschten Wettbewerbs – und damit dem unionsrechtlichen Ziel eines einheitlichen Binnenmarktes – entgegenwirken, möglicherweise ohne dass dies im Einzelfall durch den Schutz anderer nationaler Rechtsgüter gerechtfertigt wäre.[257] Die Verneinung eines gesetzgeberischen Ermessens würde auch nicht bedeuten, dass eine Maßnahme im Sinne des Art. 106 Abs. 2 AEUV automatisch wettbewerbswidrig wäre. Denn Art. 106 Abs. 2 AEUV betrifft allein den Anwendungsbereich des EU-Wettbewerbsrechts und enthält selbst keinen Verbotstatbestand, auch kein Verbot von Maßnahmen eines nationalen Gesetzgebers. Wenn solche Maßnahmen nach Art. 106 Abs. 2 AEUV nicht von den Wettbewerbsregeln ausgenommen sind, kann dies allerdings dazu führen, dass sie wegen Verstoßes gegen Art. 101 ff., 106 Abs. 1 AEUV unwirksam sind, sofern es für sie keine ausreichende ökonomische Rechtfertigung gibt. Eine solche ökonomische Rechtfertigung ist aus Sicht der Monopolkommission im Falle des Presse-Grosso zu bezweifeln.[258]

1029. Die Monopolkommission hält es vor diesem Hintergrund für problematisch, dass der Bundesgerichtshof in Hinblick auf das Presse-Grosso von einem beschränkten gerichtlichen Prüfungsumfang ausgeht und nur eine ökonomische Plausibilitätsprüfung alleine auf der Grundlage der Gesetzgebungsmaterialien zu § 30 Abs. 2a GWB vornimmt.[259] Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs sind die Gerichte verpflichtet, selbst zu prüfen, ob eine Maßnahme dafür erforderlich ist, dass ein Unternehmen seine im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegende Aufgabe wahrnehmen kann.[260] Diese Rechtsprechung gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass insofern eine bloße Plausibilitätskontrolle genügt.[261] Der Bundesgerichtshof hätte nach Ansicht der Monopolkommission Anlass gehabt, die ökonomische Rechtfertigung des Presse-Grosso-Systems kritisch zu hinterfragen.

---

254 BGH, Urteil vom 6. Oktober 2015, KZR 17/14 – Zentrales Verhandlungsmandat, Rz. 44 ff.

255 Das Urteil ist statt dessen auf eine abweichende, ältere Rechtsprechung des Gerichts (EuG, Urteil vom 12. Februar 2008, T-289/03 – BUPA) und einige Urteile des Europäischen Gerichtshofs und des Gerichts zu anderen Rechtsfragen im Rahmen von Art 106 Abs. 2 AEUV gestützt (Rz. 46-49, 64).

256 Siehe nur Vollmer in: Münch. Kom., Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage, München 2015, § 81 GWB, Rz. 114 ff. m. w. N.; Achenbach, WuW 2031, 688; Barth/Budde, NZKart 2013, 311; Ackermann, ZHR 179, 538 (542) (2015).

257 Siehe auch EuGH, Urteil vom 16. Dezember 2004, C-277/02 – EU-Wood-Trading, Rz. 49, wonach von Unionsrecht abweichendes nationales Recht auch außerhalb der Wettbewerbsregeln nur im Rahmen des Erforderlichen anwendbar ist.

258 Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1065; siehe auch schon IX. Hauptgutachten, Wettbewerbspolitik oder Industriepolitik, Baden-Baden 1992, Tz. 748 mit Fn. 66, zu einem von einzelnen Großverlagen aufgebauten Vertriebssystems als eine denkbare Alternative.

259 BGH, Urteil vom 6. Oktober 2015, KZR 17/14 – Zentrales Verhandlungsmandat, Rz.47 sowie Rz. 51, 56, 65.

260 EuGH, Urteil vom 19. Mai 1993, C-320/91 – Corbeau, Rz. 16, 20; Urteil vom 27. April 1994, C-393/92 – Almelo, Rz. 49 f.; siehe auch EuGH, Urteil vom 23. Mai 2000, C-209/98 - Sydhavnens Sten & Grus, Rz. 77 ff.

261 Siehe die in Fn. 252 bzw. 260 zitierte Rechtsprechung.

1030. Die Monopolkommission regt eine abschließende Klärung durch die Europäische Kommission zu der vom Bundesgerichtshof offen gelassenen Frage an, ob das bestehende Presse-Grosso-System eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 101 AEUV darstellt.[262]

4.2.5 Patentvergleiche zwischen Pharmaunternehmen

1031. Im Berichtszeitraum hat die Europäische Kommission ein Verfahren gegen mehrere Pharmaunternehmen wegen Patentvergleichen abgeschlossen. Patentvergleiche werden in Situationen geschlossen, in denen die Gültigkeit von Patenten bei pharmazeutischen Produkten unklar ist, ein Hersteller eines Nachahmerproduktes in den Markt eintreten möchte und ein Streit über den Markteintritt im Rahmen eines Vergleichs beigelegt wird.

1032. Im Rahmen eines von der Europäischen Kommission abgeschlossenen Verfahrens wurden Geldbußen in Höhe von EUR 427,7 Mio. verhängt. In zwei weiteren Verfahren hat die Europäische Kommission die im letzten Berichtszeitraum ergangenen Entscheidungen veröffentlicht.[263] Rechtsmittelverfahren in den genannten Fällen und zumindest ein weiteres Kommissionsverfahren gegen zwei Pharmaunternehmen sind noch anhängig.[264] Die Europäische Kommission hatte die Verfahren wegen Patentvergleichen im Anschluss an ihre Sektoruntersuchung zu Pharmazieprodukten 2009 eingeleitet.[265] Sie überwacht weiterhin die Praxis bei Patentvergleichen in der EU und fasst die Entwicklung in regelmäßigen Berichten zusammen.[266] Auf nationaler Ebene hat auch die britische CMA ein Verfahren gegen mehrere – auch deutsche – Unternehmen mit Geldbußen in Höhe von GBP 45 Mio. (EUR 58 Mio.) abgeschlossen.[267] Das Bundeskartellamt hat bisher noch keine Verfahren wegen Patentvergleichen im deutschen Markt durchgeführt.

1033. Den Verfahren der Europäischen Kommission wird eine wichtige Signalwirkung zugesprochen, da kartellrechtswidrige Patentvergleiche zu ungerechtfertigten und hohen Zusatzbelastungen für die Sozialversicherungssysteme führen können. Denn Generika werden bei Markteintritt in der EU zu einem um durchschnittlich 25 Prozent niedrigeren Preis als die Originalpräparate angeboten und führen zu erheblichen Preissenkungen auch bei den Originalpräparaten. Die Europäische Kommission schätzt, dass es bei einem nicht verzögerten Markteintritt von Generika zu um durchschnittlich 20 Prozent höheren Einsparungen für das Gesundheitssystem kommen würde.[268]

1034. Die Kommissionsverfahren haben folgenden wirtschaftlichen Hintergrund: Auf den Märkten für verschreibungspflichtige Arzneimittel herrscht zunehmend heftiger Wettbewerb zwischen den Herstellern von Originalpräparaten und Generika-Herstellern. Letztere vertreiben Arzneimittel mit denselben oder gleich wirksamen Wirkstoffen, jedoch ohne die Nutzung der Herstellermarke und zu einem oft erheblich niedrigeren Preis.

1035. Die Hersteller von Originalpräparaten nutzen verschiedene Mittel, um ihre Geschäftsinteressen zu schützen, unter anderem Klagen gegen Generika-Hersteller wegen Patentverletzungen. Die Streitigkeiten wegen Patentverletzungen werden in der Regel nicht durch Urteil, insbesondere durch ein Urteil zugunsten des Originalpräparate-Herstellers, beendet. In vielen Fällen kommt es stattdessen zu einer Beendigung durch Vergleich. Diese Vergleiche führen unter Umständen zu einer Beschränkung oder Verzögerung des Markteintritts mit Generika. Außerdem fließen Zahlungen zum Teil nicht vom Generika-Hersteller – als möglichem Patentverletzer – an den Originalpräparate-Hersteller, sondern in umgekehrter Richtung. Die betreffenden Vereinbarungen werden deshalb auch als Pay-for-delay-Vereinbarungen oder als „umgekehrte" Vergleiche (reverse settlements) bezeichnet.

---

262 Vgl. BGH, Urteil vom 6. Oktober 2015, KZR 17/14 – Zentrales Verhandlungsmandat, Rz.17.

263 EU-Kommission, Entscheidung vom 9. Juli 2014, AT. 39.612 – Perindopril (Servier); Entscheidung vom 19. Juni 2013, AT.39.226 – Lundbeck; Entscheidung vom 10. Dezember 2013, AT. 39.685 – Fentanyl.

264 EuG, T-472/13 – Lundbeck und T-691/14 – Servier; EU-Kommission, Fall 39.686 – Cephalon.

265 Vgl. EU-Kommission, Untersuchung des pharmazeutischen Wirtschaftszweigs, http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/index.html, Abruf am 22. Juni 2016.

266 Dazu siehe EU-Kommission, http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/index.html, Abruf am 1. Juli 2016.

267 CMA, Entscheidung vom 12. Februar 2016, CE/9531-11 – Parotexine.

268 EU-Kommission, Mitteilung, Zusammenfassung des Berichts über die Untersuchung des Arzneimittelsektors, S. 10.

1036. Die Europäische Kommission ist gegen solche Vereinbarungen lange Zeit nicht vorgegangen. Ein Grund hierfür war, dass sie sich auf den Wettbewerb entlang der Vertriebskette (Intra-brand-Wettbewerb; z. B. in Fällen des Parallelhandels) konzentriert hat anstelle des Herstellerwettbewerbs zwischen Originalpräparate- und Generika-Herstellern (Inter-brand-Wettbewerb). Das hat sich auf EU-Ebene im Nachgang der Sektoruntersuchung zu Pharmazieprodukten geändert. Auf nationaler Ebene hat es hingegen nur wenige Verfahren gegeben.

1037. Eine wettbewerbspolitische Würdigung der Kommissionsverfahren erfordert eine Auseinandersetzung mit den wettbewerbsökonomischen Problemen von Patentvergleichen (dazu Abschnitt 4.2.5.1. in diesem Teilkapitel) und eine wettbewerbsrechtliche Einordnung der hier relevanten Patentvergleiche (dazu Abschnitt 4.2.5.2. in diesem Teilkapitel). Auf dieser Grundlage macht die Monopolkommission Empfehlungen für die deutsche Verfolgungspraxis (dazu Abschnitt 4.2.5.3 in diesem Teilkapitel).

4.2.5.1 Die wettbewerbsökonomische Problematik von Patentvergleichen

1038. Die von der Europäischen Kommission angegriffenen Patentvergleiche berühren die Interessen der betroffenen Marktakteure, sind aber auch für die Sozialversicherungsträger und Patienten von hoher wirtschaftlicher Bedeutung. Zwar dienen die Patentvergleiche zunächst nur einem Interessenausgleich zwischen den Originalpräparate- und den Generika-Herstellern. Sie können sich aber zulasten von betroffenen Interessen dritter Personen auswirken.

1039. Die Möglichkeit einer Belastung Dritter und der damit verbundenen ökonomischen Ineffizienz von Patentvergleichen erfordert zunächst eine Betrachtung der ökonomischen Wirkungen von Patentsystemen. Patentsysteme spezifizieren Verfügungsrechte an geistigem Eigentum. Durch das Patent und das damit verbundene Recht, eine Nachahmung und Nutzung seiner geschützten Erfindung für einen bestimmten Zeitraum zu verhindern, wird der Patentinhaber in die Lage versetzt, einen Monopolpreis für seine Innovation zu verlangen.

1040. Im Pharmasektor verhindert der Patentschutz, dass Dritte von der Erfindung eines neuen Arzneimittels profitieren und Nachahmerpräparate herstellen. Terminologisch spricht man bei (ursprünglich) patentgeschützten Arzneimitteln auch von „Originalpräparaten". Der Patentschutz setzt Anreize für die Hersteller von Arzneimitteln, hohe Kosten für Forschung und Entwicklung aufzuwenden, indem er Ihnen erlaubt, sich mögliche Innovationsrenten aus der Vermarktung von Originalpräparaten anzueignen. Können die Hersteller ihr Patent nicht schützen, dann kann der mit einem Markteintritt eines Generika-Herstellers einhergehende Preisverfall auch die Entwicklung verbesserter Produkte einer neuen Arzneimittelgeneration beeinträchtigen. Ein unzureichender Schutz kann auch dann vorliegen, wenn der Schutzumfang eines Patents nicht ausreichend definiert ist und Unsicherheit über den Schutz vorliegt. In diesen Fällen kann der Patentschutz angegriffen und bestritten werden.[269] In Deutschland können Patentinhaber ferner auch nicht ohne weiteres einstweiligen Rechtsschutz erlangen, wenn das betreffende Patent durch einen Generika-Hersteller bestritten wird.[270] Die Fragmentierung der europäischen Rechtssysteme im Bereich des geistigen Eigentums erschwert den Rechtsschutz für Patentinhaber zusätzlich.

1041. Während ein wirksames Patentschutzsystem Anreize für die Innovationstätigkeit von Unternehmen setzt, stehen dem Konzept jedoch auch Nachteile gegenüber, weil das mit dem Schutz geschaffene Monopol auch eine Machtstellung aufseiten des Patentnehmers eröffnet. Mit dem Patent auf eine einmal geschaffene Erfindung gehen deshalb gewöhnlich (statische) Wohlfahrtsverluste einher, weil der Monopolpreis in der Regel gegenüber dem Wettbewerbspreis liegt und geringere nachgefragte Mengen zur Folge hat. Verteilungstheoretisch verlieren Konsumenten durch den Patentschutz mögliche Renten, die Ihnen bei niedrigeren Wettbewerbspreisen zugute kämen. Im Arzneimittelbereich sind es insbesondere Verbraucher und Sozialversicherungsträger, denen durch den Monopolpreis höhere Kosten entstehen.

1042. Um eine effiziente Balance zwischen den Vor- und Nachteilen des Patentschutzes herzustellen, sind der Umfang und die Laufzeit von Patenten wesentliche Stellschrauben. Diese Parameter begrenzen den Patentschutz und verhin-

---

[269] Shapiro und Lemley zeigen, dass in mindestens 50 Prozent der Fälle, in denen Patente angegriffen wurden, der Schutz tatsächlich unwirksam war; vgl. Lemley, M. A./Shapiro, C., Probabilistic Patents, Journal of Economic Perspectives 19(2), 2005, S. 75-98.

[270] Siehe OLG Düsseldorf, Urteil vom 29. April 2010, I-2 U 126/09, Rz. 42 ff.; Urteil vom 20. November 2011, I-2 U 55/10; Rz. 118 ff.; LG Düsseldorf, Urteil vom 4. September 2012, 4a O 50/12, Rz. 52 f.

dern, dass die Monopolrenten auf Dauer anfallen. Patente im pharmazeutischen Bereich besitzen typischerweise eine Laufzeit von 20 Jahren. Die effektive Laufzeit ist jedoch meist erheblich kürzer, da das Patent bereits lange vor der Marktzulassung angemeldet wird und der Schutzzeitraum sofort beginnt. In Bezug auf die Patentpraxis in der Arzneimittelbranche ist zudem eine Unterscheidung zwischen Primärpatente (d. h. Patente auf wirksame Substanzen) und Sekundärpatente (d. h. Patente auf die Anwendung von geschützten Produktionsmethoden o. ä.) üblich. Durch die nachträgliche Anmeldung von Sekundärpatenten versuchen die Hersteller, ihren Ertrag zu verbessern, indem sie den Schutzzeitraum eines Arzneimittels faktisch ausweiten.

1043. Zu Patentstreitigkeiten kann es kommen, wenn Unklarheit über den Schutz besteht, etwa weil der Umfang geschützter Produktionsmethoden nicht eindeutig bestimmt werden kann oder weil das Patent unzureichend beschrieben wurde. In der Praxis machen die Originalpräparate-Hersteller in vielen Fällen zunächst eine Verletzung von Primärpatenten geltend, verfolgen im Klagewege aber nur die Verletzung von Sekundärpatenten.[271] In diesen Fällen ist im Vorhinein häufig nicht eindeutig ersichtlich, ob bzw. in welchem Umfang ein Patentschutz besteht.

1044. Ein Vergleich stellt grundsätzlich eine Möglichkeit dar, die oftmals zeit- und kostenintensive Durchführung eines Gerichtsverfahrens zu verkürzen. Damit es zu einem Vergleich kommt, muss das Ergebnis der Übereinkunft zumindest den erwarteten saldierten Kosten und Nutzen eines Gerichtsverfahrens entsprechen. Da als Wirkung eines Vergleichs Verfahrenskosten eingespart werden, sind viele anlässlich von rechtlichen Streitigkeiten geschlossene Vergleiche außerhalb von Patentvergleichen volkswirtschaftlich effizient.

1045. Im Fall von Patentvergleichen ist die Situation jedoch anders gelagert, weil das Patent auf der einen Seite den Innovator sowie die begrenzte Laufzeit des Patents und auf der anderen Seite den Wettbewerb schützen soll. Von der Laufzeitbegrenzung eines Patents profitiert nicht nur der Generika-Hersteller, indem er das Produkt herstellen und vermarkten und so eine eigene Produzentenrente generieren kann. Daneben profitieren auch die Verbraucher (bzw. im Gesundheitssystem die Gemeinschaft der Versicherten) von sinkenden Arzneimittelpreisen. Da der Vergleich indes nur zwischen Originalpräparate-Hersteller und Generika-Hersteller geschlossen wird und die Verbraucherinteressen unberücksichtigt bleiben, kann ein Patentvergleich bei einer Einigung über einen verzögerten Markteintritt des Generika-Herstellers zu einer ineffizienten Situation führen. Zu einer solchen ineffizienten Situation kann es deshalb kommen, weil der Originalpräparate-Hersteller einen Anreiz hat, gegebenenfalls die durch die Sicherheit über den verzögerten Markteintritt möglichen Monopolrenten mit dem Generika-Hersteller zu teilen. Letzterer will hingegen mindestens eine Rente erzielen, die der erwarteten Rente aus einem erfolgreichen Markteintritt entspricht. Ein Vergleich kann deshalb dazu führen, dass sich beide Vergleichsparteien besser stellen, während der Verbraucher die bei einem Markteintritt erwartete Konsumentenrente verliert. Es ist davon auszugehen, dass die dargestellte Situation in vielen praktischen Fällen aus einer wohlfahrtsökonomischen Sicht nachteilig ist.

1046. Allerdings kann es auch Situationen geben, in denen ein Patentvergleich ökonomisch effizient ist. Das ist vor allem dann der Fall, wenn in Folge des Vergleichs hohe Verfahrenskosten eingespart werden, die den ökonomischen Nachteil der zeitlichen Ausdehnung der Monopolsituation überwiegen. Ökonomisch ist die Wirkung von Patentvergleichen daher nicht eindeutig. Reduziert man die Bewertung auf die Konsumentenwohlfahrt, dann sind Patentvergleiche allerdings grundsätzlich von Nachteil.

1047. Vor diesem Hintergrund sind Patentvergleiche aus ökonomischer Sicht grundsätzlich ambivalent zu bewerten. Eine entsprechende Abwägung müsste im Einzelfall erfolgen, erscheint in vielen Fällen aufgrund von Informationsproblemen und dem damit verbundenen hohen Aufwand praktisch jedoch kaum möglich. Umstritten ist, ob Patentvergleiche aufgrund ihrer möglichen negativen Wohlfahrtseffekte per se verboten werden sollten oder ob eine Entscheidung im Einzelfall vorzugswürdig ist.[272]

---

[271] EU-Kommission, Mitteilung, Zusammenfassung des Berichts über die Untersuchung des Arzneimittelsektors, S. 13.

[272] Für einen Überblick über die wissenschaftliche Diskussion vgl. Frank, S./Kerber, W., Patent Settlements in the Pharmaceutical Industry: What Can We Learn From Economic Analysis?; MAGKS Joint Discussion Paper Series in Economics, Nr. 01-2016.

4.2.5.2 Wettbewerbsrechtliche Würdigung in der kartellbehördlichen Praxis

Allgemeines

1048. Die Hersteller von Originalpräparaten haben nach dem Ausgeführten ein Interesse am Schutz ihrer Investitionen durch Patente, sehen sich dabei doch den gegenläufigen Interessen der Hersteller von Generika sowie der öffentlichen Gesundheitssysteme und der Patienten an einer frühzeitigen Entfachung von Wettbewerb gegenüber. Zum Schutz ihrer Investitionen können sie sowohl Klagen und Vergleichsvereinbarungen wie auch andere, auf ihre Patente gestützte Instrumente einsetzen.[273]

1049. Patentvergleiche zwischen Originalpräparate- und Generika-Herstellern sind seit der Jahrtausendwende weltweit zunehmend in den Fokus der Kartellbehörden gerückt. Eine erhebliche rechtliche Herausforderung stellt dabei die Abgrenzung des Patentschutzes vom Wettbewerbsschutz dar.

1050. In der EU hat der Europäische Gerichtshof bereits 1979 entschieden, dass Vereinbarungen über gewerbliche Schutzrechte („Intellectual Property" – IP) den EU-Wettbewerbsregeln nicht entzogen sind.[274] In jüngerer Zeit hat der Europäische Gerichtshof klargestellt, dass es auch nicht erforderlich ist, die Gültigkeit eines Schutzrechts näher zu würdigen, wenn eine Vereinbarung über den Schutzumfang des Rechts hinausgeht und dabei den Wettbewerb beschränkt.[275] Dies betrifft auch Vereinbarungen mit Nichtangriffsklauseln, die den Patentvergleichen zwischen Originalpräparate- und Generika-Herstellern vom Vereinbarungsgehalt her nahekommen.

1051. In Bezug auf Nichtangriffsklauseln hat der Europäische Gerichtshof entschieden, dass solche Klauseln in einer nicht-exklusiven Lizenzvereinbarung den Schutzumfang des Patents überschritten und in einem solchen Fall wahrscheinlich wettbewerbswidrig seien.[276] Dagegen beschränkt nach Ansicht des Gerichtshofs eine Nichtangriffsklausel nicht einmal den Wettbewerb, wenn der Schutzrechtsinhaber Lizenzen unentgeltlich vergibt oder das Patent sich auf einen Prozess bezieht, der nach dem Stand der Technik ohnehin veraltet ist.[277] In der Tat kann der Lizenznehmer in diesen Fällen eine Lizenz ohne Weiteres erhalten oder benötigt sie nicht einmal, sodass er in seinen eigenen Aktivitäten kaum nennenswert behindert wird. Nichtangriffsklauseln können auch aus anderen Gründen keine spürbaren Auswirkungen haben oder zumindest zu rechtfertigen sein (Art. 101 Abs. 3 AEUV).[278]

1052. In den USA gibt der Hatch-Waxman Act den Herstellern von Originalpräparaten die Möglichkeit, über den Antrag für eine erneute Verkaufserlaubnis den Markteintritt von Generika für 180 Tage zu unterbinden.[279] Soweit die Wettbewerbsvorschriften außerhalb dieser Regelung anwendbar sind, hat die Federal Trade Commission (FTC) Patentvergleiche im Zeitraum 1999 bis 2004 zunächst als sogenannte Per-se-Verstöße verfolgt. Die Gerichte sind diesem Ansatz allerdings nur teilweise gefolgt.[280] Im Jahr 2012 entschied schließlich der U. S. Supreme Court, dass Patentvergleiche einem flexibleren Prüfungsstandard (Rule of Reason) unterliegen, was eine Einzelfallprüfung erforderlich macht.[281]

---

[273] Siehe z. B. EuGH, Urteil vom 6. Dezember 2012, C-457/10 P – AstraZeneca (Losec), ECLI:EU:C:2012:770, zu wettbewerbsrechtlich problematischen einseitigen Maßnahmen.

[274] EuGH, Urteil vom 8. Juni 1982, 258/78 – Nungesser, Slg. 1982, I-2015, ES1982/00615, ECLI:EU:C:1982:211.

[275] EuGH, Urteil vom 4. Oktober 2011, C-403 u. 429/08 – Football Association Premier League, Slg. 2011, I-9083, ECLI:EU:C:2011:631, Rz. 137 ff.; dazu Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Rz. 1036 ff.

[276] EuGH, Urteil vom 25. Februar 1986, 193/83 – Windsurfing International, Slg. 1986, I-611, ECLI:EU:C:1986:75, Rz. 92-93.

[277] EuGH, Urteil vom 27. September 1988, 65/86 – Bayer/Süllhöfer, Slg. 1988, I-5249, ECLI:EU:C:1988:448, Rz. 17-18.

[278] EuGH, Urteil vom 27. September 1988, 65/86 – Bayer/Süllhöfer, Slg. 1988, I-5249, ECLI:EU:C:1988:448, Rz. 19; Urteil vom 25. Februar 1986, 193/83 – Windsurfing International, Slg. 1986, I-611, ECLI:EU:C:1986:75, Rz. 100-101 (wo die Voraussetzungen für eine Freistellung allerdings nicht erfüllt waren).

[279] Drug Price Competition and Patent Term Restoration Act, Public Law 98-417, 21 U.S.C. §§ 301 ff.

[280] FTC, Pay-for-Delay: How Drug Company Pay-Offs Cost Consumers Billions, FTC Staff Study, Januar 2010.

[281] FTC v. Actavis, Inc., 570 U.S. 756 (2013).

1053. Die Europäische Kommission hat nach dem Abschluss ihrer Sektoruntersuchung zu Pharmazieprodukten im Sommer 2009 einen neuen, eigenen Ansatz entwickelt, der über die in der europäischen Rechtsprechung entwickelten Grundsätze hinausgeht. Ausgehend von ihren Erkenntnissen in der Sektoruntersuchung unterscheidet die Europäische Kommission bei Patentvergleichen zwischen aktuellen oder potenziellen Wettbewerbern wie folgt:[282]

- Vergleiche, die mit keiner Beschränkung für den Marktzutritt von Generika verbunden sind (Typ A);
- Vergleiche, die mit einer Beschränkung für den Marktzutritt von Generika verbunden sind (Typ B) und die
    - entweder keinen Werttransfer vorsehen (Typ B.I)
    - oder einen Werttransfer vorsehen (Typ B.II).

1054. Innerhalb dieser Gruppen geben Patentvergleiche des Typs A aus Sicht der Europäischen Kommission keinen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken. Dasselbe gilt für Vergleiche des Typs B.I, außer wenn der Vergleich Wettbewerbsbeschränkungen außerhalb der Grenzen des patentrechtlichen Schutzumfangs enthält oder wenn der Patentinhaber weiß, dass er einen Patentschutz eigentlich gar nicht beanspruchen darf. Dagegen sind Vergleiche des Typs B.II kritisch zu sehen und erfordern eine wettbewerbliche Rechtfertigung.[283]

1055. Die ersten Kommissionsfälle im Anschluss an die Sektoruntersuchung betrafen Patentvergleiche, in denen der Originalpräparate-Hersteller sich auf kein gültiges Primärpatent, zum Teil aber auf Sekundärpatente gestützt hatte.[284] Die Europäische Kommission nahm in den betreffenden Fällen ein Wettbewerbsverhältnis zwischen den Parteien des Patentvergleichs an. Zu diesem Zeitpunkt gab es keine Rechtsprechung speziell zu der Frage, wann eine auf ein Patent gestützte Vereinbarung überhaupt wettbewerbswidrig sein kann. Auf Basis der früheren Leitlinien zu Technologietransfervereinbarungen galten Unternehmen dann nicht als Wettbewerber, wenn sie im Verhältnis zueinander über patentbedingte Blockademöglichkeiten verfügten.[285] Hierzu kann grundsätzlich auch ein Sekundärpatent genügen.

