

Auszug aus Hauptgutachten XX (2012/2013)

# Kapitel IV

## Kartellrechtliche Entscheidungspraxis

---

1. Deutsche Fusionskontrolle
  2. Europäische Fusionskontrolle
  3. Marktmachtmissbrauch bei der Versorgung mit Fernwärme?
  4. Kartelle und Kartellverfahren
  5. Vertriebsbeschränkungen (insbesondere: Internetvertrieb)
  6. Sanktionen und Schadenersatz
  7. Spezielle Wirtschaftsbereiche
  8. Verfahrensrelevanz quantitativer Methoden
  9. Ex-post-Evaluation der Amtspraxis
  10. Markttransparenzstelle für Kraftstoffe
-

# Inhaltsverzeichnis

## Kapitel IV

<b>Kartellrechtliche Entscheidungspraxis.....</b>	<b>271</b>
1 Deutsche Fusionskontrolle .....	271
1.1 Einführung: Die Übernahme des SIEC-Tests in die deutsche Fusionskontrolle.....	271
1.1.1 Prüfungsvoraussetzungen des neuen Untersagungskriteriums.....	273
1.1.2 Erste praktische Erfahrungen mit der Anwendung des SIEC-Tests.....	277
1.2 Statistischer Überblick über die Fusionskontrollpraxis im Berichtszeitraum.....	278
1.3 Parallele internationale Zuständigkeiten und divergierende Entscheidungen .....	283
1.4 Marktabgrenzung.....	285
1.5 Marktbeherrschung .....	288
1.5.1 Marktbeherrschung bei Kabelnetzbetreibern.....	289
1.5.2 Marktbeherrschung auf regionalen Märkten für Finanzprodukte.....	290
1.5.3 Unterschiedliche Bewertung eines Fusionsvorhabens je nach Untersagungskriterium .....	291
1.6 Anwendung der Abwägungsklausel.....	294
1.7 Sanierungsfusionen.....	295
1.8 Abhilfemaßnahmen.....	298
2 Europäische Fusionskontrolle.....	300
2.1 Einführung.....	300
2.2 Statistischer Überblick.....	300
2.3 Zuständigkeit.....	302
2.3.1 Keine Verweisung bei kleinteiligen, aber grenzüberschreitenden Märkten.....	302
2.3.2 Verweisungsanträge im Mobilfunkmarkt.....	303
2.3.3 Reform des Verweisungsregimes.....	305
2.4 Wettbewerbliche Beurteilung.....	307
2.4.1 Maßgebliches „Counterfactual“ und Sanierungsfusion.....	308
2.4.2 Gegengewichtige Nachfragemacht der Abnehmer und Verhandlungsmacht der Zusammenschlussparteien.....	309
2.4.3 Quantitative Analysen.....	314
2.4.3.1 Anwendung des UPP-Ansatzes und Merger Simulation.....	315
2.4.3.2 Wettbewerbliches Näheverhältnis .....	321
2.4.3.3 Quantifizierung des Effizienzeinwands.....	323
2.4.4 Effizienzen.....	326
2.4.4.1 Voraussetzungen des Effizienzeinwands .....	328
2.4.4.2 Teilweise Anerkennung von Effizienzgewinnen.....	329
2.4.4.3 Synergien in Fusionskontrollfällen.....	330

2.5	Abhilfemaßnahmen.....	331
2.5.1	Veräußerungszusagen.....	331
2.5.2	Lebensfähigkeit des zu veräußernden Geschäftsbereichs.....	332
2.5.3	Marktöffnungs- und Verhaltenszusagen.....	333
2.5.4	Upfront-Buyer-Zusagen.....	334
2.5.5	Unzureichende Zusagenangebote.....	335
2.6	Rechtsprechung.....	336
2.7	Legislative Entwicklungen.....	340
2.7.1	Verfahrensvereinfachung in der ersten Verfahrensphase.....	340
2.7.2	Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb.....	341
3	Marktmachtmissbrauch bei der Versorgung mit Fernwärme?.....	344
3.1	Grundlegende Wettbewerbssituation und Sektoruntersuchung des Bundeskartellamtes.....	345
3.2	Wärmemarkt oder Markt für Fernwärme?.....	346
3.3	Wirkung von Preismissbrauchsverfahren als regulierungsähnliche Marktaufsicht.....	348
4	Kartelle und Kartellverfahren.....	351
4.1	Ökonomische Methoden einer proaktiven Kartellverfolgung .....	351
4.1.1	Einführung.....	351
4.1.2	Konzepte.....	352
4.1.2.1	Struktureller Ansatz.....	352
4.1.2.2	Verhaltensorientierter Ansatz.....	354
4.1.3	Stand der Amtspraxis .....	356
4.1.4	Würdigung .....	357
4.2	Schwerpunktbereiche der Kartellverfolgung.....	358
4.2.1	Drogerieartikel.....	358
4.2.2	Schienen, Weichen und Schwellen.....	363
4.2.3	Baustoffe.....	368
5	Vertriebsbeschränkungen (insbesondere: Internetvertrieb).....	375
5.1	Preisbindungen (Festool, Dr. Hauschka).....	376
5.2	Bestpreisklauseln: Bindung von Wettbewerbern des Plattformbetreibers (Plattformneutralität) (Amazon).....	376
5.3	Bestpreisklauseln: Bindung von (reinen) Nutzern einer Plattform (Hotelbuchungsportale).....	377
5.4	Behinderung des Internetabsatzes (Haus- und Gartengeräte sowie Sportartikel).....	379
6	Sanktionen und Schadenersatz.....	384
6.1	Verfassungsrechtliche Fragen.....	384
6.1.1	Bußgeldhöhe.....	385
6.1.2	Vergleichsverfahren.....	386
6.1.3	Verzinsungspflicht bei Kartellgeldbußen.....	387
6.2	Private Kartellverfolgung.....	388
6.3	Bedeutung von Compliance.....	392

7	Spezielle Wirtschaftsbereiche.....	394
7.1	Geistiges Eigentum im Wettbewerb.....	394
7.1.1	Grundlegende Elemente der Anwendung des Kartellrechts im Bereich des geistigen Eigentums.....	396
7.1.2	Zugang zu standardessenziellen Patenten (SEP).....	399
7.1.2.1	Überblick: Patente und Standards.....	400
7.1.2.2	Vorreiterfunktion des BGH: Der Orange Book-Standard und dessen Weiterentwicklung ..	401
7.1.2.3	Stellungnahme der Monopolkommission.....	403
7.1.2.4	Ausblick: Lösungsansätze jenseits des Wettbewerbsrechts.....	405
7.1.3	Reform des europäischen Technologietransfer-Regimes.....	406
7.1.4	Nutzung von proprietären Informationen als Marktstandards.....	408
7.1.4.1	Datenstandards als Plattform.....	409
7.1.4.2	Wertpapiercodes als Plattform: Standard & Poor's und Reuters Instruments Codes.....	411
7.1.4.3	Kollektive Lizenzverweigerung: Credit Default Swap-Informationen.....	413
7.1.4.4	Fazit: Interoperabilität durch kartellrechtliche Einhegung von geistigem Eigentum an Marktstandards.....	414
7.1.5	Europäisierung der audiovisuellen Leistungsschutzrechte?.....	415
7.2	Medien.....	418
7.2.1	Besondere Verantwortung des Staates.....	418
7.2.2	Videoportale privater und öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten.....	419
7.2.3	Verteidigung des Systems des deutschen Presse-Grosso.....	422
7.3	Krankenversicherung.....	423
7.3.1	Rechtswegzersplitterung im Verfahrensrecht.....	423
7.3.2	Gemischtes Bild im materiellen deutschen Recht.....	423
7.3.3	Anwendungsbereich des europäischen Wettbewerbsrechts.....	424
7.3.4	Betrachtung des Gesamtmarkts und Ausblick.....	426
8	Verfahrensrelevanz quantitativer Methoden .....	426
9	Ex-post-Evaluation der Amtspraxis.....	429
9.1	Einführung.....	429
9.2	Stand der Evaluationspraxis.....	430
9.3	Würdigung .....	431
10	Markttransparenzstelle für Kraftstoffe.....	432
10.1	Einführung.....	432
10.2	Funktionalität .....	433
10.3	Resonanz und Entwicklung.....	434
10.4	Würdigung.....	437

## Kapitel IV

### Kartellrechtliche Entscheidungspraxis

#### 1 Deutsche Fusionskontrolle

##### 1.1 Einführung: Die Übernahme des SIEC-Tests in die deutsche Fusionskontrolle

**557.** Im Zuge der 8. GWB-Novelle hat der SIEC-Test<sup>1</sup> Eingang in das deutsche Recht gefunden.<sup>2</sup> Dieser ersetzt seit dem 30. Juni 2013 den vorher geltenden Marktbeherrschungstest, der seit jeher das materielle Untersagungskriterium in der deutschen Fusionskontrolle bildete. § 36 Abs. 1 GWB lautet nunmehr:

*„Ein Zusammenschluss, durch den wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde, insbesondere von dem zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, ist vom Bundeskartellamt zu untersagen. Dies gilt nicht, wenn*

*1. die beteiligten Unternehmen nachweisen, dass durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und diese Verbesserungen die Behinderung des Wettbewerbs überwiegen, oder*

*[...]*

*[...].“<sup>3</sup>*

**558.** Begründet wird der Übergang vom Marktbeherrschungs- zum SIEC-Test im deutschen Recht vor allem mit der Angleichung an die europäische Rechtslage,<sup>4</sup> bei der die erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs bereits seit Inkrafttreten der VO 139/2004 das maßgebliche Untersagungskriterium darstellt.<sup>5</sup> Der SIEC-Test findet sich zudem auch in den Rechtsordnungen der meisten Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Mit der Übernahme in das deutsche Recht soll eine „weitgehend gleichlaufende Beurteilung von Fusionsvorhaben auf deutscher und europäischer Ebene“ sowie eine „zweifelsfreie, flexible und damit optimale Erfassung aller wettbewerbskritischen Fälle“ ermöglicht werden.<sup>6</sup> Die Ergebnisse der bisherigen Anwendung des SIEC-Tests im Rahmen der europäischen Fusionskontrollpraxis werden dabei ausdrücklich positiv bewertet.<sup>7</sup> Gleichzeitig soll durch den Übergang zum SIEC-Test aufgrund der Fortgeltung der deutschen Rechtsprechung zum Marktbeherrschungstest sowie aufgrund der bisherigen Erfahrungen der Kommission keine Rechtsunsicherheit eintreten.<sup>8</sup> Schließlich wird auch keine wesentliche Änderung der Fusionskontrolle durch eine etwa zunehmende Ökonomisierung des Verfahrens erwartet; die Tendenz zu einer stärker ökonomischen Ausrichtung habe vielmehr bereits zuvor bestanden.<sup>9</sup>

1 SIEC = Significant Impediment of Effective Competition = erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs.

2 Vgl. auch Monopolkommission, Sondergutachten 63, Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht, Baden-Baden 2012.

3 Demgegenüber lautete § 36 Abs. 1 GWB a. F. wie folgt: „Ein Zusammenschluss, von dem zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, ist vom Bundeskartellamt zu untersagen, es sei denn, die beteiligten Unternehmen weisen nach, dass durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und dass diese Verbesserungen die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen.“

4 Vgl. Bundesregierung, Gesetzentwurf, Entwurf eines Achten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-ÄndG), BT-Drs. 17/9852 vom 31. Mai 2012, S. 19/28.

5 Vgl. Art. 2 Abs. 3 VO 139/2004: „Zusammenschlüsse, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde, insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung, sind für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar zu erklären.“

6 Vgl. Bundesregierung, Gesetzentwurf, Entwurf eines Achten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-ÄndG), BT-Drs. 17/9852 vom 31. Mai 2012, S. 28.

7 Vgl. ebenda, S. 28: „aus wettbewerbsrechtlicher und -politischer Sicht überzeugend“.

8 Vgl. ebenda.

9 Vgl. ebenda, S. 28 f. Ergänzend wird darauf verwiesen, dass das Bundeskartellamt Zusammenschlüsse auch bisher „nicht anhand einer statischen Strukturbetrachtung allein nach Marktanteilen, sondern auf Basis einer Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände“ beurteilt habe.

**559.** Trotz der geschilderten Tendenz zur Rechtsangleichung dürfte nicht von einem gesetzgeberischen Willen zur Vollharmonisierung der deutschen mit der europäischen Fusionskontrolle auszugehen sein.<sup>10</sup> Zwar spricht die Gesetzesbegründung insofern unter anderem von einem „gleich lautenden Prüfungsmaßstab“ sowie einem sogenannten level playing field.<sup>11</sup> Die Fusionskontrollvorschriften des GWB enthalten jedoch – unabhängig von der Einführung des SIEC-Tests – weiterhin Besonderheiten, die das europäische Recht nicht kennt. Hierzu zählen etwa die Abwägungsklausel des § 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 GWB, die autonome Definition der Zusammenschlusstatbestände in § 37 GWB sowie der Marktbeherrschung in § 18 GWB einschließlich der dortigen Vermutungsschwellen (insofern relevant sowohl für die Missbrauchsaufsicht als auch für die Fusionskontrolle) und die Möglichkeit der Ministererlaubnis gemäß § 42 GWB.<sup>12</sup>

**560.** Über diese Angleichungsbestrebungen hinaus schafft der Übergang zum SIEC-Test nicht etwa eine rechtliche Bindung des Bundeskartellamtes an die Entscheidungen der Kommission oder der Unionsgerichte.<sup>13</sup> So sieht Art. 21 VO 139/2004 für das Fusionskontrollverfahren eine Trennung des europäischen und des nationalen Rechts dergestalt vor, dass die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten ausschließlich ihr eigenes, nationales Recht anwenden.<sup>14</sup> Obgleich kann von der Entscheidungspraxis der Kommission einschließlich der von ihr veröffentlichten, rechtlich allerdings nur sie selbst bindenden Mitteilungen eine nicht unwesentliche faktische Bindungswirkung auch für die Auslegung des neuen Untersagungskriteriums durch das Bundeskartellamt ausgehen.<sup>15</sup> So verweist das Bundeskartellamt in dem Verfahren PCC/Permaswage, das nach neuem Recht entschieden worden ist, zur Auslegung des Merkmals der erheblichen Wettbewerbsbehinderung auf die Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse der Kommission.<sup>16</sup> Dass dies durchaus gewollt ist, wird bereits daran deutlich, dass in der Gesetzesbegründung – wie erwähnt – auf die bisherigen Erfahrungen der Kommission mit dem SIEC-Test verwiesen wird.<sup>17</sup>

**561.** Freilich steht dem Bundeskartellamt im Verhältnis zu den (deutschen) Gerichten durch den Übergang zum SIEC-Test weiterhin kein gerichtsfreier Beurteilungsspielraum zu. Vielmehr unterliegt die Auslegung des neuen Untersagungskriteriums auch zukünftig der uneingeschränkten gerichtlichen Nachprüfung.<sup>18</sup> Sofern aufgrund dessen sowie des damit verbundenen Erfordernisses zur Beibringung von ökonomischen bzw. ökonomischen Gutachten längere (Gerichts-) Verfahren sowie erhöhte Nachweisanforderungen durch die Gerichte befürchtet werden,<sup>19</sup> ist dem zu entgegnen, dass dies keine Folge der Einführung des SIEC-Tests, sondern in erster Linie Ausdruck der allgemeinen, bereits seit Längerem zu beobachtenden Ökonomisierung – Stichwort: „more economic approach“ – der europäischen wie deutschen Fusions-

10 Vgl. Körber, WuW 2014, 250 f.; anders wohl Barth/Budde, BB 2011, 1923 f.

11 Vgl. RegE zum 8. GWB-ÄndG, BT-Drs. 17/9852 vom 31. Mai 2012, S. 29.

12 Vgl. Körber, WuW 2014, 250 f.

13 Vgl. Esser/Höft, NZKart 2013, 447, 456; Immenga, EuZW 2013, 761; Körber, WuW 2014, 250 f.

14 Etwa auch Art. 3 Abs. 3 VO 1/2003. Anders das Verhältnis von europäischem zu nationalem Recht im Kartellverfahren, wo die Wettbewerbsbehörden in Fällen von gemeinschaftsweiter Bedeutung immer auch das europäische Kartellrecht anwenden und sich dieses im Ergebnis auch durchsetzt, Art. 3 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 VO 1/2003. Lediglich bei einseitigen Handlungen kommt die Anwendung strengerer nationalen Rechts in Betracht, Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GWB. Vgl. Körber, WuW 2014, 250 f.

15 Vgl. Esser/Höft, NZKart 2013, 447, 456; Körber, WuW 2014, 250 f.; anders aber Ewald, WuW 2014, 261, 277 ff., der maßgeblich auf die Unterschiede bei der gerichtlichen Nachprüfung zwischen beiden Rechtsordnungen abstellt. Ein Recht bzw. eine (letztinstanzliche) Pflicht zur Vorlage einer Frage betreffend die Auslegung des Unionsrechts an den EuGH gemäß Art. 267 AEUV geht jedoch mit der Übernahme des SIEC-Tests nicht einher, da es sich hierbei um eine autonome, unionsrechtlich nicht veranlasste Entscheidung des deutschen Gesetzgebers handelt. Vgl. dazu ausführlich Barth/Budde, BB 2011, 1923 ff.; Körber, WuW 2014, 250 ff.; anders aber Esser/Höft, NZKart 2013, 447, 456 f.

16 Vgl. BKartA, Beschluss vom 23. Oktober 2013, B9-92/13, Tz. 72.

17 Vgl. oben Tz. 558.

18 Vgl. Bundesregierung, Gesetzentwurf, Entwurf eines Achten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-ÄndG), BT-Drs. 17/9852 vom 31. Mai 2012, S. 28; Esser/Höft, NZKart 2013, 447, 456; Körber, WuW 2014, 250, 257 f. Auf europäischer Ebene haben die Unionsgerichte der Kommission dagegen für die Würdigung komplexer wirtschaftlicher Sachverhalte einen weitgehenden Beurteilungsspielraum zugestanden.

19 Vgl. Kühnen, WuW 2012, 458, 464 ff.

kontrollpraxis ist.<sup>20</sup> Es ist deshalb kaum zu erwarten, dass die Prüfung der materiellen Untersagungsvoraussetzungen durch das Bundeskartellamt zukünftig insoweit bedeutend größeren Aufwand erfordern wird.

### 1.1.1 Prüfungsvoraussetzungen des neuen Untersagungskriteriums

**562.** Nach dem novellierten § 36 Abs. 1 GWB bleibt die Marktbeherrschung das im Gesetz ausdrücklich genannte Beispiel für die Annahme einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs.<sup>21</sup> Dabei sind für die Bestimmung der Marktbeherrschung weiterhin die Vermutungsschwellen, die sich nunmehr in § 18 Abs. 4 und 6 GWB finden und teilweise geringfügig erhöht worden sind, anwendbar.<sup>22</sup> Ein Zusammenschluss ist somit regelmäßig dann zu untersagen, wenn durch ihn eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt würde. Die Gesetzesbegründung geht folglich davon aus, dass Untersagungen weiterhin überwiegend anhand des Marktbeherrschungskriteriums erfolgen werden.<sup>23</sup> Auch im europäischen Recht sieht Erwägungsgrund Nr. 25 zur VO 139/2004 vor, dass über die Marktbeherrschung hinaus lediglich die Erfassung unilateraler Effekte angezeigt ist. Dem entsprechend bezeichnet die Gesetzesbegründung den Marktbeherrschungstest als den „Hauptanwendungsfall“ in der europäischen Fusionskontrollpraxis.<sup>24</sup>

**563.** In jüngerer Zeit ist in der Kommissionspraxis gleichwohl ein stärker wirkungsorientierter Ansatz („effects based approach“) unter gleichzeitigem Verzicht auf eine exakte Marktabgrenzung festzustellen.<sup>25</sup> Zwar hat der SIEC-Test im europäischen Recht jenseits der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung noch nicht zur Untersagung eines Zusammenschlusses geführt; in den Fällen T-Mobile Austria/Tele.ring<sup>26</sup> und Hutchison 3G Austria/Orange Austria<sup>27</sup> hat die Europäische Kommission das Entstehen unilateraler Effekte aber zumindest für möglich gehalten.<sup>28</sup> Es steht zu erwarten, dass sich auf deutscher Ebene langfristig eine ähnliche Entwicklung unter zunehmender Abkehr von einer – jedenfalls tendenziell – eher strukturellen Betrachtung hin zu einem verstärkt wirkungsorientierten Ansatz abzeichnet.<sup>29</sup> Statt der Marktanteile der Zusammenschlussbeteiligten geraten dann eher die auf dem betroffenen Markt herrschenden Bedingungen (etwa die wettbewerbliche Nähe der Zusammenschlussbeteiligten, der Wettbewerbsdruck oder der wirtschaftliche Anreiz zu bestimmten Verhaltensweisen) in den Mittelpunkt des Interesses.

20 Vgl. Bundesregierung, Gesetzentwurf, Entwurf eines Achten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-ÄndG), BT-Drs. 17/9852 vom 31. Mai 2012, S. 28.

21 § 36 Abs. 1 Satz 1 GWB: „Ein Zusammenschluss, [...] insbesondere von dem zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, [...]“

22 Eine Einzelmarktbeherrschung wird nun ab 40 Prozent (vgl. § 18 Abs. 4 GWB) statt ab einem Drittel (vgl. § 19 Abs. 3 Satz 1 GWB a. F.) vermutet.

23 Vgl. Bundesregierung, Gesetzentwurf, Entwurf eines Achten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-ÄndG), BT-Drs. 17/9852 vom 31. Mai 2012, S. 28.

24 Vgl. ebenda, S. 28.

25 Vgl. Esser/Höft, NZKart 2013, 447, 452 f.; Ewald, WuW 2014, 261, S. 270; Körber, WuW 2014, 250, 253. Eine exakte Marktabgrenzung ist grundsätzlich dann entbehrlich, wenn sie in jedem denkbaren Fall zum gleichen Ergebnis führt. Danach kann auf sie freilich auch bei Anwendung des Marktbeherrschungstests verzichtet werden; dennoch liegt eine solche Vorgehensweise bei einem auswirkungsorientierten Ansatz wie dem SIEC-Test näher.

26 EU-Kommission, Entscheidung vom 26. April 2006, COMP/M.3916 – T-Mobile Austria/Tele.ring,

27 EU-Kommission, Entscheidung vom 24. Juli 2013, COMP/M.6497 – Hutchison 3G Austria/Orange Austria.

28 Vgl. Bosch/Fritzsche, NJW 2013, 2225, 2226 f.

29 Vgl. Esser/Höft, NZKart 2013, 447, 448; Lettl, WuW 2013, 606, 609. Kritisch Ewald, WuW 2014, 261, 262, der stattdessen lediglich von einer „Akzentverschiebung“ ausgeht (S. 265 f.).

**564.** Gleichwohl wirft das Regel-/Ausnahmeverhältnis des § 36 Abs. 1 Satz 1 GWB Fragen auf. Sowohl die Gesetzesbegründung<sup>30</sup> als auch das Bundeskartellamt<sup>31</sup> und das OLG Düsseldorf<sup>32</sup> gehen davon aus, dass die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung – trotz der Bezeichnung als Regelbeispiel – „stets“ eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs darstelle. Einer solchen Einschätzung muss in dieser Absolutheit indes widersprochen werden.<sup>33</sup> Ist ein Regelbeispiel verwirklicht, kann zwar regelmäßig auf eine bestimmte, vom Gesetz vorgesehene Annahme geschlossen werden, zwingend ist dies jedoch nicht. So soll der Gebrauch von Regelbeispielen die Gesetzesanwendung zwar erleichtern, indem bestimmte – nicht abschließend aufgeführte – Annahmen indiziert werden; sie befreit den Gesetzesanwender allerdings nicht von der Prüfung des Vorliegens etwaiger außergewöhnlicher Konstellationen, in denen eine Ausnahme von der gesetzlichen Regel geboten ist.

**565.** Wenn das OLG Düsseldorf ausführt, dass die zu dem alten Untersagungskriterium ergangene Entscheidungspraxis der Gerichte fortgelte,<sup>34</sup> kann dem nur insofern zugestimmt werden, als sich diese Rechtsprechung ausschließlich – und gleichsam isoliert – auf das Regelbeispiel bezieht.<sup>35</sup> Allerdings gilt es zu berücksichtigen, dass dieses Regelbeispiel nur mehr Teil eines neuen Untersagungskriteriums ist, für das eine Rechtsprechung nicht existiert und das daher eine neue Beurteilung zu erfahren hat. Nicht weniger kritikwürdig vergleicht das Bundeskartellamt das Regelbeispiel mit den Schwellenwerten zur Marktbeherrschung: „Vergleichbar mit den Regelatbeständen in § 18 Abs. 4 und 6 GWB löst die Verwirklichung des Regelbeispiels ohne Weiteres die Verwirklichung der jeweiligen Generalklausel aus.“<sup>36</sup> Dieser Vergleich ist nicht zutreffend. Denn die Marktbeherrschungsvermutungen sind gerade widerlegbar, während das Bundeskartellamt meint, dass die Verwirklichung des Regelbeispiels „stets“ zur Annahme einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führe.

**566.** Vor diesem Hintergrund weist die Monopolkommission nachdrücklich darauf hin, dass in § 36 Abs. 1 Satz 1 GWB erwähnte Regelbeispiel der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ausschließlich als solches zu interpretieren und nicht etwa von dessen Vorliegen ohne Prüfung etwaiger ent-

30 Vgl. Bundesregierung, Gesetzentwurf, Entwurf eines Achten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-ÄndG), BT-Drs. 17/9852 vom 31. Mai 2012, S. 28; vgl. zur europäischen Regelung auch Monopolkommission, XV. Hauptgutachten 2002/2003, Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, Baden-Baden 2005, Tz. 224.

31 Vgl. BKartA, Beschluss vom 18. Juli 2013, B4-18/13, Tz. 170; BKartA, Beschluss vom 25. April 2014, B6-98/13, Tz. 107/183/223/293.

32 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. August 2013, VI Kart1/12 (V), WuW/E DE-R 4050, 4060, Tz. 141 – Liberty Global/Kabel BW; Beschluss vom 25. September 2013, VI Kart 4/12 (V), Tz. 29 – Xella/H+H (zit. nach juris). Während es auf die Ausführungen des OLG Düsseldorf zum Verhältnis von Regelbeispiel „Marktbeherrschung“ zu SIEC-Test im Fall Liberty Global/Kabel BW in der Sache nicht ankam (sogennantes „obiter dictum“), weil die Freigabe durch das Bundeskartellamt vor Inkrafttreten der 8. GWB-Novelle erfolgte und es für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage insofern auf den Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung ankommt, war die Beurteilung des Gerichts im Fall Xella/H+H entscheidungsrelevant, weil das Bundeskartellamt das Zusammenschlussvorhaben untersagte und etwaige Änderungen der Sach- und Rechtslage insofern bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung vor Gericht zu berücksichtigen sind; vgl. BGH, Beschluss vom 20. April 2010, KVR 1/09, Tz. 34 f. – Phonak/GN Store.

33 Vgl. auch Esser/Höft, NZKart 2013, 447, 453; Körber, WuW 2014, 250, 254; Kühnen, WuW 2012, 458, 46.

34 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25. September 2013, VI-Kart 4/12 (V), Tz. 29 (zit. nach juris): „Zwar ist in Angleichung an das europäische Recht mit der 8. GWB-Novelle das Untersagungskriterium der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs eingefügt worden. Die Untersagungs Voraussetzungen der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung gelten aber ebenso weiter wie die dazu ergangene Entscheidungspraxis der Gerichte.“

35 Gegenteiliges ergibt sich auch nicht aus der Gesetzesbegründung, die nur auf die Rechtsprechung zum Marktbeherrschungskriterium Bezug nimmt; vgl. RegE zum 8. GWB-ÄndG, BT-Drs. 17/9852, S. 28: „Die Untersagungs Voraussetzung der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, die seit Einführung der deutschen Fusionskontrolle 1973 das alleinige Prüfkriterium war, gilt ebenso weiter wie die dazu ergangene Entscheidungspraxis der Gerichte, etwa zur Frage, wann eine marktbeherrschende Stellung durch einen Zusammenschluss verstärkt wird.“ Hervorhebung nur hier.

36 Vgl. BKartA, Beschluss vom 18. Juli 2013, B4-18/13, Tz. 170.



gegenstehender Aspekte auf die Annahme der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs zu schließen.

**567.** Demgegenüber erlangt das neue Untersagungskriterium vor allem in dem umgekehrten Fall Bedeutung, in dem der untersuchte Zusammenschluss keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, von ihm aber gleichwohl eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs zu erwarten ist.<sup>37</sup> Dies gilt namentlich für Oligopolsachverhalte, in denen jenseits einer kollektiven Marktbeherrschung unilaterale Verhaltensweisen einzelner Unternehmen nunmehr besser erfasst werden können. Zudem ermöglicht das neue Untersagungskriterium eine einfachere Beurteilung von vertikalen oder konglomeraten Zusammenschlüssen. Mangels des Wegfalls eines auf dem Markt befindlichen Unternehmens – wie in horizontalen Zusammenschlussfällen – besteht bei jenen zwar weniger die Gefahr einer Verschlechterung der jeweiligen Marktstruktur; dennoch können die Möglichkeiten und Anreize der beteiligten Unternehmen zu wettbewerbsschädlichem Verhalten durch einen vertikalen oder konglomeraten Zusammenschluss erhöht sein.<sup>38</sup>

**568.** Überwiegend wird davon ausgegangen, dass die Erfassung unilateraler Effekte grundsätzlich auch unter der Geltung des Marktbeherrschungstests möglich gewesen sei.<sup>39</sup> Dies gilt auch für den („Lücken“-)Fall, dass sich mehrere Unternehmen zu einem marktmächtigen Unternehmen zusammenschließen, das jedoch gleichzeitig nicht – jedenfalls nicht nach dem üblichen Wortsinn – marktbeherrschend ist, weil auf dem betroffenen Markt noch (mindestens) ein weiteres marktmächtigeres Unternehmen präsent ist. Das Entstehen einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne des § 36 Abs. 1 GWB a. F. wäre hier allenfalls dann begründbar, wenn man jegliche Form von erheblicher Marktmacht mit (paralleler) Einzelmarktbeherrschung<sup>40</sup> gleichsetzte oder eine kollektive Marktbeherrschung durch mehrere marktmächtige Unternehmen annähme.<sup>41</sup> So hat in dem Fall Akzo/Metlac die britische Competition Commission unter Anwendung des dort geltenden SLC-Tests<sup>42</sup> das Vorhaben untersagt, während das Bundeskartellamt das Entstehen einer kollektiven Marktbeherrschung verneinte und den Zusammenschluss freigab, obwohl es eine Verringerung der Wettbewerbsintensität prognostizierte.<sup>43</sup> Ob das Bundeskartellamt das Entstehen unilateraler Effekte aber tatsächlich bejaht und den Zusammenschluss nach neuem Recht untersagt hätte, darf durchaus bezweifelt werden. Denn das Bestehen eines engen Wettbewerbsverhältnisses zwischen den Zusammenschlussbeteiligten, was als ein typischer Fall des Entstehens unilateraler Effekte gilt, wurde in dem Verfahren verneint.<sup>44</sup>

**569.** Durch die Abkehr von dem Marktbeherrschungs- und die Übernahme des SIEC-Tests ist eine direkte und zugleich flexiblere Identifizierung der Auswirkungen geplanter Fusionen auf den Wettbewerb möglich, ohne den Umweg über die Feststellung einer etwaigen Marktbeherrschung gehen zu müssen.<sup>45</sup> In diesem Zusammenhang erscheint zudem eine bessere Anwendbarkeit ökonomischer bzw. ökonometrischer Tests, die – unabhängig von dem Merkmal der Marktbeherrschung – die Wettbewerbswirkungen des Zusammen-

37 Gleichsam: „Statt Marktbeherrschung ohne SIEC, nunmehr SIEC ohne Marktbeherrschung“.

38 Vgl. zum Ganzen Bundesregierung, Gesetzentwurf, Entwurf eines Achten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-ÄndG), BT-Drs. 17/9852 vom 31. Mai 2012, S. 28.

39 Vgl. Barth/Budde, BB 2011, 1859, 1863; Bosch/Fritzsche, NJW 2013, 2225, 2227; Körber, WuW 2014, 250, 252; Kühnen, WuW 2012, 458, 459 ff. Zweifelnd Esser/Höft, NZKart 2013, 447; Ewald, WuW 2014, 261 (269). Vgl. dazu im Zuge der Einführung des SIEC-Tests auf europäischer Ebene bereits Monopolkommission, XV. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 220.

40 Eine parallele Einzelmarktbeherrschung durch die großen, in Deutschland tätigen Energieversorgungsunternehmen hat das Bundeskartellamt in seiner „Sektoruntersuchung Stromerzeugung und -großhandel“, S. 96 ff., festgestellt.

41 Eine kollektive Marktbeherrschung im Oligopol ist gegeben, wenn zwischen mehreren Unternehmen ein Binnenwettbewerb dergestalt fehlt, dass sich diese so verhalten können, als hätten sie ihr Vorgehen koordiniert, weil es an einem Anreiz fehlt, hiervon abzuweichen.

42 SLC = Significant Lessening of Competition ~ erhebliche Verminderung des Wettbewerbs. Zwischen dem SLC- und dem SIEC-Test gibt es nur marginale konzeptionelle Unterschiede.

43 Vgl. BKartA, Beschluss vom 24. Dezember 2012, B3-187/11, Tz. 108.

44 Vgl. ebenda, Tz. 84; vgl. 611. ff.

45 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 63, Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht, Baden-Baden 2012, Tz. 20/23; Ewald, WuW 2014, 261, 269; Körber, WuW 2014, 250, 253; kritisch Kühnen, WuW 2012, 458, 461 f. Vgl. zu möglichen Fallkonstellationen im Einzelnen Esser/Höft, NZKart 2013, 447, 448 ff.

schlusses erfassen, von Vorteil.<sup>46</sup> Eine generelle Absenkung der Eingriffsschwelle für die Untersagung von Zusammenschlüssen dürfte mit der Einführung des SIEC-Tests indes nicht zwingend verbunden sein und war vom Gesetzgeber auch nicht beabsichtigt; jedenfalls ist hierfür nichts ersichtlich.<sup>47</sup>

**570.** Das Konzept einer „sliding scale“, d. h. eines fließenden Prüfungsmaßstabs für die Feststellung der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, soll nach Auskunft des Bundeskartellamtes auch für „reine SIEC-Fälle“ beibehalten werden. Diesem Konzept liegt der Gedanke zu Grunde, dass die Anforderungen an eine Verstärkungswirkung des Zusammenschlusses umso geringer sind, je stärker die Position des marktbeherrschenden Unternehmens bereits ist. Dabei war aber auch in der Amtspraxis zum Marktbeherrschungstest ein qualitativer – und weniger ein quantitativer – Ansatz entscheidend.<sup>48</sup> Das Bundeskartellamt verlangte für den Fall des Vorliegens einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung zwar eine „konkrete Verschlechterung der Wettbewerbsverhältnisse“<sup>49</sup>, nicht jedoch eine spürbare Veränderung des unternehmerischen Verhaltensspielraums.<sup>50</sup> Eine Übernahme des – das „sliding scale“-Konzept ersetzende – Spürbarkeitskriteriums dürfte auch mit der Einführung des SIEC-Tests nicht generell verbunden sein.<sup>51</sup>

**571.** Schließlich stellt sich Frage, ob das neue Untersagungskriterium zugunsten der Unternehmen eine umfassendere Berücksichtigung von Effizienzvorteilen ermöglicht, die ein Zusammenschluss auf dem betroffenen Markt möglicherweise generiert und die letztlich zu dessen Freigabe führen können. Mit der Frage nach der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs könnte es naheliegend erscheinen, Effizienzerwägungen nunmehr als Bestandteil einer einzelfallbezogenen Prüfung der Untersagungs Voraussetzungen anzusehen,<sup>52</sup> während dem Marktbeherrschungstest eine pauschalierende Betrachtung von Effizienzgewinnen zugrunde liegt.

**572.** Die Möglichkeit bzw. die bestehende Praxis der Berücksichtigung von Effizienzen hat die Monopolkommission allerdings – bereits im Hinblick auf das neue Untersagungskriterium – für ausreichend erachtet und eine ausdrückliche Verankerung der Effizienzverteidigung in der deutschen Fusionskontrolle für nicht geboten gehalten.<sup>53</sup> In der deutschen Fusionskontrolle werden Effizienzen auch künftig – jedenfalls bei Anwendung des Marktbeherrschungstests – pauschalierend berücksichtigt. Ferner sind nach der Abwägungsklausel des § 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 GWB (vormals: § 36 Abs. 1 Hs. 2 GWB a. F.) wettbewerblich positive Auswirkungen auf Drittmärkten berücksichtigungsfähig; hierfür tragen die Zusammenschlussbeteiligten die Beweislast.<sup>54</sup> Bei Überwiegen von gesamtwirtschaftlichen Vorteilen kommt schließlich eine Ministererlaubnis des Zusammenschlusses gemäß § 42 GWB in Betracht. Das Verhältnis dieser Rechtfertigungsgründe zu dem der genannten integrativen Berücksichtigung von Effizienzvorteilen ist zurzeit noch weitgehend ungeklärt; die Anwendung in der behördlichen und gerichtlichen Praxis bleibt abzuwarten.

46 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 63, a. a. O., Tz. 18 ff.

47 Vgl. Bosch/Fritzsche, NJW 2013, 2225, 2227; kritisch hingegen Bechtold, BB 2011, 3075, 3077.

48 Vgl. BKartA, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, 29. März 2012, Tz. 26 f.

49 Vgl. ebenda, Tz. 15.

50 Während dieses Verständnis auch dem der deutschen Rechtsprechung entspricht (vgl. BGH, Beschluss vom 8. Juni 2010, KVR 04/09, WuW/E DE-R 3067, 3075, Tz. 44 – Springer/Pro Sieben II; Beschluss vom 19. Juni 2012, KVR 15/11, WuW/E DE-R, 3695, 3697 f., Tz. 17 f. – Haller Tagblatt), wird im europäischen Recht die Spürbarkeit der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung verlangt; vgl. Barth/Budde, BB 2011, 1859, 1865.

51 Vgl. Ewald, WuW 2014, 261, 266 ff.; anders aber Esser/Höft, NZKart 2013, 447, 453 f.: „Zwei-Stufen-Test“.

52 Vgl. Esser/Höft, NZKart 2013, 447, 455; Ewald, WuW 2014, 261, 273 f.; Körber, WuW 2014, 250, 255 f.

53 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 63, Tz. 33 ff.

54 Vgl. § 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 GWB: „Dies gilt nicht, wenn 1. die beteiligten Unternehmen nachweisen, dass [...]“.

### 1.1.2 Erste praktische Erfahrungen mit der Anwendung des SIEC-Tests

573. Das Bundeskartellamt hat bislang<sup>55</sup> sieben Fusionskontrollverfahren in der Hauptphase nach neuem Recht geprüft. Von diesen sieben Verfahren hat es fünf ohne<sup>56</sup> und zwei mit<sup>57</sup> Nebenbestimmungen freigegeben. Einen Zusammenschluss, den das Bundeskartellamt unter Geltung des SIEC-Tests wegen der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs trotz fehlender zu erwartender Marktbeherrschung untersagt hätte, hat es demnach noch nicht gegeben.

574. Allerdings hat das OLG Düsseldorf eine Untersagung des Bundeskartellamtes, die noch nach altem Recht erfolgte, unter Geltung der neuen Rechtslage bestätigt. Dabei beschränkte sich das Gericht – entsprechend seiner oben geschilderten Auffassung<sup>58</sup> – auf die Feststellung, dass die vom Bundeskartellamt angenommene Begründung einer marktbeherrschenden Stellung „stets“ zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führe und das Vorhaben deshalb zu untersagen sei.<sup>59</sup> In ähnlicher Weise verfährt das Bundeskartellamt in den beiden Zusammenschlussfällen, die es nur unter Auflagen freigegeben hat: Das Bundeskartellamt begnügt sich – nach seiner Auffassung folgerichtig – jeweils mit der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung,<sup>60</sup> ohne zusätzlich die erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs zu prüfen. Im Verfahren FMG/Springer ergänzt es seine Ausführungen lediglich mit folgendem Satz: „Im Übrigen wäre im vorliegenden Fall eine Erheblichkeit der Verschlechterung angesichts der Zusammenschlusswirkungen auch unabhängig hiervon anzunehmen.“<sup>61</sup>

575. Bislang hält das Bundeskartellamt auch nach dem Übergang vom Marktstrukturtest zum SIEC-Test an seiner Praxis fest, zunächst sachlich und räumlich relevante Märkte abzugrenzen. Die Monopolkommission hat sich in ihrem letzten Hauptgutachten mit der Frage befasst, ob in Anbetracht der Weiterentwicklung ökonomischer Analysemethoden für eine direkte Messung von Wettbewerbseffekten und der zunehmenden Verfügbarkeit von Daten zukünftig verstärkt auf die häufig schwierige und oftmals strittige Abgrenzung relevanter Märkte verzichtet werden kann.<sup>62</sup> Diese Frage stellt sich verstärkt, seitdem auch das deutsche Wettbewerbsrecht auf den SIEC-Test als Eingriffskriterium der Fusionskontrolle und damit auf eine stärker an den Wettbewerbswirkungen statt der Marktstruktur ausgerichteten Prüfung übergegangen ist. Die Monopolkommission bleibt bei ihrer Einschätzung, dass eine direkte Messung des Wettbewerbsdrucks oder der wettbewerblichen Nähe von Unternehmen mittels ökonomischer Verfahren in bestimmten Fällen, etwa bei horizontalen Fusionen, ein guter Indikator für das Vorliegen unilateraler Effekte sein kann. Die klassische Marktabgrenzung kann damit allerdings nur in Ausnahmefällen – z. B. bei Ausschreibungsmärkten – ersetzt werden. Auch nach dem Übergang zum SIEC-Test als Eingriffskriterium der deutschen Fusionskontrolle ist die Abgrenzung relevanter Märkte daher für die Erfassung der maßgeblichen Substitutionsbeziehungen und Wettbewerbskräfte in aller Regel sinnvoll und bei Anwendung des Regelspiels der Marktbeherrschung auch rechtlich vorgegeben.

---

55 Stand: 13. Mai 2014.

56 In chronologischer Reihenfolge: Ziemann/Unicorn; PCC/Permaswage; Fresenius/Rhön; Cordes & Graefe/Bäderwelt; RT-Lithium/Winfield.

57 Vgl. Prosegur/Brink's; FMG/Springer.

58 Vgl. Tz. 564. ff.

59 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25. September 2013, VI Kart 4/12 (V), Tz. 29 – Xella/H+H (zit. nach juris).

60 Im Verfahren Prosegur/Brink's wird die Erlangung einer marktbeherrschenden Stellung im Wesentlichen mit den hohen Marktanteilen der Zusammenschlussbeteiligten, dem Marktanteilsvorsprung vor den nächsten Wettbewerbern sowie den beträchtlichen Marktzutrittschancen begründet; vgl. BKartA, Beschluss vom 18. Juli 2013, B4-18/13, Tz. 172 ff. Im Verfahren FMG/Springer erwartet das Bundeskartellamt durch die Verringerung von vier auf drei Anbietern eine Verbesserung der strukturellen Bedingungen für ein einheitliches Verhalten der Oligopolisten, mithin das Entstehen koordinierter Effekte sowie eine kollektive Marktbeherrschung; vgl. BKartA, Beschluss vom 25. April 2014, B6-98/13, Tz. 38 ff.

61 Vgl. BKartA, Beschluss vom 25. April 2014, B6-98/13, Tz. 183.

62 Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten 2010/2011, Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen, Baden-Baden 2012, Tz. 675.

**576.** Des Weiteren lässt die Fallpraxis des Bundeskartellamtes keinen besonderen Mehraufwand bei der Anwendung des SIEC-Tests erkennen. Insbesondere ist im Vergleich zur bisherigen Praxis noch keine vermehrte Anwendung ökonomischer bzw. ökonometrischer Tests ersichtlich. Überwiegend beschränkt sich das Amt nach Ablehnung der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf die Feststellung, dass unilaterale Effekte nicht vorlägen. An diesem Vorgehen zeigt sich, dass das Bundeskartellamt mit dem SIEC-Test in erster Linie die Fallgruppe im Blick hat, deren Erfassung unter dem Marktbeherrschungstest (zumindest) problematisch war und für die der Übergang zum neuen Untersagungskriterium deshalb von besonders großer Bedeutung ist.<sup>63</sup>

**577.** Einzig im Verfahren Cordes & Graefe/Bäderwelt erreicht die Prüfung des Vorliegens unilateraler Effekte gegenüber dem Merkmal der Marktbeherrschung eine gewisse Eigenständigkeit. Nachdem es die Begründung einer einzelmarktbeherrschenden Stellung auf der Angebotsseite verneint hat, prüft das Bundeskartellamt das Auftreten von unilateralen Effekten, lehnt diese aber trotz hoher Marktanteile ab, da die Zusammenschlussbeteiligten keine nahen Wettbewerber seien, die Nachfrager über zahlreiche Angebotsalternativen verfügten und es schließlich unwahrscheinlich sei, dass Preiserhöhungen der Zusammenschlussbeteiligten keine Angebotserhöhungen der anderen Anbieter nach sich zögen.<sup>64</sup> Ähnlich stellt sich das Vorgehen hinsichtlich der Nachfrageseite dar: Zunächst hat das Bundeskartellamt die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung verneint, ehe es etwaige unilaterale Effekte prüft und mit im Wesentlichen den gleichen Argumenten wie denen zur Angebotsseite ablehnt.<sup>65</sup>

**578.** Seinen „Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle“ hat das Bundeskartellamt am 29. März 2012 und folglich noch vor Inkrafttreten der 8. GWB-Novelle veröffentlicht, obgleich die Einführung des SIEC-Tests zum damaligen Zeitpunkt bereits absehbar war. Eine Überarbeitung des Leitfadens unter Berücksichtigung des neuen Untersagungskriteriums möchte das Bundeskartellamt allerdings erst dann vornehmen, wenn hierzu „ausreichend Fallpraxis“ vorhanden ist.

## 1.2 Statistischer Überblick über die Fusionskontrollpraxis im Berichtszeitraum

**579.** Die Anzahl der beim Bundeskartellamt zur Prüfung angemeldeten Zusammenschlussvorhaben ist 2012 gegenüber 2011 geringfügig gestiegen und ist 2013 in vergleichbarem Maße zurückgegangen. Für die vergangenen drei Jahre ergibt sich demnach keine wesentliche Veränderung der Anmeldezahlen. Nach 2.095 Anmeldungen im Berichtszeitraum 2010/11 waren 2012/13 2.218 Anmeldungen zu verzeichnen. Genaueres ist den folgenden Abbildungen und Tabellen zu entnehmen.

**580.** Insgesamt ist seit 2009 eine Absenkung der Anmeldezahlen zu beobachten, die auf die Einführung einer zweiten Inlandsumsatzschwelle zurückzuführen ist.<sup>66</sup> Der fusionskontrollbezogene Arbeitsaufwand bei der Behörde ging jedoch nicht im gleichen Maße zurück, da insbesondere bei komplizierten und umstrittenen Verfahren der Ermittlungs- und Begründungsaufwand in den vergangenen Jahren teilweise erheblich gestiegen ist.

**581.** Die Zahlen der Fusionsprüfung im Entflechtungsverfahren haben sich im mittleren zweistelligen Bereich stabilisiert. Zwar hat die Einführung einer expliziten Heilungsmöglichkeit durch die nachträgliche Fusionskontrollprüfung in § 41 Abs. 1 Nr. 3 GWB durch die 8. GWB-Novelle Anreize gesetzt, versäumte Anmeldungen nachzuholen. Insoweit sind jedoch noch keine Veränderungen in den Fallzahlen spürbar.

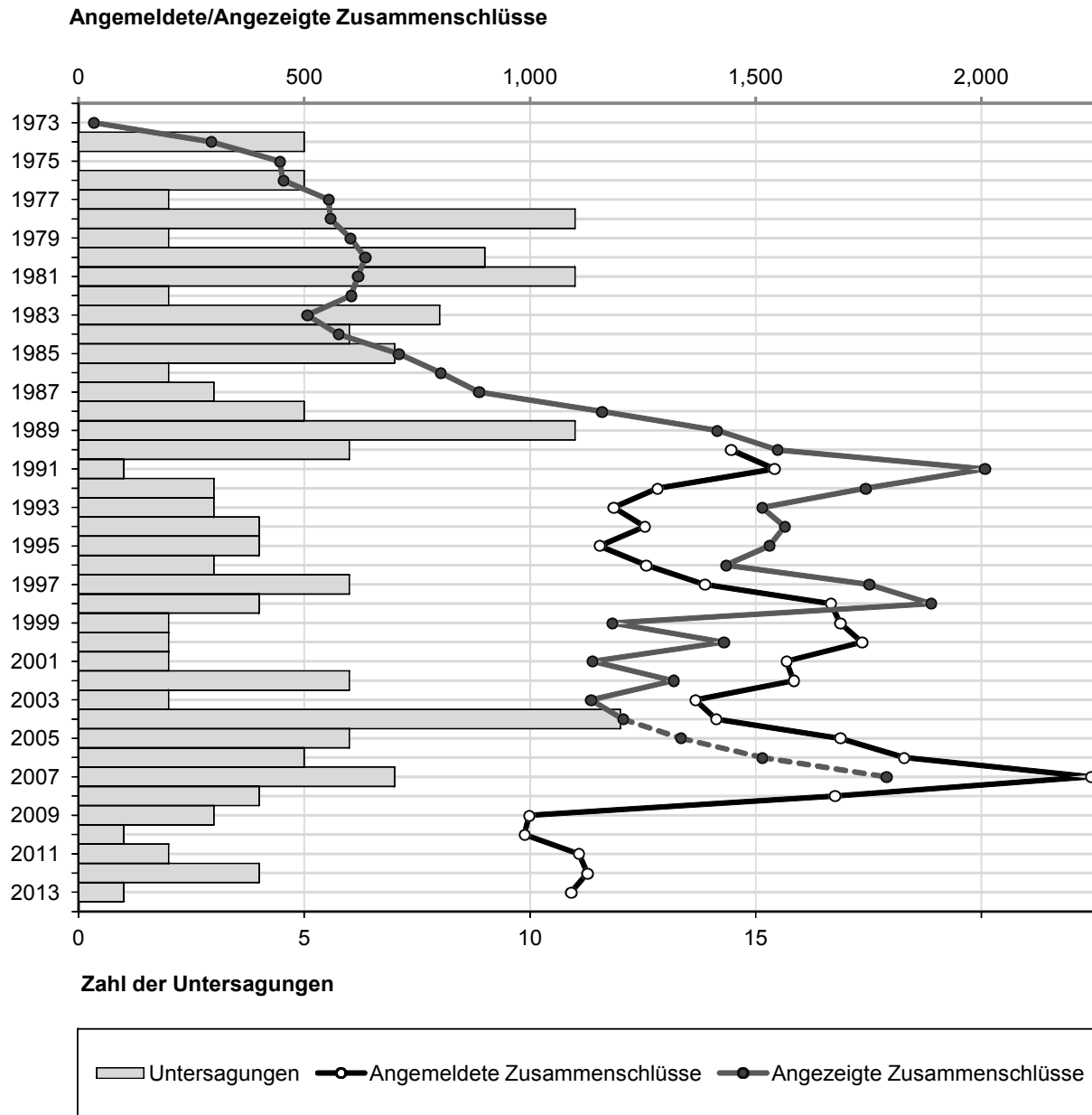
<sup>63</sup> Vgl. oben Tz. 567. ff.

<sup>64</sup> Vgl. BKartA, Beschluss vom 10. März 2014, B5-134/13, Tz. 139 ff.

<sup>65</sup> Vgl. ebenda, Tz. 230 ff.

<sup>66</sup> Vgl. dazu eingehender Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten 2008/2009, Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen, Baden-Baden 2010, Tz. 472 ff.

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 Sechste 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. Eine dauerhafte Verminderung der in Deutschland fusionskontrollpflichtigen Zusammenschlüsse ergab sich auch 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**

<i>Jahr</i>	<i>Anzeigen vollzogener Zusammenschlüsse<sup>1,3</sup></i>	<i>Angemeldete Zusammenschlüsse<sup>1</sup></i>	<i>Zahl der Untersagungen</i>
1973/1975	773		4
1976/1977	1.007		7
1978/1979	1.160		14
1980/1981	1.253		21
1982/1983	1.109		10
1984/1985	1.284		13
1986/1987	1.689		5
1988/1989	2.573		16
1990/1991	3.555	2.986	8
1992/1993	3.257	2.467	6
1994/1995	3.094	2.408	8
1996/1997	3.185	2.644	9
1998/1999	3.070	3.354	8
2000/2001	2.567	3.303	4
2002/2003	2.452	2.950	8
2004/2005	2.541	3.099	18
2006/2007	3.303 <sup>2</sup>	4.071	12
2008/2009	– <sup>3</sup>	2.673	7
2010/2011	– <sup>3</sup>	2.095	3
2012/2013	– <sup>3</sup>	2.218 <sup>4</sup>	5
davon: 2012	– <sup>3</sup>	1.127	4
2013	– <sup>3</sup>	1.091 <sup>4</sup>	1
<b>Insgesamt</b>	<b>(bis 2007) 37.872<sup>3</sup></b>	<b>(seit 1990) 34.268<sup>4</sup></b>	<b>186</b>

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

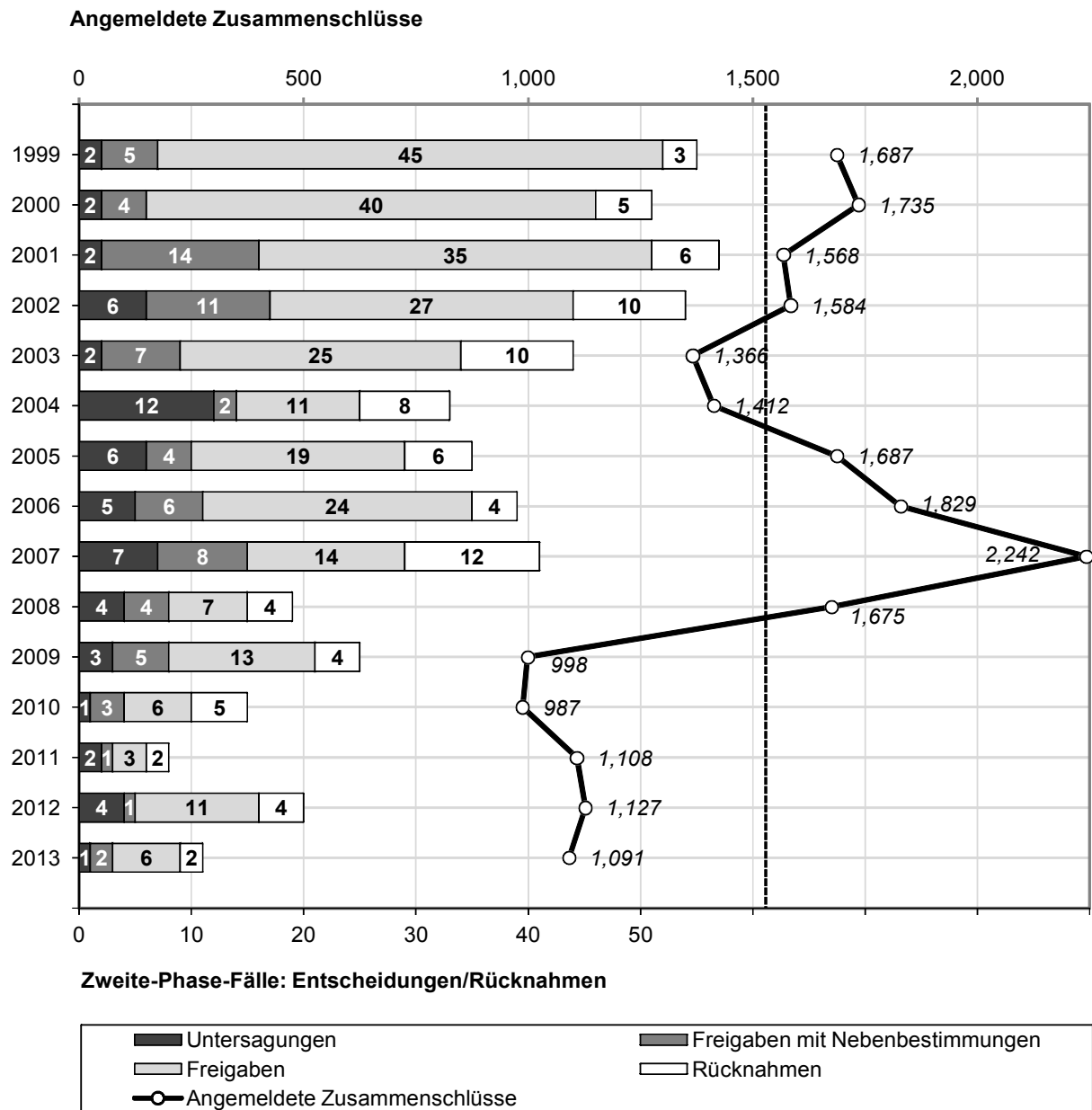
<sup>2</sup> Sonderauswertung mit eingeschränkter Aussagekraft.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> Vorläufiger Wert.

Quelle: Bundeskartellamt

Abbildung IV.2: Anzahl der Fusionskontrollanmeldungen und der Hauptprüfverfahren



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

Quelle: Eigene Darstellung nach Angaben des Bundeskartellamtes

**Tabelle IV.2: Übersicht über den Stand der deutschen Zusammenschlusskontrolle 2012 und 2013**

		<b>2011</b>	<b>2012</b>	<b>2013'</b>
I.	Fusionskontrollverfahren insgesamt			
	Eingegangene Anmeldungen nach § 39 GWB	1108	1127	1091
	Vorfeldfälle <sup>2</sup>	8	12	4
	Fusionsprüfung im Entflechtungsverfahren	51	39	31
II.	Vorprüfverfahren (Erste-Phase-Fälle) <sup>3</sup>			
	Freigabe ohne Nebenbestimmungen	1005	1046	984
	Eintritt ins Hauptprüfverfahren	12	15	15
	Keine Kontrollpflichtigkeit	59	39	65
	Rücknahme/Einstellung	17	15	18
III.	Hauptprüfverfahren (Zweite-Phase-Fälle) <sup>3</sup>			
	Entscheidungen	6	16	9
	davon: Freigabe ohne Nebenbestimmungen	3	11	6
	Freigabe mit Nebenbestimmungen	1	1	2
	Untersagung	2	4	1
	Rücknahme/Einstellung	2	4	2

Anmerkung: 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.

<sup>1</sup> Erhebung noch nicht vollständig abgeschlossen; die Zahlen sind daher teilweise noch vorläufig.

<sup>2</sup> 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, vgl. Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2011/2012, S. 24. Nach Angaben des Bundeskartellamtes geht nur ein sehr geringer Teil der Rücknahmen von Fusionskontrollanmeldungen auf Bedenken des Bundeskartellamtes zurück.

Quelle: Bundeskartellamt



**Tabelle IV.3: Art des Zusammenschlusstatbestandes der beim Bundeskartellamt zwischen 2011 und 2013 angemeldeten Unternehmenszusammenschlüsse**

		2011	2012	2013 <sup>1</sup>
I.	Vermögenserwerb	168	175	?
II.	Kontrollerwerb	703	726	?
	davon: Anteilerwerb	475	474	?
	durch Vertrag	98	91	?
	Gemeinschaftsunternehmen	130	161	?
III.	Anteilerwerb	151	124	?
	davon: Mehrheitserwerb	11	9	?
	Minderheitsserwerb	29	28	?
	Gemeinschaftsunternehmen	111	87	?
IV.	Veränderung der Kontrolle	63	80	?
V.	Wettbewerblich erheblicher Einfluss	23	22	?
Insgesamt		1108	1127	?

<sup>1</sup> Anders als in früheren Jahren hat das Bundeskartellamt insoweit keine (vorläufigen) Zahlen zur Verfügung gestellt.

Quelle: Bundeskartellamt

### 1.3 Parallele internationale Zuständigkeiten und divergierende Entscheidungen

**582.** Das Bundeskartellamt hat mit Beschluss vom 24. April 2012 das Zusammenschlussvorhaben der beiden Hersteller von Metallverpackungsbeschichtungen Akzo Nobel Coatings International B.V. (Niederlande) und Metlac Holding S.r.l. (Italien) im Hauptprüfungsverfahren freigegeben.<sup>67</sup> Angemeldet worden war das Vorhaben, die seit 2007 bestehende Beteiligung von Akzo von 49 Prozent auf 100 Prozent aufzustocken, im Dezember 2011. Geprüft wurde der Zusammenschluss zudem in einer Reihe weiterer Jurisdiktionen. Während der Zusammenschluss in Deutschland, Österreich, Zypern, der Türkei, Russland, Brasilien, Pakistan und Kolumbien freigegeben wurde, hat die britische Competition Commission (CC) die Fusion am 21. Dezember 2012 untersagt.<sup>68</sup> Dabei gingen sowohl das Amt als auch die CC von EWR-weiten räumlichen Märkten aus.

**583.** Die divergierenden Entscheidungen lassen zwei Themenkomplexe relevant erscheinen. Zum einen zeigt sich hier das Problem paralleler internationaler Zuständigkeiten unterschiedlicher Wettbewerbsbehörden für manche Fusionsvorhaben. Zum anderen stellt sich die – weiter unten behandelte –<sup>69</sup> Frage, ob die unterschiedliche substantielle Bewertung der gleichen Transaktion durch Unterschiede im Verfahren begründet sein kann. In diesem Zusammenhang ist zu hinterfragen, wie sich die zwischen britischem und deutschem Recht unterschiedlichen Untersagungskriterien der Fusionskontrolle ausgewirkt haben.

**584.** Parallele Zuständigkeiten unterschiedlicher Kartellbehörden für die Überprüfung internationaler Fusionsvorhaben sind nicht selten und schon lange Gegenstand auch internationaler Diskussionen.<sup>70</sup> Mit der

67 Vgl. BKartA, Entscheidung vom 24. April 2012, B3-187/11; Fallbericht vom 21. Mai 2012. Die Freigabeentscheidung ist bestandskräftig, vgl. Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2011/2012, BT-Drs. 17/13675 vom 29. Mai 2013, S. 68.

68 Vgl. Competition Commission, Entscheidung vom 21. Dezember 2012, Akzo Nobel N.V./Metlac Holding S.r.l. Auch diese Entscheidung ist bestandskräftig, vgl. Competition Appeal Tribunal, Case No. 1204/4/8/13 vom 21. Juni 2013 sowie Court of Appeal, Civil Division, Case No: C3/2013/2403 vom 14. April 2014.

69 Vgl. hierzu unten Tz. 611.

70 Vgl. etwa ICN, Report on the Costs and Burdens of Multijurisdictional Merger Review, o. A., 2004.

zunehmenden weltweiten Verbreitung nationaler Fusionskontrollregimes (im April 2014 bestehen über 90 Fusionskontrollregimes, die Anmeldepflichten vorsehen) hat sich die Bedeutung der sogenannten multijurisdiktionellen Anmeldepflichten jedoch verschärft. So hat etwa der französische Conseil de la concurrence in einer (unvollständigen) Erhebung für die vergangenen Jahre zwischen 133 und 237 relevante Fusionsvorhaben mit durchschnittlich mehr als drei betroffenen nationalen Fusionskontrollregimes gezählt.<sup>71</sup> Dabei sind problematische Fälle innerhalb der Europäischen Union jedoch vor allem auf Grundlage des Verweisungsregimes der FKVO vergleichsweise selten.<sup>72</sup>

**585.** Zur Verminderung der Lasten für Unternehmen in derartigen Fällen wurde 2009 in Deutschland eine zweite Inlandsumsatzschwelle eingeführt, die Zusammenschlussvorhaben mit keiner oder nur geringfügiger Inlandsberührung von der deutschen Fusionskontrolle ausnimmt.<sup>73</sup> Auf europäischer Ebene sieht die FKVO in Art. 1 Abs. 3 lit. d ebenfalls eine zweite Umsatzschwelle vor, die durch Metlac als das kleinere der beiden Unternehmen nicht erreicht wurde. Daher war in diesem Fall eine originäre Zuständigkeit der Europäischen Kommission mangels gemeinschaftsweiter Bedeutung nach Art. 1 Abs. 1, 3 FKVO nicht gegeben. Ein Verweisungsantrag an die Europäische Kommission nach Art. 4 Abs. 5 bzw. 9 FKVO wurde weder von den Parteien noch von einer innerhalb der EU zuständigen nationalen Wettbewerbsbehörde gestellt.

**586.** Neben dem für die Parteien regelmäßig nicht unerheblichen Aufwand paralleler Fusionskontrollverfahren hat sich in diesem Fall auch das damit verbundene substanzielle Risiko verwirklicht. Obwohl das Vorhaben in acht Ländern freigegeben wurde (davon drei innerhalb des auch von der CC abgegrenzten Marktes), führte die Untersagung in Großbritannien angesichts der Unmöglichkeit, dieses Land durch Umstrukturierung der Transaktion von deren Folgen auszunehmen, zu einer faktisch weltweit geltenden Untersagung. Das erscheint zwar aus Sicht von Akzo mehr als nur bedauerlich. Demgegenüber hat der Widerstand des Übernahmeziels Metlac gegen die Übernahme Erfolg gehabt.

**587.** Das innerhalb der EU zur Vermeidung derartiger Probleme vorgesehene Verfahren zur Verweisung von Fusionskontrollfällen an die Europäische Kommission konnte hier mangels Anträgen der Parteien oder zuständigen nationalen Wettbewerbsbehörden nicht wirksam werden. Aktuell wird eine Reform der entsprechenden Vorschriften der FKVO diskutiert, die – zusätzlich zu Verfahrenserleichterungen – insbesondere die Zuständigkeit der Europäischen Kommission in bestimmten Verweisungskonstellationen behutsam erweitern könnte, was die Monopolkommission dem Grunde nach begrüßt.<sup>74</sup> Der Fall Akzo/Metlac stellt jedoch keinen Anlass dar, die fein austarierte Kompetenzverteilung zwischen europäischer und nationaler Ebene grundlegend zu verändern.

**588.** Die Monopolkommission sieht in divergierenden Entscheidungen unterschiedlicher Wettbewerbsbehörden zu einheitlichen Fusionskontrollvorhaben auch bei identisch abgegrenzten Märkten kein grundsätzliches Problem. Diese sind vielmehr Indiz für Meinungs- und Methodenwettbewerb, der die evolutorische Offenheit und Weiterentwicklung der Fusionskontrolle garantiert. Darüber hinaus haben die Parteien die Möglichkeit, innerhalb der EU auf eine (zentrale) Zuständigkeit der Europäischen Kommission durch Verweisung hinzuwirken. Daneben können sie durch entsprechende Anmeldezeitpunkte auf die Zustimmung zu Fristverlängerungen und einen Informationsaustausch zwischen den beteiligten Wettbewerbsbehörden<sup>75</sup> in erheblichem Maße auf einheitliche Entscheidungen hinwirken. In diesem Fall haben die Parteien von diesen Möglichkeiten keinen Gebrauch gemacht. Insoweit liegt auch der Verdacht nicht fern,

71 *Authorité de la concurrence, Making merger control simpler and more consistent in Europe*, Paris 2013, S. 25 f.

72 Im Berichtszeitraum war neben Akzo/Metlac nur ein weiterer Fall divergierender Fusionskontrollentscheidungen nationaler Kartellbehörden innerhalb der EU zu beobachten, *Autorité de la concurrence, Entscheidung vom 7. November 2012, Groupe Eurotunnel/SeaFrance*, No 12-DCC-154 gegenüber *Competition Commission, Entscheidung vom 6. Juni 2013, Groupe Eurotunnel S.A./SeaFrance S.A.*

73 § 35 Abs. 1 Nr. 2, 2. Hs. GWB; vgl. dazu *Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten*, a. a. O., Tz. 471 ff.

74 *Europäische Kommission, Towards more effective EU merger control (Staff working document)* vom 25. Juni 2013, SWD(2013) 239 final; eingehender dazu unten Tz. 665.

75 Vgl. eingehender *Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten 2010/2011*, Baden-Baden 2012, Tz. 668 ff.

dass der vehemente Widerstand des Übernahmeziels Metlac gegen die Übernahme bei der Untersagungsentscheidung der CC nicht völlig ohne Einfluss geblieben ist.

#### 1.4 Marktabgrenzung

**589.** Das Bundeskartellamt hat in den beiden Zusammenschlussverfahren von Kabelnetzbetreibern Liberty Global Europe Holding – betreibt unter dem Namen Unitymedia die Kabelnetze der Netzebene 3 in Nordrhein Westfalen und Hessen – und Kabel Baden-Württemberg (Liberty/Kabel BW), welches im Jahr 2011 mit Auflagen freigegeben wurde, sowie Kabel Deutschland Holding AG und Tele Columbus GmbH (Kabel Deutschland/Tele Columbus), welches im Februar 2013 untersagt wurde, mehrere sachlich relevante Märkte abgegrenzt.<sup>76</sup> Dazu gehören die Endkundenmärkte für Mehrnutzerverträge sowie für die Belieferung von Einzelnutzern mit TV-Signalen, ein Markt für die Einspeisung von Rundfunksignalen in das Kabelnetz (Einspeisemarkt), Signalliefermärkte und ein Markt für Pay-TV-Rechte. Bei den Endkundenmärkten, deren sachliche Marktabgrenzung im Mittelpunkt der Diskussion steht, wurden im Fall Liberty/Kabel BW erstmals nach Kundengruppen differenzierte sachlich relevante Märkte – Einzelnutzer versus Mehrnutzer – abgegrenzt.<sup>77</sup> Begründet wurde dies damit, dass die Versorgung von Einzelnutzern sowie von Wohnungsbau-gesellschaften im Rahmen sogenannter Gestattungsverträge unterschiedlichen Bedingungen unterliege und es signifikante Unterschiede im Wettbewerbsgeschehen auf den Märkten gebe.<sup>78</sup> Anders seien zunächst die Vertragsumfänge. Bei den Gestattungsverträgen mit Wohnungsbau-gesellschaften kann es um eine Größenordnung von 20.000 und mehr Wohnungseinheiten pro Vertrag gehen. Zum Teil sind dabei individuelle technische Lösungen in Bezug auf die Einrichtung und Aufrüstung von Hausverteilnetzen zu realisieren. Bei Einzelnutzerverträgen wird in aller Regel lediglich eine Wohneinheit mit einer technischen Standardlösung versorgt. Hinzu kommen deutlich unterschiedliche Vertragslaufzeiten, die im Fall von Mehrnutzerverträgen bis zu 15 Jahren und bei Einzelnutzerverträgen meist nur ein Jahr betragen. Wichtig sei auch, dass auf dem Gestattungsmarkt Vertragspartner und wirtschaftlich Betroffener regelmäßig auseinanderfallen. Die Wohnungsbau-gesellschaft oder andere Hauseigentümer sind Vertragspartner des Kabelnetzbetreibers und können die Kosten des Kabelanschlusses nach § 2 Nr. 15b Betriebskostenverordnung über die Nebenkostenabrechnung an die Mieter als wirtschaftlich betroffene Nutzer der Leistung weiterreichen (Nebenkostenprivileg), was in der Mehrheit der Fälle auch praktiziert wird. Entscheidend komme hinzu, dass auf dem Gestattungsmarkt, anders als auf dem Markt für Einzelnutzerverträge, ein bundesweiter Wettbewerb stattfindet. Als Beleg dafür diene dem Bundeskartellamt unter anderem eine Befragung von Marktteilnehmern, bei der 24 Prozent der Wohnungsbauunternehmen angaben, bundesweit nach Gestattungsnehmern zu suchen.

**590.** Im Hinblick auf die einzubeziehenden Infrastrukturen bleibt das Bundeskartellamt bei seiner bisherigen Praxis in Kabelnetz-fällen, lediglich die TV-Signale über Kabelnetze und das Internet (IPTV) in den relevanten Markt einzubeziehen. Nicht zum relevanten Markt gehören die Signalversorgung über Satellit und die terrestrische Versorgung über DVB-T. Im Wesentlichen begründet wird dies damit, dass die Lieferung dieser Signale keine entgeltliche Leistung sei. Stattdessen kaufe der einzelne Haushalt die technische Empfangsanlage und betreibe „Eigenversorgung“. Dasselbe gilt bei der Versorgung von Wohnanlagen über Kopfstationen und Satelliten-Anlagen zur Einspeisung in die Hausverteilnetze. Offen ließ das Bundeskartellamt, ob sogenannte Versorgungsvereinbarungen Teil des Gestattungsmarktes sind. Bei einer Versorgungsvereinbarung baut und betreibt der Kabelnetzbetreiber zwar ebenfalls das Hausverteilnetz für den Empfang von Rundfunk- und Fernsehsignalen exklusiv auf, erhält dafür aber keine Vergütung vom Hauseigentümer, da dieser die Entgelte nicht über die Mietnebenkosten abrechnet. Die Mieter, die sich – in diesem Fall freiwillig – für einen Vertrag mit dem Kabelnetzbetreiber entscheiden, zahlen direkt an diesen.

<sup>76</sup> Vgl. BKartA, Beschluss vom 15. Dezember 2011, B7-66/11; BKartA, Beschluss vom 22. Februar 2013, B7-70/12.

<sup>77</sup> Vgl. BKartA, Beschluss vom 15. Dezember 2011, B7-66/11.

<sup>78</sup> Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 679.

**591.** Analog zu der Abgrenzung differenzierter sachlich relevanter Endkundenmärkte für die Lieferung von TV-Signalen grenzt das Bundeskartellamt die räumlich relevanten Märkte unterschiedlich ab. Während der Markt für Einzelnutzerverträge weiterhin netzbezogen, d. h. regional gemäß dem Ausbreitungsgebiet des Kabelnetzbetreibers abgegrenzt wurde, wurde der Markt für Mehrnutzer erstmals bundesweit abgegrenzt.

**592.** Das OLG Düsseldorf, welches mit seinem Beschluss vom 14. August 2013 die Freigabe der Fusion Unitymedia/Kabel BW unter Nebenbestimmungen als rechtswidrig eingestuft hat, folgt der Auffassung des Bundeskartellamtes sowohl im Hinblick auf die sachliche als auch die räumliche Marktabgrenzung des Endkundenmarktes für die Versorgung mit TV-Programmsignalen nicht.<sup>79</sup> Nach dieser Auffassung gehören beide Marktsegmente weiterhin zu demselben sachlich relevanten Markt, der räumlich regional abzugrenzen sei.

**593.** Gegen getrennte sachlich relevante Märkte spricht nach Auffassung des OLG Düsseldorf, dass es sich bei Einzel- und Mehrnutzern nicht, wie von einem Beschwerdeführer vorgebracht, um unterschiedliche Nachfrageebenen im Sinne von Groß- und Einzelhandel handelt. Ein Vermieter vermarktete die TV-Signale gegenüber den Mietern nicht. Er lege die Anschlusskosten lediglich auf die Mieter um und schlägt insbesondere keine Handelsmarge auf. Gegen die Annahme unterschiedlicher Nachfragergruppen spreche, dass unabhängig von der Anzahl der zu versorgenden Wohneinheiten gleiche Technik eingesetzt und gleiche Dienstleistungen erbracht würden. Zwar müssten bei Mehrnutzerverträgen häufiger individuelle technische Lösungen im Hinblick auf die Hausverteilnetze realisiert werden, es sei aber nicht vorgetragen worden, dass der technische Aufwand bei Häusern mit mehreren Wohneinheiten immer oder typischerweise signifikant höher sei als bei einzelnen Wohneinheiten. Für getrennte Märkte spreche auch nicht das voneinander abweichende Preisniveau für die Signallieferung bei Einzel- und Mehrnutzerverträgen sowie die Unterschiede bei den Vertragslaufzeiten. Die niedrigeren Preise bei den Mehrnutzerverträgen und die längeren Laufzeiten bei Gestattungsverträgen seien nicht Ausdruck einer nach Nachfragergruppe unterschiedlichen Marktstrategie der Kabelnetzbetreiber.

**594.** Der einheitliche sachlich relevante Markt für Signallieferung ist aus der Sicht des OLG Düsseldorf regional auf das jeweilige Netzgebiet des Kabelnetzbetreibers abzugrenzen. Die Netzbetreiber würden weiterhin vor allem innerhalb ihres Netzgebietes anbieten. Bundesweite Geschäftsmodelle seien auch auf dem Gestattungsmarkt selten. Auch wenn einzelne Kabelnetzbetreiber, wie Primacom oder Tele Columbus überregional anbieten, geschehe dies eher im Rahmen einer Strategie der „regionalen Fokussierung“ mit Schwerpunkten in bestimmten Regionen, etwa in Ostdeutschland, und nicht bundesweit flächendeckend. Für eine regionale Marktabgrenzung spräche auch die gegenwärtige Verteilung der Marktanteile, die zeige, dass Unitymedia und Kabel BW in ihren Netzgebieten zum Zeitpunkt der Fusion Marktanteile von 75 bis 85 Prozent bzw. 90 bis 100 Prozent hatten. Das tatsächliche Nachfragerverhalten beim Bezug von TV-Signalen deutet nach Auffassung des Gerichts zudem darauf hin, dass überregionale Bezugsalternativen kaum wahrgenommen würden.

**595.** Nach Auffassung der Monopolkommission ist die Abgrenzung der relevanten Märkte für Rundfunk- und TV-Signale an Endkunden schwierig, weil sich diese Märkte im Wandel befinden. Noch vor wenigen Jahren wurden Fernseekabelnetze ausschließlich für die unidirektionale Übertragung von Radio- und Fernsehsignalen an Endkunden genutzt und die Telekommunikationsnetze ausschließlich für Telefonie und den Internetzugang. Heute sind die Kabelnetze größtenteils rückkanalfähig und mittels des Übertragungsstandard DOCSIS 3.0 technisch soweit aufgerüstet, dass das Angebot von hochleistungsfähigem Internet, Telefonie und TV-Signalen (Triple-Play) möglich ist. Ähnliches gilt für die Telekommunikationsnetze. Sie sind heute in der Lage, neben Telefonie und hochleistungsfähigen Internetzugängen auch den Empfang von Radio- und Fernsehsignalen (IPTV) anzubieten. Die geänderten technischen Möglichkeiten verändern das Angebotsverhalten der Netzbetreiber. Die Kabelnetzbetreiber werden zu Anbietern von Telekommunikationsdiensten

---

<sup>79</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. August 2013, VI Kart 1/12 (V) – Signalmarkt.

und die Telekommunikationsnetzbetreiber zu Anbietern von Rundfunk- und Fernsehsignalen. Zunehmend werden Telefonie, Internetzugang und TV-Signale als Bündel (Triple-Play) angeboten. Diese Entwicklungen sollten auch ihren Niederschlag bei der Abgrenzung der relevanten Märkte und der wettbewerblichen Beurteilung von Kabelnetzfusionen finden.

**596.** Die skizzierten Entwicklungen haben nach Auffassung der Monopolkommission zunächst Einfluss auf die räumliche Marktabgrenzung. Auch wenn Unitymedia, Kabel BW und Kabel Deutschland aktuell keine oder nur wenige Endkunden in den Netzgebieten der jeweils anderen bedienen, folgt daraus nicht zwingend, dass die Märkte weiterhin regional abzugrenzen wären. Dagegen spricht die Existenz bundesweiter Anbieter, zu denen insbesondere die Telekommunikationsnetzbetreiber, wie die Deutsche Telekom AG und Vodafone gehören. Wie das Bundeskartellamt zutreffend ausführt, verfolgen auch eine Reihe von Kabelnetzbetreibern, die über kein angestammtes Netzgebiet verfügen, überregionale Angebotsstrategien zumindest auf dem Gestattungsmarkt.<sup>80</sup> Der Umstand, dass diese Anbieter aktuell mit regionalen Schwerpunkten und nicht bundesweit flächendeckend anbieten, spricht nicht gegen die Annahme bundesweiter Märkte, da diese Netzbetreiber als potenzielle Wettbewerber auch in Regionen anzusehen sind, in denen sie aktuell (noch) nicht vertreten sind. Schließlich ist auch zu erwarten, dass sich die Kabelnetzbetreiber auf Sicht zu bundesweiten Anbietern entwickeln werden. Es ist kaum anzunehmen, dass Vodafone den größten deutschen Kabelnetzbetreiber Kabel Deutschland übernommen hat, um sich zukünftig auf dem Markt für die Lieferung von TV-Signalen an Endkunden regional auszurichten. Schließlich geht auch das OLG Düsseldorf bei der Beurteilung der Wettbewerbswirkungen davon aus, dass Kabel BW ohne die Fusion mit Liberty (Unitymedia) sein Angebot in absehbarer Zeit auf angrenzende Netzgebiete erweitert hätte.<sup>81</sup> Das Festhalten an einer Abgrenzung von Regionalmärkten ist daher Ausdruck einer eher statischen und an den aktuellen Gegebenheiten orientierten Sicht der Endkundenmärkte für die Lieferung von Rundfunk- und TV-Signalen. Besser wäre es, die Marktabgrenzung aus einer dynamischen und eher zukunftsgerichteten Perspektive vorzunehmen, wie es das OLG Düsseldorf bei der Analyse der Wettbewerbswirkungen bereits macht.

**597.** Nicht so eindeutig zu beantworten ist die Frage nach der zweckmäßigen sachlichen Marktabgrenzung. Nach dem Bedarfsmarktkonzept gehören zu demselben Markt diejenigen Güter und Leistungen, die sich nach ihren Eigenschaften, ihrem Verwendungszweck und dem Preis so nahe stehen, dass sie aus Sicht der Marktgegenseite – hier der Nachfrager – austauschbar sind. Auf dem hier betrachteten Markt der Lieferung von TV-Signalen an Endverbraucher erscheint das fraglich. Zwar werden Einzelnutzer und Wohnungsgesellschaften durch dieselben Kabelnetzbetreiber und Telekommunikationsnetzbetreiber sowie über jeweils dieselbe oder ähnliche Techniken versorgt. Gleichwohl handelt es sich um unterschiedliche Nachfragergruppen, die aus Sicht der Anbieter auch mit unterschiedlichen Marktstrategien angesprochen werden. So dürfte das Verlassen des eigenen „footprints“ mittels netzübergreifender Angebote an Endkunden konkurrierender Kabelnetzbetreiber zunächst im Bereich der Gestattungsverträge erfolgen, weil solche aufgrund der Menge an erreichbaren Endkunden (Skalenerträge) und der deutlich längeren Vertragslaufzeiten attraktiver sein dürften als Einzelverträge.<sup>82</sup>

**598.** Aus ökonomischer Sicht fragwürdig ist die Nichteinbeziehung der Signallieferung mittels Satellit und DVB-T in den relevanten Markt. Begründet wird dies sowohl vom Bundeskartellamt als auch vom OLG Düsseldorf im Wesentlichen damit, dass es sich in beiden Fällen um Eigenversorgung handele, die für den Nutzer zudem unentgeltlich sei.<sup>83</sup> Diese Begründung überzeugt nicht. Das Fehlen einer direkten monetären

80 Vgl. BKartA, Beschluss vom 15. Dezember 2011, B7-66/11, Rn. 59.

81 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. August 2013, VI Kart 1/12 (V) - Signalmarkt, Rn. 140.

82 Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 681.

83 Für die Schwierigkeiten bei der Berücksichtigung unentgeltlich verfügbarer Produkte bei der Marktabgrenzung siehe bereits den Fall Bertelsmann/Brockhaus aus dem Jahr 2009, bei dem es um die Einbeziehung der kostenlosen Online-Lexika von Wikipedia und Encarta in die relevanten Märkte für Universal- und Themenlexika ging. Vgl. BKartA, Beschluss vom 29. April 2009, B6-09/09; dazu Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten, Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen, Baden-Baden 2010, Tz. 571 ff.

Gegenleistung spricht für sich genommen nicht gegen die Einbeziehung in den sachlich relevanten Markt. Dagegen spricht auch nicht, dass Satellit und DVB-T nur für einen Teil der Nutzer echte Alternativen darstellen, weil Satellitenempfangsanlagen zum Teil nicht installiert werden können oder dürfen und weil über DVB-T nur eine eingeschränkte Programmauswahl empfangbar ist. Entscheidend ist, dass die alternativen Übertragungswege für einen hinreichend großen Teil der Nutzer als austauschbar angesehen werden. Die Monopolkommission hat diesen Standpunkt auch bei früheren Gelegenheiten stets vertreten.<sup>84</sup> Die von der Signallieferung über Satellit und DVB-T ausgehenden Wettbewerbseffekte werden vom Bundeskartellamt in den Kabelnetzfällen bei der Würdigung der Wettbewerbseffekte des Zusammenschlusses allerdings berücksichtigt. Die Monopolkommission begrüßt dies.

## 1.5 Marktbeherrschung

**599.** Mit dem Inkrafttreten der 8. GWB-Novelle zum 30. Juni 2013 hat sich unter anderem das Beurteilungskriterium der Fusionskontrolle geändert. An die Stelle des Marktbeherrschungstests ist der SIEC-Test getreten, d. h. die Frage, ob der Zusammenschluss zu einer wesentlichen Behinderung des wirksamen Wettbewerbs (significant impediment to effective competition) führt. Da das Bundeskartellamt den SIEC-Test nur am Ende der Berichtsperiode der Monopolkommission angewendet hat und bisher nur wenig Anwendungserfahrungen vorliegen, steht das Marktbeherrschungskriterium im Mittelpunkt der folgenden Ausführungen.

**600.** Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum in einer Reihe von Fällen die Entstehung oder Verstärkung marktbeherrschender Stellungen festgestellt. Fünf Zusammenschlussvorhaben wurden auf dieser Grundlage untersagt. In drei Fällen konnten die Vorhaben unter Nebenbestimmungen freigegeben werden. In einem Fall war die Freigabe möglich, weil die Voraussetzungen für eine Sanierungsfusion vorlagen. In einigen Fällen – die genaue Zahl liegt nicht vor – wurden Zusammenschlussvorhaben aufgegeben, weil das Bundeskartellamt den beteiligten Unternehmen signalisiert hatte, dass eine Untersagung drohe.

**601.** Wichtige Strukturanpassungen und kartellrechtliche Entscheidungen gab es in der deutschen Kabelnetzbranche. Im November 2011 hatte das Bundeskartellamt die Übernahme von Kabel Baden-Württemberg durch Liberty Global mit Nebenbestimmungen freigegeben. Gegen diese Freigabe haben von dem Beschluss betroffene dritte Unternehmen mit Erfolg geklagt. Im August 2013 hat das OLG Düsseldorf die Freigabeentscheidung wegen unzureichender Nebenbestimmungen aufgehoben. Bereits im Februar 2013 hat das Bundeskartellamt ein weiteres Fusionsvorhaben von Kabelnetzbetreibern, die Übernahme von TeleColumbus durch Kabel Deutschland, untersagt. Im September 2013 schließlich hat die Europäische Kommission die Übernahme von Kabel Deutschland durch Vodafone in der ersten Prüfungsphase freigegeben.

**602.** Mehrere Fusionsvorhaben, die wegen wettbewerblicher Bedenken in die zweite Prüfungsphase gingen, betrafen Fusionsvorhaben von Krankenhausbetreibern. Eine Reihe von Fällen wurde hier freigegeben. In drei Fällen hätte der geplante Zusammenschluss zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung geführt. Eine den Markt für akut-stationäre Behandlungen in Worms betreffende Fusion wurde untersagt. Unter Nebenbestimmungen freigegeben wurde die Minderheitsbeteiligung des drittgrößten privaten Krankenhausbetreibers in Deutschland, Asklepios, an dem zweitgrößten privaten Krankenhausbetreiber in Deutschland, Rhön. Da Asklepios sich im weiteren Verlauf entschloss, die Veräußerungsaufgaben nicht zu erfüllen, wurde der Zusammenschluss nachträglich untersagt. Wettbewerbliche Bedenken gab es zudem bei der geplanten Übernahme von 43 Akut- und Reha-Kliniken sowie 15 medizinischen Versorgungszentren von Rhön durch den nach Umsätzen größten privaten Klinikbetreiber in Deutschland, der zum Gesundheitskonzern Fresenius gehörenden Helios. Die wettbewerblichen Bedenken konnten im Vorfeld der Kartellamtsentscheidung ausgeräumt werden, indem die Kliniken und medizinischen Versorgungszentren

<sup>84</sup> Vgl. zuletzt Monopolkommission, XVII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 611.

in den wettbewerblich problematischen Regionalmärkten von dem Zusammenschlussvorhaben ausgenommen oder an dritte Unternehmen veräußert wurden. Der Zusammenschluss konnte damit in einem reduzierten Umfang ohne Nebenbestimmungen genehmigt werden.

### 1.5.1 Marktbeherrschung bei Kabelnetzbetreibern

**603.** Der geplante Erwerb der Tele Columbus GmbH durch den größten deutschen Kabelnetzbetreiber Kabel Deutschland Holding AG wurde im Februar 2013 untersagt.<sup>85</sup> Der Zusammenschluss hätte nach Auffassung des Bundeskartellamtes die gemeinsame marktbeherrschende Stellung von Kabel Deutschland und Liberty/Kabel BW auf dem bundesweit abgegrenzten Gestattungsmarkt verstärkt. Weiterhin wäre die Einzelmarktbeherrschung von Kabel Deutschland auf den Märkten für den Transport von TV-Programmen (Einspeisemarkt) sowie auf dem Markt für die Lieferung der Radio- und Fernsehsignale an nachgeordnete Kabelnetzbetreiber der Netzebene 4 (Signalliefermärkte) verstärkt worden. Nicht verstärkt worden wäre die marktbeherrschende Stellung von Kabel Deutschland auf dem regional abgegrenzten Endkundenmarkt für die Belieferung von Einzelnutzern mit Programmsignalen sowie auf dem Markt für Pay-TV-Rechte.

**604.** Das Bundeskartellamt geht davon aus, dass die Nachfolgesellschaften der Deutschen Telekom AG als Kabelnetzbetreiber der Netzebene 3 auf dem bundesweit abzugrenzenden Gestattungsmarkt gemeinsam marktbeherrschend und auf dem Markt für die Belieferung von Einzelnutzern mit Radio- und TV-Signalen einzeln marktbeherrschend sind. Die Übernahme eines anderen Kabelnetzbetreibers – im Fall Liberty/Kabel BW die Übernahme eines Oligopolmitglieds und im Fall Kabel Deutschland/Tele Columbus des größten Oligopolaußenseiters – führt jeweils zu einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung des Oligopols. Im ersten Fall bleibt die Verstärkungswirkung verhältnismäßig gering, weil sich die Oligopolisten nach Auffassung des Bundeskartellamtes ohnehin keinen aktuellen Wettbewerb machen und auch aus damaliger Perspektive nicht damit zu rechnen war, dass eines der Oligopolmitglieder im Prognosezeitraum zum aktiven Wettbewerber im Gebiet des jeweils anderen Netzbetreibers werden würde. Anders ist die Verstärkungswirkung zu beurteilen, wenn mit Tele Columbus der größte Außenwettbewerber übernommen wird. In diesem Fall ist die Verstärkungswirkung erheblich, weil ein aktueller Wettbewerber wegfällt, der insbesondere in einigen ostdeutschen Städten in dem Netzgebiet von Kabel Deutschland über parallele Netzinfrastrukturen verfügt, die zudem größtenteils breitbandfähig ausgebaut sind. Vor diesem Hintergrund war eine Freigabe des Zusammenschlusses Liberty/Kabel BW unter Nebenbestimmungen aus Sicht des Bundeskartellamtes möglich, während dies bei Kabel Deutschland/Tele Columbus explizit ausgeschlossen wurde.

**605.** Das OLG Düsseldorf, welches von einem einheitlichen regional abzugrenzenden Endkundenmarkt für Einzel- und Mehrnutzerverträge für die Lieferung von TV-Signalen ausgeht, sah die Verstärkungswirkung im Fall Liberty/Kabel BW als gravierender an, weil mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwarten sei, dass Kabel BW innerhalb des Prognosezeitraums zu einem aktuellen Wettbewerber von Unitymedia in dessen Gebiet geworden wäre.<sup>86</sup> Ausschlaggebend dafür seien die nur noch geringen Wachstumschancen von Kabel BW in dessen angestammten Gebiet. Die Freigabe unter Nebenbestimmungen war nach Auffassung des OLG Düsseldorf aufzuheben, weil die Nebenbestimmungen vor diesem Hintergrund nicht ausgereicht hätten, die Wettbewerbseffekte hinreichend zu kompensieren. Zu einer gerichtlichen Überprüfung der Entscheidung des Bundeskartellamtes im Fall Kabel Deutschland/Tele Columbus kam es nicht, da Kabel Deutschland die Beschwerde zurücknahm als konkreter wurde, dass das Unternehmen von Vodafone übernommen werden sollte.

**606.** Nach Auffassung der Monopolkommission ist bei der Beurteilung der Wettbewerbswirkungen von Kabelnetzfusionen stärker zu berücksichtigen, dass der Wettbewerbsdruck auf den Endkundenmärkten für die Lieferung von Programmsignalen an Wohnungsbaugesellschaften und Einzelnutzer zunehmend stärker auch von Telekommunikationsunternehmen ausgeht. Dies ist vor allem dem Umstand geschuldet, dass ins-

<sup>85</sup> Vgl. BKartA, Beschluss vom 22. Februar 2013, B7-70/12.

<sup>86</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. August 2013, VI Kart 1/12 (V) – Signalmarkt.

besondere auf dem Markt für Einzelnutzer zunehmend Triple-Play-Produkte nachgefragt werden. Die Aussicht, dass Kabelnetzbetreiber der Netzebene 3 aktiven Wettbewerb im Footprint eines anderen Kabelnetzbetreibers machen, ist auf dem Gestattungsmarkt größer als auf dem Markt für Einzelnutzerverträge. Die Monopolkommission sieht, ähnlich wie das Bundeskartellamt im Fall Liberty/Kabel BW, die negativen Wettbewerbseffekte von Kabelnetzfusionen auf der gleichen Netzebene als weniger gravierend an. Anders als das Bundeskartellamt sieht die Monopolkommission allerdings die Chancen solcher Fusionen für die Belebung des Wettbewerbs auf anderen Märkten, insbesondere den Telekommunikationsmärkten, als groß an.

### 1.5.2 Marktbeherrschung auf regionalen Märkten für Finanzprodukte

**607.** Mit Beschluss vom 28. Februar 2012 untersagte das Bundeskartellamt eine Minderheitsbeteiligung der Haspa Finanzholding (Haspa), zu der insbesondere die Sparkasse Hamburg gehört, an der Kreissparkasse Herzogtum Lauenburg (KSK) sowie den damit verbundenen Beteiligungs- und Kooperationsvertrag.<sup>87</sup> Die Zusammenschlussbeteiligten strebten eine sogenannte kapitalunterlegte Kooperation, insbesondere auf Grundlage des Erwerbs einer Beteiligung der Haspa in Höhe von 25,1 % an dem zu bildenden Stammkapital der KSK an. Hierbei sollten der Haspa Vertretungs-, Mitsprache- sowie Konsultationsrechte bei Grundlagenentscheidungen eingeräumt werden. Im Gegenzug hätte die KSK Zugang zu allen Kooperationen der Haspa-Gruppe mit anderen Sparkassen erhalten. Nach Ansicht des Bundeskartellamtes erfüllte das Vorhaben die Voraussetzungen der Minderheitsbeteiligung gem. § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 lit. b GWB sowie der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens gem. § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 3 GWB.

**608.** Das Vorhaben wurde gemäß § 36 GWB untersagt. Es hätte nach Erkenntnissen des Amtes zu einer Verstärkung oder jedenfalls zu der Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung der Haspa auf den sachlich relevanten Märkten für Privatgirokonten und für Kredite an Geschäftskunden im Gebiet der Kreissparkasse Lauenburg geführt. Die räumliche Beschränkung auf das Gebiet des Kreises Herzogtum Lauenburg folgte aus einer Analyse der tatsächlichen Kundengewohnheiten.<sup>88</sup> Danach besitzen Privatkunden eine geringe Mobilität beim Wechsel der Bank. Auch das Onlinebanking kann danach die Filiale vor Ort (noch) nicht ersetzen. Eine schnelle Veränderung dieser Situation sei trotz des sich wandelnden gesellschaftlichen Selbstverständnisses beim Umgang mit dem Internet und den Bestrebungen auf europäischer Ebene, den Kontowechsel zu erleichtern, nicht zu erwarten. Als Grund dafür wird angegeben, dass das Bankgeschäft weiterhin stark auf Vertrauen und persönlichem Kontakt zum Berater beruhe. Prägend für die räumliche Marktabgrenzung war im vorliegenden Fall darüber hinaus, dass die Geschäftstätigkeit der Sparkassen und wichtiger Wettbewerber, wie der Volks- und Raiffeisenbanken, vielfach regional begrenzt ist.

**609.** Auf dem Privatkundenmarkt ging es um das Entstehen oder die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der Haspa auf dem Markt für Girokonten. Nach dem Zusammenschluss wären die Beteiligten derjenige Anbieter mit dem weitaus größten Marktanteil gewesen. Zudem wäre zu erwarten gewesen, dass durch die Beteiligung eines bei der Entwicklung und Vermarktung von Girokontoprodukten erfolgreichen Unternehmens die Bindung der Kunden an das Unternehmen zunimmt und damit die Fähigkeit verbessert wird, Preiserhöhungen durchzusetzen. Der geplante Zusammenschluss hätte zudem zur Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt für Geschäftskundenkredite geführt. Es sei nicht, wie von den Beteiligten vorgetragen, zu erwarten, dass sich die Institute nach dem Zusammenschluss weiterhin aktiven Wettbewerb machen. In diesem Sinne hätte die geplante Fusion auch nach Auffassung der Monopolkommission zu einer Vermachtung der betroffenen Märkte geführt.

**610.** Die Feststellung der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bei Sparkassenfusionen setzt voraus, dass die Institute miteinander im Wettbewerb stehen, was bei Sparkassen in

<sup>87</sup> Vgl. BKartA, Beschluss vom 24. Februar 2012, B4-51/11.

<sup>88</sup> Das Bundeskartellamt folgt hierbei den Grundsätzen, welche der BGH in seiner Entscheidung Kreiskrankenhaus Bad Neustadt vom 16. Januar 2008 aufgestellt hat, vgl. BGH, Beschluss vom 16. Januar 2008, KVR 26/07 – Kreiskrankenhaus Bad Neustadt, Tz. 63 ff.



kommunaler Trägerschaft aufgrund gesetzlicher Vorgaben in den Sparkassengesetzen der Länder und wegen des sogenannten Regionalprinzips oftmals nicht gegeben ist.<sup>89</sup> Im vorliegenden Fall gibt es allerdings weder in Schleswig Holstein noch in Hamburg explizite gesetzliche Vorgaben, die eine Ausdehnung der Geschäftstätigkeit über die kommunalen Grenzen hinaus ausschließen. Allerdings hält sich die KSK im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit an das Regionalprinzip und expandiert nicht in Regionen außerhalb ihres Bereiches. Die Haspa als sogenannte freie Sparkasse, die nicht in öffentlicher Trägerschaft steht und als privatrechtliche Aktiengesellschaft organisiert ist, nimmt für sich dagegen eine besondere Rolle in der Metropolregion Hamburg in Anspruch. Dort verfolgt sie seit Jahren eine Expansionspolitik, zu der die Gründung von Filialen auch in den angrenzenden Bundesländern gehört. Als engeres Geschäftsgebiet betrachtet die Haspa das Gebiet der Stadt Hamburg und die unmittelbar angrenzenden sechs Landkreise in Schleswig-Holstein und Niedersachsen. Versuche des Landes Schleswig-Holstein, der Expansion der Rechtsvorgängerin der Haspa entgegenzutreten, wurden vom Bundesverwaltungsgericht mit dem Hinweis auf die mangelnde Gesetzgebungskompetenz für freie Sparkassen für rechtswidrig erklärt.<sup>90</sup>

### 1.5.3 Unterschiedliche Bewertung eines Fusionsvorhabens je nach Untersagungskriterium

**611.** Im Fusionskontrollverfahren Akzo/Metlac hatte das Bundeskartellamt eine Freigabe erteilt, während die britische Competition Commission (CC) das Vorhaben untersagte.<sup>91</sup> Die Entscheidungen divergieren in der sachlichen Marktabgrenzung und in der substantziellen Bewertung der wettbewerblichen Auswirkungen.

**612.** Die Abgrenzung des relevanten Marktes durch das Bundeskartellamt entspricht der Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission.<sup>92</sup> Danach umfasst der sachlich relevante Markt für Metallverpackungsbeschichtungen die vier Segmente Verpackungsbeschichtungen für Bier- und sonstige Getränkedosen, Kappen und Verschlüsse, Konserven sowie sonstige Metallverpackungen. Da für die wettbewerbliche Beurteilung nach Ermittlungen des Amtes nicht entscheidungsrelevant, konnte offenbleiben, ob sämtliche Metallbeschichtungen zu einem Markt zusammenzufassen sind oder ob die Verpackungsbeschichtungen für Bier- und Getränkedosen („beer & beverages“) einen eigenen sachlich relevanten Markt bilden. Der räumlich relevante Markt umfasse mindestens das Gebiet des Europäischen Wirtschaftsraums.

**613.** Obwohl das Bundeskartellamt einen deutlichen Marktanteilszuwachs für Akzo auf diesem Markt prognostizierte, wurde der Zusammenschluss freigegeben. Während die damalige Vermutungsschwelle für Marktbeherrschung (§ 19 Abs. 3 S. 1 GWB a.F.: 33,33 Prozent) durch die fusionierte Einheit (bei umsatzbezogenen bzw. absatzbezogenen Marktanteilen von 35-45 Prozent bzw. 45-55 Prozent) überschritten wurde, ging das Amt weder von der Entstehung noch einer Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung aus. Auch nach der Fusion könne nicht von einer Einzelmarktbeherrschung der fusionierten Einheit ausgegangen werden. Denn zwei gewichtige und einige kleinere Wettbewerber verblieben auf dem Markt. Die Ermittlungen bestätigten auch nicht den Vortrag von Metlac und einzelner Abnehmer, dass die Übernahme bei Akzo zu einem Innovationsvorsprung bei bestimmten Beschichtungen führe. Auch konnte keine besondere wettbewerbliche Nähe von Akzo und Metlac festgestellt werden. Da einige große Nachfrager auf dem relevanten Markt eine Mehrlieferantenstrategie verfolgen, konnte im Rahmen der Prognose nicht ausgeschlossen werden, dass die Konkurrenten nach dem Zusammenschluss Marktanteile zulasten von Akzo dazu gewinnen würden.

**614.** Ebenfalls deutlich überschritten wurde mit dem geplanten Zusammenschluss die Vermutungsschwelle für eine gemeinsame Marktbeherrschung gemäß § 19 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 GWB a. F.: Akzo Nobel/Metlac

<sup>89</sup> Vgl. eingehender zum Regionalprinzip unter Kartellgesichtspunkten unten Tz. 1923. ff.

<sup>90</sup> BVerwGE 69, 11 vom 14. Februar 1984, Tz. 32 ff.

<sup>91</sup> Vgl. BKartA, B3-187/11, Entscheidung vom 24. April 2012; Fallbericht vom 21. Mai 2012 sowie Competition Commission, Entscheidung vom 21. Dezember 2012 – Akzo Nobel N.V./Metlac Holding S.r.l. Vgl. Hierzu unter dem Aspekt der internationalen Zuständigkeit bereits oben Tz. 582. ff.

<sup>92</sup> EU-Kommission, Entscheidung vom 10. Dezember 2007, COMP/M.4853 – PPG/Sigmakalon; EU-Kommission, Entscheidung vom 13. Dezember 2007, COMP/M.4779 – Akzo Nobel/ICI.

sowie Valspar und PPG hielten nach einem Zusammenschluss zwar einen gemeinsamen Marktanteil von über 80 Prozent. Nach Auffassung des Bundeskartellamtes würde durch den Zusammenschluss jedoch kein wettbewerbsloses Oligopol entstehen oder verstärkt. Dies ergibt sich nach Feststellungen des Bundeskartellamtes vor allem daraus, dass die Marktzutrittschranken vergleichsweise niedrig, die Markttransparenz eher gering, die führenden Anbieter auf spezielle Produktsegmente spezialisiert und deren Marktpositionen asymmetrisch sind. Dass die Asymmetrie der Marktpositionen durch den Zusammenschluss weiter verstärkt würde, sah das Bundeskartellamt als Merkmal, welches koordiniertes Verhalten eher erschwert als begünstigt. Vor dem Hintergrund dieses wirksamen Binnenwettbewerbs sei ein oligopolistisches Parallelverhalten nicht zu erwarten bzw. zu belegen.

**615.** In Großbritannien wurde das Zusammenschlussvorhaben Akzo Nobel/Metlac im Januar 2012 angemeldet. Das Office of Fair Trading verwies den Fall im Mai 2012 an die CC. Diese hat das Vorhaben nach Fristverlängerung im Dezember 2012 untersagt.<sup>93</sup> Das Competition Appeal Tribunal wies die Beschwerde von Akzo Nobel gegen die Untersagung im Juni 2013 zurück.<sup>94</sup> Der Court of Appeal of England and Wales hat die Berufung im April 2014 zurückgewiesen.<sup>95</sup>

**616.** Die CC kam sowohl bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes als auch im Rahmen des durchgeführten SLC-Tests (Substantial Lessening of Competition) zu von der deutschen Entscheidung abweichenden Ergebnissen. Nach Auffassung der CC bilden Verpackungsbeschichtungen für Bier- und Getränkedosen einen eigenen sachlich relevanten Markt. Dieser sei zu unterscheiden von dem gemeinsamen Markt für die übrigen drei Segmente von Verpackungsbeschichtungen. Begründet wird diese Abgrenzung im Wesentlichen damit, dass die Getränkedosenbeschichtungen aus Sicht der Nachfrager nicht mit den übrigen Verpackungsbeschichtungen austauschbar sind. Zudem sei bei den Anbietern keine kurzfristige Umstellungsflexibilität bei der Produktion gegeben, da eine Expansion in dieses Marktsegment wegen der benötigten Tests bis zu 36 Monaten dauere.

**617.** Eingreifkriterium im britischen Wettbewerbsrecht ist gemäß Sec. 35 Abs. 2 Enterprise Act 2002 die „beträchtliche Verminderung des Wettbewerbs“ (SLC). Danach ist ein Zusammenschluss zu untersagen, wenn zu erwarten ist, dass dieser zu einer beträchtlichen Verminderung des Wettbewerbs auf einem oder mehreren Märkten im Vereinigten Königreich führt. Auf dem Markt für Verpackungsbeschichtungen für Bier und Getränkedosen – speziell im Marktsegment für Außenbeschichtungen – ist dies nach Auffassung der CC der Fall. Die Behörde sieht Akzo und Metlac in diesem Bereich als wesentliche Wettbewerber. Metlac ist hier – so die CC – als ein preisaggressiver Wettbewerber mit stark wachsenden Umsätzen zu charakterisieren. Mit dem Zusammenschluss entfalle zum einen aktueller Wettbewerb. Daher sei zu erwarten, dass die Preise in dem relevanten Marktsegment nach dem Zusammenschluss ansteigen. Die übrigen Marktteilnehmer werden das fusionierte Unternehmen nach dieser Einschätzung nicht daran hindern können, die Preise zu erhöhen. Der Zusammenschluss führe zudem zu einem nachlassenden Innovationswettbewerb. Zum anderen sei Metlac potenzieller Wettbewerber in weiteren betroffenen Märkten. Vor diesem Hintergrund seien Verminderungen des Wettbewerbsdrucks durch den Verlust sowohl aktuellen als auch potentiellen Wettbewerbs zu erwarten.

**618.** Die CC stellte also besonders auf Wettbewerbsprobleme in einem Markt ab, dessen Eigenständigkeit für das Bundeskartellamt nicht entscheidungserheblich war. Das dürfte sich zum Einen daraus begründen, dass der CC eine erheblich längere Verfahrensdauer mit entsprechend höherer Untersuchungstiefe zur Verfügung stand. So muss das Bundeskartellamt bei Verfahren, die in der zweiten Phase entschieden werden, grundsätzlich nach insgesamt vier Monaten eine Entscheidung treffen; einer von Metlac beantragten, grundsätzlich möglichen Fristverlängerung hatte Akzo widersprochen. Demgegenüber standen der CC mit vierundzwanzig Wochen regelmäßiger Frist, die hier um acht Wochen verlängert wurde, zweiunddreißig Wochen und damit fast die doppelte Zeit wie dem Bundeskartellamt zur Verfügung. Aus der unterschiedlichen Verfahrensdauer

<sup>93</sup> Vgl. Competition Commission, Entscheidung vom 21. Dezember 2012 – Akzo Nobel N.V./Metlac Holding S.r.l.

<sup>94</sup> Competition Appeal Tribunal, Case No. 1204/4/8/13 vom 21. Juni 2013.

<sup>95</sup> Court of Appeal, Civil Division, Case No. C3/2013/2403 vom 14. April 2014, [2014] EWCA Civ 482.

kann sich jedenfalls teilweise auch die vom Bundeskartellamt vorgenommene Betrachtung aggregierter Marktdaten erklären, die einige in der disaggregierten Betrachtung der CC deutlich werdende Fakten nicht erkennen ließ. Zusätzlich konnte die CC auf Teile der Akten und Erkenntnisse des Bundeskartellamtes zurückgreifen. Beide Entscheidungen stellen dabei heraus, dass die in der jeweiligen Untersuchung erfassten Daten nur einen (überwiegenden) Teil des Marktes widerspiegeln, was angesichts des zeitlichen Drucks in Fusionskontrollverfahren allerdings die Regel darstellt.

**619.** Zum Anderen, und wohl entscheidend, dürfte die Entscheidungsdivergenz in der Unterschiedlichkeit der fusionskontrollrechtlichen Eingreifkriterien begründet sein. Die normative Divergenz hat sich zwar seit der 8. GWB-Novelle mit der Übernahme des SIEC-Tests (Significant Impediment to Effective Competition, erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs) in deutsches Recht vermindert. Insoweit kann allerdings dieser Fall möglicherweise Rückschlüsse auch für die Auswirkungen der deutschen Rechtsänderung vom Marktbeherrschungs- hin zum SIEC-Test liefern.<sup>96</sup> Das Bundeskartellamt hat den Fall nach altem Recht auf der Grundlage eines traditionellen Marktbeherrschungstests entschieden. Dabei stand zunächst die Frage der Abgrenzung des sachlich und räumlich relevanten Marktes im Vordergrund. Bei der wettbewerblichen Beurteilung wurde maßgeblich auf Marktanteile und die Gesamtheit der Wettbewerbsbedingungen abgestellt. Der vornehmlich in den USA und in Großbritannien gebräuchliche SLC-Test ist dagegen eher eine ökonomische Wirkungsanalyse und ähnelt insoweit dem SIEC-Test des europäischen und des 2013 novellierten deutschen Kartellrechts.

**620.** Die Freigabe des Bundeskartellamtes beruht entscheidend darauf, dass nicht auszuschließen war, dass der verbleibende Restwettbewerb eine Marktbeherrschung der fusionierten Einheit verhindern würde. Ebenso wenig konnte zuverlässig prognostiziert werden, dass koordiniertes Verhalten und damit eine gemeinschaftliche Marktbeherrschung Folge der Fusion sein würde. Nach Analyse des Amtes seien Akzo und Metlac keine besonders nahen Wettbewerber, da sie schwerpunktmäßig auf unterschiedlichen Märkten aktiv seien, was auch die Kundenwechselanalyse bestätigte. Demgegenüber berücksichtigte die CC in Anwendung des stärker auf die ökonomischen Effekte ausgerichteten SLC-Tests entscheidend, dass zwischen Akzo und Metlac in einem bestimmten Marktsegment ein deutlich engeres Wettbewerbsverhältnis bestehe, als es die Analyse des Gesamtmarktes zeigt. Von Bedeutung waren auch Schwierigkeiten und zeitliche Verzögerungen bei Lieferantenwechsel: Während diesen der Entscheidung des Amtes trotz vertiefter Untersuchung keine herausgehobene Stellung zukommt, nimmt die CC ein abgestuftes Wettbewerbsverhältnis an. Entsprechend kam in deren Analyse dem Wettbewerb seitens Metlac, das bereits in den meisten Märkten aktiv war und entsprechend schnell neue Kunden beliefern konnte, eine zentrale Stellung zu. Diese Stellung wurde auch durch Metlacs aggressives Preissetzungsverhalten unterstrichen, das beide Behörden feststellten. Dieses war für die Feststellung der CC, Metlac sei ein besonders aktiver Wettbewerber, mitentscheidend. In der Analyse des Bundeskartellamtes hingegen kam der Preisführerschaft von Metlac keine besondere Bedeutung zu, da damit keine überproportionalen Marktanteilsgewinne für Metlac verbunden waren.

Insgesamt bestätigt sich die Intuition, dass die unter dem Marktbeherrschungstest erforderliche Marktbeherrschung schwieriger nachzuweisen ist, als eine erhebliche Verringerung der Wettbewerbsintensität. Die Vermutung liegt nahe, dass jedenfalls dem Grunde nach auch der Nachweis erheblicher Behinderung wirksamen Wettbewerbs insbesondere in komplexen Märkten einfacher zu führen ist als der einer Marktbeherrschung.

---

96 Vgl. dazu ausführlich Tz. 557. ff.

## 1.6 Anwendung der Abwägungsklausel

**621.** Ein Zusammenschluss, durch den – nach alter Fassung des GWB – eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird bzw. durch den – nach neuer Fassung des Gesetzes – wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde, ist gemäß § 36 Abs. 1 GWB a.F. bzw. § 36 Abs. 1 Nr. 1 GWB dann nicht zu untersagen, wenn durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und diese Wettbewerbsverbesserungen die Wettbewerbsverschlechterungen überwiegen. Den Nachweis haben die Unternehmen zu führen. Im Berichtszeitraum wurde die sogenannte Abwägungsklausel in zwei Fällen geprüft.

**622.** Im Fall der Übernahme des Geschäftsbereichs „wiederverwendbare Transportverpackungen“ der Linpac Group durch den Private Equity Fonds One Equity Partners II L.P., der im Hauptprüfverfahren unter Nebenbestimmungen freigegeben worden ist, hatten die Beteiligten vorgetragen, dass das zusammengesetzte Unternehmen auf einem weiteren Markt für Transportverpackungen zu einem ernsthaften Wettbewerber der dort etablierten beiden Marktführer werde.<sup>97</sup> Das Bundeskartellamt sah diese Wettbewerbsverbesserung nicht, weil es auf dem genannten Markt für kleine, nicht-faltbare Materialcontainer aus Kunststoff zwar national zwei Marktführer gäbe, die allerdings weit von einer marktbeherrschenden Position entfernt seien.

**623.** Der zweite Fall betraf den geplanten Zusammenschluss der Kabelnetzbetreiber Kabel Deutschland/Tele Columbus.<sup>98</sup> Die Unternehmen sahen Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen auf den Märkten für schmal- und breitbandige Telekommunikationsdienste. Vorgetragen wurden vier Kategorien von Wettbewerbsverbesserungen:

- Erstens könnten anschließbare Wohneinheiten breitbandfähig aufgerüstet werden, weil durch die Zusammenlegung der Netze von Tele Columbus und Kabel Deutschland erstmals eine „kritische Masse“ erreicht werde.
- Zweitens könnten Wohneinheiten an der Netzebene 4 (NE4-Netze) des einen Kabelnetzbetreibers an bereits breitbandfähig ausgebaute NE3-Netze des anderen Kabelnetzbetreibers angeschlossen werden.
- Drittens würden Wohneinheiten im Tele Columbus-Netz, die im Wege der Signallieferung bereits an das NE3-Netz von Kabel Deutschland angeschlossen sind, jedoch auf der NE4 nur teilweise aufgerüstet sind, zukünftig mit breitbandfähigen Produkten versorgt werden. Technisch wäre dies zwar auch ohne den Zusammenschluss möglich. Die Voraussetzung wäre aber eine vertragliche Einigung zwischen den beiden Netzbetreibern, die aus kommerziellen Gründen schwierig sei.
- Viertens könnten Wohneinheiten im Tele Columbus Netz, die nicht mit TV-Signalen versorgt werden, nach dem Zusammenschluss mit Schmal- und Breitbandanschlüssen als sogenannte „Solo-produkte“ versorgt werden.

**624.** Das Bundeskartellamt wertete nur die ersten beiden Kategorien als strukturelle Wettbewerbsverbesserungen, die kausal auf den Zusammenschluss zurückzuführen sind. Kategorie drei wurde als nicht maßgebliche Wettbewerbsverbesserung, die ganz überwiegend nicht kausal durch den Zusammenschluss bewirkt sei, gekennzeichnet. Kategorie vier schließlich wurde als nicht strukturell und nicht kausal gekennzeichnet. Insgesamt reichten die Wettbewerbsverbesserungen der ersten beiden Kategorien nach Auffassung des Bundeskartellamtes nicht aus, die Wettbewerbsverschlechterungen zu kompensieren. Die möglichen Wettbewerbsverschiebungen seien quantitativ gering und die Wettbewerbsverbesserungen würden bereits

<sup>97</sup> Vgl. BKartA, Beschluss vom 3. Februar 2012, B3-120/11.

<sup>98</sup> Vgl. BKartA, Beschluss vom 22. Februar 2013, B7-70/12.

dadurch relativiert, dass Kabelnetzbetreiber auch ohne den Zusammenschluss bereits maßgeblich Wettbewerber der Telekommunikationsanbieter auf den Märkten für Schmal- und Breitbandanschlüsse seien.

**625.** Das Bundeskartellamt erkennt im Rahmen der Abwägungsklausel Wettbewerbsverbesserungen zu Recht regelmäßig nur dann an, wenn diese auf anderen als den betroffenen relevanten Märkten eintreten. Verbesserungen auf demselben Markt betreffen schon den Vergleich der Marktstruktur vor und nach einem Zusammenschluss. Würde dieser zugunsten der Wettbewerbsverbesserungen ausgehen, würde keine marktbeherrschende Stellung entstehen oder verstärkt.<sup>99</sup> Das Bundeskartellamt verlangt darüber hinaus, dass es sich bei dem anderen Markt um einen beherrschten Markt handelt. Begründet wird dies damit, dass auf Märkten, die nicht durch Marktbeherrschung gekennzeichnet sind, eine Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen schwierig ist. Diese Anforderung ist auch in der Rechtsprechung umstritten. Das OLG Düsseldorf hält auch bloße Strukturverbesserungen für ausreichend.<sup>100</sup>

**626.** Die Abwägungsklausel ist in den vergangenen Jahren regelmäßig bei Zusammenschlüssen von Kabelnetzbetreibern geprüft worden.<sup>101</sup> Im Fall der Übernahme der Kabelnetze des NE4-Betreibers Orion Cable durch Kabel Deutschland im Jahr 2008 erkannte das Bundeskartellamt die durch den Zusammenschluss bewirkten Wettbewerbsverbesserungen auf den Telekommunikationsmärkten als überwiegend an und gab den Zusammenschluss auf dieser Grundlage frei.<sup>102</sup> Die Monopolkommission hatte das ausdrücklich begrüßt.<sup>103</sup> Seitdem wurden die zu erwartenden Wettbewerbsverbesserungen auf den Telekommunikationsmärkten stets als unzureichend angesehen, die Wettbewerbsverschlechterungen auf den Kabelnetzmärkten zu kompensieren.<sup>104</sup> Die Monopolkommission vertritt hier weiterhin eine andere Auffassung. Dem Bundeskartellamt ist zwar insoweit zu folgen, dass der Wettbewerbsdruck der Kabelnetzbetreiber auf die Anbieter vor allem von Breitbandanschlüssen in den vergangenen Jahren deutlich zugenommen hat. Daraus folgt, dass die Bedeutung von Wettbewerbsverbesserungen auf diesen Märkten durch Kabelnetzfusionen abgenommen hat. Obgleich bergen insbesondere die Zusammenschlüsse von NE3- und NE4-Netzbetreibern weiterhin Chancen für solche Verbesserungen, weil das Angebot von Triple-Play-Produkten leichter zu realisieren ist, wenn die Netzebenen drei und vier von demselben Netzbetreiber kontrolliert werden, auch wenn dies aus technischer Sicht nicht zwingend erforderlich ist.

## 1.7 Sanierungsfusionen

**627.** Sanierungsfusionen waren im GWB bisher nicht explizit geregelt. Der Gesetzgeber sah diese als Hauptanwendungsfall der Befreiung vom Vollzugsverbot gemäß § 41 Abs. 2 GWB.<sup>105</sup> Mit der 8. GWB-Novelle werden Pressefusionen durch eine spezielle Pressesanierungsklausel im neuen § 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 GWB erleichtert. Dahinter steht der Gedanke, dass eine Fusion im Vergleich zu einem Marktaustritt von Zeitungstiteln oder gar ganzen Zeitungsverlagen die oftmals bessere Lösung ist, um die Presse- und Angebotsvielfalt zu erhalten. Die Reichweite der neuen Pressesanierungsklausel ist allerdings auf die Übernahme kleiner oder mittlerer Zeitungsverlage begrenzt.

**628.** In der Praxis stellen Sanierungsfusionen eine Ausnahme von der Kausalität zwischen einem Zusammenschluss und der Entstehung bzw. Verstärkung von Marktmacht gemäß § 36 GWB dar. Das Bundes-

99 Vgl. etwa Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Schütz, J., § 36, Rn. 178 und die dort zitierte Literatur.

100 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. Oktober 2006, VI-Kart 2/05 (V) – SES/DPC.

101 Vgl. BKartA, Beschluss vom 15. Dezember 2011, B7-66/11; BKartA, Beschluss vom 3. April 2008, B7-200/07 sowie die Verfahren im Zusammenhang mit der versuchten Übernahme der drei regionalen Kabelnetzbetreiber ish, iesy und Kabel BW durch Kabel Deutschland im Jahr 2004. Vgl. ausführlich Monopolkommission, XVI. Hauptgutachten 2004/2005, Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor!, Baden-Baden 2006, Tz. 553 ff. sowie Monopolkommission, XVII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 600 ff.

102 Vgl. BKartA, Beschluss vom 3. April 2008, B7-200/07.

103 Vgl. Monopolkommission, XVII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 611.

104 Vgl. zuletzt im Fall Liberty Global/Kabel BW, BKartA, Beschluss vom 15. Dezember 2011.

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

kartellamt macht die Annahme einer Sanierungsfusion von drei Voraussetzungen abhängig, die kumulativ erfüllt sein müssen.<sup>106</sup> Erstens darf das Zielunternehmen ohne den Zusammenschluss nicht überlebensfähig sein. Zweitens darf es keine wettbewerblich weniger schädlichen Alternativen zu dem angemeldeten Zusammenschluss geben und drittens müsste im Falle der Insolvenz die Marktposition des erworbenen Unternehmens auch ohne den Zusammenschluss im Wesentlichen dem erwerbenden Unternehmen zuwachsen.<sup>107</sup> Für das Vorliegen dieser Voraussetzungen tragen die Unternehmen die Beweislast.

**629.** Das Bundeskartellamt geht von einer restriktiv anzuwendenden Ausnahme vom Grundsatz des § 36 GWB aus, wonach Zusammenschlüsse zu untersagen sind, wenn dadurch eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird bzw. wirksamer Wettbewerb erheblich beeinträchtigt wird. Im Berichtszeitraum hat das Bundeskartellamt in zwei Fällen das Vorliegen der Voraussetzungen einer Sanierungsfusion geprüft und in einem Fall das Vorliegen bestätigt. Die Übernahme der Frankfurter Rundschau (FR) durch die Frankfurter Allgemeine Zeitung GmbH (FAZ) betraf in erster Linie die nationalen und regionalen Leser- und Anzeigenmärkte, auf denen die FR tätig ist.<sup>108</sup> Da das Vorhaben auf dem bundesweiten Lesermarkt und dem korrespondierenden bundesweiten Anzeigenmarkt keine wettbewerblichen Probleme aufwarf, was insbesondere mit der Existenz von überregionalen Wettbewerbern begründet wurde, konzentrierte sich das Bundeskartellamt bei seiner Prüfung auf die regionalen Märkte im Raum Frankfurt. Im Stadtgebiet Frankfurt entsteht auf dem Lesermarkt ein marktbeherrschendes Monopol. Auch auf verschiedenen regionalen Anzeigenmärkten kommt es zu hohen Marktanteilen. Gleichwohl war der Zusammenschluss nicht zu untersagen, da nach Auffassung des Bundeskartellamtes die Voraussetzungen einer Sanierungsfusion vorlagen.

**630.** Die Frankfurter Rundschau befand sich zum Entscheidungszeitpunkt im Insolvenzverfahren. Produktion und Vertrieb der Zeitung hätten voraussichtlich eingestellt werden müssen, wenn keine Übernahme stattgefunden hätte. Somit war das Kriterium des bevorstehenden Marktaustritts mit hinreichender Wahrscheinlichkeit erfüllt. Zwar existierte ein Alternativangebot, bei dem das Bundeskartellamt jedoch davon ausging, dass es auch in einer nachgebesserten Variante nicht geeignet gewesen wäre, die Frankfurter Rundschau dauerhaft im Markt zu halten. Das alternative Übernahmeangebot lag nach Einschätzung des Bundeskartellamtes deutlich unterhalb des tatsächlichen Wertes des Vermögens der FR, was die Vermutung nahelegte, bei dem Angebot gehe es nur zweitrangig um den Erhalt der Rundschau, sondern darum, die Vermögenswerte günstig zu erwerben. Für diese Annahme sprach auch, dass kein redaktionelles oder wirtschaftliches Konzept vorgelegt wurde, welches auf eine nachhaltige Besserung der wirtschaftlichen Lage hätte hindeuten können. Die Voraussetzung, dass die Marktposition der FR im Wesentlichen auch ohne den Zusammenschluss der FAZ zugewachsen wäre, wurde als gegeben angenommen, obwohl nach der Prognose des Bundeskartellamtes ein Teil der Leser unter Verzicht auf ein regionales Angebot auf andere überregionale Zeitungen ausweichen würde, deren politische Ausrichtung der FR vergleichbar ist. Bei den Anzeigenmärkten war zu erwarten, dass auch andere Zeitungen von dem Ausscheiden der FR profitieren würden. Bei einer Kundenbefragung gaben allerdings nur wenige Werbekunden an, dass sie sich vorstellen könnten, maximal 20 Prozent ihres momentan bei der Rundschau investierten Werbebudgets bei anderen Wettbewerbern als der Zusammenschlussbeteiligten zu investieren. Das Bundeskartellamt ging nach Auffassung der Monopolkommission zutreffend davon aus, dass die Marktposition der Rundschau nach einer potenziellen Insolvenz im Wesentlichen der FAZ zugewachsen wäre. Dabei bleibt unerheblich, dass auch Wettbewerber in einem gewissen Umfang von dem Ausscheiden der FR profitiert hätten. Ein vollständiger Übergang der Marktanteile auf das übernehmende Unternehmen wäre nur in einer Duopol-Situation denkbar. Die Monopolkommission spricht sich schon seit längerer Zeit dafür aus, das dritte Kriterium für das Vorliegen einer

<sup>106</sup> Vgl. BKartA, Beschluss vom 21. Mai 2010, B9-13/10, S. 122 ff.

<sup>107</sup> Vgl. BKartA, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, a. a. O., S. 74 ff.

<sup>108</sup> Vgl. BKartA, Beschluss vom 27. Februar 2013, B6-9/13.

Sanierungsfunktion nicht zu streng zu interpretieren.<sup>109</sup> Es reicht aus, dass sich die Wettbewerbsverhältnisse nach der Fusion nicht schlechter darstellen, als es bei einer Insolvenz der Fall wäre.

**631.** Der zweite Fall einer geprüften Sanierungsfusion im Berichtszeitraum der Monopolkommission betraf die geplante Übernahme des zu der HDV gemeinnützige GmbH (HDV) gehörenden Agaplesion Hochstift - Evangelisches Krankenhaus in Worms (Hochstift) durch die Klinikum Worms gGmbH.<sup>110</sup> Geltend gemacht wurde von Vertretern des Klinikums Worms und seitens des Ministeriums für Soziales, Arbeit, Gesundheit und Demografie des Landes Rheinland-Pfalz, dass das Hochstift ohne die Übernahme alsbald schließen müsse. Als Begründung wurde die defizitäre Arbeit in Kombination mit notwendigen Investitionen in nicht geringem Umfang zum Erhalt eines Mindeststandards angeführt. Eine Ausschreibung zum Verkauf fand nicht statt, da den Angestellten die damit verbundenen Unsicherheiten erspart werden sollten.

**632.** Das Bundeskartellamt hielt die Voraussetzungen einer Sanierungsfusion für nicht gegeben. Wegen der unterlassenen Ausschreibung konnte kein Nachweis geführt werden, dass es an einem tauglichen Alternativerwerber gefehlt habe. Auch sei nicht belegt, dass das Hochstift ohne den Zusammenschluss kurz vor dem Marktaustritt gestanden habe. Insbesondere sei auch nicht zu erwarten gewesen, dass bei einem Ausscheiden aus dem Markt die wesentlichen Marktanteile dem Klinikum Worms zugefallen wären. Vielmehr habe sich aus dem bisherigen Patientenverhalten der Rückschluss ergeben, dass ein Teil der Patienten auch auf andere Krankenhäuser ausgewichen wäre. Der geltend gemachte Bedarf an Investitionen wurde nicht als Argument berücksichtigt, da diese im Zweifel zum Großteil von dem Land Rheinland-Pfalz getragen worden wären.

**633.** Die Monopolkommission begrüßt, wie bereits früher deutlich gemacht, die strenge Auslegung der Kausalitätsprüfung bei Sanierungsfusionen.<sup>111</sup> Der Nachweis des kumulativen Vorliegens aller drei Voraussetzungen hat zweifelsfrei zu erfolgen. Bloße Annahmen oder Vermutungen reichen nicht aus.

**634.** Die Anwendungspraxis im Berichtszeitraum zeigt, dass es für die sogenannten Sanierungsfusionen keiner Sonderregelung für Pressefusionen im GWB bedurft hätte. Die Freigabe der Übernahme der FR durch die FAZ mit dem Argument, es handele sich um eine Sanierungsfusion, erfolgte vor der Einführung der Sonderregelung für Pressesanierungsfusionen. Fraglich ist auch, ob es bei der Geltung des neuen § 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 GWB leichter gewesen wäre, den Fall FAZ/FR als Sanierungsfusion freizugeben. Die Monopolkommission geht nicht davon aus. Sie steht sondergesetzlichen Regelungen, wie im vorliegenden Fall für Sanierungsfusionen im Bereich der Presse, eher skeptisch gegenüber. § 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 GWB orientiert sich materiell im Wesentlichen an den in der Anwendungspraxis entwickelten Grundsätzen für Sanierungsfusionen und der Rechtsprechung in diesem Bereich. Neu ist, dass die Voraussetzung der fehlenden Überlebensfähigkeit des zu übernehmenden Unternehmens operationalisiert wird, indem vorgegeben wird, dass erhebliche Jahresfehlbeträge in den drei vorhergehenden Jahren notwendig sind. Offen ist dabei trotz des Verweises auf § 275 Abs. 2 Nr. 20 HGB, was genau ein erheblicher Jahresfehlbetrag ist. Explizit nicht genannt wird die Voraussetzung, dass die Marktposition des in seiner Existenz gefährdeten Unternehmens auch ohne die Fusion im Wesentlichen dem Erwerber zuwachsen würde.<sup>112</sup> Bei der Übernahme kleiner und mittlerer Zeitungs- und Zeitschriftenverlage dürfte das aber regelmäßig der Fall sein, weil es auf regionalen Zeitungsmärkten oftmals keine alternativen Wettbewerber gibt.

<sup>109</sup> Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 42, Die Fusionskontrolle in der 7. GWB-Novelle, Baden-Baden 2004, Tz. 140.

<sup>110</sup> Vgl. BKartA, Beschluss vom 5. September 2012, B3-43/12.

<sup>111</sup> Vgl. zuletzt Monopolkommission, XVII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 592.

<sup>112</sup> Auch in der Europäischen Fusionskontrolle spielt dieses Kriterium keine Rolle. Statt dessen wird hier als Voraussetzung für die Annahme einer Sanierungsfusion darauf abgestellt, dass die Vermögenswerte des insolventen Unternehmens ohne den Zusammenschluss zwangsläufig vom Markt genommen würden, EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EG Nr. C 31 vom 5. Februar 2004, Rn. 90.

## 1.8 Abhilfemaßnahmen

**635.** Gemäß § 40 Abs. 3 S. 1 GWB kann die Freigabe eines Zusammenschlusses bei Vorliegen von Wettbewerbsbedenken mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden. Eine Freigabe mit Nebenbestimmungen ist nur dann zulässig, auf Grundlage des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes allerdings auch geboten, wenn dadurch die nach § 36 Abs. 1 S. 1 GWB kritische Verschlechterung der Marktstruktur wirksam verhindert werden kann.<sup>113</sup> In der Praxis lässt sich feststellen, dass aufschiebende Bedingungen (sogenannte up-front-remedies) effektiver sind als auflösende, diese wiederum effektiver als schlichte Auflagen, was entscheidenden Einfluss auf deren Verhältnismäßigkeit haben kann.<sup>114</sup> Gemäß § 40 Abs. 3 S. 2 GWB dürfen Nebenbestimmungen nicht darauf hinauslaufen, die beteiligten Unternehmen einer laufenden Verhaltenskontrolle zu unterstellen.

**636.** In der Praxis ist die Unterscheidung zwischen klar auf die Marktstrukturen abstellende Veräußerungsauflagen und sogenannten Verhaltensaufgaben zum Teil schwierig. Dies gilt z. B. für marktöffnende Nebenbestimmungen, wie sie das Bundeskartellamt im Fall Liberty/Kabel BW entgegengenommen hat, worauf der Zusammenschluss freigegeben wurde.<sup>115</sup> Diese Freigabe erfolgte

- unter der auflösenden Bedingung, für die 67 größten Gestattungsverträge der Zusammenschlusspartner mit einer Restvertragslaufzeit von mehr als drei Jahren ein jährliches Sonderkündigungsrecht einzuräumen. Dieses durfte von der Zahlung einer bestimmten Summe pro Anschluss abhängig gemacht werden, die in Relation zu der verbleibenden Restlaufzeit variierte. Um mögliche Wettbewerber über die neuen Markteintrittsmöglichkeiten zu informieren, mussten für sämtliche betroffenen Gestattungsverträge der Namen des Vertragspartners, seine Anschrift und eine Bandbreite der mit dem Vertrag umfassten Wohneinheiten auf den Internetseiten der Zusammenschlussbeteiligten veröffentlicht werden;
- mit der Auflage, auf die eingeräumten Exklusivitätsrechte bei allen geschlossenen Gestattungsverträgen zu verzichten;
- mit der Auflage, gegenüber den Vertragspartnern aller Gestattungsverträge nach Ablauf der Vertragslaufzeit auf Eigentum und Rückbaurechte am Hausverteilnetz zu verzichten;
- unter der auflösenden Bedingung, ab einem bestimmten Zeitpunkt sämtliche Free-TV-Signale in SD-Qualität und in HD-Qualität – soweit von den Programmanbietern nicht anders verlangt – unverlüsselt zu verbreiten.<sup>116</sup>

**637.** Das OLG Düsseldorf hält diese Nebenbestimmungen für unzureichend.<sup>117</sup> Da sich die Zusammenschlusskontrolle gegen strukturelle Verschlechterungen der Wettbewerbsbedingungen richte, kommen nach Auffassung des Gerichts als Nebenbestimmungen auch nur strukturelle Maßnahmen in Betracht.<sup>118</sup> Sie müssen die strukturellen Voraussetzungen dafür schaffen, dass anstelle des übernommenen Unternehmens ein anderer zumindest potenzieller Wettbewerber entsteht, der den Verhaltensspielraum des übernehmenden Unternehmens spürbar eingrenzt.<sup>119</sup> Diesen Anforderungen würden die auferlegten Nebenbestimmungen nicht genügen. Der Verzicht auf Exklusivitätsrechte in Gestattungsverträgen habe für den Wettbewerb eine äußerst geringe Bedeutung, da er nur bedeute, dass konkurrierende Netzbetreiber in einem Wohnobjekt ein paralleles Hausverteilnetz aufbauen dürfen. Der Anreiz dazu bestehe nicht, da es bei einem laufenden Ge-

<sup>113</sup> Etwa BGH, Beschluss vom 20. April 2010, KVR 1/09 – Phonak/GN Store, Rn. 90, WuW/E DE-R 2905.

<sup>114</sup> Vgl. eingehender Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 660 ff., 663.

<sup>115</sup> Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 744 ff.

<sup>116</sup> Vgl. BKartA, Beschluss vom 22. Februar 2013, B7-70/12.

<sup>117</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. August 2013, VI Kart 1/12 (V) – Signalmarkt, Rn. 152 ff.

<sup>118</sup> Ebenda, Rn. 154.

<sup>119</sup> Ebenda, Rn. 155.



stattungsvertrag mit einem anderen Netzbetreiber keine Möglichkeit gebe, diese Investition zu amortisieren. Der Wettbewerbseffekt des Verzichtes auf Eigentums- und Rückbaurechte am Hausverteilnetz nach Ablauf der Vertragslaufzeit sei ebenfalls gering, da sich Netzbetreiber in der Praxis auf dieses Recht ohnehin nicht berufen würden. Eine ebenfalls geringe wettbewerbsfördernde Wirkung habe die Bedingung, Free-TV-Programme zukünftig unverschlüsselt zu übertragen. Zwar werde damit einerseits der Anbieterwechsel erleichtert, weil Hauseigentümer bei einem Wechsel des Kabelnetzbetreibers nicht mehr sämtliche Set-Top-Boxen austauschen müssen. Auf der anderen Seite sei die Bedingung für den Wettbewerb sogar schädlich, da für Wettbewerber der Zusammenschlussbeteiligten, wie etwa NetCologne, die Möglichkeit entfalle, mit dem Verzicht auf eine Grundverschlüsselung Wettbewerbsvorteile zu erzielen.

**638.** Nach Auffassung des OLG Düsseldorf erzielt auch das vorgesehene Sonderkündigungsrecht „nach aller Wahrscheinlichkeit“ keine strukturellen Effekte. Die Wohnungswirtschaft habe wenig Anreize, geschlossene Gestattungsverträge zu kündigen, da dies erstens mit einem gewissen Aufwand verbunden sei und zweitens bedeute, dass die Endnutzer mit Triple-Play-Verträgen gezwungen seien, ihre Telefon- und Internetverträge gleichzeitig zu kündigen. Hinzu komme, dass Unitymedia/Kabel BW dem Gestattungsgeber vor der Vertragskündigung bessere Konditionen anbieten könnten und auch, wie alle anderen Anbieter, um den neuen Vertrag konkurrieren könnten. Vor diesem Hintergrund seien Anbieterwechsel unwahrscheinlich. Die tatsächliche Entwicklung bestätige diese Auffassung, da im ersten Jahr nur ein Gestattungsvertrag gekündigt worden sei.

**639.** Die Monopolkommission hält die Nebenbestimmungen im vorliegenden Fall, anders als das OLG Düsseldorf, für grundsätzlich geeignet, den fusionsbedingten Wettbewerbsverschlechterungen zu begegnen.<sup>120</sup> Dies gilt insbesondere für die Sonderkündigungsrechte. Sie teilt die vom Bundeskartellamt im Beschwerdeverfahren vorgetragene Auffassung, dass es nicht darauf ankommt, ob von Kündigungsmöglichkeiten tatsächlich gebraucht gemacht wird. Entscheidend ist, dass Sonderkündigungsrechte bestehen. Kommt es auf dieser Grundlage zu Nachverhandlungen, um die Ausnutzung des Sonderkündigungsrechtes abzuwehren oder ist der bisherige Gestattungsnehmer bei der Neuvergabe des Gestattungsvertrages erfolgreich, ist dies Ausdruck von Wettbewerb und nicht Ausdruck einer strukturell unwirksamen Nebenbestimmung. Nicht unproblematisch ist zudem, dass das OLG Düsseldorf als Begründung für die mangelnde Wirksamkeit der Sonderkündigungsrechte die in diesem Zusammenhang wenig aussagekräftige Ex-post-Feststellung anführt, dass diese kaum in Anspruch genommen worden seien. Außer Betracht bleibt dabei völlig, dass die Sonderkündigungsrechte weiterhin jährlich ausgeübt werden können.

**640.** Zum Zeitpunkt des Abschlusses dieses Gutachtens ist noch nicht entschieden, ob der Nichtzulassungsbeschwerde stattgegeben wird oder ob der Fall auf direktem Wege zur erneuten Prüfung an das Bundeskartellamt zurückfällt. Sollte dies geschehen, wird das Amt eine grundlegend neue wettbewerbliche Bewertung vor dem Hintergrund vornehmen müssen, dass sich die Marktverhältnisse mit der Übernahme von Kabel Deutschland durch Vodafone inzwischen deutlich geändert haben. Nicht völlig auszuschließen ist, dass es dabei zu einer Untersagung kommt, die die Entflechtung des längst vollzogenen Zusammenschlusses zur Folge hätte. Allein wegen der damit verbundenen Probleme dürfte dies allerdings nur das äußerste Mittel sein. Für fusionswillige Unternehmen bedeutet die Entscheidung des OLG Düsseldorf eine nachdrückliche Erinnerung an die mit dem Vollzug von in bedingten Entscheidungen freigegebenen Fusionsvorhaben vor deren Bestandskraft verbundenen Risiken und damit einen gefühlten Zuwachs an Rechtsunsicherheit, da sie auch im Falle einer für sie positiven Freigabeentscheidung unter Nebenbestimmungen damit rechnen müssen, dass es zu einer gerichtlichen Überprüfung mit der Möglichkeit einer nachträglichen Untersagung kommt.<sup>121</sup>

<sup>120</sup> Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 747.

<sup>121</sup> Vgl. Körber, NZKart 2013, 458, 461.

## 2 Europäische Fusionskontrolle

### 2.1 Einführung

**641.** Die europäische Fusionskontrollpraxis ist im Berichtszeitraum 2012/2013 nicht durch grundlegende Neuerungen geprägt. So bleiben bei der Beurteilung von Zusammenschlussvorhaben weiterhin die sachliche und räumliche Marktabgrenzung sowie die Betrachtung der Marktanteile und weiterer Strukturmerkmale wichtig. Allerdings ist in den letzten beiden Jahren eine Zunahme quantitativer Untersuchungen zu verzeichnen. Soweit ersichtlich, hat die Europäische Kommission in dem Verfahren Hutchison 3G Austria/Orange Austria zum ersten Mal den Upward Pricing Pressure-Ansatz für die Prognose eines möglichen Preissteigerungsdrucks angewendet. In dem Verfahren Deutsche Börse/NYSE Euronext quantifizierte sie erstmalig in einem Fusionskontrollverfahren die von den Parteien geltend gemachten Effizienzgewinne.

**642.** Festzustellen ist darüber hinaus, dass Effizienzgewinne in einer Vielzahl von Verfahren – hauptsächlich Zweite-Phase-Verfahren – vorgebracht wurden. Die Europäische Kommission hat das Vorliegen derartiger Effizienzvorteile allerdings in der Mehrzahl der Fälle verneint. In dem Verfahren Deutsche Börse/NYSE Euronext erkannte sie die geltend gemachten Effizienzen teilweise an, hielt sie indes nicht für ausreichend, um die zu erwartenden negativen Wettbewerbswirkungen des Zusammenschlusses auszugleichen. In dem Verfahren UPS/TNT Express gab die Europäische Kommission ihre Wettbewerbsbedenken aufgrund der festgestellten Effizienzen hinsichtlich einer Reihe von Märkten auf; in anderen Märkten blieben wettbewerbliche Probleme jedoch mit der Folge bestehen, dass eine Untersagung ausgesprochen wurde.

**643.** Bemerkenswert ist, dass die Europäische Kommission während des Berichtszeitraums drei Untersagungen ausgesprochen hat, so viele wie in den zehn Jahren zuvor. Das Vorhaben Deutsche Börse/NYSE Euronext wurde mit Entscheidung vom 1. Dezember 2012 verboten, die Untersagungsverfügungen in den Fällen UPS/TNT Express und Ryanair/Aer Lingus III erfolgten am 30. Januar 2013 und am 27. Februar 2013.