1056. In den von der Europäischen Kommission durchgeführten Fällen vertrat die Kommission dagegen die Auffassung, dass ein Patentvergleich selbst im Falle eines Patentschutzes den Wettbewerb beschränken könne, in dem sich ein Generika-Hersteller verpflichtet, einen Marktzutritt gegen einen Werttransfer zu beschränken oder zu verzögern. Dies sei deshalb der Fall, weil der Patentinhaber auf eine einseitige Ausübung seiner Patentrechte verzichte und statt dessen eine Vereinbarung mit einem aktuellen oder möglichen Wettbewerber treffe, durch welche die mit der Patentexklusivität verbundenen Vorteile beiden Parteien zugute kommen. Eine solche Vereinbarung verstoße vorbehaltlich einer wettbewerbsrechtlichen Rechtfertigung gegen das europarechtliche Kartellverbot unabhängig davon, ob sie ihrem Inhalt nach durch ein Patent abgedeckt sei oder nicht.[286]

1057. Derzeit ist noch unklar, ob die Gerichte dem Ansatz der Europäischen Kommission folgen werden. Allerdings könnte es hierbei eine Rolle spielen, dass die Originalpräparate-Hersteller sich in den aufgegriffenen Fällen auf kein Patent oder nur auf Sekundärpatente stützen konnten. Sekundärpatente gestatten es nur, die Verwendung geschützter Prozes-

---

[282] EU-Kommission, Zwischenbericht (Preliminary Report) vom 28. November 2008 zur Untersuchung des Arzneimittelsektors, Tz. 610 ff.; Contribution to the Roundtable on: Role of Competition in the Pharmaceutical Sector and its Benefits for Consumers, Seventh United Nations Conference to review the UN set on Competition Policy, 6.-10. Juli 2015.

[283] Dieselben Regeln werden bei Lizenzvereinbarungen für die Nutzung geschützter Technologien angewendet; EU-Kommission, Mitteilung, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. C 89 vom 28. März 2014, S. 3, Tz. 239.

[284] Siehe EU-Kommission, Fälle 39.226 – Lundbeck (Citalopram) (Patent erloschen), 39.685 – Fentanyl (Patent erloschen); 39.612 – Servier (Perindopril) (Sekundärpatent), 39.686 – Cephalon (Modafinil) (Sekundärpatent); EU Note on the Commission's recent enforcement of EU antitrust rules in the pharmaceutical sector, OECD, DAF/COMP/WD(2014)62, 12. Juni 2014; siehe auch King Drug Co. of Florence, Inc. v. Cephalon, Inc. (Modafinil), Nos. 2:06-cv-1797, 2:06-cv-1833, 2:06-cv-2768, 2:08-cv-2141, 2015 WL 356913 (E.D. Pa. Jan. 28, 2015).

[285] EU-Kommission, Bekanntmachung, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 EG-Vertrag auf Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. C 101 vom 27. April 2004, S. 2, Tz. 26 ff., insb. Tz. 32.

[286] EU-Kommission, Entscheidung vom 19. Juni 2013, AT.39.226 – Lundbeck, Tz. 802; Entscheidung vom 10. Dezember 2013, AT.39.685 – Fentanyl, Tz. 329 ff.

se, Formeln usw. zu unterbinden. Sie schützen aber nicht einen bestimmten Wirkstoff als solchen. Auch wenn man dies berücksichtigt, wirft der Ansatz der Europäischen Kommission einige Fragen auf, denen nachzugehen ist, bevor aus der bisherigen Verfolgungspraxis wettbewerbspolitische Schlussfolgerungen abgeleitet werden können.

Wettbewerbsbeschränkender Zweck

1058. Ein auffälliges Merkmal des Ansatzes der Europäischen Kommission ist, dass sie bei Patentvergleichen des Typs B.II einen wettbewerbsbeschränkenden Zweck unterstellt. Eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung liegt bei Vereinbarungen vor, die im Hinblick auf die mit den Wettbewerbsvorschriften der Gemeinschaft verfolgten Ziele ein derart großes Potenzial für negative Auswirkungen auf den Wettbewerb haben, dass es nicht notwendig ist, deren tatsächliche oder wahrscheinliche Auswirkungen im Markt nachzuweisen.[287]

1059. Insbesondere sogenannte Kernbeschränkungen (Hardcore-Verstöße) werden als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung qualifiziert. Die Europäische Kommission nimmt in Bezug auf Patentvergleiche eine strenge Haltung ein und qualifiziert Vergleiche des Typs B.II als eine Form von Marktaufteilungsvereinbarungen.[288] Anders als dies bei anderen bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen üblich ist, betont die Europäische Kommission bei Patentvergleichen indes die Notwendigkeit einer Gesamtschau aller Umstände des Einzelfalls. In diesem Rahmen sind nach Ihrer Sicht der Inhalt und Zweck der Vereinbarung und ihr wirtschaftlicher und rechtlicher Kontext zu berücksichtigen.[289] Die von den Parteien individuell verfolgten Ziele können ebenfalls relevant sein.[290]

1060. Die Unterscheidung zwischen bezweckten und bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen ist insbesondere auf der EU-Ebene relevant, da die Nachweisanforderungen bei bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen geringer sind. Auf nationaler Ebene spielt diese Unterscheidung, soweit erkennbar, noch immer eine geringere Rolle. Für die Beurteilung des mit Patentvergleichen verbundenen, wettbewerblichen Risikopotenzials kann offen bleiben, ob die Position der Europäischen Kommission hinsichtlich der Einordnung als bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung zutrifft.

Beschränkung oder Verzögerung des Marktzutritts

1061. Eine Wettbewerbsbeschränkung ist nach dem Ansatz der Europäischen Kommission anzunehmen, wenn die Parteien auf den Märkten für pharmazeutische Produkte aktuelle oder potenzielle Wettbewerber sind und die Vereinbarung zu einem beschränkten bzw. verzögerten Marktzutritt des Generika-Herstellers führt, zumindest wenn im Gegenzug eine Zahlung des Originalpräparate-Herstellers oder ein anderer Werttransfer erfolgt.

1062. Eine Schwierigkeit ergibt sich insofern daraus, dass der Originalpräparate-Hersteller eine Beschränkung bzw. Verzögerung gegenüber dem Generika-Hersteller unter Umständen auch im Wege eines längeren Gerichtsprozesses zur

---

[287] EU-Kommission, Bekanntmachung, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABl. C 101 vom 27. April 2004, S. 97, Tz. 21; EuGH, Urteil vom 11. September 2014, C-67/13 P – Cartes Bancaires, ECLI:EU:C:2014:2204, Rz. 50 ff.; Urteil vom 14. März 2013, C-31/11 – Allianz Hungária Biztosító, ECLI:EU:C:2013:160, Rz. 38.

[288] EU-Kommission, Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen (Staff Working Document), Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice (By-Object Guidance), SWD(2014) 198 final, S. 8 (mit Bezugnahme auf die Fälle Lundbeck und Fentanyl).

[289] EU-Kommission, EU Note on the Commission's recent enforcement of EU antitrust rules in the pharmaceutical sector, OECD, DAF/COMP/WD(2014)62, 12. Juni 2014, Tz. 43; By-Object Guidance (Fn. 288), S. 4; Mitteilung, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. C 11 vom 14. Januar 2014, S. 1, Tz. 25; Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, Tz. 21 ff. Auch wettbewerbliche Auswirkungen können in diesem Zusammenhang relevant sein; siehe EU-Kommission, Entscheidung vom 9. Juli 2014, AT.39.612 – Perindopril (Servier), Tz. 1113 (Umstände der Umsetzung der Vereinbarung/Marktverhalten der Parteien).

[290] EuGH, Urteil vom 6. Oktober 2009, C-501/06 P u. a. – GlaxoSmithKline Services u. a., Slg. 2009, I-9291, ECLI:EU:C:2009:610, Rz. 58; By-Object Guidance (Fn. 288), S. 4.

Durchsetzung seiner Patentrechte erreichen könnte. Die Europäische Kommission erkennt durchaus an, dass die Parteien berechtigt sind, einen solchen Prozess vorzeitig vergleichsweise zu beenden, um Kosten zu sparen.[291]

1063. Damit ist jedoch fraglich, unter welchen Bedingungen ein Patentvergleich über die legitime vorzeitige Prozessbeendigung hinausgehen und eine wettbewerblich erhebliche, zusätzliche Beschränkung des Generika-Herstellers enthalten kann. Ein Patentvergleich setzt voraus, dass tatsächlich Unsicherheit über den Patentschutz besteht. Aus Wettbewerbssicht dürfte davon abgesehen allerdings maßgeblich sein, dass die Vereinbarung für den Generika-Hersteller keine Anreize beseitigt, sich im Wettbewerb mit dem Originalpräparate-Hersteller zu engagieren. Unter diesen Voraussetzungen bleiben die Interessen des Generika-Herstellers einerseits sowie die der Gesundheitssysteme und der Patienten andererseits gleichgerichtet und es ist grundsätzlich unwahrscheinlich, dass der Patentvergleich sich zulasten Dritter wie eben der Gesundheitssysteme und der Patienten auswirkt.

1064. Hingegen dürfte eine genauere Prüfung immer dann geboten sein, wenn der Generika-Hersteller nur aufgrund des Vergleichs begrenzt bzw. verzögert in den Markt eintritt, möglicherweise gegen eine entsprechende Vergütung. Denn der Vergleich kann unter diesen Umständen lediglich ein Mittel dazu sein, dass der Originalpräparate-Hersteller und der Generika-Hersteller beide von der mit dem Patentschutz verbundenen rechtlichen Exklusivität profitieren. Der Patentvergleich führt dann eine gleiche Ausrichtung der Interessen des Originalpräparate-Herstellers einerseits und der des Generika-Herstellers andererseits herbei. Außerdem kann ein verzögerter Marktzutritt des vergleichsbeteiligten Generika-Herstellers andere Generika-Hersteller unnötigerweise vom Marktzutritt abhalten, wenn diese die Verzögerung zu Unrecht auf die Stärke der Patente des Originalpräparate-Herstellers zurückführen. Ein Patentvergleich, der sich in dieser Weise zugunsten sowohl des Originalpräparate-Herstellers wie auch des Generika-Herstellers auswirkt, kann also zugleich zulasten der am Vergleich nicht beteiligten öffentlichen Gesundheitssysteme und auch der Patienten wirken.

1065. Nach dem Ausgeführten erscheint allerdings der Umfang des Patentschutzes zugunsten des Originalpräparate-Herstellers für die Frage einer Wettbewerbsbeschränkung, die möglicherweise eine genaue Prüfung erfordert, letztendlich gar nicht relevant. Entscheidend ist mit Blick auf diese Frage vielmehr, ob ein Marktzutritt des Generika-Herstellers durch den Patentvergleich weniger wahrscheinlich wird. Im Gegensatz hierzu kann der Schutzumfang der geltend gemachten Primär- bzw. Sekundärpatente jedoch für die Frage relevant sein, ob der Patentvergleich zur Durchsetzung patentgeschützter Rechte des Originalpräparate-Herstellers erforderlich ist oder ob er vielmehr dazu dient, den Wettbewerbsdruck von Seiten des Generika-Herstellers „wegzukaufen". Im ersten Fall kann die mit dem Patentvergleich verbundene Wettbewerbsbeschränkung als unerlässlich angesehen werden, um patentrechtlich legitime Ziele zu erreichen, während der Vergleich im zweiten Fall zu einer – grundsätzlich verbotenen – Marktaufteilung dient (Typ B.II-Fälle).

1066. Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt außerdem dann nahe, wenn der Vergleich überhaupt keine Bedingungen oder keinen Zeitpunkt bestimmt, zu dem der Generika-Hersteller in den Markt eintreten kann.[292] Ein anderer Anhaltspunkt ist es, wenn der Vergleich auch Beschränkungen bezüglich nicht-patentierter Produkte oder bezüglich Produkten anderer Hersteller enthält. Dies entspricht den Einschränkungen, unter denen die Europäische Kommission auch Patentvergleiche ohne Werttransfer genauer auf ihre Vereinbarkeit mit dem Kartellverbot untersucht (Typ B.I-Fälle).[293]

Werttransfer

1067. Nach dem Ausgeführten ergibt sich ein wichtiger Hinweis, dass der Patentvergleich nicht der – wettbewerblich legitimen – Durchsetzung von Patentrechten dient, sondern eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt, daraus, dass der Originalpräparate-Hersteller Werte zum Generika-Hersteller transferiert und diesem damit eine Partizipation an den Vorteilen der Patentexklusivität ermöglich – im Gegenzug zu einem Verzicht auf eigene Wettbewerbsvorstöße.

---

[291] EU Note on the Commission's recent enforcement of EU antitrust rules in the pharmaceutical sector, OECD, DAF/COMP/WD(2014)62, 12. Juni 2014, Tz. 19; Contribution to the Roundtable on: Role of Competition in the Pharmaceutical Sector and its Benefits for Consumers (Fn. 282).

[292] EU-Kommission, Entscheidung vom 19. Juni 2013, AT.39.226 – Lundbeck, Tz. 80, 823-824, 873-874, 961-962, 1012-1013, 1086-1087, 1173-1174.

[293] Siehe Tz. 1054 in diesem Gutachten.

1068. Eine auf dem Werttransfer basierende Segmentierung verschiedener Fälle wettbewerblich positiv bzw. negativ einzuschätzender Vergleiche des Typs B kann mit der ökonomischen Problematik der Patentvergleiche erklärt werden. Wie in Abschnitt 4.2.5.1 dargestellt wurde, kann ein wettbewerbsökonomischer Schaden durch den Patentvergleich dann eintreten, wenn der Patentinhaber dem Generika-Hersteller die höhere Sicherheit über eine längere Gültigkeit seines Patentes mit den damit einhergehenden sichereren Monopolrenten abkauft („pay for delay"). In diesem Fall kommt es zu einem Werttransfer vom Hersteller des Originalpräparats zum Generika-Hersteller (Typ B.II). Zwar sind prinzipiell auch Fälle denkbar, in denen Patentvergleiche auch dann ökonomisch ineffizient sind, wenn diese nicht mit einem entsprechenden Werttransfer verbunden sind (Typ B.I).[294] Allerdings dürfte in diesen Fällen dem Vergleich kein vorwerfbares Verhalten des Patentinhabers zugrunde liegen.

1069. Allerdings kann ein diesem Kalkül entsprechender Werttransfer gerade im Rahmen eines Patentvergleichs schwer feststellbar sein. Dies liegt daran, dass ein solcher Werttransfer nicht einfach grundsätzlich mit vergleichsbedingten Zahlungen gleichgesetzt werden kann. Derartige Zahlungen können aus durchaus legitimen Gründen stattfinden. Denn die Bedingungen, zu denen ein Patentvergleich abgeschlossen wird, spiegeln üblicherweise die unterschiedliche Verhandlungsmacht der Parteien, ihre Erfolgsaussichten vor Gericht und die Risiken einer bleibenden Schädigung des Geschäfts des Originalpräparate-Herstellers über den konkreten Patentstreit hinaus wieder. Dabei wird die Position des Generika-Herstellers umso stärker sein, je schwächer der Patentschutz zugunsten des Originalpräparate-Herstellers ist. Infolgedessen liegt es nahe, dass Patentvergleiche auch deshalb z. B. Zahlungen vorsehen können, weil ansonsten die Generika-Hersteller zu einem Vergleich von vornherein nicht bereit wären. Dies wird auch von der Europäischen Kommission anerkannt, wenn sie hervorhebt, dass auch bei Patentvergleichen, die eine Vergleichszahlung vorsehen, nicht in jedem Fall ein Werttransfer anzunehmen ist.

1070. Ein Werttransfer ist somit vielmehr dann anzunehmen, wenn der Originalpräparate-Hersteller dem Generika-Hersteller gerade die Beschränkung bzw. Verzögerung seines Marktzutritts vergütet. Dies dürfte immer dann naheliegen, wenn er dem Generika-Hersteller im Rahmen des Patentvergleichs solche Vorteile zuwendet, die darüber hinausgehen, was der Generika-Hersteller schon aufgrund der Nutzung des Schutzgegenstands des streitbefangenen Patents erhalten könnte. Solche Vorteile mögen bei Zahlungen gegeben sein, die nicht erkennbar die entgangenen Gewinne wiederspiegeln, etwa eine Kompensation für den Prozessaufwand des Generika-Herstellers. Ähnlich dürfte eine Zusage des Originalpräparate-Herstellers einzuschätzen sein, nicht seinerseits ein Generikum an den Markt zu bringen. Eine Einzelfallanalyse dürfte hingegen geboten sein, wenn die Parteien vereinbaren, dass der Generika-Hersteller in manchen EU-Mitgliedstaaten schon vor dem Ende des Patentschutzes in den Markt eintreten darf, aber nicht in anderen. In diesem Fall können die Vergleichsbedingungen bei Einigkeit über die Patentwirksamkeit dadurch zu rechtfertigen sein, dass die Parteien praktische Schwierigkeiten bei der Umsetzung des Vergleichs minimieren wollen.

1071. Eine weitere Analyse dürfte wiederum in Fällen einer Nebenvereinbarung (side deal) erforderlich sein, die zusätzlich zum eigentlichen Patentvergleich abgeschlossen wird. Solche Nebenvereinbarungen können die Gewährung einer Patentlizenz an den Generika-Hersteller, den Abschluss eines Vertriebs- oder Vermarktungsvertrags zu vorteilhaften Bedingungen oder sogar eine Alleinvertriebsvereinbarung umfassen. Bei einer solche Nebenvereinbarung dürfte ein Werttransfer dann naheliegen, wenn die vom Originalpräparate-Hersteller zugesagte Vergütung über das hinausgeht, was in Anbetracht der vom Generika-Hersteller erbrachten Leistungen zu erwarten wäre.[295]

1072. Anzeichen für einen Werttransfer dürften schließlich immer dort gegeben sein, wo ein Originalpräparate-Hersteller Vereinbarungen unter Inkaufnahme auffällig hoher vergleichsbedingter Kosten und systematisch mit solchen Generika-Herstellern abschließt, deren Marktzutritt besonders wahrscheinlich ist. Ein solches Vorgehen spricht dafür,

---

[294] Z. B. kann im Laufe des Verfahrens eine Situation eintreten, in welcher der Generika-Hersteller die erwarteten weiteren Verfahrenskosten mindestens ebenso hoch einschätzt wie die erwarteten Renten bei einem eigenen Markteintritt. In diesem Fall könnte der Generika-Hersteller einen Vorteil daraus ziehen, wenn er das Verfahren ohne Wertausgleich vorzeitig durch einen Vergleich beendet, der eine Beschränkung des Markteintritts vorsieht. Unter gesamtwirtschaftlichen Effizienzerwägungen kann die Weiterführung des Verfahrens jedoch besser sein, wenn die durch den möglichen Markteintritt erwartbare Steigerung der Konsumentenrente und die erwartete Produzentenrente des Generika-Herstellers, die Verfahrenskosten und die reduzierte Produzentenrente beim Hersteller des Originalpräparats überwiegen.

[295] Zur bisherigen Fallpraxis siehe EU-Kommission, Entscheidung vom 19. Juni 2013, AT.39.226 – Lundbeck, Tz. 797.

dass der Originalpräparate-Hersteller nicht lediglich sein mit dem Patent verbundenes rechtliches Monopol schützt, sondern vielmehr seine wirtschaftliche Marktposition.

Rechtfertigungsgründe

1073. Patentvergleiche können auch dann, wenn sie eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken und damit den Verbotstatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV erfüllen, zulässig sein, wenn sie aus wettbewerblichen Gründen gerechtfertigt sind (Art. 101 Abs. 3 AEUV).

1074. Eine solche Rechtfertigung kommt dann in Betracht, wenn der Vergleich positive Wirkungen hat, die über die Vorteile hinausgehen, welche lediglich für die Parteien mit dem Vergleich verbunden sind. Demgegenüber ist es nicht ausreichend, wenn die Parteien nur darlegen, dass der Vergleich zur Vermeidung von Gerichtskosten erforderlich war oder dass ohne einen bestimmten Werttransfer kein Vergleich zustande gekommen wäre.

1075. Zwar dürften die Parteien im Regelfall versuchen nachzuweisen, dass der Patentvergleich im Sinne von Art. 101 Abs. 3 AEUV zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beiträgt. Dies muss jedoch nicht nur hinreichend substanziiert werden, sondern es muss auch nachgewiesen werden, dass diese Vorteile letztlich auch den Verbrauchern zugute kommen.

1076. Außerdem muss die Beschränkung für die Verwirklichung ihrer wettbewerblich legitimen Ziele unerlässlich sein. Diese Voraussetzung mag z. B. erfüllt sein, wenn ein Originalpräparate-Hersteller zwar an sich über starke Patente verfügt, die Durchsetzung seiner Rechte aber durch die Fragmentierung des Patentschutzsystems im EU-Binnenmarkt erschwert wird. Allerdings dürfte der Originalpräparate-Hersteller sich auch in diesem Fall über den Patentvergleich keine Vorteile verschaffen dürfen, die ihm bei erfolgreicher Durchsetzung seiner Patentrechte verwehrt bleiben würden.

1077. Schließlich kommt eine Rechtfertigung nur dann in Betracht, wenn der Patentvergleich den Parteien keine Möglichkeiten eröffnet, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Pharmazieprodukte den Wettbewerb auszuschalten. Dies dürfte eine Vergleichsbetrachtung erfordern, welche Folgen ein bis zum Schluss durchgefochtener Prozess mit Blick auf die dadurch erzielbare Rechtssicherheit und die Verminderung der Abschreckungswirkung fortlaufender Patentstreitigkeiten für dritte Hersteller hätte haben können.

4.2.5.3 Wettbewerbspolitische Empfehlungen

1078. Das Vorgehen der Europäischen Kommission gegen potenziell wettbewerbswidrige Patentvergleiche zwischen Originalpräparate-Hersteller und Generika-Herstellern erscheint nach bisherigem Forschungsstand gerechtfertigt. Originalpräparate-Hersteller können die Marktposition, die sie aufgrund ihres Patentschutzes erlangt haben, im Wege solcher Vergleiche über den Schutzzeitraum hinaus absichern, indem sie die mit dem Patent verbundenen wirtschaftlichen Vorteile mit Generika-Herstellern teilen und diese dadurch vom Markteintritt abhalten (Marktaufteilung, Art. 101 lit. c AEUV).

1079. Die von der Europäischen Kommission vorgenommene Prioritätensetzung, aufgrund derer sie insbesondere gegen Patentvergleiche mit einem Werttransfer vorgeht, ist aus Sicht der Monopolkommission nachvollziehbar. Insbesondere in diesen Fällen liegt nahe, dass Originalpräparate-Hersteller und Generika-Hersteller einen Vergleich zulasten der daran nicht beteiligten öffentlichen Gesundheitssysteme und Patienten abschließen.

1080. Die möglichen Schäden für das deutsche Gesundheitssystem durch wettbewerbswidrige Patentvergleiche sind schwer abschätzbar. Angesichts der Tatsache, dass auch deutsche Hersteller bereits wegen solcher Vergleiche kartellrechtlich verfolgt wurden, kann allerdings nicht ausgeschlossen werden, dass solche Vergleiche auch das deutsche Gesundheitssystem schädigen.[296] Derartige Schäden dürften dann erheblich sein, angesichts der mit dem Markteintritt von Generika verbundenen Preiswirkungen. Die Monopolkommission spricht sich dafür aus, dass das Bundeskartellamt möglichen Verdachtsfällen in Bezug auf den deutschen Markt konsequent nachgeht.

---

[296] Zur Beteiligung deutscher Hersteller an relevanten Patentvergleichen siehe Tz. 1032 in diesem Gutachten.

5 Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel

5.1 Einleitung

1081. Das Bundeskartellamt hat im September 2014 die Ergebnisse der Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel vorgelegt.[297] Im Mittelpunkt der im Jahr 2011 eingeleiteten Untersuchung gemäß § 32e GWB stand das Thema Nachfragemacht der Handelsunternehmen gegenüber den Herstellern von Markenartikeln. Anlass für die Untersuchung war nach Angaben des Bundeskartellamtes der seit Jahren anhaltenden Konsolidierungsprozess im Lebensmitteleinzelhandel in Deutschland sowie vermehrte Beschwerden von Herstellern über etwaiges missbräuchliches Verhalten großer Lebensmitteleinzelhändler in Vertragsverhandlungen mit Herstellerunternehmen. Die Ziele der Sektoruntersuchung waren die Analyse der Marktstrukturen und der Verhaltensweisen auf den Beschaffungsmärkten des Lebensmitteleinzelhandels. Darüber hinaus sollte die empirische Basis für die zukünftige Fallpraxis in den Bereichen Fusionskontrolle und Missbrauchsaufsicht verbessert werden. Die Sektoruntersuchung wurde nach umfangreichen Vorermittlungen in einem zweistufigen Verfahren durchgeführt. In der ersten Stufe wurden die Marktstrukturen im Bereich der Beschaffung von Lebensmitteln in Deutschland ermittelt. In der zweiten Stufe wurde anhand einer Stichprobe von etwa 250 Artikeln aus sieben ausgewählten Warengruppen untersucht, ob und in welchem Ausmaß die führenden Handelsunternehmen Einkaufvorteile gegenüber ihren Wettbewerbern genießen und worauf diese Vorteile im Einzelnen beruhen.

1082. In die Konzeption der Sektoruntersuchung des Bundeskartellamtes flossen Erkenntnisse und Erfahrungen von früher durch andere europäische Wettbewerbsbehörden durchgeführte Sektoruntersuchungen im Bereich des Lebensmitteleinzelhandels ein. Von diesen Untersuchungen haben vor allem die Arbeit der Competition Commission in Großbritannien aus dem Jahr 2008 sowie die beiden Studien der portugiesischen Wettbewerbsbehörde aus den Jahren 2006 und 2010 wichtige Erkenntnisse hervorgebracht, die teilweise als Grundlage für das konzeptionelle Grundgerüst der ökonometrischen Analyse des Bundeskartellamtes im Rahmen der Sektoruntersuchung herangezogen wurde.[298] Die Monopolkommission hatte sich im Jahr 2012 in ihrem Hauptgutachten ebenfalls mit dem Thema „Wettbewerb und Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel“ befasst.[299] Bemängelt wurde dort unter anderem, dass es trotz einer größeren Zahl von Marktstudien und Sektoruntersuchungen vergleichsweise wenig empirische Evidenz zum Thema Nachfragemacht gebe. Vor diesem Hintergrund wurde die seinerzeit laufende Sektoruntersuchung des Bundeskartellamtes ausdrücklich begrüßt.[300]

1083. Nach Abschluss der Sektoruntersuchung hatte das Bundeskartellamt die Marktteilnehmer, die Wissenschaft, die Verbände und die interessierten politischen Kreise zur Diskussion der Ergebnisse ihrer Untersuchungen aufgefordert.[301] Eingegangen beim Bundeskartellamt sind nach eigenen Angaben 15 Stellungnahmen, die überwiegend aus dem Kreis der Verbände und der Wissenschaft stammen, von denen 11 auf der Homepage des Bundeskartellamtes veröffentlicht wurden.[302] Anfang April 2016 hat das Amt auf die zum Teil kritischen Stellungnahmen reagiert und diese in einem Bericht gewürdigt.[303]

---

[297] Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel, Darstellung und Analyse der Strukturen und des Beschaffungsverhaltens auf den Märkten des Lebensmitteleinzelhandels in Deutschland, Bericht gemäß § 32e GWB, September 2014.

[298] Vgl. ebenda, S. 65 ff.

[299] Vgl. Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1001 ff.

[300] Vgl. ebenda, Tz. 1142 ff.

[301] Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel, Ergebnisse und Schlussfolgerungen, Punkt 5.

[302] Vgl. BKartA, ww.bundeskartellamt.de/DE/Wirtschaftsbereiche/Sektoruntersuchungen/Stellungnahmen_SU_LEH/ Stellungnahmen_node.html, Abruf am 22. Juni 2016.