**644.** Die Europäische Kommission hat im Berichtszeitraum zwei wichtige legislative Projekte verfolgt. Zum einen ist die sogenannte Vereinfachungsinitiative zu nennen, mit der eine Erweiterung des vereinfachten Verfahrens erreicht werden sollte; das Projekt ist bereits umgesetzt. Zum anderen führt die Europäische Kommission eine umfassende Überprüfung der Fusionskontrollverordnung und deren Anwendung durch. Einen Schwerpunkt dieser Initiative bildet die Frage, ob und in welchem Ausmaß die Zuständigkeit der Europäischen Kommission für Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb erweitert werden soll. Daneben werden Überlegungen zu einer möglichen Reform des Verweisungsregimes angestellt. Die Europäische Kommission hat ihre Überlegungen nach Abschluss des Konsultationsprozesses weiterentwickelt und plant die Vorlage eines Weißbuchs noch für den Sommer 2014.

### 2.2 Statistischer Überblick

**645.** Im Berichtszeitraum 2012/2013 wurden nach Angaben der Europäischen Kommission 560 Zusammenschlussvorhaben angemeldet.<sup>122</sup> Auf das Jahr 2012 entfielen 283, auf das Jahr 2013 277 Anmeldungen. Im Vergleich zu den vorangegangenen Berichtszeiträumen 2010/2011 mit 583 und 2008/2009 mit 606 Notifizierungen ging die Anzahl der angemeldeten Transaktionen erneut leicht zurück.

**646.** Ein starker Rückgang bei den Fallzahlen ist bei den Anträgen der Mitgliedstaaten auf Verweisung an die nationalen Wettbewerbsbehörden nach Art. 9 FKVO zu verzeichnen. Während im letzten Berichtszeitraum noch 13 Anträge gestellt worden waren, beläuft sich die Zahl der entsprechenden Anträge in den Jahren 2012 und 2013 auf lediglich vier. Die Europäische Kommission gab im aktuellen Berichtszeitraum einem

---

<sup>122</sup> EU-Kommission, [ec.europa.eu/competition/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/index_en.html), Abruf am 28. Mai 2014.

Antrag vollständig und einem Antrag teilweise statt.<sup>123</sup> In keinem Fall verweigerte sie die Verfahrensabgabe vollständig.<sup>124</sup> Die Mitgliedstaaten beantragten in vier Fällen die Verweisung von den nationalen Wettbewerbsbehörden an die Europäische Kommission nach Art. 22 FKVO. Damit blieb die Zahl der Anträge auf dem Niveau des letzten Berichtszeitraums. Die Europäische Kommission akzeptierte die Verweisung in drei Fällen, in einem Fall sprach sie eine Ablehnung aus.

**647.** Nach Art. 4 Abs. 4 und 5 FKVO haben die Zusammenschlussparteien die Möglichkeit, einen Antrag auf Verweisung an die Mitgliedstaaten bzw. an die Europäische Kommission zu stellen. Während des Berichtszeitraums beantragten die beteiligten Unternehmen in 24 Fällen die Verfahrensabgabe an die nationalen Wettbewerbsbehörden gemäß Art. 4 Abs. 4 FKVO. In 21 Fällen gab die Europäische Kommission entsprechenden Anträgen vollständig, in zwei Fällen teilweise statt. In keinem Fall verweigerte sie die Verfahrensabgabe. Im Vergleich zum vorangegangenen Berichtszeitraum, in dem 16 Anträge nach Art. 4 Abs. 4 FKVO vorlagen, erhöhte sich die Zahl der Anträge somit deutlich. Eine Verweisung an die Europäische Kommission gemäß Art. 4 Abs. 5 strebten die Zusammenschlussparteien in 34 Fällen an. In 33 Fällen akzeptierte die Europäische Kommission die Verfahrensabgabe, einen Antrag lehnte sie ab. Im Vergleich zu 41 Anträgen während des letzten Berichtszeitraums sank die Zahl der entsprechenden Anträge nicht unerheblich.

**648.** Die Europäische Kommission schloss in den Jahren 2012 und 2013 insgesamt 526 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 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 FKVO ab. Dies sind 45 Fälle weniger als in den Jahren 2010 und 2011. In keinem Fall lehnte die Europäische Kommission ihre Zuständigkeit nach Art. 6 Abs. 1 lit. a FKVO ab. In 506 Fällen (254 in 2012 und 252 in 2013) beendete sie das Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 lit. b FKVO, ohne ernsthafte wettbewerbliche Bedenken gegen das jeweilige Zusammenschlussvorhaben zu erheben. In 20 Fällen äußerte die Europäische Kommission ernsthafte Bedenken und gab die Vorhaben nur unter Bedingungen und Auflagen gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. b i. V. m. Abs. 2 FKVO frei.

**649.** Die Anzahl der Fälle, die im vereinfachten Verfahren geprüft wurde, liegt weiterhin auf hohem Niveau. Während im letzten Berichtszeitraum 58 Prozent der Erste-Phase-Entscheidungen nach einer Untersuchung im vereinfachten Verfahren freigegeben worden waren, stieg ihr Anteil in den Jahren 2012/2013 auf knapp 64 Prozent an.

**650.** Die Europäische Kommission leitete in 16 Fällen die zweite Verfahrensstufe gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. c FKVO ein. Im Hauptprüfverfahren gab sie drei Vorhaben ohne Bedingungen und Auflagen nach Art. 8 Abs. 1 FKVO frei. In acht Fällen erfolgte die Freigabe nur unter Bedingungen und Auflagen gemäß Art. 8 Abs. 2 FKVO. Während im letzten Berichtszeitraum lediglich ein Vorhaben nach Art. 8 Abs. 3 FKVO verboten worden war, sprach die Europäische Kommission in den Jahren 2012 und 2013 drei Untersagungen – in den Fällen Deutsche Börse/NYSE Euronext, UPS/TNT Express sowie Ryanair/Aer Lingus III – aus. Dies entspricht der Anzahl aller Untersagungsentscheidungen in den letzten zehn Jahren zuvor. Damit stieg die Gesamtzahl der Untersagungen seit Inkrafttreten der Fusionskontrollverordnung auf 24.

**651.** Dagegen wurden im aktuellen Berichtszeitraum nur sechs Anmeldungen von den beteiligten Unternehmen zurückgenommen. Fünf Rücknahmen erfolgten in der ersten Verfahrensphase, eine in der zweiten

---

<sup>123</sup> 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 2014 entschieden. Dies gilt gleichermaßen für Anträge nach Art. 22 FKVO und Artikel 4 FKVO.

<sup>124</sup> Die Ablehnung der von Deutschland beantragten Verweisungen der Verfahren Holcim/Cemex und Telefónica/E-Plus erfolgte laut jeweiliger Pressemitteilung erst am 6. Januar bzw. 30. Januar 2014, also nicht mehr im Berichtszeitraum 2012/2013, vgl. EU-Kommission, Pressemitteilung vom 6. Januar 2014, IP/14/2 und Pressemitteilung vom 30. Januar 2014, IP/14/95.

Verfahrensphase. Im Vergleich zum vorigen Berichtszeitraum mit 13 Fällen ging die Zahl der Rücknahmen daher erheblich zurück.

### 2.3 Zuständigkeit

**652.** Die Zuständigkeitsverteilung zwischen der Europäischen Kommission einerseits und den mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden andererseits hängt in erster Linie von den Umsätzen der Zusammenschlussparteien ab. So geben Art. 1 Abs. 2 und Abs. 3 FKVO bestimmte Umsatzschwellen vor, deren Erreichen eine Voraussetzung für die Zuständigkeit der Europäischen Kommission darstellt. Daneben greift die sogenannte Zwei-Drittel-Regelung, wonach die Zusammenschlussparteien nicht jeweils mehr als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Gesamtumsatzes in ein und demselben Mitgliedstaat erzielen dürfen. Die strenge Kompetenzzuweisung nach Art. 1 Abs. 2 und 3 FKVO wird durch verschiedene Verweisungsregelungen durchbrochen, die einerseits dem Grundsatz der Subsidiarität, andererseits dem Prinzip des „one-stop-shop“ Rechnung tragen. Nach Art. 4 Abs. 4 und Art. 9 FKVO können die betroffenen Unternehmen oder ein Mitgliedstaat die vollständige oder teilweise Verweisung eines Verfahrens, das an sich in die Zuständigkeit der Europäischen Kommission fällt, an die mitgliedstaatliche Wettbewerbsbehörde beantragen. Umgekehrt haben die betroffenen Unternehmen oder ein bzw. mehrere Mitgliedstaaten gemäß Art. 4 Abs. 5 und Art. 22 FKVO die Möglichkeit zu beantragen, dass ein Vorhaben, welches nicht die Voraussetzungen des Art. 1 Abs. 2 oder Abs. 3 FKVO erfüllt, von der Europäischen Kommission untersucht wird.

**653.** Im aktuellen Berichtszeitraum stellten die Mitgliedstaaten in vier Fällen Anträge nach Art. 9 FKVO auf Verweisung eines Verfahrens an die nationalen Wettbewerbsbehörden. Zwei Anträge wurden von Deutschland gestellt und betrafen die Verfahren Holcim/Cemex und Telefónica/E-Plus. In einem weiteren Antrag wurde um Verweisung des Verfahrens Hutchison 3G Austria/Orange Austria an die österreichische Bundeswettbewerbsbehörde ersucht. Die Europäische Kommission hat alle drei Anträge negativ beschieden.

#### 2.3.1 Keine Verweisung bei kleinteiligen, aber grenzüberschreitenden Märkten

**654.** In dem Verfahren Holcim/Cemex lehnte die Europäische Kommission die beantragte vollständige Verweisung mittels Beschluss nach Art. 9 Abs. 3 FKVO ab.<sup>125</sup> Wie aus ihrer Pressemitteilung zu entnehmen ist, ging die Europäische Kommission davon aus, dass die relevanten Zementmärkte räumlich über den nationalen deutschen Markt hinausgingen, sodass eine Verweisung gemäß Art. 9 FKVO an das Bundeskartellamt nicht in Betracht komme. Das Zusammenschlussvorhaben würde auch Gebiete außerhalb Deutschlands tangieren, unter anderem Teile Belgiens und der Niederlande sowie Gebiete im Nordosten von Frankreich. Nach Auffassung der Europäischen Kommission besteht ein bedeutender grenzüberschreitender Handel mit Zement. Sie hatte bereits im Oktober 2013 mit Entscheidung nach Art. 6 Abs. 1 lit. c FKVO das Hauptprüfverfahren eingeleitet.<sup>126</sup>

**655.** Eine Verweisung nach Art. 9 FKVO setzt unter anderem voraus, dass ein Markt in dem Antrag stellenden Mitgliedstaat betroffen ist, der alle Merkmale eines gesonderten Marktes aufweist. Als gesonderter Markt wird der Markt verstanden, der sich von anderen Märkten räumlich und sachlich abgrenzt und daher einen eigenständigen Markt bildet. Unter welchen Voraussetzungen ein räumlich gesonderter Markt vorliegt, wird in Art. 9 Abs. 7 FKVO definiert. Hiernach kommt es darauf an, ob die Wettbewerbsbedingungen auf dem betreffenden Gebiet hinreichend homogen sind und sich von denen in benachbarten Gebieten unterscheiden. Wesentliche Kriterien bei der Beurteilung sind z. B. das Vorhandensein von Zutrittsschranken, besondere Verbrauchergewohnheiten sowie unterschiedliche Marktanteile oder Preise. Nach dem Wortlaut des Gesetzes muss der gesonderte Markt ein Markt „in“ dem Antrag stellenden Mitgliedstaat sein. Ferner spricht der Ausnahmecharakter der Verweisungsregelung in Art. 9 FKVO dafür, dass der gesonderte Markt nicht über das Gebiet eines Mitgliedstaats hinausgehen darf. Dementsprechend hat die

<sup>125</sup> Der Beschluss ist noch nicht veröffentlicht. Vgl. EU-Kommission, Pressemitteilung vom 6. Januar 2014, IP/14/2.

<sup>126</sup> Vgl. EU-Kommission, Pressemitteilung vom 22. Oktober 2013, IP/13/986.

Europäische Kommission in der Vergangenheit häufig Verfahren an die nationalen Wettbewerbsbehörden abgegeben, wenn die betroffenen Märkte lokaler oder regionaler Natur waren; sie hat jedoch auch Fälle verwiesen, die Auswirkungen auf national abgegrenzten Märkten erwarten ließen.

**656.** Zementmärkte werden – insbesondere aufgrund der hohen Transportkosten – traditionell lokal oder regional abgegrenzt. Dieser Umstand hätte an sich eine Verfahrensabgabe an das Bundeskartellamt nahe gelegt. Die Feststellungen der Europäischen Kommission zu grenzüberschreitenden Zementlieferungen führen allerdings dazu, dass nicht mehr sämtliche Voraussetzungen für eine Verweisung erfüllt sind, denn die betroffenen Märkte beschränken sich offenbar nicht auf das Gebiet des Antrag stellenden Mitgliedstaats. Gegen eine Verfahrensabgabe könnte außerdem angeführt werden, dass der beschriebene Zusammenschluss von Holcim und Cemex mit einem weiteren Zusammenschlussvorhaben in Verbindung stehe, in dessen Rahmen Cemex die Kontrolle über die Gesamtheit des tschechischen und spanischen Geschäfts von Holcim in den Bereichen Zement, Transportbeton und Zuschlagstoffe übernehmen werde.<sup>127</sup> Da letztere Transaktion die Umsatzschwellen der FKVO unterschreitet, ist an sich die Zuständigkeit der nationalen Wettbewerbsbehörden in Tschechien und Spanien eröffnet. Allerdings hat Spanien – anders als Tschechien – die Verweisung des Verfahrens an die Europäische Kommission beantragt; diese hat der Verfahrensabgabe zugestimmt. In einer solchen Konstellation erscheint die Europäische Kommission als die am besten geeignete Wettbewerbsbehörde, da sie nunmehr beide Vorhaben – jedenfalls teilweise – gemeinsam würdigen kann.

### 2.3.2 Verweisungsanträge im Mobilfunkmarkt

**657.** In dem Verfahren Hutchison 3G Austria/Orange Austria, das den Mobilfunkmarkt in Österreich betraf und nach Durchführung der zweiten Verfahrensphase gemäß Art. 8 Abs. 2 FKVO unter Bedingungen und Auflagen freigegeben wurde, hatte die österreichische Bundeswettbewerbsbehörde einen Antrag nach Art. 9 Abs. 2 lit. a FKVO gestellt.<sup>128</sup> Ihrer Ansicht nach drohte durch den Zusammenschluss eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung auf dem österreichischen Telekommunikationsmarkt unter zwei Gesichtspunkten. Erstens würde ein Wettbewerber aus dem ohnehin schon hoch konzentrierten Markt austreten. Da beide Parteien vor dem Zusammenschluss als Preisbrecher im Markt aufgetreten seien, bestehe die Gefahr, dass das neue Unternehmen nach dem Zusammenschluss weniger Anreize zu einer aggressiven Preispolitik haben werde. Zweitens sah die Bundeswettbewerbsbehörde bereits vor dem Zusammenschluss Anzeichen für eine Koordinierung im Markt und hielt es für wahrscheinlich, dass ein entsprechendes Verhalten durch den Zusammenschluss einfacher werden würde.

**658.** Die Europäische Kommission traf in den gesetzlich festgelegten Fristen keine Entscheidung nach Art. 9 Abs. 3 FKVO über die Verweisung oder Nichtverweisung des Verfahrens. Gemäß Art. 9 Abs. 5 FKVO gilt in einem solchen Fall zwar – unter bestimmten weiteren Voraussetzungen – die unwiderlegbare Vermutung, dass die Europäische Kommission das Verfahren an den Antrag stellenden Mitgliedstaat abgegeben hat. Dies setzt allerdings eine Erinnerung durch den jeweiligen Mitgliedstaat voraus, welche hier unterblieben war. Auf diesen Umstand weist die Europäische Kommission in ihrer Freigabeentscheidung gemäß Art. 8 Abs. 2 FKVO lediglich kurz hin: Da die nationale Wettbewerbsbehörde keine Erinnerung übermittelt habe, sei die Europäische Kommission zu dem Schluss gekommen, das Zusammenschlussvorhaben selbst zu untersuchen.<sup>129</sup>

**659.** Den Verweisungsantrag in dem Fall Telefónica/E-Plus lehnte die Europäische Kommission – nach entsprechender Erinnerung seitens des Bundeskartellamtes – mit Entscheidung gemäß Art. 9 Abs. 3 FKVO ab.<sup>130</sup> Nach Auffassung des Amtes drohte das Vorhaben, den Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt für

<sup>127</sup> Vgl. EU-Kommission, Pressemitteilung vom 22. Oktober 2013, IP/13/986 und Pressemitteilung vom 18. Oktober 2013, IP/13/977.

<sup>128</sup> EU-Kommission, Entscheidung vom 12. Dezember 2012, COMP/M.6497, Tz. 23 ff.

<sup>129</sup> EU-Kommission, Entscheidung vom 12. Dezember 2012, COMP/M.6497, Tz. 27.

<sup>130</sup> Die Entscheidung war bis Redaktionsschluss noch nicht veröffentlicht; vgl. EU-Kommission, Pressemitteilung vom

Mobilfunkdienstleistungen und auf dem Vorleistungsmarkt für Zugang und Verbindungsaufbau zu Mobilfunknetzen in Deutschland erheblich zu beeinträchtigen. Die Europäische Kommission begründete ihre ablehnende Entscheidung zum einen mit der Notwendigkeit, eine einheitliche Anwendung der Fusionskontrollvorschriften im Mobilfunksektor zu gewährleisten. Zum anderen führte sie ihre Erfahrung mit der Prüfung von Zusammenschlüssen in dieser Branche an, wobei sie unter anderem auf die Fälle Hutchison 3G Austria/Orange Austria und Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV sowie die laufende Prüfung des Vorhabens Hutchison 3G UK/Telefónica Ireland verwies. Einen weiteren Mobilfunk-Zusammenschluss hatte die Europäische Kommission bereits im Jahr 2010 trotz eines Verweisungsantrags aus Großbritannien selbst abgeschlossen. Das Vorhaben T-Mobile/Orange war am 11. Januar 2010 angemeldet, der Verweisungsantrag am 3. Februar 2010 gestellt worden. Am 8. Februar 2010 hatten die Zusammenschlussparteien Zusagen angeboten, worauf die Europäische Kommission am 1. März 2010 in der ersten Verfahrensphase eine Freigabeentscheidung nach Art. 6 Abs. 1 lit. b i. V. m. Abs. 2 FKVO traf. Am selben Tag wurde der Verweisungsantrag zurückgenommen.

**660.** Ein Mitgliedstaat kann einen Verweisungsantrag nach Art. 9 Abs. 2 lit. a FKVO stellen, wenn ein Zusammenschluss den Wettbewerb auf einem Markt in diesem Mitgliedstaat, der alle Merkmale eines gesonderten Marktes aufweist, erheblich zu beeinträchtigen droht. Selbst wenn die genannten Voraussetzungen auch nach Auffassung der Europäischen Kommission vorliegen, hat diese bei ihrer Entscheidung über die Verweisung oder Nichtverweisung einen Ermessensspielraum. Dies ergibt sich schon aus der Formulierung des Art. 9 Abs. 1 FKVO, wonach die Kommission bei Vorliegen der Verweisungsvoraussetzungen den angemeldeten Zusammenschluss an die zuständigen Behörden des betreffenden Mitgliedstaates verweisen „kann“.

**661.** Für die Entscheidung über die Verweisung oder Nichtverweisung ist laut Mitteilung der Europäischen Kommission maßgeblich, welche Wettbewerbsbehörde am besten geeignet ist, den in Rede stehenden Zusammenschluss zu prüfen.<sup>131</sup> Aspekte, die hierbei zu berücksichtigen sind, sind unter anderem der wirtschaftliche und wettbewerbliche Schwerpunkt der Transaktion, die Marktkenntnis der jeweiligen Wettbewerbsbehörden, Art und Umfang ihrer Prüfungsmöglichkeiten sowie ihre Fähigkeit, effiziente Maßnahmen zu ergreifen. In der bisherigen Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission ist eine gewisse Tendenz zu erkennen, eher Fälle an die nationalen Wettbewerbsbehörden zu verweisen, in denen die betroffenen Märkte lokale oder regionale Züge aufweisen. Zum einen ist eine gemeinschaftsweite Bedeutung derartiger Zusammenschlussvorhaben eher unwahrscheinlich. Zum anderen existieren oftmals lokale oder regionale Besonderheiten des Marktes, die der nationalen Wettbewerbsbehörde besser bekannt sein dürften. Gegebenenfalls ist sie in derartigen Fällen auch in der Lage, gezielter zu ermitteln. In der Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission wurden jedoch auch Zusammenschlussvorhaben mit drohenden Auswirkungen auf national abgegrenzte Märkte an die mitgliedstaatlichen Behörden abgegeben. Allerdings betonte die Europäische Kommission in mehreren Fällen die Gemeinschaftsrelevanz oder die Notwendigkeit einer einheitlichen Beurteilung des Vorhabens und beurteilte den jeweiligen Zusammenschluss selbst.

**662.** Die Gründe, welche die Europäische Kommission für die Ablehnung des Verweisungsantrags in dem Fall Telefónica/E-Plus nennt – Erfahrungen der Europäischen Kommission bei der Beurteilung von Zusammenschlüssen im Mobilfunksektor und Wahrung der einheitlichen Anwendung der Fusionskontrollregeln auf den Mobilfunkmärkten – sind sehr allgemein gefasst; mit einer entsprechenden Begründung könnte die Europäische Kommission wohl sämtliche Verweisungsanträge der Mitgliedstaaten ablehnen. Sie hat zum einen seit Inkrafttreten der FKVO Zusammenschlüsse in einer Vielzahl von Branchen geprüft und könnte sich daher (fast) immer auf entsprechende Erfahrungen auf den betroffenen sachlichen Märkten berufen. Zum anderen bildet das Bestreben nach einer einheitlichen Anwendung der Fusionskontrollregeln einen

---

30. Januar 2014, IP/14/95.

131 EU-Kommission, Mitteilung der Kommission über die Verweisung von Fusionssachen, ABl. EU C 56 vom 5. März 2005, S. 2, Tz. 5.

Teilaspekt des One-stop-shop-Prinzips ab, das der FKVO zugrunde liegt und grundsätzlich bei jeder Entscheidung über eine Verweisung nach Art. 9 FKVO gegen eine Verfahrensabgabe angeführt werden könnte.

**663.** In den genannten Fällen Hutchison 3G Austria/Orange Austria sowie Telefónica/E-Plus ist nicht auszuschließen, dass für die Ablehnung der Verweisungsanträge im Berichtszeitraum auch der Umstand bedeutend war, dass die Europäische Kommission die Regulierungs- und Wettbewerbspolitik in der europäischen Telekommunikationsbranche maßgeblich mitbestimmen und ihre diesbezüglichen Vorstellungen auch im Rahmen etwaiger Zusammenschlüsse einfließen lassen will. Insoweit könnte insbesondere das Verfahren Telefónica/E-Plus einen Präzedenzfall für die Frage darstellen, ob die Europäische Kommission auf nationalen Telekommunikationsmärkten eine Verringerung von vier auf drei Wettbewerber im Wege der Fusion zulässt.

**664.** Allerdings bleibt festzuhalten, dass der Europäischen Kommission im Rahmen der Entscheidung über einen Verweisungsantrag nach Art. 9 FKVO ein Ermessensspielraum zusteht und ein Ermessensfehlgebrauch in den vorliegenden Fällen nicht festzustellen ist. Kritik gegenüber diesem Ermessensspielraum, die auf der Befürchtung gründet, die Europäische Kommission könne sich bei ihrer Entscheidung zu sehr von industriepolitischen Aspekten leiten lassen und damit wichtige Grundsätze nationaler Ordnungspolitik zugunsten der europäischen Integration unberücksichtigt lassen, erscheint nach einem Blick auf die Fallpraxis jedenfalls derzeit nicht begründet. Laut Statistik der Europäischen Kommission wurden von 1990 bis Ende 2013 von 103 Verweisungsanträgen nach Art. 9 FKVO 82 positiv und 6 negativ beschieden. Daneben ersuchten die jeweiligen Zusammenschlussparteien von 2004 bis Ende 2013 gemäß Art. 4 Abs. 4 FKVO in 91 Fällen um eine Verweisung an die nationale Wettbewerbsbehörde. In demselben Zeitraum erging keine einzige ablehnende Entscheidung. Darüber hinaus ist daran zu erinnern, dass einzelne Mitgliedstaaten immer wieder Bestrebungen zeigen, bei Zusammenschlüssen nationale Lösungen bis hin zur Bildung von sogenannten „national champions“ zu fördern. Nach Auffassung der Monopolkommission kann die Europäische Kommission ein erforderliches Gegengewicht zu derartigen Bestrebungen bilden, sofern ihre Zuständigkeit als Wettbewerbsbehörde gegeben ist.<sup>132</sup>

### 2.3.3 Reform des Verweisungsregimes

**665.** Die Generaldirektion Wettbewerb hat am 25. Juni 2013 ein Konsultationspapier<sup>133</sup> zur Weiterentwicklung der FKVO veröffentlicht, in dem sie neben der Zuständigkeitserweiterung der Europäischen Kommission auf Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb eine Reform des Verweisungsregimes vorschlägt. Im Konsultationspapier wird konstatiert, dass Bedarf für eine Verfahrenserleichterung und -beschleunigung bezüglich der Verweisungen an die Europäische Kommission besteht. So sollen die Zusammenschlussparteien künftig ihre Anmeldung (mit dem Verweisungsantrag) nicht mehr an die originär zuständigen nationalen Wettbewerbsbehörden, sondern direkt an die Europäische Kommission richten. Außerdem wird eine Fristverkürzung für die Ausübung des Vetorechts der Mitgliedstaaten von 15 auf 10 Arbeitstage vorgeschlagen.

**666.** Bei Verweisungsanträgen eines oder mehrerer Mitgliedstaaten nach Art. 22 FKVO soll sich die Kompetenz der Europäischen Kommission künftig nicht mehr auf das Hoheitsgebiet dieses/dieser Mitgliedstaaten beschränken, sondern auf das Gebiet der EU ausgedehnt werden, sofern kein anderer originär zuständiger Mitgliedstaat ein Veto einlegt. Bislang war die Zuständigkeit der Europäischen Kommission auf die Mitgliedstaaten begrenzt, die einen Verweisungsantrag gestellt oder sich diesem ausdrücklich angeschlossen hatten. Insoweit stellen sich verschiedene Verfahrensfragen für den Fall, dass ein nicht antragstellender, aber zuständiger Mitgliedstaat bereits eine Entscheidung auf Grundlage seines nationalen Fusionskontrollrechts getroffen hat.

<sup>132</sup> Vgl. Monopolkommission, XVI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 601 ff., 603.

<sup>133</sup> Europäische Kommission, Commission Staff Working Document - Towards more effective EU merger control, SWD(2013) 239 final, Brüssel, 25. Juni 2013.

**667.** Das Bundeswirtschaftsministerium und das Bundeskartellamt begrüßen die Verfahrensvereinfachung bei Verweisungen an die Europäische Kommission grundsätzlich.<sup>134</sup> Allerdings fordern sie entsprechende Regelungen für Verweisungen an die nationalen Wettbewerbsbehörden. Hier soll die Anmeldung samt Verweisungsantrag künftig direkt an die nationale Wettbewerbsbehörde gerichtet werden können. Außerdem sollen die materiellen Anforderungen an Verweisungen auf Antrag der beteiligten Unternehmen oder eines Mitgliedstaats erleichtert werden. Das bisherige Kriterium in Art. 4 Abs. 4 und Art. 9 FKVO der „erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung“ in einem Markt innerhalb eines Mitgliedstaats, der alle Merkmale eines gesonderten Marktes aufweist, führe zu erheblicher Rechtsunsicherheit und halte Unternehmen von der Antragstellung ab. Künftig soll es deshalb genügen, dass sich „der Zusammenschluss vor allem in einem Mitgliedstaat wettbewerblich auswirke“.

**668.** Die Monopolkommission befürwortet die geplante Vereinfachung des Verweisungsverfahrens sowohl in Hinsicht auf Art. 4 Abs. 5 FKVO als auch bezüglich Art. 22 FKVO. Der Verzicht auf einen ausdrücklichen Antrag nach Art. 22 FKVO oder den ausdrücklichen Anschluss an einen solchen Antrag bedeutet eine erhebliche bürokratische Entlastung aufseiten der nationalen Wettbewerbsbehörden. Gleichzeitig dürfte die geplante Gesetzesänderung eine Politik des sogenannten forum shopping aufseiten der beteiligten Unternehmen erschweren. Positiv ist darüber hinaus zu bewerten, dass die geplante Zuständigkeit der Europäischen Kommission für das gesamte Unionsgebiet das One-stop-shop-Prinzip stärkt. Mit der direkten Vorlage von Anmeldung und Verweisungsantrag bei der Europäischen Kommission, an die verwiesen werden soll, ist eine Verringerung des bürokratischen Aufwands für die Zusammenschlussparteien und die beteiligten Wettbewerbsbehörden verbunden. Zwar dürften diese Gründe gleichermaßen bei Anträgen auf Verweisung an einen Mitgliedstaat anzuführen sein. Allerdings ist insoweit zu berücksichtigen, dass die Europäische Kommission von solchen Verweisungsanträgen von Anfang an informiert sein muss, weil sie am besten in der Lage sein wird festzustellen, ob der angemeldete Zusammenschluss tatsächlich nur in diesem Mitgliedstaat oder auch in anderen Mitgliedstaaten wettbewerbliche Auswirkungen hat. Nach Ansicht der Monopolkommission ist jedenfalls eine Vereinfachung der materiellen Voraussetzungen für eine Verfahrensabgabe an den jeweiligen Mitgliedstaat empfehlenswert. Die Annahme liegt nahe, dass die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen von der Antragstellung nach Art. 4 Abs. 4 FKVO dadurch abgehalten werden, dass sie als Voraussetzung für eine Verweisung darlegen müssen, dass ihr Vorhaben eine „erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung“ in einem Mitgliedstaat zur Folge haben wird. Die gegenwärtige Ausgestaltung der Verweisungsvoraussetzungen dürfte daher einer optimalen Zuständigkeitsverteilung abträglich sein. Ein Verzicht auf diese Voraussetzung würde ferner zu einer Entlastung der nationalen Wettbewerbsbehörden und der Europäischen Kommission führen, da der Begründungs- und Kontrollaufwand im Zusammenhang mit einem Verweisungsantrag erheblich vermindert würde. Damit wäre auch eine Verkürzung der Fristen für das Einreichen eines Antrags und die diesbezügliche Entscheidung möglich, was unter anderem den Zusammenschlussbeteiligten zugutekäme. Allerdings ist nach Einschätzung der Monopolkommission nicht damit zu rechnen, dass mit einer solchen materiellen Änderung der Verweisungsvoraussetzungen wesentlich mehr Anträge nach Art. 9 FKVO Erfolg haben werden. Maßgeblich für die Verweisungsentscheidung bleibt die Frage, welche Behörde am besten geeignet ist, den Fall zu prüfen. Zudem bleibt der Ermessensspielraum der Europäischen Kommission auch in Zukunft bestehen. Die Monopolkommission sieht auch keine Notwendigkeit, das Regelungsgefüge der FKVO hinsichtlich Zuständigkeitsverteilung und Verweisungsmöglichkeit grundsätzlich zugunsten einer vermehrten Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zu verschieben.

---

<sup>134</sup> Vgl. BMWi/BKartA, Schriftliche Stellungnahme des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie und des Bundeskartellamts zum Konsultationspapier der Generaldirektion Wettbewerb zu möglichen Verbesserungen in bestimmten Bereichen der EU-Fusionskontrollverordnung (FKVO), Berlin/Bonn, 17. September 2013.



## 2.4 Wettbewerbliche Beurteilung

**669.** Die weit überwiegende Zahl der Vorhaben, die im Berichtszeitraum zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken Anlass gaben und zu Entscheidungen nach Art. 6 Abs. 1 lit. b i. V. m. Abs. 2 oder Art. 8 FKVO führten, betrafen horizontale Zusammenschlüsse. Im Wesentlichen prüfte die Europäische Kommission horizontale Auswirkungen, z. B. in den Verfahren SCA Packaging/Georgia Pacific Europe, La Poste/Swiss Post/JV, Glencore/Xstrata sowie US Airways/American Airlines, Arla Foods/Milk Link und Syniverse/MACH.<sup>135</sup> In einer Reihe von Fällen traten neben horizontalen auch vertikale Effekte auf. Hierzu sind die Verfahren IAG/BMI, DS Smith/SCA Packaging, Südzucker/ED&F MAN sowie UTC/Goodrich und Outokumpu/Inoxum zu zählen. Nur vereinzelt, z. B. in den Verfahren GE/Avio und Telefónica/Vodafone/Everything Everywhere/JV, lag der Schwerpunkt der wettbewerbsrechtlichen Prüfung auf den vertikalen Effekten des Zusammenschlussvorhabens. Konglomerate Auswirkungen prüfte die Europäische Kommission – soweit ersichtlich – nur ganz selten und lediglich der Vollständigkeit halber, z. B. in dem Verfahren Universal Music Group/EMI Music. Während des Berichtszeitraumes wurden im Wesentlichen nicht koordinierte Auswirkungen analysiert; in wenigen Fällen wie Universal Music Group/EMI Music ging die Europäische Kommission auch kurz der Frage nach koordinierten Effekten nach.

**670.** Die Europäische Kommission nahm in allen Fällen eine qualitative Analyse der Zusammenschluss-effekte vor. Die Marktanteile der Parteien sowie ihrer Konkurrenten spielten dabei nach wie vor eine wichtige Rolle. Daneben berücksichtigte die Europäische Kommission – in Anlehnung an die Horizontal-Leitlinien<sup>136</sup> – unter anderem die wettbewerbsrechtliche Nähe der Marktteilnehmer, die wettbewerbsrechtliche Dynamik der Zusammenschlussparteien, Ausweichmöglichkeiten der Abnehmer, bestehende Marktzutrittsschranken sowie das Vorliegen von gegengewichtiger Nachfragemacht. In einer Reihe von Verfahren traten neben qualitative auch quantitative Analysen.

**671.** Bemerkenswert häufig kam die Europäische Kommission während des Berichtszeitraums zu dem Schluss, dass ein Zusammenschluss zu einer Monopol- oder monopolartigen Stellung führen würde. Dies trifft z. B. auf die Untersagungsfälle Ryanair/Aer Lingus III und Deutsche Börse/NYSE Euronext zu, aber auch auf Zusammenschlüsse, die nach Art. 8 Abs. 2 FKVO unter Bedingungen und Auflagen erlaubt wurden wie Munksjö/Ahlstrom, UTC/Goodrich, Syniverse/MACH und J&J/Synthes. Selbst in dem Erste-Phase-Verfahren US Airways/American Airlines ermittelte die Europäische Kommission eine Monopolstellung der Parteien nach dem Zusammenschluss. In einer Reihe von Fällen stellte die Europäische Kommission sowohl in der ersten als auch in der zweiten Verfahrensphase ausdrücklich auf die Marktbeherrschung der beteiligten Unternehmen nach dem Zusammenschluss ab. Dies passierte z. B. in den Verfahren Kinnevik/Billerud/Korsnäs, Sony/Mubadala Development/EMI Music Publishing und DS Smith/SCA Packaging sowie in Outokumpu/Inoxum, Universal Music Group/EMI Music und Südzucker/ED&F MAN. Dagegen gab es – soweit ersichtlich – nur einen so genannten „Lückenfall“ in der zweiten Verfahrensphase. Es handelt sich um das Vorhaben Hutchison 3G Austria/Orange Austria, bei dem die Parteien auch nach dem Zusammenschluss nicht die Marktführerschaft auf dem österreichischen Mobilfunkmarkt erlangten.

**672.** Von besonderem Interesse ist schließlich, dass der Effizienzeinwand während des Berichtszeitraums in mehreren Fällen – z. B. in den Verfahren Deutsche Börse/NYSE Euronext und Hutchison 3G Austria/Orange Austria – geltend gemacht wurde. In dem Verfahren Deutsche Börse/NYSE Euronext hat die Europäische Kommission zum ersten Mal die vorgebrachten Effizienzen quantifiziert. In der Mehrzahl der Fälle lagen die Voraussetzungen des Effizienzeinwands nach Einschätzung der Europäischen Kommission nicht vor. In keinem Fall hat der Effizienzeinwand dazu geführt, dass die geäußerten Wettbewerbsbedenken vollständig ausgeräumt wurden.<sup>137</sup>

<sup>135</sup> Hier sind auch Fälle aufgenommen, in denen die Prüfung vertikaler Auswirkungen nur ganz knapp erfolgte.

<sup>136</sup> EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EU C 31 vom 5. Februar 2004, S. 5.

<sup>137</sup> Die Entscheidung in dem Verfahren UPS/TNT Express war bis zum Redaktionsschluss noch nicht veröffentlicht. Aus einer Rede des Wettbewerbskommissars Almunia geht hervor, dass die Europäische Kommission die geltend

### 2.4.1 Maßgebliches „Counterfactual“ und Sanierungsfusion

**673.** Die Europäische Kommission vergleicht bei der Beurteilung der wettbewerblichen Auswirkungen eines Zusammenschlusses die Wettbewerbssituation, die nach Durchführung des Vorhabens bestehen würde, mit der Situation ohne den Zusammenschluss.<sup>138</sup> Als Vergleichsmaßstab (sogenanntes counterfactual) für die zu erwartenden Wettbewerbsbedingungen werden überwiegend die zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses herrschenden Wettbewerbsbedingungen herangezogen. Ausnahmsweise berücksichtigt die Europäische Kommission bei der Ausgangssituation auch zukünftige Änderungen, die mit einiger Sicherheit erwartet werden können. In derartigen Fällen nimmt sie eine prospektive Betrachtung der aktuellen Wettbewerbssituation vor. Solche Änderungen können rechtliche oder faktische Gegebenheiten betreffen, z. B. den Marktein- oder -austritt eines Konkurrenten der Zusammenschlussparteien, die Fortentwicklung der gesetzlichen Rahmenbedingungen oder das Auslaufen von Patenten. Ein weiterer solcher Umstand ist der zu erwartende Marktaustritt eines der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen.

**674.** Die Konstellation, in der eine der Zusammenschlussparteien in absehbarer Zukunft aus dem Markt tritt, wird üblicherweise von der Europäischen Kommission unter dem Aspekt der Sanierungsfusion („failing firm defense“) berücksichtigt. Liegen die Voraussetzungen einer Sanierungsfusion vor, ist der Zusammenschluss nicht kausal für eine mögliche Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen und kann daher nicht verboten werden. Die Voraussetzungen einer Sanierungsfusion sind in den Horizontal-Leitlinien wie folgt niedergelegt:<sup>139</sup> Das Unternehmen, das einen Sanierungsfall darstellen soll, wäre aufgrund seiner finanziellen Probleme gezwungen, in naher Zukunft aus dem Markt auszuschneiden, falls es nicht durch ein anderes Unternehmen übernommen wird. Ferner darf es zu dem angemeldeten Zusammenschluss keine weniger wettbewerbsschädliche Alternative geben. Schließlich ist erforderlich, dass ohne den Zusammenschluss die Vermögenswerte des gescheiterten Unternehmens zwangsläufig vom Markt genommen werden würden.

**675.** In dem Verfahren IAG/BMI, das den Passagierflugverkehr betraf, trugen die beteiligten Unternehmen vor, dass BMI ohne den geplanten Zusammenschluss aufgrund finanzieller Probleme zeitnah den Markt verlassen würde. Die Europäische Kommission machte in ihrer Entscheidung zu diesem Vorbringen gleich zweifach Ausführungen: zum einen bei der Darstellung des relevanten counterfactual, zum anderen in einem Abschnitt über das Vorliegen einer Sanierungsfusion. Inhaltlich deckten sich die Ausführungen weitgehend oder verwiesen aufeinander.

**676.** Die Europäische Kommission hielt es unter anderem aufgrund von Informationen aus internen Unterlagen der Muttergesellschaft Lufthansa für wahrscheinlich, dass BMI ohne den Verkauf an IAG kurzfristig insolvent gehen und aus dem Markt treten würde. Das Vorliegen einer Sanierungsfusion verneinte die Europäische Kommission indes trotzdem, weil ihren Ermittlungen zufolge die wichtigsten Vermögenswerte von BMI, die Start- und Landerechte (sogenannte Slots) am Flughafen London-Heathrow, auch bei einer Insolvenz von BMI den Markt nicht verlassen würden. Vielmehr könnte ein Teil dieser Slots vor der Insolvenz verkauft werden und die verbleibenden Slots würden mehrheitlich in den Slot-Pool des Flughafens zurückfallen. Anders als im Fall des Zusammenschlusses würde also auch bei einem Marktaustritt von BMI die Mehrzahl der Slots nicht ohne Weiteres auf IAG übergehen. Durch die Verfügbarkeit dieser Slots für potenzielle Wettbewerber würden die Marktzutrittsschranken am Flughafen London-Heathrow erheblich gesenkt und das Entstehen monopolistischer Positionen von BMI/IAG auf verschiedenen Strecken verhindert. Im Verlauf des Zusammenschlussverfahrens hatten zudem mehrere Fluggesellschaften ihr Interesse am Erwerb der Slots und am Markteintritt auf bestimmten Strecken von und nach London-Heathrow geäußert. Die Europäische Kommission hielt es deshalb für wahrscheinlich, dass die aufgrund des Zusammen-

---

gemachten Effizienzen zumindest zum Teil anerkannt hat; vgl. Almunia, J., Introductory remarks on UPS/TNT Express, Brüssel, Speech/13/84 vom 30. Januar 2013.

<sup>138</sup> EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EU C 31 vom 5. Februar 2004, S. 5, Tz. 9.

<sup>139</sup> Ebenda, Tz. 645. ff.

schlusses zu erwartenden negativen wettbewerblichen Auswirkungen ohne den Zusammenschluss nicht in derselben Weise eintreten würden und gab das Vorhaben nur unter Bedingungen und Auflagen frei.

**677.** In der bisherigen Amtspraxis der Europäischen Kommission wurde der Einwand der Sanierungsfusion lediglich unter diesem Aspekt geprüft. Die Frage des counterfactual hingegen spielte bislang nur eine sehr untergeordnete Rolle. Tatsächlich sind beim Vorliegen einer Sanierungsfusion auch die Voraussetzungen dafür erfüllt, dass bei der wettbewerblichen Beurteilung eine prognostische Betrachtung der maßgebenden Ausgangslage vorgenommen wird. Allerdings ist eine zweifache, weitgehend deckungsgleiche Befassung mit dem Aspekt der Sanierungsfusion – wie in der vorliegenden Verfügung – redundant. Es erscheint vielmehr vorzugswürdig, die entsprechenden Ausführungen in der Fusionskontrollentscheidung zusammenzufassen und an den Voraussetzungen einer Sanierungsfusion auszurichten. Für Letzteres spricht, dass das Instrument der Sanierungsfusion in der Amtspraxis der Europäischen Kommission seit Langem etabliert ist und ihre Voraussetzungen sich in der Entscheidungspraxis kontinuierlich entwickelt und bewährt haben. Diese Voraussetzungen sind konkreter und zum Teil strenger gefasst als die Erfordernisse einer prognostischen Betrachtung des counterfactual. Während in den Horizontal-Leitlinien drei konkrete Erfordernisse für das Vorliegen einer Sanierungsfusion niedergelegt sind, muss für eine prognostische Betrachtung der Ausgangslage vor dem Zusammenschluss lediglich „eine zukünftige Änderung im Markt mit einiger Sicherheit erwartet werden können“. Ein strengerer Maßstab gilt bei der Sanierungsfusion insbesondere hinsichtlich der zeitlichen Dimension. So genügt für eine prognostische Betrachtung der Ausgangslage schon eine „zukünftige Änderung“, während eine Sanierungsfusion den Marktaustritt des betreffenden Unternehmens „in naher Zukunft“ erfordert.

**678.** Während des Berichtszeitraums wurde der Einwand der Sanierungsfusion außerdem in den Fällen Nynas/Shell/Harburg Refinery sowie Aegean Airlines/Olympic Air II erhoben.<sup>140</sup> Beide Fälle wurden in der zweiten Verfahrensphase ohne Bedingungen und Auflagen freigegeben, da die Europäische Kommission das Vorliegen aller Voraussetzungen einer Sanierungsfusion bejahte. Wie das Zusammenschlussvorhaben IAG/BMI betraf auch die Transaktion Aegean Airlines/Olympic Air II den Passagierflugverkehr. Im Unterschied zu dem erstgenannten Verfahren gab es nach den Ermittlungen der Europäischen Kommission allerdings im Fall Aegean Airlines/Olympic Air II keine ernst zu nehmenden Interessenbekundungen für die Übernahme der von Olympic Air gehaltenen Slots. Daraus folgte die Wettbewerbsbehörde, dass im Falle eines Scheiterns des Zusammenschlussvorhabens auch die Start- und Landerechte von Olympic Air vollständig aus dem Markt ausscheiden würden. Der Vergleich der Zusammenschlussfälle, die beide die Märkte für Passagierflugverkehr betreffen, zeigt, dass auch beim Einwand der Sanierungsfusion stets eine Einzelfallprüfung notwendig ist. Selbst wenn dieselben sachlichen Märkte berührt sind, kann die Frage, ob aktuelle oder potenzielle Wettbewerber existieren, die am Erwerb der vorhandenen Vermögenswerte des insolventen Unternehmens interessiert sind, unterschiedlich zu beantworten sein. Dies dürfte selbst dann gelten, wenn dieselben sachlichen und räumlichen Märkte betroffen sind. Denn die Vermögenswerte zweier Unternehmen auf denselben Märkten können aus der Sicht potenzieller Käufer unterschiedlich wertvoll und attraktiv sein.

#### **2.4.2 Gegengewichtige Nachfragemacht der Abnehmer und Verhandlungsmacht der Zusammenschlussparteien**

**679.** Hat die Europäische Kommission wettbewerbliche Bedenken gegen ein Zusammenschlussvorhaben, können diese unter anderem dadurch ausgeräumt werden, dass die Abnehmer der Zusammenschlussparteien über ausreichende gegengewichtige Nachfragemacht verfügen. Nach den Horizontal-Leitlinien ist gegengewichtige Nachfragemacht als die Verhandlungsmacht anzusehen, die ein Käufer gegenüber seinem Lieferanten angesichts seiner Größe, seiner wirtschaftlichen Bedeutung für den Verkäufer und seiner Fähigkeit ausspielen kann, zu anderen Lieferanten überzuwechseln.<sup>141</sup> Nachfragemacht kann sich ferner in der

<sup>140</sup> Beide Entscheidungen sind bislang nicht veröffentlicht; vgl. EU-Kommission, Pressemitteilung vom 2. September 2013, IP/13/804 und Pressemitteilung vom 9. Oktober 2013, IP/13/927.

<sup>141</sup> EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die

glaubwürdigen Drohung widerspiegeln, sich in den vorgelagerten Markt vertikal zu integrieren oder einen Marktzutritt Dritter im vorgelagerten Markt zu fördern.

**680.** Die Europäische Kommission hat sich im Berichtszeitraum in mehreren Zusammenschlussfällen mit dem Aspekt der gegengewichtigen Nachfragemacht befasst. Beispiele dafür sind die Erste-Phase-Verfahren DS Smith/SCA Packaging, Kinnevik/Billerud/Korsnäs, FrieslandCampina/Zijerveld & Veldhuyzen und den Hollander, Norsk Hydro/Orkla/JV, McCain Foods Group/Lutosa Business, Baxter International/Gambro sowie Crane Co/Mei Group. In der zweiten Verfahrensphase sind die Fälle UTC/Goodrich und Hutchison 3G Austria/Orange Austria zu nennen.

**681.** In keinem dieser Fälle hat die – i. d. R. von den Parteien eingeführte – Argumentation der gegengewichtigen Nachfragemacht dazu geführt, dass die von der Europäischen Kommission vorgebrachten Wettbewerbsbedenken beseitigt wurden. Maßgeblich hierfür waren im Wesentlichen zwei Gründe: Zum einen stellte die Europäische Kommission in mehreren Fällen fest, dass nach Durchführung des Zusammenschlusses allenfalls einzelne Nachfrager oder einzelne Nachfragergruppen eine gewisse Nachfragemacht würden ausüben können. Dies genügt ihrer Auffassung nach jedoch nicht, um die Gefahr negativer Wettbewerbswirkungen abzuwehren. Denn Abnehmer oder Abnehmergruppen ohne entsprechende Nachfragemacht wären nicht in demselben Maß vor den erwarteten negativen Auswirkungen der geplanten Transaktion, insbesondere vor Preiserhöhungen, geschützt. Nach Auffassung der Europäischen Kommission muss daher stets gewährleistet sein, dass Wettbewerbsbeeinträchtigungen für die Gesamtheit aller Nachfrager ausgeschlossen sind. Zum anderen argumentierte die Europäische Kommission damit, dass gegengewichtige Nachfragemacht nicht nur vor dem Zusammenschluss bestehen müsse, sondern auch danach. Diese Voraussetzung sah sie in den genannten Fällen nicht als erfüllt an.

**682.** In diesem Zusammenhang ist der Fall McCain Foods Group/Lutosa Business von besonderem Interesse. Obwohl nach den Ermittlungen der Europäischen Kommission 90 Prozent der Verkäufe von Tiefkühl-Kartoffel-Produkten auf nur drei Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels entfielen, lagen ihrer Ansicht nach die Voraussetzungen für ausreichende gegengewichtige Nachfragemacht nicht vor. Selbst in diesem Fall argumentierte die Europäische Kommission damit, dass nach dem Zusammenschluss nicht sämtliche Nachfrager vor negativen Wettbewerbswirkungen geschützt wären. Als weiteren Grund führte sie allerdings auch den Umstand an, dass es sich bei den betroffenen Produkten der Zusammenschlussparteien um sogenannte Must-have-Produkte handelte, auf welche die Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels auch nach dem geplanten Zusammenschluss nicht verzichten könnten.

**683.** Das Verfahren McCain Foods Group/Lutosa Business zeigt, dass die Europäische Kommission das Vorliegen gegengewichtiger Nachfragemacht in der Fusionskontrolle selbst dann verneint, wenn lediglich drei Nachfrager 90 Prozent des Einkaufsvolumens auf sich vereinigen. Für betroffene Unternehmen erscheint daher eine Argumentation mit gegengewichtiger Nachfragemacht am ehesten erfolgversprechend, wenn die vom Zusammenschluss betroffenen Märkte eine Struktur mit wenigen großen Nachfragern, die das gesamte Einkaufsvolumen auf sich vereinigen, aufweisen. Da diese Situation eher selten vorliegen dürfte, ist davon auszugehen, dass es nur einen sehr kleinen Anwendungsbereich für eine entsprechende Argumentation der Zusammenschlussbeteiligten gibt.

**684.** Das Zusammenschlussverfahren Arla Foods/Milk Link wirkte sich auf mehreren Märkten für Milchprodukte aus. Die Europäische Kommission stellte fest, dass der Zusammenschluss der beiden größten britischen H-Milch-Anbieter zu sehr hohen gemeinsamen Marktanteilen geführt hätte und gab das Vorhaben in der ersten Verfahrensphase nur unter Bedingungen und Auflagen frei. In Bezug auf andere untersuchte Märkte, unter anderem den Markt für den Verkauf von Käse niederländischen Typs an den niederländischen Einzelhandel, hat die Europäische Kommission hingegen keine Wettbewerbsbedenken geäußert. Die beteiligten Unternehmen hatten insoweit vorgebracht, dass große Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels ausreichende Nachfragemacht ausüben könnten, um künftige Preiserhöhungen seitens der Zusammen-

schlussparteien zu verhindern. Die Europäische Kommission bewertete dieses Argument der Parteien zwar für sich alleine als nicht ausreichend, um Wettbewerbsbedenken zu beseitigen. Zusammen mit anderen Umständen des Falles reduziere die starke Position des Einzelhandels allerdings die Wahrscheinlichkeit einer Preiserhöhung durch die Parteien nach Durchführung des Zusammenschlusses. Die Ermittlungen der Europäischen Kommission hatten erstens ergeben, dass Albert Heijn, das größte Einzelhandelsunternehmen in den Niederlanden, die Beschaffungsstrategie verfolgte, unter Umgehung des Großhandels direkt bei den Herstellern einzukaufen. Als Folge dieser Strategie sei das Einkaufsvolumen von Albert Heijn bei FrieslandCampina in den letzten Jahren deutlich gesunken. Zweitens konnte die Europäische Kommission ermitteln, dass in Folge von Preiserhöhungen nach dem Zusammenschluss Friesland Foods/Campina im Jahr 2008 die Handelsunternehmen Marktzutritte von Herstellern unterstützt hatten. Die Europäische Kommission hielt es daher für wahrscheinlich, dass derartige Strategien auch nach dem aktuellen Zusammenschluss gewählt werden würden und erfolgreich sein könnten.

**685.** Zwar erkannte die Europäische Kommission im vorliegenden Fall gewisse Indizien für das Vorliegen gegengewichtiger Nachfragemacht an. In diesem Zusammenhang ist festzustellen, dass es für zusammenschlussbeteiligte Unternehmen vor allem hilfreich ist, wenn sie Beispiele aus der jüngeren Vergangenheit dafür anführen können, dass Kunden ihre Einkaufsstrategie ändern konnten, sodass Preiserhöhungen nicht möglich waren oder wieder rückgängig gemacht werden mussten. Allerdings ist auch zu konstatieren, dass die Europäische Kommission das Argument der gegengewichtigen Nachfragemacht alleine auch hier nicht für ausreichend erachtete, um die Wettbewerbsbedenken auszuräumen. Vielmehr hat erst die Gesamtbetrachtung mehrerer Umstände ergeben, dass negative Wettbewerbsauswirkungen auf dem betroffenen Markt wahrscheinlich nicht eintreten würden.

**686.** Auch in dem Verfahren Universal Music Group/EMI Music, das sich auf den Großhandel für physische und insbesondere für digitale Tonträger auswirkte, prüfte die Europäische Kommission den Aspekt der gegengewichtigen Nachfragemacht. Einen Schwerpunkt ihrer Untersuchung bildete allerdings die Frage, ob die Parteien nach dem Zusammenschluss über erhöhte Verhandlungsmacht verfügen würden. Dabei konzentrierte sich die Europäische Kommission auf den Großhandelsmarkt für digitale Musik. Auf diesem Markt stehen sich die Betreiber digitaler Musikhandelsplattformen und die Rechteinhaber der Musikstücke, d. h. die Musiklabels, gegenüber. Die Betreiber der Musikhandelsplattformen verpflichten sich, Lizenzgebühren an die Musiklabels für die Distribution der Musikstücke via digitaler Musikhandelsplattformen zu entrichten. Im Gegenzug entfallen die Wiederverkaufseinnahmen auf die Betreiber der digitalen Musikhandelsplattformen.

**687.** In ihren Analysen ging die Europäische Kommission der zentralen Fragestellung nach, ob sich die Größe eines Musiklabels in Form einer größeren Verhandlungsmacht auf die Fähigkeit auswirkte, gegenüber den digitalen Musikhandelsplattformen bessere Vertragskonditionen auszuhandeln. Dabei wurde implizit angenommen, dass die zuungunsten der digitalen Musikhandelsplattformen ausgehandelten Vertragskonditionen an die Endabnehmer weitergegeben werden würden.<sup>142</sup> Anhand eines Vergleichs der jeweiligen Vereinbarungen zwischen den Zusammenschlussparteien und den digitalen Musikhandelsplattformen, der Ergebnisse aus der qualitativen Marktuntersuchung sowie interner Unterlagen der beteiligten Unternehmen stellte die Europäische Kommission zusammenfassend fest, dass größere Musiklabels vergleichsweise günstigere Vertragskonditionen mit den digitalen Musikhandelsplattformen aushandeln konnten als kleinere Musiklabels. Um diese Feststellung quantitativ zu verifizieren, unternahm die Europäische Kommission zusätzlich eine ökonometrische Analyse.

**688.** Die ökonometrische Analyse gründete sich auf Preis-, Lizenz- und Umsatzzahlen, welche von führenden Musiklabels einerseits und von Betreibern führender digitaler Musikhandelsplattformen anderer-

---

<sup>142</sup> Vgl. Charles River Associates, Mergers and bargaining power: back to the future? Insights from the Universal/EMI merger, September 2013.

seits bereitgestellt<sup>143</sup> und auf deren Basis jeweils separate Analysen betrieben wurden.<sup>144</sup> Die Daten lagen für die 14 umsatzstärksten Länder der EFTA sowohl auf Monats- wie auch auf Jahresbasis, vornehmlich für den Zeitraum von 2009 bis 2011, vor. Mittels eines linearen Regressionsmodells und unter Verwendung panel-ökonometrischer Methoden schätzte die Europäische Kommission den durchschnittlichen Einfluss der Größe der Musiklabels auf die von ihnen mit den digitalen Musikhandelsplattformen ausgehandelten Konditionen.<sup>145</sup> Als ökonometrische Methoden verwendete sie zunächst das gängige Ordinary-Least-Squares-Schätzverfahren (OLS). Zum Zwecke der Robustheitsprüfung erweiterte sie sukzessiv das lineare Regressionsmodell um zeitinvariante Heterogenitätsfaktoren, den sogenannten fixen Effekten (FE), mit deren Hilfe die Einflüsse charakteristischer Merkmale – je nach Spezifikation – sowohl von einzelnen Jahren, einzelnen Ländern, einzelnen digitalen Musikhandelsplattformen wie auch von einzelnen Musiklabels<sup>146</sup> abgebildet werden konnten.<sup>147</sup> Eine solche Erweiterung gewährleistete im Vergleich zu einer Modellspezifizierung ohne FE eine präzisere Schätzung des Einflusses der Größe der Musiklabels, da bei einer nicht sachverhaltsgerechten Spezifizierung des Regressionsmodells generell Verzerrungen bei den ökonometrischen Schätzungen auftreten können. Um Verzerrungen aufgrund von etwaigen Fehlspezifikationen möglichst auszuschließen, wurden Schätzungen des ursprünglichen Regressionsmodells – ohne fixe Effekte – mithilfe von sogenannten Instrumentenvariablen (IV) durchgeführt, welche konsistente Schätzungen bei Fehlspezifikationen unter Verwendung geeigneter IV ermöglichen. Zudem nahm sie separate Schätzungen für die jeweils von den digitalen Musikhandelsplattformen übermittelten Datensätze vor, um zu prüfen, ob sich die ausgehandelten Vertragskonditionen in Bezug auf die Größe und damit auf die Verhandlungsmacht der digitalen Musikhandelsplattformen unterschieden. Fußend auf den entsprechenden Schätzungen, testete sie gleichzeitig, ob dieser Einfluss statistisch signifikant von Null verschieden war.

**689.** Die Ergebnisse der ökonometrischen Schätzungen waren nach Auffassung der Europäischen Kommission sowohl mit den qualitativen Analysen als auch mit den in den Verträgen enthaltenen Informationen kongruent. So sei quantitativ gezeigt worden, dass größere Musiklabels vergleichsweise bessere Vertragskonditionen mit den digitalen Musikhandelsplattformen abschließen konnten als kleinere Musiklabels. Gleichwohl konnte die Europäische Kommission sowohl für den Datensatz der Musiklabels wie auch für den der digitalen Musikhandelsplattformen einen statistisch signifikanten Einfluss der Größe von Musiklabels auf die ausgehandelten Konditionen nur feststellen, soweit in dem Regressionsmodell neben der Größe von Musiklabels keine zusätzlichen FE für die Musiklabels berücksichtigt worden waren. Auch sei anhand der separaten Schätzungen für die digitalen Musikhandelsplattformen dargelegt worden, dass die ausgehandelten Konditionen zugunsten der Musiklabels umso größer ausfielen, je kleiner die digitalen Musikhandelsplattformen waren. Im Ergebnis konstatierte die Europäische Kommission, dass der an-

143 So wurden sechs führende digitale Musikplattformen angefragt, Verkaufszahlen bezüglich der sieben erfolgreichsten Musiklabels je Land zu übermitteln. Zudem wurden die sechs führenden Musiklabels angefragt, Verkaufszahlen ihrer größten Kunden – digitale Musikhandelsplattformen und Mobilfunkunternehmen – je Land zu übermitteln. Letztere wurden darüber hinaus angefragt, einzelne Verkaufszahlen zu den 5.000 erfolgreichsten Musikstücken bereitzustellen.

144 Die Europäische Kommission sah die quantitative Analyse mit den Daten von den Musiklabels als Supplement zu der Analyse mit den Daten von den digitalen Musikhandelsplattformen, was der unterschiedlichen Datenqualität geschuldet gewesen sein soll.

145 Als Approximation für die Größe eines Unternehmens fungierte bei der Analyse mit den Daten von den digitalen Musikhandelsplattformen der jeweilige Anteil der Musiklabels am Gesamthandelsumsatz der jeweiligen digitalen Musikhandelsplattform je Land je Periode; die Fähigkeit, bessere Vertragskonditionen auszuhandeln, wurde jeweils durch die Relation der erzielten Lizenzeinnahmen der Musiklabels und ihrem auf den digitalen Musikhandelsplattformen erzielten Handelsumsatz je Land je Periode ausgedrückt. Bei der Analyse mit den Daten von den Musiklabels wurde die Größe durch die Anzahl an verkauften Alben oder Musikstücke approximiert, die Fähigkeit, bessere Vertragskonditionen auszuhandeln, wiederum durch den Verkaufspreis der Musikstücke an die Endabnehmer exklusive Vorauszahlungen und Rabatte.

146 FE für Musiklabels können dabei ausschließlich nur die Heterogenitäten zwischen Musiklabels erfassen, die zeitinvariant sind, d. h. z. B. charakteristische Musikrepertoires, welche über den gesamten Untersuchungszeitraum hinweg angeboten wurden.

147 Für OLS- und FE-Schätzungen bei Paneldaten vgl. Cameron, A.C./Trivedi, P.K., *Microeconometrics: Methods and Applications*, Cambridge 2005, S. 698 ff. und für IV-Schätzungen bei Paneldaten vgl. ebenda, S. 744 ff.

gemeldete Zusammenschluss entsprechend der zugrunde liegenden quantitativen Analyse sehr wahrscheinlich zu einer Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs auf den Märkten des Großhandels für digitale Musik in 24 Ländern der EFTA geführt hätte.

**690.** Die Monopolkommission hat auf Grundlage der vorliegenden Informationen teilweise Vorbehalte gegen die mit den ökonometrischen Schätzungen verbundene Interpretation. Diese beziehen sich auf die Begründungen der Europäischen Kommission zum Einfluss der Größe von Musiklabels auf die Fähigkeit, bessere Vertragskonditionen mit den digitalen Musikhandelsplattformen auszuhandeln. Es wurde ein statistisch signifikanter Einfluss von der Größe der Musiklabels nur in den Regressionsmodellen ausgewiesen, in denen keine zusätzlichen FE für die Musiklabels integriert worden waren, obgleich vonseiten der Europäischen Kommission die statistische Signifikanz der FE für die Musiklabels anerkannt wurde. Folglich hätte die Argumentation der Europäischen Kommission auf den Ergebnissen jener Modelle gründen müssen, welche zusätzlich FE für die Musiklabels einbezogen, um Schätzverzerrungen zu vermeiden. Da die Europäische Kommission jedoch auch IV-Schätzungen präsentierte, die solch etwaige Schätzverzerrungen korrigieren können und welche die Ergebnisse der grundlegenden OLS-Schätzungen in der Tendenz offenbar bestätigt haben, wäre ein deutlicher Verweis auf die IV-Schätzungen angebracht gewesen. Anstatt aber auf die IV-Schätzungen einzugehen, gründet die Europäische Kommission ihre Schlussfolgerung auf zwei Argumente, die aus Sicht der Monopolkommission als Referenz für zukünftige ökonometrische Analysen bedenklich erscheinen.

**691.** Zum einen sprach die Europäische Kommission den FE für die Musiklabels trotz statistischer Signifikanz eine zusätzliche substanzielle Erklärungskraft ab. Sofern sachverhaltsgerecht erachtete Einflussfaktoren als statistisch signifikant ausgewiesen werden, sind diese nach Auffassung der Monopolkommission sowohl bei weiteren ökonometrischen Modellschätzungen wie auch bei den sich ergebenden Schlussfolgerungen zu berücksichtigen. Zum anderen wurden die FE für die Musiklabels und die Approximationsvariable für die Größe von Musiklabels aufgrund von vermeintlich vorliegender Multikollinearität als Substitute betrachtet.<sup>148</sup> Nach Ansicht der Europäischen Kommission hätten daher anstelle der Approximationsvariable für die Größe von Musiklabels ebenso anhand der statistisch signifikant geschätzten FE Aussagen über die zu prüfende Hypothese getroffen werden können. Da mit FE – unabhängig von ihrem Dimensionsbezug – qua Definition zeitinvariante Heterogenitäten, in dem Fall zwischen den Musiklabels, in Regressionsmodellen reflektiert werden können, sich die Größe von Musiklabels jedoch auch in einem kurzen Zeitraum verändern kann und mit der eigens spezifizierten stetigen Variable für die Größe von Musiklabels bereits ein Proxy zur Erfassung derartiger zeitvarianter Heterogenitäten zwischen den Musiklabels zur Verfügung stand, erscheint weder ein inhaltlich naheliegender Bezug noch eine methodische Notwendigkeit für die unterstellte Substituierbarkeit beider Variablen ersichtlich. Eine auf statistischen Argumenten, in dem Fall auf Multikollinearität, gestützte Begründung sollte stets gegenüber einer auf kontextbezogenen Argumenten gestützten Begründung subsidiär sein. Die Bedeutung von Multikollinearität nimmt etwa i. d. R. mit steigendem Datenumfang und der daraus resultierenden höheren methodischen Schätzgenauigkeit ab, weshalb eine gemeinsame Berücksichtigung der eigens spezifizierten stetigen Variable für die Größe von Musiklabels und den FE als Proxy für zeitinvariante Merkmale von Musiklabels aus Gründen einer umfassenden Modellspezifikation ohnehin notwendig wird. Auch wenn aufgrund der sehr kurzen Zeitdimension der Paneldaten, des vorgenommenen Gewichtungszwangs, der IV-Schätzungen sowie der Logarithmierung der Variablen die Datenvariation insgesamt erheblich eingeschränkt und dies wahrscheinlich ursächlich für die statistische Insignifikanz der Musiklabel-Größe in Regressionsmodellen gewesen war, in denen die Größe der Musiklabels und die FE für die Musiklabels gemeinsam enthalten waren, können beide Erklärungsgrößen nach Auffassung der Monopolkommission nicht denselben Sachverhalt reflektieren und als Substitute angesehen werden. Obgleich im Hinblick auf die Datenqualität und

<sup>148</sup> Multikollinearität bezeichnet einen sehr starken, aber nicht perfekten linearen Zusammenhang zwischen zwei oder mehr erklärenden Variablen in einem Regressionsmodell, was tendenziell zu insignifikanten Schätzungen der Einflüsse einer oder mehrerer erklärender Variablen führt; vgl. Wooldridge, J.M., *Introductory Econometrics: A Modern Approach* 2. Aufl., Cincinnati 2003, S. 95 ff.

-quantität eine solche Argumentation wie die der Europäischen Kommission äußerst plausibel erscheint, sollte für eine profunde Evaluierung stets auf falsifizierende Aspekte hingewiesen werden.

**692.** Darüber hinaus äußert die Monopolkommission Vorbehalte gegenüber der Vorgehensweise bei der Prüfung der Hypothese, inwieweit die Größe eines Musiklabels einen Einfluss auf dessen Verhandlungsmacht und damit auf die ausgehandelten Vertragskonditionen haben könnte. Hierzu wurde zunächst eine Korrelationsanalyse zwischen der Approximationsvariable für die Größe von Musiklabels und der Approximationsvariable für die Fähigkeit, bessere Vertragskonditionen auszuhandeln, separat für jeden einzelnen von den digitalen Musikhandelsplattformen bereitgestellten Datensatz vorgenommen. Anschließend erfolgten für dieselben Datensätze jeweils separat ökonomische Schätzungen. Anhand eines visuellen Vergleichs der jeweils geschätzten Einflussniveaus wurden Rückschlüsse auf die zu prüfende Hypothese gezogen. Nach Auffassung der Monopolkommission erscheint ein solch visueller Vergleich nicht ausreichend, da die angeführten Ergebnisse auf unterschiedlichen Datenbeständen basierten und damit ein Testen auf statistische Signifikanz nur eingeschränkt möglich war. Insoweit erscheint die Entscheidungsfindung inkonsistent, sollte doch gerade anhand ökonomischer Methoden eine statistische Verifizierung der Ergebnisse der qualitativen Analysen vorgenommen werden. Statt die gesamte zur Verfügung stehende Datenbasis a priori in kleinere Subdatenbestände zu separieren, hätten in dem grundlegenden Regressionsmodell – unter Verwendung des gesamten Datenbestandes – z. B. sogenannte Interaktionsterme integriert werden können. Mit Interaktionstermen, die in dem Fall dem Produkt aus der Approximationsvariable für die Größe von Musiklabels und binären Variablen zur Identifizierung der digitalen Musikhandelsplattformen entsprechen, wären statistische Testverfahren durchführbar gewesen.<sup>149</sup>

**693.** Was den Aspekt der gegengewichtigen Nachfragemacht betrifft, machten die beteiligten Unternehmen unter anderem geltend, dass sie einer begrenzten Anzahl von starken Nachfragern wie Apple (i-tunes) und Amazon gegenüberstünden. Zudem sei die Bedeutung von Musikaufnahmen für diese Nachfrager angesichts einer Vielzahl alternativer Entertainment-Angebote in jüngerer Zeit gesunken. Darüber hinaus schwäche die zunehmende Musikpiraterie die Position der Zusammenschlussparteien zugunsten der Nachfrager. Die Europäische Kommission verneinte das Vorliegen von gegengewichtiger Nachfragemacht aus mehreren Gründen. Zum einen hätten die Parteien offenbar den Aspekt der gegengewichtigen Nachfragemacht im Sinn der Horizontal-Leitlinien mit der typischen Dynamik bei Vertragsverhandlungen zwischen verschiedenen Beteiligten verwechselt. So besage der Umstand, dass einige Nachfrager besonders aggressiv verhandelten, noch nicht, dass diese auch über Nachfragemacht verfügen. Die Parteien hätten ferner nicht dargelegt, in welcher konkreten Weise ihre Abnehmer gegengewichtige Nachfragemacht ausüben könnten. Nach Ansicht der Europäischen Kommission fehlte es jedenfalls an der Möglichkeit der Abnehmer, glaubhaft mit einem Lieferantenwechsel, einer vertikalen Integration oder dem Aufbau eines neuen Wettbewerbers zu drohen. Mit Verweis auf ihre – oben dargestellten – Ermittlungen zur Verhandlungsmacht der Zusammenschlussparteien konstatierte sie außerdem, dass kleinere Kunden der Marktmacht der Parteien stärker ausgesetzt wären als größere Abnehmer. Insoweit kam hier erneut der Aspekt zum Tragen, demzufolge das Vorliegen gegengewichtiger Nachfragemacht nur dann berücksichtigt werden kann, wenn sämtliche Nachfrager von ihr profitieren.

### 2.4.3 Quantitative Analysen

**694.** Der verstärkte ökonomische Ansatz (more economic approach), der im europäischen Kartellrecht seit den 1990er Jahren verfolgt wird, hat sich während des Berichtszeitraums auch bei der Anwendung der Fusionskontrollvorschriften niedergeschlagen. Eine wesentliche Entwicklung im Berichtszeitraum 2012/2013 betrifft die stärkere Einbindung theoretischer und empirischer Analysen auf Basis ökonomischer Modelle in die fusionskontrollrechtliche Entscheidungsfindung. Im aktuellen Berichtszeitraum hat die

<sup>149</sup> Eine andere Möglichkeit bestünde eventuell in der Schätzung eines sogenannten Seemingly-Unrelated-Regression-Modells, vgl. Heij, C. u.a., *Econometric Methods with Applications in Business and Economics*, Oxford 2004, S. 682 ff.