[303] Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel, Darstellung und Analyse der Strukturen und des Beschaffungsverhaltens auf den Märkten des Lebensmitteleinzelhandels in Deutschland, Würdigung der eingegangenen Stellungnahmen zum Bericht vom September2014, April 2016.

5.2 Befunde zu Marktstrukturen

1084. Die Sektoruntersuchung bestätigt das Bundeskartellamt darin, dass der Absatzmarkt des Lebensmitteleinzelhandels bei einer bundesweiten Betrachtung wichtiger überregionaler Strukturfaktoren, wie z. B. Umsätze, Gesamtverkaufsfläche, Standortdichte, Kundenreichweite, Vertriebsschienenkonzepte usw. von vier Unternehmensgruppen (Edeka, Rewe, Schwarz Gruppe und ALDI) dominiert wird. Diese vereinen zusammen etwa 85 Prozent des Umsatzes im deutschen Lebensmitteleinzelhandel. Das mit Abstand führende Unternehmen ist die Edeka-Gruppe. Es verfügt alleine über mehr als ein Viertel der Umsätze im Markt, über etwa die doppelte Verkaufsfläche und eine doppelt so hohe Standortdichte als der nächstfolgende Wettbewerber und ist auch auf vielen regionalen Absatzmärkten führend. Das der Spitzengruppe wiederum mit weitem Abstand folgende Unternehmen ist die ebenfalls bundesweit tätige Metro-Gruppe, zu der unter anderem die Selbstbedienungs-Warenhauskette Real gehört. Alle übrigen Unternehmen verfügen über einen bundesweiten Marktanteil von weniger als drei Prozent und sind allenfalls auf regionalen Märkten von einer gewissen Bedeutung.

1085. Nach Auffassung des Bundeskartellamtes wird die Wettbewerbsposition von Edeka, Rewe und der Schwarz-Gruppe zudem dadurch gefestigt, dass sie in allen drei Vertriebsformaten – Vollsortiment, Soft- und Hard-Discount – vertreten sind. ALDI als einziger reiner Hard-Discounter stehe zu diesen drei Unternehmen in einem abgestuften Wettbewerbsverhältnis, da es im Wesentlichen die Preissetzung bei den Handelsmarken und nicht die bei den Herstellermarken beeinflusse. Dieses Konzept ist allerdings angreifbar, da die Preissetzung bei den Handelsmarken indirekt auch Druck auf die Preissetzung bei den Herstellermarken ausübt.[304] Hinzu kommt, dass Discounter zwar eine deutlich beschränktere Sortimentsvielfalt haben, aber gleichwohl nahezu alle Warenbereiche abdeckenden und daher auch Wettbewerbsdruck auf die vollsortimentierten Vertriebsformen ausüben. Für diese Sicht spricht auch, dass ALDI den Anteil der Herstellermarken in seinen Sortimenten in den letzten Jahren kontinuierlich ausweitete.

1086. Zu beobachten sei zudem, dass bei der Sortimentszusammensetzung im Lebensmitteleinzelhandel die quantitative und qualitative Bedeutung der Handelsmarken zunimmt. Waren Handelsmarken in der Vergangenheit vor allem in den Preiseinstiegssegmenten angesiedelt, stehen sie inzwischen auch in den höherpreisige Segmenten sowie für eine zunehmende Anzahl von Warengruppen zur Verfügung. Im Hinblick auf die Frage der Machtverteilung zwischen den Herstellern und den Handelsunternehmen wird dem Umstand einer zunehmenden Bedeutung von Handelsmarken in den Sortimenten ein aus Sicht des Handels „konditionenverbessernder“ Effekt eingeräumt. Dieser Effekt ist nach den Feststellungen des Bundeskartellamtes allerdings nicht eindeutig.

1087. Die Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels bündeln ihre Nachfrage überwiegend in Einkaufskooperationen, unter anderem unter der Führung der Edeka- und Rewe-Gruppe. Die Einkaufskooperationen neuen Stils weisen gegenüber früheren Kooperationen eine neue Qualität auf. Sie sind in der Regel längerfristig angelegt und strukturell durch Zusatzoptionen abgesichert. Sie bündeln nicht nur Beschaffungsvolumina, sondern zeichnen sich zusätzlich dadurch aus, dass die Mitglieder oftmals die Handelsmarken des großen Partners übernehmen, eine zumindest teilweise Angleichung der Sortimente stattfindet und gegebenenfalls einseitige Gebietsschutzvereinbarungen getroffen werden. Nach den Erkenntnissen des Bundeskartellamtes profitieren die kleinen Gruppenmitglieder im Hinblick auf die Konditionen stärker als die großen Mitglieder. Allerdings wird dieser Vorteil der kleineren Kooperationsmitglieder erkauft mit Wettbewerbsnachteilen auf den Absatzmärkten in der Form, dass die führenden Mitglieder – in der Regel die Köpfe der Einkaufskooperationen – als Verhandlungsführer gegenüber den Herstellern Einblick in die Beschaffungskonditionen und –mengen der übrigen Kooperationsmitglieder erhalten. Zudem hat das Bundeskartellamt Hinweise darauf, dass die von den Kooperation ausgehandelten Einkaufsvorteile nicht immer vollständig an die kleineren Mitglieder weitergegeben werden.

1088. Die Marktstrukturen auf der Anbieterseite der Beschaffungsmärkte sind nach den Ermittlungen des Bundeskartellamtes weniger mittelständisch geprägt, sondern ähneln eher der Marktstruktur im Lebensmitteleinzelhandel. Konzentrationsprozesse bei den Herstellern haben dazu geführt, dass auf den untersuchten Beschaffungsmärkten ebenfalls eine Spitzengruppe von höchstens vier Anbietern dominiert. Die Hersteller haben sich überwiegend auf die Belieferung

---

[304] Vgl. Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1219.

von Kunden im Lebensmitteleinzelhandel konzentriert, was einerseits die Ausweichalternativen des Handels verringert, andererseits aber auch die Absatzalternativen bei den Herstellern begrenzt.

1089. Beschaffungsmärkte werden vom Bundeskartellamt sachlich nach Produkten bzw. Produktgruppen abgegrenzt, wobei Hersteller- und Handelsmarken wegen der Unterschiede bei den Kosten und den Vertriebsstrukturen in aller Regel getrennten Märkten zugerechnet werden. Für die Abgrenzung getrennter sachlich relevanter Märkte für Hersteller- und Handelsmarken spricht nach Auffassung des Bundeskartellamtes, dass die Hersteller ihre Produktion nicht kurzfristig in die eine oder andere Richtung umstellen können, was vor allem an der Art der Vermarktung der Produkte liegt. Handelsmarken erfordern in aller Regel deutlich weniger Investitionen in Vertrieb und Marketing. Während Handelsmarken im Auftrag eines Handelsunternehmens produziert werden, welches die Platzierung im Markt übernimmt, werden Herstellermarken von den Produzenten selbstständig im Markt platziert, beworben und in aller Regel an mehrere oder sämtliche konkurrierenden Handelsunternehmen geliefert. Markenartikelhersteller verfügen darüber hinaus – anders als die Produzenten von Handelsmarken – häufig über Vertriebsalternativen, wie die weiterverarbeitende Industrie oder den Export. Gegen die Abgrenzung getrennter sachlich relevanter Märkte für Hersteller-und Handelsmarken könnte sprechen, dass die Produzenten von Herstellermarken kurzfristig auf die Produktion von Handelsmarken umstellen können. In der Praxis gibt es eine Reihe von Fällen, in denen Markenartikelhersteller zugleich Handelsmarken produzieren. Dies kann regelmäßig der Falle sein, etwa als Folge einer entsprechenden Unternehmensstrategie oder fallweise, z. B. um unterausgelastete Produktionskapazitäten auszulasten. Über den Umfang, in dem Markenartikelhersteller zugleich Handelsmarken produzieren, liegen keine verlässlichen Informationen vor. Dies liegt auch daran, dass die Hersteller in aller Regel kein Interesse daran haben, solche Informationen aufzudecken, weil sie befürchten müssen, dass die Endkunden zu der oftmals deutlich günstiger angebotenen Handelsmarke abwandern.

1090. Räumlich relevant ist nach den Feststellungen des Bundeskartellamtes in allen untersuchten Bereichen der nationale Markt. Ausschlaggebend sei, dass die Lieferanten auf diesen Märkten weit überwiegend in Deutschland angesiedelt sind. In sechs der sieben exemplarisch untersuchten Beschaffungsmärkte werden nach den Ermittlungen des Bundeskartellamtes weniger als drei Prozent der Produkte aus dem Ausland beschafft. Dabei geht das Bundeskartellamt bereits dann von einem deutschen Hersteller aus, wenn die Produkte zwar im Ausland von ausländischen Herstellern produziert werden, Ansprechpartner für den beschaffenden Lebensmitteleinzelhandel aber eine in Deutschland ansässige Vertriebsorganisation ist. Ein Beispiel dafür bietet die Warengruppe „Schaumwein". Hier klassifiziert das Bundeskartellamt den spanischen Hersteller Freixenet mit einem Marktanteil auf dem deutschen Beschaffungsmarkt für Schaumwein von 10-15 Prozent und den französischen Hersteller Moet Hennessy mit einem Marktanteil in Deutschland von 5-10 Prozent als inländische Lieferanten.[305] Im Ergebnis ergibt sich bei dieser Betrachtung, dass lediglich acht Prozent der vom deutschen Lebensmitteleinzelhandel beschafften Schaumweine importiert werden. In einem zweiten Schritt prüft das Bundeskartellamt, welche räumlichen Absatzmöglichkeiten den Herstellern alternativ zur Verfügung stehen. Hier gilt das Augenmerk speziell dem Exports der Produkte. Dabei werden Lieferungen von inländischen Herstellern an die Auslandsgesellschaften einer inländischen Handelsgesellschaft insbesondere dann nicht als vollwertige Ausweichalternativen zur Belieferung des inländischen Lebensmitteleinzelhandels gewertet, wenn die Mengen und Preise in einer Verhandlung mit der inländischen Handelsgesellschaft festgelegt werden.[306] Nach Auffassung der Monopolkommission ist die räumliche Abgrenzung des Beschaffungsmarktes für Schaumweine nicht so eindeutig auf den nationalen Markt zu begrenzen, wie es die Ausführungen des Bundeskartellamtes nahelegen. Bei einer Qualifizierung der im Ausland von ausländischen Unternehmen produzierten und von der deutschen Tochter des ausländischen Produzenten in Deutschland vertriebenen Produkte als Importe, wäre der Importanteil auf dem Beschaffungsmarkt für Schaumwein deutlich höher als 8 Prozent und es wäre auch die Abgrenzung eines europaweiten räumlich relevanten Marktes denkbar gewesen. In anderen Fällen, etwa bei der ebenfalls im Rahmen der Sektoruntersuchung untersuchten Warengruppe Milch, wäre grundsätzlich auch statt der Abgrenzung eines nationalen Beschaffungsmarktes die Abgrenzung regionaler Beschaffungsmärkte vor-

---

[305] Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel, Darstellung und Analyse der Strukturen und des Beschaffungsverhaltens auf den Märkten des Lebensmitteleinzelhandels in Deutschland, Bericht gemäß § 32e GWB, September 2014, S. 168 ff.

[306] Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel, Darstellung und Analyse der Strukturen und des Beschaffungsverhaltens auf den Märkten des Lebensmitteleinzelhandels in Deutschland, Würdigung der eingegangenen Stellungnahmen zum Bericht vom September2014, April 2016, S. 9.

stellbar. Die Sektoruntersuchung gibt keinen Aufschluss darüber, ob es spezifische Untersuchungen gegeben hat, die auf die Frage abzielen, ob der räumlich relevante Beschaffungsmarkt für Milchprodukte national oder regional ist.[307]

5.3 Die Schadenstheorie des Bundeskartellamtes

1091. Das Bundeskartellamt analysiert in der Sektoruntersuchung die Frage nach der Existenz und den möglichen Ursachen von Nachfragemacht im Rahmen der ökonomischen Verhandlungstheorie.[308] Danach wird Nachfragemacht als Verhandlungsmacht in bilateralen Austauschbeziehungen interpretiert. Der verhandlungstheoretische Ansatz setzt an der Zweiseitigkeit des Verhandlungsproblems an. Die Verhandlungspartner haben einerseits das (gemeinsame) Interesse, die aus der Liefer- und Vertragsbeziehung resultierende Wertschöpfung zu maximieren. Andererseits geht es um die Verteilung des gemeinsam erzielten Gewinns auf die Vertragspartner. Den größeren Anteil am Gewinn erhält diejenigen Verhandlungsseite, die im Falle des Abbruchs der Verhandlungen die besseren Alternativen hat. Die Determinanten für die relative Verhandlungsposition werden als Abbruchoptionen, Outside-Options oder Drohpunkte bezeichnet. Diejenige Seite mit den besseren Ausweichmöglichkeiten bzw. auf die bei einem Scheitern der Verhandlungen die weniger schwerwiegenden wirtschaftlichen Konsequenzen fallen, verfügt über eine stärker ausgeprägte relative Verhandlungsposition.

1092. Das Bundeskartellamt sieht als eine Voraussetzung für das Ausüben von Nachfragemacht im Sinne von Verhandlungsmacht ein „gewisses Maß" von Marktmacht auf den nachgelagerten Märkten des Lebensmitteleinzelhandels. Bei einer zunehmenden Marktmacht auf den in der Regel regionalen Absatzmärkten übernehmen die Handelsunternehmen nach dieser Vorstellung eine „Türsteherfunktion", die aus Sicht der Hersteller eine „Unverzichtbarkeit" und damit Verhandlungsmacht begründet.[309] Ursachen für die Existenz von Verhandlungsmacht können sein, die Größe eines Händlers, seine relative Größe im Verhältnis zu den Lieferanten, die Markenstärke eines Herstellers und die Existenz von Handelsmarken. Die Verhandlungsmacht der Handelsunternehmen nimmt nach dieser Interpretation mit zunehmender absoluter und relativer Größe des Handelsunternehmens sowie der zunehmenden Bedeutung von Handelsmarken in dem Sortiment zu. Die Verhandlungsmacht der Hersteller nimmt mit der Markenstärke zu, d. h. mit sogenannten Must-have-Produkten.

1093. Potenziell wettbewerbsschädliche Wirkungen ergeben aus Sicht des Bundeskartellamtes aus den negativen Auswirkungen von Nachfragemacht auf Investitionen und Innovationen bei den Herstellern, einer nachfragemachtbedingten Verschlechterung der Produktqualität, dem Wasserbett- und Spiraleffekt sowie der Möglichkeit von nachfragemächtigen Handelsunternehmen, Wettbewerber mittels einer Strategie des Predatory Overbuying vom Markt zu verdrängen.[310] Negative Investitions- und Innovationseffekte treten dabei auf, weil nachlassende Margen die Anreize und Möglichkeiten der Hersteller verringern, in die Suche nach neuen und die Differenzierung vorhandener Produkte zu investieren. Als Folge einer nachfragemachtbedingten Rentenumverteilung können nach dieser Vorstellung zudem die Anreize gemindert werden, Produkte in einer ausreichend hohen Qualität anzubieten. Da im Hinblick auf die Qualität der Produkte Informationsasymmetrien zwischen Herstellern und Verbrauchern bestehen, können – so das Bundeskartellamt – solche Qualitätsverschlechterungen zumindest zeitweise vor den Verbrauchern verschleiert werden. Im Falle eines Wasserbetteffektes versuchen Hersteller ihre Margen dadurch zu sichern, dass sie Verluste infolge der Einräumung besserer Beschaffungskonditionen für große Händler mit der Verschlechterung der Konditionen für kleinere Handelsunternehmen auszugleichen versuchen. Der sogenannte Spiraleffekt geht davon aus, dass Nachfragemacht eines Handelsunternehmens zu einer stärkeren Marktposition auf den nachgelagerten Handelsmärkten und in einem folgenden Schritt zu einer weiter anwachsenden Nachfragemacht führt. Nach mehreren „Spiralumdrehungen" führt Nachfragemacht letzt-

---

[307] Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel, Darstellung und Analyse der Strukturen und des Beschaffungsverhaltens auf den Märkten des Lebensmitteleinzelhandels in Deutschland, Bericht gemäß § 32e GWB, September 2014, S. 251 ff.

[308] Vgl. Inderst, R./Wey, C., Die Wettbewerbsanalyse von Nachfragemacht aus verhandlungstheoretischer Sicht, Perspektiven der Wirtschaftspolitik 9(4), 2007, S. 465-485.

[309] Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel, Darstellung und Analyse der Strukturen und des Beschaffungsverhaltens auf den Märkten des Lebensmitteleinzelhandels in Deutschland, Bericht gemäß § 32e GWB, September 2014, S. 22.

[310] Vgl. ebenda, S. 24 ff; Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1087 ff.

endlich auch zu Marktmacht auf den Handelsmärkten. Predatory Overbuying zielt darauf ab, über die Ausweitung der eigenen Nachfrage, die Bezugskonditionen der Wettbewerber zu verschlechtern. In Verbindung mit einer Kampfpreisstrategie auf den Handelsmärkten gelingt es dabei, Wettbewerber vom Markt zu verdrängen und die Endkundenpreise dann über den Wettbewerbspreis hinaus zu erhöhen.

1094. Die in der Sektoruntersuchung diskutierten und vom Bundeskartellamt im Rahmen ihrer Schadentheorie angeführten potenziell schädlichen Wettbewerbseffekte sind in der ökonomischen Theorie zum Teil strittig und aus empirischer Sicht oft nicht gut fundiert.[311] Dies gilt insbesondere für die negativen Investitions- und Innovationsanreize sowie für die These einer Qualitätsreduktion und für den Wasserbetteffekt.[312] Verdrängungsstrategien im Sinne eines Predatory Overbuying sind im Lebensmitteleinzelhandel wenig wahrscheinlich, da sie für das initiierende Unternehmen sehr kostspielig wären und zudem wegen der Möglichkeit von Marktzutritten kaum Erfolgsaussichten hätten. Auch der Spiraleffekt ist aus theoretischer und praktischer Perspektive in seiner Relevanz eher fraglich.[313] Das Auftreten des Spiraleffekt hängt – so auch das Bundeskartellamt – davon ab, ob es auf den nachgelagerten Handelsmärkten Wettbewerbshindernisse, etwa Marktzutrittsschranken, gibt. Hinzu kommt, dass auch Wettbewerber in Wachstum investieren könnten, um ihre Beschaffungskonditionen zu verbessern.

1095. Nicht diskutiert wird in der Sektoruntersuchung die Möglichkeit wohlfahrtsverbessernder Effekte von Nachfragemacht. Diese treten auf, wenn günstigere Beschaffungskonditionen durch das Handelsunternehmen an die Endverbraucher weiter gegeben werden.[314] Das Ausmaß eines solchen „pass through“ hängt maßgeblich von der Wettbewerbsintensität auf den Handelsmärkten ab. Da im deutschen Lebensmitteleinzelhandel in weiten Teilen Wettbewerb herrscht, ist nicht zwingend davon auszugehen, dass Nachfragemacht in jedem Fall wettbewerbsschädlich ist. Eine solche Sicht hängt allerdings von Zielen der Wettbewerbspolitik und dem darauf aufbauenden wettbewerbspolitischen Leitbild ab. Das nationale Kartellrecht und das Bundeskartellamt in seiner Anwendungspraxis sehen den Wettbewerb an sich bzw. die Wettbewerbsfreiheit als Schutzobjekt. Daraus folgt, dass der Wettbewerb auf Beschaffungsmärkten ebenso schützenswert ist, wie der Wettbewerb auf Angebotsmärkten. Die Weitergabe von Wettbewerbsvorteilen an die Verbraucher „entlastet“ das nachfragemächtige Unternehmen nicht. Anders sieht dies etwa die Europäische Kommission, die sich stärker an dem Leitbild der Konsumentenwohlfahrt orientiert. Unter dieser Prämisse ist die Ausübung von Nachfragemacht aus der wettbewerblichen Perspektive nicht negativ zu werten, solange verbesserte Beschaffungskonditionen an die Konsumenten weitergegeben werden.

5.4 Würdigung der Ergebnisse der ökonometrischen Analyse

1096. Der Analysegegenstand des ökonometrischen Teils sind die Verhandlungen über die Konditionen der Markenartikel, die im deutschen Lebensmitteleinzelhandel im Food-Sortiment gehandelt werden. Die empirischen Analysen des Bundeskartellamtes zielen auf die Identifizierung der Einflussgrößen, die eine Wirkung auf die Beschaffungskonditionen haben können.[315] Wesentliche Befunde sind:

- Die empirische Untersuchung bestätigt, dass die Beschaffungsmenge einen maßgeblichen Einfluss auf die verhandelten Konditionen zugunsten der Handelsunternehmen hat. Hohe Beschaffungsmengen führen auf der Seite der Handelsunternehmen zu besseren Einkaufskonditionen. Die Ausdehnung der Beschaffungsmenge bzw. eine größere Beschaffungsmenge verschafft einem Handelsunternehmen Vorteile gegenüber Wettbewerbern.
- Die Untersuchung zeigt, dass die Outside-Options von Herstellern und Händler von den Umsatzanteilen der Verhandlungspartner im Austauschverhältnis untereinander abgebildet werden. In der überwiegenden Anzahl

---

311 Vgl. Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1117.

312 Vgl. dazu ausführlich Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1093 ff.

313 Vgl. Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1107.

314 Vgl. Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1145.

315 Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel, Darstellung und Analyse der Strukturen und des Beschaffungsverhaltens auf den Märkten des Lebensmitteleinzelhandels in Deutschland, Bericht gemäß § 32e GWB, September 2014, S. 412.

von Modellvariationen zeigen die gegenseitigen Umsatzanteile einen signifikanten Einfluss auf die Konditionen. Dabei gilt für jede der Verhandlungsparteien: Je besser die Ausweichalternativen, desto besser ist die Kondition aus der jeweiligen Sicht. Das Handelsunternehmen hat folglich dann die bessere Verhandlungsposition, wenn es nur einen vergleichsweise geringen Anteil seines gesamten Beschaffungsvolumens bei einem bestimmten Hersteller deckt, das Handelsunternehmen aber für einem vergleichsweise große Anteil des Absatzes dieses Herstellers verantwortlich ist. Bei den artikelbezogenen Untersuchungen des Bundeskartellamtes ist dies der Regelfall.

- Die Stärke einer Marke hat einen signifikanten Einfluss auf die Konditionen. Je stärker eine Marke aus Sicht der Endkunden, desto stärker ist die Verhandlungsposition des Herstellers. Begründen lässt sich dies mit überproportionalen Umsatzrückgängen, die auftreten, wenn das Handelsunternehmen eine starke Marke nicht im Sortiment führt und die Kunden dann nicht nur diesen Artikel bei einem anderen Händler kaufen, sondern auch Teile ihres sonstigen Bedarfs – im Extremfall sogar ihren gesamten Bedarf – bei dem anderen Handelsunternehmen decken. Nach den empirischen Untersuchungen Bundeskartellamtes sind aber lediglich etwa 6 Prozent der Artikel sogenannte Must-have-Produkte.
- Theoretische Überlegungen legen nahe, dass die Listung von Handelsmarken die Verhandlungsposition der Handelsunternehmen gegenüber den Herstellern von Markenartikeln stärkt. Die empirischen Untersuchungen des Bundeskartellamtes können dies nicht bestätigen. Sie ergeben keinen eindeutigen Befund, was nach Einschätzung des Bundeskartellamtes daran liegt, dass die Handelsunternehmen mit der Listung von Handelsmarken unterschiedliche Ziele verfolgen. Einerseits kann es darum gehen, Herstellermarken „unter Druck“ zu setzen. Andererseits kann die Listung von Handelsmarken Ausdruck einer komplexen Preisdifferenzierungsstrategie sein. Die Wirkungen auf die Verhandlungsstärke von Handelsunternehmen können daher unterschiedlich sein. Sie hängen unter anderem auch davon ab, ob ein Hersteller neben den Markenartikeln auch Handelsmarken und diese gegebenenfalls im selben Segment und für denselben Händler anbietet.
- Auch die Mitgliedschaft in einer Einkaufskooperation zeigt vielschichtige Effekte auf die Einkaufskonditionen. Insbesondere können nach den Feststellungen des Bundeskartellamtes auch Handelsunternehmen, die in keiner Einkaufskooperation sind, gute Konditionen erzielen. Bei einer Differenzierung nach großen (Kopf einer Einkaufskooperation) und kleinen Mitgliedern zeigt sich, dass die kleinen Mitglieder im Hinblick auf ihre Einkaufskonditionen überproportional profitieren.

1097. Die empirischen Analysen des Bundeskartellamtes werden insbesondere in den Stellungnahmen aus dem Kreis der Wissenschaft kritisiert. Wesentliche Kritikpunkte sind unter anderem die zu geringe Komplexität des Untersuchungsansatzes, der es nicht erlaubt, die Konditionenentstehung angemessen abzubilden[316], ein zu kurzer Untersuchungszeitraum[317], die fehlende Berücksichtigung der Endverbraucherseite[318] oder die Vernachlässigung dynamischer Effekte. Der Erkenntniswert der ökonometrischen Analyse wird als eher gering und seine Darstellung als wenig transparent gekennzeichnet.[319] Das Bundeskartellamt weist die Kritiken in seiner Kommentierung der Stellungnahmen überwiegend zurück und gibt zusätzliche Erläuterungen, etwa im Hinblick auf den gewählten Modellrahmen.[320]

1098. Die Monopolkommission teilt einige der vorgebrachten Kritikpunkte, etwa die an der fehlenden Berücksichtigung der Endverbraucherseite. Um Aussagen über die Aufteilung des über die Wertschöpfungskette erzielten Gewinns auf die

---

316 Vgl. Lademann, R., Zur Nachfragemacht von Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels, WuW 1/2015, S. 2 ff., hier S. 7.

317 Vgl. ebenda, S. 10.

318 Vgl. Haucap, J. u. a., Die Sektoruntersuchung des Bundeskartellamtes zur Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel – ein Kommentar aus ökonomischer Perspektive, DICE Ordnungspolitische Perspektiven, Düsseldorf, Februar 2015, S. 8 f.

319 Vgl. E.CA Economics, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel, Anmerkungen aus ökonomischer Sicht, Abschlussbericht vom 18. Dezember 2014, S. 27.

320 Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel, Darstellung und Analyse der Strukturen und des Beschaffungsverhaltens auf den Märkten des Lebensmitteleinzelhandels in Deutschland, Würdigung der eingegangenen Stellungnahmen zum Bericht vom September 2014, S. 21 ff.

Hersteller und die Handelsunternehmen machen zu können, hätte es einer Einbeziehung der Nachfrageseite des Lebensmitteleinzelhandels bedurft. Das Bundeskartellamt hat gegenüber der Monopolkommission geäußert, dass dies die Komplexität der Analyse noch einmal deutlich erhöht hätte. Das Bundeskartellamt wäre im Hinblick auf die dann noch zusätzlich zu erhebenden und zu verarbeitenden Daten an schwer zu überwindende Grenzen gestoßen. Auch wenn dieses Argument nach Auffassung der Monopolkommission grundsätzlich nachvollziehbar ist, gilt dennoch, dass die Aussagekraft der Sektoruntersuchung vor diesem Hintergrund nur begrenzt sein kann. Aussagen etwa im Hinblick auf die wettbewerbsschädlichen Effekte von Verhandlungsmacht im Austauschverhältnis zwischen Industrie und Handel sind auf dieser Grundlage nur sehr eingeschränkt möglich.

1099. Kritisch ist aus Sicht der Monopolkommission zudem, dass die Sektoruntersuchung den Zusammenhang zwischen mengenbedingten Konditionenverbesserungen und Nachfragemacht nicht hinreichend spezifizieren kann. Ein wesentliches Ergebnis der Sektoruntersuchung ist, dass die Beschaffungsmenge einen maßgeblichen Einfluss auf die verhandelten Konditionen hat. Hohe Beschaffungsmengen führen auf der Seite der Handelsunternehmen zu besseren Einkaufskonditionen. Dieser Befund des empirischen Teils der Sektoruntersuchung wird von einer Reihe anderer Untersuchungen gestützt, die zu ähnlichen Ergebnissen kommen. So hat unter anderem auch die Sektoruntersuchung der britischen Competition Commission für den Lebensmitteleinzelhandel aus dem Jahr 2008 einen entsprechenden Zusammenhang gefunden.[321] Konditionenverbesserungen bei steigenden Beschaffungsmengen können allerdings vielfältige Ursachen haben. Dazu gehören Effizienzeffekte, wie Kostenersparnisse durch größere Beschaffungsmengen, die Senkung von Logistikkosten u. v. m. Das Bundeskartellamt erkennt dies in seiner Sektoruntersuchung ausdrücklich an, sieht aber keine Möglichkeit festzustellen, ob Konditionenverbesserungen bei steigenden Nachfragemengen aus eben solchen Effizienzvorteilen oder aus Kostenunterschieden resultieren oder das Ergebnis von Verhandlungsmacht aufseiten des nachfragenden Handelsunternehmens sind. Hingewiesen wird darauf, dass die Identifizierung von Effizienzvorteilen auch daran scheitert, dass dazu Aspekte der Qualität und Innovationsbereitschaft kontrolliert werden müssten.[322] So sei nicht klar zu unterscheiden, ob vermeintliche Effizienzvorteile im Grunde eher Qualitätsverschlechterungen seien oder langfristig dazu führen, dass die Innovationsfähigkeit und -bereitschaft verringert werden. Die Monopolkommission sieht diese Aspekte nicht. Die These, dass Verhandlungsmacht von Handelsunternehmen die Hersteller zu einer Qualitätsreduktion veranlassen könnte verkennt, dass der Wettbewerb im Lebensmitteleinzelhandel nicht nur über den Preis ausgetragen wird, sondern auch über den Parameter Qualität.[323] Letzterer dürfte tendenziell für die Endkunden sogar an Bedeutung gewinnen. Händler verhandeln daher nicht nur über Preise mit ihren Lieferanten, sondern berücksichtigen und spezifizieren auch Qualitäten in den Lieferverträgen. Es ist davon auszugehen, dass der Handel einseitig durch die Hersteller vorgenommene Qualitätsminderungen nur in einem sehr engen Ausmaß hinnehmen würde. Die Existenz von Verhandlungsmacht aufseiten des Handelsunternehmens vermindert auch nicht zwingend die Innovationsbereitschaft eines Herstellers, sondern kann diese sogar verstärken.[324] Entscheidend für Innovationsanreize ist weniger der Effekt, den Verhandlungsmacht aufseiten des Handels auf die Gewinne der Hersteller im Allgemeinen hat, sondern der Effekt auf die Gewinne vor und nach der Einführung einer Innovation.[325] Mit einer Innovation kann sich ein Hersteller im Wettbewerb mit anderen Herstellern zumindest zeitweise absetzen, was seine Verhandlungsposition gegenüber dem Handel eher stärkt. Am Ende ist dies aber eine empirische Frage, die im Rahmen der Sektoruntersuchung grundsätzlich hätte geprüft werden können.[326]

1100. Die Sektoruntersuchung bietet eine umfassende Analyse der Marktstrukturen auf der Handels- und der Herstellerseite und der Verhandlungsergebnisse auf ausgewählten Beschaffungsmärkten. Positiv zu würdigen ist auch, dass das

---

[321] Vgl. Competition Commission, The Supply of Groceries in the UK Market Investigation, 2008, http://www.ias.org.uk/uploads/pdf/Price%20docs/538.pdf, Abruf am 22. Juni 2016. Siehe dazu auch Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1123 ff.

[322] Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel, Darstellung und Analyse der Strukturen und des Beschaffungsverhaltens auf den Märkten des Lebensmitteleinzelhandels in Deutschland, Würdigung der eingegangenen Stellungnahmen zum Bericht vom September2014, April 2016, S. 14.

[323] Vgl. Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1113.

[324] Vgl. ebenda, Tz. 1110.

[325] Vgl. E.CA Economics, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel, Anmerkungen aus ökonomischer Sicht, a. a. O., S. 12.

[326] Vgl. ebenda.

Bundeskartellamt die möglichen Ursachen von Nachfragemacht im Rahmen der ökonomischen Verhandlungstheorie analysiert und damit der neueren ökonomischen Forschung folgt. Kritisch sieht die Monopolkommission die fehlenden Berücksichtigung der Endverbraucherseite. Um Aussagen über die Aufteilung des über die Wertschöpfungskette erzielten Gewinns auf die Hersteller und die Handelsunternehmen machen zu können, hätte es einer Einbeziehung der Nachfrageseite des Lebensmitteleinzelhandels bedurft. Das Bundeskartellamt sieht dies mit Hinweis auf das verfolgte Leitbild des Wettbewerbs nicht. Das Bundeskartellamt sieht in seiner Anwendungspraxis den Wettbewerb an sich bzw. die Wettbewerbsfreiheit als Schutzobjekt, während die Europäische Kommission stärker auf die Konsumentenwohlfahrt abstellt. Unter dieser Prämisse ist Nachfragemacht kartellrechtlich unproblematisch, solange erzielte Vorzugskonditionen im Wettbewerb auf den Handelsmärkten an die Konsumenten in Form niedrigerer Preise weitergegeben werden. Nach Auffassung der Monopolkommission gelingt es der Sektoruntersuchung zudem nicht, den Zusammenhang zwischen mengen- und damit effizienzbedingten Konditionenverbesserungen und Nachfragemacht hinreichend zu spezifizieren. Wichtig erscheint vor diesem Hintergrund die Bereitschaft des Bundeskartellamtes, sich auch weiterhin an der wissenschaftliche Diskussion um die Erfassung und die Wirkungen von Nachfragemacht zu beteiligen. Dem Bundeskartellamt ist in seiner Einschätzung zuzustimmen, dass die Frage, ob es ein wettbewerbsschädliches und kartellrechtlich relevantes Maß an Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel gibt, nur in jedem konkreten Einzelfall und mit einem auf den Einzelfall angepassten Prüfungsansatz zu untersuchen ist.

6 Zunehmende Ökonomisierung der Kartellrechtsanwendung

6.1 Ökonomische Analysen im Berichtszeitraum

1101. Mit der Gründung der Referate „Ökonomische Grundsatzfragen“ und „Datenerfassung und Ökonometrie“ in 2007 bzw. 2014 hat das Bundeskartellamt der zunehmenden Ökonomisierung in Kartellrechtsverfahren Rechnung getragen. Ökonomische Analysen, die sowohl qualitative wie auch quantitative Untersuchungen umfassen können, finden bisweilen in der Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes unterschiedlich akzentuiert Berücksichtigung.[327] So bindet das Bundeskartellamt etwa in seiner Fallbearbeitung wesentliche Erkenntnisse der (wettbewerbs-)ökonomischen Literatur ein und führt qualitative Analysen zur Sachverhaltsbeschreibung bzw. -klärung durch. Ferner greift es seit langem auf Methoden der Deskriptiven Statistik, z. B. zur Marktabgrenzung und wettbewerblichen Würdigung, zurück. Quantitative Analysen unter Verwendung theoretischer Modelle sowie Methoden der Induktiven Statistik, insbesondere Regressionsanalysen, spielen dagegen in der Amtspraxis bislang noch eine vergleichsweise untergeordnete Rolle. Derartige Analysen sind allerdings gewöhnlich komplex, zeitaufwendig und damit ressourcenintensiv. Zudem können generell anhand von ökonomischen Analysen ungeachtet von der Methodenwahl lediglich zusätzliche Indizien gewonnen werden. Demgegenüber unterliegt das Bundeskartellamt stets der verfahrensrechtlichen Notwendigkeit, innerhalb der vorgegebenen Fristen verlässliche Informationen für sachverhaltsgerechte Entscheidungen zu sammeln. Das Bundeskartellamt hat daher in der Vergangenheit quantitative Analysen insbesondere mithilfe von Methoden der Induktiven Statistik einzelfallabhängig und komplementär zu qualitativen Analysen durchgeführt.

1102. Im aktuellen Berichtszeitraum 2014/2015 haben die Grundsatzreferate „Ökonomische Grundsatzfragen“ und „Datenerfassung und Ökonometrie“ die Beschlussabteilungen in ihren Fallbearbeitungen vor allem bei der Datenanalyse unterstützt. Das Tätigkeitsspektrum umfasste unter anderem die Konzeption von Fragebögen im Rahmen der Datenbeschaffung, die Datenaufbereitung zur Sicherstellung der Datenqualität sowie die Durchführung von quantitativen Analysen mittels Methoden der Deskriptiven Statistik.[328] Ferner übernahmen beide Referate die Prüfung der von Verfahrens-

---

[327] Als qualitative Analyse wird in diesem Abschnitt im Gegensatz zur quantitativen Analyse eine auf nicht formal-mathematische Methoden gründende Sachverhaltsanalyse verstanden. In der Statistik erfolgt mitunter eine Unterscheidung zwischen einer qualitativen und quantitativen Analyse anhand der Skalierung der zu untersuchenden Merkmale. Danach werden Untersuchungen zu nominal, ggf. ordinal skalierten Merkmalen als qualitative Analysen und zu mindestens ordinal, meist metrisch skalierten Merkmalen als quantitative Analyse bezeichnet; vgl. Fahrmeir, L. u. a., Statistik: Der Weg zur Datenanalyse 5. Aufl., München 2004, S. 20.

[328] Vgl. beispielhaft Kundenwechsel- oder Gebotsanalysen in BKartA, Beschluss vom 11. September 2014, B9-74/14, Tz. 155 ff. und Beschluss vom 24. März 2015, B2-112/14, Tz. 13. Derartige Analysen hatte das Amt bereits in zurückliegenden Verfahren angewendet; vgl. etwa Unterrichtung durch die Bundesregierung: Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 2013/2014 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet und Stellungnahme der Bundesregierung, BT-Drs.

parteien eingereichten ökonomischen Analysen. Vergleichsweise komplexe Methoden der Induktiven Statistik wendeten sie in der drei Jahre währenden und im September 2014 abgeschlossenen Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel sowie in dem im März 2015 entschiedenen Fusionskontrollverfahren Edeka/Tengelmann an.[329] Zudem stehen beide Referate wegen des Engagements des Bundeskartellamtes in diversen internationalen Vereinigungen in permanentem Kontakt mit ausländischen Wettbewerbsbehörden in Fragen zur Methodenanwendung in Kartellrechtsverfahren und Sektoruntersuchungen.[330]

1103. Die Monopolkommission begrüßt wie in früheren Gutachten grundsätzlich die zunehmende Einbeziehung quantitativer Analysen in die Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes.[331] Nach Auffassung der Monopolkommission können quantitative Analysen als „add-on" zu qualitativen Analysen zusätzliche Indizien liefern und einen Erkenntnisbeitrag leisten, sie aber aus methodischen sowie juristischen Gründen nicht ersetzen. Eine vermehrte Anwendung quantitativer Methoden kann prinzipiell Lerneffekte zugunsten zukünftiger Verfahren fördern. Die Monopolkommission konstatiert, dass die durchgeführten quantitativen Analysen zu den Verfahrensentscheidungen des Bundeskartellamtes unterstützend beitrugen. Sie erkennt ferner die in den Untersuchungen des Bundeskartellamtes dargebotene analytische Sorgfalt insbesondere mit Blick auf die mit quantitativen Analysen verbundene Komplexität und die in Kartellrechtsverfahren unterliegende zeitliche Restriktion an.

6.2 Datenzugang für Verfahrensbeteiligte

1104. In Zeiten einer zunehmenden Ökonomisierung der Kartellrechtsanwendung gewinnen umfangreiche Datenanalysen für die behördliche Entscheidungspraxis an Bedeutung.[332] Zum einen reichen Unternehmen, gegen die sich kartellbehördliche Verfahren richten, in den letzten Jahren vermehrt ökonomische Gutachten ein, um die auf einen Wettbewerbsverstoß hinweisenden Verdachtsmomente oder die gegen eine fusionskontrollrechtliche Freigabe sprechenden Gesichtspunkte zu entkräften. Die ökonomischen Gutachten enthalten gewöhnlich quantitative Analysen auf Grundlage statistischer Methoden, deren Ergebnisse von den Behörden oftmals mittels eigener quantitativer Analysen verifiziert werden. Zum anderen erheben die Behörden selbst vermehrt Daten, um quantitative Analysen durchzuführen. Auf konzeptioneller Ebene geht es dabei häufig um Fragen der Marktabgrenzung oder die Überprüfung von Schadenstheorien.[333] Mit der zunehmenden Bedeutung von Datenanalysen in der Kartellrechtsanwendung stellt sich für die Verfahrensbeteiligten die Frage, ob die beteiligten Unternehmen bzw. von ihnen beauftragte ökonomische Berater im Rahmen der Akteneinsicht gleichzeitig Zugang zu den vorhandenen Daten haben, um die ökonomischen Analysen der Kartellbehörde überprüfen oder mindestens nachvollziehen zu können.

1105. Verfahrens- und Zustellungsbevollmächtigte haben einen Anspruch auf Akteneinsicht sowohl in die Verfahrensakte wie auch in sichergestellte Beweismittel während der Dauer der Verfahren, soweit der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, öffentliche Interessen (z. B. Belange der öffentlichen Sicherheit) oder der Datenschutz (z. B. personenbezogene Daten) nicht entgegenstehen.[334] Ihnen werden darüber hinaus Möglichkeiten zur Einsichtnahme in die

18/5210 vom 15. Juni 2014, S. 36 ff. Ferner hatte das Amt im Berichtszeitraum zwei Jahresberichte zur Markttransparenzstelle für Kraftstoffe (MTS-K) veröffentlicht, in denen es die Entwicklung deutschlandweiter Kraftstoffpreise mithilfe von Methoden der Deskriptiven Statistik untersuchte.

329 BKartA, Beschluss vom 31. März 2015, B2-96/14 und Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel: Darstellung und Analyse der Strukturen und des Beschaffungsverhaltens auf den Märkten des Lebensmitteleinzelhandels in Deutschland – Bericht gemäß § 32e GWB – September 2014.

330 Vgl. BKartA, http://www.bundeskartellamt.de/DE/Internationales/internationales_node.html, Abruf am 11. Februar 2016.

331 Vgl. Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1089 sowie XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 449.

332 Zur Praxis der Europäischen Kommission und des Bundeskartellamtes vgl. jeweils Tz. 860 ff. und Tz. 1101 f. in diesem Gutachten sowie Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 694 ff. und Tz. 1083 ff.

333 Vgl. BKartA, Jahresbericht 2016, Bonn, Mai 2016, S. 9.

334 Hierbei werden gewöhnlich vertrauliche Informationen bzw. Daten vor Einsichtnahme unkenntlich gemacht. Für Deutschland ergibt sich das Akteneinsichtsrecht aus §§ 29, 14 Abs. 1 VwVfG (analog) i. V. m. §§ 54 ff. GWB im Verwaltungsverfahren und § 147 StPO i. V. m. §§ 46 Abs. 1, 49 Abs. 1 OWiG im Bußgeldverfahren.

von den Wettbewerbsbehörden verwendeten Daten und Verifizierung der quantitativen Analysen vonseiten der Wettbewerbsbehörden jeweils in unterschiedlichem Umfang eingeräumt.

1106. Die Europäische Kommission gewährt insbesondere bei Fusionskontrollverfahren Beratern von Verfahrensbeteiligten Zugang zu Daten und den ökonomischen Analysen. Die Generaldirektion Wettbewerb hat im Jahr 2015 einen Leitfaden veröffentlicht, in dem sie für externe Berater der Unternehmen Regelungen zum Zugang zu den in laufenden Verfahren verwendeten Informationen formuliert.[335] Der Datenzugang über einen Datenraum wird nach Ermessen der Europäischen Kommission sichergestellt, indem externe Berater die quantitativen Analysen (z. B. statistische Schätzungen) und qualitativen Analysen (z. B. interne Strategiepapiere) überprüfen können. Den externen Berater ist in dem Datenraum das technische Equipment (Hardware und Software) zur Verfügung zu stellen, mit dem diese ihre Analysen betreiben können. Während der Einsichtnahme im Datenraum stehen die externen Berater stets unter der Aufsicht der Europäischen Kommission. Den externen Beratern ist grundsätzlich gestattet, zusätzlich Programmcodes sowie für ihre Analysen notwendigen Unterlagen in physischer und digitaler Form mit in den Datenraum mitzunehmen. Zudem ist den externen Beratern während der Zeit im Datenraum erlaubt, jeweils einen Bericht anzufertigen. Dieser Bericht darf keine vertraulichen Informationen enthalten, sondern nur die Ergebnisse und Rückschlüsse deren Prüfung. Die Berichte sowie alle Unterlagen, die die externen Berater aus dem Datenraum mitnehmen, werden von den Fallbearbeitern geprüft und, sofern diese Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse oder anderweitig vertrauliche Informationen enthalten, bereinigt. Sofern die Berichte zulässige Informationen enthalten, werden diese von der Europäischen Kommission an die jeweiligen Unternehmen versendet. Den externen Beratern ist es strengstens untersagt, Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse oder anderweitig vertrauliche Informationen weiterzugeben. Bevor ihnen der Zugang zum Datenraum gewährt wird, sind sie zur Unterzeichnung von Vertraulichkeitsvereinbarungen verpflichtet.[336] Vorab informiert die Europäische Kommission die natürlichen und juristischen Personen, deren Daten in dem Datenraum eingesehen werden sollen, und gibt ihnen die Möglichkeit zur Stellungnahme. Des Weiteren wird ihnen anheim gestellt, juristische Berater während der Einsichtnahme in die Datenräume zu entsenden. Unstimmigkeiten zwischen der Europäischen Kommission und den Beteiligten sollen durch einen Anhörungsbeauftragten geklärt werden.[337] Mit der Einrichtung eines solchen Datenraums ist das Ziel verbunden, den betroffenen Beteiligten das Recht auf ein faires Verfahren durch Bereitstellung aller für sie relevanten und zulässig einsehbaren Informationen zu gewährleisten.

1107. Neben der Europäischen Kommission machen weitere europäische Wettbewerbsbehörden von der Einrichtung von Datenräumen für Verfahrens- und Zustellungsbevollmächtigte Gebrauch.[338] Das Bundeskartellamt lehnt es hingegen bislang ab, Verfahrens- und Zustellungsbevollmächtigte den Zugang zu Daten zu ermöglichen. Das Amt musste sich im Rahmen des Fusionskontrollverfahrens Edeka/Kaiser's Tengelmann mit der Frage eines Zugangs zu Datensätzen von quantitativen Analysen mittels eines Datenraums beschäftigen.[339] Das Bundeskartellamt hatte im Rahmen des Verfahrens mehrere vergleichsweise umfangreiche quantitative Analysen auf der Grundlage selbst erhobener Daten durchgeführt. Seitens der beteiligten Unternehmen wurde angefragt, ob über die übliche Akteneinsicht hinaus, Zugang zu den

---

[335] EU-Kommission, Best practices on the disclosure of information in data rooms, 2. Juni 2015. Die Europäische Kommission versteht unter externen Beratern Ökonomen und Juristen, die Unternehmen beraten, gegen die sich das jeweilige Verfahren richtet. Darüber hinaus vgl. EU-Kommission, DG Competition – Best Practices on the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU, 2010, Tz. 85; 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, 2010, Tz. 45.

[336] EU-Kommission, Annex A: Standard data room rules – Terms of Disclosure of Business Secrets and other Confidential Information on "External Advisers Only" Basis ("Data Room Rules"), 2. Juni 2015; Annex B: Standard Non-Disclosure Agreement – Non-Disclosure Agreement, 2. Juni 2015.

[337] Vgl. EU Kommission, http://ec.europa.eu/competition/hearing_officers/index_en.html, Abruf am 23. Juni 2016.

[338] Beispielhaft die britische Wettbewerbsbehörde vgl. Competition & Markets Authority, Transparency and disclosure: Statement of the CMA's policy and approach, Januar 2014, Tz. 4.29 ff. sowie die schwedische Wettbewerbsbehörde, vgl. KONKURRENSVERKET Swedish Competition Authority, Guidance from the Swedish Competition Authority for the notification and examination of concentrations between undertakings, 15. April 2015, S. 25 ff.; Ferner vgl. OECD, Procedural Fairness and Transparency – Key Points, 2012, S. 17 ff.

[339] BKartA, Beschluss vom 31. März 2015, B2-96/14. Ausführlicher zum Verfahren vgl. Tz. 704 ff. in diesem Gutachten sowie Monopolkommission, Sondergutachten 70, a. a. O.

Datensätzen gewährt werden könne. Das Bundeskartellamt hat dies abgelehnt. Begründet wurde dies unter anderem mit dem Hinweis darauf, dass die bei den Unternehmen erhobenen Daten Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse seien und die Einsichtsnahme in die Daten in Anlehnung an das Vorgehen der Europäischen Kommission eine Weitergabe von eben diesen Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen darstelle. Dies gelte auch, wenn die Parteien bzw. deren ökonomische Berater Vertraulichkeitsvereinbarungen unterzeichnet hätten. Für die betroffenen Beteiligten der von dem Bundeskartellamt geführten Verfahren besteht somit – anders als bei der Europäischen Kommission sowie anderen nationalen Kartellbehörden – derzeit keine Möglichkeit, die Datenanalysen der Behörde in laufenden Verfahren nachvollziehen oder plausibilisieren zu lassen.[340]

1108. Die Monopolkommission regt an, diese Praxis zu überprüfen. Sollte die Rechtsauffassung des Bundeskartellamtes zutreffen, dass der von der Europäischen Kommission im Rahmen von Fusionskontrollverfahren praktizierte Datenzugang nach deutschem Recht nicht möglich ist, sollte der Gesetzgeber prüfen, ob eine entsprechende Anpassung des nationalen Rechts erfolgen sollte. Soweit Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, öffentliche Interessen und der Datenschutz gewahrt werden, stellen der Zugang zu Daten und die Möglichkeit, quantitative Analysen der Kartellbehörde im Rahmen von Verfahren nachzuvollziehen ein probates Mittel zur Erhöhung der Verfahrenstransparenz und Akzeptanz behördlicher Entscheidungen dar.

1109. Umfangreiche Datensätze werden darüber hinaus bei Sektoruntersuchungen gemäß § 32e GWB erhoben. Aus den Sektoruntersuchungen können Feststellungen der Kartellbehörden, z. B. hinsichtlich der Marktbeherrschung bestimmter Unternehmen, resultieren. Sofern diese in künftigen Verwaltungsverfahren einen Teil der Entscheidungsgrundlage bilden, sind sie für betroffene Unternehmen kaum gerichtlich anfechtbar. Eine Klage mit Blick auf die Sektoruntersuchung selbst dürfte nicht möglich sein. Denkbar wäre zwar eine Inzidentkontrolle bei der Überprüfung der konkreten behördlichen Entscheidung. Diese Inzidentkontrolle seitens des Gerichts dürfte aber ihrerseits mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sein, da sie komplexe ökonomische Zusammenhänge und sehr umfangreiche quantitative Analysen betrifft. Auch hier wäre deshalb nach Auffassung der Monopolkommission zu prüfen, in welchem Umfang und unter welchen Voraussetzungen Verfahrensbeteiligte bzw. ihre externen Berater Zugang zu diesen Daten erhalten können.

7 Ex post-Evaluationen behördlicher Entscheidungen

7.1 Einführung

1110. Untersuchungen zur Überprüfung der Entscheidungen von Wettbewerbsbehörden werden gemeinhin als Ex post-Evaluationen bezeichnet. Mit Ex post-Evaluationen können prinzipiell die von den Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden ausgehenden markt- bzw. sektorspezifischen Wettbewerbseffekten sowie sektorübergreifenden Wohlfahrtseffekten identifiziert werden.[341] Hierbei ist zwischen direkten und indirekten Wettbewerbseffekten zu trennen.[342] Während sich die direkten Wettbewerbseffekte im Rahmen der Evaluationen anhand von Veränderungen relevanter Markt- und Wettbewerbsindikatoren wie z. B. von Marktpreisen und -anteilen sowie Produktvielfalt quantifizieren lassen, sind die indirekten Wettbewerbseffekte wie z. B. pro-kompetitive Verhaltensveränderungen der Marktagenten infolge einer gesteigerten Abschreckungswirkung nur bedingt abschätzbar.[343]

1111. Wettbewerbsbehörden gründen ihre Entscheidungen auf geltendes Kartellrecht und dem jeweiligen verfahrensgegenständlichen Sachverhalt. Bevor Wettbewerbsbehörden ihre Entscheidungen treffen, evaluieren sie ex ante die

---

[340] Auch in gerichtlichen Verfahren ist die Akteneinsicht beschränkt; vgl. etwa für das Beschwerdeverfahren § 72 Abs. 2 GWB.

[341] EU-Kommission, Ex-post economic evaluation of competition policy enforcement: A review of the literature, Juni 2015, S. 33 ff.

[342] Die Analyse direkter und indirekter Wettbewerbseffekte gleicht z. T. einer Analyse der durch die behördlichen Entscheidungen hervorgerufenen allokativen, produktiven sowie dynamischen Effizienzsteigerungen. Die allokative Effizienz von (intensiverem) Wettbewerb beschreibt eine vergleichsweise wohlfahrtsoptimale Verteilung der Marktrenten, die produktive Effizienz eine vergleichsweise effiziente Verteilung der Ressourcen und die dynamische Effizienz vergleichsweise höhere Innovationsanreize.

[343] Zur Abschreckungswirkung geltender Sanktionsmaßnahmen bei Kartellrechtsverstößen in Deutschland und Europa vgl. etwa Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 140 ff. Zu Möglichkeiten der Wettbewerbsbehörden zur Steigerung der Abschreckungswirkung geltenden Kartellrechtes mittels Screening vgl. etwa ebenda Tz. 815 ff.

möglicherweise eintretenden Wettbewerbseffekte der aus ihrer Sicht relevanten Entscheidungsoptionen innerhalb der verfahrensrechtlich vorgegebenen Zeiträume. Für eine sachverhaltsgerechte Ex post-Evaluation bedarf es daher einer Berücksichtigung des ausgestalteten Rechtsrahmens sowie der unterschiedlichen, zum Zeitpunkt der Ex ante-Evaluation bzw. der behördlichen Entscheidung und dem der Ex post-Evaluation vorliegenden Informationsmengen.

1112. Ex post-Evaluationen können grob in drei Kategorien unterteilt werden[344]:

- Berichterstattung über Entscheidungspraxis
- Entscheidungsspezifische Nachuntersuchungen
- Weitreichende Wirkungsanalysen.

Eng an die Wahl eines Evaluationstypus geknüpft sind die dazugehörigen Beweggründe bzw. die mit einer Evaluation verbundenen wirtschaftspolitischen Ziele:

- Verbesserung der behördlichen Entscheidungspraxis
- Darlegung des volkswirtschaftlichen Nutzens behördlicher Tätigkeiten
- Erhöhung der behördlichen Transparenz
- Steigerung der Effektivität des Rechtsrahmens
- Nachkommen einer gesetzlichen Verpflichtung.