Europäische Kommission in einer Reihe von Fällen quantitative Untersuchungen durchgeführt. In den Verfahren Baxter International/Gambro, Crane Co/Mei Group und Refresco/Pride, die in der ersten Verfahrensphase unter Bedingungen und Auflagen freigegeben worden sind, hat sie jeweils Analysen von Ausschreibungsdaten erstellt. Daneben nahm sie quantitative Analysen vornehmlich in Zweite-Phase-Verfahren vor. Besonders erwähnenswert ist das Verfahren Hutchison 3G Austria/Orange Austria, in dem die Europäische Kommission erstmals mittels des GUPPI-Ansatzes einen möglichen, durch den Zusammenschluss ausgelösten Preisdruck analysierte. Eine Alternative hierzu stellt die Simulation etwaiger Preisveränderungen dar, welche im Verfahren Outokumpu/Inoxum durchgeführt wurde. Im Verfahren Universal Music Group/EMI Music wurde eine ökonomische Analyse der infolge des Zusammenschlusses potenziell entstehenden Verhandlungsmacht durchgeführt.<sup>150</sup> Dass ökonomische Methoden sowohl zur Marktabgrenzung als auch zur wettbewerblichen Beurteilung genutzt werden können, zeigte das Verfahren Ryanair/Aer Lingus III. Hier kam die Relevanz ökonomischer Methoden insbesondere bei der Analyse des wettbewerblichen Näheverhältnisses zum Tragen. Von besonderem Interesse ist außerdem der Fall Deutsche Börse/NYSE Euronext, in dem die Europäische Kommission erstmalig die Quantifizierung von vorgebrachten Effizienzvorteilen vorgenommen hat.

**695.** Die Europäische Kommission hat wegen der zunehmenden Bedeutung von ökonomischen und ökonomischen Analysen bereits im Oktober 2011 Empfehlungen für die Erarbeitung und Übermittlung von entsprechenden Beweismitteln veröffentlicht.<sup>151</sup> Der Fokus dieser Empfehlungen liegt insbesondere auf den Methoden zur Durchführung empirischer Analysen. Inwieweit empirische Analysen, vor allem mittels ökonomischer Methoden, bei der Prüfung von Zusammenschlüssen zur Anwendung kommen, ist vom Sachverhalt, der Datenverfügbarkeit sowie von der Bereitschaft seitens der Europäischen Kommission sowie der beteiligten Unternehmen abhängig, derartige Analysen durchzuführen.

**696.** Die Monopolkommission hat sich bereits in früheren Gutachten grundsätzlich positiv gegenüber einer verstärkten Einbeziehung quantitativer Analysen in die fusionskontrollrechtliche Entscheidungspraxis geäußert.<sup>152</sup> Insbesondere dort, wo die qualitative Analyse nicht zu eindeutigen Ergebnissen kommt, können quantitative Untersuchungen zusätzliche Indizien liefern und die Entscheidungsfindung verbessern. Die Monopolkommission erkennt allerdings auch die zum Teil erheblichen Kosten von zusätzlichen quantitativen Analysen; diese entstehen vor allem durch den erforderlichen, zum Teil massiven Ressourceneinsatz bei Wettbewerbsbehörden, Zusammenschlussparteien und sonstigen Marktteilnehmern sowie durch häufig unumgängliche Verzögerungen des Verfahrensablaufs. Daher muss die Europäische Kommission grundsätzlich in jedem Einzelfall zwischen Nutzen und Kosten einer von ihr vorgenommenen quantitativen Analyse abwägen. Nach Ansicht der Monopolkommission ist sie keinesfalls verpflichtet, in jedem untersuchten Zusammenschlussfall eine quantitative Untersuchung durchzuführen. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn die Verfahrensbeteiligten eine entsprechende Studie vorlegen, um ihre Argumentation zu stützen. In einem solchen Fall ist die Europäische Kommission prinzipiell verpflichtet, sich mit dem Vorbringen auseinander zu setzen und muss zu diesem Zweck erforderlichenfalls eigene quantitative Analysen durchführen.

#### 2.4.3.1 Anwendung des UPP-Ansatzes und Merger Simulation

**697.** Eine neue Entwicklung bei der quantitativen Analyse in der europäischen Fusionskontrollpraxis stellt der Fall Hutchison 3G Austria/Orange Austria dar, der sich auf den österreichischen Mobilfunkmarkt auswirkte und die Fusion von zwei der vier größten Mobilfunkbetreiber bedeutet hätte. Hutchison 3G Austria (H3G) beabsichtigte dabei, das Unternehmen Orange Austria (Orange) zu erwerben; das entstehende Unter-

<sup>150</sup> Vgl. Tz. 686. ff.

<sup>151</sup> Vgl. DG Competition, Best Practices for the Submission of Economic Evidence and Data Collection in Cases Concerning the Application of Articles 101 and 102 TFEU and in Merger Cases, Staff Working Paper, 17. Oktober 2011.

<sup>152</sup> Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 920 ff.

nehmen wäre nach der Fusion nur noch dem Wettbewerb der zwei verbleibenden Konkurrenten Telekom Austria und T-Mobile Austria ausgesetzt gewesen. Der österreichische Mobilfunkmarkt war zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses durch erhebliche Marktzutrittsschranken und fast gänzlich fehlendem Wettbewerb durch unabhängige Betreiber virtueller Mobilfunknetze gekennzeichnet. Obwohl durch die Fusion nur der drittgrößte Marktteilnehmer entstanden wäre, unterzog die Europäische Kommission das Zusammenschlussvorhaben aufgrund gravierender Wettbewerbsbedenken einer vertieften Untersuchung. Die Europäische Kommission verwendete hier – soweit ersichtlich zum ersten Mal in ihrer Fusionskontrollpraxis – eine Upward Pricing Pressure-Analyse (UPP-Analyse), mittels derer sie einen signifikanten fusionsbedingten Preissteigerungsdruck prognostizierte. Die Fusion wurde letztendlich unter Auflagen freigegeben, die es ermöglichen sollten, dass ein weiterer virtueller Mobilfunknetzbetreiber (MVNO) in den Markt eintritt.<sup>153</sup>

**698.** Zur Berechnung des sogenannten Gross Upward Pricing Pressure-Index (GUPPI), einer Variante des UPP-Ansatzes, werden Daten zu sogenannten Diversion Ratios zwischen den relevanten Produkten der Zusammenschlussbeteiligten sowie zu den Gewinnmargen dieser Produkte benötigt. Die Diversion Ratios ließen sich in diesem Fall aus Daten zur Telefonnummerportierung zwischen Netzbetreibern ermitteln, die gemäß einer gesetzlichen Vorschrift erfasst werden. Ein Nachteil dieser Daten ist allerdings, dass darin Nutzer, die bei einem Betreiberwechsel ihre Nummer nicht behalten möchten, nicht erfasst werden. Dies betrifft den Untersuchungen der Europäischen Kommission zufolge im Wesentlichen Kunden mit Prepaid-Verträgen und Data-only-Verträgen, während das Wechselverhalten von Postpaid-Kunden von den Daten repräsentativ abgebildet wird. Die UPP-Analyse beschränkte sich somit auf das Postpaid-Kundensegment.

**699.** Weiterhin merkte die Europäische Kommission an, dass grundsätzlich die Diversion Ratios als Reaktion auf Preiserhöhung zu ermitteln sind. Das beobachtete Wechselverhalten könne zwar auch von anderen Faktoren als dem Preis beeinflusst sein, es stelle aber eine akzeptable Annäherung an das erwartete Wechselverhalten bei Preiserhöhungen dar, die bereits in zahlreichen weiteren Fällen verwendet wurden.<sup>154</sup> Die Analyse der Diversion Ratios deutete darauf hin, dass die wettbewerbliche Nähe zwischen H3G und Orange größer ist als die Nähe zu anderen Anbietern, da eine gemessen an Marktanteilen deutlich überproportionale Substitution ihrer Kunden zueinander stattfand. Dies bestätigte die Vermutung, dass H3G und Orange in besonderem Maße Wettbewerbsdruck aufeinander ausübten und für eine signifikante Anzahl von Kunden die erste bzw. zweite Wahl darstellten.

**700.** Die verwendeten Gewinnmargen basieren auf von den Antragstellern für interne Zwecke erhobenen Daten, welche den durchschnittlichen Erlös pro Kunde (average revenue per user, ARPU) dokumentieren. Dabei wurde neben der Bruttomarge die sogenannte contribution margin betrachtet, welche Kundenakquisitions- und Kundenbindungskosten enthalten. Diese ist laut Europäischer Kommission im Mobilfunkmarkt relevanter, da der Wettbewerb um neue Kunden ausgeht.

**701.** Die Europäische Kommission entschied sich im vorliegenden Fall dafür, in Verbindung mit der Berechnung des GUPPI eine lineare Nachfrage anzunehmen, um durch die dadurch implizierte sogenannte (Cost) Pass-Through-Rate<sup>155</sup> in der Lage zu sein, zusätzlich zur Richtung auch das konkrete Ausmaß möglicher Preissteigerungen prognostizieren zu können.<sup>156</sup> Die Berechnung erfolgte gemäß der von Hausman,

<sup>153</sup> Vgl. Tz. 737., 745., 760. ff.

<sup>154</sup> EU-Kommission, Entscheidung vom 12. Dezember 2012, COMP/M. 6497 – Hutchison 3G Austria/Orange Austria, Fn. 236.

<sup>155</sup> Die Pass-Through-Rate ist die Rate, mit der sich Produktionskostenänderungen in Preisänderungen niederschlagen. Beträgt diese Rate bspw. 50 Prozent, führt eine Kostensteigerung von zehn Prozent zu einer Preiserhöhung von fünf Prozent.

<sup>156</sup> Diese Annahme ist in dem Sinne robust, als dass aus linearer Nachfrage die geringsten Preissteigerungen im Vergleich zu anderen gängigen Nachfragefunktionen (z. B. Logit, AIDS, iso-elastisch) resultieren, sodass die Gefahr zu hoher Prognosen minimiert wird. Siehe dazu Werden, G./Froeb, L./Scheffman, D., A Daubert Discipline for Merger Simulation, *Antitrust*, 18(3), 2004, 89–95.

Moresi und Rainey (2011)<sup>157</sup> hergeleiteten Formel, welche es ermöglicht, Preissteigerungen für eine allgemeine Konstellation von Firmen verschiedener Größe zu berechnen, ohne dabei weiterer Daten als der ohnehin für die Berechnung des GUPPI verwendeten zu bedürfen. Diese Formel erscheint auf den ersten Blick weniger transparent als andere Maße mit vergleichbarer Aussage, wie etwa der sogenannte IPR (Illustrative Price Rise) oder die Multiplikation des GUPPI mit der Pass-Through Rate. Allerdings basiert deren Transparenz implizit oder explizit auf der Annahme zweier gleich großer Anbieter mit identischen Diversion Ratios ihrer Produkte zueinander, was in den seltensten Fällen zutrifft. Die Berechnungen der Europäischen Kommission ergaben signifikante Preiserhöhungen von 10-20 Prozent für H3G und von 10-20 Prozent für Orange für einen durchschnittlichen Mobilfunkvertrag im Postpaid-Segment.

**702.** Um die Untersuchung möglicher Preiseffekte der Fusion zu vervollständigen, analysierte die Europäische Kommission die Preissetzungsanreize für die übrigen Marktteilnehmer. Zuvor beobachtetes Verhalten von Konkurrenten als Reaktion auf Preiserhöhungen eines Unternehmens im Mobilfunkmarkt wurde dabei als Indiz dafür gewertet, dass die Produkte in diesem Markt strategische Komplemente sind, d. h. dass Preiserhöhungen bei einem Produkt zu Preiserhöhungen bei den anderen Produkten führen.<sup>158</sup> Dies sei außerdem eine Standard-Annahme in gängigen ökonomischen Modellen oligopolistischen Preiswettbewerbs. Obwohl die theoretische Möglichkeit bestehe, dass es sich um strategische Substitute handle, wie von den Parteien unter Zitierung einer einschlägigen wissenschaftlichen Arbeit<sup>159</sup> angeführt wurde, merkte die Europäische Kommission an, dass dies in Oligopolmärkten nur unter extremen Annahmen auftrete, die jedoch im gegebenen Fall nicht erfüllt wären. Die Europäische Kommission vertrat daher die Auffassung, dass die Konkurrenten von H3G und Orange ihrerseits mit Preiserhöhungen reagieren würden, was weiteren Preissteigerungsdruck entstehen ließe, sodass die UPP-Analyse den tatsächlichen Effekt des Zusammenschlusses im Hinblick auf nicht-koordinierte Effekte unterschätze.

**703.** Mit Verweis auf die vorangegangene Diskussion möglicher, im vorliegenden Fall allerdings nicht vorhandener Faktoren, die einer Preiserhöhung entgegenwirken könnten,<sup>160</sup> konstatierte die Europäische Kommission für den angemeldeten Zusammenschluss signifikante wettbewerbsschädliche Effekte und gab ihn nur unter Bedingungen und Auflagen frei.

**704.** Die UPP-Analyse der Europäischen Kommission basierte auf einer Reihe von Annahmen und Einschränkungen, die von den Zusammenschlussparteien kritisiert wurden. Die Europäische Kommission wies diese Kritik jedoch in ihrer Gänze als unbegründet zurück. Im Einzelnen handelte es sich insbesondere um folgende Punkte: Erstens bemängelten die Parteien, dass die UPP-Analyse sich nur auf ein einzelnes Segment des Marktes, nämlich den Markt für Postpaid-Verträge beziehe. Zweitens wendeten sie ein, dass der UPP-Ansatz zu simplifizierend sei und wichtige Aspekte des österreichischen Mobilfunkmarktes nicht berücksichtige. So sei der Preis nicht der einzige wettbewerblich relevante Parameter, vielmehr komme es daneben z. B. auf die Investitionen in die Netzqualität an. Ferner kritisierten die Parteien zu diesem Punkt, dass die vereinfachende Annahme eines durchschnittlichen Tarifs und die UPP-Berechnung basierend auf dem ARPU nicht mit der Realität vereinbar seien.

Die Beschränkung der Analyse auf ein Marktsegment wurde von der Europäischen Kommission damit begründet, dass dieses gemessen an den Einnahmen das bei Weitem wichtigste Segment des Mobilfunkmarktes

---

157 Vgl. Hausman, J./Moresi, S./Rainey, M., Unilateral Effects of Mergers with General Linear Demand, *Economics Letters* 111(2), 2011, S. 119-121.

158 Dieses Konzept wurde vorgestellt in Bulow, J.I./Geanakoplos, J.D./Klemperer, P.D., Multimarket Oligopoly: Strategic Substitutes and Complements, *Journal of Political Economy* 93(3), 1985, S. 488-511.

159 Die Arbeit von Buehler, S./Schmutzler, A., On the Role of Access Charges under Network Competition, in: Haucap, J./Dewenter, R. (Hrsg.): *Access Pricing: Theory and Practice*, Amsterdam 2006, befasst sich mit Fällen, in denen strategische Komplementarität in Oligopolmärkten nicht gegeben ist.

160 Siehe dazu die Analyse der Europäischen Kommission zu Marktzutrittsschranken und Nachfragemacht (Abschnitt 6.7) und zur Reaktion der anderen Wettbewerber (Abschnitt 6.9); EU-Kommission, Entscheidung vom 12. Dezember 2012, COMP/M. 6497 – Hutchison 3G Austria/Orange Austria.

sei.<sup>161</sup> Die Europäische Kommission wies ferner darauf hin, dass sich der Anreiz zur Preiserhöhung auch in der Änderung sämtlicher anderer Wettbewerbsparameter, z. B. der Qualität, manifestieren könne. Das UPP-Konzept sei für die Betrachtung sogenannter hedonischer bzw. qualitätsadjustierter Preise völlig offen und sei auch in diesem Fall so zu interpretieren. Auf den letztgenannten Einwand der Parteien entgegnete die Europäische Kommission, dass die Parteien nicht vorgetragen hätten, inwiefern die Vereinfachung die konkreten Eigenschaften des Marktes nicht abbilde oder zu fehlerhaften Ergebnissen führen würde.

**705.** Die Parteien bemängelten außerdem, dass die UPP-Analyse kein geeignetes Werkzeug sei, um in einer Zweite-Phase-Untersuchung Preiseffekte zu prognostizieren, weil es lediglich als Screening-Werkzeug konzipiert sei. Die UPP-Analyse liefere kein umfassendes Bild zu den wettbewerblichen Auswirkungen eines Zusammenschlusses, da sie relevante Faktoren wie insbesondere Produkt-Repositionierung, Innovation und Effizienzgewinne nicht einbeziehe. Die Europäische Kommission stimmte zu, dass in einer Fusionskontrollentscheidung neben Preissetzungsanreizen alle wettbewerblich relevanten Faktoren berücksichtigt werden müssten, und verwies darauf, dass sie dies in der qualitativen Analyse getan habe. Weiterhin führte sie aus, dass die UPP-Analyse ein weithin angewendetes Verfahren sei, welches unter anderem im amerikanischen AT&T/T-Mobile Fall verwendet worden war,<sup>162</sup> und die Parteien keinen anderen, geeigneteren Ansatz vorgeschlagen hätten, der in diesem Kontext praktikabel gewesen wäre. Die Europäische Kommission schloss daraus, dass es keinen alternativen Ansatz gebe, der angesichts der Datenlage besser geeignet gewesen wäre. In Abwesenheit einer alternativen Quantifikation der Preiseffekte durch die Parteien und/oder einer Erklärung, wieso die Preise entgegen den Ergebnissen der UPP-Analyse nicht steigen sollten, sah die Europäische Kommission ihre Analyse nicht als wirksam kritisiert an.

**706.** Den Zusammenschlussparteien ist insoweit zuzustimmen, als der UPP-Ansatz ursprünglich als Screening-Instrument konzipiert wurde. Mit seiner Hilfe kann – die Verfügbarkeit der erforderlichen Daten vorausgesetzt – eine relativ leichte Unterscheidung zwischen unproblematischen Fusionsvorhaben und solchen Transaktionen, die einer eingehenderen Untersuchung bedürfen, vorgenommen werden. In dieser Funktion kann der ermittelte Preissteigerungsdruck – wie bislang etwa die Höhe der Marktanteile – ein erstes Indiz für mögliche negative Wettbewerbseffekte eines Zusammenschlusses sein. Eine aufwendige Marktabgrenzung, wie sie die Ermittlung von Marktanteilen oft voraussetzt, ist hierbei nicht notwendig. Der UPP-Test ist zudem wesentlich einfacher als etwa eine sogenannte merger simulation durchzuführen; allerdings kann er eine Reihe von Faktoren, die in die Gesamtbewertung eines Zusammenschlusses einfließen müssen, nicht abbilden. Im vorliegenden Fall hat die Europäische Kommission den UPP-Test nicht für die Entscheidung darüber genutzt, ob sie die zweite Verfahrensphase eröffnen soll oder nicht. Sie hat den Test vielmehr unmittelbar in der zweiten Verfahrensphase angewendet, um ihre qualitative Untersuchung zu ergänzen. Nicht überraschend wurde der analysierte Preissteigerungsdruck in Höhe von 10 bis 20 Prozent als weiteres bedenkliches Indiz gegenüber dem Zusammenschlussvorhaben gewertet. Gegen eine Anwendung des UPP-Tests in dieser Weise lässt sich nach Auffassung der Monopolkommission nicht anführen, dass auf diesem Weg nicht alle für eine Gesamtbetrachtung des Zusammenschlussvorhabens wichtigen Faktoren Beachtung finden; denn diese Faktoren wurden bereits im Rahmen der qualitativen Bewertung berücksichtigt. Sollte die Europäische Kommission den UPP-Test künftig häufiger oder sogar regelmäßig anwenden, empfiehlt die Monopolkommission entsprechende Erläuterungen in den Leitlinien zur europäischen Fusionskontrolle. Hier könnten z. B. Grenzwerte für den ermittelten Preissteigerungsdruck – ähnlich den Schwellenwerten zum sogenannten Herfindahl-Hirschman-Index (HHI), die heute schon in den Leitlinien zu finden sind – festgelegt werden, bei deren Erreichen die Europäische Kommission üblicherweise von Wettbewerbsproblemen ausgeht.

---

161 In Textziffer 154 der Entscheidung wird angegeben, dass das Postpaid-Voice-Segment (ohne Postpaid-Data) allein 51,5 Prozent der Kunden und 64,8 Prozent der Einnahmen umfasst.

162 United States v. AT&T Inc., T-Mobile USA, Inc. and Deutsche Telekom AG, The United States – Department of Justice, <http://www.justice.gov/atr/cases/atmobile.htm>, Abruf am 10. Mai 2014.

**707.** Dem Zusammenschlussverfahren Outokumpu/Inoxum lag das Vorhaben von Outokumpu Oyj (Outokumpu), einem finnischen staatlichen Edelstahlunternehmen, zugrunde, die gesamten Anteile an der Inoxum GmbH sowie der Nirosta GmbH (Inoxum), jeweils Edelstahlsparten des deutschen Stahl- und Industrieunternehmens Thyssen Krupp AG, zu übernehmen. Nach Prüfung der vorgelegten Verpflichtungszusagen von Outokumpu wurde das Zusammenschlussvorhaben nach Art. 8 Abs. 2 FKVO freigegeben.

**708.** Die Europäische Kommission kam aufgrund ihrer qualitativen Analyse der horizontalen und vertikalen Auswirkungen zu dem Schluss, dass die potenziellen Synergien etwaige Preissteigerungen nach dem Zusammenschluss nicht in ausreichendem Maße hätten verhindern können. Zur Verifizierung dieser Erkenntnisse unternahm sie eine Simulation zu etwaigen Preisveränderungen in der Post-Merger-Integration.<sup>163</sup> Die Simulation von Markteffekten im Zuge von Unternehmenszusammenschlüssen besteht generell aus vier Schritten.<sup>164</sup> Im ersten Schritt wird ein theoretisch-ökonomisches Modell zur bestmöglichen Beschreibung der Marktnachfrage ausgewählt, das im zweiten Schritt kalibriert wird. Eine Kalibrierung entspricht dabei einer Analyse, bei der die Modellparameter – nicht wie in ökonomischen Analysen geschätzt – in einem arbiträren, heuristischen Verfahren so spezifiziert werden, dass anhand der vorliegenden Daten die in der Pre-Merger-Phase beobachtbaren Preise und Marktanteile errechnet werden können. Im dritten Schritt wird ein theoretisch-ökonomisches Modell zur bestmöglichen Beschreibung des produktions- und wettbewerbs-spezifischen Verhaltens der Unternehmen bestimmt. Meist wird das klassische Bertrand-Modell verwendet, das einen Preiswettbewerb bei homogenen Gütern auf Oligopol-Märkten zugrunde legt.<sup>165</sup> Im vierten und letzten Schritt wird für die Simulation angenommen, dass sich in der Post-Merger-Integration die Unternehmen nicht kooperativ verhalten und dass die ausgewählten theoretischen Modelle zur Beschreibung der Nachfrage- und der Produktionskalküle weiterhin Gültigkeit behalten. Mithilfe dieser vier Schritte ist die Ermittlung des etwaigen neuen (theoretischen) Marktgleichgewichtes infolge des Zusammenschlusses möglich.

**709.** Für die Simulation wählte die Europäische Kommission das in der Wettbewerbsökonomie gängige Bertrand-Edgeworth-Modell.<sup>166</sup> Dieses unterscheidet sich von dem klassischen Bertrand-Modell dahingehend, dass jedes Unternehmen über eine beschränkte Produktionskapazität verfügt, die es ihm nicht erlaubt, die gesamte Marktnachfrage zu bedienen, was der Realität eher entspricht. Erfolgt eine unilaterale Preiserhöhung eines Oligopolisten, so entsteht bei den Wettbewerbern eine zusätzliche Nachfrage – durch den Wechsel der Nachfrager –, die jedoch nur teilweise bedient werden kann. Als Mechanismus, welcher die Bedienung dieser zusätzlichen Nachfrage durch die Wettbewerber regelt, wählte die Europäische Kommission den sogenannten effizienten Rationierung; demnach werden Nachfrager mit der höchsten Zahlungsbereitschaft bevorzugt bedient.<sup>167</sup>

**710.** Zur Simulation der Markteffekte auf Grundlage des Bertrand-Edgeworth-Modells sind weitere Annahmen notwendig, welche vor allem die Modellparameter betreffen. Hierbei orientierte sich die Europäische Kommission überwiegend an den in den vorgelegten Analysen der beteiligten Unternehmen enthaltenen Schätzungen und Annahmen. So ging die Europäische Kommission davon aus, dass die Zu-

<sup>163</sup> Für eine methodologische Übersicht zur Simulierung von etwaigen Markteffekten bei Unternehmenszusammenschlüssen vgl. Budzinski, O./Ruhmer, I., Merger Simulation in Competition Policy: A Survey, *Journal of Competition Law & Economics* 6(2), 2010, S. 277-319.

<sup>164</sup> Vgl. ebenda, S. 281 f.

<sup>165</sup> Beim klassischen Bertrand-Modell hat jedes Unternehmen im Marktgleichgewicht den Anreiz, den eigenen Preis in Höhe der – für alle Unternehmen identisch unterstellten – Stückkosten zu setzen, um nicht die Nachfrage an die Wettbewerber zu verlieren. Erfolgt hingegen eine marginale Preiserhöhung, so würde Nachfrage gänzlich auf die Wettbewerber entfallen. Das Bertrand-Modell unterstellt keine Kapazitätsbeschränkungen, d. h. die gesamte Nachfrage könnte mitunter auch nur von einem einzelnen Unternehmen bedient werden; vgl. Pindyck, R.S./Rubinfeld, D., *Mikroökonomie* 5. Aufl., München 2003, S. 614 f.

<sup>166</sup> Vgl. etwa Bester, H., *Theorie der Industrieökonomik* 6. Aufl., Berlin 2002, S. 103 ff.

<sup>167</sup> Als Alternative hätte auch die proportionale Rationierung angenommen werden können, nach welcher die Nachfrage, die von den Wettbewerbern ebenfalls nicht mehr bedient werden kann, anhand eines Zufallsprinzips selektiert wird. Die selektierte Nachfrage kann schlussendlich wiederum nur von dem preiserhöhenden Oligopolisten – zu dem höheren Preis – bedient werden.

sammenschlussparteien innerhalb des EWR im engen Wettbewerb zu zwei Unternehmen sowie zu weiterverarbeitenden Unternehmen von gewalztem Stahl, welche in der Modellanalyse als ein Unternehmen zusammengefasst wurden, stehen. Die Marktnachfrage, um welche die fünf Stahlunternehmen im EWR konkurrieren, wurde exklusive Importen außerhalb des EWR spezifiziert. Parameter für weitere Modellkomponenten wie die Preissensibilität der Marktnachfrage und des Marktangebots, den Grenzkosten sowie den Kostensynergien für die Pre-Merger-Phase und für die Post-Merger-Integration entsprechen laut Europäischer Kommission jenen in den von den Parteien vorgelegten Analysen. Unabhängige Annahmen der Europäischen Kommission betrafen z. B. die Kapazitätsauslastung in der Post-Merger-Integration, welche mit mindestens 90 Prozent angesetzt wurde, oder die ausschließliche modellhafte Berücksichtigung der Kapazitätsauslastung, welche nur für den im EWR verkauften kaltgewalzten Edelstahl eingesetzt worden war.

**711.** Die Europäische Kommission simulierte das zugrunde gelegte Modell zur adäquaten Beschreibung des EWR-Marktes für kaltgewalzten Edelstahl einerseits anhand öffentlicher Marktdaten und andererseits anhand der von den beteiligten Unternehmen übermittelten Daten. Für beide Datensätze konnte sie jeweils einen substantiellen Anstieg der Marktmacht der in Rede stehenden Unternehmen in Form erheblicher Preissteigerungen von mindestens durchschnittlich sieben Prozent feststellen. Parametermodifikationen und Sensitivanalysen, welche unter anderem eine geringere Preissensibilität der Nachfrage und eine geringere Bedeutung der Importe, eine geringere langfristige Kapazitätsauslastung, eine geringere Wettbewerbsintensität zwischen den fünf führenden Marktakteuren sowie die Nicht-Berücksichtigung von Erlösen aus blankglühenden Stahlprodukten<sup>168</sup> reflektieren sollten, hätten nach den Berechnungen der Europäischen Kommission sogar zu durchschnittlichen Preissteigerungsraten von über zehn Prozent geführt. Demnach habe die Simulation keine Indizien dafür ergeben, dass der beantragte Zusammenschluss nicht zu einem substantiellen Anstieg der Marktmacht geführt hätte.

**712.** Auf Basis der vorgelegten Verpflichtungszusagen, welche insbesondere die Veräußerung von Stahlproduktions- und Vertriebszentren vorsah, genehmigte die Europäische Kommission den beantragten Zusammenschluss dennoch. Die bislang erhobenen wettbewerblichen Bedenken seien durch die Auflagen beseitigt worden, sodass auf dem EWR-Markt für kaltgewalzte Edelstahlprodukte auch nach dem Zusammenschluss von einem ausreichenden Wettbewerbsdruck auszugehen sei.

**713.** Die Monopolkommission begrüßt die in diesem Verfahren vorgenommene quantitative Analyse anhand einer Simulation etwaiger Preiseffekte. Die Methode der Simulation erweitert das Analysespektrum der Europäischen Kommission und kann neue wichtige Erkenntnisse für die Ex-ante-Evaluierung generieren. Dennoch sieht die Monopolkommission aufgrund der noch relativ jungen und zugleich komplexen Methode im Rahmen von Fusionskontrollverfahren Verbesserungspotenziale in der vorgenommenen Analyse.<sup>169</sup> So hätte eine konzise Verifizierung der ermittelten Ergebnisse auf Grundlage kontrafaktischer Modellannahmen die Aussagekraft und damit gegebenenfalls die Akzeptanz für die Simulation bei den in Rede stehenden Unternehmen erhöht. Beispielsweise hätte eine zusätzliche Simulation mit einer von dynamischen Interaktionen gekennzeichneten Wettbewerbsstruktur sowie einem proportionalen Rationalisierungsmechanismus – wie von den beteiligten Unternehmen argumentiert – vorgenommen werden können. Auf Basis dieser exemplarischen Ergebnisse hätten zusätzliche Synergien-Potenziale für zukünftige Verfahren geschöpft und der Ressourcenaufwand vermindert werden können.

---

<sup>168</sup> Für das Blankglühen von Stahl bedarf es besonderer Produktionskapazitäten. Nach Auffassung der in Rede stehenden Unternehmen ist zwischen Erlösen aus mit und ohne blankglühenden Stahlprodukten zu differenzieren; nach Auffassung der Europäischen Kommission sind alle relevanten Marktakteure in der Erzeugung dieser Stahlprodukte tätig.

<sup>169</sup> Zur Anwendung von Simulationsmethoden vonseiten der Europäischen Kommission in früheren Verfahren vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 26. Oktober 2004, COMP/M. 3216 – Oracle/PeopleSoft. Zu früheren Verfahren, in denen Simulationsstudien in Auftrag gegeben wurden vgl. etwa EU-Kommission, Entscheidung vom 7. Januar 2004, COMP/M. 2978 – Lagardère/Natexis/VUP oder Entscheidung vom 15. März 2000, COMP/M. 1672 – Volvo/Scania.

### 2.4.3.2 Wettbewerbliches Näheverhältnis

**714.** Auch in dem Zusammenschlussvorhaben Ryanair/Aer Lingus III, das den Passagierluftverkehr auf mehreren Flugstrecken von bzw. nach Irland betraf und im Ergebnis von der Europäischen Kommission untersagt wurde, kamen ökonomische Methoden zur Anwendung.<sup>170</sup> Die Europäische Kommission ermittelte zunächst sehr hohe gemeinsame Marktanteile der beteiligten Unternehmen auf allen betroffenen 46 Flugstrecken. Vor diesem Hintergrund prüfte die Europäische Kommission mithilfe von ökonomischen Methoden vier Hypothesen, welche Erkenntnisse über die wettbewerbliche Nähe zwischen den beiden beteiligten Unternehmen bringen sollten. So untersuchte die Europäische Kommission zunächst, inwieweit sich die Flugpreise von einer Zusammenschlusspartei verändert hatten, als die andere Partei begann, Flüge für dieselbe Strecke anzubieten, et vice versa. Anschließend untersuchte die Europäische Kommission, ob dieser Wettbewerbsdruck vergleichsweise stärkere Preisänderungen hervorgerufen hatte als der von dritten Wettbewerbern ausgelöste Wettbewerbsdruck. Zudem prüfte sie, inwiefern die Existenz eines am Zielort (von einer Flugstrecke mit Dublin als Ausgangsort) operierenden (potenziellen) Wettbewerbers einen Einfluss auf die Flugpreise der beiden beteiligten Unternehmen besaß. Abschließend ging die Europäische Kommission der Frage nach, ob die Flugintensität einer Zusammenschlusspartei auf der jeweiligen Flugstrecke einen signifikanten Effekt auf die Flugpreise der jeweils anderen Partei ausübte.

**715.** Zur Verifizierung der Hypothesen bezog die Europäische Kommission Daten von der staatlichen Flughafengesellschaft Irlands, der DAA (Dublin Airport Authority), von Aer Lingus und von Ryanair in unterschiedlicher Qualität und Quantität.<sup>171</sup> Der Datensatz umfasste dabei diverse Zahlen auf Monatsbasis für den Zeitraum von Ende 2004 bis Mitte 2012 für die angebotenen Flugstrecken von den vier irischen Flughäfen in Dublin, Cork, Knock und Shannon.

**716.** Als quantitative Analyseverfahren fungierte wie im Verfahren Ryanair/Aer Lingus II ein lineares Regressionsmodell mit sogenannten fixen Effekten.<sup>172</sup> Anhand der übermittelten Paneldaten und der gewählten Analyseverfahren war es nach Ansicht der Europäischen Kommission nunmehr möglich, die durchschnittlichen Effekte der wettbewerblichen Nähe beider beteiligten Unternehmen zueinander sowie weiterer relevanter nachfrage- und kostenspezifischer Einflussfaktoren auf den jeweiligen Flugpreis je Flugstrecke zu schätzen und gleichzeitig die obigen Hypothesen zu testen. Zur Erfassung des von beiden jeweils ausgeübten Wettbewerbsdrucks wurden entweder binäre Variablen oder die jeweilige Flugfrequenz auf den entsprechenden Flugstrecken in die Regressionsmodelle integriert.<sup>173</sup>

**717.** Die Schätz- und Testergebnisse der auf Basis der jeweiligen Datensätze durchgeführten Regressionsanalysen haben nach Auffassung der Europäischen Kommission die zu prüfenden Hypothesen bestätigt. So

---

<sup>170</sup> Vgl. Tz. 736. ff., 765.

<sup>171</sup> Während Ryanair zunächst Zahlen zur Anzahl an gebuchten Aufträgen, zu Nettoumsätzen, Flugkapazitäten und –kosten etc. für den Zeitraum von Ende 2004 bis Mitte 2012 für alle Flugstrecken zwischen Dublin, Cork und Shannon und den Ausgangs- bzw. Zielstädten vorlegte, übersandte Aer Lingus aggregierte Zahlen zur faktischen Passagieranzahl, zu Nettoumsätzen, Flugkapazitäten und -kosten etc. für Kurzstreckenflüge ausgehend von Dublin, Cork und Shannon zu nicht-irischen Destinationen für Mitte 2008 bis Mitte 2012. Vonseiten der DAA wurden Zahlen zur Passagieranzahl, Flugfrequenz sowie zur Gesamtanzahl an angebotenen Sitzplätzen für alle Flüge ausgehend von Dublin, Cork und Shannon für den Zeitraum von Ende 2004 bis Mitte 2012 übermittelt. In der Folge übermittelten beide in Rede stehenden Unternehmen weitere Daten.

<sup>172</sup> Die Berücksichtigung von fixen Effekten ermöglichte hierbei die Erfassung und Abstrahierung von wesentlichen flugstreckenspezifischen, zeitinvarianten Einflussfaktoren, welche zwar für den Kontext tendenziell nebensächlich erschienen, aber für die Validität der Panelanalyse unerlässlich waren. Zur Analyse von Paneldaten vgl. etwa Cameron, A.C./ Trivedi, P.K., *Microeconometrics: Methods and Applications*, Cambridge 2005, S. 698 ff. sowie umfassend Wooldridge, J.M., *Econometric Analysis of Cross Section and Panel Data 2. Aufl.*, a. a. O.

<sup>173</sup> Die binäre Variable nahm – methodisch-technisch – je Flugstrecke den Wert eins an, als das jeweils andere in Rede stehende Unternehmen begann, ebenfalls dieselbe Flugstrecke zu bedienen, und den Wert null, als es noch keine parallele Bedienung derselben Flugstrecke gab. Die Werte der Variable „Flugfrequenz“ variierte über die Monate hinweg, weshalb ab dem Zeitpunkt, ab dem eine Bedienung derselben Flugstrecke von beiden in Rede stehenden Unternehmen erfolgte, die jeweilige Flugintensität relevant war; die Flugfrequenz betrug hingegen null, als noch keine parallele Bedienung derselben Flugstrecke stattfand.

hätten sich die Flugpreise von jeweils einem der beiden beteiligten Unternehmen statistisch signifikant verringert, nachdem das jeweils andere am selben Flughafen oder an einem Flughafen in derselben Stadt begann, dieselben Flugstrecken ebenfalls zu bedienen, et vice versa. Der jeweils gegenseitig ausgeübte Preiseffekt sei zudem stärker als der von dritten Wettbewerbern, wobei ein signifikanter Preiseffekt von (potenziellen) Wettbewerbern, welche am Flughafen des Zielortes operierten, nicht ermittelt werden konnte. Die Flugintensität beider in Rede stehenden Unternehmen hätte außerdem einen jeweils überproportionalen statistisch signifikanten Preiseffekt induziert. Zusammenfassend sieht die Europäische Kommission die vorangegangenen Ergebnisse der qualitativen Analyse durch die Ergebnisse der quantitativen Analyse bestätigt.

**718.** Die Monopolkommission begrüßt zunächst, dass die Europäische Kommission bei der Wahl einer angemessenen quantitativen Analyseverfahren im Verfahren Ryanair/Aer Lingus III auf die bereits im zeitlich vorgelagerten und thematisch sehr ähnlichen Verfahren Ryanair/Aer Lingus II verwendeten Methoden zurückgriff. Eine solche Konsistenz in der Anwendung vergleichsweise neuartiger und komplexer Analysemethoden fördert zum einen die Transparenz in den Fusionskontrollverfahren und zum anderen das Verständnis für derartige Analysemethoden. Durch eine vermehrte und konsistente Anwendung quantitativer und insbesondere ökonomischer Methoden können beide Seiten, die Europäische Kommission und die Zusammenschlussparteien, profitieren. Der während der Verfahren stets vollzogene Informationsaustausch trägt zusätzlich dazu bei, dass Spill-over-Effekte generiert und in der Folge Synergien im Rahmen der gegenwärtigen und zukünftigen verfahrenstechnischen Abwicklung erzeugt werden können.

**719.** Als kritikwürdig sieht die Monopolkommission dagegen die von der Europäischen Kommission vernachlässigte, aber für die Aussagekraft der vorliegenden quantitativen Analyse bedeutsame methodische Diskussion zu einem etwaigen interdependenten Zusammenhang zwischen der Preissetzung und der wettbewerblichen Nähe. So wurden für beide Zusammenschlussparteien separate Regressionsmodelle geschätzt, die Aufschluss darüber geben sollten, inwieweit sich die Flugpreise der einen verändert hatten, als die andere begann, dieselbe Flugstrecke ebenfalls zu bedienen. Damit sollte zum einen anhand der Schätzung separater Regressionsmodelle verifiziert werden, ob jeweils Indizien für einen kausalen Zusammenhang zwischen der parallelen Bedienung derselben Flugstrecke vorlagen und zum anderen, ob dies für beide Unternehmen gleichermaßen zutraf. Obgleich jede Flugstrecke einen individuellen Markt repräsentiert, werden von den beteiligten Unternehmen (strategische) Entscheidungen getroffen, die Märkte übergreifend sind und die wiederum gleichzeitig von den Entwicklungen in den einzelnen Märkten beeinflusst werden. Demzufolge scheint es plausibel anzunehmen, dass vergangene und insbesondere aktuelle Flugpreise des jeweils anderen beteiligten Unternehmens einen bedeutsamen Einfluss auf die eigene Entscheidung für einen Markteintritt bzw. für eine parallele Bedienung einer Flugstrecke gehabt haben müssen; es läge somit ein interdependenter Zusammenhang vor. Werden nunmehr Regressionsmodelle spezifiziert, die einen solchen interdependenten Zusammenhang nicht berücksichtigen, sowie Schätzmethoden verwendet, die dafür nicht genügend kontrollieren können, dann sind die Ergebnisse höchstwahrscheinlich verzerrt. Die gängigste Schätzmethode, um derartige Verzerrungen zu vermeiden, ist die der Instrumentenvariablen-Schätzung.<sup>174</sup>

**720.** Zwar äußerte sich die Europäische Kommission auf Einwand eines der beteiligten Unternehmen zu möglichen Schätzverzerrungen in einer Randnummer und verwies dabei auf Schätzungen, welche mittels einer solchen Instrumentenvariablen-Schätzung vorgenommen worden seien und die vorher ermittelten Ergebnisse in der Tendenz bestätigt haben sollen.<sup>175</sup> Der Einwand zielte aber nicht auf einen etwaigen interdependenten Zusammenhang, sondern auf eine mögliche Missspezifikation des Regressionsmodells aufgrund fehlender weiterer Einflussfaktoren, welche ebenso zu Schätzverzerrungen führen können. Eine Diskussion des soeben dargelegten Problems ist in der Entscheidung nicht ersichtlich. Für die Förderung methodischer Transparenz und des methodischen Verständnisses wäre jedoch eine umfassende Erläuterung (potenzieller) kontextbezogener neuralgischer Punkte einer Regressionsanalyse notwendig gewesen. Erst durch eine am

<sup>174</sup> Vgl. Tz. 688.

<sup>175</sup> EU-Kommission, Entscheidung vom 27. Februar 2013, COMP/M. 6663 – Ryanair/Aer Lingus III, Tz. 104.



Sachverhalt ausgerichtete Beschreibung der Potenziale und Grenzen neuartiger und komplexer Analysemethoden – zu denen ökonomische Methoden im Bereich des Wettbewerbsrechts weiterhin zählen – kann deren Etablierung in Fusionskontrollverfahren substantiell gefördert werden.

### 2.4.3.3 Quantifizierung des Effizienzeinwands

**721.** Dem Verfahren Deutsche Börse/NYSE Euronext lag der geplante Zusammenschluss der Deutsche Börse AG (Deutsche Börse), einer deutschen Börsenorganisation und größte Miteigentümerin der Eurex Frankfurt AG, mit der NYSE Euronext Inc. (NYSE Euronext), einer US-amerikanischen Börsenorganisation und Betreiberin der NYSE Liffe, zur sogenannten HoldCo zugrunde. Die HoldCo sollte in Amsterdam ansässig und auf den Handel mit europäischen Finanzderivaten spezialisiert sein. Nach Prüfung mehrmals geänderter Verpflichtungszusagen der beteiligten Unternehmen untersagte die Europäische Kommission den beantragten Zusammenschluss am 1. Februar 2012 gemäß Art. 8 Abs. 3 FKVO. Ihrer Ansicht nach wäre eine monopolartige Stellung im Bereich des weltweiten Börsenhandels mit europäischen Finanzderivaten<sup>176</sup> entstanden, welche die Wirksamkeit des Wettbewerbs nachhaltig hätte stören können.<sup>177</sup>

**722.** Die Prüfung der Europäischen Kommission ergab, dass bei der Erbringung von Emissionsdienstleistungen, der Bereitstellung von Marktdaten und von Indizesdaten, bei IT-Dienstleistungen sowie bei der Bewertung von hinterlegten Sicherheiten für risikobehaftete Finanztransaktionen keine erheblichen negativen Wettbewerbseffekte zu erwarten waren. Für den Börsenhandel mit europäischen Finanzderivaten konstatierte sie hingegen erhebliche schädliche Auswirkungen. So wurde der weltweite Handel mit europäischen Finanzderivaten größtenteils via Eurex oder Liffe betrieben; andere Börsen spielten insoweit nur eine untergeordnete Rolle, weshalb beide Börsen im engen Wettbewerb zueinanderstanden. Durch den Zusammenschluss zur Börse HoldCo wäre der bislang bestehende Wettbewerbsdruck zwischen beiden Börsen beseitigt worden. Die neu geschaffene Börsenplattform HoldCo hätte in der Folge eine monopolartige Stellung eingenommen, welche durch eine ca. 90-prozentige Marktabdeckung beim weltweiten Handel und Clearing<sup>178</sup> von europäischen börsengehandelten Finanzderivaten gekennzeichnet gewesen wäre. Die als gering eingestufte Nachfragemacht sowie die hohen Markteintrittsbarrieren hätten die monopolartige Stellung nachhaltig gefestigt und (potenziellen) Wettbewerb konterkariert. Als Konsequenz hätten sich erhebliche Anreize zum Missbrauch der Marktmacht aufseiten von HoldCo, unter anderem in Form einer ineffizienten Preissetzung, ergeben können.

**723.** Diese Bewertung änderte sich auch unter Berücksichtigung der von den Parteien vorgebrachten Effizienzen nicht. Geltend gemacht wurden erstens Kostensenkungspotenziale, welche im Zuge der Handelsgeschäfte generiert werden sollten, zweitens ein geringerer Bedarf an zu hinterlegenden Sicherheiten, welche die Durchführung von Finanzderivategeschäften erleichtert hätten, und drittens eine erhöhte Liquiditätsversorgung. Nach Auffassung der Europäischen Kommission waren die vorgetragenen Kostensenkungspotenziale hinsichtlich der Durchführung von Handelsgeschäften sowie die erhöhte Liquiditätsversorgung im Rahmen von Kassa- und Termingeschäften aufgrund mangelhafter Daten- und Informationsqualität nicht nachprüfbar. Bezüglich des Bedarfs an zu hinterlegenden Sicherheiten ging die Europäische Kommission zwar von der Nachprüfbarkeit einiger Effizienzvorteile aus, allerdings in wesentlich geringerem Umfang als die beteiligten Unternehmen. Zudem wäre ein Teil dieser Effizienzen nach Ansicht der Kommission auch auf weniger wettbewerbsbeeinträchtigende Weise erreichbar. Schließlich sei damit zu

---

<sup>176</sup> Finanzderivate stellen Termingeschäfte dar, deren ökonomischer Wert von der Wertentwicklung alternativer Investitionsmöglichkeiten wie z. B. die von Wertpapieren (Aktien etc.), Kennzahlen (Zinssätzen, Indizes etc.) und weiteren Handelsprodukten (Devisen etc.) abhängt. Finanzderivate können als standardisierte Kontrakte an Börsen oder als individuell gestaltete Kontrakte außerbörslich auf sogenannte OTC-Märkten (Over-The-Counter) gehandelt werden.

<sup>177</sup> Vgl. Tz. 741. ff., 763. ff.

<sup>178</sup> Clearing bezeichnet all jene Prozesse, welche zur Erfassung und Dokumentation von Forderungen und Verbindlichkeiten im Rahmen von Wertpapiertransaktionen notwendig sind.

rechnen, dass eintretende Effizienzvorteile lediglich zum Teil an die Verbraucher weitergereicht werden würden.

**724.** Besonders umfangreich gestaltete sich die Evaluierung potenzieller Effizienzvorteile in Form erhöhter Liquiditätsversorgung durch die Europäische Kommission. Sie verifizierte die geltend gemachten Effizienzen anhand einer von den beteiligten Unternehmen vorgelegten empirischen Analyse, für welche die Parteien einen Panel-Datensatz verwendet hatten, der die Handelsdaten der Wertpapierbörsen in Amsterdam, Lissabon, Paris und Brüssel für den Zeitraum von 2000 bis 2010 umfasste. Alle vier Wertpapierbörsen firmierten seit 2003 vollständig integriert unter der Holdinggesellschaft Euronext.<sup>179</sup> Ziel der vorgelegten Analyse war es, aus einem intertemporalen Vergleich der individuellen Verlaufsentwicklung der vier Börsen in den Perioden 2000 bis 2003 (Pre-Merger-Phase) sowie 2004 bis 2010 (Post-Merger-Integration) Rückschlüsse auf die potenziellen Effizienzvorteile des beantragten Zusammenschlusses in 2012 zu ziehen. Etwaige eruierte Effizienzvorteile infolge des Zusammenschlusses der vier Börsen sollten daher eine analoge Approximation für die antizipierten Effizienzvorteile des beantragten Zusammenschlusses darstellen. Mithilfe dieses Datensatzes wurden vonseiten der Zusammenschlussparteien Regressionsanalysen für den Kassa- und den Terminhandel durchgeführt, in denen jeweils versucht wurde, den Verlauf der sogenannten Bid-ask-spread, einer gewichteten Bid-ask-spread, der Handelsvolatilität, des Handelsvolumens, des Werts des Handelsvolumens sowie der täglichen Rendite von zu hinterlegenden Sicherheiten, durch Kontrollvariablen zu erklären.<sup>180</sup> Neben der Berücksichtigung von Kontrollvariablen, durch welche nach Auffassung der Parteien alle wesentlichen kontemporären Handelseinflüsse erfasst sein sollten, wurde eine zusätzliche binäre Variable integriert, die ausschließlich den Periodenunterschied zwischen der Pre-Merger-Phase und der Post-Merger-Integration und damit den auf den Zusammenschluss zurückzuführenden Effekt reflektieren sollte.<sup>181</sup> Demnach hätte sich – gegeben der Berücksichtigung von weiteren Kontrollvariablen und damit der Abstrahierung von parallel auftretenden, als wesentlich erachteten Handelseinflüssen – die Entwicklung der Bid-ask-spread und der anderen genannten Kennzahlen in der Post-Merger-Integration signifikant von der in der Pre-Merger-Phase unterscheiden müssen.<sup>182</sup> Die ermittelten Ergebnisse seien nach Auffassung der in Rede stehenden Unternehmen auf den beantragten Zusammenschluss übertragbar und zugunsten des beantragten Zusammenschlusses auszulegen.<sup>183</sup>

**725.** Die Angemessenheit jener Vergleichsmarktanalyse für das zugrunde liegende Zusammenschlussvorhaben war nach Ansicht der Europäischen Kommission vor allem an zwei Bedingungen geknüpft. Zum einen hätte ein intertemporaler Rückschluss von dem Zusammenschluss in 2003 auf den beantragten Zusammenschluss in 2012 gerechtfertigt erscheinen müssen. Zum anderen hätte der von dem Zusammenschluss der vier Börsen jeweils ausgehende Effekt auf die jeweiligen Verläufe der vier Börsen – sowohl bei Kassa- wie auch bei Termingeschäften – eindeutig identifizierbar sein müssen. Für die Identifizierung eines solchen Effektes auf die entsprechenden Marktverläufe bedarf es dabei einer Abstrahierung von allen parallel auftretenden und als wesentlich erachteten Handelseinflüssen. Ohne eine derartige Differenzierung könnten sich Verzerrungen bei der Ermittlung eines solchen Effektes und folglich Probleme bei der Nachprüfbarkeit von Effizienzvorteilen ergeben.

---

179 In 2000 gründete sich die Holdinggesellschaft Euronext infolge eines Zusammenschlusses der Börsen von Amsterdam, Brüssel und Paris. In 2002 fusionierte Euronext mit der Börse in Lissabon und übernahm die Terminbörse (LIFFE) in London. In 2007 fusionierten Euronext und NYSE Group zur NYSE Euronext; vgl. NYSE Euronext, <http://www.nyx.com/who-we-are/history>, Abruf am 19. November 2013.

180 Die Bid-ask-spread beschreibt die Differenz zwischen angebotenem Kaufpreis und angebotenem Verkaufspreis eines Wertpapiers und gilt als konventionelle Größe zur Messung von Liquiditätskosten; vgl. Demsetz, H., *The Cost of Transaction*, *Quarterly Journal of Economics* 82, 1968, S. 33-53.

181 Die binäre Variable nahm den Wert eins ab dem Zeitpunkt der Post-Merger-Integration und den Wert null für die Pre-Merger-Phase an.

182 Zur Ermittlung von Effizienzvorteilen hätte der Koeffizient der binären Variable in den jeweiligen Regressionsanalysen statistisch signifikant negativ sein müssen.

183 So hätte der Zusammenschluss der vier Wertpapierbörsen z. B. die Bid-ask-spread sowie die Handelsvolatilität um ca. 50 Prozent bzw. ca. neun Prozent verringert und das Handelsvolumen um ca. 25 Prozent erhöht.

**726.** Die Europäische Kommission stellte am Anfang ihrer eigenen empirischen Analyse klar, dass sie die eingereichte Vergleichsmarktanalyse für nicht aussagefähig erachtet.<sup>184</sup> So hätten seit der Gründung von Euronext eine Vielzahl an systemrelevanten Veränderungen stattgefunden, wie z. B. die Einführung der Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente in 2007<sup>185</sup> oder die Einführung des Hochfrequenz-Handels in 2005<sup>186</sup>, die einen intertemporalen Vergleich problematisch machten. Ungeachtet dieser unzweideutigen Positionierung verifizierete die Europäische Kommission die eingereichte ökonomische Analyse. In Letzterer sah sie jedoch eklatante Probleme bei der Spezifikation des Regressionsmodells und damit in der Identifizierung des auf den Zusammenschluss in 2003 zurückzuführenden Effektes.

**727.** Als besonders problematisch schien nach Auffassung der Europäischen Kommission, dass sich bereits vor vollendetem Zusammenschluss der vier Wertpapierbörsen in 2003 ein erheblicher abnehmender Trend, z. B. bei den Bid-ask-spreads, abgezeichnet hatte.<sup>187</sup> In der von den beteiligten Unternehmen durchgeführten ökonomischen Analyse sei hierfür nicht ausreichend kontrolliert worden. Demnach seien die entsprechenden Ergebnisse verzerrt, d. h. die geschätzten Effekte wären nicht – ausschließlich – auf den Zusammenschluss zurückzuführen, sondern durch andere, nicht in dem Regressionsmodell spezifizierte Markteffekte mit beeinflusst. Die Europäische Kommission prüfte daraufhin ihre These, indem sie anstelle einer binären Variable zur Erklärung der Periodenunterschiede mehrere quartals- und börsenspezifische binäre Variablen in das Regressionsmodell integrierte.<sup>188</sup> Die graphische Analyse zu den geschätzten quartalsbezogenen und börsenspezifischen Variablen spiegelte dabei keinen stufenartigen bzw. diskreten, sondern einen tendenziell permanenten bzw. stetigen Verlauf wider.<sup>189</sup> Demnach würde den Schätzungen weiterhin ein Trend zugrunde liegen, obwohl die berücksichtigten Kontrollvariablen einen solchen Trend eigentlich hätten erfassen sollen. Dieser Trend sei zuvor in Teilen durch die binäre Variable mit erfasst gewesen, was demnach zu Schätzverzerrungen führte, da diese ausschließlich den fusionsspezifischen Effekt messen sollte.<sup>190</sup> Zudem zeigte die Europäische Kommission auf Basis der von den Parteien vorgebrachten Regressionsmodelle, dass die angeführten Kontrollvariablen einen Trendverlauf – zumindest in der Pre-Merger-Phase – nicht ausreichend abdecken konnten. Daraus folgerte die Europäische Kommission, dass die Entwicklung der Bid-ask-spreads zwischen 2000 und 2010 weiterhin von nicht fusionsspezifischen Faktoren beeinflusst worden sein musste, welche in den angeführten Regressionsanalysen nicht integriert worden waren. Darauf bauend äußerte die Europäische Kommission erneut Zweifel an der potenziellen Erklärungskraft der angeführten Regressionsmodelle, da Effekte bedeutsamer struktureller Markteinflüsse entweder als kurzfristig wirkend modelliert worden oder gänzlich unberücksichtigt geblieben waren. Solche Fehlspezifizierungen der Regressionsmodelle würden nicht nur die Schätzungen des fusionsspezifischen Effektes, sondern auch die der anderen Kontrollvariablen verzerren.

**728.** Bei der Quantifizierung der Effizienzvorteile kritisierte die Europäische Kommission die mangelnde Transparenz sowie Einseitigkeit der Berechnung. So sei einerseits nicht deutlich gemacht worden, auf

---

184 Da die vorgenommene Analyse samt Ergebnisse zu Kassageschäften der von Termingeschäften sehr ähnlich war, wird im Folgenden ausschließlich die Analyse zu den Kassageschäften dargestellt und evaluiert.

185 Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Märkte für Finanzinstrumente, zur Änderung der Richtlinien 85/611/EWG und 93/6/EWG des Rates und der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 93/22/EWG des Rates, ABl. EU L 145 vom 30. April 2004, S. 1.

186 Hochfrequenz-Handel ist in § 1 Abs. 1a lit. 4d KWG definiert.

187 Die Analysen zu den gewichteten Bid-ask-spreads, der Handelsvolatilität, des Handelsvolumens, dem Wert des Handelsvolumens sowie der täglichen Rendite von zu hinterlegenden Sicherheiten werden aufgrund des relativ geringen Mehrwertes nicht weiter erläutert.

188 Diese quartalsbezogenen und börsenspezifischen binären Variablen wurden als „time fixed effects“ bezeichnet, gleichwohl es sich bei den Paneldatenanalysen um keine sogenannte Fixed Effects-Schätzungen im klassischen Sinne handelte, sondern um sogenannte gepoolte Paneldatenanalysen. Zu Paneldatenanalysen vgl. Cameron, A.C./Trivedi, P.K., *Microeconometrics: Methods and Applications*, a. a. O., S. 698 ff.

189 Ein ähnlicher Verlauf ergab sich bei separaten Schätzungen für die Wertpapierbörsen in Amsterdam, Paris und Lissabon. Bei der Schätzung zur Wertpapierbörse in Brüssel ergab sich hingegen ein ansteigender Verlauf.

190 Zu Schätzverzerrungen in Regressionsanalysen aufgrund fehlspezifizierter Modellen vgl. Wooldridge, J.M., *Introductory Econometrics: A Modern Approach* 4. Aufl., Mason 2009, S. 89 ff.

welcher der angeführten Regressionsanalysen die Berechnung konkret fuße und andererseits seien keine alternativen Berechnungsszenarien zum Zwecke der Validität präsentiert worden. Auch die vonseiten der beteiligten Unternehmen durchgeführte Befragung von Marktakteuren zu den antizipierten Effekten des beantragten Zusammenschlusses wurde von der Europäischen Kommission in Frage gestellt. Demnach sei die Interpretation der Ergebnisse der Marktuntersuchung verzerrt dargestellt worden.

**729.** Zusammenfassend schlussfolgerte die Europäische Kommission, dass die von den beteiligten Unternehmen vorgebrachten Effizienzvorteile sowohl für Kassa- wie auch für Termingeschäfte nicht nachprüfbar seien. Etwaige branchenübergreifende Effizienzvorteile seien ebenso wenig überprüfbar. Des Weiteren seien vorgebrachte Kostensynergien, welche im Zuge des Zusammenschlusses hätten generiert und an die Verbraucher weitergegeben werden können, begrenzt gewesen, da aufgrund des fehlenden Wettbewerbsdrucks für die in Rede stehenden Unternehmen keine ausreichenden Anreize zur Weitergabe existiert hätten.

**730.** Die Monopolkommission begrüßt zunächst, dass die Europäische Kommission erstmalig im Rahmen der Fusionskontrolle eine Berechnung potenzieller Effizienzvorteile auf Grundlage von ökonomischen Methoden vorgenommen hat. Dies erscheint wegen des verkürzten Untersuchungszeitraumes aufgrund der verzögerten Einreichung relevanter Dokumente sowie wegen der allgemeinen Komplexität ökonomischer Analysen umso bedeutender.

**731.** Trotz dieser positiv zu bewertenden Entwicklung weist die Monopolkommission auf analytische Ambivalenzen hin, welche für zukünftige Evaluierungen ähnlich gelagerter Sachverhalte von Relevanz sein könnten. So erscheint nach Ansicht der Monopolkommission tendenziell fraglich, warum die Europäische Kommission trotz begründeter Zweifel über die Aussagekraft des vorgebrachten Regressionsmodells ihre eigene Analyse auf ein nahezu ähnlich spezifiziertes Regressionsmodell stützte. Damit nahm sie in Kauf, dass ihre Evaluierung ebenfalls auf einem fehlspezifizierten Regressionsmodell basierte. Es ist sehr wahrscheinlich davon auszugehen, dass die Substitution einer Kontrollvariable, in dem Fall der binären Variable zur Identifizierung des fusionsspezifizierten Effekts durch die integrierten quartals- und börsenspezifischen binären Variablen, welche allesamt eine Generalisierung der substituierten einzelnen binären Variable darstellen sollten, auch zu verzerrten Ergebnissen führen kann. Auch wenn die Intention der Europäischen Kommission womöglich gewesen war, eine relativ simple Widerlegung der angeführten ökonomischen Analyse darzulegen, so hätte nach Ansicht der Monopolkommission die vorgebrachte Widerlegung eventuell anhand weiterer, unterschiedlich spezifizierter Regressionsmodelle und robusterer Schätzmethoden verifiziert werden müssen. Ein solch analytisches Vorgehen hätte besonders im Hinblick auf die Qualität zukünftig eingereichter ökonomischer Analysen zur Quantifizierung von Effizienzvorteilen eine Signalwirkung entfalten können. Als alternative Schätzmethode für das fehlspezifizierte Regressionsmodell, das mit dem gängigen Schätzverfahren Ordinary-Least-Squares (OLS) geschätzt wurde, hätte das gängige Instrumentenvariablen-Schätzverfahren (IV-Schätzung) verwendet werden können.<sup>191</sup> Mit IV-Schätzungen ist es generell möglich, aussagekräftige Ergebnisse auf Basis eines fehlspezifizierten Modells zu ermitteln. Voraussetzung hierfür ist, dass valide Instrumentvariablen gefunden werden, mit denen die Koeffizienten und damit die Effekte relevanter Kontrollvariablen in der Tendenz korrekt geschätzt werden können. Als valide Instrumentvariablen gelten gewöhnlich zeitlich verzögerte, d. h. zurückliegende Kontrollvariablen, welche in diesem Fall zur Verfügung gestanden hätten.<sup>192</sup>

#### 2.4.4 Effizienzen

**732.** Nach Erwägungsgrund 29 der VO 139/2004 soll die Europäische Kommission begründeten und wahrscheinlichen Effizienzvorteilen Rechnung tragen. In den Horizontal-Leitlinien legt die Europäische

<sup>191</sup> Zu Instrumentenvariablen-Schätzungen bei Paneldatenanalysen vgl. Arellano, M., *Panel Data Econometrics – Advanced Texts in Econometrics*, Oxford 2003, S. 51 ff.

<sup>192</sup> Als Instrumentvariablen für die 2000er-Daten, für die keine zeitverzögerten Variablen vorlagen, hätte – ohne Rückgriff auf externe Daten – z. B. eine Approximation mittels quadratischer und/oder kubischer Terme von anderen Kontrollvariablen vorgenommen werden können.

Kommission näher dar, unter welchen Voraussetzungen sie derartige Vorteile bei der Beurteilung eines Zusammenschlusses berücksichtigen wird.<sup>193</sup> Hiernach müssen Effizienzgewinne nachprüfbar sein und kausal auf dem Zusammenschluss beruhen. Zudem muss die Weitergabe der Effizienzgewinne an die Verbraucher wahrscheinlich sein. Die drei genannten Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Die Beweislast für das Bestehen von Effizienzen liegt bei den Zusammenschlussparteien.

**733.** Anders als im vorigen Berichtszeitraum, in dem die an Zusammenschlüssen beteiligten Unternehmen nur selten Effizienzeinwände erhoben haben<sup>194</sup>, nahm die Europäische Kommission im aktuellen Berichtszeitraum relativ häufig Effizienzprüfungen vor. Diese Prüfung erfolgte überwiegend in Zweite-Phase-Verfahren, daneben auch in einem Erste-Phase-Verfahren, das unter Bedingungen und Auflagen abgeschlossen wurde. Betroffen waren – soweit ersichtlich<sup>195</sup> – der Fall Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV, der nach vertiefter Untersuchung bedingungslos freigegeben wurde, sowie die Zusammenschlussvorhaben Outokumpu/Inoxum, Syniverse/MACH und Hutchison 3G Austria/Orange Austria, die unter Bedingungen und Auflagen erlaubt wurden. Effizienzeinwände wurden außerdem in allen Verfahren vorgetragen, die mit einer Verbotsentscheidung endeten, namentlich Ryanair/Aer Lingus III, Deutsche Börse/NYSE Euronext sowie – laut Pressemeldung der Europäischen Kommission<sup>196</sup> – UPS/TNT Express. Von besonderem Interesse ist die Entscheidung im Fall Deutsche Börse/NYSE Euronext, weil die Europäische Kommission quantitative Methoden anwendete, um die Effizienzen zu bemessen. In dem Erste-Phase-Verfahren US Airways/American Airlines machten die Zusammenschlussparteien ebenfalls von der Möglichkeit des Effizienzeinwands Gebrauch.

**734.** Die Europäische Kommission hat sich in den relevanten Entscheidungen zum Teil nur sehr kurz, teilweise aber auch sehr ausführlich mit den vorgebrachten Effizienzeinwänden befasst. So umfassen die entsprechenden Ausführungen in den Verfahren US Airways/American Airlines, Syniverse/MACH und Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV nur eine knappe Seite, in dem Verfahren Deutsche Börse/NYSE Euronext dagegen ca. 60 Seiten. Nach dem Eindruck der Monopolkommission hängen Umfang und Tiefe der Auseinandersetzung mit den geltend gemachten Effizienzen wesentlich mit Umfang und Qualität der von den Zusammenschlussparteien vorgelegten Informationen und Belege zusammen. In dem Verfahren Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV, das nach Art. 8 Abs. 1 FKVO ohne Bedingungen und Auflagen in der zweiten Verfahrensphase erlaubt wurde, konnte sich die Europäische Kommission darüber hinaus kurzfassen, weil sie zuvor keine schädlichen Wettbewerbsauswirkungen festgestellt hatte. Sie konstatierte dennoch, dass die Zusammenschlussparteien nicht ausreichend detailliert zu den erforderlichen Voraussetzungen des Effizienzeinwands vorgetragen hätten.

**735.** Im Ergebnis hat der Effizienzeinwand in keinem der genannten Fälle dazu geführt, dass anfänglich erhobene ernsthafte Wettbewerbsbedenken vollständig ausgeräumt wurden. In der Regel fehlte es zumindest an einer der in den Horizontal-Leitlinien niedergelegten Voraussetzungen. In zwei Fällen hatte der Effizienzeinwand allerdings – wenn auch nur partiell – Erfolg. In dem Verfahren Deutsche Börse/NYSE Euronext bejahte die Europäische Kommission teilweise das Vorliegen der geltend gemachten Effizienzen, sah diese aber nicht als ausreichend an, um die prognostizierten negativen Wettbewerbseffekte zu beseitigen. In dem Fall UPS/TNT Express hat der Effizienzeinwand offenbar dazu geführt, dass Wettbewerbsbedenken

---

193 EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EU C 31 vom 5. Februar 2004, S. 5, Tz. 76 ff.

194 Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 758.

195 Bei Redaktionsschluss waren die Entscheidungen in den Zweite-Phase-Fällen Nynas/Shell/Harburg Refinery, Aegean/Olympic II, Munksjö/Ahlstrom und UPS/TNT Express noch nicht veröffentlicht. Der Pressemitteilung der Europäischen Kommission zu ihrer Freigabeentscheidung im Verfahren Nynas/Shell/Harburg Refinery lässt sich entnehmen, dass die Europäische Kommission auch positive Auswirkungen des Zusammenschlusses festgestellt hat. Sie geht davon aus, dass Nynas erhebliche Einsparungen bei den variablen Kosten für seine zusätzlichen Lieferungen erzielen würde, die das Unternehmen in gewissem Umfang an die Verbraucher weitergeben dürfte; vgl. EU-Kommission, Pressemitteilung vom 2. September 2013, IP/13/804.

196 Vgl. EU-Kommission, Pressemitteilung vom 30. Januar 2013, IP/13/68.

auf einigen der betroffenen räumlichen Märkte entfielen.<sup>197</sup> Die Zusammenschlussparteien konnten dennoch die Untersagung ihres Vorhabens nicht verhindern.

#### 2.4.4.1 Voraussetzungen des Effizienzeinwands

**736.** In den Verfahren Ryanair/Aer Lingus III, Deutsche Börse/NYSE Euronext, Syniverse/MACH sowie US Airways/American Airlines war die Überlegung der Europäischen Kommission relevant, dass der nach dem jeweiligen Zusammenschluss verbleibende Wettbewerbsdruck maßgeblich dafür ist, dass die erreichten Effizienzvorteile auch an die Verbraucher weitergegeben werden. Da in allen vier Zusammenschlussfällen mit der Entstehung monopolartiger bzw. monopolistischer Stellung zu rechnen war, hielt die Wettbewerbsbehörde eine Weitergabe zugunsten der Verbraucher für sehr unwahrscheinlich und sah die Voraussetzungen des Effizienzeinwands als nicht erfüllt an. Dies macht erneut deutlich, dass es für Unternehmen, die infolge eines Zusammenschlusses über sehr starke Marktstellungen verfügen, sehr schwierig ist, wettbewerblichen Bedenken mittels Effizienzeinwand zu begegnen. Nahezu unmöglich erscheint dies für Unternehmen, die nach einem Zusammenschluss monopolartige oder monopolistische Stellungen einnehmen. Nach Auffassung der Monopolkommission ist eine restriktive Anwendung des Effizienzeinwands vonseiten der Europäischen Kommission in diesen Fällen sachgerecht, da derartige Marktstrukturen gerade von dem Fehlen eines ausreichenden Wettbewerbsdrucks gekennzeichnet sind.

**737.** Das Vortragen von Effizienzgewinnen könnte daher am ehesten für Unternehmen sinnvoll erscheinen, die auch nach Durchführung ihres Vorhabens nicht Marktführer werden. Diese Voraussetzung ist in den typischen Lückenfällen gegeben, in denen zwar das SIEC-Kriterium erfüllt ist, jedoch keine marktbeherrschende bzw. monopolistische Stellung erlangt wird. Eine solche Konstellation lag während des Berichtszeitraums in dem Verfahren Hutchison 3G Austria/Orange Austria vor, in dem die Parteien auch nach dem Zusammenschluss nicht Marktführer geworden wären. Obgleich die Parteien in diesem Verfahren Effizienzen geltend gemacht haben, verneinte die Europäische Kommission auch insoweit das Vorliegen der erforderlichen Voraussetzungen und berücksichtigte die vorgetragenen positiven Auswirkungen des Zusammenschlusses nicht.

**738.** In dem Verfahren US Airways/American Airlines, das den Passagierflugverkehr betraf, machten die Zusammenschlussparteien auf der Grundlage einer ökonomischen Studie geltend, dass ihr Vorhaben zu Effizienzvorteilen für Passagiere von Anschlussflügen in Form geringerer Verspätungen und eines geringeren doppelten Preisaufschlags führen würde. Die Europäische Kommission setzte sich nur knapp mit dem Vorbringen auseinander. Zum einen zog sie einige der von den Parteien in der vorgelegten Studie getroffenen Annahmen in Zweifel. Zum anderen hielt sie es für sehr unwahrscheinlich, dass bei einem Zusammenschluss, der – wie hier – zu monopolartigen Stellungen des neuen Unternehmens führen würde, Effizienzen in einem solchen Umfang vorliegen könnten, dass wettbewerbliche Bedenken entfielen. Der Zusammenschluss wurde daher in der ersten Verfahrensphase nur unter Bedingungen und Auflagen erlaubt.

**739.** Ebenfalls keinen Erfolg hatte der Effizienzeinwand in dem Verfahren Ryanair/Aer Lingus III, das mit einer Verbotsentscheidung nach Art. 8 Abs. 3 FKVO endete. Ryanair argumentierte, dass substantielle Effizienzen zugunsten der Verbraucher dadurch entstehen würden, dass das Unternehmen seine Erfahrungen mit Kostensenkungen zur Verbesserung der Effizienz von Aer Lingus nutzen würde. Im Einzelnen sollten infolge des Zusammenschlusses Kosten und Ticketpreise gesenkt sowie der Verkehr auf den von Aer Lingus bedienten Kurz- und Langstrecken ausgebaut werden. Synergien ergäben sich laut Ryanair unter anderem bei Personal-, Flugzeug-, Benzin-, Wartungs-, Flughafen- und Bodenabfertigungskosten. Ryanair bezifferte das jährliche Kostensenkungspotenzial bei Aer Lingus auf etwa 50 Mio. Euro. Dieser Betrag übersteige die von Aer Lingus selbst erreichten Kosteneinsparungen in Höhe von 13 Mio. Euro. Darüber hinaus solle das Passagieraufkommen von Aer Lingus nach dem Zusammenschluss von 9,5 Mio. auf 14,5 Mio. jährliche

---

<sup>197</sup> Vgl. Almunia, J., Introductory remarks on UPS/TNT Express, Brüssel, Speech/13/84 vom 30. Januar 2013.

Passagiere erweitert werden, was die Möglichkeit zu weiteren Kostenreduzierungen eröffne. Zudem ermögliche der Zusammenschluss einen aggressiveren Wettbewerb mit US-amerikanischen Fluggesellschaften.

**740.** Die Europäische Kommission sah keine der drei erforderlichen Voraussetzungen als erfüllt an. Ryanair habe keine relevanten Informationen vorgelegt, die eine Nachprüfung der geltend gemachten Effizienzvorteile erlaube. Im Einzelnen bleibe z. B. unklar, wie Kosteneinsparungen bei Flughafen- und Bodenabfertigungsdiensten erreicht werden könnten. Denn Größenvorteile seien nicht zu erzielen, da die Zusammenschlussparteien i. d. R. unterschiedliche Flughäfen bedienten. Auch die Senkung von Wartungskosten hielt die Europäische Kommission angesichts des Umstands, dass die beteiligten Unternehmen ihre Flugzeugflotten einerseits mit Flugzeugen von Boeing und andererseits von Airbus ausgestattet hätten, für unwahrscheinlich. Die Wettbewerbsbehörde ermittelte zudem, dass der Zusammenschluss nicht kausal für die erwarteten Kostensenkungen sein würde, da die diesbezüglichen eigenen Anstrengungen von Aer Lingus bereits im Jahr 2011 Einsparungen in Höhe von über 80 Mio. Euro erbracht hätten. Für das Jahr 2012 rechne Aer Lingus mit weiteren Einsparungen in Höhe von knapp 100 Mio. Euro. Schließlich hielt die Europäische Kommission die Weitergabe möglicher Effizienzgewinne an die Verbraucher angesichts extrem hoher gemeinsamer Marktanteile der Zusammenschlussparteien für sehr unwahrscheinlich. Angesichts monopolistischer Positionen auf einigen Märkten und fehlender Marktzutrittsmöglichkeiten sei mit einer Weitergabe der Vorteile nicht zu rechnen.

#### 2.4.4.2 Teilweise Anerkennung von Effizienzgewinnen

**741.** Von besonderem Interesse sind die Ausführungen der Europäischen Kommission zu dem Effizienz einwand in dem Verfahren Deutsche Börse/NYSE Euronext. Die Europäische Kommission hat in diesem horizontalen Zusammenschlussfall das Vorliegen von Effizienzgewinnen (teilweise) bejaht und zum ersten Mal in ihrer Entscheidungspraxis die zu erwartenden Gewinne auf der Grundlage umfangreicher ökonomischer Untersuchungen quantifiziert.<sup>198</sup> Sie kam zu dem Schluss, dass die Effizienzvorteile nicht so umfangreich ausfielen, wie die Zusammenschlussparteien dargelegt hatten und im Ergebnis nicht ausreichten, um die erwarteten negativen Wirkungen des Zusammenschlusses aufzuwiegen.

**742.** Die beteiligten Unternehmen hatten Effizienzvorteile in Form von Kostensenkungen (unter anderem bei der IT), in Form eines geringeren Bedarfs an zu hinterlegenden Sicherheiten bei der Durchführung von Geschäften mit Finanzderivaten sowie in Form einer erhöhten Liquiditätsversorgung im Rahmen von Kassa- und Termingeschäften vorgebracht. Nach Auffassung der Europäischen Kommission waren die Effizienzvorteile in Form von Kostenreduzierungen nicht verifizierbar. Selbst wenn derartige Vorteile bestünden, sei unklar, ob sie auf der Fusion beruhten und inwieweit sie an die Kunden weitergereicht werden würden. Zu einem ähnlichen Ergebnis kam die Europäische Kommission auch hinsichtlich der geltend gemachten verbesserten Liquiditätsversorgung nach dem Zusammenschluss. In Bezug auf die angegebenen Ersparnisse bei der Hinterlegung von Sicherheiten bestätigte die Europäische Kommission die Nachprüfbarkeit einiger Effizienzgewinne, wenn auch nicht in der von den beteiligten Unternehmen angegebenen Höhe. Die Europäische Kommission ermittelte jedoch weiter, dass ein Teil dieser Effizienzen auch auf weniger wettbewerbsschädlichem Weg hätte erzielt werden können. Zudem rechnete sie damit, dass eintretende Effizienzvorteile lediglich zum Teil an die Verbraucher weitergereicht werden würden. Dafür spreche insbesondere der Mangel an ausreichendem Wettbewerbsdruck angesichts der monopolartigen Position der beteiligten Unternehmen nach dem Zusammenschluss. Im Ergebnis waren die festgestellten Effizienzgewinne nach Auffassung der Europäischen Kommission nicht substantiell genug, um die prognostizierten Wettbewerbsbeeinträchtigungen aufzuheben.

**743.** Bemerkenswert ist ferner, dass die Zusammenschlussparteien in dem Verfahren gesamtwirtschaftliche Effizienzvorteile wie den verbesserten Zugang von kleinen und mittleren Unternehmen zu Eigenkapital und daraus folgend die Schaffung von Arbeitsplätzen vortrugen. Da diese Vorteile unmittelbar aus der erhöhten

<sup>198</sup> Vgl. Tz. 721. ff., Tz. 763. ff.

Liquiditätsversorgung resultieren sollten, welche die Europäische Kommission als nicht belegt ansah, wurden letztlich auch die geltend gemachten Effizienzgewinne für die Gesamtwirtschaft als nicht nachprüfbar bewertet. Die Deutsche Börse hat Klage gegen die Entscheidung der Europäischen Kommission eingelegt.<sup>199</sup>

#### 2.4.4.3 Synergien in Fusionskontrollfällen

**744.** Im Berichtszeitraum gab es zwei Verfahren, in denen die beteiligten Unternehmen zwar Synergien vorbrachten und forderten, dass diese bei der Beurteilung des Sachverhalts zu beachten seien. Sie machten jedoch (zunächst) keinen Effizienzeinwand im Sinn der Horizontal-Leitlinien geltend. Die Europäische Kommission ist dem Ansinnen der Zusammenschlussparteien nicht nachgekommen, sondern hat auch in diesen Fällen eine Prüfung nach den in den Horizontal-Leitlinien festgelegten Maßstäben vorgenommen.

**745.** In dem Verfahren Outokompu/Inoxum machten die beteiligten Unternehmen zwar Synergien ihres Vorhabens geltend, beriefen sich jedoch nicht auf einen Effizienzeinwand im Sinn der Horizontal-Leitlinien. Die Europäische Kommission prüfte dennoch das Vorliegen der Voraussetzungen, wie sie in den Horizontal-Leitlinien niedergelegt sind. Sie kam zu dem Schluss, dass es jedenfalls teilweise an der notwendigen Kausalität zwischen Zusammenschluss und Effizienzen mangelte, mögliche Effizienzvorteile zudem begrenzt blieben und damit nicht ausreichten, die prognostizierten Wettbewerbsbeeinträchtigungen auszugleichen. Gleichzeitig berücksichtigte die Europäische Kommission mögliche Synergien im Rahmen ihrer ökonomischen Analyse. Sie kam auch insoweit zu dem Ergebnis, dass nur relativ wenige Synergien mit dem Zusammenschluss erzielt werden würden, weshalb eine bedingungslose Freigabe des Zusammenschlusses nicht infrage kam. In dem Verfahren Hutchison 3G Austria/Orange Austria trugen die Zusammenschlussparteien positive Auswirkungen ihres Vorhabens zunächst ebenfalls nicht in Form des Effizienzeinwands, wie er in den Horizontal-Leitlinien angelegt ist, vor. Erst in einem späteren Verfahrensstadium erhoben die Parteien ausdrücklich einen Effizienzeinwand und machten unter anderem eine Verbesserung der Netzabdeckung geltend. Die Europäische Kommission untersuchte die Nachprüfbarkeit, die Kausalität und die Wahrscheinlichkeit der Weitergabe der Effizienzvorteile an die Verbraucher und verneinte im Ergebnis alle drei Voraussetzungen.

**746.** Das dargestellte Verhalten der beteiligten Unternehmen veranlasst zu der Frage, welche Ziele sie damit verfolgten. Eine mögliche Erklärung ist die Hoffnung der Zusammenschlussparteien, die Europäische Kommission werde die zweistufige Prüfung von negativen und positiven Wettbewerbswirkungen zugunsten einer einstufigen Gesamtbetrachtung der unterschiedlichen Effekte aufgeben. Damit könnte die Erwartung verbunden gewesen sein, dass die strengen Voraussetzungen für Effizienzen nach den Horizontal-Leitlinien abgeschwächt werden und eine Beweislast erleichterung für die betroffenen Unternehmen erfolgen würde. Die Europäische Kommission könnte zu einem integrierten Vorgehen deshalb motiviert sein, weil es mit wesentlich weniger behördlichem Aufwand und einem geringeren Risiko der gerichtlichen Anfechtung verbunden sein dürfte.

**747.** Die Monopolkommission begrüßt ausdrücklich, dass die Europäische Kommission derartigen Vorstellungen nicht nachgekommen ist, sondern auch in den genannten Fällen eine zweistufige Untersuchung der potenziellen negativen und positiven Zusammenschlusseffekte vorgenommen hat. Dieses Vorgehen gewährleistet größtmögliche Transparenz der Entscheidungsgründe und erhöht damit ihre Nachvollziehbarkeit für Beteiligte und Dritte. Daneben wird die Anwendung der in den Horizontal-Leitlinien festgelegten Beweislastregelung sichergestellt. Die Monopolkommission verkennt nicht, dass im Rahmen von quantitativen Untersuchungen eine zweistufige Vorgehensweise aus methodischen Gründen nicht immer möglich oder praktikabel ist. Dies ist unter der Voraussetzung hinzunehmen, dass die Beweislast für Effizienzen auch insofern bei den Zusammenschlussparteien verbleibt. Daraus folgt, dass die Parteien, die z. B. Kostenein-

<sup>199</sup> EuG, T-175/12: Klage eingereicht am 12. April 2012 – Deutsche Börse/Kommission, ABl. EU C 174 vom 16. Juni 2012, S. 25.



sparungen aufgrund des Zusammenschlusses geltend machen, auch die entsprechenden Daten an die Wettbewerbsbehörde übermitteln müssen.

## 2.5 Abhilfemaßnahmen

**748.** Gelangt die Europäische Kommission im Rahmen ihrer Prüfung zu der Erkenntnis, dass durch den Zusammenschluss Anlass zu ernsthaften wettbewerblichen Bedenken besteht, haben die beteiligten Unternehmen die Möglichkeit, durch Änderung ihres Zusammenschlusses eine Freigabe gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. b i. V. m. Abs. 2 FKVO in der ersten Verfahrensphase oder gemäß Art. 8 Abs. 2 FKVO in der zweiten Verfahrensphase zu erhalten. Insgesamt gingen im aktuellen Berichtszeitraum 560 Anmeldungen bei der Europäischen Kommission ein. Davon wurden 20 Vorhaben in der ersten Verfahrensphase und acht Vorhaben in der zweiten Verfahrensphase unter Bedingungen und Auflagen erlaubt. In drei Fällen hielt die Europäische Kommission die angebotenen Verpflichtungszusagen für unzureichend und sprach Unter sagungsentscheidungen aus.

**749.** Positiv ist zu werten, dass die Europäische Kommission in den Jahren 2012 und 2013 bei horizontalen Zusammenschlüssen in aller Regel Veräußerungsangebote angenommen hat. Diese strukturellen Abhilfemaßnahmen haben sich bereits in vorangegangenen Entscheidungen als das wirkungsvollste Mittel erwiesen, um wettbewerbliche Bedenken nachhaltig zu beseitigen. Im Gegensatz zu bloßen Verhaltenszusagen, die zwar bei Nichteinhaltung ebenfalls mit einem empfindlichen Bußgeld geahndet werden können,<sup>200</sup> dienen Veräußerungszusagen, entsprechend der Funktion der Fusionskontrolle im Allgemeinen, der Aufrechterhaltung kompetitiver Marktstrukturen.<sup>201</sup> Der Umfang kann bei Veräußerungszusagen stark variieren und ist stets von der Wettbewerbssituation auf dem betroffenen Markt abhängig.

### 2.5.1 Veräußerungszusagen

**750.** Der einfachste Fall einer strukturellen Abhilfemaßnahme betrifft die Veräußerung einzelner Betriebsstätten oder des gesamten Geschäftsbereichs, auf den die wettbewerblichen Bedenken zurückzuführen sind. So war in einigen Fällen bereits die Veräußerung einer einzigen Produktionsstätte ausreichend, vor allem sofern sich die wettbewerblichen Bedenken der Europäischen Kommission auf einen regional überschaubaren Bereich bezogen. In dem Zusammenschlussfall Arla Foods/Milk Link ergaben sich hohe gemeinsame Marktanteile von 60 bis 70 Prozent sowie Möglichkeiten und Anreize zur Preiserhöhung im Vereinigten Königreich. Während des Verfahrens stellte die Europäische Kommission fest, dass durch Importe kein hinreichender Wettbewerbsdruck bestand. Zudem beabsichtigte Arla Foods, auf anderen Märkten zu expandieren, wie in Deutschland durch den beabsichtigten Erwerb der Milch Union Hocheifel, was den schwachen Wettbewerbsdruck durch Importe weiter hätte abflachen lassen. Darüber hinaus war nach Auffassung der Europäischen Kommission die Nachfragemacht der Abnehmer nicht geeignet, Preisanstiege zu verhindern. Die beteiligten Unternehmen verpflichteten sich daher zur Veräußerung einer Produktionsstätte für haltbare Milch im Westen Englands.

**751.** Im Rahmen von Veräußerungsangeboten nahm die Europäische Kommission auch alternative Zusagen entgegen. Der Zusammenschluss DS Smith/SCA Packaging hätte in der ursprünglich beantragten Form zu wettbewerblichen Bedenken auf dem Markt für die Produktion und den Vertrieb von Wellpappverpackung im Vereinigten Königreich und in der Bretagne geführt. Neben der Veräußerung eines Werks für bedruckte und laminierte Wellpappverpackung in Darlington von SCA wurde die Veräußerung einer von drei Produktionsstätten für Wellpappe in der Bretagne sowie der Verkauf einer der zwei einzigen Produktionsstätten für hochfeste Wellpappverpackung im Vereinigten Königreich angeboten, wahlweise in Monmouth, Wales von DS Smith oder Hinckley in England von SCA Packaging. Der Annahme alternativer Zusagen-

<sup>200</sup> Nach Art. 14 Abs. 2 lit. d FKVO sind Geldbußen bis zu zehn Prozent des von den beteiligten Unternehmen erzielten Gesamtumsatzes möglich.

<sup>201</sup> Mitteilung der Kommission über nach der VO Nr. 139/2004 des Rates und der VO Nr. 802/2004 der Kommission zulässige Abhilfemaßnahmen, ABl. EU C 267 vom 22. Oktober 2008, S. 1, Tz. 17.

angebote steht nach Auffassung der Monopolkommission nichts entgegen, sofern bei Durchführung jeder der Alternativen die aufgeworfenen Wettbewerbsbedenken beseitigt werden. Unter dieser Voraussetzung ist es positiv zu bewerten, dass durch eine alternativ ausgeformte Abhilfemaßnahme die unternehmerische Entscheidungsfreiheit der beteiligten Unternehmen so weit wie möglich gewahrt wird.

### 2.5.2 Lebensfähigkeit des zu veräußernden Geschäftsbereichs

**752.** Besondere Bedeutung legte die Europäische Kommission während des Berichtszeitraums auf die Lebensfähigkeit des zu veräußernden Geschäftsbereichs. Zur Sicherstellung der Lebensfähigkeit hielt sie in einigen Fällen zusätzliche Maßnahmen wie Belieferungsverpflichtungen, die Zurverfügungstellung von Know-how oder die Gewährung von Lizenzen gegenüber dem Erwerber für erforderlich. Im Rahmen des Erste-Phase-Verfahrens Kinnevik/Billerud/Korsnäs verpflichteten sich die beteiligten Unternehmen nicht nur zur Veräußerung eines Papierwerks mit den zwei Geschäftsbereichen für weißes Kraftsackpapier und für weißes maschinengefertigtes bzw. ungeglättetes Kraftpapier, sondern flankierend zur Belieferung des Erwerbers mit wesentlichen Vorleistungsprodukten. In dem Erste-Phase-Fall SCA/Georgia-Pacific Europe, der durch Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung Auswirkungen auf den Markt für Haushaltstücher und Toilettenpapier in Schweden, England, Irland und den Niederlanden zur Folge gehabt hätte, unterbreiteten die beteiligten Unternehmen ebenfalls sowohl strukturelle als auch verhaltensorientierte Zusagen. In Schweden sollte eine Produktionsstätte einschließlich der Ausstattung und aller dazugehörigen Lizenzen veräußert werden und eine Übernahme der bestehenden Kundenverträge erfolgen. Um die Lebensfähigkeit der Papiermühle sicherzustellen, sollte zusätzlich eine weitere Verarbeitungslinie aus einer anderen Produktionsstätte für das Werk in Schweden bereitgestellt werden. Im Vereinigten Königreich und Irland wurden neben einer Produktionsstätte einschließlich Lizenzen und Lieferverträgen aufgrund des starken Markenimage zusätzlich fünf Marken von Georgia-Pacific Europe veräußert. Um die nicht koordinierten Effekte in den Niederlanden zu beseitigen, boten die beteiligten Unternehmen eine einjährige Exklusivlizenz für zwei Marken von SCA für die Niederlande und darüber hinaus für Belgien und Luxemburg an. Zwar waren in Belgien und Luxemburg keine Auswirkungen des Zusammenschlusses zu befürchten, die Maßnahme sollte aber gleichwohl die Lebensfähigkeit des Geschäfts gewährleisten.

**753.** Der Fall SCA/Georgia-Pacific Europe zeigt, dass die Europäische Kommission auch in der ersten Verfahrensphase komplexe Zusagenpakete, die sich aus strukturellen und verhaltensorientierten Zusagen zusammensetzen und zum Teil sogar über die aufgeworfenen Wettbewerbsprobleme hinausgehen, annimmt. Es ist schwer nachvollziehbar, wie solch weitreichende Paketlösungen innerhalb der für die erste Verfahrensphase vorgesehenen 35 Arbeitstage erarbeitet werden können. Das Vorbringen derartiger Paketlösungen in dieser kurzen Frist ist vielmehr ein Indiz dafür, dass dem informellen Vorverfahren eine wesentlich bedeutendere Rolle beizumessen ist, als die Bezeichnung vermuten lässt. In der europäischen Fusionskontrollpraxis werden informelle Vorgespräche in der sogenannten Prä-Notifizierungsphase häufig dazu verwendet, komplexe Sach- und Rechtsfragen zu klären, um bereits in der ersten Verfahrensphase eine Freigabe zu erlangen.<sup>202</sup> Die Monopolkommission erkennt ein gewisses Bedürfnis der Verfahrensbeteiligten für eine erste informelle Kontaktaufnahme an. Sie bewertet eine weitgehende Verlagerung des Verfahrens in die Prä-Notifizierungsphase allerdings unter anderem deshalb als problematisch, weil auf diese Weise die gesetzlich festgelegten Beteiligungsrechte der Mitgliedstaaten erheblich eingeschränkt werden. So ist etwa der Beratende Ausschuss nach Art. 19 Abs. 3 FKVO lediglich vor Entscheidungen in der zweiten Verfahrensphase anzuhören.

**754.** In dem Zusammenschlussvorhaben Südzucker/ED&F MAN stellte die Europäische Kommission fest, dass durch den Zusammenschluss der beiden Zuckerproduzenten eine marktbeherrschende Stellung für die Belieferung mit weißem Zucker für Nahrungsmittelhersteller auf dem italienischen Markt begründet worden wäre. Die Zuckerindustrie ist ein europaweit regulierter Markt, der besonders auf der Importebene wett-

<sup>202</sup> Vgl. Körber, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 1: EU/Teil 2, 5. Aufl., München 2012, Art. 6 FKVO Rn. 5, 7.

bewerbliche Defizite aufweist, da die Europäische Union die Einfuhr von Zucker mit Importquoten reguliert und bereits hierdurch eine Abschottung der Märkte herbeiführt. Zusammenschlüsse in regulatorisch abgeschotteten Märkten weisen insbesondere dann ein hohes Konfliktpotenzial auf, wenn das zu übernehmende Unternehmen aus einem Land mit historisch hohen Preisen stammt. Gegenstand der Veräußerungszusage war die zweitgrößte Raffinerie für Rohrohrzucker innerhalb der EU, die für den süditalienischen Markt strategisch wichtig ist. Um die Lebensfähigkeit des zu veräußernden Geschäfts sicherzustellen, sollten die bestehenden Lieferverträge mit drei Abnehmern für Rohrohrzucker ebenfalls an den Käufer übertragen werden. Alternativ hatten die Zusammenschlussbeteiligten angeboten, bei einem Scheitern der Vertragsübernahme eine Abnahmegarantie einzuräumen. Da sich diese nicht auf die in den Lieferverträgen vereinbarten günstigen Preise, sondern nur auf die dort ausgewiesenen Mengen bezog, lehnte die Europäische Kommission das Alternativangebot als nicht ausreichend ab. Der Zusammenschluss wurde erst freigegeben, nachdem die beteiligten Unternehmen im dritten Anlauf ein Zusageangebot, welches auch die Lieferverträge mit den drei Abnehmern beinhaltete, unterbreitet hatten.

**755.** Um die Lebensfähigkeit des zu veräußernden Geschäftsbereichs sicherzustellen, hat die Europäische Kommission in einigen Fällen auch Abhilfemaßnahmen auferlegt, die in ihrer Reichweite über die festgestellten Wettbewerbsbedenken hinausgingen, z. B. in den Fällen SCA/Georgia-Pacific Europe und J&J/Synthes. Der Zusammenschluss von J&J und Synthes, zwei Herstellern von orthopädischen Medizinprodukten, hätte in der ursprünglichen Form zu marktbeherrschenden, teilweise sogar monopolartigen Stellungen auf verschiedenen nationalen Märkten für Traumaprodukte geführt. Obwohl es sich nicht um einen einheitlichen Weltmarkt, sondern um nationale Märkte handelt, musste J&J im Zuge der Veräußerung ihres gesamten Traumageschäftes im EWR den Verkauf einer Produktionsstätte des Tochterunternehmens De Puy in Miami oder alternativ ein Werk in der Schweiz anbieten. Um die Lebensfähigkeit sicherzustellen, mussten die beteiligten Unternehmen zusätzlich eine Belieferungsverpflichtung gegenüber dem Käufer gewähren und diesem das entsprechende Know-how überlassen sowie eine Option zur Übernahme von Personal einräumen.

### 2.5.3 Marktöffnungs- und Verhaltenszusagen

**756.** Bei Zusammenschlüssen mit vertikalen Effekten hat die Europäische Kommission eine Reihe von Marktöffnungszusagen und reinen Verhaltenszusagen angenommen. Für die Zusammenschlüsse Glencore/Xstrata und FrieslandCampina/Z&V und den Hollander mussten die beteiligten Unternehmen auf ihre Alleinbelieferungsrechte durch bestimmte Lieferanten verzichten und die entsprechenden Verträge an Wettbewerber abgeben. Des Weiteren sollte mit zusätzlichen Nebenabreden der Ausschluss einer weiteren Belieferung durch den bisherigen Lieferanten sichergestellt werden.

**757.** Bei der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens von ARM/Giesecke&Devrient/Gemalto, die den Markt für TEEs (Trusted Execution Environments), eine gesicherte Umgebung auf Mikrochips in mobilen Kommunikationsgeräten, betraf, prüfte die Europäische Kommission, ob für ARM die Möglichkeit und der Anreiz bestünden, den Zugang zu dem vorgelagerten Markt für die TrustZone einzuschränken. Das Vorhaben wurde unter der Bedingung freigegeben, dass den anderen Marktteilnehmern der Zugang zu diesem entscheidenden Vorprodukt zu gewähren sei. Das Zusammenschlussvorhaben von GE/Avio, zwei Anbietern von Motorenbauteilen für die zivile und militärische Luftfahrt, führte in der angemeldeten Form ebenfalls zu vertikalen Effekten. Im Bereich der zivilen Luftfahrt ist Avio als Produzent von Getrieben und Motorenteilen für die Wettbewerber von GE tätig. Um eine Verschlusswirkung durch Abschottung auszuschließen, mussten die beteiligten Unternehmen zusichern, dass in Zukunft keine Lieferverzögerungen zulasten von Pratt & Whitney, einem Wettbewerber von GE, stattfinden werden. Da sich mit GE und Avio zwei Zulieferer für konkurrierende militärische Flugsysteme zusammenschließen – Avio ist Zulieferer des Eurojet-Konsortiums, GE ist Zulieferer von Boeing – mussten sie sich außerdem verpflichten sicherzustellen, dass die strategischen Informationen über den Eurojet geschützt bleiben.

**758.** Reine Verhaltensmaßnahmen haben im Gegensatz zu Veräußerungen keinen Einfluss auf die Marktstruktur, bedürfen eines aufwendigen Monitoring und sind nach Auffassung der Monopolkommission schon daher in aller Regel ungeeignet, bestehende Wettbewerbsbedenken auszuräumen. Abhilfemaßnahmen, die sich in reinen Belieferungspflichten erschöpfen, bieten den verpflichteten Unternehmen vielfache Möglichkeiten zur Diskriminierung von Abnehmern, sei es hinsichtlich der Qualität, der Liefermenge, der Lieferfristen oder des Preises. In dem erwähnten Fall ARM/Giesecke&Devrient/Gemalto hatte die Europäische Kommission allerdings ermittelt, dass eine Lieferverpflichtung bereits vor dem Gründungsvorhaben des Gemeinschaftsunternehmens gegenüber dritten Unternehmen bestand und befolgt wurde. Dies könnte als Beleg für die Praxistauglichkeit der Verhaltenszusage auch im Nachgang zu dem konkreten Zusammenschluss gewertet worden sein. Die Entscheidung GE/Avio enthält bedauerlicherweise aufgrund der starken Kürzung wegen des strategischen, militärischen Geschäfts um den Eurojet keine Hinweise dazu, ob auch bestimmte Liefermengen und -preise für den Wettbewerber Pratt & Whitney zugesichert werden mussten. Der Ausschluss von Lieferverzögerungen alleine kann nach Ansicht der Monopolkommission jedenfalls nicht als ausreichend angesehen werden, um mögliches Diskriminierungspotenzial des zusammengeschlossenen Unternehmens zu beseitigen. Erhebliche Bedenken bestehen auch gegenüber der Wirksamkeit von sogenannten chinese walls innerhalb eines Unternehmens. Aufgrund der vielfältigen möglichen Berührungspunkte von Mitarbeitern verschiedener Geschäftsbereiche innerhalb eines Unternehmens ist eine solche Zusage jedenfalls nicht verlässlich und lückenlos zu überwachen.

#### 2.5.4 Upfront-Buyer-Zusagen

**759.** Im Berichtszeitraum hat die Europäische Kommission Zusagenangebote in einigen Fällen nur unter der Bedingung angenommen, dass bereits eine bindende Verpflichtung mit einem Käufer vorgelegt werden konnte (Upfront-buyer-Lösung). Hierzu zählen – soweit ersichtlich – die Fälle Hutchison 3G Orange/Austria Orange, UPS/TNT Express, Syniverse/MACH und – in der ersten Verfahrensphase – Crane Co/Mei Group. Der Zusammenschluss von Syniverse/MACH hätte auf den neuen Technologiemarkten für Roaming-Dienste (Datenclearing- und Near Trade Roaming Data Exchange-Dienste) zu einer monopolartigen Stellung innerhalb des EWR geführt. Neben den hohen Marktanteilen bestand keine Nachfragemacht der Abnehmer, Markteintritte waren nicht zu erwarten und ein Wechsel zu anderen Anbietern schied für die Kunden aus, weil die verbleibenden Anbieter aufgrund ihrer Größe nur über eingeschränkte Kapazitäten verfügten. Zwar boten die beteiligten Unternehmen bereits in ihrer ersten Verpflichtungszusage an, das DC- und NTRDE-Geschäft von MACH im EWR zu veräußern. Jedoch konnte zu diesem Zeitpunkt nicht mit der Lebensfähigkeit des zu veräußernden Geschäfts gerechnet werden. Die weiteren Verpflichtungszusagen griffen diese Kritik auf und sahen zusätzlich die Überlassung von Schlüsselpersonal, Hardware und herstellerspezifischer Software sowie die Übernahme einiger wichtiger bestehender Kundenverträge vor. Darüber hinaus stellte die Europäische Kommission spezielle Bedingungen an den Käufer: Dieser muss bereits Erfahrungen auf den Technologiemarkten vorweisen und die beiden Geschäftsbereiche DC und NTRDE in sein Produktportfolio aufnehmen können. Zudem musste er der Europäischen Kommission im Rahmen einer upfront-buyer-Lösung präsentiert werden.

**760.** Bei dem Zusammenschluss von Hutchison 3G Austria/Orange Austria, zwei österreichischen Anbietern von mobilen Telekommunikationsdienstleistungen, wäre mit Orange ein besonders wichtiger Wettbewerber entfallen.<sup>203</sup> Das Unternehmen setzte auf eine Niedrigpreisstrategie und war dadurch in der Lage, einen erheblichen Wettbewerbsdruck auf die großen Mobilfunkanbieter auszuüben. Die Europäische Kommission gelangte durch ihre Analyse zu dem Ergebnis, dass nach dem Zusammenschluss erhebliche Preissteigerungen möglich seien, da das zusammengeschlossene Unternehmen das bisherige preisaggressive Verhalten einstellen werde. Um diese Bedenken zu beseitigen, sagte H3G zu, einem virtuellen Netzbetreiber 30 Prozent seiner Netzkapazitäten für die nächsten 10 Jahre anzubieten. Durch den Aufbau eines Newcomers mit vergleichbarer Niedrigpreisstrategie sollte der Marktaustritt von Orange kompensiert werden. Erhebliche

<sup>203</sup> Vgl. Tz. 657. ff., Tz. 697. ff., Tz. 737., Tz. 745. f.

Bedenken aufgrund des Rückgangs von vier auf drei Anbieter hatten auch die österreichische Bundeswettbewerbsbehörde und die österreichische Telekom-Control-Kommission (TKK). Sie monierten, dass H3G laut dem ersten Zusageangebot die Gebühren für die Netzkapazitäten einseitig vorgeben würde und neue Technologien wie LTE unberücksichtigt blieben. Die Europäische Kommission bestand auch in diesem Verfahren auf einer upfront-buyer-Lösung, die H3G durch eine Vereinbarung mit dem Unternehmen UPC erfüllte. Die finale Verpflichtungszusage enthielt außerdem eine Auflage, wonach H3G ein Auktionspektrum von zweimal zehn MHz innerhalb des Veräußerungsspektrums von 2.6 GHz für die TKK reserviert, das im Jahr 2013 im Rahmen einer Auktion versteigert werden sollte.

**761.** Laut Presseberichten hat sich nach dem Zusammenschluss trotz der Abhilfemaßnahmen und der Upfront-buyer-Zusage die wettbewerbliche Situation auf dem österreichischen Mobilfunkmarkt verschlechtert. Der Markt ist nach dem Zusammenschluss durch eine hohe Marktkonzentration der drei verbliebenen Anbieter Telekom Austria, T-Mobile Austria und H3G geprägt. In der Folge des Zusammenschlusses kam es zu erheblichen Preissteigerungen. Zuletzt erhöhte der virtuelle Betreiber Bob seine Preise je nach Tarif zwischen 20 und 83 Prozent.<sup>204</sup> Auch gelang es nicht, die reservierten Frequenzen in der Herbstauktion vergangenen Jahres an einen Newcomer zu versteigern; lediglich die drei führenden Anbieter sicherten sich dort Frequenzen und den LTE-Zugang für einen Gesamtpreis von zwei Mrd. Euro.<sup>205</sup> UPC hat zwischenzeitlich angekündigt, seinen Markteintritt in Form eines virtuellen Mobilfunknetzbetreibers (MVNO, mobile virtual network operator) frühestens Ende dieses Jahres zu realisieren.

**762.** Der Fall Hutchison 3G Austria/Orange Austria zeigt, dass selbst bei Abschluss einer Upfront-buyer-Zusage nicht immer gewährleistet ist, dass die erwarteten negativen Auswirkungen eines Zusammenschlusses ausbleiben. In dem vorliegenden Fall reichte es nicht aus, dass die schuldrechtliche Vereinbarung mit dem Erwerber UPC vor dem Zeitpunkt des Zusammenschlussvollzugs abgeschlossen worden war. Denn der Marktzutritt von UPC, der mit dem Erwerb von Kapazitäten ermöglicht werden sollte, fand bis heute nicht statt. Die Europäische Kommission wird in Zukunft noch stärker darauf achten müssen, dass der mit der Upfront-buyer-Zusage verfolgte Erfolg auch tatsächlich und zeitnah eintritt (im vorliegenden Fall z. B. durch Nutzung der erworbenen Kapazitäten auf dem betroffenen Markt und Erwerb und Nutzung der reservierten Frequenzen durch einen geeigneten Wettbewerber). Ein erster Schritt in diese Richtung könnte darin bestehen, einem potenziellen Erwerber in der schuldrechtlichen Vereinbarung eine Frist für seinen Marktzutritt bzw. die Nutzung der erworbenen Kapazitäten auf dem betroffenen Markt vorzugeben; eine solche Vorgabe müsste gegebenenfalls mit einer Vertragsstrafe bei Nichterfüllung verbunden werden. Sollte sich auch eine solche Maßnahme nicht als ausreichend erweisen, ist darüber nachzudenken, ob in Einzelfällen das Vollzugsverbot für die Zusammenschlussparteien bis zur Erfüllung der vereinbarten Verpflichtungen durch den Erwerber gelten soll.

### 2.5.5 Unzureichende Zusageangebote

**763.** In dem Fall Deutsche Börse/NYSE Euronext haben die beteiligten Unternehmen unter anderem eine informelle Zusage angeboten. Die Europäische Kommission hat diese wie das gesamte vorgelegte Zusagepaket nicht angenommen und das Vorhaben untersagt. Durch den beabsichtigten Zusammenschluss wäre auf dem Markt für den weltweiten Börsenhandel mit europäischen Finanzderivaten eine monopolartige Stellung entstanden. Die von den beteiligten Unternehmen vorgetragenen möglichen Effizienzgewinne reichten nach Ansicht der Europäischen Kommission nicht aus, um die auftretenden Wettbewerbsprobleme auszugleichen.<sup>206</sup> Die Parteien schlugen daher in einem ersten und zweiten Zusageangebot vor, das Derivategeschäft auf Einzelaktien zu veräußern. Aufgrund des folgenden Markttests stellte die Europäische Kommission fest, dass dieses Paket eine überwiegend unattraktive Zusammenstellung von Finanzprodukten der Parteien beinhaltete und ein potenzieller Käufer in vergleichbarem Umfang wie die Parteien im Börsen-

<sup>204</sup> Vgl. APA, A1: Neue Mobilfunkker könnten Preiskampf wieder ankurbeln, derStandard.at, 30. Januar 2014.

<sup>205</sup> Vgl. APA, Zwei Milliarden Euro für Mobilfunk-Frequenzen, Salzburger Nachrichten, 22. Oktober 2013.

<sup>206</sup> Vgl. Tz. 721. ff.

handel aktiv sein müsste, um das Geschäft erfolgreich betreiben zu können. Die Parteien besserten ihr Angebot nach und boten im Rahmen der dritten und vierten Verpflichtungszusage eine neue Zusammenstellung des zu veräußernden Geschäftsbereichs an. Ergänzend sollten sie dem Käufer eine Lizenz für die Software zum Zinsderivatehandel gewähren. Der Markttest ergab, dass die angebotene Software ohne nennenswerten Aufwand auch selbst hergestellt oder von einem dritten Anbieter bezogen werden könnte. Auch die Zusammenstellung des Derivategeschäfts auf Einzelaktien war nicht geeignet, die Lebensfähigkeit des zu veräußernden Geschäfts zu gewährleisten, da es sich überwiegend um Nischenprodukte handelte und wichtige Finanzprodukte wie Stock Futures und Optionen nicht enthalten waren. Neben diesen qualitativen Defiziten entsprach das Paket lediglich 15 Prozent des Handelstagesvolumens und war somit nicht ausreichend, um einen neuen Wettbewerber etablieren zu können. Hinzu kam, dass der Marktzugang von zahlreichen weiteren Bedingungen abhängig ist.

**764.** Schließlich legten die beteiligten Unternehmen eine informelle Verhaltenszusage vor, um eine Freigabe des Zusammenschlussvorhabens zu erreichen. Diese Verhaltenszusage zielte darauf ab, die Handels- und Clearinggebühren über einen Zeitraum von drei Jahren einzufrieren. Positiv ist zu werten, dass die Europäische Kommission dieses informelle Angebot ablehnte. Zuzustimmen ist ferner den Feststellungen der Europäischen Kommission zum generellen Umgang mit informellen und Verhaltenszusagen: Grundsätzlich sei die Europäische Kommission nicht verpflichtet, informelle Zusagen überhaupt zu berücksichtigen, geschweige denn zu bewerten. Zusagen über zukünftiges Verhalten können nur in Ausnahmefällen angenommen werden, wenn deren Umsetzung vollständig gewährleistet ist. Zwingend erforderlich hierfür sei eine effektive Durchführung der Verhaltenszusage, ein vollständiges Monitoring sowie der Ausschluss des Risikos wettbewerbsverzerrender Auswirkungen. Die Europäische Kommission äußerte insoweit erhebliche Bedenken in Bezug auf das Einfrieren der Handels- und Clearinggebühren, da diese auf einer Vielzahl an komplexen und intransparenten Rabattregeln basierten. Die angebotene Verhaltenszusage sei zu komplex, um sie umzusetzen bzw. ein Monitoring durchführen zu können. Außerdem seien die Gebühren von der Marktentwicklung, den rechtlichen und regulatorischen Rahmenbedingungen sowie weiteren Umständen abhängig. In der Vergangenheit habe sich ferner gezeigt, dass der Wettbewerb ein wesentlich effizienteres Mittel zur Kostenreduzierung sei als eine Preisregulierung.

**765.** Nachdem die Europäische Kommission im Fall Ryanair/Aer Lingus bereits 2006 ihre erste und 2009 ihre zweite Untersagungsentscheidung erlassen hatte, stand sie im Berichtszeitraum erneut vor der Prüfung des Zusammenschlussvorhabens der beiden Fluggesellschaften.<sup>207</sup> Durch das Vorhaben wäre es auf insgesamt 46 Strecken im Passagierflugverkehr zu marktbeherrschenden oder monopolartigen Stellungen gekommen. Die von den beteiligten Unternehmen vorgetragenen Effizienzen erkannte die Europäische Kommission nicht an. Ryanair unterbreitete mehrere Zusagenangebote, um die Wettbewerbsbedenken der Europäischen Kommission zu beseitigen. Das letzte Angebot umfasste im Wesentlichen die Veräußerung des Geschäfts von Aer Lingus auf 43 Strecken an Flybe sowie die Abgabe von Start- und Landerechten für drei Strecken an IAG/British Airways, wobei sich die beiden Unternehmen verpflichteten, die jeweiligen Strecken drei Jahre lang zu bedienen. Die Europäische Kommission zweifelte an der zeitnahen Umsetzbarkeit der Zusagen und war auch nicht überzeugt, dass die entsprechenden Abhilfemaßnahmen langfristig die gewünschte Wirkung haben würden. Ihrer Einschätzung nach wäre weder Flybe noch IAG/British Airways in der Lage gewesen, ausreichenden Wettbewerbsdruck auf das zusammengeschlossene Unternehmen auszuüben.

## 2.6 Rechtsprechung

**766.** Während des Berichtszeitraums sind mehrere Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Union im Bereich der Fusionskontrolle ergangen. Ein Fall der Drittklage gegen eine Freigabeentscheidung stellt das Verfahren Cisco und Messagenet/Europäische Kommission dar. In dem Verfahren *Électricité de*

<sup>207</sup> Vgl. Tz. 714. ff., 736. ff.

France/Europäische Kommission ging es um die Frage der Umsetzungsfristen von Abhilfemaßnahmen. Das Urteil des Gerichts in dem Verfahren *Electrabel/Europäische Kommission* enthält interessante Ausführungen zum Kontrollerwerb aufgrund einer Minderheitsbeteiligung. Von besonderer Bedeutung sind daneben die Urteile *Agrofert Holding/Europäische Kommission* und *Édition Odile Jacob SAS/Europäische Kommission* des Gerichtshofs, in denen Fragen des Aktenzugangs in Fusionskontrollverfahren entschieden wurden.

**767.** In dem Verfahren *Cisco und Messagenet/Europäische Kommission* wendeten sich die Kläger gegen die Freigabeentscheidung in dem Fusionskontrollverfahren *Microsoft/Skype*. Der Gerichtshof wies die Klage vollumfänglich ab.<sup>208</sup> Besonders interessant sind seine Ausführungen zu horizontalen Auswirkungen des Zusammenschlusses bei sehr hohen Marktanteilen sowie zu möglichen konglomeraten Effekten. Auf dem Markt der Internetkommunikation für Privatkunden erreichte das zusammengeschlossene Unternehmen Anteile von 80 bis 90 Prozent. Dennoch bestätigte das Gericht die Auffassung der Europäischen Kommission, der zufolge keine negativen Wettbewerbswirkungen zu befürchten seien. Hohe Marktanteile sowie hohe HHI-Werte könnten zwar ein wichtiges Indiz für das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung bilden. Im vorliegenden Fall könne der hohe Marktanteil aber schnell wieder verloren gehen, da es sich um einen jungen, stark expandierenden Sektor mit kurzen Innovationszyklen handle. Zudem würden entsprechende Dienstleistungen auf diesem Markt üblicherweise kostenlos angeboten, sodass ein Anbieter mit einer auf die Erzielung von Nutzerentgelten ausgerichteten Geschäftspolitik das Risiko eingehen würde, die Attraktivität seiner Dienste zu vermindern und seine Kunden an kostenlose Dienste von Konkurrenten zu verlieren. Die Kläger hatten sich außerdem auf mögliche konglomerate Effekte des Zusammenschlusses gestützt und vorgebracht, dass Microsoft mit dem Zusammenschluss eine privilegierte Interoperabilität zwischen Lync, seinem Produkt auf dem Geschäftskommunikationsmarkt, und Skype und dessen Nutzern herstellen könnte. Der Gerichtshof hielt derartige Auswirkungen jedenfalls innerhalb des fusionskontrollrechtlichen Prognosezeitraums von zwei bis drei Jahren für unwahrscheinlich und wies in diesem Zusammenhang auf die herausragende Bedeutung der Beweisqualität für die Feststellung konglomerater Effekte hin. Unklar blieben nach Auffassung des Gerichts sowohl die künftige Fähigkeit als auch die künftigen Anreize von Microsoft, eine Marktverschlussstrategie zu verfolgen. Insbesondere sei nicht sicher, welche Vorteile ein solches Kommunikationsprodukt habe und ob es tatsächlich Nachfrager gebe. Schließlich spreche auch der Gesichtspunkt, dass Microsoft im Geschäftskommunikationsmarkt derzeit großen Wettbewerbern gegenüberstehe, gegen das Bestehen negativer konglomerater Effekte.

**768.** In dem Verfahren *Électricité/Europäische Kommission* suchte *Électricité de France (EdF)* vorläufigen Rechtsschutz, den das Gericht durch Beschluss ablehnte.<sup>209</sup> Dem Verfahren lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Europäische Kommission hatte EdF im Zuge der Freigabe des Zusammenschlussverfahrens *EdF/Segebel* zwei Bedingungen auferlegt und Fristen für die Durchführung dieser Bedingungen gesetzt. Dies betraf die Veräußerung der Anteile an einem Kraftwerksprojekt und wahlweise die Veräußerung der Anteile oder weitere Investitionen in ein weiteres Kraftwerksprojekt. Während EdF die erste Bedingung rechtzeitig erfüllte, wollte es hinsichtlich der zweiten Bedingung eine Fristverlängerung erreichen, da ihrer Ansicht nach im Zeitpunkt des Fristablaufs weder für EdF noch für einen Wettbewerber eine endgültige Entscheidung über die Profitabilität eines Investments möglich sei. Das Gericht lehnte die beantragte Fristverlängerung im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes mit Hinweis darauf ab, dass EdF nicht nachgewiesen habe, dass eine Erfüllung der Abhilfemaßnahme innerhalb der ursprünglich gesetzten Frist die finanzielle Lebensfähigkeit der EdF-Gruppe gefährden würde oder ihre Marktanteile im Verhältnis zu ihrer Größe und ihrem Umsatz erheblich beeinträchtigen würde.

**769.** *Electrabel* hatte gegen eine Entscheidung der Europäischen Kommission geklagt, mit der diese einen Verstoß des Unternehmens gegen das Vollzugsverbot gemäß Art. 7 FKVO festgestellt und bebußt hatte. In der Sache ging es um *Electrabels* Erwerb von 49,95 Prozent des Kapitals und 47,92 Prozent der Stimmrechte an der *Compagnie Nationale du Rhône (CNR)* im Jahr 2003. Erst im März 2008 erfolgte die formelle An-

<sup>208</sup> EuG, Urteil vom 11. Dezember 2013, T-79/12 – *Cisco Systems und Messagenet/Kommission*.

<sup>209</sup> EuG, Beschluss vom 11. Oktober 2012, T-389/12 R – *EDF/Kommission*.

meldung eines Zusammenschlusses durch Electrabel bei der Europäischen Kommission. Letztere vertrat die Auffassung, dass ein faktischer Kontrollerwerb bereits im Jahr 2003 stattgefunden habe und erlegte Electrabel ein Bußgeld wegen Verstoßes gegen das Vollzugsverbot des Art. 7 FKVO in Höhe von 20 Mio. Euro auf. Zur Begründung führte sie mehrere Argumente an, z. B. das Bestehen einer faktischen Hauptversammlungsmehrheit und die absolute Mehrheit von Electrabel im CNR-Vorstand seit 2003. Das Gericht bestätigte die Entscheidung der Europäischen Kommission.<sup>210</sup> Von besonderem Interesse ist die Feststellung des Gerichts, dass die Prüfung der Kommission im Hinblick auf die Umstände des Vollzugs eines Zusammenschlusses der umfassenden gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Der Europäischen Kommission steht also diesbezüglich kein Beurteilungsspielraum zu. Das Gericht ging ferner auf die Bedeutung eines französischen Gesetzes, das den Erwerb von mehr als 50 Prozent des Kapitals oder der Stimmrechte an CNR durch einen privaten Aktionär verbot, für die Frage des Kontrollerwerbs nach der FKVO ein und folgte auch insoweit der Auffassung der Europäischen Kommission. Diese hatte festgestellt, dass aufgrund des besagten Gesetzes zwar die Erlangung einer De-iure-Kontrolle über CNR unmöglich sei. Allerdings hindere das Gesetz einen privaten Aktionär nicht daran, mittels einer Minderheitsbeteiligung faktische Kontrolle über CNR im Sinn der FKVO auszuüben.

**770.** Am 7. Juni 2013 erließ das Gericht das Urteil in dem Verfahren Spar Österreichische Warenhandels AG/Europäische Kommission.<sup>211</sup> Hintergrund dieses Verfahrens war der Zusammenschluss Rewe (Billa)/Adeg, der sich auf den österreichischen Lebensmittel-Einzelhandel auswirkte und den die Europäische Kommission in der ersten Verfahrensphase unter Bedingungen und Auflagen gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. b i. V. m. Abs. 2 FKVO freigegeben hatte.<sup>212</sup> Gegen diese Freigabe klagte Spar, die als Wettbewerberin der beiden Zusammenschlussparteien aktiv ist.

**771.** Das Gericht bestätigte zum einen den Beurteilungsspielraum der Europäischen Kommission bei der Bewertung komplexer wirtschaftlicher Sachverhalte. Es prüfte die fusionskontrollrechtliche Freigabeentscheidung nur darauf, ob die Verfahrens- und Begründungsvorschriften eingehalten seien, ob der Sachverhalt zutreffend festgestellt worden sei und ob offensichtliche Beurteilungsfehler oder ein Ermessensmissbrauch nachgewiesen werden könnten. Im Ergebnis verneinte das Gericht derartige Fehler sowohl hinsichtlich der Bewertung wettbewerblicher Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens als auch hinsichtlich der auferlegten Abhilfemaßnahmen. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass das Gericht die Prüfung allein anhand des Marktbeherrschungstests vornahm und die Bestimmung des Art. 2 Abs. 3 FKVO auch in dieser Weise zitierte.<sup>213</sup>

**772.** Das Gericht führte zum anderen die bisherige Rechtsprechung fort, wonach die Europäische Kommission nicht in jedem Einzelfall sämtliche der in den Leitlinien zur Fusionskontrolle niedergelegten Kriterien prüfen muss. Die Klägerin hatte im vorliegenden Fall unter anderem moniert, dass bei der Beurteilung durch die Wettbewerbsbehörde der Konzentrationsgrad nach dem HHI-Index nicht berücksichtigt worden sei. Das Gericht entschied insofern, dass im vorliegenden Fall nicht davon ausgegangen werden könne, dass sich aus dem HHI-Wert nach dem Zusammenschluss ein klarer Hinweis auf das Vorhandensein von Wettbewerbsbedenken ergeben hätte.

**773.** Die Klägerin rügte ferner die fehlerhafte Beurteilung der von den Parteien angebotenen Verpflichtungszusagen durch die Europäische Kommission. Auch insoweit stellte das Gericht einen Beurteilungsspielraum der Wettbewerbsbehörde fest. Insofern obliege es der Klägerin darzulegen, dass ein offensichtlicher Beurteilungsfehler vorliege, was nicht erfolgt sei. Schließlich konnte die Klägerin nach

210 EuG, Urteil vom 12. Dezember 2012, T-332/09 – Electrabel/Kommission. Electrabel hat am 21. Februar 2013 Rechtsmittel gegen das Urteil eingelegt, C-84/13 P – Electrabel/Kommission.

211 EuG, Urteil vom 7. Juni 2013, T-405/08 – Spar Österreichische Warenhandels/Kommission.

212 EU-Kommission, Entscheidung vom 23. Juni 2008, COMP/M.5047 – Rewe/Adeg.

213 EuG, Urteil vom 7. Juni 2013, T-405/08 – Spar Österreichische Warenhandels/Kommission, Rz. 49. Die Randziffer 49 lautet: „Nach Art. 2 Abs. 3 der Verordnung Nr. 139/2004 sind Zusammenschlüsse, die eine beherrschende Stellung begründen oder verstärken, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde, für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt zu erklären.“



Auffassung des Gerichts nicht überzeugend darlegen, dass zum Zeitpunkt der Entscheidung die Wettbewerbsbedenken nicht klar umrissen gewesen seien. Zur Begründung führte das Gericht an, dass die Klägerin selbst zu Beginn des Fusionskontrollverfahrens ihre Bedenken kundgetan und schriftlich an die Europäische Kommission übermittelt habe.

**774.** Von besonderem Interesse sind darüber hinaus zwei Urteile des Gerichtshofs – Europäische Kommission/Édition Odile Jacob SAS und Europäische Kommission/Agrofert Holding – zur Frage des Aktenzugangs im Rahmen eines Zusammenschlussverfahrens.<sup>214</sup> Dem erstgenannten Verfahren lag folgender Sachverhalt zugrunde. Édition Odile Jacob (Odile Jacob) hatte die Europäische Kommission um den Zugang zu Dokumenten im Zusammenschlussverfahren Lagardère/Natexis/VUP ersucht. Die Europäische Kommission hatte den Zugang weitgehend abgelehnt, wogegen Odile Jacob gerichtlich vorgegangen war. Das Gericht hatte der Klage stattgegeben, da die Europäische Kommission den Zugang nicht ohne konkrete und individuelle Prüfung jedes Dokuments habe verweigern dürfen. In dem zweiten genannten Verfahren ging es um den Antrag von Agrofert Holding (Agrofert) auf Zugang zu Dokumenten in dem Zusammenschlussverfahren PKN Orlen/Unipetrol. Hier hatte die Europäische Kommission den Zugang zu vier Arten von Dokumenten versagt, wogegen Agrofert Klage erhoben hatte. Das Gericht hob auch diese Kommissionsentscheidung mit der Begründung auf, die Europäische Kommission könne sich nicht auf eine generelle Vermutung berufen, wonach der Zugang zu den in einem Zusammenschlussverfahren ausgetauschten Dokumenten grundsätzlich den Schutz der geschäftlichen Interessen der Parteien sowie den Schutz des Zwecks der Untersuchungstätigkeit beeinträchtige.

**775.** Der Gerichtshof hob beide Urteile auf. Seiner Ansicht nach müssen die Vorschriften der VO 1049/2001<sup>215</sup>, die den Zugang zu Dokumenten der Organe in allgemeiner Form regeln, und die speziellen Vorschriften der FKVO zum Schutz von Berufsgeheimnissen und zur Akteneinsicht (Art. 17, 18 Abs. 3) kohärent und in Abwägung der verschiedenen betroffenen Interessen ausgelegt werden. Im Ergebnis stellte der Gerichtshof darauf ab, dass ein grundsätzlicher Zugang zu den Dokumenten eines Zusammenschlussverfahrens das in der FKVO hergestellte Gleichgewicht zwischen der Verpflichtung der Parteien zur Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen einerseits und der garantierten Geheimhaltung von sensiblen Informationen andererseits stören würde. Daraus leitete der Gerichtshof eine allgemeine Vermutung ab, der zufolge die Aufdeckung der mit den Anmeldern und Dritten im Rahmen eines Fusionskontrollverfahrens ausgetauschten Dokumente grundsätzlich den Schutz der geschäftlichen Interessen der betreffenden Unternehmen gefährdet. Daneben sah der Gerichtshof eine Gefährdung des Zwecks der Untersuchungstätigkeit, und zwar auch bei Antragstellung nach Abschluss des Fusionskontrollverfahrens. Denn die Aussicht auf eine solche Veröffentlichung wäre der Bereitschaft der Unternehmen zur Zusammenarbeit im laufenden Verfahren abträglich. Die allgemeine Vermutung gilt nach Auffassung des Gerichtshofes, ohne dass die Europäische Kommission eine konkrete und individuelle Prüfung jedes einzelnen Dokuments vornehmen müsse; sie sei allerdings widerlegbar. Die Europäische Kommission darf somit den Zugang zu Dokumenten in einem Zusammenschlussverfahren verweigern, wenn der Antragsteller kein überwiegendes öffentliches Interesse darlegen kann.

**776.** Eine Ausnahme gilt laut Gerichtshof nur für den Fall, dass ein Antrag auf Zugang zu internen Dokumenten zu dem Zeitpunkt gestellt wird, in dem das Zusammenschlussverfahren abgeschlossen ist und die Entscheidung bestandskräftig geworden ist. Hier muss die Europäische Kommission eine konkrete und individuelle Prüfung der fraglichen Dokumente vornehmen und konkrete Gründe angeben, wenn sie den Zugang verweigern will.

<sup>214</sup> EuGH, Urteil vom 28. Juni 2012, C-404/10 P – Kommission/Édition Odile Jacob; ders., Urteil vom 28. Juni 2012, C-477/10 P – Kommission/Agrofert Holding.

<sup>215</sup> Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission, ABl. EU L 145 vom 31. Mai 2001, S. 43.

777. Mit dieser Rechtsprechung im Hinblick auf Fusionskontrollverfahren folgte der Gerichtshof seiner Rechtsprechung zur Verweigerung des Aktenzugangs im Rahmen von Beihilfeverfahren.<sup>216</sup> Auf dieser Grundlage dürfte die Möglichkeit von Dritten zur erfolgreichen Anfechtung von Fusionskontrollentscheidungen, der schon bislang wegen des gerichtlich eingeräumten Beurteilungsspielraums der Europäischen Kommission bei komplexen wirtschaftlichen Sachverhalten hohe Hürden entgegenstehen, künftig noch eingeschränkter sein. Denn Dritte müssen für jedes einzelne Dokument, das sie einsehen möchten, Argumente für das Bestehen eines überwiegenden öffentlichen Interesses darlegen. Sobald die in Rede stehende Fusionskontrollentscheidung der Europäischen Kommission bestandskräftig geworden ist, entfällt die vom Gerichtshof aufgestellte allgemeine Vermutung zwar wieder und die Wettbewerbsbehörde ist zur konkreten und individuellen Prüfung jedes Dokuments verpflichtet. Eine Aufhebung der Entscheidung, wie sie häufig von konkurrierenden Unternehmen angestrebt wird, ist dann indes nicht mehr möglich. Mit dem Urteil des Gerichtshofs in der Sache Europäische Kommission/EnBW Energie Baden-Württemberg vom 27. Februar 2014 gelten dieselben Grundsätze nunmehr auch bei Anträgen auf Aktenzugang in Kartellverfahren.<sup>217</sup>

## 2.7 Legislative Entwicklungen

778. Die Europäische Kommission verfolgte im Berichtszeitraum im Wesentlichen zwei Projekte zur Weiterentwicklung der europäischen Fusionskontrolle. Zum einen hat sie im Dezember 2013 ein Paket zur Vereinfachung des Fusionskontrollverfahrens angenommen.<sup>218</sup> Damit dehnte sie den Anwendungsbereich des vereinfachten Verfahrens für unproblematische Zusammenschlussvorhaben aus. Außerdem wurde der Umfang der für eine Zusammenschlussanmeldung vorzulegenden Unterlagen verringert. Zum anderen verfolgt die Europäische Kommission eine Initiative zur umfassenderen Überprüfung der Fusionskontrollverordnung und deren Anwendung. Einen Schwerpunkt dieser Initiative bildet die Frage, ob und in welchem Ausmaß die Zuständigkeit der Europäischen Kommission für Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb erweitert werden soll. Das Konsultationspapier von Juni 2013 behandelt außerdem eine mögliche Reform des Verweisungsregimes<sup>219</sup> und greift darüber hinaus eine Reihe weiterer Fragen auf.<sup>220</sup>

### 2.7.1 Verfahrensvereinfachung in der ersten Verfahrensphase

779. Das sogenannte vereinfachte Verfahren kann in der ersten Verfahrensphase der fusionskontrollrechtlichen Untersuchung zur Anwendung kommen. Grundsätzlich können Zusammenschlussfälle in der ersten Verfahrensphase abgeschlossen werden, wenn bei der Prüfung relativ schnell festgestellt wird, dass keine ernsthaften wettbewerblichen Bedenken gegen das Vorhaben sprechen. Die Frist für die erste Verfahrensphase dauert üblicherweise 25 Arbeitstage; legen die Zusammenschlussbeteiligten Zusagen zur Modifizierung ihres Vorhabens vor, beträgt die Frist 35 Arbeitstage. Für offensichtlich unproblematische Zusammenschlussvorhaben hält die Europäische Kommission das vereinfachte Verfahren bereit. Dieses ist z. B. bei horizontalen und vertikalen Zusammenschlüssen anwendbar, bei denen die Marktanteile gewisse Grenzen unterschreiten sowie bei Joint Ventures mit geringen Aktivitäten im EWR. Die Zusammenschlussparteien haben unter diesen Voraussetzungen geringere Informationspflichten bei der Anmeldung ihres Vorhabens und die Europäische Kommission kann ihre Entscheidung sehr kurz halten.

216 EuGH, Urteil vom 29. Juni 2010, C-139/07 P – Kommission/Ilmenau, Slg. 2010, I-5885.

217 EuGH, Urteil vom 27. Februar 2014, C-365/12 P – EnBW/Kommission.

218 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. Die Änderungen sind seit dem 1. Januar 2014 in Kraft.

219 Vgl. Tz. 665.

220 EU-Kommission, Commission Staff Working Document – Towards more effective EU merger control, SWD(2013) 239 final, Brüssel, 25.06.2013.

**780.** Das vereinfachte Verfahren ist in einer Bekanntmachung näher erläutert, die während des Berichtszeitraums überarbeitet wurde. Die wesentlichen Änderungen führen zu einer Erweiterung des Anwendungsbereichs des vereinfachten Verfahrens. Es kann nunmehr bei horizontalen Zusammenschlüssen bei gemeinsamen Marktanteilen bis 20 Prozent (bislang: 15 Prozent) und bei vertikalen Zusammenschlüssen bei Marktanteilen bis 30 Prozent (bislang: 25 Prozent) angewendet werden. Darüber hinaus kann die Europäische Kommission das vereinfachte Verfahren bei horizontalen Zusammenschlüssen künftig durchführen, wenn die gemeinsamen Marktanteile zwischen 20 und 50 Prozent liegen und die Differenz des HHI unter 150 bleibt.

**781.** Nach Auffassung der Monopolkommission sind die neuen Regelungen vertretbar. Bei der Beurteilung der vorgenommenen Änderungen ist zu berücksichtigen, dass die Europäische Kommission einerseits Bestrebungen zeigt, ihren Kompetenzbereich auszuweiten (insbesondere im Bereich der Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb), andererseits bereits vor 2014 ca. 60 Prozent der Fälle im vereinfachten Verfahren erledigt hat; mit der Modifizierung der Bekanntmachung werden voraussichtlich etwa 70 Prozent der Fälle in den Anwendungsbereich des vereinfachten Verfahrens fallen. Allerdings zeigen die Erfahrungen mit der Amtspraxis, dass die Europäische Kommission auch seit der Geltung des SIEC-Tests kaum Wettbewerbsbedenken in Fällen geäußert hat, in dem die nun modifizierten, höheren Marktanteilsschwellen des vereinfachten Verfahrens erreicht worden sind. Kritischer sieht die Monopolkommission den neu eingeführten Tatbestand der geringen HHI-Differenz (unter 150), weil mit diesem eine Art Spürbarkeitsschwelle in der europäischen Zusammenschlusskontrolle errichtet wird, die dem deutschen Fusionskontrollrecht fremd ist. Vielmehr kann bei Anwendung des GWB auch ein geringer Marktanteilszuwachs als wettbewerbsbedenklich erachtet werden. Ein solcher Zuwachs wird um so problematischer bewertet, je höher die Marktanteilsposition des anderen beteiligten Unternehmens bereits vor dem Zusammenschluss ist. Die neu aufgenommene Spürbarkeitsschwelle für das vereinfachte Verfahren in der europäischen Fusionskontrolle erscheint jedoch vor dem Hintergrund akzeptabel, dass die Europäische Kommission jederzeit in das normale Verfahren zurückkehren kann, wenn sich die Prüfung eines Zusammenschlusses doch als komplexer als zunächst erwartet herausstellt.

**782.** Zu gewährleisten ist nach Auffassung der Monopolkommission daher in erster Linie, dass die Wettbewerbsbehörde über alle notwendigen Informationen zu dem jeweiligen Zusammenschlussvorhaben verfügt. Dies scheint auch nach der Verschlinkung der Anmeldeformulare für das vereinfachte Verfahren der Fall zu sein. Dasselbe gilt für die Reduzierung der Anmeldeanforderungen bezüglich des normalen Verfahrens. Im Vergleich zu nationalen Erfordernissen sind die Informationsanforderungen im europäischen Fusionskontrollverfahren nach allgemeiner Meinung sehr hoch. Gerade das Beispiel des deutschen Wettbewerbsrechts zeigt jedoch, dass auch auf der Grundlage geringerer Informationsanforderungen eine sachgerechte Beurteilung von Fusionsvorhaben möglich ist. Dies gilt vor allem angesichts der Tatsache, dass das Bundeskartellamt auch im laufenden Verfahren Informationen nachfordern kann, wenn deren Erforderlichkeit erst zu einem späteren Zeitpunkt deutlich wird. Die von der Europäischen Kommission getroffenen Maßnahmen stellen daher einen zu begrüßenden Beitrag zur Verminderung der bürokratischen Belastung betroffener Unternehmen dar.

### 2.7.2 Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb

**783.** Nach derzeitiger Gesetzeslage stellt die Beteiligung eines Unternehmens an einem anderen nur dann einen Zusammenschluss im Sinn der FKVO dar, wenn mit der Beteiligung ein sogenannter Kontrollerwerb einhergeht. Dies ist bei Mehrheitsbeteiligungen i. d. R. gegeben. Bei Minderheitsbeteiligungen liegt ein Kontrollerwerb üblicherweise nur vor, wenn zusätzliche Umstände hinzukommen, z. B. dem Minderheitsaktionär Vetorechte eingeräumt werden oder seine Stimmrechtsmehrheit in der Hauptversammlung aufgrund geringer Präsenz anderer, fragmentierter Anteilseigner gegeben ist.<sup>221</sup> Die Europäische Kommission überlegt

<sup>221</sup> EU-Kommission, Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäß der Verordnung (EG)

nunmehr, ihre Zuständigkeit auf (gewisse) Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb auszudehnen. Die Generaldirektion Wettbewerb hat dazu ein Konsultationspapier veröffentlicht, auf dessen Grundlage eine öffentliche Konsultation durchgeführt wurde.

**784.** In dem Konsultationspapier werden zwei Optionen zur Erfassung von Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb vorgeschlagen: Eine Option besteht in der Einführung eines Anmeldeystems mit Vollzugsverbot. Das bedeutet die zwingende Anmeldung seitens der beteiligten Unternehmen und eine Ex-ante-Prüfung der Europäischen Kommission in jedem Einzelfall. Die andere Möglichkeit sieht ein Aufgreifermessen der Europäischen Kommission vor, wobei hier wiederum zwischen zwei verschiedenen Verfahrensweisen unterschieden wird. In der einen Verfahrensweise nehmen die beteiligten Unternehmen eine Selbsteinschätzung ihrer Minderheitsbeteiligung vor und haben keine Informationspflicht gegenüber der Europäischen Kommission. Diese kann eine nachträgliche Untersuchung (Ex-post-Prüfung) einleiten. Bei der zweiten Verfahrensweise, dem sogenannten Transparenzsystem, sind die beteiligten Unternehmen verpflichtet, die Europäische Kommission in knapper Form zu informieren; außerdem wird die geplante Transaktion veröffentlicht. Die Europäische Kommission ist auch hier zu einer Ex-post-Untersuchung berechtigt. Beide Vorschläge verzichten auf ein Vollzugsverbot.

Im Konsultationspapier werden im Zusammenhang mit beiden Optionen weitere Fragen gestellt. Bezüglich der Option Anmeldesystem wird unter anderem gefragt, ob eine vereinfachte Anmeldung ermöglicht und ob und wie eine Entscheidungsfrist definiert werden solle. Bezüglich der zweiten Option zielen Fragen z. B. auf die Vorteile einer freiwilligen Anmeldeöglichkeit und eines Vollzugsverbots ab Anmeldung.

**785.** Am 17. September 2013 erfolgte eine gemeinsame Stellungnahme des BMWi und des Bundeskartellamtes<sup>222</sup>, die insgesamt eine eher kritische Haltung widerspiegelt. Zwar wird die Anwendung der Fusionskontrollregeln auf bestimmte Minderheitsbeteiligungen grundsätzlich für sinnvoll erachtet. Voraussetzung für eine Erweiterung des Anwendungsbereichs der FKVO sei allerdings eine Schutzlücke im europäischen Recht. Diese bestehe gegebenenfalls in Bezug auf solche Mitgliedstaaten, die bislang keine (nationale) Kontrolle von Minderheitsbeteiligungen durchführten. Allerdings wird gleichzeitig darauf hingewiesen, dass aufgrund der geringen Anzahl grenzüberschreitender Fälle in Hinsicht auf Minderheitsbeteiligungen wohl keine europäische Lösung erforderlich sei. Als weiteres Erfordernis wird die Gewährleistung des bisher auf nationaler Ebene bestehenden wettbewerblichen Schutzniveaus angemahnt. Das bedeute, dass sichergestellt sein müsse, dass die bislang nach deutschem Recht untersuchten Fälle weiterhin kontrolliert werden. Notwendig sei ferner, dass die Prüfung in einem vorhersehbaren Zeitraum erfolge und das Vollzugsverbot gelte. Die Geltung des Vollzugsverbots sei zwingend, da die Rückabwicklung von Zusammenschlüssen nach deutscher Erfahrung im Falle von Minderheitsbeteiligungen nicht einfacher als bei Vollfusionen sei. Daraus schließen Ministerium und Amt, dass im Rahmen einer möglichen Erweiterung der Zuständigkeit der Europäischen Kommission nur ein Anmeldesystem mit Vollzugsverbot in Betracht gezogen werden sollte.

**786.** Um die Belastung für betroffene Unternehmen gering zu halten, werden verfahrensrechtliche Modifizierungen für möglich gehalten, vor allem der Verzicht auf das Prä-Notifizierungsverfahren, verringerte Informationsanforderungen sowie die Möglichkeit einer Freigabe auch durch Fristablauf. Die Europäische Kommission könne dadurch entlastet werden, dass keine Minderheitsbeteiligungen von Unternehmen auf komplementären Märkten geprüft würden.

**787.** Die Monopolkommission hat sich bereits im XIX. Hauptgutachten mit verschiedenen Aspekten von Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb und ihrer behördlichen Kontrolle befasst.<sup>223</sup> Einigkeit besteht in Wissenschaft und Praxis darin, dass auch Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb negative Wett-

---

Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EU C 43 vom 21. Februar 2009, S. 10.

<sup>222</sup> Vgl. BMWi/BKartA, Schriftliche Stellungnahme des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie und des Bundeskartellamts zum Konsultationspapier der Generaldirektion Wettbewerb zur möglichen Verbesserungen in bestimmten Bereichen der EU-Fusionskontrollverordnung (FKVO), Berlin/Bonn 17. September 2013.

<sup>223</sup> Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 797 ff.

bewerbs effekte auslösen können. Allerdings sind negative Auswirkungen nicht in jedem Fall derartiger Minderheitsbeteiligungen zu erwarten; außerdem können solche Beteiligungen auch Effizienzgewinne hervorrufen. Eine Regelung, welche die Zuständigkeit der Europäischen Kommission auf Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb erweitert, sollte nach Auffassung der Monopolkommission unter Berücksichtigung von Nutzen und Kosten ausgestaltet werden. Sie sollte einerseits gewährleisten, dass sämtliche wettbewerblich bedenklichen Fälle zuverlässig aufgegriffen werden können. Andererseits ist sie so zu gestalten, dass die zusätzliche bürokratische Belastung für Unternehmen und Wettbewerbsbehörden möglichst gering bleibt, keine Überregulierung erfolgt und ein hohes Maß an Rechtssicherheit besteht.

**788.** Bei der Einführung einer entsprechenden Regelung in die FKVO ist ferner zu berücksichtigen, dass in einigen Mitgliedstaaten – unter anderem in Deutschland – bereits gegenwärtig eine Kontrolle von Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb durchgeführt wird. Die Forderung nach einer möglichst geringen zusätzlichen bürokratischen Belastung der betroffenen Unternehmen durch eine neu in die FKVO aufzunehmende Regelung steht dabei in einem gewissen Spannungsverhältnis zu den Kontrollmöglichkeiten der nationalen Wettbewerbsbehörden. Sind z. B. in Deutschland die Voraussetzungen des § 37 Abs. 3 Nr. b oder § 37 Abs. 4 GWB erfüllt, gelten sowohl die Anmeldepflicht für die beteiligten Unternehmen als auch die Prinzipien der behördlichen Ex-ante-Kontrolle und des Vollzugsverbots. Eine Zuständigkeitserweiterung der Europäischen Kommission sollte nicht zur Folge haben, dass das bestehende Schutzniveau in den Mitgliedstaaten, die schon bislang Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb erfassen, gesenkt wird. Es ist insoweit auf eine geeignete Verfahrensausgestaltung zu achten.