1113. Mittels Berichterstattung der Wettbewerbsbehörden über ihre Entscheidungspraxis in Jahres- und Tätigkeitsberichten können diese ihren gesetzlichen Auftrag nachkommen und die gesetzgebenden Körperschaften, Verbraucher und Unternehmen informieren. Ferner können sie mit einer umfassenden Berichterstattung öffentlichkeitswirksam ihren volkswirtschaftlichen Nutzen, basierend auf Schätzungen der durch die Entscheidungspraxis ausgelösten Wohlfahrtsgewinne (insbesondere finanzielle Entlastungen der Verbraucher), dokumentieren und zugleich Rechenschaft über die Verwendung der eingesetzten Steuergelder ablegen. Da Jahres- und Tätigkeitsberichte einem kurzperiodigen Veröffentlichungszyklus unterliegen, findet eine zeitnahe Berichterstattung nach Bekanntgabe der Entscheidungen statt, weshalb die zu den Wohlfahrtseffekten getroffenen Aussagen überwiegend Prognosen darstellen.[345] Für die Schätzungen etwaiger Wohlfahrtsveränderungen sind neben den Evaluationsmethoden insbesondere die für die Prognosen zugrunde zulegenden Annahmen von Bedeutung.

1114. Eingehende Nachuntersuchungen zu den markt- und sektorspezifischen Wettbewerbseffekten einzelner oder mehrerer Entscheidungen der Wettbewerbsbehörde ermöglichen eine Überprüfung der Angemessenheit und Wirksamkeit der Entscheidungen anhand der faktischen Wettbewerbsentwicklungen. Hierdurch können sich insbesondere Lerneffekte bei den Wettbewerbsbehörden einstellen, z. B. in Bezug auf die Auswahl von spezifischen Methoden zur Durchsetzung des Kartellrechts, und die behördliche Schwerpunktsetzung verändern, z. B. ein vermehrter Einsatz personeller Ressourcen in spezielle Aufgabenbereiche. Beides führt gemeinhin zu einer Verbesserung der zukünftigen Entscheidungspraxis und Wettbewerbskontrolle. Des Weiteren können entscheidungsspezifische Nachuntersuchungen zu einer Effektivierung der Rechtsordnung dahin gehend beitragen, als dass behördliche Entscheidungen auf geltendes Recht gründen und sich demzufolge aus den Ergebnissen der Ex post-Evaluationen mitunter ein Modifizierungsbedarf bei der Rechtsordnung ableiten lässt. Hierfür sind vor allem Meta-Analysen geeignet, in denen eine Vielzahl an behördlichen Entscheidungen desselben Rechtsgebietes (Fusionskontrolle, Kartellverfolgung oder Missbrauchsaufsicht) analysiert

---

[344] Vgl. OECD, Working Party No. 2 on Competition and Regulation, Evaluation of Competition Enforcement and Advocacy Activities: The Results of an OECD Survey, 20. Februar 2013, S. 3 f. Zu einer alternativen, vergleichsweise differenzierten Klassifizierung vgl. EU-Kommission, Ex-post economic evaluation of competition policy enforcement: A review of the literature, a. a. O., S. 33 ff.

[345] Während nach der Klassifizierung der OECD Prognosen zu den Wohlfahrtseffekten behördlicher Entscheidungen unter dem Evaluations-Typus „Berichterstattung über Entscheidungspraxis" subsumiert werden, werden sie nach der Klassifizierung der Europäischen Kommission zu „Makroökonomische Wirkungsanalysen" gezählt; vgl. ebenda, S. 80 ff. einschließlich Fn. 15.

wird. Zur Identifizierung der Wettbewerbseffekte bedarf es in der Regel einer mehrjährigen Zeitspanne vor und nach dem Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung.[346]

1115. Ex post-Evaluationen können zudem die Messung der von den behördlichen Entscheidungen ausgehenden in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht weitreichenden Markteffekte zum Ziel haben. Dies beinhaltet z. B. die Quantifizierung sektorübergreifender und makroökonomischer Effekte. Solche weitreichenden Wirkungsanalysen bieten die Möglichkeit, vor allem den volkswirtschaftlichen Nutzen der Entscheidungspraxis zu dokumentieren. Auch kann hiermit die Effektivität des Rechtsrahmens überprüft werden, da Überschneidungen zwischen dem Kartellrecht und anderen Rechtsgebieten verdeutlicht und in der Folge analysiert werden können.[347] Zur Durchführung derart weitreichender Wirkungsanalysen bedarf es ebenfalls einer mehrjährigen Zeitspanne zwischen dem Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung und dem der Durchführung der Ex post-Evaluation. Wegen einer fehlenden sachlichen, räumlichen sowie zeitlichen Marktabgrenzung gestaltet sich eine Identifizierung solcher Effekte vergleichsweise schwierig.

1116. Die normative Analyse einer Ex post-Evaluation, in welcher die durch die behördliche Entscheidung ausgelösten Markt- und Wettbewerbseffekte, vor allem Marktpreiseffekte, unter wohlfahrtsökonomischen Gesichtspunkten bewertet werden sollen, basiert im Wesentlichen auf den Vergleich des faktischen Wettbewerbszustandes mit dem hypothetischen, kontrafaktischen Wettbewerbszustand. Der kontrafaktische Wettbewerbszustand stellt den Zustand dar, der eingetreten wäre, wenn die Wettbewerbsbehörde nicht die betreffende Entscheidung getroffen hätte. Aus dem Vergleich beider Zustände leitet sich der Nettoeffekt der behördlichen Entscheidung ab. Entspricht der Nettoeffekt z. B. einer Preissenkung bei gleichbleibender Qualität, so würde dies die Konsumentenrente tendenziell erhöhen und damit als positiv gewertet werden, wohingegen eine Preiserhöhung die Konsumentenrente tendenziell verringert und als negativ beschieden würde. Dabei kann sowohl einem positiven wie auch einem negativen Nettoeffekt unter Umständen eine unverhältnismäßige behördliche Entscheidung unterliegen. So kann etwa eine die Konsumentenwohlfahrt fördernde Entscheidung zu restriktiv (sogenannter Fehler Typ I), eine die Konsumentenwohlfahrt beeinträchtigende Entscheidung hingegen unzureichend sein (sogenannter Fehler Typ II). Die Unverhältnismäßigkeit einer Entscheidung einer Wettbewerbsbehörde lässt sich – sofern keine eklatanten Verfahrensfehler begangen werden – erst nachträglich feststellen, d. h., wenn sich die durch die Entscheidung ausgelösten Markt- und Wettbewerbsimpulse vollends entfalten haben.

1117. Für eine Identifizierung der Markt- und Wettbewerbseffekte einer behördlichen Entscheidung sind demnach Informationen über den kontrafaktischen Wettbewerbszustand von großer Bedeutung. Zur Identifizierung der Wettbewerbs- und Markteffekte kommen verschiedene qualitative und quantitative Evaluationsmethoden in Betracht. Während es sich bei den qualitativen Methoden etwa um Umfragen unter Marktbeobachtern und Befragungen von Marktteilnehmern handelt, umfasst das Spektrum quantitativer Methoden insbesondere Methoden der Induktiven Statistik bzw. ökonometrische Methoden. Die datenbasierten, größtenteils empirischen Analysen können z. T. modelltheoretisch fundiert sein. Der Anwendungsbereich der Evaluationsmethoden ist nicht auf Verfahren spezieller Kartellrechtsbereiche beschränkt, sondern vielmehr aufgrund der Vor- und Nachteile der einzelnen Evaluationsmethoden maßgeblich durch die Evaluationsziele bestimmt. Zu den gängigen Evaluationsmethoden, die in den Folgeabschnitten dieses Kapitels exemplarisch vorgestellt werden, gehören[348]:

- Deskriptive Statistik (zur Verbraucherersparnis)
- Quasi-Experimentelle Methoden
- Simulationen von Mehrgleichungsmodellen strukturierter Form

---

[346] Die Europäische Kommission empfiehlt etwa bei Evaluationen von Fusionskontrollverfahren, dass mindestens ein Jahr der Post Merger-Integration erfasst wird, insbesondere bei Freigaben ohne Nebenbestimmungen; vgl. EU-Kommission, A review of merger decisions in the EU: What can we learn from ex-post evaluations?, Juli 2015, S. 25 f.

[347] Vgl. etwa Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 449 f., 554 und XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1383 f.

[348] Auszug aus EU-Kommission, Ex-post economic evaluation of competition policy enforcement: A review of the literature, a. a. O., Tabelle I.6. Zu einer Übersicht über die Anwendungsmöglichkeiten der Evaluationsmethoden sowie zu den methodischen Vor- und Nachteilen vgl. OECD, Reference guide on ex-post evaluation of competition agencies' enforcement decisions, April 2016, S. 66 ff.

- Event-Studien
- Marktumfragen und Interviews
- Ökonometrische Schätzungen von Mehrgleichungsmodellen reduzierter Form.

1118. Den potenziellen Erkenntnisgewinnen von Ex post-Evaluationen stehen Unwägbarkeiten bei der Umsetzung gegenüber. In Bezug auf die Methodenwahl ist festzuhalten, dass die Anwendung sowohl von qualitativen wie auch quantitativen Methoden Fehlerpotenziale in sich bergen kann. Die mittels qualitativer Methoden, wie etwa Marktumfragen, erhobenen Daten stellen beispielsweise Einschätzungen und damit subjektive Bewertungen der Befragten zu einem Sachverhalt dar, die (bewusst oder unbewusst) unpräzise sein können. Bei quantitativen Analysen werden in aller Regel statistische Methoden verwendet, die allesamt qua Definition stochastisch und damit fehlerbehaftet sein können. Die aus den empirischen Analysen gewonnenen Erkenntnisse sind daher als Indizien und nicht als Beweise zu interpretieren. Gewöhnlich steigt die Güte und somit die Aussagekraft einer empirischen Analyse mit der Datenqualität sowie -quantität und der Methodenkomplexität. Die Sicherstellung eines hohen Qualitätsstandards bei der Datenbeschaffung, Methodenanwendung und Datenauswertung ist mit einem relativ hohen personellen, sachlichen und zeitlichen Ressourcenaufwand verbunden, weshalb Ex post-Evaluationen umfangreiche Planungen voraussetzen.[349]

1119. Die Planungen schließen insbesondere auch die Entscheidung ein, ob die Ex post-Evaluationen von den betreffenden Wettbewerbsbehörden selbst oder von Verfahrensunbeteiligten, vornehmlich von Vertretern der Wissenschaft, vorgenommen werden sollen. Für die Betrauung von Verfahrensunbeteiligten mit Ex post-Evaluationen spricht prinzipiell deren Unabhängigkeit, obgleich auch sie befangen sein können.[350] So könnte etwa für sie der Anreiz bestehen, Evaluationsergebnisse tendenziell im Sinne des Auftraggebers, z. B. der zu evaluierenden Wettbewerbsbehörde, zu ermitteln, um Folgeaufträgen zu akquirieren. Während eine Selbstevaluation der Wettbewerbsbehörden stets ein erhöhtes Risiko einer Verzerrung bei der Selektion der zu evaluierenden behördlichen Entscheidungen – zugunsten derjenigen mit der Aussicht auf ein positives Evaluationsergebnis – in sich birgt, erscheint dieser Interessenkonflikt bei Verfahrensunbeteiligten gleichwohl geringer. Dem Risiko einer Selektionsverzerrung liegt die Annahme zugrunde, dass die Wettbewerbsbehörden die Auffassung vertreten könnten, dass sie bei einem aus ihrer Sicht negativen Evaluationsergebnis Reputationsverluste erleiden würden, sich gegebenenfalls Schadensersatzklagen und einer verminderten Abschreckungswirkung ihrer Sanktionsmaßnahmen ausgesetzt sähen, was ihre zukünftige Entscheidungspraxis beeinträchtigen könnte.[351] Ungeachtet dessen spricht für die Betrauung von Verfahrensunbeteiligten, dass diese möglicherweise im Vergleich zu den Wettbewerbsbehörden über eine höhere Methodenkompetenz und Anwendungserfahrung verfügen. Wettbewerbsbehörden hingegen verfügen über verfahrensbezogene Detailkenntnisse und Zugang zu den bereits erhobenen Daten einschließlich Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse. Mit den ihnen in der Regel per Gesetz erteilten Auskunftsbefugnissen können sie zudem im Gegensatz zu den Verfahrensunbeteiligten zusätzliche für die Ex post-Evaluationen relevante Unternehmensdaten beschaffen.[352]

1120. Gerichtliche Überprüfungen von behördlichen Entscheidungen können den zuvor skizzierten Trade-off zwischen Effektivität und Unabhängigkeit bei Ex post-Evaluationen nicht auflösen. Gerichtliche Überprüfungen sind wie die behördliche Entscheidungspraxis wesentlicher Bestandteil der Rechtsdurchsetzung und werden aus diesem Grund gewöhnlich nicht als Ex post-Evaluation betrachtet, vielmehr können sie selbst einer Ex post-Evaluation unterliegen.[353]

---

[349] Vgl. etwa Hüschelrath, K./Leheyda, N., A Methodology for the Evaluation of Competition Policy, European Competition Journal 6(2), 2010, S. 397-425.

[350] Vgl. etwa Niels, G./van Dijk, R., Competition policy: What are the costs and benefits of measuring its costs and benefits, De Economist 156(4), 2008, S. 349-364.

[351] Vgl. etwa Neven, D. J./Zenger, H., Ex Post Evaluation of Enforcement: A Principal-Agent Perspective, De Economist 156(4), 2008, S. 477-490.

[352] Vgl. etwa Kovacic, W. E., Using ex post evaluations to improve the performance of competition policy authorities, Journal of Corporation Law 31(2), 2006, S. 504-547.

[353] Vgl. etwa Bergman, M. A., Quis Custodiet Ipsos Custodes or Measuring and Evaluating the Effectiveness of Competition Enforcement, De Economist 156(4), 2008, S. 391.

7.2 Berichterstattung über Entscheidungspraxis

7.2.1 Anwendungspraxis

1121. Die überwiegende Mehrheit der Wettbewerbsbehörden aus den OECD-Ländern ist zu einer jährlichen Veröffentlichung eines Tätigkeitsberichts gesetzlich verpflichtet.[354] In ihren Tätigkeitsberichten geben die Wettbewerbsbehörden detaillierte Auskunft über die in dem Berichtszeitraum vorgenommenen behördlichen Tätigkeiten wie z. B. über die laufenden und abgeschlossenen Verfahren sowie erhobenen Bußgelder. Zudem publizieren einige Wettbewerbsbehörden wie etwa die Europäische Kommission jährlich Schätzungen zu den finanziellen Entlastungen auf Grundlage von Methoden der Deskriptiven Statistik, die Verbraucher durch die Verfahrensentscheidungen im Bereich der Kartellverfolgung, Missbrauchsaufsicht und Fusionskontrolle zuteil geworden sein sollen („customer savings").

1122. In Deutschland veröffentlicht das Bundeskartellamt gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 GWB alle zwei Jahre einen Tätigkeitsbericht über seine Tätigkeit sowie über die Lage und Entwicklung in seinem Zuständigkeitsbereich. Ferner erstellt es gemäß § 53 Abs. 3 GWB einen Bericht über seine Monitoringtätigkeit nach § 48 Absatz 3 GWB im Einvernehmen mit der Bundesnetzagentur, soweit Aspekte der Regulierung der Leitungsnetze betroffen sind. Darüber hinaus veröffentlicht das Bundeskartellamt einen Jahresbericht, indem es einen Überblick über sein Tätigkeitsspektrum verschafft. Zudem betreibt das Bundeskartellamt Öffentlichkeitsarbeit zur Förderung des gesellschaftlichen Verständnisses für die Wettbewerbspolitik, insbesondere im sekundären Bildungsbereich.[355] In seinem Jahresbericht publiziert das Bundeskartellamt bislang zwar keine Schätzungen zu der durch die Entscheidungspraxis insgesamt bewirkten finanziellen Entlastung der Verbraucher, gleichwohl weist es auf die verhängten Bußgelder sowie den Nutzen für die Verbraucher und in seinem 2015er Jahresbericht erstmals auf die durch die Verfolgung von Hardcore-Kartellen erzielten Verbraucherersparnisse hin.[356] In seinem Tätigkeitsbericht hat das Bundeskartellamt vereinzelt Schätzungen zu der auf seine Ermittlungspraxis zurückzuführenden Verbraucherersparnis veröffentlicht.[357]

7.2.2 Deskriptive Statistik (zur Verbraucherersparnis)

1123. Die Schätzung über die jährliche finanzielle Entlastung der Verbraucher, die durch die Entscheidungspraxis einer Wettbewerbsbehörde bedingt worden sein sollen, ergibt sich aus der Summe aller Schätzungen zu den jeweils von den spezifischen behördlichen Entscheidungen hervorgerufenen Verbraucherersparnissen. Die Schätzung der durch eine behördliche Entscheidung hervorgerufene Verbraucherersparnis beruht im einfachsten Fall ohne Berücksichtigung dynamischer Effekte auf dem Produkt der folgenden drei Parameter: der durch die Entscheidung der Wettbewerbsbehörde hervorgerufene Marktpreisreduktion, des tatbezogenen Umsatzes des relevanten Marktes und der erwarteten Länge des Zeitraums der anhaltenden Marktpreisreduktion.

---

354 Die OECD hat im Februar 2012 eine Umfrage zu Ex post-Evaluationen unter 52 Wettbewerbsbehörden durchgeführt, an der sich 46 beteiligt haben; vgl. OECD, Working Party No. 2 on Competition and Regulation, Evaluation of Competition Enforcement and Advocacy Activities: The Results of an OECD Survey, a. a. O., S. 5 ff.

355 Vgl. BKartA, http://www.bundeskartellamt.de/DE/UeberUns/Schulmaterial/schulmaterial_node.html, Abruf am 22. März 2016.

356 Vgl. BKartA, Jahresbericht 2015, Mai 2016, S. 20; Jahresbericht 2014, Juni 2015, S. 20; Jahresbericht 2013, Juli 2014, S. 20.

357 In seiner Sektoruntersuchung Duale Systeme etwa hat das Bundeskartellamt die Verbraucherersparnis der durch die 2003 vollzogene Auflösung der kartellartigen Gesellschafterstruktur bei der Gesellschaft Duales System Deutschland im Bereich der Abfallwirtschaft für den Zeitraum von 2003-2011 auf mindestens EUR 5,6 Mrd. geschätzt; vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht 2011/2012, BT-Drs. 17/13675 vom 29. Mai 2013, S. 86; Sektoruntersuchung Duale Systeme, Zwischenbilanz der Wettbewerbsöffnung, Dezember 2012, S. 65 f. Ferner hat das Bundeskartellamt die auf seine bis Ende 2008 gegen Gasversorger geführten Preismissbrauchsverfahren zurückzuführende Ersparnis von Haushaltskunden für die Jahre 2009 und 2010 auf ca. EUR 444 Mio. geschätzt; vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht 2009/2010, BT-Drs. 17/6640 vom 20. Juli 2011, S. 120.

Tabelle IV.2: Berechnungsgrundlage zur Schätzung der Verbrauchereresparnis

	Kartellverfahren	Fusionskontrollverfahren
Preisreduktion	10-15 %*	1-5 %
Tatbezogener Umsatz	Umsatz der Kartellmitglieder	Umsatz des relevanten Marktes
Erwarteter Zeitraum	1, 3 oder 6 Jahre*	2-5 Jahre, abhängig von Markteintrittsbarrieren

Anmerkungen: Wegen einer geringen Anzahl an Missbrauchsverfahren nimmt die Europäische Kommission aus Gründen der Vertraulichkeit seit 2010 keine Schätzungen mehr für Missbrauchsverfahren vor.* Schätzungen für Europa zur Folge liegt der durchschnittliche Kartellpreisaufschlag bei ca. 20 Prozent des Verkaufspreises und die durchschnittliche Kartelldauer bei über 8 Jahren; vgl. z. B. Smuda, F., Cartel Overcharges and the Deterrent Effect of EU Competition Law, Journal of Competition Law and Economics 10(1), 2014, S. 63-86; Bolotova, Y. V., Cartel overcharges: an empirical analysis, Journal of Economic Behavior & Organization, 70(1-2), 2009, S. 321-341.

Quelle: EU-Kommission, Ex-post economic evaluation of competition policy enforcement: A review of the literature, a. a. O., S. 80 ff.

1124. Schätzungen zu den finanziellen Entlastungen der Verbraucher haben den Vorteil, dass sie prinzipiell einen unmittelbaren Bezug zu den Tätigkeiten der Wettbewerbsbehörden aufweisen und somit visibel den (positiven) Einfluss der Rechtsdurchsetzung dokumentieren können. Ein Nachteil derartiger Berechnungen ist, dass sie in der Regel sehr unpräzise sind. Ein anderer Nachteil besteht darin, dass die Wettbewerbsbehörden wegen der Öffentlichkeitswirksamkeit hoher Schätzzahlen nunmehr einen größeren Fehlanreiz haben könnten, das Kartellrecht unverhältnismäßig rigide durchzusetzen ("over-enforcement") und die behördlichen Tätigkeiten zu einseitig auf bestimmte Kartellrechtsgebiete zu konzentrieren. Zudem unterschätzen sie gewöhnlich den wohlfahrtsökonomischen Einfluss der Wettbewerbspolitik, weil sie etwaige mittelbare, dynamische Effekte wie z. B. auf die Produktqualität und Innovationskraft einerseits und auf das unternehmerische Marktverhalten andererseits nicht erfassen.

Tabelle IV.3: Schätzungen der Verbrauchereresparnisse 2008-2014

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Kartellverfahren (Mrd. €)	1,34	1,87	7,78-11,66	1,89-2,83	1,38-2,04	4,92-5,69	1,78-2,64
Kartellverfahren (Anzahl)	7	6	7	4	5	4	10
Fusionskontrollverfahren (Mrd. €)	6,12	6,17	4,54-6,80	4,19-6,08	2,25-5,71	0,30-0,70	2,02-5,06
Fusionskontrollverfahren (Anzahl)	13	8	4	10	5	1	6

Anmerkungen: Die Angaben sind inflationsbereinigt zu Preisen von 2015. Eigene Berechnungen

Quellen: EU-Kommission, DG Competition, annual activity report 2014, S. 7 ff.; annual activity report 2009, S. 6 ff.; Eurostat, Harmonised Indices of Consumer Prices

1125. Da über die Parameter zur Bestimmung der Verbrauchereresparnis gewöhnlich keine verfahrensspezifischen Informationen vorliegen, hat unter anderem die Europäische Kommission Annahmen zu den Parametern separat für Kartell- und Fusionskontrollverfahren als Berechnungsgrundlage veröffentlicht.[358] Diese sind in Tabelle IV.2 dargestellt. Die Europäische Kommission beziffert die finanziellen Entlastungen der Verbraucher auf mehrere Milliarden Euro pro Jahr.

[358] Ebenso haben weitere in diesem Bereich aktive Wettbewerbsbehörden Annahmen zu den einzelnen Parametern veröffentlicht; vgl. etwa EU-Kommission, Ex-post economic evaluation of competition policy enforcement: A review of the literature, a. a. O., S. 80 ff. sowie OECD, Guide for helping competition authorities assess the expected impact of their activities, April 2014; Davies, S., Assessment of the Impact of Competition Authorities' Activities, Working Party No. 2 on Competition and Regulation, 13. Februar 2013.

Wie in Tabelle IV.3 dargestellt, variieren die Schätzungen in dem Zeitraum von 2008 bis 2014 erheblich. So beträgt die Spannweite der Schätzungen z. B. für 2010 zwischen ca. EUR 12,32 Mrd. bzw. EUR 18,46 Mrd., für 2014 zwischen ca. EUR 3,80 Mrd. bzw. EUR 7,70 Mrd.

7.3 Entscheidungsspezifische Nachuntersuchungen

7.3.1 Anwendungspraxis

1126. Im Gegensatz zur Berichterstattung sind eingehende entscheidungsspezifische Nachuntersuchungen nur für wenige Wettbewerbsbehörden aus OECD-Ländern gesetzlich verpflichtend. Nichtsdestotrotz hat ein Großteil der Wettbewerbsbehörden seit 2000 bereits mindestens eine Ex post-Evaluation zu einem selbst entschiedenen Verfahren – überwiegend Fusionskontrollverfahren – vorgenommen.[359] Besonders aktiv sind die Wettbewerbsbehörden in den USA, in den Niederlanden und in Großbritannien, die seit Längerem die eigene Entscheidungspraxis evaluieren (lassen). Soweit die Wettbewerbsbehörden Eigenevaluationen in der Vergangenheit durchgeführt haben, haben sie diese überwiegend von Vertretern der Wissenschaft begutachten lassen. Die wesentlichen Gründe, die nach Auffassung der Wettbewerbsbehörden der OECD-Länder für oder gegen freiwillig durchgeführte entscheidungsspezifische Nachuntersuchungen sprechen, sind in Tabelle IV.4 aufgeführt. Demnach sehen die Behörden entscheidungsspezifische Ex post-Evaluationen als Instrumentarium zur Verbesserung der behördlichen Entscheidungspraxis, als Rechtfertigung für ihre hoheitlichen Aufgaben und als Möglichkeit zur Festlegung behördlicher Tätigkeitsschwerpunkte an. Als Gegenargumente bringen sie eine (zu) geringe behördliche Ressourcenausstattung, ein Mangel an Expertise in der Anwendung statistischer Evaluationsmethoden, eine Mangel an relevanten Daten sowie andere Aufgabenschwerpunkte vor.[360]

1127. Den Großteil entscheidungsspezifischer Ex post-Evaluationen haben Verfahrensunabhängige, insbesondere Vertreter aus der Wissenschaft, durchgeführt.[361] Diese haben sowohl die Angemessenheit einzelner Entscheidungen wie auch die Effektivität rechtlicher Rahmenbedingungen überprüft.[362] Zur Überprüfung des Rechtsrahmens haben sie im Rahmen von Meta-Analysen eine Vielzahl an behördlichen Einzelentscheidungen untersucht.[363] Wettbewerbsbehörden

---

[359] Die britische, die belgische und die japanische Wettbewerbsbehörde sind zur Durchführung von Ex post-Evaluationen verpflichtet; vgl. OECD, Working Party No. 2 on Competition and Regulation, Evaluation of Competition Enforcement and Advocacy Activities: The Results of an OECD Survey, a. a. O., S. 13 ff.; 46 ff.

[360] Soweit ein Mangel an Daten in Bezug auf die Anwendung von Ex post-Analysen festgestellt wird, bedeutet dies in der Regel nicht, dass auch die behördlichen Entscheidungen auf einer mangelhaften Datenbasis gründen. Die für eine Ex post-Analyse notwendigen Daten zur Post Merger-Integration sowie zu Vergleichsunternehmen zur Abbildung des kontrafaktischen Zustandes können zum einen nicht zum Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung vorliegen, zum anderen bedarf es dererlei Daten gewöhnlich nicht für eine behördliche Entscheidung vornehmlich betreffend Kartell- und Missbrauchsverfahren.

[361] Zu einer aktuellen Übersicht zu Ex post-Studien vgl. etwa OECD, Reference guide on ex-post evaluation of competition agencies' enforcement decisions, a. a. O., Annex C.

[362] Zwischen der Effektivität behördlicher Entscheidungen und der des geltenden Rechts- und Regulierungsrahmens besteht ein interdependenter Zusammenhang. Indem eine Vielzahl an behördlichen Entscheidungen zusammenfassend untersucht wird, die von derselben Wettbewerbsbehörde getroffen worden ist, können unsystematische Verzerrungen, die entweder auf die verfahrensspezifischen Sachverhalte oder auf behördliche Fehlentscheidungen zurückzuführen sind, weithin beseitigt werden. Wird ferner unterstellt, dass Wettbewerbsbehörden keine systematischen Fehler begehen, lassen sich tendenziell Rückschlüsse auf die Effektivität des Rechts- bzw. Regulierungsrahmens ziehen. Bei Evaluationen des Rechtsrahmens ist zusätzlich zu berücksichtigen, dass z. B. nur ein Bruchteil kartellrechtswidriger Handlungen entdeckt wird; vgl. etwa Ormosi, P. L., A tip of the iceberg? The probability of catching cartels, Journal of Applied Econometrics 29(4), 2014, S. 549-566; und bestehende Sanktionsmaßnahmen eine Abschreckungswirkung entfalten können, die nur bedingt geschätzt werden kann; vgl. etwa Clougherty, J. u. a., Effective European Antitrust: Does EC Merger Policy Involve Deterrence?, Economic Inquiry, 2016, doi: 10.1111/ecin.12346; Motta, M., On cartel deterrence and fines in the European Union, European Competition Law Review 29, 2008, S. 209-220 und Office of Fair Trading, The deterrent effect of competition enforcement by the OFT, A report prepared by Deloitte, November 2007.