**789.** Eine Option, die eine geringe bürokratische Belastung mit sich bringen und ein hohes Maß an Rechtssicherheit gewährleisten würde, wäre die Einführung eines – relativ hohen – quantitativen Aufgreifstatbestands zusammen mit der Verankerung einer obligatorischen Ex-ante-Kontrolle, einer Anmeldepflicht und einem Vollzugsverbot. Auf diese Weise könnte auch das Schutzniveau in den Mitgliedstaaten erhalten werden, in denen bereits jetzt eine entsprechende Aufgreifmöglichkeit besteht. Ein wesentliches Problem dieser Lösung besteht allerdings in den mit ihr verbundenen Umgehungsmöglichkeiten. Wie gerade auch die Erfahrungen in Deutschland gezeigt haben, ist eine solche quantitative Schwelle – sofern sie nicht ganz niedrig angesetzt wird – nicht zielführend, weil sie von interessierten Unternehmen leicht umgangen werden kann. Eine Aufgreifschwelle in Höhe von 20 oder 25 Prozent des Anteils- oder Vermögenserwerbs bietet somit keine Gewähr dafür, dass alle wettbewerblich bedenklichen Fälle tatsächlich aufgegriffen werden können. Dies veranlasste den deutschen Gesetzgeber, einen weiteren, qualitativen Aufgreifstatbestand – den Tatbestand des wettbewerblich erheblichen Einflusses – in das GWB aufzunehmen.

**790.** Nach Auffassung der Monopolkommission sollte eine Regelung in der FKVO daher sowohl einen relativ hoch ansetzenden, quantitativen Aufgreifstatbestand als auch einen qualitativen Aufgreifstatbestand enthalten, der schon bei niedriger Beteiligung eingreift, sofern weitere Einflussfaktoren erfüllt sind. Der quantitative Tatbestand sorgt für schnelle Erkennbarkeit und Rechtssicherheit. Mithilfe des qualitativen Aufgreifkriteriums werden Umgehungsversuche verhindert und sämtliche problematischen Fallkonstellationen erfassbar gemacht.

**791.** Dabei kann das Ziel, mit der Erweiterung der Kommissionszuständigkeit möglichst geringe zusätzliche bürokratische Lasten für betroffene Unternehmen zu schaffen, nach Auffassung der Monopolkommission auf zwei Wegen verfolgt werden. Zum einen ist an die gesetzliche Verankerung von „safe harbours“ zu denken, das heißt von Konstellationen, die von vornherein nicht in den Anwendungsbereich der FKVO fallen. Von einer kartellbehördlichen Kontrolle ausgenommen werden könnten z. B. Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb, die konglomerate Beziehungen zwischen den beteiligten Unternehmen betreffen. Ferner könnten Ausnahmen für reine Finanzbeteiligungen und sehr niedrige Minderheitsbeteiligungen (z. B. in Höhe von fünf Prozent bei horizontalen Beteiligungen) geschaffen werden.

**792.** Zum anderen könnte die zusätzliche bürokratische Belastung der beteiligten Unternehmen und der Europäischen Kommission durch geeignete Verfahrensregeln begrenzt werden. Nach den Vorstellungen der

Monopolkommission könnte das Verfahren so ausgestaltet sein, dass die betroffenen Unternehmen zunächst nur eine Pflicht zur Mitteilung begrenzter Informationen bezüglich ihres Beteiligungsvorhabens trifft. Die zu übermittelnden Informationen wären in Umfang und Tiefe deutlich geringer als die für eine Anmeldung erforderlichen Daten, müssten der Wettbewerbsbehörde aber ermöglichen, relevante Fälle zu erkennen. An diese Mitteilung könnte sich eine relativ kurze Frist (z. B. zehn Arbeitstage) anschließen, in der einerseits das Vollzugsverbot gilt, andererseits die Zuständigkeit zwischen Europäischer Kommission und mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden geklärt wird. Hierzu wäre die Europäische Kommission zu verpflichten, die erlangten Informationen unverzüglich an die Mitgliedstaaten weiterzuleiten. Ein Mitgliedstaat, dessen nationale Aufgreifkriterien erfüllt sind, hat die Europäische Kommission darüber innerhalb von wenigen Arbeitstagen zu informieren. Die Europäische Kommission entscheidet dann ebenfalls innerhalb weniger Tage, ob sie den Fall selbst behandeln will oder an den Mitgliedstaat verweist. Besteht Klarheit über die zuständige Wettbewerbsbehörde, informiert diese die Zusammenschlussparteien und verlangt die Anmeldung nach den jeweils geltenden Vorschriften des Mitgliedstaates oder der FKVO. Das weitere Verfahren richtet sich ebenfalls nach den einschlägigen nationalen Bestimmungen bzw. nach denen der FKVO. Bei einer Zuständigkeit der deutschen Wettbewerbsbehörde würde dann z. B. das Vollzugsverbot nach § 40 GWB gelten. Für den Fall, dass die Europäische Kommission trotz Mitteilung eines Mitgliedstaats keine Entscheidung innerhalb der vorgegebenen Frist trifft, könnte eine gesetzliche Vermutung für eine erfolgte Verweisung eingeführt werden.

Für den Fall, dass ein Beteiligungsvorhaben nationale Aufgreifkriterien nicht erfüllt bzw. kein Mitgliedstaat ein Verfahren einleiten will, entscheidet die Europäische Kommission innerhalb der festgelegten Frist, ob sie den Fall untersuchen will oder nicht. Trifft sie keine Entscheidung innerhalb der Frist, könnte eine gesetzliche Vermutung für die Freigabe eingreifen und die Parteien können ihr Vorhaben ohne weitere Verzögerung durchführen.

**793.** Als materieller Test sollte nach Auffassung der Monopolkommission auch für Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb der SIEC-Test Anwendung finden. Die möglichen Wettbewerbsprobleme bei derartigen Minderheitsbeteiligungen unterscheiden sich nicht grundsätzlich von den Wettbewerbsproblemen bei Minderheitsbeteiligungen mit Kontrollerwerb oder Mehrheitsbeteiligungen. Daher besteht kein sachlicher Grund, in den erstgenannten Fällen einen anderen materiellen Prüfungsmaßstab anzuwenden. Gegen die Aufspaltung des Prüfungsmaßstabs spricht außerdem die damit verbundene Rechtsunsicherheit für die betroffenen Unternehmen.

### **3 Marktmachtmissbrauch bei der Versorgung mit Fernwärme?**

**794.** Unter Fernwärme wird eine Form der Versorgung von Industrie und Bevölkerung mit zentral erzeugter Wärme verstanden. Fernwärmeversorger erzeugen die Wärme typischerweise in dedizierten Heizwerken oder als Nebenprodukt der Stromerzeugung in Heizkraftwerken und transportieren sie durch ein Rohrleitungssystem in die Fläche, um sie vor allem als Heizwärme für Gebäude zu vermarkten. Die Untersuchung der Monopolkommission betrifft insbesondere den Vertrieb von Fernwärme an Endkunden. Die auf dieser Ebene bestehenden potenziellen Probleme einer Marktmacht der Versorger und möglicherweise überhöhte Preise ist Gegenstand einer intensiven sowohl wettbewerbspolitischen als auch kartellrechtlichen Debatte.

**795.** Neben der wettbewerbsökonomischen Situation wird Fernwärme als Heizungstechnologie vor allem unter ökologischen Gesichtspunkten diskutiert. Diese Aspekte könnten wettbewerbspolitisch dann bedeutsam werden, wenn durch sie der Eindruck entstünde, dass ökologische Ziele und Wettbewerb hier in einem Widerspruch zueinanderstehen. Tatsächlich besteht ein solcher Widerspruch nicht. Ökologische Vorteile werden der Versorgung mit Fernwärme insbesondere dann zugesprochen, wenn die Wärme nicht in Heizwerken, sondern durch Kraft-Wärme-Kopplung (KWK) als Abfallprodukt der Stromerzeugung produziert

wird.<sup>224</sup> Die möglichen ökologischen Vorteile werden dadurch in geeigneter Weise internalisiert, dass in KWK erzeugter Strom entsprechend dem Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz (KWKG) eine Förderung erhält.<sup>225</sup> Eine darüber hinausgehende indirekte Förderung aufseiten der Wärmeauskopplung, z. B. durch das Dulden potenzieller Marktmacht oder das Zulassen überhöhter Preise des Fernwärmevertriebs, würde die Förderung hingegen intransparent und ökonomisch ineffizient gestalten.

**796.** Ein effizienter Einsatz von Fernwärme liegt dann vor, wenn sich die Fernwärme dort gegenüber anderen Versorgungsformen durchsetzt, wo sie kostengünstiger als andere Energieträger die Wärmeversorgung sicherstellt. Ob Marktmachtprobleme und daraus folgender Preismissbrauch im Fernwärmesektor die effiziente Versorgung von Industrie und Bevölkerung mit Wärme behindern und welche kartellbehördlichen Maßnahmen bisher eingeleitet wurden, wird im Folgenden untersucht.

### 3.1 Grundlegende Wettbewerbssituation und Sektoruntersuchung des Bundeskartellamtes

**797.** Ein Grund der in der Fernwärmeversorgung diskutierten Wettbewerbsprobleme liegt in der Struktur der Branche. Die Anbieter von Fernwärme sind vertikal integrierte Unternehmen und sowohl als Betreiber von Fernwärmenetzen als auch im Vertrieb der Wärme aktiv. In vielen Fällen treten sie außerdem als Produzenten der Wärme auf, zum Teil kaufen sie jedoch ihrerseits Energie von Dritten zu. Von grundsätzlicher Bedeutung für die Wettbewerbssituation ist, dass die Fernwärmeinfrastruktur, also das Rohrleitungsnetz, ein natürliches Monopol darstellt. Aufgrund hoher Fixkosten der Netze ist der Betrieb von im Wettbewerb stehenden Parallelnetzen in den meisten Fällen nicht rentabel.

**798.** Fraglich ist, ob sich das Monopol der Netzinfrastrukturen auch auf die vor- und nachgelagerte Ebene ausdehnt oder ob hier die theoretische Möglichkeit eines Wettbewerbs mehrerer Versorger im selben Netz gegeben ist. Derzeit existiert ein solcher Wettbewerb unterschiedlicher im Wettbewerb stehender Versorger im gleichen Fernwärmenetz nicht.<sup>226</sup> Auch scheinen die Voraussetzungen für einen Wettbewerb innerhalb von Fernwärmenetzen nicht optimal zu sein, da im Hinblick auf Netzverlauf, Netzoptimierung und Netzverluste offenbar hoher Abstimmungsbedarf (und damit Verbundvorteile) zwischen Netzbetreibern und einspeisenden Kraftwerken besteht.

**799.** Da Kunden aus den dargestellten Gründen nicht unter mehreren Fernwärmeversorgern wählen und zwischen diesen wechseln können, wird angenommen, dass die Versorger über einen unkontrollierten Verhaltensspielraum verfügen, d. h. sie sind marktbeherrschend im Sinne des GWB. In der Konsequenz hätten Anbieter von Fernwärme die Möglichkeit, ihren Kunden höhere Entgelte zu berechnen, als es in einer Situation wirksamen Wettbewerbs der Fall wäre.

**800.** Aufgrund der dargestellten Situation im Vertrieb von Fernwärme hatte das Bundeskartellamt Mitte des Jahres 2009 Auskunftsbefehle an bestimmte Fernwärmeversorger verschickt und eine Untersuchung des Sektors gemäß § 32e GWB angekündigt. Das Amt hatte in diesem Zusammenhang von den Unternehmen Daten, insbesondere zur Kalkulation der Erlöse, für die Jahre 2007 und 2008 erhoben. Die Ergebnisse der Sektoruntersuchung wurden allerdings erst verhältnismäßig spät,<sup>227</sup> mit einem Abstand von drei Jahren nach

---

224 Im Rahmen der KWK wird die Prozesswärme der Stromerzeugung für die Fernwärmeversorgung ausgekoppelt, wodurch sich sehr hohe technische Wirkungsgrade der Energieumwandlung erreichen lassen. Allerdings ist die ökologische Bilanz der KWK dennoch nicht eindeutig. Als potenzielle Probleme sind z. B. zu nennen, dass mit einer Wärmeauskopplung eine Senkung des Wirkungsgrades der (höherwertigen) Stromerzeugung verbunden ist, dass die zentrale Erzeugung von Wärme Leitungsverluste verursacht und eine Nutzung der Wärme gerade im Sommer zudem nicht immer möglich ist. Kritisch hierzu bspw. Deutsche Physikalische Gesellschaft, Elektrizität, Schlüssel zu einem nachhaltigen und klimaverträglichen Energiesystem, Bad Honnef, Juni 2010.

225 Die Monopolkommission bewertet damit nicht, ob die Förderung an sich ökologisch angemessen ist oder in ihrer absoluten Höhe richtig bemessen wurde.

226 Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Fernwärme, Abschlussbericht gemäß § 32e GWB, August 2012, Rn. 223ff.

227 Die Dauer der Untersuchung ist aus verschiedenen Gründen problematisch. Zum einen wird der Schaden für die Verbraucher erhöht, wenn auf Basis der Untersuchung Preismissbrauchsverfahren verspätet eingeleitet werden

Beginn der Untersuchung, im August 2012 veröffentlicht.<sup>228</sup> Der Abschlussbericht enthält eine detaillierte Auseinandersetzung mit den wesentlichen, die Stellung und Preissetzung der Versorger beeinflussenden Faktoren. Das Bundeskartellamt kommt zu dem Schluss, dass Fernwärmeversorger in ihren jeweiligen Versorgungsgebieten über eine marktbeherrschende Stellung verfügen, wodurch der Anwendungsbereich der Vorschriften nach § 19 GWB gegen den Missbrauch einer solchen Stellung eröffnet sei. Auf dieser Basis hat das Bundeskartellamt im März 2013 gegen sieben Versorger Preismisbrauchsverfahren eingeleitet.<sup>229</sup>

### 3.2 Wärmemarkt oder Markt für Fernwärme?

**801.** Die Annahme einer marktbeherrschenden Stellung der Fernwärmeversorger setzt allerdings voraus, dass ein auf die Versorgung mit Fernwärme begrenzter sachlich relevanter Markt vorliegt. Dem steht entgegen, dass der spezifische Bedarf der Nachfrager nach Wärmeversorgung theoretisch auch mit anderen Energieträgern gedeckt werden kann. Die Fernwärmeversorger bringen daher vor, dass sie nicht auf einem Markt für Fernwärme, sondern auf einem allgemeineren Wärmemarkt tätig sind und auf diesem zwar nicht mit anderen Fernwärmeversorgern, wohl aber mit verschiedenen Heizsystemen wie Öl-, Gas- und Pelletheizungen, im Wettbewerb stehen. Gerade für Wohnungsgesellschaften mit Wohnsiedlungsbestand – eine wichtige Kundengruppe der Fernwärmeversorger – ergäben sich außerdem zunehmend Möglichkeiten, eine Eigenversorgung mit Nahwärme z. B. durch Wärmepumpen oder Blockheizkraftwerke zu realisieren. Die Frage nach möglichen Wettbewerbsproblemen in der Fernwärmeversorgung wird daher ganz zentral durch die Frage bestimmt, ob ein wirksamer Wettbewerb zwischen unterschiedlichen Systemen zur Wärmeversorgung besteht oder ob der Fernwärmesektor einen eigenen relevanten Markt darstellt.

**802.** Das Bundeskartellamt hat sich in seiner Sektoruntersuchung verhältnismäßig knapp mit der Frage der Marktabgrenzung auseinandergesetzt. Das Amt begründet dies damit, dass der BGH in der Vergangenheit die Abgrenzung eines einheitlichen Wärmemarktes in verschiedenen Fällen abgelehnt habe.<sup>230</sup> Inhaltlich begründet das Bundeskartellamt seine Annahme separater Märkte für einzelne Heizformen vor allem mit der Schwierigkeit des Heizsystemwechsels.<sup>231</sup> Für die Zeitpunkte, in denen eine Systementscheidung möglich ist, deutet das Amt in seiner Sektoruntersuchung hingegen an, dass eine Wettbewerbssituation vorliegen könnte.<sup>232</sup>

Nach Auffassung der Monopolkommission ist die Marktabgrenzung im Fall der Fernwärme außerordentlich schwierig zu beurteilen. Allerdings ist sie von großer Tragweite für die Bewertung möglicher Handlungserfordernisse. Diese grundlegende Bedeutung macht nach Auffassung der Monopolkommission eine intensive Befassung mit der Frage des sachlich relevanten Marktes notwendig. Auch die erwähnte Rechtsprechung macht eine aktualisierte Analyse nicht überflüssig, da aufgrund veränderter Rahmenbedingungen eine andere Einschätzung erforderlich sein könnte.

**803.** Kritisch zu würdigen ist dabei zunächst das vom Bundeskartellamt vorgebrachte Kernargument, nach dem der Systemwettbewerb infolge der Wahl eines Heizsystems eingeschränkt sei. In seiner Sektorunter-

---

können. Zum anderen sind die Ergebnisse weniger verlässlich, wenn auf ihrer Grundlage erst zu späterer Zeit Preismisbrauchsverfahren eingeleitet werden. Letzteres wird im Zusammenhang mit der Sektoruntersuchung Fernwärme z. B. daran deutlich, dass sich Fundamentalfaktoren der Energieerzeugung, wie etwa Gas- und Ölpreise, seither verändert haben und über potenziellen Wettbewerb, veränderte Ausgangskosten oder Preisgleitklauseln möglicherweise auch zu einer veränderten Situation bei den Fernwärmepreisen geführt haben könnten.

228 Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Fernwärme, a. a. O.

229 Vgl. BKartA, Bundeskartellamt prüft überhöhte Fernwärmepreise, Pressemitteilung vom 7. März 2013.

230 Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Fernwärme, a. a. O., Rn. 176; BGH, Urteil vom 09. Juli 2002, KZR 30/00, – Fernwärme für Börnsen, WuW 2003, 162 (165); BGH, Beschluss vom 10. Dezember 2008, KVR 2/08 – Stadtwerke Uelzen, NJW 2009, S. 1212.

231 Im Hinblick auf die Gasversorgung hatte auch die Monopolkommission in der Vergangenheit dargelegt, dass sie einen gemeinsamen Markt mit anderen Heizsystemen für zu weit gefasst hält; vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 59, a. a. O., Tz. 161 ff.

232 Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Fernwärme, a. a. O., Rn. 175.



suchung Fernwärme erläutert das Amt seine Position damit, dass ein Kunde eine Entscheidung treffe, in deren Folge er von dem entsprechenden Energieträger bzw. der Heizform abhängig werde. Die Abhängigkeit sei darauf zurückzuführen, dass ein Wechsel vor Ende der Nutzungsdauer eines Heizsystems (versunkene) Kosten auslöse. Typisch sei bei Heizsystemen eine Nutzungsdauer von 15 bis 20 Jahren, nach der eine neue Systementscheidung anstehe.<sup>233</sup> Da andere Heizsysteme wie Gas- oder Ölheizungen oftmals hohe unmittelbare Investitionen aufseiten der Nachfrager erfordern, erscheint diese vom Bundeskartellamt genannte Wechselhürde vor allem für einen vorzeitigen Systemwechsel „zur“ Fernwärme relevant. Mit Blick auf einen Wechsel „von“ der Fernwärme zu einem anderen Heizsystem ist jedoch bedeutender, dass der Fernwärmekunde durch lange Vertragslaufzeiten in seinen Wahlmöglichkeiten eingeschränkt ist.<sup>234</sup>

**804.** In Bezug auf die Fernwärme-Versorgungsverträge ist die spezifische Situation während deren Laufzeit wichtig. Im Unterschied zu Versorgungsverträgen über andere Energieträger (z. B. Strom, Gas) werden im Fernwärmesektor stets langjährige Laufzeiten vereinbart; die Laufzeit eines Erstvertrages beträgt i. d. R. zehn Jahre (gesetzliche Höchstlaufzeit); wird ein Vertrag nicht innerhalb von neun Monaten vor Ablauf gekündigt, kommt es zu einer automatischen Verlängerung um weitere fünf Jahre.<sup>235</sup> Während der Laufzeit der Verträge sind Preisänderungen nur im Rahmen von sogenannten Preisgleitklauseln möglich, deren Ausgestaltung durch § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV reguliert ist. Die Klauseln müssen danach ein Kostenelement (Kosten der Fernwärmeerzeugung) und ein Marktelement (Preise anderer in einem Markt gehandelter Energieträger zur Wärmeerzeugung) enthalten. Über ihre Ausgestaltung besteht zudem eine umfangreiche Rechtsprechung.

**805.** Das Bundeskartellamt misst der Tatsache, dass Preisgleitklauseln den Preispfad während der Vertragslaufzeit bestimmen, allerdings im Hinblick auf die Möglichkeit eines bestehenden Preismissbrauchs keine Bedeutung zu. Das Preisniveau könne nach Auffassung des Amtes trotz der Preisgleitklauseln überhöht sein, da diese nur Preisänderungen betreffen.<sup>236</sup> In diesem Zusammenhang weist die Monopolkommission darauf hin, dass ein möglicherweise unkontrollierter Verhaltensspielraum der Versorger infolge dieser Situation ausschließlich auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses begrenzt ist. Ein möglicher Preismissbrauch könnte in diesem Fall insbesondere zu einem überhöhten Ausgangspreis für Wärmelieferungen bzw. zu für den Abnehmer ungünstigen Konditionen bei der Ausgestaltung der Preisgleitklauseln (im Rahmen des verbleibenden gesetzlichen Spielraums) in den Verträgen führen. Übergreifend betrachtet erscheint die Argumentation des Bundeskartellamtes insofern nicht konsistent, da somit einerseits die Situation bei Vertragsabschluss hervorgehoben wird, eben diesem Zeitpunkt an anderer Stelle aber am ehesten eine Wettbewerbssituation durch andere Heizsysteme zuerkannt wird.

**806.** Allerdings nennt das Bundeskartellamt in der Sektoruntersuchung auch verschiedene weitere Zusammenhänge, welche die Einschätzung stützen, dass der objektiven Wechselmöglichkeit zu einem anderen Heizsystem oftmals Grenzen gesetzt sind. Dazu gehören insbesondere Abnahmeverpflichtungen, z. B. ein Anschluss- und Benutzungszwang für Fernwärme, denen allerdings nur ein kleinerer Teil der fakturierten Wärmemenge zuzurechnen ist.<sup>237</sup> Eine faktische Beschränkung für einen Wechsel des Heizsystems besteht auch in einzelnen Kommunen, wenn diese für Neubaugebiete Verbrennungsverbote im Bebauungsplan vorsehen.<sup>238</sup> Solche Verbote können dazu führen, dass den Bauherren nur Fernwärme als einzige faktisch nutzbare Wärmeversorgung verbleibt. Nach Auffassung der Monopolkommission erscheint dies vor allem dann

---

233 Vgl. ebenda, Rn. 175.

234 Der Wechsel von der Fernwärme zu einem anderen Heizsystem wird dabei nicht in jedem Fall primär durch versunkene Kosten eingeschränkt, da der Anschluss an das Fernwärmenetz sehr unterschiedliche und je nachdem nur geringe einmalige Investitionen für den Abnehmer der Wärme verursacht. Auch der Aufwand für eine Installation des Wärmetauschers im Haus kann geringer sein als die Installation etwa einer Gas- oder Ölheizung.

235 § 32 Abs. 1 Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme (AVBFernwärmeV).

236 Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Fernwärme, a. a. O., Rn. 124.

237 Das Bundeskartellamt führt aus, dass für sechs Prozent der fakturierten Fernwärme eine umfassende, für 29 Prozent eine teilweise Abnahmeverpflichtung bestehe; vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Fernwärme, a. a. O., Rn. 112.

238 Vgl. ebenda, Rn. 99 ff.

problematisch, wenn kommunale Unternehmen den Vertrieb der Fernwärme übernehmen und die Verbrennungsverbote die Kommune in die Lage versetzen, ihr eigenes Angebot zu monopolisieren.

**807.** Die Monopolkommission hält weitere Aspekte für relevant, die eine Wechselhürde darstellen können. Ein besonders wichtiges Hindernis für die Entfaltung des Wettbewerbs zwischen Fernwärme und anderen Möglichkeiten der Wärmeversorgung könnte danach in der indirekten Entscheidungssituation bei der Wahl eines Heizsystems liegen. Die Entscheidung über das Heizsystem von Mietwohnungen wird typischerweise durch den Vermieter getroffen, während die Mieter mit den variablen Kosten des Heizsystems belastet werden. Daraus ergibt sich das Risiko einer Verzerrung bei der Wahl von Heizsystemen, weil variable Kosten gegenüber fixen Kosten oder zusätzlichem Aufwand für den Vermieter tendenziell untergewichtet werden. Die vom Vermieter geschlossenen Versorgungsverträge haben in diesen Fällen eine Wirkung, die vergleichbar ist mit der von Verträgen zulasten Dritter. Immer dann, wenn der Anschluss an das Fernwärmenetz vergleichsweise geringere Investitionen oder geringeren Aufwand (z. B. Schaffung von Räumlichkeiten) des Vermieters erfordert als bei anderen Heizsystemen, während im Gegenzug dafür höhere laufende Kosten anfallen, wirkt sich diese Verzerrung zugunsten der Fernwärme aus und kann einen Wechsel zu einem anderen Heizsystem auch dann verhindern, wenn dieser insgesamt kostengünstiger wäre. Weiterhin bringt eine Entscheidung für eine Fernwärmeheizung oftmals auch faktische Marktaustrittsbarrieren mit sich, wenn der für Gasthermen oder zentrale Ölheizungen notwendige Platz infolge der Versorgung mit Fernwärme anderweitig genutzt wurde und nicht ohne Weiteres neu geschaffen werden kann. Unklar ist schließlich auch, welcher Anteil der Fernwärmekunden überhaupt die Möglichkeit des Anschlusses an das Gasleitungsnetz hat. Da Informationen über den Verlauf der Fernleitungsnetze nicht zentral verfügbar sind, lassen sich die tatsächlichen wettbewerblichen Alternativen derzeit nicht verlässlich erfassen.

**808.** Nach Auffassung der Monopolkommission machen die dargestellten Überlegungen deutlich, dass im Fall der Fernwärme eine allein auf qualitativen Argumenten basierende Marktabgrenzung problematisch ist. Die Gemengelage vieler unterschiedlicher institutioneller Wirkungen erschwert es, den Wettbewerbsdruck, der von alternativen Heizformen ausgeht, verlässlich einzuschätzen. Dieses Problem beeinträchtigt auch die Bewertung der Erforderlichkeit weiterer Maßnahmen. Daher erscheint es geboten, die bisher vor allem von den Kartellbehörden angenommene Abgrenzung eines dedizierten Fernwärmemarktes durch empirische Analysen zu überprüfen und gegebenenfalls zu fundieren. Die Monopolkommission prüft derzeit, ob die Datenlage eine entsprechende eigene Untersuchung zulässt. Hierbei ist auch die Frage des Datenzugangs zu den vom Bundeskartellamt erhobenen Daten von großer Bedeutung. Zwar hat das Bundeskartellamt der Monopolkommission auf Anfrage einzelne Datenreihen aus der Sektoruntersuchung Fernwärme in indexierter Form überlassen. Eine Klärung des aktuellen Problems der Akteneinsicht der Monopolkommission beim Bundeskartellamt und eine umfassende Verwendung auch der aktuell vom Bundeskartellamt im Fernwärmesektor erhobenen Daten durch die Monopolkommission würde die Möglichkeiten einer empirische Überprüfung der Marktabgrenzung jedoch deutlich verbessern.<sup>239</sup>

### 3.3 Wirkung von Preismissbrauchsverfahren als regulierungsähnliche Marktaufsicht

**809.** Die Kartellbehörden haben in den vergangenen Jahren zunehmend das Instrument der wettbewerbsrechtlichen Missbrauchsaufsicht eingesetzt, um systematischen, durch erhebliche Marktmacht verursachten Funktionsstörungen auf Märkten zu begegnen. In solchen Fällen kann die Anwendung der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht wie eine regulierungsähnliche Marktaufsicht erscheinen.<sup>240</sup> Hierbei besteht mit Blick auf die Fernwärme eine Reihe von Parallelen insbesondere zu den im Wassersektor durchgeführten Preiskontrollen der Kartellbehörden.<sup>241</sup> Vergleichbar mit dem Wassersektor spielt zudem auch in der Fernwärme eine Rolle, dass viele Versorger nur in einzelnen Bundesländern agieren, was die Zuständigkeit der

<sup>239</sup> Vgl. Kapitel I, „Datenzugang der Monopolkommission“, Tz. 364. ff.

<sup>240</sup> Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 581 ff.

<sup>241</sup> Vgl. Kapitel V, Abschnitt 4.1.2, Tz. 1239. ff.

jeweiligen Landeskartellbehörde begründet. Die Schutzwirkung kartellrechtlicher Kontrollen bleibt daher immer durch die Aktivität der jeweils zuständigen Kartellbehörde begrenzt.<sup>242</sup>

**810.** Ein wichtiger Ausgangspunkt für eine engere kartellrechtliche Aufsicht über die im Fernwärmesektor geforderten Entgelte war die Sektoruntersuchung des Bundeskartellamtes. Das Amt hatte in dieser Studie einen Vergleich der Erlöse größerer Fernwärmeversorger durchgeführt, um einen ersten Anhaltspunkt für das Bestehen von Differenzen zwischen den Entgelten zu erhalten. Dabei hatte das Amt erhebliche Unterschiede von teilweise über 30 Prozent vom Durchschnitt in den auf eine Einheit Wärme berechneten Erlösen (Erlös/m<sup>3</sup>) festgestellt. Auf dieser Basis hat das Bundeskartellamt im Frühjahr 2013 gegen sieben Versorgungsunternehmen (betreffend 30 verschiedene Wärmeversorgungsgebiete) Verfahren wegen des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gemäß § 19 GWB eingeleitet.<sup>243</sup> Zur Klärung, ob ein Missbrauch vorliegt, hat das Bundeskartellamt von den betreffenden Unternehmen sowie von mehreren Vergleichsunternehmen aktuelle Daten für die Jahre 2010 bis 2012 abgefragt. Zum Zeitpunkt der Veröffentlichung dieses Gutachtens dauern diese Verfahren noch an. Neben dem Bundeskartellamt haben zudem auch einzelne Landeskartellbehörden Untersuchungen sowie Preismissbrauchsverfahren im Fernwärmesektor eingeleitet.<sup>244</sup>

**811.** Mit Rücksicht auf die noch laufenden Verfahren nimmt die Monopolkommission derzeit nur eine allgemeine Einschätzung zur Wirksamkeit von Preismissbrauchsverfahren im Fernwärmesektor vor. Diese basiert auf früheren Einschätzungen der Monopolkommission, insbesondere den Erfahrungen mit bereits abgeschlossenen Verfahren in anderen Sektoren (z. B. Wasser, Gas, Heizstrom) sowie auf den Informationen aus der o.g. Sektoruntersuchung.

Sowohl in früheren Preismissbrauchsverfahren als auch in der Fernwärme-Sektoruntersuchung hat das Bundeskartellamt regelmäßig einen Erlösvergleich als Ansatz zur Umsetzung des Vergleichsmarktkonzeptes durchgeführt, um einen potenziellen Preismissbrauch marktbeherrschender Unternehmen nachzuweisen. Wie in Kapitel V, Abschnitt 3.2.2 dieses Gutachtens dargestellt, hat dieser Ansatz zur Kontrolle von Entgelten verschiedene Vor- und Nachteile. Ein zentrales Problem des Konzeptes besteht darin, dass die verschiedenen Märkte in Bezug auf die Kostenstrukturen vergleichbar sein müssen, damit der Erlösvergleich ökonomisch folgerichtige Ergebnisse im Hinblick auf vorwerfbare Preisdifferenzen liefert. Je eher die strukturellen Gegebenheiten der herangezogenen Vergleichsmärkte auch bezüglich der notwendigen Kosten des Geschäftes vergleichbar sind, desto aussagekräftiger ist ein Erlösvergleich, um einen etwaigen Preismissbrauch nachzuweisen. Daher ist der kartellrechtliche Ansatz des Vergleichsmarktkonzeptes nicht in allen untersuchten Branchen gleichermaßen geeignet.

**812.** Dem Problem der Vergleichbarkeit der Kostenstrukturen sind die Kartellbehörden in Preishöhenmissbrauchsverfahren in der Vergangenheit auf unterschiedliche Art und Weise begegnet. Im Verfahren gegen die Berliner Wasserbetriebe hat das Bundeskartellamt bspw. die Erlöse nicht nur bezogen auf das gelieferte Wasser, sondern auch je Meter Leitungsnetz berechnet, um Dichtevorteile berücksichtigen zu können. Zudem hat das Amt begründbare Kostenunterschiede, wie etwa die Sonderkosten des Umbaus des Berliner Leitungsnetzes nach der Wiedervereinigung, anerkannt und die errechneten Erlösunterschiede entsprechend angepasst. In Bezug auf die Fernwärme hat das Bundeskartellamt bereits in seiner Sektoruntersuchung auf eine Reihe vergleichbarer Rechtfertigungsgründe hingewiesen, die zum Teil zu Korrekturen gegenüber einem reinen Erlösvergleich führen könnten.<sup>245</sup> Das Bundeskartellamt hat den Erlösvergleich von Fernwärmeversorgern in seiner Sektoruntersuchung zudem innerhalb drei verschiedener Gruppen vorgenommen, in denen jeweils nur Netze einer bestimmten Längenkategorie verglichen werden. Dies erlaubt einen sehr

242 Vgl. Kapitel V, Abschnitt 4.1.2, Tz. 1240.

243 Vgl. BKartA, Bundeskartellamt prüft überhöhte Fernwärmepreise, a. a. O.

244 Bekannt geworden sind etwa die Untersuchungen in Mecklenburg-Vorpommern, vgl. o. V., Fernwärme-Preisuntersuchung in Mecklenburg-Vorpommern, Zeitung für kommunale Wirtschaft, 30. Oktober 2012.

245 Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Fernwärme, a. a. O., Rn. 208 ff.

groben Ausgleich der strukturellen Kostenunterschiede aufgrund der Netzlänge.<sup>246</sup> Grundsätzlich zeichnet sich jedoch bereits eine Reihe weiterer möglicher struktureller Kostenunterschiede zwischen Fernwärmenetzen ab. Deren Nachweis ist jedoch besonders schwierig zu erbringen und eine Quantifizierung zur Erlöserrechnung lässt sich oftmals nicht leicht durchführen.<sup>247</sup> In diesem Zusammenhang regt die Monopolkommission an zu prüfen, ob sich im Rahmen einer regressionsanalytischen Betrachtung der strukturellen Einflussfaktoren deren Auswirkung fundierter erheben lässt.

**813.** Ein weiteres Problem könnte dann auftreten, wenn die vom Bundeskartellamt berechneten Vergleichserlöse bzw. Entgelte (nach einer angeordneten Entgeltsenkung) nicht ausreichen, um die Kosten der betreffenden Unternehmen zu decken. Ein Preismissbrauchsverfahren darf nur dann zu einer Kostenunterdeckung führen, wenn der verbleibende Kostenüberhang auf das nicht erfolgte Ausschöpfen von Effizienzreserven zurückzuführen ist.<sup>248</sup> Wäre das Bundeskartellamt gezwungen eine Kostenunterdeckung zu prüfen, erscheint dies allgemein,<sup>249</sup> besonders aber im Hinblick auf die Gemeinkostenzurechnung im Fernwärmesektor,<sup>250</sup> als schwierig.

**814.** Die Monopolkommission begrüßt prinzipiell, dass sich die Kartellbehörden ausführlicher mit dem Fernwärmesektor befassen. Sie weist an dieser Stelle jedoch nochmals darauf hin, dass vor allem die Markt-abgrenzung im Fernwärmesektor weiter fundiert werden sollte, um den Bedarf eines Eingriffs zu begründen. Sofern von einer marktbeherrschenden Stellung der Fernwärmeversorger auszugehen ist, liegt in dem Sektor allerdings ein systematisches Problem vor. Die Monopolkommission weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass sie sich bereits in der Vergangenheit kritisch zu der Frage geäußert hat, ob die Anwendung von Preismissbrauchsverfahren zur Korrektur eines systematischen und dauerhaften Marktversagens ein wirksames Instrument darstellt, um der Gefahr überhöhter Preise zu begegnen.<sup>251</sup> Diese Zweifel sind im Fernwärmesektor insbesondere vor dem Hintergrund der dargestellten Schwierigkeiten bei der Anwendung kartellrechtlicher Prüfmaßstäbe angebracht. Solange jedoch keine geeigneteren Instrumente in der Rechtsordnung verankert wurden – insbesondere eine Entgeltregulierung – mit der sich Marktmacht in einer vergleichbaren Situation begegnen lässt, sind kartellrechtliche Maßnahmen notwendig, um einen Mindestschutz der Bürger zu gewährleisten.

---

246 Ein Ergebnis der Sektoruntersuchung war, dass Netze größerer Längenkategorie durchschnittlich geringere Erlöse erzielen. Dies deutet darauf hin, dass die Netzlänge Einfluss auf die Kosten der Versorgung mit Fernwärme hat.

247 Dies kann auch deshalb zu Problemen führen, da den betroffenen Unternehmen zunächst ihre eigene Kostensituation bekannt ist, nicht aber zwingend strukturelle Kostenunterschiede gegenüber Unternehmen, die vom Bundeskartellamt für den Erlösvergleich herangezogen werden. Allerdings betreiben Fernwärmeversorger in der Regel mehrere Netze, wodurch dieses Problem zumindest gemildert wird.

248 BGH, Beschluss vom 22. Juli 1999, KVR 12/98 - Flugpreisspaltung.

249 Vgl. hierzu die Erfahrungen im Heizstromsektor; Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 629 ff.

250 Vgl. ebenda, Tz. 110.

251 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 63, Die GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht, Baden-Baden 2012, Tz. 106 ff.

## 4 Kartelle und Kartellverfahren

### 4.1 Ökonomische Methoden einer proaktiven Kartellverfolgung

#### 4.1.1 Einführung

**815.** Zur Identifizierung<sup>252</sup> von kartellrechtswidrigen Absprachen<sup>253</sup> gemäß § 1 GWB und Art. 101 AEUV stehen dem Bundeskartellamt grundsätzlich zwei Vorgehensweisen zur Verfügung: reaktive Verfolgung (reactive detection) und proaktive Verfolgung (proactive detection).<sup>254</sup>

**816.** Bei einer reaktiven Kartellverfolgung verhält sich die Behörde zunächst passiv und nimmt die Ermittlungen zur Kartellverfolgung erst auf, wenn ihr verlässliche Informationen übermittelt werden, die einen hinreichenden Verdacht kartellrechtswidriger Absprachen begründen. Während Kunden und gegebenenfalls Wettbewerber einen Anreiz haben, der Behörde relevante Informationen zu überliefern, müssen Kartellanten erst zusätzliche monetäre Anreize gesetzt werden, damit diese selbst der Behörde relevante Informationen offenlegen. Die Bonusregelung stellt ein solches Instrumentarium reaktiver Kartellverfolgung dar, das Kartellanten eine Reduktion der Geldbuße in Aussicht stellt und so einen Anreiz zur umfassenden Kooperation setzt.<sup>255</sup> Ähnlich ist die Verfolgung auf Grundlage einer Beschwerde anzusehen. Die Aufdeckung von kartellrechtswidrigen Handlungen ist demnach zunächst an die Initiative von Marktteilnehmern gekoppelt, auf welche das Bundeskartellamt anschließend mit der Einleitung von Ermittlungen reagiert.

**817.** Bei einer proaktiven Verfolgung verhält sich die Behörde aktiv und initiiert den Verfolgungsprozess, ohne dass die Behörde vorab relevante Informationen von den Marktteilnehmern bekommen hat (z. B. durch Screening). Voraussetzung für eine erfolgreiche proaktive Verfolgung ist ein Verständnis über die Ursachen und den Umfang des potenziellen Kartellrechtsverstoßes. Ein solches Verständnis kann durch eigene Marktuntersuchungen sowie durch Auswertung bisheriger Kartellverfahren erarbeitet werden.

**818.** Im Rahmen der proaktiven Verfolgung kann eine Behörde auf ökonomische Analysen und insbesondere auf die Verknüpfung ökonomischer Theorien mit quantitativen Methoden im Rahmen datengestützter Marktanalysen zurückgreifen. Derartige Methoden werden in strukturelle Methoden und in verhaltensorientierte Methoden unterteilt.<sup>256</sup>

---

252 Die Aufdeckungswahrscheinlichkeit bei Kartellen wird auf zwischen 10 Prozent und 33 Prozent geschätzt; vgl. etwa Connor, J.M./Lande, R.H., *The Size of Cartel Overcharges: Implications for U.S. and EU Fining Policies*, *Antitrust Bulletin* 51, 2006, S. 983-1022.

253 Kartellrechtswidrige Preisabsprachen in der Europäischen Union führen z. B. zu durchschnittlichen Aufschlägen, d. h. die Differenz zwischen dem Preis bei kartellrechtswidrigem Verhalten und dem bei kompetitiven Verhalten in Relation zum Preis bei kartellrechtswidrigem Verhalten, von ca. 20 Prozent; vgl. Bolotova, Y.V., *Cartel Overcharges: an Empirical Analysis*, *Journal of Economic Behavior & Organization*, 2009, S. 321-341; Smuda, F., *Cartel Overcharges and the Deterrent Effect of EU Competition Law*, *Journal of Competition Law and Economics*, 2014, S. 63-86, doi:10.1093/joclec/nht012.

254 Vgl. OECD, *Background note by the secretariat, Roundtable on Ex Officio Cartel Investigations and the Use of Screens to Detect Cartels*, DAF/COMP(2013)14, 2013, S. 6 ff.

255 Vgl. aktuelle Fassung BKartA, Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen - Bonusregelung - vom 7. März 2006. Zu alternativen Ansätzen einer reaktiven Kartellverfolgung vgl. Tz. 118. ff. dieses Gutachtens.

256 Beide Methoden werden von Abrantes-Metz (2013) auch als screening-Methoden bezeichnet; vgl. Abrantes-Metz, R., *Roundtable on Ex Officio Cartel Investigations and the Use of Screens to Detect Cartels*, DAF/COMP(2013)20, 2013, S. 2 f. Der Gebrauch des Begriffs „Screening“ ist jedoch uneinheitlich. Abrantes-Metz, R.M./Bajari, P. (2009) definieren einen screen als „... a statistical test designed to identify industries where competition problems exist and, in such industries, which are the firms involved in a conspiracy“; vgl. Abrantes-Metz, R./Bajari, P., *Screens for Conspiracies And Their Multiple Applications*, *Antitrust* 24(1), 2009, S. 66. Harrington (2006) definiert Screening hingegen als „Screening refers to a process whereby industries are identified for which the existence of a cartel is likely. [...] Screening is then the first phase of a multi-stage process which may or may not end with prosecution“; vgl. Harrington, J.R., *Behavioral Screening and the Detection of Cartels*, in: Ehlermann, C.-D./Atanasiu, I. (Hrsg.), *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels*, Oxford/Portland 2006, S. 49 ff.

Mit strukturellen Methoden der proaktiven Kartellverfolgung erfolgt eine Identifizierung von relevanten Märkten, die von kartellrechtswidrigen Absprachen gekennzeichnet sind. Die Identifizierung gründet auf Faktoren, die Kartellierung begünstigen sollen.

Mit verhaltensorientierten Methoden der proaktiven Kartellverfolgung werden Markteffekte identifiziert, anhand derer ex post auf kartellrechtswidriges Verhalten geschlossen werden kann. Für die Identifizierung mittels verhaltensorientierter Methoden ist eine Abgrenzung zwischen kompetitivem, nicht-koordiniertem Verhalten und koordiniertem Verhalten entscheidend, da unterschiedliche unternehmerische Verhaltensweisen i. d. R. zu unterschiedlichen Markteffekten führen.

**819.** Die Aussagekraft der gewählten Methoden hängt von einer sachverhaltsgerechten Anwendung der ökonomischen Theorien sowie der quantitativen Methoden und von der Datenqualität sowie -quantität ab. Anhand eines Vergleichs zwischen den theoretischen (zu erwartenden) Vorgaben und der empirischen (faktisch gemessenen) Evidenz können anschließend Rückschlüsse auf die zugrunde liegenden Marktgegebenheiten gezogen werden. Da sich beide Methoden zur proaktiven Kartellverfolgung ergänzen, stellen sie zugleich auch Bestandteile eines mehrstufigen Prozesses der proaktiven Kartellverfolgung dar.<sup>257</sup> Dieser Verfolgungsprozess beginnt stets mit dem strukturellen Ansatz und kann in einem Kartellverfahren münden.<sup>258</sup>

**820.** Ein neuralgischer Punkt in der Anwendung ökonomischer Methoden zur proaktiven Kartellverfolgung liegt jedoch in dem – nach der vorherrschenden Auslegung des Kartellverbots, das eine explizite Abstimmung voraussetzt – begrenzten Potenzial einer Identifizierung von kartellverbotswidrigem Verhalten.<sup>259</sup> Denn in ökonomischen Modellen wird größtenteils nicht zwischen kartellverbotswidrigen Absprachen, sogenannter expliziter Kollusion, und an sich kartellverbotskonformem Parallelverhalten, sogenannter impliziter Kollusion, differenziert. Da beide Formen der Kollusion zwar die Erzielung kollektiver Marktanteile ermöglichen, mit Bezug auf das Kartellverbot aber unterschiedlich beurteilt werden, könnten im Zuge derartiger Analysen sich ergebende Diagnosen u. U. ohne rechtlichen Aussagewert sein.<sup>260</sup>

## 4.1.2 Konzepte

### 4.1.2.1 Struktureller Ansatz

**821.** Für eine effektive Kartellverfolgung ist eine effiziente Ressourcennutzung unerlässlich. Langzeitstudien zu ausgewählten Märkten erscheinen unter den gegebenen Rahmenbedingungen wenig zielführend. Mit zeitlich begrenzten Sektoruntersuchungen können dagegen spezifische Marktkenntnisse gesammelt und anschließend zu einem holistischen Märkteverständnis gebündelt werden. Dies ist der vom Bundeskartellamt verfolgte Ansatz.

<sup>257</sup> Nach Harrington (2008) besteht der Kartellverfolgungsprozess aus drei Stufen. In der ersten Stufe (“Screening”) geht es um die Identifizierung von Märkten, bei denen Anzeichen für kartellwidriges Verhalten gefunden wurden. In der zweiten Stufe (“Verification”) soll kompetitives Verhalten ausgeschlossen und somit Evidenz für kollusives Verhalten gewonnen werden. In der dritten und letzten Stufe (“Prosecution”) bedarf es der Entwicklung ökonomischer Analysemethoden, mithilfe derer verlässliche Informationen zu kartellrechtswidrigem Verhalten gefunden werden können; vgl. Harrington, J.E. Jr., *Detecting Cartels*, in: Buccirosi, P. (Hrsg.), *Handbook in Antitrust Economics*, Massachusetts 2008, S. 213 ff.

<sup>258</sup> Dass betroffene Marktakteure durch Eigenanalyse Indizien für ein Kartell auch vor öffentlicher Aufdeckung des selbigen durch die Behörde sammeln können, zeigen Hüschelrath, K./Veith, T., *Cartel Detection in Procurement Markets*, *Managerial and Decision Economics*, 2014, doi: 10.1002/mde.2631.

<sup>259</sup> Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 470 ff. m.w.N. sowie Marshall, R.C./Marx, L.M., *The Economics of Collusion: Cartels and Bidding Rings*, Cambridge 2012, S. 211 f.

<sup>260</sup> Vgl. etwa Fonseca, M.A./Normann, H.-T., *Explicit vs. Tacit Collusion – The Impact of Communication in Oligopoly Experiments*, *European Economic Review* 56(8), 2012, S. 1759-1772. Zudem werden überwiegend die Einwirkungen behördlicher Verfolgungsaktivitäten auf die Kartellstabilität vernachlässigt; vgl. anders Harrington, J.E. Jr./Chen, J., *Cartel Pricing Dynamics with Cost Variability and Endogenous Buyer Detection*, *International Journal of Industrial Organization* 24(6), 2006, S. 1185-1212.

**822.** Beim strukturellen Ansatz soll gerade von diesem Erkenntnisprozess profitiert werden. Die Anwendung struktureller Methoden gleicht demnach einer Suche nach bereits als wesentlich für kartellrechtswidriges Verhalten erachteten Marktfaktoren<sup>261</sup> bzw. einer Suche nach Marktfaktoren, welche die Wahrscheinlichkeit sowohl der Entstehung wie auch der Stabilität von kartellrechtswidrigem Verhalten erhöhen.<sup>262</sup> Die Aussagekraft struktureller Methoden ist somit stets von dem verfügbaren Arsenal an Marktfaktoren abhängig. Die ökonomische Theorie<sup>263</sup> und die empirischen Analysen zu aufgedeckten Kartellen<sup>264</sup> haben dabei bereits eine Vielzahl an strukturellen, angebotsseitigen oder nachfrageseitigen Marktfaktoren identifiziert (vgl. Tabelle IV.4).<sup>265</sup>

**Tabelle IV.4: Kartellrechtswidriges Verhalten begünstigende Marktfaktoren**

<b>Strukturell bedingt</b>	<b>Angebotsseitig bedingt</b>	<b>Nachfrageseitig bedingt</b>
Überschaubare Anzahl an Unternehmen	Geringes Innovationspotenzial	Steigende Nachfrage
Hohe Markteintrittsbarrieren	Ähnliche Produktionsprozesse und Kostenstrukturen	Geringe Nachfrageschwankungen
Hohe Interaktionsfrequenz der Unternehmen	Ähnliche Produktionskapazitäten	Hoher auf die Nachfrager wirkender Wettbewerbsdruck
Hohe Markttransparenz	Ähnliche Produkte/Produkteigenschaften	
	Hohe Anzahl an Märkten, auf denen Unternehmen miteinander konkurrieren	
	Erhebliche Überkreuzbeteiligung zwischen Unternehmen	

Quelle: In Anlehnung an OECD, Background note by the secretariat, Roundtable on Ex Officio Cartel Investigations and the Use of Screens to Detect Cartels, DAF/COMP(2013)14, 2013, S. 18 ff.

**823.** Die aufgeführten Marktfaktoren sind als erster Gradmesser für kartellrechtswidriges Verhalten zu interpretieren. Welches Ausmaß ein einzelner Marktfaktor aufweisen muss und wie viele Marktfaktoren vorliegen müssen, damit Vermutungen über ein Vorliegen von kartellrechtswidrigem Verhalten erhärtet werden, ist stets einzelfallabhängig zu bestimmen. Eine Abwägung muss bei jeder Marktbetrachtung neu vorgenommen werden. Mehrere Marktfaktoren begünstigen i. d. R. kartellrechtswidriges Verhalten, indem sie gemeinsam den zu erwartenden Kartellgewinn erhöhen und mitunter die Kartellstabilität steigern. Eine Vielzahl an Marktfaktoren kann eine Abwägung und somit eine Eingrenzung der eingehender zu prüfenden Märkte erschweren. Strukturelle Methoden können trotz der beschriebenen Schwächen als Entscheidungsgrundlage dienen, gegebenenfalls weitergehende Untersuchungen einzuleiten und zusätzliche Ressourcen für die Marktaufklärung einzusetzen.

261 Vgl. Rey, P., On the Use of Economic Analysis Cartel Detection, in: Ehlermann, C.-D./Atanasiu, I. (Hrsg.), European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels, Oxford/Portland 2006, S. 69 ff.

262 Vgl. Grout, P.A./Sonderegger, S., Structural Approaches to Cartel Detection, in: Ehlermann, C.-D./Atanasiu, I. (Hrsg.), European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels, Oxford/Portland 2006, S. 83 ff.

263 Vgl. Motta, M., Competition Policy: Theory and Practice, Cambridge 2004; Pepall, L./Richards, D./Norman, G., Industrial Organization: Contemporary Theory and Empirical Applications 4. Aufl., Oxford 2008.

264 Die Grundlage bilden Zeitreihenanalysen vgl. etwa Suslow, V., Cartel Duration: Empirical Evidence from Inter-war International Cartels, Industrial and Corporate Change 14(5), 2005, S. 705-744.

265 Einen Überblick gewähren Levenstein, M.C./Suslow, Y., What Determines Cartel Success?, Journal of Economic Literature 44(1), 2006, S. 43-95 und Grout, P.A./Sonderegger, S., Predicting Cartels, Gutachten im Auftrag von Office of Fair Trading, März 2005, S. 20 ff.

#### 4.1.2.2 Verhaltensorientierter Ansatz

**824.** Auf Basis des strukturellen Ansatzes können weiterführende Untersuchungen durchgeführt werden, um die durch etwaige kartellrechtswidrige Absprachen ausgelösten Effekte innerhalb eines relevanten Marktes zu identifizieren. Der verhaltensorientierte Ansatz ermöglicht es, Indizien für kartellrechtswidriges Verhalten anhand von Datenanalysen zu zentralen Marktgrößen wie etwa den Preisen, Produktionsmengen, Marktanteilen etc. zu sammeln.<sup>266</sup> Dem verhaltensorientierten Ansatz liegt der Gedanke zugrunde, dass derartige Marktgrößen das Ergebnis unternehmerischen Verhaltens darstellen und dass sich das unternehmerische Verhalten in einem Kartell von dem im Wettbewerb unterscheidet.

**825.** Für den verhaltensorientierten Ansatz ist die Unterscheidung zwischen Markteffekten, welche von kartellrechtswidrigem Verhalten verursacht worden sein können und denen, welche sich aus wettbewerblichem Verhalten hätten ergeben können, von zentraler Bedeutung. Die Grundlage hierfür bilden industrieökonomische Theorien, die eine Prognose sowohl über die durch kartellrechtswidriges Verhalten wie auch über die durch kartellrechtskonformes Verhalten induzierten Markteffekte erlauben.<sup>267</sup>

**826.** Ähnlich wie beim strukturellen Ansatz lassen sich hinsichtlich der Markteffekte zahlreiche Merkmale (collusive markers) identifizieren, von denen auf kartellrechtswidriges Verhalten geschlossen werden kann. Die Markteffekte unterscheiden sich darin, dass sie zu verschiedenen Phasen eines Kartells auftreten: in der Übergangsphase von wettbewerblichem Verhalten zu kartellrechtswidrigem Verhalten und in der von kartellrechtswidrigem Verhalten geprägten Phase.<sup>268</sup> Eine Übersicht über spezifische Markteffekte kartellrechtswidrigen Verhaltens zeigt Tabelle IV.5, wobei Markteffekte unter Wettbewerbsbedingungen den Vergleichsmarkt bilden. Zur Kontrastierung werden außerdem die Vermutungsregeln der Rechtsprechung für kartellrechtswidriges Verhalten in Tabelle IV.6 aufgeführt.<sup>269</sup>

**827.** Eine Identifizierung derartiger Markteffekte bzw. eine Unterscheidung zwischen etwaigem kartellrechtswidrigen und wettbewerblichem Verhalten mittels empirischen Untersuchungen hängt von der Verfügbarkeit an qualitativ hochwertigen Marktdaten ab. Die Datenmenge beeinflusst die Wahl des geeigneten Vergleichsmarktes (Benchmarking), anhand dessen auf das kontrafaktische, wettbewerbliche Marktszenario geschlossen werden soll. Der Vergleichsmarkt kann entweder derselbe relevante Markt zu einem unterschiedlichen Zeitpunkt, derselbe sachlich, aber geographisch unterschiedlich relevante Markt oder ein sachlich ähnlich relevanter Markt jeweils zu demselben Zeitpunkt sein.<sup>270</sup> Als Vergleichsmärkte nicht in Betracht kommen Märkte, auf denen nicht vom Bestehen wirksamen Wettbewerbs auszugehen ist.

Liegen für einen relevanten Markt Daten über einen Zeitraum vor, der sowohl Phasen wettbewerblichen Verhaltens wie auch kartellrechtswidrigen Verhaltens umfasst, dann sollten Verhaltensänderungen durch eine signifikante Veränderung der betreffenden Marktgröße reflektiert werden (structural break). Ist ein solcher Markteffekt nicht anderweitig durch wettbewerbliches Verhalten erklärbar, so kann dies als Indiz für Absprachen gewertet werden. Ein intertemporaler Vergleich kann demnach einen Vergleich zwischen kartellrechtskonformem und kartellrechtswidrigem Verhalten ermöglichen.<sup>271</sup> Liegen dagegen Daten zu einem

<sup>266</sup> Vgl. OECD, Background note by the secretariat, roundtable on Ex Officio Cartel Investigations and the Use of Screens to Detect Cartels, DAF/COMP(2013)14, 2013, S. 21 ff.

<sup>267</sup> Im Zentrum der theoretischen Analyse zu Kartellen und deren Stabilität stehen sogenannte wiederholte Spiele; vgl. Friedman, J., A Non-Cooperative Equilibrium for Supergames, *Review of Economic Studies* 38(113), 1971, S. 1-12; Tirole, J., *The Theory of Industrial Organization*, Cambridge 1988 sowie Feuerstein, S., Collusion in Industrial Economics – A Survey, *Journal of Industry, Competition and Trade* 5(3/4), 2005, S. 163-198.

<sup>268</sup> Vgl. Harrington, J.R. Jr., Behavioral Screening and the Detection of Cartels, a. a. O., S. 49 ff.

<sup>269</sup> Vgl. auch Haucap, J./Schultz, M.L., Forensische Kartellforschung, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 19. August 2011.

<sup>270</sup> Für eine methodische Übersicht vgl. Oxera, Quantifying Antitrust Damages – Towards Non-Binding Guidance for Courts, Study for the European Commission, Dezember 2009, S. 44.

<sup>271</sup> Vgl. Friederiszick, H.W./Maier-Rigaud, F.P., Triggering Inspection Ex Officio: Moving Beyond a Passive EU Cartel Policy, *Journal of Competition Law and Economics* 4(1), 2008, S. 89-113.



sachlich identischen, aber geographisch unterschiedlichen Markt oder zu einem sachlich ähnlichen Markt vor, dann kann auf Basis der Entwicklung der dortigen Marktgröße die kontrafaktische Entwicklung der Marktgröße des betreffenden Marktes simuliert werden.<sup>272</sup> Zur Durchführung müssen nicht notwendigerweise Zeitreihen vorliegen, ein Referenzzeitpunkt ist ausreichend. Sollten hingegen weder Zeitreihen über den relevanten Markt noch über Vergleichsmärkte vorliegen, so bestünde die Möglichkeit, dass das kontrafaktische Marktszenario anhand der theoretischen Modelle prognostiziert und anhand der verfügbaren Daten verifiziert wird.<sup>273</sup>

**Tabelle IV.5: Markteffekte kartellrechtswidrigen Verhaltens**

<b>Marktgröße</b>	<b>Markteffekte</b>
Preis	Höherer Preis <sup>1</sup>
	Geringere Preisvariation zwischen den Unternehmen sowie gegenüber den Nachfragern <sup>1</sup>
	Zeitraum stetigen Preisanstiegs, gefolgt von massivem Preissturz <sup>1</sup>
	Hoher positiver Zusammenhang bei Preisen <sup>1</sup>
	Preisanstieg, gefolgt von Importrückgängen <sup>1</sup>
	Abrupte Preisänderungen <sup>1</sup>
	Parallelverhalten in Bezug auf Preissetzung u.a. <sup>1</sup>
	Größere Anzahl an Preissteigerungen als an Preissenkungen <sup>2</sup>
	Geringere Anzahl an Preisänderungen <sup>2</sup>
Menge	Marktanteile sind über die Zeit stabil <sup>1</sup>
	Unmittelbar erhebliche Veränderung in den Marktanteilen <sup>1</sup>
	niedrigere Kapazitätsauslastung <sup>1</sup>
Renditen	Höhere Gewinnmarge <sup>1</sup>
	Kein Zusammenhang zwischen Gewinnmargen und Produktionskapazitätserweiterungen <sup>1</sup>
Produktionseffizienz	Kein Zusammenhang zwischen Preisen und Kostensenkungen <sup>1</sup>
	Geringere Produktionseffizienz <sup>1</sup>

Quellen: <sup>1</sup>In Anlehnung an OECD, Background note by the secretariat, roundtable on ex officio cartel investigations and the use of screens to detect cartels, DAF/COMP(2013)14, 2013, S. 25 ff.; <sup>2</sup>in Anlehnung an von Blanckenburg, K./Geist, A./Kholodilin, K.A., The Influence of Collusion on Price Changes: New Evidence from Major Cartel Cases, German Economic Review 13(3), 2012, S. 245-256

**828.** Entscheidend für die Durchführung einer aussagekräftigen Vergleichsanalyse ist, dass zur Identifizierung des durch kartellrechtswidrigen Verhaltens ausgelösten Markteffektes von allen wesentlichen unter Wettbewerbsbedingungen auftretenden Einflussfaktoren abstrahiert wurde. Andernfalls ergäben sich verzerrte Analyseergebnisse, aus denen fehlerhafte Rückschlüsse gezogen würden. Solch differenzierte Analysen sind mit speziellen Verfahren der induktiven Statistik, insbesondere ökonomischen Methoden, durchführbar.<sup>274</sup>

<sup>272</sup> Vgl. Oxera, Hide and Seek: The Effective Use Of Cartel Screens, September 2013.

<sup>273</sup> Vgl. Porter, R.H./Zona, D.J., Ohio School Milk Markets: An Analysis of Bidding, Rand Journal of Economics 30(2), 1999, S. 263-288.

<sup>274</sup> Dass Preisvergleiche mit ökonomischen Methoden zu exakteren Ergebnissen führen als mit Verfahren der deskriptiven Statistik vgl. Paha, J., Empirical Methods in the Analysis of Collusion, Empirica 38(3), 2011, S. 389-415.

Tabelle IV.6: Vermutungsregeln der Rechtsprechung für kartellrechtswidriges Verhalten

<b>Allgemein</b>	Kartellvereinbarungen werden typischerweise zumindest in bestimmtem Umfang umgesetzt <sup>2</sup>
	Vorhandensein einer marktmächtigen Gegenseite, Operieren an den Herstellungskapazitätsgrenzen, erhöhte Durchschnittspreise eines bestimmten Jahres entfalten keine Indizwirkung <sup>2</sup>
	Auswirkungen auf den Wettbewerb sind um so wahrscheinlicher, je länger und nachhaltiger das Kartell praktiziert wurde und je flächendeckender es angelegt ist <sup>1</sup>
<b>Quotenkartell</b>	Quotenkartelle haben typischerweise eine preistreibende Wirkung <sup>2</sup>

Quellen: <sup>1</sup>Nachweis von Mehrerlös: BGH, Beschluss vom 28. Juni 2005, KRB 2/05 – Berliner Transportbeton I, WuW 2005, S. 1257-1261; <sup>2</sup>Schadenersatzanspruch gegen Quotenkartellbeteiligte, KG, Urteil vom 1. Oktober 2009, 2 U 10/03 – Berliner Transportbeton, WuW 2010, S. 189-204

**829.** Der verhaltensorientierte Ansatz ist auch bei Verdacht auf wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen anwendbar.<sup>275</sup> Da es sich bei Ausschreibungen um die Vergabe zeitlich begrenzter Aufträge handelt, bei denen oftmals nur ein Unternehmen den Zuschlag erhält, und konspiratives Bieterverhalten i. d. R. einen längeren Zeitraum und mehrere Ausschreibungen umfasst, erscheint eine Beobachtung des relevanten Marktes über mehrere Perioden sinnvoll.<sup>276</sup> Indizien für ein abgestimmtes Gebotsverhalten sind in Tabelle IV. 7 aufgeführt.

Tabelle IV.7: Anzeichen konspirativen Bieterverhaltens

<b>Zeitbezug</b>	<b>Markteffekte</b>
Gegenwartsbezogen/Intertemporal	Nahezu identische Preisgebote
	Kein Zusammenhang zwischen Preisgeboten und kalkulierten Kosten des umworbenen Auftrages
	Erhebliche Differenz zwischen niedrigstem Preisgebot und höchstem Preisgebot
Intertemporal	Enger Zusammenhang zwischen Preisgeboten

Quelle: In Anlehnung an OECD, Background note by the secretariat, roundtable on ex officio cartel investigations and the use of screens to detect cartels, DAF/COMP(2013)14, 2013, S. 32 ff.

### 4.1.3 Stand der Amtspraxis

**830.** Das Bundeskartellamt führt bereits zeitlich begrenzte Marktuntersuchungen für ausgewählte Wirtschaftszweige im Rahmen von Sektoruntersuchungen durch.<sup>277</sup> Es hat bislang jedoch noch keine Untersuchungen explizit zum Zwecke der proaktiven Verfolgung angestoßen.<sup>278</sup> Auch andere Wettbewerbsbehörden haben bislang nur wenige Erfahrungen mit einer proaktiven Verfolgung gesammelt. So hat bspw.

<sup>275</sup> Des Weiteren sind mit dem verhaltensorientierten Ansatz die Auswirkungen einer Fusion auf die Wahrscheinlichkeit abgestimmten Marktverhaltens analysierbar; vgl. Kovacic, W.E. u.a., Quantitative Analysis of Coordinated Effects, *Antitrust Law Journal* 76(2), 2009, S. 397-430.

<sup>276</sup> Vgl. etwa Porter, R.H./ Zona, D.J., Detection of Bid Rigging in Procurement Auctions, *Journal of Political Economy*, vol. 101(3), 1993, S. 518-538; Marshall, R.C./Marx, L.M./Meurer, M.J., The Economics of Auctions and Bidder Collusion, in Chatterjee, K./Samuelson, W.F. (Hrsg.), *Game Theory and Business Applications*, New York 2014, S. 367-394.

<sup>277</sup> Vgl. BKartA, Sektoruntersuchungen, [http://www.bundeskartellamt.de/DE/Home/home\\_node.html](http://www.bundeskartellamt.de/DE/Home/home_node.html), Abruf am 14. April 2014. Die in 2011 abgeschlossene Sektoruntersuchung Kraftstoffe war u.a. mit ursächlich für die Inbetriebnahme der Markttransparenzstelle für Kraftstoffe, welche seit August 2013 eine permanente Marktbeobachtung erlaubt, vgl. Abschnitt 10.

<sup>278</sup> Obgleich finden sich in dem Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle Vorgaben zur Prüfung von Kausalität, welche auf die Systematik verhaltensorientierter Methoden hindeutet; vgl. BKartA, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, 2012, Tz. 183, mit Tz. 19 f. des Abschnittes 4.1.2.2 dieses Gutachtens.

die Europäische Kommission in den insgesamt 48 Kartellverfahren zwischen 2004 und 2008 keine Untersuchungen zum Zwecke der proaktiven Verfolgung angestoßen<sup>279</sup>, während gegenwärtig in einigen europäischen Staaten wie z. B. den Niederlanden<sup>280</sup>, Schweden<sup>281</sup>, Großbritannien<sup>282</sup> und Österreich<sup>283</sup> entsprechende Maßnahmen implementiert werden oder bereits umgesetzt worden sind. In den USA werden quantitative Analysemethoden zur proaktiven Verfolgung bereits seit den 1970er Jahren eingesetzt.<sup>284</sup>

Allerdings ist der Erfolg, gemessen an der Anzahl der aufgedeckten Fälle, trotz diverser institutioneller Anstrengungen bis dato überschaubar. Ökonomische Analysen basierend auf ökonometrischen Methoden spielen in den USA jedoch bei der Berechnung von Kartellschäden eine wichtige Rolle.<sup>285</sup> Auch in Europa ist ein vermehrter Einsatz ökonomischer Analysen zur Quantifizierung von Kartellschäden feststellbar.

**831.** Dass von einer proaktiven Kartellverfolgung und insbesondere von quantitativen Methoden zur proaktiven Kartellverfolgung vonseiten der Behörden bislang nur zurückhaltend Gebrauch gemacht wurde, könnte vornehmlich zwei Aspekten geschuldet sein.<sup>286</sup> Zum einen birgt die datenbasierte Verifizierung ökonomischer Theorien mittels quantitativer Methoden Fehlerpotenziale in sich, sodass empirische Analysen mitunter nicht verlässliche Informationen hervorbringen können.<sup>287</sup> Zum anderen sind empirische Analysen i. d. R. relativ ressourcenintensiv, sowohl in Bezug auf die Datenbeschaffung als auch hinsichtlich der Datenauswertung.

#### 4.1.4 Würdigung

**832.** Ein Vergleich einer proaktiven und einer reaktiven Kartellverfolgung zeigt, dass die Vorteile des einen Instrumentariums nahezu die Nachteile des anderen sind. So liegt der Vorteil einer reaktiven Kartellverfolgung im Vergleich zu einer proaktiven Kartellverfolgung darin, dass Aufwendungen bei einer reaktiven Kartellverfolgung erst ab dem Zeitpunkt der Einleitung des Ermittlungsverfahrens anfallen. In der Passivität liegt aber zugleich auch der Nachteil begründet, da z. B. die Bonusregelung als eine Maßnahme der reaktiven Kartellverfolgung gerade dann nicht in Anspruch genommen wird, wenn das Kartell intern stabil ist und es keine auffälligen Verdachtsmomente schöpfen lässt. In diesem Fall verfehlt die Bonusregelung ihre Wirkung, den durch Unternehmensabsprachen entstehenden Wohlfahrtsverlusten effektiv zu begegnen. Dagegen kann mit Methoden der proaktiven Kartellverfolgung von Amts wegen nach Marktauffälligkeiten gesucht und der Anstoß für eine zeitnahe Kartellverfolgung gelegt werden. Obgleich eine proaktive Kartellverfolgung zunächst ergebnisoffen ist, sodass ein Risiko für eine ergebnislose Aufwendung von Ressourcen besteht, und mit den angewandten Methoden i. d. R. lediglich Indizien für etwaiges kartellrechtswidriges Verhalten gewonnen werden können, soll der Nutzen einer frühzeitigen Identifizierung kartellrechtswidriger

---

279 Vgl. Lianos, I./Genakos, C., *Econometric Evidence in EU Competition Law: An Empirical and Theoretical Analysis*, in: Lianos, I./Geradin, D. (Hrsg.), *Handbook in EU Competition Law Enforcement and Procedure*, Cheltenham 2013, S. 1-138.

280 Vgl. Bujis, M., *Pointers to Competition Problems: An Integrated Approach*, Office of Chief Economist, Netherlands Competition Authority, Brüssel, Präsentation vom 10. Dezember 2008.

281 Vgl. OECD, Note by Sweden, Roundtable on Ex Officio Cartel Investigations and the Use of Screens to Detect Cartels, DAF/COMP/WD(2013)82.

282 Vgl. Britische Regierung, Pressemitteilung vom 1. April 2014, <https://www.govomuk/government/news/new-competition-authority-to-make-markets-work-well-for-consumers-business-and-the-economy>, Abruf am 7. Mai 2014.

283 Vgl. BWB, Tätigkeitsbericht 2011, S. 20 ff.

284 Vgl. Abrantes-Metz, R./Bajari, P., *Screens for Conspiracies and their Multiple Applications*, *Antitrust* 24(1), 2009, S. 66-71, 69 ff.

285 Etwa *In re Live Concert Antitrust Litigation*, 247 F.R.D. 98, 146 (C.D. Cal. 2007), S. 55.

286 Vgl. International Competition Network (ICN), Cartel Working Group, *Anti-Cartel Enforcement Manual*, Chapter 4: Cartel Case Initiation, März 2010, S. 16 f.

287 Vgl. etwa *Economist*, *Just one more fix*, Artikel vom 29. März 2014. Zu den Fehlerpotenzialen quantitativer Methoden vgl. etwa Doane, M.J. u.a., *Screening for Collusion as a Problem of Inference*, forthcoming in: Blair, R.D./Sokal, D.D., *Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, Oxford, 2013.

Abreden in Form einer zeitnahen Minderung des Wohlfahrtsschadens sowie einer erhöhenden Abschreckungswirkung keinesfalls unerwähnt bleiben.<sup>288</sup>

**833.** Die Monopolkommission sieht in einer proaktiven Kartellverfolgung mit ökonomischen Analysemethoden zwar durchaus das Potenzial, die Wettbewerbsaufsicht umfassender zu gestalten. So könnte eine transparente wie strategische proaktive Kartellverfolgung die Abschreckungswirkung von Sanktionen als komplementäres Instrumentarium reaktiver Kartellverfolgung steigern.<sup>289</sup> Ebenso könnten, basierend auf dem akkumulierten Wissensfundus aus den bisherigen Kartellverfahren und aus den Sektoruntersuchungen, die eingesetzten Analysemethoden verbessert und effektiver eingesetzt werden.<sup>290</sup> Gleichzeitig ist jedoch auf die Problematik einer ausreichenden Differenzierung zwischen expliziter und impliziter Kollusion, auf die bisherigen ambivalenten Erfahrungen ausländischer Behörden sowie auf das Risiko einer womöglich ergebnislosen Bindung knapper Ressourcen hinzuweisen. Vor diesem Hintergrund empfiehlt die Monopolkommission daher zum gegenwärtigen Zeitpunkt die Entwicklungen in den europäischen Ländern, in denen Maßnahmen zur proaktiven Kartellverfolgung zur Anwendung kommen oder derzeit implementiert werden, eingehend zu verfolgen und den Erfahrungsaustausch mit den betreffenden Behörden zu intensivieren.

## 4.2 Schwerpunktgebiete der Kartellverfolgung

**834.** Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum seine Ermittlungen im Konsumgüterbereich fortgesetzt und Verfahren zu Marken-Konsumgütern durchgeführt (Bier, Kartoffeln, Schokoladenwaren, Instant-Kaffee und -Spezialitäten, Tiernahrung, Tiefkühlpizza, Waschmittel und Drogerieartikel). Weitere Kartellverfahren betrafen den Chemiegroßhandel, Porzellan, Tapeten, Schienen und andere Produkte für Eisenbahnen sowie Baustoffe. Die insbesondere bei Verbrauchsgütern zunehmend in der Presse aufgegriffenen Verfahren haben, soweit sie bereits abgeschlossen sind, zu hohen Geldbußen für die kartellbeteiligten Unternehmen und für einzelne direkt beteiligte natürliche Personen geführt.

**835.** Die hohen Geldbußen sollten nicht den Blick darauf verstellen, dass die aktuellen Kartellfälle eine Reihe von Erkenntnissen liefern, die vielfach Bedeutung für die Weiterentwicklung der Kartellverfolgung über die konkreten Fälle hinaus haben dürften. Diesbezüglich sollen nachfolgend einige Aspekte herausgegriffen werden, nämlich: (i) die internationale Dimension von Fällen des wettbewerbswidrigen Informationsaustauschs (Drogerieartikel), (ii) die Folgen, die Kartellverstöße abgesehen von den Geldbußen für die Täter für Kartellunbeteiligte haben können (Schienenfall) und zuletzt (iii) die fortbestehenden Kartellprobleme in zentralen Wirtschaftsbereichen und das damit einhergehende Schadensrisiko (Baustofffälle und Sektoruntersuchung Walzasphalt).

### 4.2.1 Drogerieartikel

**836.** Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum die Verfahren zum Kartellfall betreffend Drogerieartikel beendet.<sup>291</sup> Die Verfahren wurden im Zeitraum 2007 bis 2013 geführt und vom Amt zuletzt gegen sechs Beteiligte abgeschlossen.<sup>292</sup> Beteiligte Unternehmen waren Colgate-Palmolive, Coty, delta pronatura, Henkel, Johnson & Johnson, Procter & Gamble, SC Johnson, Sara Lee, Schwarzkopf & Henkel, Reckitt Benckiser, Unilever, Beiersdorf, Erdal-Rex, Gillette, GlaxoSmithKline, L'Oréal und der Markenverband. Das Bundeskartellamt hat in Bezug auf mehrere Tatkomplexe Geldbußen in Höhe von insgesamt rund EUR 100 Mio. festgesetzt. Gegen Colgate-Palmolive als Kronzeuge wurde keine Geldbuße festgesetzt. Henkel war in Bezug

<sup>288</sup> Vgl. etwa o. V., Boring can still be bad, *Economist*, 29. März 2014.

<sup>289</sup> Vgl. ebenso den Abschnitt zur Kriminalisierung von Kartellrechtsverstößen, Tz. 118. ff., in diesem Gutachten.

<sup>290</sup> Aufgrund der vielfältigen Einsatzmöglichkeiten von ökonomischen und insbesondere ökonometrischen Methoden, z. B. zur Quantifizierung von Kartellschäden, könnten bei einer konsequenten Anwendung zusätzliche Synergien erzeugt werden.

<sup>291</sup> Vgl. BKartA, Beschluss vom 18. März 2013, B11-17/06; dazu siehe schon Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 525.

<sup>292</sup> Gegen drei Beteiligte wird das Verfahren in der Rechtsmittelinstanz fortgeführt.

auf einen isolierten Tatkomplex Kronzeuge und wurde insofern ebenfalls nicht bebußt.<sup>293</sup> Gegenüber anderen Unternehmen hat das Amt aufgrund ihrer Kooperation als Bonusantragssteller bzw. im Vergleichsverfahren die eigentlich zu verhängende Geldbuße reduziert. Die Entscheidungen sind in den meisten Fällen ausführlich begründet und daher relativ umfangreich (bis zu ca. 200 Seiten).

**837.** Der Kartellfall betreffend Drogerieartikel war für sich genommen ein eigenständiger Fall, stand inhaltlich allerdings im Zusammenhang mit einer Reihe von Kartellverfahren betreffend Luxuskosmetik-Produkten und andere Verbrauchskemikalien, die in den vergangenen Jahren in Deutschland und in anderen europäischen Mitgliedstaaten durchgeführt worden sind. Die folgende Tabelle gibt einen Überblick, wobei nur die in mehreren Verfahren Beteiligten aufgeführt sind.<sup>294</sup>

---

293 Tatkomplex Maschinengeschirrspülmittel.

294 Vgl. BKartA, Fallbericht vom 14. Juni 2013, B11-17/06, und Pressemitteilungen vom 18. März 2013, 23. November 2011, 10. Juli 2008 und 20. Februar 2008; frz. Autorité de la concurrence, Pressemitteilung vom 8. Dezember 2011 und vom 14. März 2006; ECN Brief 01/2012, S. 41 (Slowakei); Schweiz. WEKO, Pressemitteilungen vom 17. November 2011 und 28. Mai 2010; EU-Kommission, Pressemitteilung vom 13. April 2011, IP/11/473; ital. AGCM, Pressemitteilung vom 15. Dezember 2010, 1701; span. CNC, Pressemitteilung vom 27. Januar 2010; Mitteilung auf PLC vom 15. Juni 2011 (Niederlande); Mitteilung auf Concurrences vom 10. Februar 2011 (Tschechien).

Tabelle IV.8: Überblick zu Kartellfällen bei Drogerieartikeln in der EU

	Deu- tschland	Deu- tschland	EU	Frank- reich	Frank- reich	Italien	Spanien	Schweiz	Nieder- lande	Slow- akei	Tsch- echien
	Drogerie- artikel	Luxus- kosmetik	Wasch- mittel	Wasch- mittel	Luxus- kos- metik <sup>295</sup>	Drogerie- artikel	Drogerie- artikel	Parfümer- -ie- und Kosmetik- -produkte	Drogerie- artikel	Wasch- mittel	Drogerie- artikel
Beiers- dorf	X					X		X <sup>296</sup>	X		
Chanel		X			X			X			
Clarins		X						X			
Colgate- Palm- olive	X			X		X	X		X		
Coty	X	X						X			
Estée Lauder		X			X			X			
Glaxo- Smith- Kline	X					X		X			
Henkel	X		X	X			X		X	X	X
Johnson & Johnson	X					X					
L'Oréal	X	X			X	X		X	X		
Procter & Gamble	X	X <sup>297</sup>	X	X		X		X		X	X
Puig							X	X			
Reckitt- Benckis er	X					X					X
Sara Lee	X					X	X		X		
Shis- eido <sup>298</sup>		X			X			X			
Unilever	X		X	X		X			X		
YSL Beauté		X			X			X			
Verband	X					X		X			
Andere	X	X			X		X	X			

Quelle: Eigene Darstellung

295 Parallele Vertikalbeschränkungen.

296 La Prairie.

297 Ehem. Cosmopolitan Cosmetics Prestige.

298 Auch: Beauté Prestige.

**838.** Das Bundeskartellamt hatte schon 2008 Verfahren gegen Markenartikelhersteller von Konsumgütern wegen des Verdachts des Informationsaustauschs in mehreren Produktbereichen (u. a. Süßwaren, Waschmittel und Tiernahrung) und in einem Fall wegen des Verdachts abgestimmter Preiserhöhungen eingeleitet. Die Ermittlungen wurden durch einen Bonusantrag der Mars GmbH ausgelöst. Das Amt hat auch hier Geldbußen verhängt, und zwar gegen Kraft, Dr. Oetker und Unilever sowie im Berichtszeitraum auch gegen Nestlé.<sup>299</sup> Das Verfahren gegen Henkel wurde eingestellt. Damit gibt es hinsichtlich der Verfahrensbeteiligten zum Teil Überschneidungen zwischen den Verfahren betreffend Drogerieartikel und den Verfahren betreffend die zuvor genannten Konsumgüter. In Bezug auf jene Konsumgüter haben außerhalb Deutschlands ebenfalls weitere Verfahren stattgefunden.<sup>300</sup>

**839.** Der Fall des Bundeskartellamtes in Bezug auf Drogerieartikel betraf insbesondere den Informationsaustausch in einem Arbeitsgremium des Markenverbandes, dem Arbeitskreis „Körperpflege, Wasch- und Reinigungsmittel“ (KWR). An diesem Informationsaustausch, der in den Jahren 2004 bis 2006 regelmäßig stattfand, waren die führenden Anbieter von Markenprodukten in den vom KWR abgedeckten Bereichen beteiligt. Der Austausch umfasste beabsichtigte kundenübergreifende Bruttopreiserhöhungen sowie den aktuellen Stand der Verhandlungen mit ausgewählten, großen Einzelhändlern in Jahresgesprächen und Sonderforderungen. Außerdem erfolgte ein Austausch über nicht öffentlich zugängliche Vertriebskennzahlen, bei dem in identifizierender Form Vertriebsstrukturen und -kosten sowie die jeweilige Behandlung und Gewährung von Zahlungszielen gegenüber dem Handel offengelegt wurden. Fünf Unternehmen stimmten in einer getrennten Tat die Anhebung von Listenpreisen speziell für Handgeschirrspülmittel, Duschgel und Zahncreme ab. Mehrere Unternehmen trafen ferner gesonderte Preisabsprachen über Maschinengeschirrspülmittel. Es handelte sich also um eine Kartellstruktur, bei der ein Tatkomplex alle Beteiligten betraf und die im Übrigen in mehrere Kartellverstöße mit verschiedenen Beteiligten zerfiel.<sup>301</sup> Der gemeinsame Tatkomplex zum Informationsaustausch im KWR ist über den konkreten Fall hinaus von Interesse, da er Hinweise für die Regeln zur Unternehmensteilnahme an Verbandsarbeitskreisen und etwaige Haftungsrisiken gibt.

**840.** Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Kartellfall zu Drogerieartikeln im zeitlichen Zusammenhang mit der Weiterentwicklung und Präzisierung des deutschen und europäischen Rechtsrahmens für die Beurteilung des Austauschs kartellrechtsrelevanter Informationen steht.<sup>302</sup> Auch wenn der Fall auf Basis der bereits vorhandenen deutschen Rechtsprechung zum Informationsaustausch eingeleitet und verfolgt wurde, handelt es sich um einen der ersten Fälle, auf die nunmehr auch die weiter entwickelten Grundsätze zum Informationsaustausch angewendet werden können. Der Informationsaustausch im KWR fand zur Abwehr von Handelsforderungen und zum Ausloten der geeigneten Verhandlungsposition der im Arbeitskreis vertretenen Mitglieder gegenüber dem Handel statt. Er überschritt nach den Feststellungen des Amtes allerdings die Grenzen des kartellrechtlich Zulässigen, weil er Rückschlüsse auf einzelne Unternehmen und Geschäftsvorgänge in einer Weise zuließ, die den Beteiligten eine unmittelbare wettbewerbliche Reaktion zum Nachteil anderer

---

299 Vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht 2010/2011, BT-Drs. 17/6640, S. 67, und Pressemitteilungen vom 17. März 2011, 1. August 2012, 31. Januar 2013 und 27. März 2013.

300 Autorité de la concurrence, Entscheidung vom 20. März 2012, 12-D-10 – Hunde- und Katzenfutter.

301 Ähnlich sind insofern übrigens die erwähnten Verfahren betreffend Konsumgüter: So gab es einen informellen Gesprächskreis von Konsumgüterherstellern (Hema-Kreis). Daneben fand in Bezug auf Süßwaren ein Informationsaustausch in Arbeitskreisen (Verbandsarbeitskreis) und informellen Gesprächskreisen (Vierer-Runde) statt, es gab aber auch zusätzliche Absprachen.

302 Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Milch, B2-19/08, Zwischenbericht (Dezember 2009), S. 114 f., und Abschlussbericht (Januar 2012), Tz. 139 ff.; EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. EU C 11 vom 14. Januar 2011, S. 1.

Marktteilnehmer ermöglichten.<sup>303</sup> Die ausgetauschten Informationen waren jeweils individualisiert, aktuell und nicht öffentlich zugänglich. Eine Effizienzrechtfertigung kam nicht in Betracht.

**841.** Die Beteiligten haben sich in ihren Schriftsätzen mit Argumenten verteidigt, die in ähnlicher Form auch bereits in einer Reihe von anderen Kartellverfahren zu wettbewerbswidrigem Informationsaustausch vorgebracht worden sind und insoweit über den konkreten Fall hinaus bedeutsam erscheinen. In der Sache verteidigten sich die Beteiligten gegen die Vorwürfe damit, die Produkte der beteiligten Unternehmen überschneiden sich nur in Teilbereichen. Der Austausch sei nur eine von vielen Informationsquellen gewesen, um allgemeine Markttrends besser einzuschätzen. Angesichts der Nachfragemacht des Handels sei der Austausch immer bedeutsamer geworden, um einander Mut zu machen. Dabei habe es sich bei dem Austausch aber nur um „cheap talk“ gehandelt. Man habe also darauf geachtet, als sensibel angesehene Informationen nicht zu offenbaren. Die Gespräche seien aufgrund der Art der ausgetauschten Informationen und des Zeitpunktes des Austauschs weder dazu geeignet noch dazu bestimmt gewesen, das Preisverhalten der Unternehmen zu beeinflussen. Die Betroffenen hätten zu keiner Zeit ein Unrechtsbewusstsein gehabt. Eine Wettbewerbsbeschränkung sei folglich nicht nachgewiesen. In Bezug auf einzelne Beteiligte wurde außerdem vorgebracht, dass die früher beteiligten Gesellschaften durch Verschmelzung erloschen seien und es für eine Haftung der Rechtsnachfolgerin keine ausreichende Rechtsgrundlage gebe.

**842.** Das Bundeskartellamt hielt das Vorbringen der Kartellbeteiligten letztlich nicht für durchgreifend. In der Sache stellte es ausgehend von der allgemeinen Lebenserfahrung fest, dass der Informationsaustausch über beabsichtigte Preiserhöhungen und den Stand von Verhandlungen mit dem Ziel stattfand, das durch den Informationsaustausch erlangte Wissen zu nutzen und dadurch die eigene Verhandlungsposition zu verbessern, und dass die Beteiligten das erlangte Wissen – bei kaufmännisch vernünftigem Vorgehen – auch nutzten. In Anbetracht der Teilnahme der jeweils führenden Markenhersteller und der breiten Produktaufstellung dieser Hersteller war es aus Sicht des Amtes irreführend, wenn die beteiligten Unternehmen zu ihrer Entlastung vorbrachten, dass ihre Produkte sich nur in Teilbereichen überschneiden. Zudem war es für die Beteiligten nach Einlassungen von an dem Austausch teilnehmenden Unternehmensvertretern auch unabhängig von ihrer konkreten Wettbewerbssituation bedeutsam, wie die jeweils anderen Beteiligten mit den Forderungen des Handels umgingen. Die wirtschaftliche Bedeutung des Austauschs wurde ferner bereits durch den Aufwand indiziert, den die Beteiligten mit ihrer regelmäßigen Teilnahme am Austausch betrieben. Das Amt stellte ferner fest, dass die Beteiligten auch selbst von einem konkreten Mehrwert der betreffenden Informationen ausgingen, wie sich aus den vorhandenen Beweismitteln ergab. Es überzeuge daher nicht, wenn einzelne Beteiligte sich dahin gehend einließen, die Informationen seien für sie von keiner wirtschaftlichen Relevanz gewesen.

**843.** Die Beteiligten seien sich auch bewusst gewesen, dass die ausgetauschten Informationen vertraulich und sensibel waren. Das zeige sich unter anderem daran, dass der Austausch über bestimmte Inhalte nicht oder allenfalls sehr abstrakt dokumentiert wurde und dass die Beteiligten Untersuchungen von Kartellbehörden in ihrer Branche mitverfolgten. Die Beteiligten haben in ihren Verteidigungsschriftsätzen auch nicht dargelegt, dass sie die nach der Rechtsprechung erforderlichen Maßnahmen ergriffen hatten, um Kartellverstöße ihrer Mitarbeiter zu vermeiden und dies auch dokumentieren zu können. Nach Auffassung der Monopolkommission deutet der Vortrag zum fehlenden Unrechtsbewusstsein vor diesem Hintergrund lediglich darauf hin, dass sich ein etwaiger Irrtum über die Grenzen des kartellrechtlich Zulässigen hätte vermeiden lassen und – damit einhergehend – dass ein kartellrechtskonformes Verhalten der am Informationsaustausch teilnehmenden Mitarbeiter von vornherein nicht gewährleistet war.

---

<sup>303</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 2. Oktober 2003, C-194/99 P – Thyssen Stahl, Slg. 2003, I-10821, Rz. 81 ff.; BGH, Beschluss vom 18. November 1986, KVR 1/86 – Baumarktstatistik, NJW 1987, 1821; BGH, Beschluss vom 29. Januar 1975, KRB 4/74, WuW/E BGH 1337 – Aluminium-Halbzeug; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. Juli 2002, Kart 37/01 (V) – Transportbeton Sachsen, WuW/E DE-R 949 (950); OLG Frankfurt, Beschluss vom 13. Dezember 1991, 6 Ws (Kart.) 27/91 – Grundkonsens, WuW/E OLG 5048 ff.



**844.** Das Bundeskartellamt lehnte auch eine Enthftung aufgrund von zwischenzeitlichen Umstrukturierungen ab. Es verwies insofern auf die deutsche Rechtsprechung zur wirtschaftlichen Identität der relevanten Vermögensverbindungen.<sup>304</sup> Es verwies ferner darauf, dass anders als in den bisher vom BGH entschiedenen Fällen hier ein Verstoß gegen Art. 101 AEUV in Rede stand, für den die Grundsätze zur wirtschaftlichen Einheit nach europäischem Recht maßgeblich sind. Das Problem möglicher Haftungslücken in Fällen der Rechtsnachfolge hat sich inzwischen allerdings durch die 8. GWB-Novelle entschärft (vgl. § 30 Abs. 2a OWiG n. F.).

**845.** Die Monopolkommission begrüßt die Kartellverfolgung im Konsumgüterbereich, insbesondere in dem beispielhaft dargestellten Fall betreffend Drogerieartikel. Die Verfahren betreffen neben Kernbeschränkungen auch vorgelagerte Formen der Verhaltensabstimmung bzw. des dazu dienenden Informationsaustauschs. Das Aufgreifen derartiger Fälle ist – neben der Verfolgung reiner Kernbeschränkungen – sehr wichtig, um die präventive Wirkung der Kartellvorschriften zu erhöhen. Die festgesetzten Geldbußen erscheinen mit Blick auf die konkreten Verstöße moderat. Sie tragen zugleich aber auch dem Umstand Rechnung, dass die Schädigung des Wettbewerbs regelmäßig um so stärker ist, je intensiver Wettbewerber ihr Marktverhalten durch den Austausch strategischer Informationen koordinieren.<sup>305</sup> Die Monopolkommission unterstützt die Verfahrenspraxis des Amtes somit auch weiterhin.

#### 4.2.2 Schienen, Weichen und Schwellen

**846.** Einen außergewöhnlich schwerwiegenden und umfangreichen Wettbewerbsverstoß betraf der Kartellfall um die sogenannten Schienenfreunde. Dabei handelt es sich um die Selbstbezeichnung der Beteiligten eines Kartells, dessen Ursprünge möglicherweise über fünfzehn bis zwanzig Jahre zurückliegen und in dessen Rahmen Preise und/oder Mengen für Schienen, Weichen und Eisenbahnschwellen abgesprochen wurden.<sup>306</sup> Das Bundeskartellamt untersuchte in zwei Verfahren mehrere Tatkomplexe, die sich über den Tatzeitraum von zumindest 2001 bis 2008 und zum Teil bis 2011 erstreckten.<sup>307</sup>

**847.** Der am schärfsten sanktionierte Tatkomplex betraf Mengen- und Preisabsprachen über Normalschienen zum Nachteil der Deutschen Bahn AG. An diesem Tatkomplex waren ursprünglich sieben Unternehmen beteiligt. Eine wirtschaftlich zentrale Rolle hatte eine Tochter des voestalpine-Konzerns inne, die im Jahr 2001 von ThyssenKrupp auf voestalpine übertragen worden war. Das daneben bedeutendste Kartellmitglied war ThyssenKrupp, ebenfalls über eine Tochtergesellschaft. Weitere Kartellmitglieder waren die Stahlberg Roensch GmbH (heute eine Tochter von Vossloh) und die CMC-Trinec Stahlhandel GmbH (heute: Moravia Steel Deutschland GmbH). In Bezug auf zwei weitere Unternehmen wurde die Kartellbeteiligung wegen Verjährung nicht verfolgt; ein drittes Unternehmen ist insolvent. Die Absprachen über Normalschienen fanden zwischen den genannten Kartellmitgliedern im Zeitraum 2001 bis 2008 statt und wurden zwischen voestalpine und ThyssenKrupp bilateral bis 2011 fortgeführt.

**848.** Die Absprachen und ihre Umsetzung hingen von den jeweiligen Ausschreibungsverfahren der Deutschen Bahn ab. Seit Ende 1990er Jahre bis zum Jahr 2006 schrieb die Deutsche Bahn Rahmenvereinbarungen aus, für die sich die Anbieter zunächst präqualifizieren ließen. Darin sicherte die Deutsche Bahn noch in den 1990er Jahren ihren Lieferanten für Direktlieferungen feste Lieferquoten zu.<sup>308</sup> In späteren

---

304 BGH, Urteil vom 10. August 2011, KRB 55/10 – Versicherungsfusion; Urteil vom 10. August 2011 KRB 2/10 – Transportbeton Elskes. Im vorliegenden Fall könnte sich die Haftung wohl ohnehin aus dem Fortbestand der ehemaligen Kommanditistin ergeben, die das Gesellschaftsvermögen als Rechtsnachfolgerin vollständig und somit ohne wirtschaftliche Betroffenheit eines Dritten übernommen hat; vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 63, a. a. O., Tz. 127.

305 Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 530, 533.

306 Vgl. zum Kartellzeitraum Eder, W., Voestalpine-Chef hakt Schienenkartell ab, Handelsblatt, 3. April 2012.

307 Vgl. BKartA, Fälle B12-11/11 (Absprachen zulasten der Deutschen Bahn) und B12-16/12, B12-19/12 (Absprachen zulasten anderer Kunden).

308 Vgl. Murphy, M., Schienenkartell holt Deutsche Bahn ein, Handelsblatt, 9. Oktober 2012.

Rahmenvereinbarungen waren diese Lieferquoten nicht mehr aufgeführt, wurden aber in Form von „Soll-Quoten“ von den Kartellmitgliedern weiter beachtet. Für die Ausschreibungszeiträume der Jahre 2006 bis 2007 und 2008 bis 2011 änderte die Deutsche Bahn ihre Ausschreibungspraxis, worauf die Beteiligten ihre Absprachen anpassten. Das multilaterale Kartell wurde im Jahr 2008 schließlich aufgebrochen, als ArcelorMittal die Kartellmitglieder deutlich unterbot. Nach Presseberichten soll ThyssenKrupp allerdings noch 2010 versucht haben, Marktneulinge in das Kartell einzubinden.<sup>309</sup>

**849.** Neben dem multilateralen Kartell bestand über den gesamten Tatzeitraum 2001-2011 eine kartellrechtswidrige Vertriebsvereinbarung zwischen voestalpine und ThyssenKrupp, auf deren Grundlage ThyssenKrupp auch Schienen der voestalpine an die Deutsche Bahn lieferte. Außerdem trafen voestalpine und Stahlberg Roensch in den Jahren 2010/2011 Absprachen zu kopfgehärteten Schienen. Zwischen Kihn S.A., einer anderen Tochter von Vossloh, und voestalpine gab es ferner in den Jahren 2006-2011 Absprachen in Bezug auf Weichenzungen.

**850.** Einen weiteren Tatkomplex bildeten Preis-, Quoten- und Kundenschutzabsprachen von insgesamt neun Unternehmen im Zeitraum 2001-2011, die Schienen, Weichen und Schwellen zum Nachteil von Nahverkehrsunternehmen, Privat-, Regional- und Industriebahnen sowie Bauunternehmen betrafen (Privatmarkt). An den Absprachen war CMC-Trinec/Moravia Steel nicht beteiligt. In diesem Tatkomplex bestanden regional unterschiedliche Kartellkreise und die Kartellstruktur war insgesamt stärker kunden- bzw. projektbezogen angepasst. Eine spezielle Plattform bildeten zumindest für den Zeitraum 2001-2008 die Sitzungen des „Arbeitskreises Marketing“ innerhalb des Fachverbands Weichenbau bzw. des Verbands der Bahnindustrie. Eine weitere Besonderheit war die Einbeziehung von Stammkunden in die Erstellung von Leistungsverzeichnissen, die faktisch dazu führte, dass den Beteiligten schon vor einer Ausschreibung bekannt war, auf wen das jeweilige Projekt voraussichtlich zulaufen würde. Andererseits war auch im Zusammenhang dieses Tatkomplexes die zwischen voestalpine und ThyssenKrupp bestehende Vertriebsvereinbarung von Bedeutung.

**851.** Das Bundeskartellamt hat im Juli 2012 Geldbußen in Höhe von EUR 124,5 Mio. wegen des Tatkomplexes der Absprachen zulasten der Deutschen Bahn verhängt, davon EUR 103 Mio. gegenüber ThyssenKrupp, EUR 13 Mio. gegenüber Vossloh und EUR 8,5 Mio. gegenüber voestalpine. Im Juli 2013 hat es eine weitere Geldbuße gegen Moravia Steel in Höhe von EUR 10 Mio. festgesetzt, wodurch dieser Tatkomplex abgeschlossen wurde. In den Verfahren wegen Absprachen zulasten der Geschädigten im Privatmarkt hat das Bundeskartellamt im Juli 2013 gegen acht Unternehmen Geldbußen in Höhe von insgesamt EUR 97,64 Mio. verhängt, davon EUR 88 Mio. gegen ThyssenKrupp und EUR 6,4 Mio. gegen voestalpine.<sup>310</sup> Damit hat ThyssenKrupp die höchste Geldbuße auferlegt bekommen, die das Bundeskartellamt bis dahin im Rahmen eines Kartellfalls gegen ein einzelnes Unternehmen festgesetzt hat. Die Bußen gegen voestalpine wurden auf Grundlage der Bonusregelung des Amtes gemindert. Nahezu alle Unternehmen haben kooperiert.

**852.** Der durch die Kartellabsprachen entstandene Schaden ist beträchtlich und könnte nach bisherigen Schätzungen EUR eine Mrd. erreichen oder übersteigen. Hauptgeschädigte ist die Deutsche Bahn; in mehr als 100 Fällen wurden nach Pressemeldungen jedoch auch kommunale Nahverkehrsunternehmen und sonstige Abnehmer geschädigt. Zu Schäden hat das Kartell möglicherweise auch außerhalb Deutschlands geführt, da sich ausländische Abnehmer zum Teil an den deutschen Preisen orientierten (z. B. in Österreich, Schweiz). Die Absprachen betrafen außerdem teilweise öffentlich ausgeschriebene Produkte und Dienstleistungen und haben deshalb auch staatsanwaltliche Ermittlungen ausgelöst.

309 Vgl. Leyendecker, H./Ott, K. Das Erbe des Dreier-Klubs, Süddeutsche Zeitung, 7. Januar 2013.

310 Weitere beteiligte Unternehmen: Schreck-Mieves GmbH, Holz-Fehlings Gleistechnik und Entsorgung GmbH, Fehlings Narosch Gleistechnik und Entsorgung GmbH, Künstler Bahntechnik GmbH, Heinrich Krug GmbH & Co. KG, Betzler Eisenbahntechnik GmbH.

**853.** In Bezug auf den Tatkomplex betreffend Absprachen zulasten der Deutschen Bahn ist im April 2013 eine außergerichtliche Einigung bekannt geworden, wonach voestalpine der Deutschen Bahn einen Ausgleichsbetrag von EUR 50 Mio. zahlt. Die begrenzte Zahlungshöhe ist nach Presseberichten unter anderem darauf zurückzuführen, dass voestalpine aufgrund der Bonusregelung mit dem Bundeskartellamt kooperiert und damit wesentlich zum Nachweis der Tat beigetragen hatte. Nachdem die Deutsche Bahn vor dem LG Frankfurt a. M. gegen die übrigen Kartellmitglieder Klage erhoben hatte, wurde Mitte November 2013 bekannt, dass sich auch ThyssenKrupp mit der Deutschen Bahn über die Zahlung von Schadenersatz – hier in Höhe von EUR 150 Mio. – geeinigt hat. Die Deutsche Bahn fordert von ThyssenKrupp allerdings weiter auch Schadenersatz wegen kartellbedingt überteuerter Lieferungen von Drittfirmen.

**854.** Die beiden Hauptbeteiligten des Kartells haben darüber hinaus ihren Rückzug aus kartellbefangenen Geschäftsbereichen eingeleitet. So hat voestalpine im März 2012 angekündigt, die Produktion einer – profitablen – kartellbefangenen Tochtergesellschaft stillzulegen, und diesen Schritt zum Jahreswechsel 2013/2014 vollzogen. ThyssenKrupp hat nach erfolglosen Verkaufsbemühungen im März 2013 bekannt gegeben, dass das Unternehmen seine – allerdings defizitäre – Gleistechniksparte ebenfalls schließen werde.

**855.** Der Fall um das Schienenkartell zeigt deutlich die Risiken und Nachteile von Kartellen für die Täter, die Geschädigten und andere Betroffene auf – und zwar auch unabhängig von der Belastung der Kartelltäter durch Geldbußen. Er ist insofern für die Berichterstattung der Monopolkommission aus mehreren Gründen von Interesse:

- Zum einen verdeutlicht er die hohe Relevanz, die im Rahmen der Regeln zur behördlichen Kartellverfolgung die Verfahrensstrategie mittlerweile für die am Kartellverfahren beteiligten Unternehmen gewinnt.
- Zweitens zeigt er die möglichen gravierenden Risiken auf, die Unternehmensverantwortliche in finanzieller Hinsicht und in Bezug auf den Unternehmensruf eingehen, wenn sie Wettbewerbsverstöße in ihrer Bedeutung unterschätzen und Compliance-Maßnahmen unterlassen.
- Drittens lassen sich an diesem Fall mögliche Risiken aufzeigen, die am Kartell nicht Beteiligte (Abnehmer, Mitarbeiter) zu gewärtigen haben, wenn sie nicht selbst hinreichend Acht auf mögliche Kartellverstöße geben, die anschließend von den zuständigen Behörden aufgedeckt werden.

**856.** Der Schienenkartellfall zeigt zunächst exemplarisch die Bedeutung eines strategisch durchdachten Vorgehens für betroffene Unternehmen in Fällen behördlicher Kartellverfolgung.

Dies wird unmittelbar deutlich, wenn man die Auswirkungen des Falles auf das Unternehmen voestalpine und die Auswirkungen auf die anderen Kartellbeteiligten miteinander vergleicht. ThyssenKrupp und voestalpine waren in unterschiedlicher Weise, jedoch in beiden Fällen in erheblichem Umfang an dem Kartell beteiligt. Dennoch konnte vor allem voestalpine die Auswirkungen der Kartellaufdeckung auf das Unternehmen durch ein kooperatives und vor allem schnelles Vorgehen wirksam begrenzen. Nachdem das Bundeskartellamt durch eine anonyme Anzeige erste Hinweise zu dem Kartell erhalten hatte, stellte voestalpine als erstes kartellbeteiligtes Unternehmen einen Bonusantrag. Obwohl der Kronzeugenantrag infolge der anonymen Anzeige nicht zweifelsfrei erfolgreich sein würde, gelang es voestalpine, sich in der Öffentlichkeit schon früh als Kronzeuge zu positionieren. Die Festsetzung von Geldbußen in Höhe von insgesamt EUR 14,9 Mio. wurde darauf in der öffentlichen Berichterstattung über das Kartell nur noch beiläufig aufgegriffen. Auch mit der Deutschen Bahn konnte voestalpine schnell eine Einigung über eine Ausgleichszahlung erzielen, die wegen der Kooperation des Unternehmens als Bonusantragsteller relativ gering ausfiel.

Eine derart günstige Lösung blieb den anderen Kartellbeteiligten, die sich später positionierten, verwehrt. Zwar haben auch diese Unternehmen im Kartellamtsverfahren kooperiert. Die Möglichkeit, als Kronzeuge sanktionslos zu bleiben, war ihnen jedoch von vornherein versperrt. ThyssenKrupp musste sogar Geldbußen

in Rekordhöhe zahlen. Zwar schloss auch ThyssenKrupp mit der Deutschen Bahn einen außergerichtlichen Vergleich. Allerdings gelang dies erst nach Klageerhebung der Bahn und vergleichsweise schwierigen Verhandlungen.<sup>311</sup> ThyssenKrupp musste als Ausgleich EUR 150 Mio. und damit den dreifachen Betrag von voestalpine zahlen, obwohl die Deutsche Bahn wesentlich mehr Schienen aus der Produktion von voestalpine bezogen hatte. Der Vergleich umfasst zudem keine Schädigung durch Drittlieferungen. Die anderen Kartellbeteiligten sind nach Presseberichten weiter mit einer Schadenersatzklage der Deutschen Bahn über gesamtschuldnerischen Schadenersatz in Höhe von EUR 550 Mio. sowie Zinsen in Höhe von EUR 300 Mio. konfrontiert. Klagen anderer Geschädigter sind in Deutschland und anderen Mitgliedstaaten entweder schon anhängig oder zumindest in Vorbereitung. Die deutsche Berichterstattung zu dem Fall konzentriert sich dabei auf ThyssenKrupp.

**857.** Der Schienenfall ging mit erheblichen Haftungsrisiken nicht nur für die kartellbeteiligten Unternehmen, sondern auch für die Unternehmensverantwortlichen einher. Ein solches Haftungsrisiko folgt daraus, dass erforderliche (!) Compliance-Maßnahmen – wenn überhaupt – offenbar erst aus Anlass der Ermittlungen im Schienenkartellfall getroffen wurden. So sahen die Hauptbeteiligten voestalpine und ThyssenKrupp während des Verfahrens die Notwendigkeit, ihre internen Kontrollmechanismen zu verbessern bzw. massiv zu verstärken.<sup>312</sup> Zwar hatte ThyssenKrupp bereits 1999 ein erstes Compliance-Programm eingeführt. Allerdings sah dieses Programm gegenüber den an einem aufgedeckten Wettbewerbsverstoß beteiligten Mitarbeitern drastische Sanktionen vor, ohne dass zugleich in geeigneter Form sichergestellt war, dass Mitarbeiter Verstöße selbstständig meldeten, ohne Sanktionen befürchten zu müssen. Dieses Programm konnte somit nicht gewährleisten, dass Wettbewerbsverstöße schnell erkannt und abgestellt werden konnten. Dies zeigte sich, als sich im Schienenfall herausstellte, dass kartellbeteiligte Mitarbeiter eine „frühere Aufdeckung des Kartells durch bewusstes Schweigen und systematisches Lügen bewusst verhindert haben.“<sup>313</sup> ThyssenKrupp wurde zudem in den letzten fünfzehn Jahren in zwei Fällen auf EU-Ebene mit Geldbußen belegt und ist im Berichtszeitraum vom Bundeskartellamt wegen des Verdachts einer Wiederholungstäterschaft nach deutschem Recht erneut durchsucht worden, diesmal in Bezug auf Autobleche.<sup>314</sup> Die immer neuen Kartellverstöße sprechen für ein schwerwiegendes Versagen der bis zum vorliegenden Fall bestehenden internen Aufsichts- und Compliance-Struktur.<sup>315</sup>

**858.** Der Schienenkartellfall hat abgesehen von den Auswirkungen auf die betroffenen Unternehmen und deren Verantwortliche auch erhebliche Nachteile für Kartellunbeteiligte offenbart, welche nicht oder zumindest nicht ohne Weiteres kompensiert werden können.

**859.** Dies gilt insbesondere in Bezug auf die Schadenersatzforderungen Kartellgeschädigter. Ein vollständiger Ausgleich dürfte für die kartellgeschädigten Abnehmer nach den derzeit verfügbaren Informationen im Schienenfall nicht zu erreichen sein. Ein Schadensausgleich wird von vornherein dadurch behindert, dass das Kartell über die gegebene Laufzeit zu einer Verzerrung des Preisniveaus im gesamten Markt – d. h. auch außerhalb des Kartells – geführt haben dürfte. Derartige indirekte Effekte, welche über eine allgemeine Steigerung des Marktpreises infolge der Kartellvereinbarung auch erhöhend auf Preise

311 Vgl. o. A., Bahn will Schadenersatz, n-tv.de, 16. September 2012.

312 Vgl. Eder, W., Voestalpine-Chef hakt Schienenkartell ab, Handelsblatt vom 3. April 2012; ThyssenKrupp, Pressemitteilungen vom 16. April 2013 und vom 23. Juli 2013.

313 Vgl. ThyssenKrupp AG, Pressemitteilung vom 7. November 2012.

314 Siehe Europäische Kommission, Entscheidung vom 21. Februar 2007, COMP/38.823 – Aufzüge und Fahrtreppen; Entscheidung vom 21. Januar 1998, IV/35.814 – Legierungszuschlag, und Neuentscheidung vom 20. Dezember 2006, Fall COMP/39.234 – Legierungszuschlag (Neuentscheidung), und zu dem in Deutschland laufenden Verfahren Bundeskartellamt, Pressemitteilung vom 28. Februar 2013; ThyssenKrupp, Pressemitteilung vom 28. März 2013.

315 Hierfür spricht auch, dass zwischenzeitlich Strafklage gegen beteiligte Manager u. a. von voestalpine und ThyssenKrupp erhoben wurde, wobei mehrere dieser Manager eine Beteiligung an den illegalen Absprachen gestanden haben sollen; siehe Votsmeier, V., Schienenkartell: 14 Ex-Manager von ThyssenKrupp und Voestalpine angeklagt, Juve online vom 5. Juni 2014; Murphy, M., Ex-Manager von Thyssen und Voestalpine angeklagt, Handelsblatt, 5. Juni 2014.

wirken, die außerhalb des Kartells stehende Unternehmen verlangen, werden als Preisschirmeffekte bezeichnet.<sup>316</sup> Ein Indiz für die Bedeutung solcher Preisschirmeffekte im konkreten Fall kann es sein, wenn Presseberichte zutreffen sollten, wonach der Wettbewerber ArcelorMittal bereits im Kartellzeitraum von dem Kartell wusste.<sup>317</sup> ArcelorMittal hat dieses Wissen offenbar ausgenutzt, um die Kartellmitglieder zu unterbieten und ihnen so Geschäft zu entziehen. Der Umstand, dass das Unternehmen zugleich auf eine Beschwerde bei den Kartellbehörden verzichtet hat, deutet jedoch darauf hin, dass es sich einen Vorteil davon versprach, dass das Kartell fortbestand und zu einer dauernden Dämpfung des Preiswettbewerbs führte. Eine Bemessung derartig dämpfender Effekte erscheint jedoch kaum möglich.

**860.** Ein weiteres und noch schwerer wiegendes Hindernis für den Schadensausgleich dürfte es darstellen, wenn gegenüber den Abnehmern des Kartells ein Mitverschuldenseinwand erhoben werden kann. Das ist dann der Fall, wenn die kartellgeschädigten Abnehmer von den Absprachen wussten oder sogar selbst an Kartelltreffen teilnahmen. So soll die Deutsche Bahn durch die Vorgabe fester Liefermengen und unzureichende interne Kontrollen selbst eine Grundlage für das Kartell gelegt haben. Mitarbeiter sollen nach Presseberichten außerdem schon früh über Unregelmäßigkeiten auf dem Schienenmarkt informiert gewesen sein.<sup>318</sup> Sie sollen diese jedoch hingenommen haben, weil sie dadurch die Schienenlieferanten als Kunden bei der Güterverkehrstochter DB Cargo halten konnten und die durch das Kartell verursachten Mehrkosten durch den Bund getragen wurden.<sup>319</sup> Allgemein gibt es zudem (zweideutige) Hinweise, dass Vertreter geschädigter Abnehmer bisweilen auch selbst an Kartelltreffen teilgenommen haben.<sup>320</sup> Dieses potenziell kartellfördernde Verhalten der Abnehmerseite ging insbesondere zulasten des Bundes, da es im Wesentlichen der Bund ist, der die Investitionen der Deutschen Bahn in das Schienennetz finanziert, und der Bund die Modernisierung und Sanierung der Schienennetze auch auf kommunaler Ebene fördert.

**861.** Es ist bislang offen, inwieweit hier ein etwaiger Mitverschuldenseinwand durchgreift. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die kartellgeschädigten Abnehmer wegen der starken Marktstellung der kartellbeteiligten Lieferanten im Kartellzeitraum nicht ohne Weiteres auf andere Anbieter ausweichen konnten. Damit ist fraglich, ob ein etwaiges Mitverschulden überhaupt für den entstandenen Schaden kausal werden konnte.

**862.** Auch ungeachtet dieser Fragen ist allerdings abzusehen, dass der größte Teil des durch das Schienenkartell entstandenen Schadens letztlich durch die Abnehmer der Kartellbeteiligten und damit durch deren Kunden (= Fahrgäste) und die – meist staatlichen – Träger (= die Steuerzahler) zu tragen sein wird. So hat die Deutsche Bahn bisher durch außergerichtliche Einigungen offenbar nur einen sehr begrenzten Teil ihres eingeklagten bzw. ihres tatsächlichen Schadens erstattet bekommen. Einvernehmliche Schadensregelungen mit anderen kartellgeschädigten Abnehmern der öffentlichen Hand sind bislang nicht bekannt. Im Berichtszeitraum ist zudem deutlich geworden, dass insbesondere die Deutsche Bahn in den vergangenen Jahren auch außerhalb des Schienenfalles und in großem Umfang durch Kartelle geschädigt worden ist. Es ist vor diesem Hintergrund zu begrüßen, dass die Deutsche Bahn darauf mit der Einrichtung einer besonderen Abteilung („CRK4“) reagiert hat, die gegenüber Kartelltätern systematisch Schadenersatzforderungen verfolgen soll.<sup>321</sup>

**863.** Daneben hat sich gezeigt, dass Kartelle neben Außenstehenden auch unbeteiligte Mitarbeiter der kartellbeteiligten Unternehmen selbst schädigen können, etwa wenn die Kartellverfolgung die Schließung

316 Vgl. etwa zuletzt EuGH, Urteil vom 5. Juni 2014, C-557/12 – Kone.

317 Vgl. Murphy, M., Arcelor-Mittal wusste vom Kartell und schwieg, Handelsblatt/Wirtschaftswoche online, 12. Dezember 2011.

318 Vgl. Schraven, D., Schienenkartell betrog den Bund – Schaden wird auf EUR 400 Mio. geschätzt, Der Westen vom 8. Juli 2011; Murphy, M., Zeugen untergraben Ersatzansprüche der Bahn, Handelsblatt, 1. August 2012; ders., Bahn und Thyssen-Krupp wussten von Absprachen, Handelsblatt, 10. Dezember 2012.

319 Vgl. Murphy, M., Kartell des Schweigens, Handelsblatt, 10. Dezember 2012.

320 Vgl. Murphy, M., „Schienenfreunde“ trafen sich auch im Bordell, Handelsblatt, 10. September 2012; Himmelbauer, L., Schienenkartell zieht immer weitere Kreise, Wirtschaftsblatt, 11. September 2012.

321 Vgl. Ott, K., Bahn macht Jagd auf Kartelle, Süddeutsche Zeitung, 24. März 2014.

kartellbefangener Konzerngesellschaften nach sich zieht. Dies hat im vorliegenden Fall zu Forderungen aus der Politik geführt, dass die von der Kartellbeteiligten voestalpine geschlossene Schienensparte von der Deutschen Bahn als einem Unternehmen des Bundes übernommen werden sollte.<sup>322</sup> Dabei stellte sich jedoch das Problem, dass die kartellrechtliche Haftung an die wirtschaftliche Identität der Kartellbeteiligten anknüpft.<sup>323</sup> Das hätte vorliegend bedeutet, dass die Deutsche Bahn bei einer Übernahme der Schienenproduktion auch die auf Schadenersatz haftenden Unternehmensteile der voestalpine übernommen hätte. Dies hätte die weitere Geltendmachung von Schadenersatzforderungen erheblich erschweren können. Davon abgesehen hätte die Verlagerung der Schienen- und Weichenproduktion auf den Staat und ihre vertikale Integration in den bedeutendsten Abnehmer von Schienen und Weichen in Deutschland auch grundsätzliche Bedenken in Bezug auf den Erhalt wettbewerblicher Marktstrukturen hervorgerufen.<sup>324</sup> Daher ist es zu begrüßen, dass die genannten politischen Forderungen nicht umgesetzt wurden. Für die betroffenen Mitarbeiter bedeutete dies allerdings den Verlust ihres bisherigen Arbeitsplatzes.

### 4.2.3 Baustoffe

**864.** Die Kartellverfolgung in der Baustoffindustrie bildet seit Jahren einen Schwerpunkt der Tätigkeit des Bundeskartellamtes. Das liegt an der Marktstruktur und dabei insbesondere an vielfältigen Verflechtungen der Baustoffunternehmen untereinander und an bestehenden Überkapazitäten.

**865.** Gegenstand kartellbehördlicher Untersuchungen waren in der Vergangenheit besonders häufig die Zement- und Transportbetonmärkte, daneben verschiedene Vorproduktmärkte (Kies, Sand, Kalksandstein), bis in die achtziger Jahre auch die Märkte für Natursteine. Die Baustoffmärkte sind typischerweise regional geprägt. Baustoffe sind i. d. R. überall in Deutschland ortsnahe verfügbar. Dagegen ist der Aufwand eines Transports über große Strecken hoch.

**866.** Die Marktstruktur ist auf Anbieterseite verkrustet.<sup>325</sup> Auf vielen Märkten ist ein Nebeneinander großer, mittlerer und kleiner Anbieter anzutreffen, die durch Gemeinschaftsunternehmen in großem Umfang miteinander verflochten sind. Diese Verflechtungen haben sich trotz dekonzentrativer Tendenzen seit der Wende teilweise noch verstärkt.<sup>326</sup> So haben gerade die großen Zementhersteller andere Baustoffunternehmen akquiriert, um in möglichst vielen Bundesländern vertreten zu sein und in nachgelagerte Bereiche (Mörtel, Transportbeton, Betonherzeugnisse) einzudringen. Die bei den übernommenen Unternehmen bestehenden Beteiligungen haben sie typischerweise mit übernommen (etwa bei Übernahmen im Transportbetonbereich). Daneben besteht ein offenbar weiter ungebrochener Trend zur Kooperation, insbesondere beim Vertrieb.

**867.** Die Baustoffmärkte sind vielfach bereits seit Jahrzehnten durch Überkapazitäten gekennzeichnet. Diese Überkapazitäten sind zum einen darauf zurückzuführen, dass es sich bei Baustoffen oft um preissensible, homogene Massengüter handelt und die Zutrittsschranken auf den relevanten regionalen Märkten gering sind. Zum anderen wird eine nachhaltige Konsolidierung der Anbieter bislang durch die kleinteilige Marktstruktur und die bestehenden Unternehmensverflechtungen behindert.

**868.** Die beschriebene Marktstruktur rechtfertigt nach Einschätzung der Kartellbehörden und Gerichte die Annahme, dass davon erhebliche wettbewerbsdämpfende Effekte ausgehen und dass sie förderlich für die

322 Antrag der Fraktion Die Linke vom 8. Mai 2012, BT-Drs. 17/9581, auf Übernahme des Schienenherstellers TSTG Schienen Technik in Duisburg durch die Deutsche Bahn AG.

323 Vgl. BGH, Urteil vom 10. August 2011, KRB 55/10 – Versicherungsfusion; Urteil vom 10. August 2011, KRB 2/10 – Transportbeton Elskes.

324 Vgl. Kapitel V.

325 Daran ändern auch die Fusionswellen, die es in dieser Branche – auch Deutschland übergreifend – immer wieder gegeben hat, grundsätzlich nichts; vgl. jüngst Becker, T., Baustoff-Riesen vor Zusammenschluss, Börsen-Zeitung, 5. April 2014, und ders., LafargeHolcim zementiert Dominanz, Börsen-Zeitung, 8. April 2014.

326 Vgl. BGH, Urteil vom 10. August 2011, KRB 55/10 – Versicherungsfusion; Urteil vom 10. August 2011, KRB 2/10 – Transportbeton Elskes.

Anbahnung und Durchführung von Kartellen sind.<sup>327</sup> Das gilt ungeachtet der erfolgreichen Aufdeckung von Kartellen in der Vergangenheit und ungeachtet der zum Teil umfangreichen Veräußerungszusagen in Fusionskontrollverfahren sowie der Auflösung und Neustrukturierung von Gemeinschaftsunternehmen. Aufgrund der Vielzahl von Gemeinschaftsunternehmen ist das Bundeskartellamt dazu übergegangen, die kooperativen Effekte von Zusammenschlüssen grundsätzlich innerhalb des Fusionskontrollverfahrens zu untersuchen.<sup>328</sup> Daneben hält es an einer rigorosen Kartellverfolgung fest.

**869.** Dabei zeigt die Verfolgungspraxis der letzten Jahrzehnte, dass die Wettbewerbsverstöße in der Baustoffbranche ungeachtet der kleinteiligen Marktstruktur häufig sehr umfangreich und schwerwiegend sind. Die nachfolgende Liste auf Basis der Tätigkeitsberichte des Amtes gibt für den Zeitraum ab 1993/94 einen Überblick über die Kartellverfolgung:

**Tabelle IV.9: Überblick über die behördliche Kartellverfolgung**

<b>Verfahrenszeitraum</b>	<b>Betroffene Branche</b>	<b>Art der Absprachen</b>	<b>Zahl der beteiligten Unternehmen</b>	<b>Kartellgebiet</b>	<b>Bemerkungen</b>
1993-1997	Bituminöses Mischgut (Gussasphalt)	Preis- und Quotenkartell	4 (3) <sup>329</sup>	Baden-Württemberg u. angrenzende Bundesländer	Verfahren wurde an StA Stuttgart abgegeben und nach Rückgabe der Akten teilweise wg. Verjährung eingestellt.
1999/2000	Transportbeton	Preis- und Quotenkartell	69	11 regionale Märkte in 5 Bundesländern in Nord- u. Ostdeutschland	Bis dahin umfangreichstes Kartellverfahren des Amtes. Dazu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 31. Januar 2005, VI-Kart 51/01 OWi, u. Urteil vom 6. Mai 2004, VI-Kart 41-43 + 45-47/01 OWi; dazu BGH, Beschluss vom 28. Juni 2005, KRB 2/05. Infolge des Urteils des OLG Düsseldorf wurde § 81 GWB neu gefasst. <sup>330</sup>
2000	Transportbeton /Betonpumpen	Preis- und Quotenkartell	48	Südwestdeutschland, Thüringen u. Sachsen	Dazu OLG Düsseldorf, Urteil vom 29. Oktober 2003, VI-Kart 9-11/03 OWi.
1999/2000	Transportbeton	Marktinformationssystem	Verband	Bundesweit	
1999/2000	Kalksandsteine	Gebiets-, Preis- und Quotenkartell	4	Nordrhein-Westfalen u. Niedersachsen	

327 Vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht 2009/2010, BT-Drs. 17/6640, S. 74 f.; OLG Düsseldorf, Urteil vom 5. April 2006, VI-2 Kart 5 + 6/05 OWi, Abschn. IV.1 (dort speziell zur Zement- und Transportbetonindustrie).

328 Vgl. schon Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 466 ff. zur Doppelkontrolle in diesen Fällen.

329 Gegen ein Unternehmen wurde das Verfahren eingestellt.

330 Die infolge des Verfahrens geführten Schadenersatzprozesse haben zudem zur Weiterentwicklung des Kartellschadenersatzrechts beigetragen; siehe insb. KG, Urteil vom 1. Oktober 2009, 2 U 10/03 Kart – Berliner Transportbeton.

<b>Verfahrens- zeitraum</b>	<b>Betroffene Branche</b>	<b>Art der Absprachen</b>	<b>Zahl der beteiligten Unternehmen</b>	<b>Kartellgebiet</b>	<b>Bemerkungen</b>
2001/2002	Transportbeton	Abkauf von Wettbewerb, Quotenkartell	7	Niederbayern	Dazu LG München, Urteil vom 23. August 2000, 21 O 16924/99; OLG Düsseldorf Urteil vom 29. Oktober 2003, VI-Kart 9-11/03 OWi; Urteil vom 5. April 2006, VI-2 Kart 5 + 6/05 OWi; Beschluss vom 31. Januar 2005, VI-Kart 51/01 (OWi); BGH, Beschluss vom 25. April 2005, KRB 22/04; Beschluss vom 23. November 2004, KRB 23/04.
2001/2002	Transportbeton	Preis- und Quotenkartell	8	Nordost-Westfalen, Osnabrück	
2001-2005	Transportbeton /Betonpumpen	Preis- und Quotenkartell	12	Raum Dresden	
2001	Transportbeton	Marktinformatio nssystem	45 Unterneh men u. 1 Treuhand er	Sachsen	Dazu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. Juli 2002 u. 30. September 2002, VI-Kart 37/01 (V).
2002-2003	Zement	Quotenkartell; BGH, Urteil vom 10. August 2011, KRB 55/10 – Versicherungsfu sion; Urteil vom 10. August 2011 KRB 2/10 – Transportbeton Elskes.	30 (12)	Bundesweit	Bis dahin höchste Geldbußen des Amtes (EUR 702 Mio.). Dazu OLG Düsseldorf, Urteil vom 26. Juni 2009, VI-2a Kart 2 - 6/08 OWi; BGH, Urteil vom 26. Februar 2013, KRB 20/12. <sup>331</sup>
2004- 2007/2008	Transportbeton	Quotenkartell	92 (62)	Verschiedene regionale Märkte in Süddeutschland, Thüringen, Sachsen, Schleswig-Holstein u. Mecklenburg- Vorpommern	Dazu OLG Düsseldorf, Urteil vom 30. März 2009, VI-2 Kart 10/08 OWi; BGH, Beschluss vom 10. August 2011, KRB 2/10.

<sup>331</sup> In Bezug auf Schadenersatz siehe auch LG Düsseldorf, Urteil vom 17. Dezember 2013, 37 O 200/09 (Kart) U – Zementkartell II.



<b>Verfahrenszeitraum</b>	<b>Betroffene Branche</b>	<b>Art der Absprachen</b>	<b>Zahl der beteiligten Unternehmen</b>	<b>Kartellgebiet</b>	<b>Bemerkungen</b>
2003/2004-2006	Zement	Preis-, Gebiets- und Quotenkartell	12	Bundesweit	Folgeverfahren zu dem Verfahren 2002-2003.
2005/2006	Wandbaustoffe	Kartellrechtswidriges Gemeinschaftsunternehmen (Nord-KS): Marktinformationssystem	2	Norddeutschland Entscheidend ist insoweit die Beeinträchtigung der Verbraucherinteressen. <sup>332</sup> In diesem Zusammenhang erscheint auch die enge Verwandtschaft zwischen standardessenziellen Patenten <sup>333</sup> und Datenstandards von besonderer Bedeutung	Siehe auch BKartA, Tätigkeitsbericht 2009/10 zur Entflechtung des Gemeinschaftsunternehmens (Nord-KS); OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25. Oktober 2006 u. 20. Juni 2007, VI-Kart 14/06 (V); Beschluss vom 4. Juni 2006, VI-Kart 6/06 (V); BGH, Beschluss vom 4. März 2008, KVZ 55/07.
2006-2009	Trockenmörtel und Putze	Preis- und Konditionenkartell (Silos)	12 (9)	Bundesweit	Dazu OLG Düsseldorf, Urteile vom 29. Oktober 2012, V-1 Kart 1 - 6/12 (OWi), u. 17. Dezember 2012, V-1 Kart 7/12 (OWi)
2008/2009	Tondachziegel	Preiskartell	9	Bundesweit	
2009	Transportbeton	Quotenkartell	3	Großraum Freiburg i. Br.	Flankierende Absprachen auf der vorgelagerten Marktstufe, flankierende Kooperation in Gemeinschaftsunternehmen
2010-2012	Betonrohre und -schächte	Kunden-/Objekt-, Preis- und Quotenkartell	10	Norddeutschland <sup>334</sup>	
2009/2010-2014	Betonpflastersteine	Kunden-, Preis- und/oder Gebietskartell	ca. 50	Bundesweit, schwerpunktmäßig Nordrhein-Westfalen und angrenzende Landkreise	

<sup>332</sup> Vgl. etwa ausdrücklich EuG, Urteil vom 17. September 2007, T-201/04 – Microsoft, Rn. 643 ff., 647; EuGH, Urteil vom 29. April 2004, Verb. Rs. C-418/01 – IMS Health, Rn. 48.

<sup>333</sup> Vgl. dazu unten Tz. 977. ff.

<sup>334</sup> Das BKartA hat aus Gründen eines effizienten Einsatzes seiner Ressourcen zunächst von der Verfolgung eines parallelen Kartellverdachts in Bezug auf Betonrohre/-schächte und Betonpflastersteine in Süddeutschland abgesehen.

<b>Verfahrenszeitraum</b>	<b>Betroffene Branche</b>	<b>Art der Absprachen</b>	<b>Zahl der beteiligten Unternehmen</b>	<b>Kartellgebiet</b>	<b>Bemerkungen</b>
2009/2010	Zement	Marktinformationsverfahren	Verband	Bundesweit	
2011/2012	Kalksandsteine	Kartellrechtswidriges Gemeinschaftsunternehmen	3 Gemeinschaftsunternehmen	Nordrhein-Westfalen	Folgeverfahren zum Verfahren betr. Wandbaustoffe 2005/2006
2014	Walzasphalt	Quoten- und Lieferabsprache	6-10 (gegenw. Stand)	Hessen und angrenzende Bundesländer	Ermittlungsverfahren läuft <sup>335</sup>

Quelle: Eigene Darstellung

Hinzu kommt eine Reihe von Anmeldekartellen, denen das Bundeskartellamt bis zum im Tätigkeitsbericht 2004/2005 abgedeckten Zeitraum widersprochen hat.<sup>336</sup> Der Freigabe standen meist hohe regionale Marktanteile der Beteiligten oder Preis- und Quotenabreden in der Kartellvereinbarung entgegen.

**870.** Das Bundeskartellamt hat auch in diesem Berichtszeitraum mehrere Kartellverfahren im Baustoffbereich eingeleitet bzw. durchgeführt, namentlich in den Bereichen Betonpflastersteine und andere Betonbauteile.<sup>337</sup> Es hat gegen die beteiligten Unternehmen und verantwortliche Personen Geldbußen verhängt, soweit die Verfahren bereits abgeschlossen sind. Die Geldbußen haben eine sehr unterschiedliche Höhe, von deutlich unter EUR 100.000 bis in den Millionenbereich. Dies ist auf erhebliche Unterschiede bei den Unternehmensgrößen, bei den tatbezogenen Umsätzen und Faktoren wie der Schwere und Dauer des Verstoßes und der individuellen Leistungsfähigkeit zurückzuführen.<sup>338</sup>

**871.** Daneben hat das Bundeskartellamt die Sektoruntersuchung im Bereich Walzasphalt abgeschlossen, die es Mitte des Jahres 2010 eingeleitet hatte.<sup>339</sup> Die Sektoruntersuchung hat ergeben, dass die Hälfte der bundesweit erfassten 541 Asphaltmischwerke von Betreibergesellschaften geführt wird, die in der Form von Gemeinschaftsunternehmen organisiert sind. Dabei kommt vier Unternehmen eine zentrale Stellung zu, welche an immerhin 405 der Werke beteiligt sind.

**872.** Das Bundeskartellamt hat die Gemeinschaftsunternehmen nach deutschem Recht eingeordnet und in vier Gruppen eingeteilt:

- Gemeinschaftsunternehmen, welche eine Regelvermutung der Rechtsprechung für das Bestehen von Wettbewerbsbeschränkungen auslösen, weil mindestens zwei Gesellschafter und das Gemeinschaftsunternehmen auf demselben räumlich relevanten Markt für Walzasphalt tätig sind (Typ A);<sup>340</sup>
- Gemeinschaftsunternehmen, welche, ohne die Regelvermutung auszulösen, deshalb zu überprüfen sind, weil ein Gesellschafter unmittelbar und ein weiterer über eine nicht beherrschte Beteiligungs-

<sup>335</sup> Dieses Verfahren war noch nicht Gegenstand der Berichterstattung des Bundeskartellamts. Weitere Verfahren werden im Baustoffbereich zurzeit in die Wege geleitet.

<sup>336</sup> Mittelstands- und Konditionenkartelle. Die Möglichkeit zur Kartellanmeldung ist anschließend entfallen.

<sup>337</sup> Vgl. BKartA, B12-11/10 – Beton-Standardpflastersteine; B12-15/09 – Betonbauteile. Als Fall in einem zusammenhängenden Markt zu nennen ist das Verfahren B12-15/12 – Betongaragen.

<sup>338</sup> Vgl. auch BKartA, Pressemitteilung vom 1. März 2012.

<sup>339</sup> Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Walzasphalt, B1-33/10, Abschlussbericht vom Sept. 2012.

<sup>340</sup> Einschließlich von Unternehmensverbindungen über nicht allein oder gemeinsam beherrschte Beteiligungsgesellschaften.

gesellschaft auf dem relevanten Markt tätig ist (Typ B1), weil ein Gesellschafter auf dem relevanten Markt und ein weiterer auf dem unmittelbar benachbarten Markt tätig sind (Typ B 2) oder weil mindestens zwei Gesellschafter, ohne auf dem relevanten Markt oder benachbarten Märkten tätig zu sein, auf anderen Märkten als Wettbewerber aufeinandertreffen (Typ B 3);

- Gemeinschaftsunternehmen, bei denen, unbeschadet der Regelvermutung, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Informationsaustausch in Betracht kommt (Typ C);
- Gemeinschaftsunternehmen, bei denen keine Wettbewerbsbeschränkung zu erwarten ist (Typ U).

Gemeinschaftsunternehmen in Form von nicht wettbewerbsbeschränkenden Arbeitsgemeinschaften wurden von dieser Einteilung konzeptionell ausgenommen. Derartige Arbeitsgemeinschaften waren im vorliegenden Zusammenhang allerdings nicht wahrscheinlich.

**873.** Das Bundeskartellamt berücksichtigte in der Sektoruntersuchung, dass eine mögliche Kartellkoordinierung auch durch gesellschaftsrechtliche Beschränkungen oder die Ausgestaltung gesellschaftsrechtlicher Informationsrechte bedingt sein kann. Es hob aber hervor, dass gesellschaftsrechtliche Beschränkungen die Anwendung des Kartellverbots letztlich nicht beeinflussen können.

**874.** Das wesentliche Ergebnis der Untersuchung war, dass etwa 80 Prozent der Betreibergesellschaften bzw. Werke der überprüften Gemeinschaftsunternehmen in mindestens eine der Fallgruppen A bis C fallen und dabei für mehr als die Hälfte der Betreibergesellschaften die Regelvermutung der Kartellrechtswidrigkeit gemäß Typ A gilt. Eine Einzelfreistellung aufgrund von Effizienzgewinnen war in Fällen wettbewerbsbeschränkender Gemeinschaftsunternehmen typischerweise nicht zu erwarten.

**875.** Das Bundeskartellamt hatte schon im Tätigkeitsbericht 2009/2010 die betroffenen Unternehmen dazu angehalten, die gefestigte Rechtsprechung zur Anwendung des deutschen Kartellverbots (§ 1 GWB) auf Gemeinschaftsunternehmen umzusetzen.<sup>341</sup> Im Abschlussbericht zur Sektoruntersuchung betonte es erneut die grundsätzliche Verpflichtung der betroffenen Unternehmen, die Verstöße unverzüglich selbstständig abzustellen, und kündigte die Einleitung von Verfahren an. Im Anschluss an die Sektoruntersuchung wurden sodann Verwaltungsverfahren eingeleitet und bundesweit bereits zahlreiche Gemeinschaftsunternehmen entflochten.<sup>342</sup> Aufgrund der Ermittlungen erhielt das Bundeskartellamt außerdem über Bonusanträge Hinweise auf eine möglicherweise kartellrechtswidrige Quoten- und Gebietsabsprache, denen es zurzeit nachgeht.

**876.** Darüber hinaus hat das Bundeskartellamt Ende 2013 eine Sektoruntersuchung des Transportbetonssektors eingeleitet.<sup>343</sup> Daneben behält sich das Bundeskartellamt weitere Sektoruntersuchungen und Einzelverfahren auch in anderen Bereichen der Baustoffbranche (z. B. Sand und Kies, aufgehendes Hintermauerwerk) vor.

**877.** Hintergrund der Sektoruntersuchung im Transportbetonbereich sind zunächst Erfahrungen mit den lang andauernden Kartellen im Transportbeton- und Zementmarkt sowie Erkenntnisse aus der Sektoruntersuchung Walzasphalt. Daneben ergaben sich Anhaltspunkte für strukturell bedingte Wettbewerbsverzerrungen aus der Tatsache, dass sich in mehreren Fusionskontrollverfahren aus neuerer Zeit gezeigt hatte, dass auch im Transportbetonbereich vielfältige gesellschaftsrechtliche Verflechtungen zwischen den Marktteilnehmern bestehen und zahlreiche kooperative Gemeinschaftsunternehmen auf dem Markt tätig sind.<sup>344</sup> Weiterhin hatte sich ein bedeutendes und – angesichts der Erhöhung der Transparenz für die Beteiligten – problematisches Ausmaß vertikaler Integration gezeigt, insbesondere zwischen Transportbetonunternehmen und Unternehmen, welche wesentliche Vorprodukte herstellen (Zement, Kreis, Sand). Schließlich könnte sich die

<sup>341</sup> Vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht 2009/2010, BT-Drs. 17/6640, S. 75.

<sup>342</sup> Zur Doppelkontrolle von Gemeinschaftsunternehmen vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 466 ff. (insb. Tz. 468); XVIII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 508 ff.

<sup>343</sup> Dazu ergingen Auskunftsbeschlüsse am 19. November 2013.

<sup>344</sup> Vgl. BKartA, Abschlussbericht Sektoruntersuchung Walzasphalt, a. a. O., Fälle des Typs A.

Branche nach Einführung der zweiten Inlandsumsatzschwelle vom Bundeskartellamt unbemerkt weiter konsolidiert oder verflochten haben. Denn Zusammenschlüsse und somit auch Gründungen von Gemeinschaftsunternehmen unterliegen nur noch in Einzelfällen der Zusammenschlusskontrolle.<sup>345</sup>

**878.** Das Bundeskartellamt hat zunächst alle ermittelbaren Transportbeton produzierenden Unternehmen angeschrieben und diese zu den relevanten Geschäftsaktivitäten und zur ihren Gesellschaftern befragt. Bis Mai 2014 sind Antworten von über 700 Gesellschaften eingegangen, die mit eigenen Werken Transportbeton herstellen und vertreiben. Die erste Befragungsrunde wird abgeschlossen mit einer umfangreicheren Befragung der Zementhersteller, welche über die Angaben zu den Transportbetonaktivitäten und die Gesellschafterstruktur hinaus um Angaben zu ihren Zementaktivitäten gebeten werden. Die Auswertung der erhaltenen Daten ist für die zweite Jahreshälfte 2014 vorgesehen.

**879.** Wenn sich in der Sektoruntersuchung zu Transportbeton herausstellen sollte, dass Gemeinschaftsunternehmen und vertikale Integration den Transportbetonmarkt vergleichbar prägen wie den Markt für Walzasphalt, so wäre eine Koordination mit spürbaren Wettbewerbsverfälschungen aus Sicht des Bundeskartellamtes auch ohne explizite Kartellabsprachen möglich, insbesondere in dem Fall, dass die Gesellschafter von Gemeinschaftsunternehmen auf den gleichen oder angrenzenden Regionalmärkten aktiv sind.<sup>346</sup> Auch die Präsenz eines in bestimmten Regionalmärkten marktstarken und vertikal verbundenen Zementproduzenten könnte Wettbewerbsbeschränkungen in Form von Preisscheren nach sich ziehen. Zudem erhalten vertikal integrierte Zementproduzenten über ihre Transportbeton produzierenden Töchter bzw. Unternehmensbereiche als Nachfrager Kenntnis über Preise oder Wettbewerbsvorstöße konkurrierender Zementhersteller, was wiederum zu Einschränkungen des Wettbewerbs auf den Zementmärkten führen könnte. Die Sektoruntersuchung soll klären, ob ein Eingreifen des Amtes im Rahmen von Einzelverfahren erforderlich ist.

**880.** Probleme im Baustoffsektor werden indessen auch von anderen Europäischen Wettbewerbsbehörden wahrgenommen. So fand auf Initiative der Niederländischen Kartellbehörde ACM hierzu im Februar 2014 eine Sitzung des Netzwerks Europäischer Kartellbehörden (ECN) statt. Auf dieser Sitzung bestand zwischen den beteiligten Wettbewerbsbehörden Einigkeit darüber, dass eine enge internationale Zusammenarbeit notwendig ist, weil einige wichtige Marktteilnehmer in mehreren Staaten aktiv sind und viele der sich stellenden Probleme vergleichbar sind. Die Ergebnisse der Sitzung umfassen unter anderem den Aufbau eines sektorspezifischen Netzwerks und die Sammlung relevanter Informationen (z. B. Fallstudien). Die ECN-Arbeitsgruppe „Kartelle“ wird über die Arbeit des Sektornetzwerks in Kenntnis gesetzt.

**881.** Die Monopolkommission begrüßt die systematische Überprüfung der Marktstrukturen durch das Bundeskartellamt und die damit abgestimmte Fortsetzung der Kartellverfolgung im Baustoffbereich. Sie stimmt der Einschätzung zu, dass hier insbesondere Gemeinschaftsunternehmen, bei denen mehrere Gesellschafter und das Gemeinschaftsunternehmen auf demselben relevanten Markt tätig sind, tendenziell kritisch zu sehen sind. Das gilt ungeachtet der Tatsache, dass bestimmte Wettbewerbsbeschränkungen aus der gesellschaftsrechtlichen Struktur des Gemeinschaftsunternehmens folgen und damit notwendig verbunden sein können.<sup>347</sup> Die Gründer eines Gemeinschaftsunternehmens dürfen trotzdem weder direkt untereinander unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen vereinbaren, noch dürfen sie solche Beschränkungen indirekt über eine gesellschaftsrechtlich nicht gebotene Koordination herbeiführen, welche lediglich einen Deckmantel für ein verdecktes Kartell bildet.<sup>348</sup> Jedenfalls bei kooperativen Gemeinschaftsunternehmen er-

345 Dazu zuletzt Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 473.

346 Vgl. BGH Beschluss vom 4. März 2008, KVZ 55/07 – Nord-KS/Xella.

347 Vgl. EU-Kommission, Bekanntmachung über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABl. EU C 56 vom 5. März 2005, S. 3, Tz. 36.

348 BGH, Beschluss vom 8. Mai 2001, KVR 12/99 – Ost-Fleisch, Abschnitt B.II.3; EU-Kommission, Entscheidung vom 19. Juli 2006, COMP/M.4170 – LSG Lufthansa Service Holding/Gate Gourmet Switzerland, Tz. 50 ff.; ferner Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 5. Aufl. 2012, Art. 2 FKVO Rz. 614 u. Fn. 2273.

scheint daher aus Sicht der Monopolkommission eine kartellfreie Kooperation nur unter sehr engen Voraussetzungen denkbar.