[363] Zur europäischen Fusionskontrolle vgl. etwa ferner Heim, S./Hüschelrath, K./Laitenberger, U., The Duration of the EC Merger Control Process: Determinants and the Impact of the 2004 Merger Regulation Reform, International Journal of the Economics of Business 23(1), 2016, S. 37-62; Kovacic, W. E./Mavroidis, P. C./Neven, D. J., Merger Control Procedures and Institutions: A Comparison of EU and US Practice, Antitrust Bulletin 59(1), 2014, S. 55-109; Duso, T./Gugler, K./Szücs, F., An Empirical Assessment of the 2004 EU Merger Policy Reform, Economic Journal 123(572), 2013, S. 596-619; Szücs, F., Investigating transatlantic merger policy convergence, International Journal of Industrial Organization 30(6), 2012, S. 654-662 sowie Duso, T./Gugler, K./Yurtoglu, B., How

haben sich hingegen bei ihren Ex post-Evaluationen auf die Nachprüfung von Einzelentscheidungen konzentriert. Wegen der vergleichsweise hohen Anzahl an Fusionskontrollverfahren und den methodischen Potenzialen zur Identifizierung von Wettbewerbseffekten sind bisher vornehmlich Fusionskontrollentscheidungen Gegenstand von derartigen Ex post-Evaluationen gewesen.[364] Unabhängig vom Evaluationsziel kommen mittlerweile überwiegend quantitative Evaluationsmethoden zur Anwendung, in denen Marktdaten auf Grundlage von ökonometrischen Methoden untersucht werden. Der vermehrte Rückgriff auf ökonometrische Methoden liegt vor allem darin begründet, dass mit ihnen anders als mit Methoden der Deskriptiven Statistik prinzipiell die, für eine Identifizierung der durch die behördliche Entscheidung ausgelösten Wettbewerbseffekte notwendige, Abstrahierung von parallel auftretenden nachfrage- und angebotsrelevanten Einflussfaktoren möglich ist. Ohne eine derartige Abstrahierung können sich wie bei einem simplen Vorher-Nachher-Vergleich verzerrte Analyseergebnisse ergeben, aus denen fehlerhafte Rückschlüsse gezogen würden.[365] Gängige quantitative Evaluationsmethoden für entscheidungsspezifische Nachuntersuchungen sind quasi-experimentelle Methoden, Simulationen und Event-Studien. Eine gängige qualitative Methode stellt die Befragung von Marktteilnehmern dar.

Tabelle IV.4: Gründe für und gegen entscheidungsspezifische Ex post-Evaluationen aus Sicht von Wettbewerbsbehörden

Gründe für Nachuntersuchungen	Nennungen	Gründe gegen Nachuntersuchungen	Nennungen
Verbesserung der Entscheidungspraxis	19	Mangel an Ressourcen	9
Rechtfertigung für Tätigkeiten	13	Mangel an methodischer Expertise	4
Festlegung der Tätigkeitsschwerpunkte	6	Mangel an Daten	2
		Andere Prioritäten	2
		Andere Gründe	5

Anmerkungen: In der Tabelle ist die jeweilige Anzahl der von der OECD befragten Wettbewerbsbehörden angegebenen Gründe für oder gegen entscheidungsspezifische Nachuntersuchungen aufgeführt. Die Wettbewerbsbehörden konnten Mehrfachangaben machen, weshalb die tabellierte Gesamtanzahl nicht der Anzahl der an der Umfrage beteiligten Wettbewerbsbehörden entspricht. An der Umfrage der OECD nahmen 46 Wettbewerbsbehörden teil. Eigene Darstellung

Quelle: OECD, Working Party No. 2 on Competition and Regulation, Evaluation of Competition Enforcement and Advocacy Activities: The Results of an OECD Survey, a. a. O., S. 16 f.

1128. Die Europäische Kommission hat erstmalig 2014 in dem Fusionskontrollverfahren INEOS/Solvay/JV implizit und 2015 mit der Studie zu den beiden Fusionskontrollverfahren T-Mobile/tele.ring und T-Mobile/Orange Netherlands explizit eigene Entscheidungen mithilfe ökonometrischer Methoden evaluiert.[366] Außerdem hat sie im dem Jahr eine Meta-Studie zum Einfluss von Fusionskontrollverfahren in der EU publiziert.[367] Ferner hat die Europäische Kommission bereits

Effective is European Merger Control?, European Economic Review 55(7), 2011, S. 980-1006. Zur europäischen Praxis der Durchsetzung des Kartellverbotes vgl. etwa ferner Hellwig, M./Hüschelrath, K./Laitenberger, U., Settlements and Appeals in the European Commission's Cartel Cases: An Empirical Assessment, ZEW-Diskussionspapier Nr. 16-010, 2016; Smuda, F./Bougette, P./Hüschelrath, K., Determinants of the Duration of European Appellate Court Proceedings in Cartel Cases, Journal of Common Market Studies 53(6), 2015, S. 1352-1369. Zur europäischen Praxis der Missbrauchsaufsicht vgl. etwa Aguzzoni, L./Langus, G./Motta, M., The effect of the EU antitrust investigations and fines on a firm's valuation, Journal of Industrial Economics 61(2), 2013, S. 290-338.

[364] Vgl. etwa Davies, S./Ormosi, P., Assessing Competition Policy: Methodologies, Gaps and Agenda for Future Research, Journal of Competition Law and Economics 8(4), 2012, S. 769-803.

[365] Ausführlicher vgl. etwa Fahrmeir, L. u. a., Statistik: Der Weg zur Datenanalyse 5. Aufl., Berlin 2004, S. 148 ff.

[366] Zum Verfahren INEOS/Solvay/JV vgl. Tz. 873 ff. in diesem Gutachten. Zu den Ex post-Evaluationen der Verfahren T-Mobile/tele.ring und T-Mobile/Orange vgl. Tz. 1130 ff. in diesem Kapitel.

[367] Vgl. EU-Kommission, A review of merger decisions in the EU: What can we learn from ex-post evaluations?, a. a. O.

eine von ihr in Auftrag gegebene Ex post-Evaluationsstudie zum Missbrauchsverfahren E.ON sowie zum Fusionskontrollverfahren Gaz de France/Suez veröffentlicht.[368] Die Europäische Kommission ist bestrebt, sich auch zukünftig im Bereich entscheidungsspezifischer Ex post-Evaluationen zu engagieren.[369] Bedarf an derartigen Ex post-Evaluationen schien – zumindest in der Vergangenheit – ebenfalls das International Competition Network (ICN) gesehen zu haben. Während noch in den 2013 und 2014 vom ICN veröffentlichten 3-Jahres-Arbeitsplänen Behördenevaluationen einschließlich entscheidungsspezifische Nachuntersuchungen als potenzielles neues Projekt firmierten, wurden in dem 2015 veröffentlichten 3-Jahres-Arbeitsplan Behördenevaluationen zwar nunmehr als konkretes Projekt deklariert, jedoch entscheidungsspezifische Nachuntersuchungen ausdrücklich davon ausgenommen.[370] Im Fokus der Planungen des ICN steht stattdessen die Unterstützung der Wettbewerbsbehörden bei der Bewertung ihrer Effektivität in der Ausübung der Rechtsdurchsetzung.

1129. In Deutschland hat das Bundeskartellamt in jüngerer Vergangenheit vereinzelt Ergebnisse zu Ex post-Analysen seiner Entscheidungspraxis, etwa im Rahmen der Sektoruntersuchung Duale Systeme sowie zu Missbrauchsverfahren und erlassenen Beschlüssen zum Gassektor, veröffentlicht.[371] Hierfür hat das Bundeskartellamt qualitative Evaluationsmethoden, wie z. B. eine Marktbefragung, verwendet. Zurzeit beteiligt sich das Bundeskartellamt beispielsweise an einer Evaluierung der verschiedenen kartellbehördlichen Maßnahmen auf den europäischen Hotelportalmärkten.[372] Ferner nimmt die Monopolkommission als unabhängiges Beratungsgremium der Bundesregierung und gesetzgebenden Körperschaften seit Bestehen in ihren Haupt- und Sondergutachten zu aktuellen wirtschaftspolitischen Fragen Stellung und würdigt vor allem in ihrem Hauptgutachten die kartellrechtliche Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes unter ökonomischen und juristischen Gesichtspunkten vorrangig auf Basis qualitativer Analysen.

7.3.2 Quasi-Experimentelle Methoden

1130. Bei quasi-experimentellen Methoden wird der für die Bestimmung des Nettoeffektes relevante Vergleich zwischen dem faktischen und kontrafaktischen Wettbewerbszustand mittels eines Vergleichs der (Preis-)Entwicklung zwischen einer von der behördlichen Entscheidung betroffenen Gruppe (Behandlungsgruppe) und einer nicht von der behördlichen Entscheidung betroffenen Gruppe (Kontrollgruppe) gezogen.[373] Die Wettbewerbsentwicklung der Kontrollgruppe reflektiert dabei den kontrafaktischen Wettbewerbszustand der Behandlungsgruppe. Die behördliche Entscheidung stellt die Behandlung dar. Die Herausforderung besteht nunmehr darin, geeignete Behandlungs- und Kontrollgruppen zu definieren und alle die für die Evaluation notwendigen Daten zu erheben. Die Wahl der Behandlungsgruppe

---

[368] Vgl. EU-Kommission, The economic impact of enforcement of competition policies on the functioning of EU energy markets, November 2015. Darüber hinaus hat sie eine in Auftrag gegebene Evaluationsstudie zu ihrer Beihilfepraxis veröffentlicht; EU-Kommission, Ex-post evaluation of the impact of restructuring aid decisions on the viability of aided (non financial) firms, Final report, Februar 2016.

[369] Vgl. etwa EU-Kommission, Competition policy brief 4, Ex post evaluation of competition policy enforcement, 15. Juni 2015, S. 6 sowie Ex-post economic evaluation of competition policy enforcement: A review of the literature, a. a. O., S. 40 f.

[370] Vgl. ICN, Agency Effectiveness Working Group 2013-2016 Work Plan, Juni 2013, S. 2 sowie Effectiveness Working Group 2014-2017, Juli 2014, S. 2 jeweils: „Evaluation could include both an agency's overall mission and results across enforcement and policy efforts, as well as specific investigations or advocacy efforts" mit Agency Effectiveness Working Group 2015-2018 Work Plan, Juli 2015, S. 2: „This project would not include the assessment of the results of specific investigations". Siehe ebenso ICN, Competition Agency Evaluation – ICN Agency Practice Manual, April 2016, S. 5: "This project does not seek to address the evaluation of specific enforcement outcomes in any detail, though it touches upon that practice as part of the larger context of agency-wide assessment. Nor does this project seek to address attempts to determine the impact of competition policy on broader economic indicators such as productivity, innovation, growth or employment".

[371] Vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht 2011/2012, BT-Drs. 17/13675 vom 29. Mai 2013, S. 86 f.; Tätigkeitsbericht 2009/2010, BT-Drs. 17/6640 vom 20. Juli 2011, S. 120; Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1289 ff.; Sondergutachten 59, a. a. O., Tz. 591 ff. sowie Tz. 717 f.

[372] Vgl. BKartA, Pressemitteilung vom 23. Dezember 2015.

[373] Quasi-experimentelle Methoden unterscheiden sich von experimentellen Methoden dahin gehend, dass die Kontrollgruppe nicht gänzlich nach dem Zufallsprinzip bestimmt. Zu experimentellen Methoden vgl. etwa grundlegend das sogenannte Rubin causal model; Rubin, D. B., Estimating Causal Effects of Treatments in Randomized and Nonrandomized Studies, Journal of Educational Psychology 66(5), 1974, S. 688–701.

ergibt sich aus der sachlichen und räumlichen und gegebenenfalls aus der zeitlichen Marktabgrenzung. Die Wahl der Kontrollgruppe erfolgt nicht auf Basis eines theoretischen Ansatzes, sondern entweder argumentativ nach der Maßgabe, dass diese sachlich mit der Behandlungsgruppe hinreichend vergleichbar, aber nicht von der Entscheidung der Wettbewerbsbehörde betroffen war, oder anhand datenbezogener Selektionsverfahren.

1131. Als eine wesentliche Schwäche von quasi-experimentellen Methoden wird die fehlende theoretische Fundierung angeführt, aufgrund dessen keine Wohlfahrtsanalyse betrieben werden kann.[374] Veränderungen relevanter Marktparameter, z. B. von Marktpreisen, können ohne Kenntnisse der Marktgegebenheiten, z. B. des Nachfrage- und Angebotsverhaltens der Marktagenten, nicht unter Wohlfahrtsgesichtspunkten analysiert werden. Als weitere Schwäche wird das fehlende Potenzial zur Identifizierung einer möglichen unverhältnismäßig restriktiven behördlichen Intervention genannt (Fehler Typ I). Beispielsweise ist im Rahmen von Evaluationen von Fusionskontrollverfahren nicht möglich, die Effektivität der Nebenbestimmungen bei Freigabeentscheidungen zu untersuchen.[375] Dies bedürfte der Untersuchung eines weiteren, kontrafaktischen und ohne Verwendung theoretischer Ausführungen nicht modellierbaren Zustandes, in dem Fall die Wettbewerbsentwicklung bei einer Freigabe ohne Nebenbestimmungen.

1132. Die Europäische Kommission hat im November 2015 erstmalig Ergebnisse zu eigens durchgeführten Ex post-Evaluationen von zwei von ihr entschiedenen Fusionskontrollverfahren veröffentlicht. Bei den Fusionskontrollverfahren handelt es sich um das Verfahren T-Mobile/tele.ring, bei dem das Zusammenschlussvorhaben österreichischer Mobilfunknetzbetreiber im April 2006 unter Nebenbestimmungen freigegeben wurde, und um das Verfahren T-Mobile/Orange Netherlands, bei dem das Zusammenschlussvorhaben niederländischer Mobilfunknetzbetreiber im August 2007 ohne Nebenbestimmungen freigegeben wurde.[376] Die Europäische Kommission hat mit beiden Ex post-Evaluationen Erkenntnisse zur Methodenanwendung zugunsten zukünftiger Ex post-Evaluationen und Fortentwicklung von Mobilfunkmärkten gewinnen wollen. Die Studien hat sie von Wissenschaftlern begutachten lassen.

1133. Im Zentrum beider Ex post-Evaluationen hat jeweils die Identifizierung der durch die Unternehmenszusammenschlüsse ausgelösten Effekte auf die landesweit geltenden Preise für Mobiltelefonie für Privatkunden gestanden. Zur Untersuchung des kontrafaktischen Marktzustandes, d. h. des Zustandes, der sich ohne die jeweilige Freigabe eingestellt hätte, hat die Europäische Kommission zwei quasi-experimentelle Methoden verwendet: den „Difference-in-Differences"-Schätzer (DiD) und den „synthetic control"-Ansatz.[377] Komplementär zu den quantitativen Analysen hat sie qualitative Analysen anhand weiterer Wettbewerbsindikatoren wie z. B. Marktanteile vorgenommen.

1134. Ausgehend von der sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung in beiden Verfahren hat sich für die Europäische Kommission automatisch die für die Ex post-Evaluationen notwendige Bestimmung der Behandlungsgruppe auf die Preise für Mobiltelefonie für Privatkunden in Österreich bzw. den Niederlanden erschlossen. Die Behandlung selbst hat die jeweilige behördliche Entscheidung dargestellt, in dem Fall die Freigaben der Zusammenschlussvorhaben. Für die Anwendung des DiD-Schätzers hat die Europäische Kommission Preise für Mobiltelefonie für Privatkunden aus allen mittel- und westeuropäischen Ländern als Kontrollgruppe ausgewählt.

1135. Mithilfe der DiD-Methode hat die Europäische Kommission die Abweichung bzw. Differenz zwischen der intertemporalen Veränderung bzw. Differenz des Preises für Mobiltelefonie in Österreich bzw. den Niederlanden und der

---

[374] Vgl. etwa Duso, T./Ormosi, P., Capacity Building Workshop on the Ex-Post Evaluation of Competition Authorities' Enforcement Decisions: A Critical Discussion, 26. Oktober 2015, S. 12 f.

[375] Zur Effektivität struktureller und verhaltensorientierter Nebenbestimmungen vgl. etwa Maier-Rigaud, F. P., Behavioural versus Structural Remedies in EU Competition Law, in: Lowe, P./Marquis, M./Monti, M. (Hrsg.), European Competition Law Annual 2013: Effective and Legitimate Enforcement of Competition Law, Oxford 2016.

[376] EU-Kommission, Ex-post analysis of two mobile telecom mergers: T-Mobile/tele.ring in Austria and T-Mobile/Orange in the Netherlands, 26. November 2015; Entscheidung vom 26. April 2006, M.3916 – T-Mobile Austria/Tele.ring; Entscheidung vom 20. August 2007, M.4748 – T-Mobile/Orange Netherlands.

[377] Eine alternative Schätzmethode stellt z. B. Propensity score matching dar; vgl. hierzu etwa Lear, Mergers in the Dutch grocery sector: an ex-post evaluation, Assessing the effects on price and non-price dimensions of competition, A report prepared by Lear for the ACM, 14. Oktober 2015; Furlan, B./Oberhofer, H./Winner, H., A note on merger and acquisition evaluation, Industrial and Corporate Change 2016, doi: 10.1093/icc/dtv033 und King, G./Nielsen, R., Why Propensity Scores Should Not Be Used for Matching, 2. Februar 2016, http://gking.harvard.edu/files/gking/files/psnot.pdf?m=145 6683191, Abruf am 31. März 2016.

intertemporalen Veränderung bzw. Differenz der Preise für Mobiltelefonie aller mittel- und westeuropäischer Länder vor und nach der Freigabe des jeweiligen Zusammenschlussvorhabens der Höhe nach geschätzt und auf statistische Signifikanz hin getestet. Der für die normative Analyse einer Ex post-Evaluation relevante Nettoeffekt ist somit aus den DiD-Schätzungen bestimmt worden. Durch die Berücksichtigung länderspezifischer Angebots- und Nachfragefaktoren als weitere Erklärungsfaktoren für die Entwicklung der Mobilfunkpreise hat sie für etwaige Schätzverzerrungen in den Regressionsanalysen, bedingt durch länderspezifische Unterschiede, kontrolliert.

1136. Die Aussagekraft der DiD-Schätzungen setzt die Gültigkeit mehrerer Annahmen voraus.[378] Erstens sollten die – um länderspezifische Unterschiede bereinigten – Mobilfunkpreise einen ähnlichen zeitlichen Verlauf aufweisen, andernfalls wäre eine Fehlspezifikation des Regressionsmodells oder Nichtstationarität in den Daten zu vermuten.[379] Zur Überprüfung dieser Annahme hat die Europäische Kommission Trendverläufe in der Pre Merger-Phase und der Post Merger-Integration verglichen.[380] Zweitens sollten die Mobilfunkpreise keiner Persistenz unterliegen, andernfalls wäre ein nicht erfasster autoregressiver Zusammenhang zu vermuten.[381] Zur Vermeidung etwaiger Verzerrungen hat die Europäische Kommission spezielle Cluster-Methoden zur Schätzung von Standardfehlern verwendet.[382] Drittens sollten keine speziellen Marktgegebenheiten vorgelegen haben, die maßgeblich für die Behördenentscheidung waren, andernfalls bestünde das Risiko einer Scheinregression.[383] Die Europäische Kommission ist in ihren Analysen von einer Unabhängigkeit der behördlichen Entscheidungen ausgegangen, ohne weitere konkrete Schätz- und Testmethoden anzuwenden. Viertens sollten möglichst keine Externalitäten zwischen den Märkten der Behandlungs- und der Kontrollgruppe auftreten, andernfalls wäre ein Vergleich ungeeignet. Die Europäische Kommission ist von der Unabhängigkeit zwischen den behördlichen Entscheidungen und der Preisentwicklung in den anderen europäischen Ländern ausgegangen.

1137. Mit der Verwendung des „synthetic control"-Schätzers hat die Europäische Kommission die Bestimmung der Kontrollgruppe in beiden Evaluations-Studien nicht von ihren subjektiven Einschätzungen abhängig gemacht, sondern von einem datenbezogenen Selektionsprozess.[384] Die Kontrollgruppen hat sie jeweils als gewichtete Linearkombination der

---

[378] Vgl. EU-Kommission, A review of merger decisions in the EU: What can we learn from ex-post evaluations?, Juli 2015, S. 19 ff.

[379] Nichtstationarität liegt vor, wenn ein stochastischer Prozess einem stochastischen oder deterministischen Trend unterliegt. Zu Tests auf (Nicht-)Stationarität vgl. etwa Pesaran, M.H., A simple panel unit root test in the presence of cross section dependence, Journal of Applied Econometrics 27, 2007, S. 265–312. Gegebenenfalls ist ferner die Durchführung von Strukturbruch- und – soweit Nichtstationarität wegen eines stochastischen Trends vorliegt – Kointegrationstests denkbar; vgl. etwa Westerlund, J., Testing for panel cointegration with multiple structural breaks, Oxford Bulletin of Economics and Statistics 68(1), 2006, S. 101-132.

[380] Ein stochastischer Prozess lässt sich als einen autoregressiven Prozess darstellen, wenn der Prozess nach Schocks wieder zu seinem Ursprungszustand (bzw. Erwartungswert) konvergiert. Eine solche Eigenschaft wird als Persistenz bezeichnet. Bei einem autoregressiven Prozess hängen die Realisationen des Prozesses zeitlich voneinander ab, sogenannt autokorreliert. Näheres zum heuristischen Testverfahren vgl. etwa Ashenfelter, O./Hosken, D./Weinberg, M., The Price Effects of a Large Merger of Manufacturers: A Case Study of Maytag-Whirlpool, American Economic Journal: Economic Policy 5(1), 2013, S. 239-261. Die Annahme ist faktisch nicht überprüfbar, da nicht mehr alle Tarife der Fusionsparteien in der Post Merger-Integration existieren.

[381] Die sogenannte serielle Korrelation bzw. Autokorrelation führt bei statischen Regressionsmodellen zu Verzerrungen bei der Schätzung von Standardfehlern; vgl. Bertrand, M./Duflo, E./Mullainathan, S., How Much Should We Trust Differences-In-Differences Estimates?, Quarterly Journal of Economics 119(1), 2004, S. 249-275. Bei dynamischen Regressionsmodellen führt sie gar zur Inkonsistenz der Parameterschätzungen, es sei denn, die Parameter sind streng exogen; vgl. ferner Lütkepohl, H./Krätzig, M., Applied Time Series Econometrics, Cambridge 2010.

[382] Mithilfe von Cluster-Methoden werden auf Grundlage der Streuung der Daten die Untersuchungseinheiten in homogene Gruppen unterteilt, um konsistente Schätzungen sicherzustellen. Vgl. etwa Cameron, C. A./Miller, D. L., A Practitioner's Guide to Cluster-Robust Inference, Journal of Human Resources 50(2), 2015, S. 317-373; Godfrey, L. G., Testing Against General Autoregressive and Moving Average Error Models when the Regressors Include Lagged Dependent Variables, Econometrica 46(6), 1978, S. 1293–1301; Newey, W. K/West, K. D., A Simple, Positive Semi-definite, Heteroskedasticity and Autocorrelation Consistent Covariance Matrix, Econometrica 55(3), 1987, S. 703–708.

[383] Scheinregression beschreibt allgemein einen in einer Regressionsanalyse statistisch signifikant geschätzten Zusammenhang zwischen zwei Variablen, der ausschließlich auf eine oder mehrere latente Drittvariablen zurückzuführen ist. Eine Präventivlösung stellt die Instrumentvariablen-Methode dar. Vgl. Wooldridge, J. M., Introductory Econometrics – A Modern Approach 5. Aufl., Mason (OH) 2013, S. 366 f.; 512 ff.

[384] Vgl. Abadie, A./Gardeazabal, J., The Economic Costs of Conflict: A Case Study of the Basque Country, American Economic Review 93(1), 2003, S. 112-132. Ein Stata-Programm ist zugänglich unter http://web.stanford.edu/~jhain/synthpage.html, Abruf am 31. März 2016.

Mobilfunkpreise der mittel- und westeuropäischen Länder konstruiert. Für die in einer Vorauswahl bestimmten Vergleichsmärkte hat sie deren Preise sowie angebots- und nachfragespezifische Merkmale mit denen in Österreich bzw. den Niederlanden für die Pre Merger-Phase abgeglichen und so den jeweiligen Ähnlichkeitsgrad ermittelt. Je höher der Ähnlichkeitsgrad gewesen ist, desto höher die Bedeutung (bzw. das Gewicht) des Mobilfunkpreises des entsprechenden Vergleichsmarktes in der schlussendlich zu konstruierenden Kontrollgruppe. Anschließend hat sie basierend auf den zuvor ermittelten Gewichten und den Preisen der Vergleichsmärkte die kontrafaktische Entwicklung der Preise in Österreich bzw. den Niederlanden in der Post Merger-Integration berechnet. Den Nettoeffekt der jeweiligen behördlichen Entscheidung hat sie abschließend aus der Differenz des Mobilfunkpreises in Österreich bzw. den Niederlanden und dem Mobilfunkpreis der konstruierten Kontrollgruppe bestimmt.[385]

1138. Die Aussagekraft des „synthetic control"-Schätzers setzt analog zum DiD-Schätzer voraus, dass die Vergleichsmärkte sorgfältig ausgesucht werden. Es sollten nur die Vergleichsmärkte berücksichtigt werden, deren beobachtbare Merkmale einen hohen Grad an Ähnlichkeit zu denen Österreichs bzw. der Niederlande aufweisen, andernfalls könnten Risiken einer Scheinkorrelation und Überanpassung bestehen. Zur Prüfung dieser Annahme hat die Europäische Kommission ein sogenanntes Kreuzvalidierungsverfahren angewendet.[386] Ferner sollte eine „ausreichend" hohe Anzahl an Daten für die Pre Merger-Phase zur Gewährleistung der Güte der Berechnungen der Gewichte vorliegen. Ein objektives Kriterium zur Verifizierung existiert hierfür nicht.

1139. Für die quantitativen Analysen hat die Europäische Kommission auf Daten zu Mobilfunkmärkten in Österreich, den Niederlanden sowie in 14 weiteren mittel- und zentraleuropäischen Ländern zurückgegriffen. Die z. T. auf Monatsbasis, vornehmlich auf Quartalsbasis vorliegenden Paneldaten hat sie für den Zeitraum von 2004 bis 2010 vorrangig bei Marktforschungsinstituten erhoben. Die Datensätze haben jeweils Preis- und Nutzungskomponenten zu Mobilfunktarifen für Privatkunden führender Mobilfunknetzbetreiber umfasst. Hieraus hat die Europäische Kommission für beide Studien jeweils drei auf ein unterschiedliches Datenvolumen gründende Preisindizes berechnet und diese als zu erklärende Kenngrößen in den Regressionsanalysen verwendet. Der Datensatz hat des Weiteren länderbezogene Terminierungsentgelte sowie Wachstumsraten des Bruttoinlandsproduktes, die als kosten- bzw. nachfragespezifische, zeitvariante Erklärungsgrößen in den Schätzungen verwendet worden sind, enthalten. Unternehmensbezogene Daten als weitere Erklärungsfaktoren für die Entwicklung der Mobilfunkpreise hat die Europäische Kommission in den ökonometrischen Schätzungen nicht berücksichtigt.

1140. In beiden Evaluationsstudien hat die Europäische Kommission bestimmte Daten für die Schätzungen unberücksichtigt gelassen. So hat sie für das Verfahren T-Mobile/tele.ring Daten zum zweiten Quartal 2006 und für das Verfahren T-Mobile/Orange Netherlands zum zweiten sowie dritten Quartal 2007 nicht verwendet. Mit Verweis auf die im April 2006 bzw. im August 2007 getroffenen Freigabeentscheidungen hätte eine jeweilige Zuordnung der Entscheidungen zur Pre Merger-Phase oder zur Post Merger-Integration nach Ansicht der Europäischen Kommission zu einer Verzerrung der

---

[385] Die statistische Signifikanz des identifizierten Effektes der Behandlung kann beim „synthetic control"-Schätzer anders als beim DiD-Schätzer nicht getestet werden. Hierzu bedarf es einem weiteren, heuristischen Verfahren. Die Europäische Kommission folgte dem Ansatz von Abadie, A./Diamond, A./Hainmueller, J., Comparative Politics and the Synthetic Control Method, American Journal of Political Science 59(2), 2015, S. 495-510; Synthetic Control Methods for Comparative Case Studies: Estimating the Effect of California's Tobacco Control Program, Journal of the American Statistical Association 105(490), 2010, S. 493-505. Im ersten Schritt hat die Europäische Kommission für jeden Vergleichsmarkt den „synthetic control"-Ansatz selbst durchgeführt und hypothetische Behandlungseffekte („Placebo-Effekte") berechnet, wobei die restlichen Vergleichsmärkte als zu konstruierende Kontrollgruppe fungiert haben. Im zweiten Schritt hat sie für die Placebo-Effekte und dem urpsrünglich berechneten Behandlungseffekt für Österreich bzw. die Niederlande jeweils Quotienten gebildet, bestehend aus dem „Root Mean Squared Error of Prediction" (RMSPE) für die Post Merger-Integration und dem RMSPE für die Pre Merger-Phase. Im dritten Schritt hat sie die Quotienten der Größe nach geordnet kumuliert und als empirische Verteilungsfunktion interpretiert. Je kleiner nunmehr ein Anteil bzw. eine derartige Wahrscheinlichkeit dafür gewesen sei, dass ein Quotient größer ist als der Quotient des Behandlungseffektes für Österreich bzw. die Niederlande, je wahrscheinlicher sei die Signifikanz des Behandlungseffektes gewesen.

[386] Zur Übersicht von Kreuzvalidierungsverfahren vgl. etwa Arlot, S./Celisse, A., A survey of cross-validation procedures for model selection, Statistics Surveys 4, 2010, S. 40-79. Das Risiko einer Überanpassung ("overfitting") hätte bestehen können, wenn eine Vielzahl an Merkmalen der Vergleichsmärkte verwendet worden ist, die an sich keinen hohen Ähnlichkeitsgrad zu denen des österreichischen bzw. niederländischen Mobilfunkmarktes aufgewiesen, jedoch wegen bestehender Scheinkorrelationen einen hohen „fit" erzeugt hätten.

Ergebnisse geführt.[387] Der anhand der Daten erfasste Zeitraum der Pre Merger-Phase und der Post Merger-Integration im Verfahren T-Mobile/tele.ring hat demnach jeweils acht Quartale, im Verfahren T-Mobile/Orange Netherlands vier bzw. acht Quartale betragen.

1141. Die Europäische Kommission hat für das Verfahren T-Mobile/tele.ring keine Preisanstiege in der Post Merger-Integration identifizieren können. Für das Verfahren T-Mobile/Orange Netherlands hat sie zwar ebenso keine Anstiege ermitteln können, jedoch seien die Preise in den Niederlanden signifikant langsamer gesunken als in den Vergleichsländern. Ihren Ausführungen nach hätte hierfür möglicherweise auch noch partiell eine Freigabeentscheidung der niederländischen Wettbewerbsbehörde zu einem früheren Fusionskontrollverfahren zum niederländischen Mobilfunkmarkt mit ursächlich gewesen sein können.[388] Eine Herausrechnung etwaiger verzerrender Preiseffekte sei ihr anhand der verwendeten quasi-experimentellen Methoden nicht möglich gewesen. Im Hinblick auf beide Evaluationsstudien hat sie abschließend auf neuralgische Punkte bei der Identifizierung der Preiseffekte hingewiesen. Eine Identifizierung hätten insbesondere die begrenzten (methodischen) Möglichkeiten zur Abstrahierung von länderspezifischen Marktereignissen erschwert, die neben den behördlichen Entscheidungen die Preise für Mobiltelefonie maßgeblich beeinflusst hätten.

7.3.3 Simulationen von Mehrgleichungsmodellen strukturierter Form

1142. Bei Simulationen werden anders als bei quasi-experimentellen Methoden keine Kontrollgruppen festgelegt, sondern Szenarien einer kontrafaktischen Markt- und Wettbewerbssituation auf Grundlage theoretischer Modelle zur Beschreibung der Marktnachfrage und des Marktangebots anhand von Mehrgleichungsmodellen strukturierter Form berechnet.[389] Hierdurch können unterschiedliche Zustände – je nach Modellspezifizierung – simuliert werden. So ist es möglich zu überprüfen, inwieweit behördliche Entscheidungen samt Nebenbestimmungen eventuell zu restriktiv (Fehler Typ I) oder unzureichend ausgestaltet (Fehler Typ II) gewesen sein könnten. Ferner besteht grundsätzlich die Möglichkeit, sachlich, räumlich und gegebenenfalls auch zeitlich übergreifende Marktanalysen zu betreiben. Wegen der hohen Sensitivität der Ergebnisse von Mehrgleichungsmodellanalysen bzgl. der Annahmen sind Simulationen allerdings umstritten.[390]

1143. Die österreichische Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) hat im März 2016 Ergebnisse zu einer von ihr durchgeführten Ex post-Evaluation eines Fusionskontrollverfahrens im Rahmen einer Sektoruntersuchung veröffentlicht.[391] Bei dem Fusionskontrollverfahren handelt es sich um das Verfahren H3G/Orange, bei dem das Zusammenschlussvorhaben

---

[387] Vgl. ebenso etwa Agguzoni, L. u. a., Ex-post Merger Evaluation in the UK Retail Market for Books, Journal of Industrial Economics 64(1), 2016, S. 170-200 und Choné, P./Linnemer, L., A Treatment Effect Method for Merger Analysis with an Application to Parking Prices in Paris, Journal of Industrial Economics 60(4), 2012, S. 631-656. Mit einer Nichtberücksichtigung der Daten wird jedoch ohnehin eine Schätzverzerrung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit in Kauf genommen; vgl. etwa Wooldridge, J. M., Econometric Analysis of Cross Section and Panel Data 2. Aufl., Cambridge (UK) 2010, Kapitel 17. Anstelle einer Nichtberücksichtigung oder Zuordnung der entsprechenden Daten hätte ein binärer, auf den Zeitpunkt der jeweiligen behördlichen Entscheidung terminierter, Einflussfaktor in der betreffenden Regressionsanalyse berücksichtigt werden können. Hierdurch wäre die Verteilung der Daten nicht beschnitten und konsistente Parameterschätzungen weiterhin gewährleistet worden.

[388] Die niederländische Wettbewerbsbehörde hat im August 2005 die Übernahme des Mobilfunknetzbetreibers Telfort durch dessen Konkurrenten KPN ohne Nebenbestimmungen freigegeben; vgl. Nma, Entscheidung vom 30. August 2005, 5104/KPN – Telfort.

[389] Eine Alternative zu Simulationen von Mehrgleichungsmodellen strukturierter Form stellen ökonometrische Schätzungen derselbigen dar; vgl. etwa Jiménez, J. L./Perdiguero, J., Mergers and difference-in-differences estimator: Why firms do not increase prices?, European Journal of Law and Economics 25, 2014, S. 1-27.

[390] Vgl. Knittel, C. R./Metaxoglu, K., Challenges in Merger Simulation Analysis, American Economic Review Papers and Proceedings 10(1), 2011, S. 1-5; Angrist, J. D./Pischke, J. S., The Credibility Revolution in Empirical Economics: How Better Research Design is Taking the Con out of Econometrics, Journal of Economic Perspectives 24(2), 2010, S. 3-30 mit Nevo, A./Whinston, D., Taking the dogma out of econometrics: Structural modeling and credible inference, Journal of Economic Perspectives 24(2), 2010, S. 69-81; Einav, L./Levin, J., Empirical Industrial Organization: A Progress Report, Journal of Economic Perspectives 24(2), 2010, S. 145-162.

[391] Vgl. BWB, The Austrian Market for Mobile Telecommunication Services to Private Customers. An Ex-post Evaluation of the Mergers H3G/Orange and TA/Yesss!, Sectoral Inquiry BWB/AW-393, Final Report, Wien, März 2016. Zu diesem Verfahren wurden bereits anderweitig zwei Ex post-Evaluationen durchgeführt; vgl. RTR, Ex-post analysis of the merger between H3G Austria and Orange Austria, report, Wien, März 2016; Genakos, C./Valetti, T./Verboven, F., Evaluating market consolidation in mobile communications, 2015, Centre on Regulation in Europe. Beiden Analysen zur Folge haben sich nach dem Unternehmenszusammenschluss signifikante Preissteigerungen eingestellt.

österreichischer Mobilfunknetzbetreiber im Dezember 2012 von der Europäischen Kommission unter Nebenbestimmungen freigegeben wurde.[392] Hieran geknüpft war die Veräußerung der zum Mobilfunknetzbetreiber Orange Austria gehörenden Marke Yesss! an die Deutsche Telekom Austria AG. Im November 2012 hat das österreichische Kartellgericht diese Übernahme ohne Nebenbestimmungen freigegeben. Die BWB hatte sich in beiden Verfahren gegen eine Freigabe ausgesprochen. Mit der Ex post-Evaluation hat sie neue Erkenntnisse zum hiesigen Mobilfunkmarkt gewinnen wollen. Im Zentrum der Ex post-Evaluation hat die Identifizierung der durch den Unternehmenszusammenschluss ausgelösten Effekte auf die in Österreich landesweit geltenden Preise für Mobiltelefonie für Privatkunden gestanden. Zur Untersuchung des kontrafaktischen Marktzustandes, d. h. des Zustandes, der sich ohne die Freigabe eingestellt hätte, hat sich die BWB der Methode der Simulation bedient.

1144. Die BWB hat zunächst die Marktnachfrage privater Mobilfunkkunden modelliert und unter Verwendung von Marktdaten anhand mikroökonometrischer Methoden geschätzt.[393] Aus den Schätzungen hat sie unmittelbar (Kreuz-)Preis-elastizitäten der Nachfrage für jeden Tarif in jeder Periode ableiten können. Anschließend hat sie das von den Mobilfunknetzbetreibern bereitgestellte Marktangebot anhand eines statischen Mehrprodukt-Modells mit Bertrand-Preissetzung spezifiziert und mithilfe der geschätzten (Kreuz-)Preiselastizitäten, den beobachtbaren Preisen und Verkehrsvolumina sowie unter der Annahme nicht koordinierten Verhaltens der Marktagenten die Grenzkosten bestimmt. Die Grenzkosten im kontrafaktischen Zustand einer Untersagung des Zusammenschlussvorhabens hat sie ferner auf Basis von Marktdaten und anhand panelökonometrischer Methoden geschätzt. Abschließend hat sie eine Simulation des kontrafaktischen Zustands einer Untersagung des Zusammenschlussvorhabens unter Verwendung der zuvor ermittelten Parameter durchgeführt und Veränderungen bei den Preisen, Verkehrsvolumina und der Konsumentenrente eruiert. Den Nettoeffekt der behördlichen Entscheidung hat sie aus der Differenz des faktischen Marktpreises und des jeweils simulierten Preises bestimmt.

1145. Den Simulationen liegen eine Vielzahl an Annahmen zugrunde. So ist für die Aussagekraft wichtig, dass die Marktabgrenzung nicht zu eng erfolgt, um alle relevanten (Kreuz-)Preiselastizitäten zu erfassen. Eine zu weite Marktabgrenzung wäre hingegen tendenziell unbedeutend, da Kreuzpreiselastizitäten von null die Preise der tatsächlich (nicht) zum relevanten Markt gehörenden Marktagenten nicht beeinflussen. Bei der Verwendung des Mehrprodukt-Modells mit Bertrand-Preissetzung führt eine Reduzierung der Anzahl an Wettbewerbern im Zuge des Unternehmenszusammenschlusses per se zu Preissteigerungen in der Post Merger-Integration, sofern keine Effizienzsteigerungen bei den fusionierenden Unternehmen generiert würden.[394] Ferner ist für die Verwendung von Mehrgleichungsmodellen die Identifizierung der modellendogenen Parameter, insbesondere der Preise essenziell. Zur Sicherstellung der Parameteridentifizierung hat die BWB in ihren Schätzungen die Instrumentvariablen-Methode verwendet. Des Weiteren bieten Annahmen über die Modellierung der Marktnachfrage und des Marktangebots sowie die Bestimmung der Grenzkosten Möglichkeiten der Verifizierung.[395] Zur Verifizierung der Ergebnisse hat die BWB ferner Sensitivitätsanalysen vorgenommen.

1146. Für die Simulation hat die BWB monatliche Paneldaten zum österreichischen Mobilfunkmarkt auf Monatsbasis für den Zeitraum von 2011 bis 2014 bei den hiesigen Mobilfunknetzbetreibern erhoben. Demnach hat die Länge der Pre Merger-Phase und Post Merger-Integration in den Simulationen jeweils zwei Jahre betragen. Der Datensatz hat zum einen Preis- und Nutzungskomponenten zu Mobilfunktarifen für Privatkunden umfasst. Unter Rückgriff auf einen bereits

---

[392] EU-Kommission, Entscheidung vom 12. Dezember 2012, M.6497 – H3G/Orange.

[393] Analog zu Björnerstedt, J./Verboven, F., Merger simulation with nested logit demand, Stata Journal 14(3), 2014, S. 511-540 und Berry, S. T., Estimating discrete-choice models of product differentiation, Rand Journal of Economics 25(2), 1994, S. 242-262. Zu einer allgemeinen Übersicht möglicher Schätzmethoden vgl. etwa Budzinski, O./Ruhmer, I., Merger Simulation in Competition Policy: A Survey, Journal of Competition Law and Economics 6(2), 2009, S. 277-319.

[394] Vgl. etwa Gugler, K. P./Szücs, F., Merger Externalities in oligopolistic markets, International Journal of Indstrial Organization 47, 2016, S. 230-254; Deneckere, R./Davidson, C., Incentives to form coalitions with Bertrand competition, Rand Journal of Economics 16(4), 1985, S. 473-486.

[395] Vgl. etwa Brito, D./Pereira, P./Ramalho, J. J. S., Mergers, coordinated effects and efficiency in the Portuguese non-life insurance industry, International Journal of Industrial Organization 31(5), 2013, S. 554-568; Walker, M., The potential for significant inaccuracies in merger simulation models, Journal of Competition Law and Economics 1(3), 2005, S. 473-496.

erstellten Preisindex und tarifbezogene Verkehrsvolumina hat sie die für die Analyse relevanten Preise bestimmt.[396] Der Datensatz hat zum anderen jeweils mehrere nachfrage- und kostenspezifische Erklärungsgrößen beinhaltet, die für die Schätzung der Marktnachfrage und der Prognose der Grenzkosten von Bedeutung gewesen sind.

1147. Die BWB hat signifikante Preisanstiege für alle Tarife in den ersten zwei Jahren der Post Merger-Integration feststellen können. Zwar hätten sich die Preise in den ersten Monaten nach dem Unternehmenszusammenschluss den Simulationsberechnungen zur Folge nur geringfügig verändert, jedoch seien sie im Laufe der Zeit umso stärker angestiegen. Wegen beobachtbaren Preissenkungen auf dem Mobilmarkt in 2015 hat die BWB auf einen nur sehr kurzen Preiserhöhungsspielraum der Mobilfunknetzbetreiber geschlossen. Den Simulationen nach sei die Konsumentenrente durch den Unternehmenszusammenschluss um einen dreistelligen Millionenbetrag gesunken.

7.3.4 Event-Studien

1148. Anders als bei quasi-experimentellen Methoden und Simulationen ist bei Event-Studien nicht der Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung von Bedeutung, sondern der Zeitpunkt, an dem erstmalig Informationen über ein etwaiges Zusammenschlussvorhaben publik werden („announcement date"). Denn ein wesentliches Charakteristikum von Event-Studien ist die Analyse von Aktienkursen bzw. Aktienrenditen der Unternehmen des relevanten Marktes mit dem Ziel, eine normative Aussage zum betreffenden Zusammenschlussvorhaben auf Grundlage der Aktienkursentwicklung als Ausdruck einer (objektiven) Marktbewertung ableiten zu können. Der kontrafaktische Zustand wird bei Event-Studien durch den zeitlich relevanten Markt bestimmt. Die Herausforderung besteht nunmehr darin, zum einen den Zeitpunkt der Behandlung, d. h. den Zeitraum der Veröffentlichung zum Zusammenschlussvorhaben („event window"), und zum anderen den zeitlich relevanten Vergleichsmarkt, d. h. den Zeitraum für die Berechnung der kontrafaktischen Aktienkursverläufe, zu bestimmen. Ausgehend von einer räumlichen und sachlichen Marktabgrenzung stellen die von der behördlichen Entscheidung unmittelbar und mittelbar betroffenen Unternehmen sowohl die Behandlungsgruppe wie auch die Kontrollgruppe dar.

1149. Die Durchführung einer Event-Studie setzt die Börsennotierung aller Unternehmen voraus, was deren Anwendungspotenzial für eine Ex post-Evaluation stark einschränkt. Eine Evaluation der Markt- und Wettbewerbsentwicklung in der Post Merger-Integration ist mit Event-Studien in der Form zudem nicht möglich, da der Fokus auf der Identifizierung des Kurseffektes am announcement date liegt. Die Identifizierung als solche gestaltet sich mitunter bereits schwierig, da es sich bei den betreffenden Unternehmen oftmals um global agierende Konzerne handelt, deren Marktwerte gegebenenfalls nur bedingt wegen Bekanntwerdens von Übernahmeplänen schwanken.

1150. Event-Studien sind bislang vornehmlich in wissenschaftlichen Arbeiten zur Anwendung gekommen. Der Schwerpunkt der Analysen hat weniger auf der Evaluation einzelner behördlicher Entscheidungen als vielmehr auf einer Meta-Analyse einer Vielzahl an behördlichen Entscheidungen gelegen.[397] Meistens sind Entscheidungen in der Fusionskontrolle untersucht worden. Exemplarisch haben Clougherty und Duso (2011) in ihrer Arbeit zu Fusionskontrollverfahren in Europa und den USA versucht, anhand der Profitabilitätsentwicklung der Fusionsparteien wie auch der ihrer Wettbewerber Rückschlüsse auf die Wettbewerbseffekte der Unternehmenszusammenschlüsse und damit auf die Angemessenheit der Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden zu ziehen.[398] Zur Spezifizierung des kontrafaktischen Zustandes, d. h. des Zustandes, der sich ohne die Freigaben der Zusammenschlussvorhaben eingestellt hätte, haben sie auf die Methodik von Event-Studien zurückgegriffen.

---

[396] Ausführlicher zum Preisindex vgl. Rundfunk & Telekom Regulierungs-GmbH, Communications Report 2014, Wien, Juni 2015.

[397] Vgl. etwa Kwoka, J./Gu, C., Predicting Merger Outcomes: The Accuracy of Stock Market Event Studies, Market Structure Characteristics, and Agency Decisions, Journal of Law & Economics 58(3), 2015, S. 519-543; Duso, T./Gugler, K./Yurtoglu, B., Is the Event Study Methodology Useful for Merger Analysis? A Comparison of Stock Market and Accounting Data, International Review of Law and Economics 30, 2010, S. 186-192; Clougherty, J. A./Duso, T., The Impact of Horizontal Mergers on Rivals: Gains to Being Left Outside a Merger, Journal of Management Studies 46(8), 2009, S. 1365-1395. Zur Anwendung von Event-Studien zu Missbrauchsverfahren vgl. etwa Aguzzoni, L./Langus, G./Motta, M., The Effect of EU Antitrust Investigations and Fines on a Firm's Valuation, Journal of Industrial Economics 61(2), 2013, S. 290-338.

[398] Vgl. Clougherty, J. A./Duso, T., Using rival effects to identify synergies and improve merger typologies, Strategic Organization 9(4), 2011, S. 310-335.

1151. Dem gängigen Prozedere bei Event-Studien folgend haben Clougherty und Duso (2011) für die jeweiligen Fusionskontrollverfahren zunächst die kontrafaktischen Aktienrenditen ermittelt. Hierzu haben Sie als zeitlich relevanten Markt eine 240-tägige Handelsperiode, endend 60 Tage vor dem announcement date, gewählt, auf deren Basis sie zunächst ein Capital Asset Pricing Model (CAPM) mittels einer Einfachregression geschätzt haben.[399] Aus den Parameterschätzungen haben sie anschließend die kontrafaktischen Aktienrenditen für die fusionierenden Unternehmen und ihre Wettbewerber prognostiziert. In einem zweiten Schritt haben sie die sogenannten abnormalen Renditen bestimmt, welche sich aus der Differenz zwischen den faktischen Aktienrenditen und den kontrafaktischen Aktienrenditen ergeben und den Nettoeffekt eines Unternehmenszusammenschluss kennzeichnen. Die abnormalen Renditen haben sie zunächst für ein event window, beginnend 50 Tage vor und endend 6 Tage nach dem announcement date, für alle Unternehmen des relevanten Marktes berechnet. Anschließend haben sie die abnormalen Renditen einerseits für die fusionierenden Unternehmen und andererseits für die Wettbewerber kumuliert und entsprechend ihrer Marktwerte gewichtet.[400] In einem dritten Schritt haben sie anhand der ermittelten abnormalen Renditen die unmittelbaren Wettbewerbseffekte und Wohlfahrtseffekte der jeweiligen Zusammenschlussvorhaben kategorisiert[401]:

- Pro-kompetitiver Zusammenschluss, der womöglich auf Effizienzsteigerungen zurückzuführen ist, wenn die abnormalen Renditen der fusionierenden Unternehmen positiv, die der Wettbewerber hingegen negativ sind;
- Pro-kompetitiver Zusammenschluss, der womöglich nicht zu Synergien bei den fusionierenden Unternehmen geführt hat, wenn die abnormalen Renditen der fusionierenden Unternehmen negativ, die der Wettbewerber hingegen positiv sind;
- Anti-kompetitiver Zusammenschluss, angezeigt durch Wertverluste bei allen Unternehmen, wenn die abnormalen Renditen sowohl der fusionierenden Unternehmen wie auch die der Wettbewerber negativ sind;
- Anti-kompetitiver Zusammenschluss, der sowohl auf koordiniertes Verhalten (kollusive Effekte) wie auch auf nicht koordiniertes Verhalten (unilaterale Effekte) zurückzuführen sein könnte, wenn die abnormalen Renditen sowohl der fusionierenden Unternehmen wie auch die der Wettbewerber positiv sind.

1152. Die Aussagekraft der Event-Studie hängt von der Gültigkeit mehrerer Annahmen ab. So gründen Event-Studien auf der Effizienzmarkthypothese, nach der alle marktrelevanten Informationen in den Aktienpreisen unmittelbar bepreist werden und sich die Marktagenten stets rational verhalten.[402] Ferner muss die Länge des event window so gewählt werden, dass eine Identifizierung der durch die öffentlich gewordenen Informationen zum Zusammenschlussvorhaben ausgelösten Renditeeffekte fern anderer, zeitlich parallel auftretender Schocks sichergestellt wird.[403] Zum Zwecke der Verifizierung sind in der Studie für die Europäische Kommission zusätzlich Schätzungen für ein event window mit einer merklich kürzeren Länge von drei Tagen um den announcement date vorgenommen worden. Darüber hinaus bedarf es für eine adäquate Berechnung des Fusionseffektes generell der Erfassung aller relevanter Wettbewerber bzw.

---

399 Unter Verwendung einer Korrekturschätzung für Autokorrelation bei Nichtsynchronität von Handelsdaten; vgl. Scholes, M./Williams, J., Estimating beta from non-synchronous data, Journal of Financial Economics 5(3), 1977, S. 309-327.

400 Orientiert an McWilliams, A./Siegel, D./Teoh, S. H., Issues in the use of the event study methodology: A critical analysis of corporate social responsibility studies, Organizational Research Methods 2(4), 1999, S. 340-365. Die statistische Signifikanz der ermittelten kumulierten abnormalen Renditen haben sie mittels eines t-Tests unter Berechnung der Standardabweichungen bestimmt.

401 Zum Zusammenhang zwischen der Profitabilität der Wettbewerber und Veränderungen in der Konsumentenwohlfahrt vgl. Duso, T./Neven, D. J./Röller, L.-H., The Political Economy of European Merger Control: Evidence using Stock Market Data, Journal of Law & Economics 50(3), 2007, S. 455-489.

402 Vgl. Fama, E. F., Efficient Capital Markets, A Review of Theory and Empirical Work, Journal of Finance 25(2), 1979, S. 383–417 mit Shiller, R. J., From Efficient Markets Theory to Behavioral Finance, Journal of Economic Perspectives 17(1), 2003, S. 83-104.

403 Vgl. etwa Haleblian, J. u. a., Taking stock of what we know about mergers and acquisitions: A review and research agenda, Journal of Management 55(2), 2009, S. 469-502 mit Oler D. K./Harrison, J. S./Allen, M. R., The danger of misinterpreting short-window event study findings in strategic management research: an empirical illustration using horizontal acquisitions, Strategic Organization 6(2), 2008, S. 151-184; Bergh, D. D., Executive retention and acquisition outcomes: A test of opposing views on the influence of organizational tenure, Journal of Management 27(5), 2001, S. 603-622.

einer sachverhaltsgerechten Marktabgrenzung. In der Event-Studie ist ein Datensatz verwendet worden, bei dem die relevanten Wettbewerber von der Kommission identifiziert worden waren.[404]

1153. In der Event-Studie sind 104 horizontale Unternehmenszusammenschlüsse berücksichtigt worden, die von der Europäischen Kommission im Zeitraum von 1990 bis 2002 geprüft worden waren. Davon sind bei 58 Unternehmenszusammenschlüssen sowohl ein europäisches wie auch ein anglo-amerikanisches Unternehmen und bei 46 Unternehmenszusammenschlüssen ausschließlich kontinental-europäische Unternehmen beteiligt gewesen. Es sind zum einen tagesbezogene Paneldaten zu Aktienkursen und Marktwerten der Unternehmen sowie zu sektorspezifischen Marktindizes von einer kommerziellen Datenbank verwendet worden. Zum anderen sind Informationen zu den announcement dates der jeweiligen Unternehmenszusammenschlüsse von einem kommerziellen Marktportal sowie zu den verfahrensrelevanten Wettbewerbern aus den Memoranda der Europäischen Kommission bezogen worden.

1154. Den Schätzungen zur Folge soll etwa die Hälfte aller Fusionen einen wettbewerbsförderlichen Markteinfluss gehabt haben. Hierunter seien überproportional stark Zusammenschlussvorhaben vertreten gewesen, an denen anglo-amerikanische Unternehmen involviert waren. Vornehmlich hätten diese Zusammenschlussvorhaben zu unmittelbaren Wertverlusten sowohl bei den fusionierenden Unternehmen wie auch bei deren Wettbewerber geführt und weniger das Potenzial für etwaige Effizienzsteigerungen gehabt. Vergleichsweise gering sei der Anteil der Zusammenschlussvorhaben gewesen, die von Wertverlusten bei den fusionierenden Unternehmen, jedoch von Wertsteigerungen bei den Wettbewerbern gekennzeichnet gewesen seien. Bei über einem Viertel aller betrachteten Zusammenschlussvorhaben hätten sowohl die fusionierenden Unternehmen wie auch deren Wettbewerber profitiert.

7.3.5 Marktumfragen und Interviews

1155. Bei qualitativen Evaluationsmethoden wie Marktumfragen und Interviews beruht die normative Analyse der Ex post-Evaluation anders als bei quantitativen Evaluationsmethoden nicht auf der Auswertung von Daten mithilfe von statistischen Methoden, sondern auf den subjektiven Einschätzungen befragter Unternehmensvertreter und Sachverständige. Mit Marktumfragen und Interviews besteht tendenziell die Möglichkeit, ein vergleichsweise breites Spektrum an Informationen von einer Vielzahl an Marktteilnehmern zum Einfluss der behördlichen Entscheidungspraxis auf die Markt- und Wettbewerbsentwicklung zu gewinnen und gegebenenfalls für quantitative Analysen nutzbar zu machen. Mit ihnen ist es aber wegen der Beliebigkeit subjektiver Einschätzungen prinzipiell nicht möglich, die Effekte behördlicher Entscheidungen präzise zu identifizieren. Zudem können die abgegebenen Einschätzungen aus strategischen Gründen oder aus Unkenntnis fehlerhaft sein.

1156. Das Bundeskartellamt hat im Juni 2010 Ergebnisse zu einer eigens durchgeführten Ex post-Evaluation betreffend seine 2006 erlassenen Verfügungen zu langfristigen Gaslieferverträgen veröffentlicht.[405] Die Verfügungen waren bis September 2010 befristet, weshalb der Anlass der Evaluierung zum einen in der Bedarfsprüfung einer Verlängerung der Verfügungen und zum anderen in der rechtzeitigen Informierung der hiervon betroffenen Marktteilnehmern über den künftigen kartellrechtlichen Rahmen vor Verhandlungsbeginn für das nachfolgende Gaswirtschaftsjahr bestanden hat. Wesentlicher Bestandteil der Evaluierung ist eine Marktumfrage gewesen.

1157. Zur Ermittlung der aktuellen Vertragssituation bei der Belieferung von lokalen und regionalen Weiterverteilern durch überregionale Ferngasgesellschaften hat das Bundeskartellamt im Dezember 2009 24 Ferngasunternehmen, worunter sich sämtliche Adressaten der Verfügungen sowie deren engste Wettbewerber befanden haben, sowie 100 regionale und örtliche Gasverteiler befragt. Die befragten Unternehmen hatten Auskunft über den Umsatz, Absatz und Vertragsdauer ihrer Lieferverträge sowie über Einzelheiten zu den von ihnen abgegebenen Lieferangeboten zu geben. Darüber hinaus sind sie verpflichtet worden, die Entwicklung ihres Produktportfolios darzustellen.

---

[404] Gewöhnlich werden Unternehmen derselben Branche als Wettbewerber bestimmt; vgl. etwa Fee, C. E./Thomas, S., Sources of gains in horizontal mergers: evidence from customer, supplier, and rival firms', Journal of Financial Economics 74(3), 2004, S. 423-460. Insoweit weicht dies zur Fallpraxis der Kartellbehörden ab; Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. (EU) 97/C 372/03 vom 9. Dezember 1997, S. 5.

[405] Vgl. BKartA, Bericht über die Evaluierung der Beschlüsse zu langfristigen Gaslieferverträgen, 15. Juni 2010.

1158. Die Aussagekraft von Marktbefragungen setzt voraus, dass eine hinreichend große Anzahl an relevanten Marktagenten und -beobachtern befragt werden und diese entsprechend teilnimmt. Dabei sollten die Fragen des Fragebogens sachverhaltsgerecht sowie verständlich gestellt sein. Darüber hinaus hängt die Aussagekraft von Marktbefragungen insbesondere von der Qualität bzw. dem Grad der Angemessenheit der Antworten der Befragten ab. Zur Qualitätssicherung können z. B. sinngemäße Wiederholungsfragen gestellt werden, um Missverständnisse oder bewusste Falschaussagen zu identifizieren. Diesbezüglich hat das Bundeskartellamt eine Plausibilitätsüberprüfung vorgenommen.

1159. Den Ergebnissen der Befragung zur Folge haben sich die wettbewerblichen Bedingungen auf der untersuchten Großhandelsebene im Ex post-Zeitraum wesentlich verbessert. Die positiven Entwicklungen hat das Bundeskartellamt auf seine damaligen Beschlüsse zum Verbot langfristiger Gaslieferverträge zurückgeführt, gleichwohl es ebenso auf einen branchenweiten Trend hingewiesen hat, der vermutlich z. T. ähnliche Markteffekte ausgelöst haben könnte. Schlussendlich hat das Bundeskartellamt keine Notwendigkeit für das Einleiten neuer Verfahren mit dem Ziel einer Verlängerung der Verfügungen gesehen.

7.4 Weitreichende Wirkungsanalysen

7.4.1 Anwendungspraxis

1160. Untersuchungen mit dem Ziel der Eruierung von in sachlicher, räumlicher sowie zeitlicher Hinsicht weitreichenden Markteffekten der behördlichen Entscheidungspraxis z. B. von sektorübergreifenden und makroökonomischen Effekten sind bislang selten und dann vornehmlich von Vertretern der Wissenschaft vorgenommen worden.[406] Nur wenige Wettbewerbsbehörden haben sich eigens mit der Analyse weitreichender Effekte ihrer Entscheidungspraxis auseinandergesetzt, eine rechtliche Verpflichtung für derartige Untersuchungen besteht nirgends.[407] Während in den von Vertretern der Wissenschaft erstellten Studien vornehmlich quantitative Evaluationsmethoden wie z. B. ökonometrische Schätzungen von Mehrgleichungsmodellen reduzierter Form zur Anwendung gekommen sind, sind in den von den Wettbewerbsbehörden eigens durchgeführten Analysen ausschließlich qualitative Evaluationsmethoden verwendet worden.

1161. Die Europäische Kommission hat erstmalig Ende 2015 eine Studie veröffentlicht, in der unter anderem die Langfristeffekte ihrer Entscheidungspraxis auf den europäischen Energiesektor geschätzt worden sind.[408] Trotz der Komplexität einer Identifizierung weitreichender auf behördliche Entscheidungen zurückzuführenden Effekte ist sie bestrebt, sich auch zukünftig in diesem Bereich von Ex post-Evaluationen zu engagieren.[409] Das Bundeskartellamt hat bislang keine derartigen Analysen durchgeführt, gleichwohl hat es aus seiner Sektoruntersuchung Duale Systeme und der Evaluierung seiner Beschlüsse zu Gaslieferverträgen Indizien für etwaige Langfristeffekte ableiten können.[410]

7.4.2 Ökonometrische Schätzungen von Mehrgleichungsmodellen reduzierter Form

1162. Analysen zu Mehrgleichungsmodellen reduzierter Form unterscheiden sich allgemein von denen zu Mehrgleichungsmodellen strukturierter Form dahin gehend, dass nicht eine Vielzahl an interdependenten Zusammenhängen durch Schätzungen von simultanen Gleichungssystemen, sondern an kausalen Zusammenhängen durch separate Schätzungen einzelner Gleichungen eruiert werden. Dies führt zwar vergleichsweise methodisch und interpretatorisch zu Vereinfachungen, allerdings können anhand der Ergebnisse mitunter keine holistischen, modellrahmenbezogenen Aus-

---

406 Vgl. etwa Ex-post economic evaluation of competition policy enforcement: A review of the literature, a. a. O., S. 90 ff.; OECD, Factsheet on how competition policy affects macro-economic outcomes, Oktober 2014, S. 22 ff.

407 Vgl. OECD, Working Party No. 2 on Competition and Regulation, Evaluation of Competition Enforcement and Advocacy Activities: The Results of an OECD Survey, a. a. O., S. 19.

408 EU-Kommission, The economic impact of enforcement of competition policies on the functioning of EU energy markets, a. a. O., S. 97 ff.; vgl. Tz. 1163 ff. in diesem Gutachten.

409 Vgl. EU-Kommission, Competition policy brief 4, Ex post evaluation of competition policy enforcement, a. a. O., S. 6.

410 Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung duale Systeme, Zwischenbilanz der Wettbewerbsöffnung, a. a. O.; Bericht über die Evaluierung der Beschlüsse zu langfristigen Gaslieferverträgen, a. a. O.

sagen getroffen werden.[411] Beiden Methoden gemein ist hingegen ein zugrunde liegender theoretischer Ansatz zur Beschreibung der entsprechenden strukturellen Zusammenhänge.

1163. Im November 2015 hat die Europäische Kommission eine Studie veröffentlicht, deren Ziel es unter anderem war, die Langfristeffekte ihrer Entscheidungspraxis auf den europäischen Energiesektor zu quantifizieren.[412] Im Fokus hat dabei die durch ihre Entscheidungen ausgelösten Veränderungen auf die Wettbewerbsintensität der europäischen Energiemärkte sowie das Investitionsvolumen und die Produktivitätsentwicklung europäischer Energieunternehmen gestanden. Hierfür sind ökonometrische Schätzungen zu einem Mehrgleichungsmodell reduzierter Form vorgenommen worden. Die Studie hat die Europäische Kommission von Vertretern der Wissenschaft erstellen lassen.

1164. Die ökonometrischen Schätzungen zu einem Mehrgleichungsmodell reduzierter Form setzen qua Definition eine theoretische Fundierung voraus. In der vorliegenden Studie ist unterstellt worden, dass die Entscheidungen der Europäischen Kommission einen unmittelbaren, stimulierenden Einfluss auf die Wettbewerbsintensität auf den Energiemärkten ausgeübt haben.[413] Eine erhöhte Wettbewerbsintensität habe wiederum die operativen und strategischen Entscheidungen der Energieunternehmen beeinflusst, z. B. kurzfristig bei der Preissetzung, mittelfristig bei der Energieförderung und langfristig bei der Innovationskraft.[414] Eine hohe Innovationskraft habe vor allem auf einer hohen Investitionstätigkeit der Unternehmen als Folge einer erhöhten Wettbewerbsintensität beruht, wodurch Produktivitätspotenziale gehoben worden seien.[415] Mit Schätzungen von einem Mehrgleichungsmodell reduzierter Form ist es daher prinzipiell möglich gewesen, insbesondere den Effekt von Kartellrechtsentscheidungen der Europäischen Kommission auf die Wettbewerbsintensität, das Investitionsvolumen und das Produktivitätsniveau europäischer Energiemärkte zu schätzen und auf statistische Signifikanz hin zu überprüfen.

1165. Die Validität der Schätzungen von einem Mehrgleichungsmodell reduzierter Form setzt allgemein – wie nahezu für alle Regressionsanalysen – voraus, dass keine Schätzverzerrungen aufgrund einer unzureichenden Parameteridentifikation aufgetreten sind. Eine unzureichende Parameteridentifikation rührt von dem Problem der Endogenität her, das zu Scheinregressionen führen kann. Das Problem der Endogenität kann bei Messfehlern („errors-in-variables"), Nichtberücksichtigung relevanter Erklärungsgrößen in den Regressionsanalysen („omitted variable bias") sowie bei Interdependenzen zwischen Erklärungsgrößen wie z. B. den Entscheidungen der Europäischen Kommission und den zu erklärenden Kenngrößen wie z. B. der Wettbewerbsintensität, dem Investitionsvolumen sowie dem Produktivitätsniveau („simultaneity bias/reverse causation") entstehen. Zur Vermeidung eines simultaneity bias sind in der betreffenden Untersuchung für die Europäische Kommission alle wettbewerbspolitischen Erklärungsgrößen als zeitlich verzögerte Erklärungsgrößen spezifiziert worden. Zur Vermeidung eines omitted variable bias sind in den Schätzungen zudem eine Vielzahl der von der empirischen Literatur empfohlenen Erklärungsgrößen sowie binäre Erklärungsgrößen als zeitinvariante unbeobachtbare Erklärungsgrößen berücksichtigt worden.[416]

1166. Für die ökonometrischen Schätzungen sind Paneldaten unterschiedlichen Aggregationsniveaus für den Zeitraum von 2005 bis 2013 von einer Vielzahl an Datenquellen verwendet worden. Während für die Berechnungen der drei zu erklärenden Kenngrößen Wettbewerbsintensität, Investitionsniveau und Produktivitätsniveau firmenspezifische Daten

---

411 Ausführlicher vgl. etwa Wooldridge, J. M., Introductory Econometrics – A Modern Approach 5. Aufl., a. a. O., S. 554 f.

412 EU-Kommission, The economic impact of enforcement of competition policies on the functioning of EU energy markets, a. a. O., S. 97 ff.

413 EU-Kommission, Ex-post economic evaluation of competition policy enforcement: A review of the literature, a. a. O., S. 86 ff.

414 Vgl. etwa Aghion, P./Schankerman, M., On the Welfare Effects and Political Economy of Competition-Enhancing Policies, Economic Journal 114 (October), 2004, S. 800-824.

415 Vgl. Holmes, T./Schmitz, J., Competition and Productivity: A Review of Evidence, Annual Review of Economics 2, 2010, S. 619-624. Darüber hinaus hätten Entscheidungen der Europäischen Kommission auch Externalitäten auf Annex-Märkten sowie Abschreckungseffekte zu kartellrechtswidrigem Unternehmensverhalten auslösen können; etwa Buccirossi, P. u. a., Competition Policy and Productivity Growth: An Empirical Assessment, Review of Economics and Statistics 95(4), 2013, S. 1324-1336.

416 Vgl. Grajek, M./Röller, L.-H., Regulation and investment in network industries: Evidence from European telecoms, Journal of Law & Economics 55(1), 2012, S. 189-216; Alesina, A. u. a., Regulation and investment, Journal of the European Economic Association 3(4), 2005, S. 791-825.

von einer kommerziellen Datenbank erhoben worden sind, sind für alle Erklärungsgrößen auf länderspezifische Daten der Europäischen Kommission sowie anderer supranationaler Institutionen wie der OECD und Weltbank zurückgegriffen worden. Zur Bestimmung der Wettbewerbsintensität sind zum einen der Boone-Indikator[417], zum anderen ein Streuungsmaß für die Produktivitätsentwicklung ausgewählt worden. Das Investitionsvolumen ist aus der ersten Differenz der Bilanzsummen und das Produktivitätsniveau aus der Schätzung einer Produktionsfunktion abgeleitet worden. Zudem sind vier Indikatoren, welche die Effektivität der Wettbewerbskontrolle der Europäischen Kommission reflektieren sollen, aus Informationen zu 200 Fusionskontrollverfahren, 16 Missbrauchsverfahren, einem Kartellverfahren sowie 203 Beihilfeverfahren betreffend die europäischen Energiemärkte gebildet worden.[418]

1167. Den Schätzungen zur Folge haben die Entscheidungen der Europäischen Kommission in Fusionskontrollverfahren einen wettbewerbsfördernden Impuls in vergleichsweise weniger stark regulierten Ländern ausgelöst. Entscheidungen in Kartell- und Missbrauchsverfahren hätten hingegen in stärker regulierten Ländern einen wettbewerbshemmenden Effekt induziert. Hierzu in Teilen konsistent sind die Ergebnisse zum Investitionsvolumen. Danach sei das Investitionsvolumen in weniger stark regulierten Ländern durch die Fusionskontrollentscheidungen der Europäischen Kommission zwar gestiegen, jedoch durch deren Entscheidungen in Kartell- und Missbrauchsverfahren tendenziell gesunken. Für stärker regulierte Länder seien hingegen Indizien für einen investitionssteigernden Effekt durch die die Kartell- und Missbrauchsverfahren festgestellt worden. Ferner hätten die Fusionskontrollverfahren eine produktivitätssteigernde Wirkung in weniger stark regulierten Ländern entfaltet. Aus den Ergebnissen der Regressionsanalysen ist folgender Kaskadeneffekt geschlossen worden: Die Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission zur Fusionskontrolle hat zunächst den Wettbewerbsdruck auf den europäischen Energiemärkten erhöht, was Investitionen der Energieunternehmen nach sich gezogen hat, wodurch schlussendlich Produktivitätssteigerungen generiert worden sind. Bei den Ausführungen zu den Ergebnissen ist zugleich einschränkend auf potenzielle Schätzverzerrungen wegen einer möglicherweise unzureichenden Parameteridentifikation hingewiesen worden. Die Ergebnisse seien demnach als Indizien für eine starke Korrelation und weniger für eine Kausalität zwischen der Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission und den Markt- und Wettbewerbsentwicklungen zu interpretieren.

7.5 Würdigung und Handlungsempfehlungen

1168. Im Bereich der Wettbewerbspolitik sieht die Monopolkommission Ex post-Evaluationen zum einen als ein Instrument zur Verbesserung der Durchsetzung kartellrechtlicher Vorschriften durch Wettbewerbsbehörden an.[419] Ihrer Ansicht nach können insbesondere mit entscheidungsspezifischen Ex post-Evaluationen Lerneffekte generiert und somit die Entscheidungspraxis effektiviert werden, zugleich kann die Wirkung einer (nunmehr) effektiven Wettbewerbskontrolle erhöht werden.[420] Zum anderen können Ex post-Evaluationen nach Auffassung der Monopolkommission zur Verbesserung des Kartellrechts selbst eingesetzt werden. Aus einer Auswertung einer Vielzahl an kartellrechtlichen Entscheidungen in einem bestimmten Zeitraum können Rückschlüsse auf die Wirksamkeit der institutionellen Rahmenbedingungen gezogen werden. Besonders mit Blick auf die Unterschiede in den nationalen Rechtsordnungen können Gegenüberstellungen von Ex post-Evaluationen, die sich jeweils auf kartellrechtliche Entscheidungen verschiedener nationaler Wettbewerbsbehörden beziehen, die Möglichkeit zu Rechtsvergleichen bieten. Die Monopolkommission verweist bei-

---

417 Vgl. Boone, J., A New Way to Measure Competition, Economic Journal 118(531), 2008, S. 1245-1261.

418 Analog etwa zu Clougherty, J. A./Seldeslachts, J., The Deterrence Effects of US Merger Policy Instruments, Journal of Law, Economics and Organization 29(5), 2013, S. 1114-1144.

419 Der wissenschaftliche Beirat des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie hat sich ausdrücklich für eine vermehrte Evaluierung wirtschaftspolitischer Maßnahmen ausgesprochen; vgl. Evaluierung wirtschaftspolitischer Fördermaßnahmen als Element einer evidenzbasierten Wirtschaftspolitik, Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, 20. September 2013.

420 Vgl. hierzu bereits Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1101 f.

spielhaft auf die Europäische Kommission, die sich für Ex post-Evaluationen von kartellrechtlichen Bestimmungen im Zuge geplanter Reformen ausspricht.[421]

1169. Diese Vorteile überwiegen nach Auffassung der Monopolkommission mögliche Nachteile von Ex post-Evaluationen. Eine erhebliche Gefahr von Reputationsverlusten für die betroffenen Wettbewerbsbehörden sowie von Schadensersatzklagen sieht die Monopolkommission nicht. Denn sofern im Rahmen einer Ex post-Evaluation negative Auswirkungen von behördlichen Entscheidungen festgestellt werden, lässt sich daraus nicht zwangsläufig auf einen Fehler im behördlichen Verfahren schließen. Wegen den möglicherweise unterschiedlichen Informationen über die Markt- und Wettbewerbsentwicklung, die zu den jeweiligen Bewertungszeitpunkten vorgelegen haben, kann sich durchaus die im Vorhinein als rechtmäßig angenommene Entscheidung im Nachhinein als unangemessen herausstellen.

1170. Die Monopolkommission begrüßt die stärkere Einbindung von Ex post-Evaluationen in die Wettbewerbspolitik der Europäischen Kommission. Die bisher eigens durchgeführten sowie in Auftrag gegebenen Ex post-Evaluationen können ungeachtet der konkreten Evaluationsergebnisse zu einer Verbesserung der zukünftigen Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission und des europäischen Rechtsrahmens beitragen. Besonders positiv hebt die Monopolkommission das Engagement der Europäischen Kommission und der OECD der letzten Jahre in Sachen Ex post-Evaluationen hervor. Mit der Veröffentlichung umfassender Praxisberichte und der Veranstaltung von Workshops unterstützen sie die Wettbewerbsbehörden proaktiv bei der Konzeption und Durchführung von Ex post-Evaluationen. Dass die ICN hingegen entscheidungsspezifische Ex post-Evaluationen neuerdings nicht mehr als Projekt in ihren 3-Jahres-Arbeitsplänen führt, nimmt die Monopolkommission mit Bedauern zur Kenntnis. Gerade weil die Wettbewerbsbehörden bislang wenig Erfahrungen mit derartigen Analysen gesammelt haben, hätte sich das ICN umso stärker zugunsten von entscheidungsspezifischen Ex post-Evaluationen aussprechen können, um Lernprozesse bei der Anwendung und damit die Akzeptanz von Ex post-Evaluationen bei den Behörden zu fördern.

1171. Auf nationaler Ebene hält die Monopolkommission eine systematische Durchführung insbesondere von entscheidungsspezifischen Ex post-Evaluationen vonseiten des Bundeskartellamtes zur Verbesserung der zukünftigen Entscheidungspraxis und des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie zur Verbesserung des Kartellrechts grundsätzlich für geboten. Die Monopolkommission verkennt dabei nicht, dass die Durchführung von Ex post-Evaluationen vor allem wegen der Anwendung komplexer statistischer Methoden und der gewöhnlich aufwendigen Datenbeschaffung äußerst ressourcenintensiv ist. Sie anerkennt die bisherige Evaluationspraxis des Bundeskartellamtes und begrüßt dessen Bestrebung, sich zukünftig mit erhöhter Aufmerksamkeit vertieften Ex post-Evaluationen widmen zu wollen.[422] Nach Auffassung der Monopolkommission sollten bei Ex post-Evaluationen zum Zwecke einer Identifizierung der relevanten Markt- und Wettbewerbseffekte primär quantitative Methoden und sekundär qualitative Methoden verwendet werden. Im Hinblick auf eine effiziente Verwendung behördlicher Ressourcen können entscheidungsspezifische Ex post-Evaluationen beispielsweise im Rahmen von Sektoruntersuchungen gemäß § 32e GWB durchgeführt werden.

1172. Im Hinblick auf die Frage, wer die Evaluation durchführen sollte, kommen neben dem Bundeskartellamt auch verfahrensfremde Einrichtungen in Betracht. Für eine Eigenevaluation der Entscheidungen durch das Bundeskartellamt spricht insbesondere der auf gesetzliche Auskunftsrechte bei den Unternehmen basierte Zugang zu den notwendigen Informationen. Dagegen könnte sprechen, dass die Gefahr einer Befangenheit bei der Auswahl der zu evaluierenden Behördenentscheidungen besteht. Soweit verfahrensfremde, wissenschaftliche Einrichtungen mit der Durchführung von Ex post-Evaluationen von Entscheidungen des Bundeskartellamtes betraut würden, müsste ihnen gegebenenfalls Akteneinsicht und damit der Zugang zu Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen gewährt werden, ohne dass eine gesetzliche Vertraulichkeitsregelung existiert.[423] Aber auch verfahrensfremde Einrichtungen können prinzipiell einer Befangenheit dahin gehend unterliegen, dass sie etwa mit Blick auf die Akquise von Folgeaufträgen Evaluationsergebnisse tendenziell im Sinne der Auftraggeber – etwa der Wettbewerbsbehörden, deren Entscheidungen es zu evaluieren gilt – ermitteln.

---

[421] Vgl. EU-Kommission, Ex-post economic evaluation of competition policy enforcement: A review of the literature, a. a. O., S. 36 f.: "The application of competition rules is based on notices, guidelines and regulations that need to be revised periodically. Any policy reform should include an ex-post assessment of existing regulations before options for reform are considered."

[422] Vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht 2011/2012, BT-Drs. 17/13675 vom 29. Mai 2013, S. 44.

[423] Vgl. ferner Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 364 ff.; XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 160 ff.

Ungeachtet dessen besteht bei Ex post-Evaluationen spezifischer Entscheidungen oftmals explizit der Bedarf an einer Erhebung von nicht öffentlich zugänglichen Unternehmensdaten zum Ex post-Zeitraum. Über entsprechende Auskunftsbefugnisse verfügt ausschließlich das Bundeskartellamt. In diesen Fällen könnte eine Kooperation zwischen dem Bundeskartellamt und der evaluierenden Einrichtung zur Nutzung der Auskunftsbefugnisse des Amtes eingegangen werden. Sofern das Bundeskartellamt Eigenevaluationen vornimmt, ist zu empfehlen, dass die Evaluation von einer verfahrensfremden Einrichtung begleitet und vor einer Veröffentlichung begutachtet wird.

1173. Zur Identifizierung der auf die Entscheidungen der Wettbewerbsbehörde zurückzuführenden Markt- und Wettbewerbseffekte bedarf es einer Erfassung möglichst aller relevanten kontemporären Einflussfaktoren. Die Aussagekraft von Ex post-Evaluationen ist somit stets von der Datenqualität und -quantität abhängig. Demnach erscheinen vor allem behördliche Entscheidungen zu Märkten bzw. Sektoren für Ex post-Evaluationen geeignet, die einen vergleichsweise hohen Homogenitätsgrad und oligopolistische Marktstrukturen aufweisen. Das Anwendungsspektrum von Ex post-Evaluationen erstreckt sich auf alle Verfahrensbereiche des Kartellrechts, auch wenn bislang überwiegend behördliche Entscheidungen zu Fusionskontrollverfahren nachträglich überprüft worden sind. An die Durchführung von Ex post-Evaluationen ist immer auch die Wahl der Evaluationsmethode geknüpft. Es bietet sich aus Gründen der Falsifizierung an, mehr als nur eine Evaluationsmethode zu verwenden. Nahezu alle in diesem Kapitel vorgestellten Evaluationsmethoden können unter Berücksichtigung ihrer Vor- und Nachteile auf alle Kartellrechtsbereiche sowohl für markt- bzw. sektorbezogene wie auch für weitreichende Wirkungsanalysen angewendet werden. Eine Ausnahme bilden zumindest Event-Studien auf Grundlage von Kapitalmarktdaten. Auch wenn sie als eine Evaluationsmethode für Ex post-Analysen firmieren, scheinen sie vielmehr geeignet zu sein als eine Evaluationsmethode für Ex ante-Analysen der Wettbewerbsbehörden etwa zur Prognose der zu erwartenden Wettbewerbseffekte von Zusammenschlussvorhaben börsennotierter Unternehmen.[424] Gegebenenfalls können mithilfe von Event-Studien Indizien für Effizienzvorteile i. S. v. § 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 GWB gewonnen werden.

[424] In die Unternehmensbewertung der Kapitalmarktanalysten und damit in die Aktienkurse fließen deren Erwartungen über die mögliche Entscheidung der Wettbewerbsbehörde (Freigabe, Freigabe mit Nebenbestimmungen, Untersagung) unter Berücksichtigung des Einflusses ihrer Unternehmensbewertung auf die behördliche Entscheidung ein. Die Erwartungsbildung der Analysten umfasst u. a. die Schätzung der Wahrscheinlichkeiten für das Eintreten der verschiedenen Entscheidungsmöglichkeiten der Wettbewerbsbehörde (Freigabe, Freigabe mit Nebenbestimmungen, Untersagung) sowie die Abschätzung des langfristigen Einflusses der Wettbewerbsentwicklung im Zuge einer Freigabe (mit oder ohne Nebenbestimmungen) auf die Entwicklung der Fusionsparteien und deren Wettbewerber. Da Event-Studien lediglich eine potenzielle Methode für Ex ante-Analysen darstellen und die Wettbewerbsbehörden ihre Entscheidungen orientiert am geltenden Kartellrecht und den jeweiligen verfahrensgegenständlichen Sachverhalt diskretionär treffen, erscheint das systematische Risiko einer strategischen Fehlbewertung der Zusammenschlussvorhaben der Kapitalmarktanalysten gering.