**882.** Zu begrüßen ist vor diesem Hintergrund auch die Bereitschaft der Marktteilnehmer, gewachsene Strukturen im Falle kartellrechtlicher Bedenken zu überprüfen und Gemeinschaftsunternehmen in zahlreichen Fällen im Anschluss an die Einleitung der Sektoruntersuchungen freiwillig und ohne behördliche Druckausübung zu entflechten. Es ist hervorzuheben, dass solche Entflechtungen nicht selten mit spürbaren Effizienzgewinnen einhergehen können, etwa wenn dadurch überkommene Strukturen modernisiert werden.

**883.** Die Monopolkommission spricht sich ergänzend dafür aus, dass die öffentliche Hand den Wettbewerbsrisiken im Baustoffbereich im Rahmen von Vergabeverfahren verstärkt Rechnung trägt. Sie hebt hervor, dass vor allem die öffentliche Hand Walzasphalt abnimmt, zugleich aber auch ein bedeutender Abnehmer von anderen Baustoffen ist.<sup>349</sup> Die umfangreichen Wettbewerbsverstöße in der Baustoffindustrie führen zu beträchtlichen Schäden, die die öffentlichen Haushalte und somit mittelbar die Bürger als Steuerzahler erheblich belasten. Es ist angesichts der weitverbreiteten Verstöße und der Schwierigkeiten bei der Schadensbemessung zu empfehlen, dass die öffentlichen Abnehmer (z. B. Straßenbauämter) Leistungen möglichst getrennt voneinander ausschreiben (z. B. Bauleistung, Material), dass sie in Verträgen mit der Baustoffindustrie grundsätzlich Schadenspauschalen für den Fall von Wettbewerbsverstößen vorsehen und dass sie überführte Kartelltäter von Vergaben ausschließen.

## 5 Vertriebsbeschränkungen (insbesondere: Internetvertrieb)

**884.** Die Kontrolle der Vertriebskette durch den Hersteller (oder Importeur) ist bei wirtschaftlicher Betrachtung ambivalent. Einerseits wird dadurch die Freiheit der Vertragspartner im Wettbewerb beschränkt. Andererseits lassen sich über solche Vereinbarungen Effizienzen realisieren. Typische positive Wirkungen sind etwa die Internalisierung externer Effekte, die Vermeidung von Anreizproblemen sowie von höheren Preisen und Outputreduzierungen infolge doppelter Marginalisierung. Das Kartellrecht erkennt die grundsätzlich geringere Wettbewerbsschädlichkeit vertikaler Restriktionen im Vergleich mit Horizontalbeschränkungen an. Entsprechend gilt im Rahmen der Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung (vGVO)<sup>350</sup> das Kartellverbot der Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB für Wettbewerbsbeschränkungen im Vertrieb unter bestimmten Voraussetzungen nicht. Die vGVO wird von Vertikalleitlinien begleitet, die die Regelungen der vGVO und die Anwendung des Kartellverbots auf derartige Vereinbarungen erläutern.<sup>351</sup>

**885.** Dabei ist anerkannt, dass einige Typen vertikaler Restriktionen regelmäßig besonders schädlich sind. Diese werden daher entweder von vornherein nicht oder aber als Kernbeschränkung von der Gruppenfreistellung erfasst. Letzteres lässt die Freistellung für die gesamte Vereinbarung, die eine oder mehrere solche Klauseln enthält, entfallen. Derartige Vertragsbedingungen sind jedoch nicht schlichtweg kartellrechtswidrig; vielmehr kommt unter Berücksichtigung der genauen Konstellation eine Einzelfreistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV, § 2 Abs. 1 GWB in Betracht. Allerdings tragen in diesem Fall die Vertragsparteien bzw. der Verwender die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Freistellungs Voraussetzungen.

**886.** Die weiterhin stark zunehmende Bedeutung des Internet für den Vertrieb hat zu einer stark gesteigerten Transparenz und Vergleichbarkeit für die Verbraucher zur Folge. Diese und die immer stärkere Präsenz internetzentrierter Vertriebsmodelle mit typischerweise gegenüber stationären Händlern niedrigeren Vertriebskosten haben zu einem teilweise offenbar bedeutenden Margendruck sowohl auf stationäre Händler als auch auf manche Hersteller geführt. Eine ansteigende Zahl von Herstellern versucht dem entgegen-

<sup>349</sup> Vgl. auch BKartA, Abschlussbericht Sektoruntersuchung Walzasphalt, a. a. O., Tz. 11.

<sup>350</sup> Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. EU L 102 vom 23. April 2010, S. 1.

<sup>351</sup> EU-Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. EU C 130 vom 19. Mai 2010, S. 1.

zusteuern und neben einer Stabilisierung der Margen, auch eine stärkere Kontrolle über die nachgeordneten Wertschöpfungsstufen zu erlangen.

**887.** Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum seine Verfolgung von Wettbewerbsbeschränkungen in Vertriebsbeziehungen fortgesetzt und dabei ein besonderes Augenmerk auf die Verfolgung von Wettbewerbsverstößen im Internetvertrieb gelegt.<sup>352</sup> Es ist als Verdienst des Amtes hervorzuheben, durch eine Reihe von Musterverfahren einen wichtigen Beitrag zum praktischen Verständnis der Wettbewerbsregeln im Internetvertrieb geleistet zu haben und noch weiter zu leisten. In der EU nimmt das Amt insofern eine Vorreiterposition ein, auch wenn andere Wettbewerbsbehörden (etwa das britische OFT) ebenfalls solche Verfahren durchgeführt haben.<sup>353</sup> Die Verfahren des Amtes lassen sich den nachfolgenden Problembereichen zuweisen.

### 5.1 Preisbindungen (Festool, Dr. Hauschka)

**888.** Das Amt hat – anknüpfend an die im XIX. Hauptgutachten berichteten Fälle – weitere Verfahren wegen vertikaler Preisbindungen durchgeführt.<sup>354</sup> In den diesen Verfahren zugrunde liegenden Fällen legten Hersteller gegenüber ihren Händlern ein bestimmtes Preisniveau fest, das einzuhalten (Festpreis) oder jedenfalls nicht zu unterschreiten war (Mindestpreis). Zur Durchsetzung des vorgegebenen Preisniveaus übten die Hersteller Druck auf die Händler in der Vertriebskette aus. Diese Druckausübung lag in den vorliegenden Fällen unzweifelhaft vor, anders als in dem bereits im letzten Hauptgutachten berichteten Kontaktlinsenfall, der insofern als Grenzfall anzusehen sein dürfte.<sup>355</sup>

**889.** Eine kartellrechtswidrige Druckausübung kann im Übrigen auch schlüssig erfolgen, was die höchstgerichtliche Rechtsprechung im Berichtszeitraum bestätigt hat. Das ist etwa dann der Fall, wenn ein Mitarbeiter des Herstellers den Händler telefonisch kontaktiert, das Gespräch über die Abgabepreise sucht und auf die Frage des Händlers, ob seine Äußerung zur mangelnden betriebswirtschaftlichen Nachvollziehbarkeit der Kalkulation des Händlers bedeute, dass der Hersteller ihn nicht mehr beliefern werde, nur antwortet, dies nicht gesagt zu haben und die Äußerung schlicht wiederholt, statt sich eindeutig zur weiteren Belieferung des Händlers zu äußern.<sup>356</sup>

### 5.2 Bestpreisklauseln: Bindung von Wettbewerbern des Plattformbetreibers (Plattformneutralität) (Amazon)

**890.** In einem Fall untersuchte das Amt die Geschäftsbedingungen von Amazon, des Betreibers einer Internetplattform für Bücher und andere Verbraucherprodukte, welche in den letzten Jahren wegen ihrer Reichweite sowohl bei Online-Händlern als auch bei Verbrauchern sehr erfolgreich gewesen ist.<sup>357</sup> Der Betreiber nutzte die Plattform einerseits selbst für eigene Produktangebote, die mit den Angeboten der anderen Online-Händler konkurrierten, und verpflichtete andererseits die Händler zur Einhaltung einer Preisparitätsklausel (Bestpreisklausel). Die Händler verpflichteten sich damit, einen Artikel über die Plattform mindestens so günstig wie über sonstige Vertriebswege anzubieten. Die vereinbarte Klausel ließ zwar den Wettbewerb auf der Plattform intakt, weil verschiedene Händler den betreffenden Artikel über die Plattform zu unterschiedlichen Preisen anbieten konnten. Sie beschränkte die Händler jedoch in ihrer Freiheit, ihre Produkte außerhalb der Plattform zu einem frei gewählten Preis anzubieten.

<sup>352</sup> Vgl. bereits Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 499 ff., 512 ff.

<sup>353</sup> Vgl. OECD, Vertical Restraints for On-line Sales, Serie Policy Roundtables (2013), DAF/COMP(2013)13, für einen Überblick.

<sup>354</sup> Vgl. BKartA, B5-20/10 – Festool, Fallbericht vom 8. Oktober 2012; B6-98/09 – Naturkosmetik.

<sup>355</sup> Zu diesem Fall Monopolkommission, vgl. XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 516, 518. Hier hatte allerdings die Gesamtheit des Überwachungs- und Interventionssystems zur Preispflege, das der Hersteller betrieb, die Bedenken des Bundeskartellamtes begründet.

<sup>356</sup> Vgl. BGH, Beschluss vom 6. November 2012, KZR 13/12 – Rucksäcke und Schulranzen (Scout).

<sup>357</sup> Vgl. BKartA, B6-46/12 – Amazon, Fallbericht vom 9. Dezember 2013.

**891.** Das Bundeskartellamt sah die Preisparitätsklausel schwerpunktmäßig als horizontale Wettbewerbsbeschränkung zwischen dem Plattformbetreiber als Händler und den übrigen über die Plattform anbietenden Online-Händlern an, da der Plattformbetreiber und die Dritthändler direkte Wettbewerber auf den betroffenen Handelsmärkten sind.<sup>358</sup> Demgegenüber trat der vertikale Aspekt, dass der Plattformbetreiber die Klausel in einen Dienstleistungsvertrag über die Bereitstellung der Plattform aufgenommen hatte, zurück. Ebenso traten sonstige Wettbewerbsbeschränkungen in den Vertragsklauseln zurück. Das Bundeskartellamt wählte gleichwohl eine Gesamtschau zur Beurteilung aller Wettbewerbswirkungen. Eine Rechtfertigung für die ermittelten Wettbewerbsbeschränkungen ließ sich jedenfalls für die Vereinbarungen über die Preisparität allerdings nicht begründen. Der Plattformbetreiber hat daraufhin seine Vertragsbedingungen EU-weit abgeändert und insbesondere auf die Einhaltung der Preisparität für die Zukunft verzichtet.

**892.** Das Verfahren konnte Ende 2013 eingestellt werden. Die Monopolkommission hält auf Basis des Ermittlungsergebnisses die wettbewerbliche Beurteilung des Falles durch das Bundeskartellamt für zutreffend.

### **5.3 Bestpreisklauseln: Bindung von (reinen) Nutzern einer Plattform (Hotelbuchungsportale)**

**893.** In einem weiteren Fall hat das Amt die Praxis eines Plattformbetreibers (HRS) aufgegriffen, Hotels, die über seine Plattform Zimmer anbieten, zur Einhaltung einer Bestpreisklausel zu verpflichten, ohne dass der Plattformbetreiber zugleich ein eigenes Zimmerangebot unterhielt.

**894.** Mit Blick auf die Bestpreisklausel des Plattformbetreibers waren ausschließlich vertikale Verträge auf ihre mögliche wettbewerbsbeschränkende Wirkung zu überprüfen, da der Plattformbetreiber hier nicht als Wettbewerber der über die Plattform anbietenden Hotels auftrat. Die Vorgabe einer Bestpreisgarantie beschränkte allerdings wie in der zuvor dargestellten Fallgruppe (vgl. Abschnitt 5.2) den Wettbewerb der Plattformnutzer, indem sie diesen die Freiheit nahm, Hotelzimmer außerhalb der Plattform zu einem frei wählbaren Preis anzubieten. Dies war auf Grundlage des deutschen und europäischen Rechts kritisch zu sehen (§ 1 GWB, Art. 101 AEUV), weil Bestpreisklauseln den Preiswettbewerb auf Hotelebene erheblich behindern können. Daneben können sie auch Rückwirkungen auf den Wettbewerb zwischen den Buchungsplattformen untereinander haben, weil neue Plattformen aufgrund der Bestpreisklausel Hotelzimmer nicht günstiger anbieten können.

**895.** Eine wettbewerbliche Rechtfertigung der Bestpreisklauseln hätte sich zwar daraus ergeben können, dass solche Klauseln einen Schutz vertragsspezifischer Investitionen des Plattformbetreibers dagegen ermöglichen, dass Verbraucher die umfangreiche und sortierte Angebotsdarstellung auf der Plattform zu ihrer Information nutzen, die Buchung dann aber direkt beim Hotel vornehmen. Es ließ sich jedoch nicht nachweisen, dass die Bestpreisklausel hierfür erforderlich war und dass z. B. nicht die Vereinbarung einer Servicegebühr für die Nutzung der Plattform zum Schutze der Investitionen des Plattformbetreibers ausreichte. Ein konkreter Nachweis (überwiegender) Effizienzen, welche die mit entsprechenden Klauseln verbundenen Wettbewerbsbeschränkungen rechtfertigen könnten, ist in der Praxis allerdings auch kaum zu führen, sodass der Beweislast hier entscheidendes Gewicht zukommt.

**896.** Das Bundeskartellamt hat infolgedessen in diesem ersten Verfahren die Bestpreisklausel untersagt.<sup>359</sup> Mehrere im Anschluss eröffnete Verfahren gegen konkurrierende Plattformbetreiber (Booking, Expedia) laufen noch. Die Monopolkommission tritt im Interesse gleicher Wettbewerbsbedingungen dafür ein, dass das Bundeskartellamt künftig Fälle, in denen gleichartige oder eng verwandte Vertragsgestaltungen kartellrechtlich bedenklich erscheinen, parallel aufgreift. Dadurch ließen sich insbesondere möglicherweise nicht unerhebliche Wettbewerbsverzerrungen zwischen den gleichzeitig betroffenen Unternehmen vermeiden.

<sup>358</sup> Vgl. BKartA, B6-46/12 – Amazon, Fallbericht vom 9. Dezember 2013, S. 2.

<sup>359</sup> Ähnlich schon OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Februar 2012, VI-W (Kart) 1/12 – JBM JustBook Mobile/HRS.

**897.** Eine zusätzliche Komplikation folgt in den bislang aufgegriffenen Fällen daraus, dass Bestpreisklauseln in den Geschäftsbedingungen der Buchungsportale für Hotels sich zwischenzeitlich zu einer weit im Markt verbreiteten Praxis entwickelt haben und auf nachgelagerter Ebene die Verbraucher in einem gewissen Umfang den Preisschutz einer Bestpreisgarantie erwarten dürften.

Der Portalbetreiber in dem bereits abgeschlossenen Fall hat deshalb angekündigt, gegenüber den Verbrauchern weiter (einseitig) den Bestpreis zu garantieren und die Differenz, wenn der über das Portal ausgewiesene Preis andernorts unterboten würde, zu erstatten. Nach eigenen Angaben hat er die Bestpreisklausel seit Beginn der kartellbehördlichen Untersuchung im Februar 2012 jedoch auch nicht mehr angewendet. Trotzdem haben die über das Portal anbietenden Hotels – soweit erkennbar – die Bestpreisgarantie in der Zwischenzeit grundsätzlich weiter beachtet. Dies mag mit der faktischen Möglichkeit des relevanten Plattformbetreibers zusammenhängen, Abweichungen von der Bestpreisgarantie durch Beeinflussung der Trefferanzeige auf dem Buchungsportal zu sanktionieren. Hotelbuchungen über das relevante Buchungsportal haben für die betroffenen Hotels zurzeit eine derartige Bedeutung, dass eine veränderte Trefferanzeige ihre Chancen zur Kundengewinnung beträchtlich schmälern könnte (Marktmachtproblem).

Alternativ könnte die weitere Einhaltung der Bestpreisgarantien selbst nach Einleitung des Verfahrens darauf zurückzuführen sein, dass die Hotels sich bisher zur Einhaltung von Bestpreisgarantien auch bei ihrem Angebot über andere Buchungsportale verpflichtet sehen, sodass sich der Wegfall der Bestpreisklausel auf einer Plattform praktisch nicht auswirkt. Das Amt hat deshalb in Aussicht gestellt, die Bestpreisklauseln der anderen verfahrensbetroffenen Plattformbetreiber ebenfalls zu untersagen und erstmals den Vorteil einer kartellrechtlichen Gruppenfreistellung, soweit deren Voraussetzungen erfüllt sind, zu entziehen.<sup>360</sup>

**898.** Bei der Würdigung der Amtspraxis ist der Entwicklung des Internetvertriebs Rechnung zu tragen. Bestpreisklauseln wie in den vom Bundeskartellamt aufgegriffenen Fällen ermöglichen eine wirkungsvolle Werbung gegenüber Verbrauchern, die auf garantierte Bestpreise hingewiesen werden können. Solche Klauseln waren deshalb ein wirkungsvolles Mittel bei der Etablierung von Hotelbuchungsportalen als neuem Angebot zur Erleichterung der Recherche nach Hotelzimmern.<sup>361</sup> Zugleich schützten sie das Buchungsportal davor, dass Hotels es zwar nutzten, die Zimmerbuchung jedoch direkt beim Hotel stattfand (Freifahrer- bzw. Trittbrettfahrerproblematik). Es dürfte mit zunehmender Marktdurchdringung der Online-Buchungsportale jedoch zunehmend schwieriger werden, weitere Kunden von anderen Vertriebskanälen für die Buchungsplattformen zu gewinnen. Es kann auch zweifelhaft erscheinen, ob derartige Bestpreisklauseln und damit schwerwiegende Eingriffe in die Preissetzungsfreiheit der Hotels mildestes Mittel und damit erforderlich sind, um zu verhindern, dass die Hotels die mit der Plattform verbundenen Vorteile (bessere Auffindbarkeit usw.) ohne entsprechende Vergütung nutzen. Die verfahrensbetroffenen Plattformbetreiber haben bislang nicht substantizieren können, inwiefern ein derartiges Trittbrettfahrerproblem bei Zimmerbuchungen über Hotelplattformen überhaupt besteht. Allerdings erscheint ein Nachweis insoweit nur schwer möglich, sodass die Beweislastverteilung hier regelmäßig ausschlaggebend sein dürfte.

**899.** Der Wettbewerb hat sich offenbar zunehmend auf das Verhältnis der Buchungsplattformen zueinander verlagert. Die Kostenstruktur der Buchungsplattformen untereinander ähnelt sich dabei stärker als die Kostenstruktur solcher Plattformen im Vergleich mit der Kostenstruktur des stationären Vertriebs für Hotelzimmer. Im Verhältnis der Plattformen zueinander gewinnt die Qualität des Angebots für die Nutzer gegenüber Preisargumenten somit wesentlich stärker an Gewicht. Eine Trittbrettfahrerproblematik ist in diesem Wettbewerbsverhältnis auch unwahrscheinlich. Bestpreisstrategien verringern im Verhältnis der Plattformen zueinander somit den Wettbewerb, ohne dass die damit ursprünglich verbundenen Vorteile zum Tragen

<sup>360</sup> Dazu Art. 29 Abs. 2 VO 1/2003, § 32d GWB sowie der speziellere Art. 6 VO 330/2010.

<sup>361</sup> Vgl. EU-Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. EU C 130 vom 19. Mai 2010, S. 1, Tz. 225, mit einer ähnlichen Erwägung bzgl. Preisbindungen; ferner Wey, C., Ökonomische Analyse von Plattformmärkten im Zusammenspiel mit vertikalen Beschränkungen: insbesondere Meistbegünstigungsklauseln, Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht, Bonn, Präsentation vom 10. Oktober 2013, Folie 9.



kommen. Die wettbewerbsverringenden Wirkungen der Bestpreisklauseln sind nicht zuletzt deshalb besonders stark zu spüren, weil solche Klauseln mittlerweile weit verbreitet sind.<sup>362</sup>

**900.** Die weitere Entwicklung bleibt abzuwarten. Allerdings wäre es aus den dargelegten Gründen zu begrüßen, wenn die Amtspraxis beim Vertrieb von Hotelzimmern über Buchungsplattformen zu einer Verringerung der Bedeutung von Bestpreisklauseln führen wird. Die Monopolkommission hält den Ansatz des Bundeskartellamtes in juristischer Hinsicht für zutreffend, weist aber darauf hin, dass aus ökonomischer Sicht noch viele Fragen offen sind.

#### **5.4 Behinderung des Internetabsatzes (Haus- und Gartengeräte sowie Sportartikel)**

**901.** Eine vierte Fallgruppe der Amtspraxis betrifft Fälle, in denen ein Markenhersteller versucht, Einfluss auf die Vertriebskanäle zu nehmen, über die seine Produkte (weiter) vertrieben werden, und zwar zum Nachteil von Online-Händlern. Er kann dies insbesondere tun, indem er unterschiedliche Preise für die Belieferung von stationären Händlern und Online-Händlern verlangt (Doppelpreissystem) oder indem er ein selektives Vertriebssystem mit Qualitätsanforderungen aufbaut, die sich vor allem über den stationären Vertrieb erfüllen lassen. Die Etablierung eines Doppelpreissystems hat dabei denselben Zweck, knüpft anders als Anforderungen für den selektiven Vertrieb jedoch nicht unmittelbar an den Produktvertrieb der Vertriebs Händler an, sondern an die Preise für die vertriebenen Produkte (Gegenleistungen). Das Bundeskartellamt hat Fälle zu beiden Gestaltungsvarianten aufgegriffen.

**902.** Die Hersteller in den betreffenden Verfahren rechtfertigen die Vertriebsbeschränkungen im Wesentlichen mit dem Schutz ihrer Marke. Die getroffenen Maßnahmen sollen ein stabiles Preisniveau gewährleisten, um den Ruf der Marke zu wahren und sie gegen eine etwaige „Verramschung“ zu schützen.

**903.** Im Wettbewerb zwischen Markenprodukten (inter-brand) konkurrieren tatsächlich nicht nur die Produkte der Hersteller, sondern auch ihre Marken miteinander. Das unterscheidet diesen Wettbewerb vom markeninternen Wettbewerb (intra-brand). Zwischen den Vertriebs Händlern desselben Herstellers findet nur markeninterner Wettbewerb statt.

**904.** Die Herstellermarke hat als Wettbewerbselement mehrere Funktionen. Sie ist ein Kennzeichen, das auf die Herkunft des Produktes hinweist und so die Abgrenzung von anderen Produkten ermöglicht (Herkunftsfunktion).<sup>363</sup> Aus dieser Grundfunktion leiten sich andere Funktionen ab, so etwa die Garantie bestimmter Produkteigenschaften (Qualitätsfunktion) oder die Zuweisung eines positiv besetzten Images, z. B. Exklusivität, und eines bestimmten Wiedererkennungswertes (Werbefunktion).<sup>364</sup> Das Markenrecht als solches erschöpft sich zwar mit dem Inverkehrbringen des Produktes. Dennoch ist anerkannt, dass ein Markenhersteller Maßnahmen zum Schutz des Wertes seiner Marke auch im Rahmen des Vertriebs der Markenprodukte treffen können muss, jedenfalls soweit dieser Schutz letztlich den Verbrauchern zugutekommt (z. B. Schutz des Qualitätssignals).

**905.** Ein Markenhersteller kann deshalb, ohne das Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV auszulösen, auch Maßnahmen treffen, die ihrem Wesen nach grundsätzlich den Wettbewerb verfälschen und deshalb als zweckte Wettbewerbsbeschränkungen anzusehen sind. Das gilt jedenfalls insoweit, wie derartige Maßnahmen legitime Bedürfnisse im zuvor (Tz. 904.) genannten Sinn erfüllen und im Ergebnis zu einer Stärkung des Wettbewerbs beitragen.<sup>365</sup> So ist insbesondere anerkannt, dass ein Markenhersteller ein selektives Vertriebssystem errichten kann, ohne dass die damit verbundene Beschränkung der Vertriebs Händler mit dem

<sup>362</sup> Vgl. BKartA Pressemitteilung vom 20. Dezember 2013; Schlaumann, C., Die Wut der Hoteliers, Handelsblatt, 26. Juli 2013; o. A., HRS nimmt den Preiskampf an, Hotel & Technik, 20. Dezember 2013.

<sup>363</sup> EuGH, Urteil vom 12. November 2002, C-206/01 – Arsenal Football Club, Slg. 2002, I-10273, Rz. 48.

<sup>364</sup> EuGH, Urteil vom 18. Oktober 2009, C-487/07 – L'Oréal/Bellure, Slg. 2009, I-5185, Rz. 63.

<sup>365</sup> EuGH, Urteil vom 13. Oktober 2011, C-439/09 – Pierre Fabre, Slg. 2011, I-9419, Rz. 40. In dem Umfang, in dem solche Maßnahmen nicht einmal Art. 101 Abs. 1 AEUV unterfallen, hat die Förderung des Markenwettbewerbs Vorrang gegenüber dem Schutz des markeninternen Wettbewerbs.

Wettbewerbsrecht in Konflikt steht. Ein solches System erlaubt es dem Hersteller, sein Markenprofil im Wettbewerb zwischen Markenprodukten zu schärfen und Qualitätsmerkmale der Markenprodukte zum Nutzen der Verbraucher im Markt durchzusetzen. Das selektive Vertriebssystem muss jedoch so ausgestaltet sein, dass grundsätzlich beliebige Händler teilnehmen können. Der Hersteller darf ohne Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV gleichwohl qualitative Kriterien bestimmen, die die Händler erfüllen müssen, um beliefert zu werden. Die Aufstellung solcher Kriterien beschränkt jedenfalls dann nicht den Wettbewerb, wenn das fragliche Produkt einen selektiven Vertrieb rechtfertigt, alle Händler die gleichen Möglichkeiten haben, in das Vertriebssystem aufgenommen zu werden, und die aufgestellten Kriterien ihrerseits erforderlich sind.<sup>366</sup> Daneben sind quantitative Beschränkungen i. S. v. Art. 101 Abs. 1 AEUV dahin gehend möglich, als dass nur eine bestimmte Händlerzahl oder Händler mit einem vorab definierten Umsatz zu dem System zugelassen werden.<sup>367</sup> Etwaige Beschränkungen nach Art. 101 Abs. 1 AEUV müssen jedoch durch damit verbundene Effizienzen gerechtfertigt sein.

**906.** Davon abgesehen kann ein Hersteller, ohne gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV zu verstoßen, auch Maßnahmen aufgrund seines Markenrechts treffen, um den Prestigecharakter einer Marke zu schützen, jedenfalls soweit dieses Prestige materiell auf hochwertigen Eigenschaften und einer damit zusammenhängenden Ausstrahlung beruht.<sup>368</sup> Es ist ihm zwar nicht gestattet, den selektiven Vertrieb lediglich zur Wahrung eines bestimmten Markenprestiges zu beschränken, ohne dass sonstige Rechtfertigungsgründe hinzutreten.<sup>369</sup> Ein Markenhersteller muss somit auch einen Vertrieb unter Verwendung der in der betreffenden Branche üblichen Vertriebsformen hinnehmen. Eine Rufbeeinträchtigung, die sich aus einer Verfälschung der Marke ergeben würde, kann er aufgrund seines Markenrechts jedoch unterbinden.<sup>370</sup> Vertriebsbeschränkungen, die darüber hinausgehen, verstoßen gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV, außer es gibt eine wettbewerbliche Rechtfertigung.

**907.** Die Einordnung von Beschränkungen des Internetvertriebs nach diesen Grundsätzen ist schwierig. Dabei spielen markenrechtliche Erwägungen bislang jedoch keine Rolle. Doppelpreissysteme werden vom Bundeskartellamt im Regelfall kritisch gesehen, weil sie mit einer Beschränkung der Kundengruppe einhergehen, an die die am Vertriebssystem beteiligten Händler verkaufen können. Es handelt sich insoweit um eine Kernbeschränkung gemäß Art. 4 lit. b VO 330/2010, die grundsätzlich nicht freistellungsfähig ist. Bei Qualitätsanforderungen in einem selektiven Vertriebssystem wird hingegen danach differenziert, ob sie im Einzelfall durch vertragsspezifische Effizienzen gerechtfertigt sind. Das Amt sieht in Beschränkungen, die es Online-Händlern erschweren, mit ihrem Angebot im Internet gefunden zu werden (z. B. Beschränkung der Nutzung von Online-Marktplätzen), eine mögliche Kernbeschränkung im Sinne von Art. 4 lit. c VO 330/2010.<sup>371</sup> Dies ist im Grundsatz durchaus auf einer Linie mit der europäischen Rechtsprechung.<sup>372</sup>

**908.** Die Beurteilung wird im Einzelfall zusätzlich dadurch erschwert, dass auch Preiskomponenten genutzt werden können, um z. B. legitime Qualitätsanforderungen durchzusetzen. Die europäischen Vertikalleitlinien gestatten deshalb feste Zuschüsse, um den stationären oder den Online-Verkauf zu unterstützen.<sup>373</sup> Solche

366 EU-Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, a. a. O., Tz. 175.

367 EuGH, Urteil vom 25. Oktober 1977, 26/76 – Metro (I), Slg. 1977, 1875, Ls. 10 u. Rz. 37; Urteil vom 11. Dezember 1980, 30/80 – L'Oréal, Slg. 1980, 3775, Ls. 1 u. Rz. 16 f.

368 EuGH, Urteil vom 4. November 1997, C-337/95 – Dior/Evora, Slg. 1997, I-6013, Rz. 43 f.; Urteil vom 23. April 2009, C-59/08 – Copad/Dior, Slg. 2009, I-3421, Rz. 57 f.; EuG, Urteil vom 12. Dezember 1996, T-88/92 – Leclerc, Slg. II-1961, Rz. 109 f., wo auf Qualitätskriterien wie das „ästhetisch und funktionell Besondere“ und die daraus folgende Werbewirkung der Produkte abgestellt wird.

369 EuGH, Urteil vom 13. Oktober 2011, C-439/09 – Pierre Fabre, Slg. 2011, I-9419, Rz. 44, 46.

370 EuGH, Urteil vom 23. April 2009, C-59/08 – Copad/Dior, Slg. 2009, I-3421, Rz. 57 f.; dazu instruktiv Palzer, EWS 2011, 220.

371 Speziell gegenüber Art. 4 lit. b VO 330/2010; so auch BKartA, Hintergrundpapier, a. a. O., S. 23; abweichend KG, Urteil vom 19. September 2013, 2 U 8/09 Kart, WRP 2013, 1517 (1523) (Art. 4 lit. b VO 330/2010); offen EuGH, Urteil vom 13. Oktober 2011, C-439/09 – Pierre Fabre, Slg. 2011, I-9419.

372 EuGH Urteil vom 13. Oktober 2011, C-439/09 – Pierre Fabre, Slg. 2011, I-9419, Rz. 53 f.

373 EU-Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, a. a. O., Tz. 52 lit. d.

Zuschüsse werden als mit dem Verbot von Doppelpreissystemen vereinbar angesehen. Die Beurteilung eines Rabatts, der zu demselben Zweck gewährt wird, ist dagegen weniger eindeutig, weil ein Rabatt gegenüber Händlern eine problematische Sogwirkung hin zum stationären Vertrieb ausüben kann.

**909.** Das Bundeskartellamt hat in zwei Fällen, in denen Markenhersteller ein nach Vertriebsweg (stationär online) differenzierendes Rabattsystem angewendet hatten, als unzulässige Doppelpreissysteme beurteilt; daraufhin wurden die Preissysteme von den Unternehmen freiwillig aufgegeben.<sup>374</sup> Diese Rabattsysteme sahen vor, dass Händler von Haushalts- bzw. Gartengeräten einen Rabatt in Abhängigkeit davon erhielten, wie hoch der Anteil des stationären Geschäfts war. Der Rabatt sollte in den genannten Fällen den zusätzlichen Aufwand des stationären Handels ähnlich einem festen Zuschuss vergüten. Er setzte allerdings auch die für ein Doppelpreissystem typischen Anreize dafür, dass die Händler eher stationär als online absetzten, um in den Genuss eines höheren Rabatts zu gelangen. Das Doppelpreissystem war in diesen Fällen nicht erwiesenermaßen durch die unterschiedliche Kostenstruktur von stationärem Vertrieb und Online-Vertrieb gerechtfertigt.

**910.** Das Bundeskartellamt ermittelt außerdem zurzeit in mehreren Verfahren, in denen Sportartikelhersteller den Absatz über das Internet erschwert haben, indem sie die Nutzung von Handelsplattformen oder Online-Marktplätzen begrenzt haben, die Unterstützung von Preisvergleichsmaschinen oder von Internetmarketingdiensten über markenbezogene Suchworte untersagen.<sup>375</sup> Das Amt sieht die Beschränkung des Internetvertriebs auch in diesen Fällen kritisch. Zwar erkennt das Amt an, dass eine solche Beschränkung im Einzelfall nach Art. 101 Abs. 3 AEUV gerechtfertigt sein kann, etwa wenn die mit der Marke verbundene Qualitätserwartung der Verbraucher durch den Vertrieb über das Internet beeinträchtigt wird. Allerdings haben die Hersteller, gegen die das Amt Verfahren eingeleitet hat, auch in diesen Fällen bislang nicht überzeugend darlegen können, weshalb die Einschränkung des Internetvertriebs im Einzelfall gerechtfertigt sein sollte.

**911.** Die Position des Amtes wird vonseiten der Markenhersteller und Vertretern der Wissenschaft kritisiert. Die Kontroverse bezieht sich dabei auf die Frage, in welchem Umfang Markenhersteller den Internetvertrieb von Markenprodukten unter Berufung auf ihre Marke auch dann beschränken dürfen, wenn sich Effizienzen wie insbesondere die Sicherstellung der Verbraucherinformation und der Schutz einer bestimmten Qualitätserwartung nicht ohne Weiteres belegen lassen.<sup>376</sup> Strittig ist insbesondere, inwiefern Hersteller den Internetvertrieb beschränken dürfen, um ein bestimmtes Preissignal (hoher Preis) gegenüber den Verbrauchern als Bestandteil ihrer auf Prestige bzw. Exklusivität ausgerichteten Markenstrategie abzusichern.

**912.** Das Bundeskartellamt erkennt Vertriebskriterien, welche die „Aura des Exklusiven“ bzw. das Prestige der Herstellermarke schützen sollen, nicht an. Es verweist insofern auf die europäische Rechtsprechung, wonach es einem wettbewerbsbeschränkenden Vertragszweck im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht entgegensteht, wenn eine Beschränkung des Internetvertriebs der Wahrung des Prestigecharakters eines Markenprodukts geschuldet ist.<sup>377</sup> Nach der Rechtsprechung sind solche Beschränkungen immer nur im Einzelfall freistellungsfähig. Allerdings soll nach Auffassung des Bundeskartellamtes auch eine Einzelfreistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV grundsätzlich nicht in Betracht kommen, wenn die Beschränkung mit dem Schutz des Prestigecharakters des Markenprodukts begründet wird. Bei mit Art. 101 Abs. 1 AEUV unvereinbaren Wirkungen könne der etwaige Vorteil der Gruppenfreistellung entzogen werden.<sup>378</sup>

374 BKartA, Fallbericht vom 5. Dezember 2013, B5-144/13 – Gardena; Fallbericht vom 23. Dezember 2013, B7-11/13 – Bosch-Siemens Haushaltsgeräte.

375 In einem weiteren Fall, der einen Hersteller hochwertiger Kopfhörer betraf, hat das Bundeskartellamt nach (partiellen) Zugeständnissen des Unternehmens (vorläufig) von der Entscheidung eines Verfahrens nach Art. 101 AEUV, § 1 GWB abgesehen; Bundeskartellamt, Fallbericht vom 24. Oktober 2013, B7-1/13-35 – Sennheiser.

376 Dazu auch OECD, Vertical Restraints for On-line Sales, Serie Policy Roundtables (2013), DAF/COMP(2013)13, S. 6 f.; Buccirosi, Competition Policy and Productivity Growth: An Empirical Assessment, a. a. O., 10 ff.

377 EuGH, Urteil vom 13. Oktober 2011, C-439/09 – Pierre Fabre, Slg. 2011, I-9419, Rz. 46.

378 Vgl. BKartA, Hintergrundpapier, a. a. O., S. 23 f.

**913.** Die Auffassung des Amtes ist dahin gehend mit der europäischen Rechtsprechung vereinbar, dass die Interessen eines Markeninhabers bei der Gestaltung der Vertriebswege grundsätzlich hinter den Schutz des unverfälschten Wettbewerbs zurücktreten müssen, außer es entsteht der falsche Eindruck, dass ein Wiederverkäufer zum selektiven Vertriebssystem des Herstellers gehört, oder aber der Marke droht eine erhebliche Rufschädigung.<sup>379</sup> Im Regelfall gehen Herstellervorgaben für den Internetvertrieb zudem mit einer spürbaren Beeinträchtigung des markeninternen Wettbewerbs einher, denn sie beschränken die Möglichkeiten der Händler zur freien Produktvermarktung. Dem entsprechend ist es grundsätzlich konsequent, dass ein Markenhersteller restriktive Vorgaben für den Internetvertrieb nicht allein damit rechtfertigen kann, dass er über diese Vorgaben seine Marke schützen möchte.

**914.** Die Monopolkommission nimmt in Bezug auf die Praxis des Bundeskartellamtes gleichwohl eine abwartende Haltung ein. Aus ihrer Sicht ist davon auszugehen, dass das Internet noch einen relativ neuen Vertriebskanal darstellt, den die Hersteller erst seit einigen Jahren – wenngleich zunehmend – in ihre Geschäftsmodelle integrieren. Vorgaben, die allein den Vertriebsweg über das Internet beschränken, sind in erster Linie einseitig vom Hersteller gesetzte Qualitätsvorgaben, die nichts daran ändern, dass grundsätzlich jeder Händler, der diese Qualitätsvorgaben erfüllt, auch beliefert wird. Es handelt sich bei der Etablierung eines Vertriebssystems, in dem der Internetvertrieb benachteiligt wird, weder um eine Vereinbarung, durch die eine wettbewerbsbeschränkende Abstimmung auf Herstellerebene oder auf Händlerebene vorgeschrieben oder erleichtert wird (Kollusion), noch um eine Vereinbarung, die auf Hersteller- oder Händlerebene auf den Ausschluss nicht beteiligter Unternehmen aus dem Markt abzielt (Marktabstottung).<sup>380</sup>

**915.** Außerdem ist zu berücksichtigen, dass der Hintergrund für die Zulässigkeit des Selektivvertriebs in dem Bestreben liegt, einen Ausgleich zwischen dem Markenschutz und den Belangen des Wettbewerbs herbeizuführen.<sup>381</sup> Die immer wieder erfolgreiche Etablierung von Markenprodukten ist als typisches Zeichen für einen innovativen und funktionsfähigen Markenwettbewerb anerkannt. Markenrechte können jedoch einen eigenständigen Wert haben, der nicht allein auf einer konkret feststellbaren Produkt- oder Vertriebsqualität beruht.<sup>382</sup> So sind Produkte von Markenherstellern typischerweise zwar gerade aufgrund ihrer besonderen Qualitäten im Markenwettbewerb erfolgreich, doch besteht dieser Qualitätsvorteil unter Umständen nur aus Verbrauchersicht und ist in einem solchen Fall nur eingeschränkt messbar (positives Image). Die aus nicht konkret feststellbaren Produkt- oder Vertriebsvorteilen bestehenden Effizienzen können zumindest eine Einzelfreistellung von Vertriebsbeschränkungen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV nahelegen.

**916.** Eine Einzelfreistellung von Vertriebsbeschränkungen zum Schutz des Markenprestiges dürfte insbesondere dann in Betracht zu ziehen sein, wenn Händler ein Trittbrettfahrerverhalten zeigen, indem sie sich über graue Kanäle Markenprodukte verschaffen und vertreiben, um so am guten Ruf eines Markenprodukts zu partizipieren, ohne sich jedoch an den in den Aufbau der Marke geflossenen Investitionen zu beteiligen (z. B. hinsichtlich Produktwerbung, Beratung). Eine Unterbindung von Vertriebsbeschränkungen, die gegen ein solches Trittbrettfahrerverhalten gerichtet sind, würde die Anreize für die Vertriebshändler reduzieren, in den Aufbau und die Pflege einer vom Verbraucher angenommenen Marke zu investieren. Sie würde zugleich für Markenhersteller die Anreize zur fortlaufenden Sicherstellung einer hohen Produktqualität vermindern. Eine solche Entwicklung könnte langfristig den Markenwettbewerb beeinträchtigen.

---

<sup>379</sup> EuGH, Urteil vom 23. Februar 1999, C-63/97 – BMW, Slg. 1999, I-905, Ls. 8 u. Rz. 51 ff.; Urteil vom 4. November 1997, 337/95 – Dior/Evora, Slg. 1997, I-6013, Rz. 43. Zum begrenzten Umfang von Schutzrechten im Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts siehe auch EuGH, Urteil vom 4. Oktober 2011, Verb. Rs. C-403 u. 429/08 – Football Association Premier League, Slg. 2011, I-9083, Rz. 135-146, insb. Rz. 138 f. (zu Urheberrechten).

<sup>380</sup> Als wettbewerbliche Bedenken stehen bei Beschränkungen des Internetvertriebs vor allem die damit einhergehende Kundenbeschränkung und die Fragmentierung des Binnenmarktes im Vordergrund; vgl. auch Abschnitt „Institutionelles Wettbewerbshemmnis: Der Jugendhilfeausschuss“ in diesem Gutachten.

<sup>381</sup> Siehe oben Tz. 905.

<sup>382</sup> Siehe oben Tz. 906.

**917.** Demgegenüber besteht unabweisbar ein gewisses Risiko, dass Markenhersteller durch Vorgaben für den Selektivvertrieb den markeninternen Wettbewerb übermäßig beschränken. Dabei ist zu beachten, dass Vertriebshändler selbstständige Unternehmer und keine unselbstständigen Handelsvertreter sind. Vertriebshändler müssen ihre Geschäftsstrategie also grundsätzlich frei gestalten können. Die Tatsache, dass sie Markenprodukte vertreiben, ändert daran grundsätzlich nichts.

**918.** Es ist demnach eine Abwägung nötig, um bei der Prüfung einer Einzelfreistellung für Beschränkungen des Internetvertriebs zum Schutz des Prestiges von Markenprodukten die relevanten Gesichtspunkte miteinander auf praktikable Weise in Ausgleich zu bringen. Die europäischen Vertikalleitlinien enthalten für den Regelfall geeignete Grundsätze und Wertungen, um Beschränkungen in Bezug auf den stattfindenden markeninternen Wettbewerb in der Vertriebskette zu beurteilen. Dies gilt nach dem Verständnis der Monopolkommission ungeachtet der zwischenzeitlichen Rechtsprechung, da diese Rechtsprechung sich nicht zu den Kriterien einer Einzelfreistellung äußert.<sup>383</sup> Im Übrigen dürfte eine Einzelfallbeurteilung erforderlich sein, bei der die Auswirkungen auf den markeninternen Wettbewerb und die (längerfristigen) Auswirkungen auf den Markenwettbewerb gegeneinander abzuwägen sind.

**919.** Allerdings ist zu beachten, dass die Vertikalleitlinien nur einen Ausschnitt der Fälle abdecken, die in der jüngeren Verfahrenspraxis des Amtes relevant waren. Es ist zu unterscheiden:

- **Internetverbot:** Das Verbot eines Herstellers gegenüber seinen Vertriebshändlern, überhaupt im Internet zu vertreiben, ist eine unzulässige Kernbeschränkung und dürfte in Hinblick auf den Vertrieb der meisten Markenprodukte nicht zu rechtfertigen sein.
- **Doppelpreissysteme:** Die Gewährung eines Zuschusses für stationäre Händler ist bereits nach den Vertikalleitlinien nicht zu beanstanden.<sup>384</sup> Bei Rabatten erscheint eine Einzelfallprüfung über die Vertikalleitlinien hinaus sinnvoll. Eine solche Einzelfallprüfung kann dem Umstand Rechnung tragen, dass auch ein Rabatt, der nur nachweisbare Kostennachteile ausgleicht, keine Sogwirkung hin zum stationären Vertrieb beinhaltet, die einen Eingriff in Freiheit von Vertriebshändlern zur Gestaltung ihres Geschäftsmodells bedeuten würde. Zudem können Preisdifferenzierungen wohlfahrtssteigernd wirken, wenn sie die Ausbringungsmenge erhöhen.
- **Verbot von Suchmaschinen-Werbung:** Eine solche Klausel beschränkt die Möglichkeit von Vertriebshändlern, über dritte Dienstleister Kunden auf ihre Internetseite zu locken. Derartige Vorgaben sind grundsätzlich nach den Vertikalleitlinien zu beurteilen. Innerhalb eines selektiven Vertriebssystems dürfte ein völliges Verbot der Suchmaschinen-Werbung im Regelfall allerdings nicht erforderlich sein.<sup>385</sup>
- **Vorgabe geschlossener Marktplätze/Verbot von Drittplattformen (Online-Marktplätzen):** Eine solche Klausel ist als Beschränkung des Händlerwettbewerbs nach den Vertikalleitlinien zulässig.<sup>386</sup> Die Vertikalleitlinien gehen ihrem Wortlaut nach allerdings über eine Regelung zur Ausgestaltung eines (selektiven) Vertriebssystems hinaus. Denn auf einer offenen Internetplattform konkurrieren i. d. R. nicht nur die Vertriebshändler eines Vertriebssystems (d. h. die Händler eines

383 Zweifelnd BKartA, Hintergrundpapier, Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht, Bonn, Präsentation vom 10. Oktober 2013, S. 24; differenzierend dazu die Antwort des Wettbewerbskommissars J. Almunia vom 12. Juni 2014 auf die Parlamentarische Anfrage von MdEP Schwab (PPE) vom 17. April 2014 an die Kommission, E-005151-14.

384 EU-Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, a. a. O., Tz. 52 lit. d,

385 EU-Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, Tz. 53. Vgl. EuGH, Urteil vom 23. März 2010, Verb. Rs. C-236-238/08 – Google France, Slg. 2010, I-2417, zu den legitimen Herstellerinteressen in Bezug auf Suchschlüsselwörter („Keyword Advertising“).

386 EU-Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, Tz. 54. Eine Variante stellt die Vorgabe an Vertriebshändler dar, Markenprodukte nur über Internetseiten mit dem Herstellerlogo zu verkaufen. Siehe aber auch BKartA, B7-1/13-35 – Sennheiser, Fallbericht vom 24. Oktober 2013 zu einem Sonderfall (integrierte Plattform eines autorisierten Händlers).

Sportartikelherstellers), sondern auch ganze Vertriebssysteme (d. h. die Händler mehrerer Sportartikelhersteller).<sup>387</sup> Die Vertikalleitlinien können insofern nur eine Vermutung dahin gehend aufstellen, dass ein Plattformverbot gerechtfertigt sein kann; insbesondere weil der Hersteller darüber ein Freifahrerverhalten ausschließen will, das langfristig sein stationäres Vertriebssystem unterminieren würde.<sup>388</sup> Die Annahme einer solchen Rechtfertigung erscheint gleichwohl problematisch, wenn es für ein solches Freifahrerverhalten keinerlei Anhaltspunkte gibt.

- Verbot der Listung auf Preisvergleichsmaschinen: Die Beschränkung der Händlermöglichkeiten zur Listung auf Preisvergleichsportalen dürfte im Regelfall über eine zulässige Nutzung der Herstellermarkenrechte hinausgehen und einen unzulässigen Boykott darstellen (§ 21 Abs. 1 GWB). Preisvergleichsdienstleister sind ebenfalls kein Teil der Vertriebskette. Sie weisen vielmehr nur auf die Preise in den Online-Shops der Vertriebshändler hin.

Eine abweichende Beurteilung kann im Einzelfall geboten sein, wenn der betreffende Markenhersteller die konkrete Gefahr einer erheblichen Rufschädigung aufgrund der Geschäftsstrategie seiner Vertriebshändler nachweisen kann. In einem solchen Fall liegt bereits keine Wettbewerbsbeschränkung gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV vor. Der markenrechtliche Einwand dürfte jedoch ins Leere gehen, wenn der Hersteller eine Rufschädigung durch branchenübliche Vertriebsmaßnahmen geltend macht (wenn z. B. die Suchmaschinenwerbung, die Nutzung von Online-Marktplätzen usw. üblich ist). Allerdings sind Effizienzen durch eine Förderung des Markenwettbewerbs gleichwohl nicht ausgeschlossen (Art. 101 Abs. 3 AEUV).<sup>389</sup>

**920.** Die bisherige Vorgehensweise des Bundeskartellamtes ist freilich nicht nur abstrakt nach den oben genannten Grundsätzen, sondern mit Blick auf die konkrete Marktsituation in den aufgegriffenen Fällen zu würdigen. So begegnet es grundsätzlich Bedenken, wenn ein marktstarker Hersteller bei seinen Vorgaben für den Internetvertrieb einen ihm zukommenden Verhaltensspielraum ausnutzt oder wenn mehrere Hersteller gleichförmige Selektivvertriebsnetze über den gesamten Markt hinweg legen, wie dies in den vom Bundeskartellamt eingeleiteten Verfahren der Fall war.<sup>390</sup> In solchen Fällen ist sicherzustellen, dass Markenhersteller die Vertriebswege nicht in einem Umfang unter ihre Kontrolle bringen, der die freie Entwicklung des Internethandels auf die Dauer spürbar behindert. Dies gilt in Bezug auf direkte Beschränkungen des Internetvertriebs ebenso wie in Bezug auf Doppelpreissysteme. Das bisherige Vorgehen des Bundeskartellamtes berücksichtigt diese Aspekte. Dabei kann allerdings eine derartige Regulierung der Vertriebswege die vertikale Integration fördern.

## 6 Sanktionen und Schadenersatz

### 6.1 Verfassungsrechtliche Fragen

**921.** Die deutschen Gerichte hatten im Berichtszeitraum in mehreren Fällen zu verfassungsrechtlichen Fragen in Bezug auf die Sanktionen in Kartellfällen zu entscheiden. Die Monopolkommission nimmt zu dieser Entscheidungspraxis aus wettbewerbspolitischer Perspektive Stellung.

<sup>387</sup> Darüber hinaus beschränkt es den Wettbewerb zwischen den Plattformen; vgl. dazu Zimmer/Blaschczok, JECLAP 2014, 187 (191) (dort zu Bestpreisklauseln).

<sup>388</sup> Das ist prima facie deshalb nicht auszuschließen, weil sich der Wettbewerb auf Internetplattformen typischerweise stark auf die Preise ausrichten dürfte. Damit bestehen für die Onlinehändler Anreize, die Vertriebsqualität steigernde eigene Zusatzleistungen (z. B. Beratung) zu unterlassen und die vom stationären Vertrieb erbrachten Zusatzleistungen auszunutzen.

<sup>389</sup> Vgl. oben Tz. 914. ff.

<sup>390</sup> Vgl. auch EuGH, Urteil vom 25. Oktober 1977, 26/76 – Metro (I), Slg. 1977, 1875, Rz. 22; ferner EU-Kommission, Leitlinien zu vertikalen Beschränkungen, a. a. O., Tz. 75 f.

### 6.1.1 Bußgeldhöhe

**922.** Im Grauzementfall hat der BGH zur umstrittenen Verfassungsmäßigkeit der Bußgeldgrenze in § 81 Abs. 4 S. 2 und 3 GWB Stellung genommen.<sup>391</sup> Er hat die Verfassungsmäßigkeit bejaht, ohne allerdings alle offenen Streitfragen abschließend zu klären.

**923.** Die Verfassungsmäßigkeit von § 81 Abs. 4 S. 2 GWB ist seit Jahren umstritten. Dazu hat auch die offenkundige Absicht des Gesetzgebers beigetragen, das deutsche Recht an das europäische Recht anzugleichen.<sup>392</sup> Vor allem ist umstritten, ob die Vorschrift eine Kappungsgrenze (wie Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003) oder eine Bußgeldobergrenze bestimmt. Der BGH hat sich im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung der Auffassung des OLG Düsseldorf angeschlossen, wonach § 81 Abs. 4 S. 2 GWB eine Bußgeldobergrenze vorsieht.

**924.** Die Verfassungsmäßigkeit von § 81 Abs. 4 S. 2 GWB ist insbesondere mit Verweis auf den Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG bestritten worden, der auch für deutsche Ordnungswidrigkeiten-Tatbestände wie § 81 Abs. 4 GWB gilt. Dabei wurde insbesondere auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Vermögensstrafe verwiesen. Dort hatte das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass der Rahmen für eine Strafe (Buße) eine „abstrakt bestimmte oder auch nur bestimmbare Unter- und Obergrenze“ enthalten muss. Die Belastungsobergrenze muss vom Gesetzgeber „fallunabhängig“ vorgegeben werden und einen „für alle Anwendungsfälle“ geltenden Strafrahmen vorsehen. Diese Voraussetzung sei nicht erfüllt, wenn es sich um einen „wandernden“ Strafrahmen handle, dessen Obergrenze erst „zum Zeitpunkt der konkreten Rechtsanwendung auf den Einzelfall“ sichtbar werde.<sup>393</sup> Der BGH nahm zu diesen Kriterien in seinem Urteil nicht ausdrücklich Stellung, verwies mit Bezug auf § 81 Abs. 4 S. 2 GWB allerdings darauf, dass „[d]ie umsatzmäßig zu bestimmende Obergrenze innerhalb eines transparenten Berechnungsrahmens eine auf die Finanzausstattung und wirtschaftliche Potenz wesentlich besser zugeschnittene Ahndung [erlaubt], als dies [...] ein starres Bußgeldsystem mit betragsmäßig bestimmten Obergrenzen ermöglichte.“<sup>394</sup> Die Vereinbarkeit dieser Aussage mit der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung bleibt bislang offen.

**925.** Der BGH hat auch die Verfassungsmäßigkeit von § 81 Abs. 4 S. 3 GWB bejaht. Nach seiner Auffassung ist bei der Berechnung der umsatzabhängigen Obergrenze der Konzernumsatz zugrunde zu legen, in den sämtliche Umsätze von verbundenen Unternehmen i. S. v. § 36 Abs. 2 GWB einbezogen werden. Der BGH gründet seine Entscheidung darauf, dass § 81 Abs. 4 GWB als Bezugseinheit „die wirtschaftliche Einheit [anspricht], zu der die verbundenen Unternehmen hinzuzurechnen sind, die in einem Konzernverbund (§ 18 AktG) unter einheitlicher Leitung verbunden sind.“ Hiergegen ist vorgebracht worden, die Umsatzzurechnung über § 36 Abs. 2 GWB könne im Rahmen von § 81 Abs. 4 S. 3 GWB zu einer automatischen Haftungszurechnung führen, ohne dass es auf die eigene Verantwortlichkeit derjenigen Unternehmensteile ankomme, deren Umsätze zugerechnet werden. Dies sei mit dem Haftungssystem des deutschen Ordnungswidrigkeitenrechts nicht zu vereinbaren (vgl. auch § 30 OWiG). Der BGH hat zu diesen Bedenken keine Stellung genommen, sondern hervorgehoben, dass die Unternehmensteile, deren Umsätze im konkreten Fall zusammengerechnet wurden, jeweils eine eigenständige bußgeldrechtliche Verantwortlichkeit trafen.<sup>395</sup> Die Anwendung von § 81 Abs. 4 S. 3 GWB im vorliegenden Fall spricht allerdings dafür, dass der BGH die genannten Bedenken nicht als durchgreifend erachtet.

<sup>391</sup> BGH, Beschluss vom 26. Februar 2013, KRB 20/12 – Grauzementkartell, Rz. 50 ff., 66 ff.

<sup>392</sup> Vgl. einerseits den Wortlaut („Gesamtumsatz“, s. entsprechend Art. 23 Abs. 1 VO 1/2003 im Gegensatz zu §§ 35 ff. GWB, insb. § 38 Abs. 1 S. 1 GWB) und andererseits die Gesetzesmaterialien (Bundesregierung, Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drs. 15/5049 vom 9. März 2005, S. 50; Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels, BT-Drs. 16/7156 vom 14. November 2007, S. 11).

<sup>393</sup> BVerfGE 105, 135, Rz. 97 f. (zit. nach Juris), vgl. z. B. bei Geldstrafen § 40 I StGB (Tagessatzzahl) i. V. m. §§ 40 Abs. 2 S. 3 StGB (Tagessatzhöhe).

<sup>394</sup> BGH, Beschluss vom 26. Februar 2013, KRB 20/12 – Grauzementkartell, Rz. 63.

<sup>395</sup> BGH, Beschluss vom 26. Februar 2013, KRB 20/12 – Grauzementkartell, Rz. 80 ff.

**926.** Aus wettbewerbspolitischer Perspektive ist es nicht erforderlich, hier zur Verfassungsmäßigkeit von § 81 Abs. 4 S. 2 und 3 GWB Stellung zu nehmen. Das Bundeskartellamt hat auf die Rechtsprechung des BGH hin seine Bußgeldleitlinien überarbeitet, um eine Anpassung der Verfahrenspraxis an jene Rechtsprechung zu ermöglichen.<sup>396</sup> Die Monopolkommission hält es jedoch gleichwohl für geboten, dass das deutsche Kartellbußgeldrecht überarbeitet wird. Sie sieht nach dem Urteil des BGH keinen Anlass, von ihrer Auffassung abzurücken, dass es sich bei § 81 Abs. 4 S. 2 GWB um eine Kappungsgrenze und nicht um eine Bußgeldobergrenze handelt.<sup>397</sup> Die Ausgestaltung der Bußgeldbemessung durch das Bundeskartellamt begegnet für sich genommen keinen Bedenken. Das gilt auch mit Bezug auf die neuen Bußgeldleitlinien. Problematisch ist es allerdings, dass die vielen Streitfragen, die mit § 81 Abs. 4 GWB verbunden sind, die Entwicklung einer einheitlichen und vorhersehbaren Bußgeldpraxis und ihre Akzeptanz durch die Rechtsunterworfenen fortlaufend behindern. Dabei ist zu berücksichtigen, dass hohe Kartellbußen zur Erreichung einer effizienten Abschreckung einerseits geboten sind, andererseits für die betroffenen Unternehmen aber auch einen unter Umständen existenzvernichtenden Eingriff darstellen können.<sup>398</sup>

### 6.1.2 Vergleichsverfahren

**927.** Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum Verfahren in mehreren Fällen durch einvernehmliche Verfahrensbeendigung (sogenannte Settlements) zum Abschluss gebracht. Derartige Vergleichsverfahren sind in allen kartellrechtlichen Ordnungswidrigkeitenverfahren möglich. Sie sind für das Bundeskartellamt ein wichtiges Instrument zum effizienten Ressourceneinsatz und haben mittlerweile eine erhebliche praktische Bedeutung.

**928.** Das Bundeskartellamt hat kürzlich in einem Merkblatt die wesentlichen Verfahrensgrundsätze niedergelegt.<sup>399</sup> Danach können beide Seiten sogenannte Settlement-Gespräche anregen, um ein Vergleichsverfahren auszulösen. In diesen Gesprächen erläutert das Bundeskartellamt dem jeweiligen Beteiligten schriftlich oder mündlich den zur Last gelegten Sachverhalt, stellt einen Höchstbetrag als Geldbuße in Aussicht und hört den jeweiligen Beteiligten hierzu an. Dem Beteiligten wird gegebenenfalls ein Vorschlag für eine Settlement-Erklärung übersendet, der innerhalb einer gesetzten Frist angenommen werden kann. Das Settlement erfordert eine geständige Einlassung, die neben einer Beschreibung der prozessualen Tat Angaben über die Umstände enthalten muss, die für die Bußgeldzumessung maßgeblich sind. Der Beteiligte muss den zur Last gelegten Sachverhalt zutreffend anerkennen und die Geldbuße bis zur Höhe der in Aussicht gestellten Höhe akzeptieren. Außerdem muss er i. d. R. auf eine vollständige Akteneinsicht verzichten. Ein Schuldeingeständnis oder ein Rechtsmittelverzicht wird nicht verlangt.

**929.** Das Bundeskartellamt betont in seinem Merkblatt, dass die Voraussetzungen für einvernehmliche Verfahrensbeendigungen einfachgesetzlich nicht geregelt sind und insbesondere § 257c StPO zu strafprozessualen Verständigungen im Rahmen von kartellbehördlichen Vergleichsverfahren nicht gilt. Dies folgt in der Tat aus der eigenständigen Ausgestaltung des Verfahrens in Ordnungswidrigkeitensachen.<sup>400</sup>

**930.** Das Bundesverfassungsgericht hat in Bezug auf strafrechtliche Verständigungsverfahren im Berichtszeitraum allerdings rechtsstaatliche Defizite festgestellt.<sup>401</sup> Es sei mit der Amtsaufklärungspflicht der Strafgerichte nicht vereinbar, wenn eine solche Verständigung eigene Ermittlungen des Gerichts ersetze und die einzige Urteilsgrundlage bilde. Auch der staatsanwaltschaftlichen Vorarbeit komme im Strafprozess eine

<sup>396</sup> Vgl. BKartA, Leitlinien für die Bußgeldzumessung in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren, 25. Juni 2013.

<sup>397</sup> Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 474.

<sup>398</sup> Dazu EuG, Beschluss vom 29. Oktober 2009, T-352/09 R – Nováckechemické závody/Kommission, Slg. 2009, II-208, Rz. 9, 42 ff.; BKartA, Bekanntmachung Nr. 38/2006 vom 15. September 2006, Bußgeldleitlinien, Tz. 24 („kann das Bundeskartellamt“ - Hervorhebung nur hier).

<sup>399</sup> Vgl. BKartA, Das Settlement-Verfahren des Bundeskartellamts in Bußgeldsachen, Merkblatt vom 23. Dezember 2013.

<sup>400</sup> Anders dürfte dies übrigens im Rechtsmittelverfahren sein, §§ 46 Abs. 1, 71 Abs. 1 OWiG.

<sup>401</sup> BVerfG, Urteil vom 19. März 2013, 2 BvR 2628/10 u.a.



herausgehobene Bedeutung zu, weil die Angeklagte und das Gericht sich hinsichtlich des Verfahrensergebnisses einer Bindung unterwerfen und die Gesetzmäßigkeit der Verständigung sicherzustellen ist. Die gegenwärtige Praxis sei insofern mit dem Schuldgrundsatz und anderen Verfassungsgarantien nicht vereinbar.

**931.** Diese Rechtsprechung dürfte auf einvernehmliche Verfahrensbeendigungen in kartellbehördlichen Ordnungswidrigkeitenverfahren nicht ohne Weiteres übertragbar sein. Der Schuldgrundsatz ist in Ordnungswidrigkeitenverfahren zwar anwendbar, wenn das Verfahren nicht nur gegen ein Unternehmen, sondern auch gegen seine Organwalter geführt wird, wie dies in Kartellbußgeldverfahren häufig der Fall ist.<sup>402</sup> Im Übrigen ist jedoch umstritten, in welchem Umfang der Schuldgrundsatz in solchen Verfahren Anwendung findet.<sup>403</sup>

**932.** Die einvernehmliche Verfahrensbeendigung durch Vergleich mit einer Kartellbehörde ist zudem keine Ausgestaltung eines gerichtlichen Verfahrens. Im Strafprozess hat die öffentliche Verfahrensführung durch ein unparteiisches Gericht eine zentrale Bedeutung. Im kartellbehördlichen Vergleichsverfahren verzichten die Beteiligten dagegen bewusst auf einen derartigen gerichtlichen Rechtsschutz, um die aus ihrer Sicht bestehenden Nachteile einer öffentlichkeitswirksamen Überprüfung des behördlichen Ermittlungsergebnisses zu vermeiden (ähnlich wie z. B. in Fällen des § 153a StPO).<sup>404</sup>

**933.** Trotzdem sind eine Reihe der Risiken, die das Bundesverfassungsgericht für eine verfassungsgemäße Verfahrensführung sieht, in zumindest ähnlicher Form auch bei kartellbehördlichen Vergleichsverfahren nicht von der Hand zu weisen.

**934.** Insbesondere entfalten solche Verfahren einen Anreiz für die Behörde, die Amtsermittlung zur Ressourcenschonung gerade in komplexen Verfahren auf ein Minimum zu beschränken. Auf der anderen Seite nehmen die beteiligten Unternehmen möglicherweise auch eine aus ihrer Sicht ungerechtfertigte Sanktion in Kauf, da sie deren Folgen aufgrund der fehlenden Öffentlichkeit des Verfahrens mit relativ hoher Aussicht auf Erfolg auf ihre Kunden und Anteilshaber abwälzen können. Das Fehlen einer unparteiischen Überprüfung durch ein Gericht erweist sich insofern eher als zusätzlicher Nachteil solcher Verfahrensbeendigungen.

**935.** Die Monopolkommission sieht in einvernehmlichen Verfahrensbeendigungen allerdings ein wettbewerbspolitisch notwendiges Instrument, um den Kartellbehörden eine effiziente Verfolgung von Wettbewerbsverstößen zu ermöglichen. Die verfassungsrechtliche Rechtsprechung im Berichtszeitraum könnte dieses Instrument infrage stellen. Die Monopolkommission mahnt deshalb auch aus Gründen der Rechtssicherheit mit Blick auf einvernehmliche Verfahrenbeendigungen eine baldige grundlegende Reform der Vorschriften über das kartellbehördliche Ordnungswidrigkeitenverfahren an.

### 6.1.3 Verzinsungspflicht bei Kartellgeldbußen

**936.** Das Bundesverfassungsgericht hat die Verfassungsmäßigkeit der Pflicht zur Verzinsung von kartellbehördlichen Geldbußen nach § 81 Abs. 4 GWB bestätigt.<sup>405</sup> Die Antragstellerin im zugrunde liegenden Verfahren hatte diesbezüglich Bedenken aufgrund von mehreren Grundrechten (insbesondere Art. 3 Abs. 1 GG) und in Anbetracht der Unbestimmtheit der gesetzlichen Grundlage für Geldbußen wegen Kartellverstößen geltend gemacht. Das zuständige OLG Düsseldorf setzte das Verfahren daraufhin aus und legte dem

402 BVerfG, Beschluss vom 23. Januar 1990, 1 BvL 4/87 u.a., BVerfGE 81, 228, Rz. 13, 30 (zit. nach Juris).

403 BVerfG, Beschluss vom 25. Oktober 1966, 2 BvR 506/62, BVerfGE 20, 323 (336); BGH, Beschluss vom 26. Februar 2013, KRB 20/12 – Grauzementkartell, Rz. 65; zum Streitstand vgl. Aberle, L. Sanktionsdurchgriff und wirtschaftliche Einheit im deutschen und europäischen Kartellrecht, Diss., Köln 2013, S. 152 mit Nachweisen.

404 EGMR, Urteil vom 27. Februar 1980, Nr. 6903/75 – Deewer vs. Belgium, Serie A 35, Rz. 51(b).

405 BVerfG, Beschluss vom 19. Dezember 2012, 1 BvL 18/11 – Verzinsungspflicht, WuW/E DE-R 3765 = NJW 2013, 1418.

Bundesverfassungsgericht unter mehreren Gesichtspunkten die Frage vor, ob die Verzinsungspflicht von Kartellgeldbußen mit dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz vereinbar sei.

**937.** Das Bundesverfassungsgericht verneinte eine Grundrechtsverletzung. Eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung liege nicht vor. Dem stehe nicht entgegen, dass die Verzinsungspflicht bei Kartellgeldbußen nur juristische Personen und Personenvereinigungen, aber keine natürlichen Personen träfe. Denn Kartellbußen würden gegen natürliche Personen in geringerem Umfang verhängt und träfen die Betroffenen härter als die mit einer Buße belegten juristische Personen und Personenvereinigungen. Eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung liege auch nicht vor, weil die Verzinsungspflicht nur in Kartellbußgeldsachen besteht und nur bei einer behördlichen Bußgeldfestsetzung ausgelöst wird, aber nicht bei Festsetzung durch ein Kartellgericht. Die Verzinsungspflicht verstoße auch nicht gegen die verfassungsrechtliche Rechtsschutzgarantie oder die Unschuldsvermutung. Das Bundesverfassungsgericht ließ in diesem Verfahren die Verfassungsmäßigkeit der Normen zur Bußgeldzumessung offen.

**938.** Das OLG Düsseldorf hat den zugrunde liegenden Rechtsstreit zwischenzeitlich unter Beachtung der Rechtsauffassung des Bundesverfassungsgerichts entschieden.<sup>406</sup> Die Monopolkommission begrüßt die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, da sie mit Blick auf die Pflicht zur Verzinsung von Geldbußen für Rechtssicherheit sorgt.

## 6.2 Private Kartellverfolgung

**939.** Das Recht der Kartellgeschädigten zur Erhebung von Schadenersatzklagen ist als Bestandteil des Kartellverbots des Art. 101 AEUV anerkannt. Nach der europäischen Rechtsprechung kann das Kartellverbot nur dann volle Wirksamkeit entfalten, wenn neben der behördlichen Kartellverfolgung auch private Schadenersatzklagen möglich sind.<sup>407</sup>

**940.** Kartellschadenersatzklagen haben in den letzten Jahren zunehmende praktische Bedeutung gewonnen, vor allem in Großbritannien, Deutschland und den Niederlanden. Die Kläger können sich dabei die Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen zunutze machen („Follow-on“-Klagen).

**941.** Die Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen wegen Wettbewerbsverstößen stößt für private Kläger in der Praxis nach wie vor auf erhebliche Schwierigkeiten. Die deutschen Gerichte haben im Berichtszeitraum ihre für Kläger im internationalen Vergleich günstige Rechtsprechung nicht ungebrochen fortgesetzt.<sup>408</sup> So entschied das LG Düsseldorf, dass Abtretungen für eine privat organisierte Repräsentantenklage sittenwidrig sind, wenn ein Unternehmen die ihm abgetretenen und gebündelten Schadenersatzforderungen gegen Kartellmitglieder geltend macht, aber über kein hinreichendes Kapital verfügt, um die Prozesskosten im Unterliegensfall zu tragen.<sup>409</sup> Insgesamt hat es in der EU in Kartellfällen bisher kaum Verurteilungen zu Schadenersatz gegeben (aber durchaus Prozessvergleiche).<sup>410</sup>

**942.** Die Europäische Kommission hat deshalb einen neuen Vorschlag für eine Richtlinie zu privaten Schadenersatzklagen vorgelegt.<sup>411</sup> Der Vorschlag berücksichtigt im Berichtszeitraum ergangene Ent-

406 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25. September 2013, Az. V-1 Kart 7/11 (Owi) – Verzinsung von Geldbußen, WuW/E DE-R 4014.

407 EuGH, Urteil vom 6. Juni 2013, C-536/11 – Donau Chemie, noch nicht in amtl. Slg.

408 Siehe insbesondere BGH, Urteil vom 28. Juni 2011, KZR 75/10 – ORWI; KG, Urteil vom 1. Oktober 2009, 2 U 10/03 Kart (n. rkr.) – Berliner Transportbeton zu den Voraussetzungen privater Kartellschadenersatzklagen nach deutschem Recht.

409 LG Düsseldorf, Urteil vom 17. Dezember 2013, 37 O 200/09 (Kart) U – Zementkartell II.

410 Siehe allerdings jüngst LG Mannheim, Urteil vom 4. Mai 2012, 7 O 463/11 Kart – Feuerlöschfahrzeuge (vertraglich pauschalierter Schadenersatz).

411 EU-Kommission, Vorschlag vom 11. Juni 2013 für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, COM(2013) 404 final (Vorschlag Schadenersatz-Richtlinie).

scheidungen der europäischen und nationalen Gerichte zum Verhältnis von öffentlicher (= kartellbehördlicher) und privater Kartellverfolgung.<sup>412</sup> Das Gesetzgebungsverfahren konnte im April 2014 inhaltlich noch knapp vor dem Ende der Legislaturperiode abgeschlossen werden.<sup>413</sup>

**943.** Der Europäische Gerichtshof hatte in seinem Urteil im Fall „Donau Chemie“ klargestellt, dass die Wirksamkeit der Wettbewerbsregeln durch öffentliche und private Durchsetzungsmaßnahmen gleichermaßen sichergestellt wird. Die private Durchsetzung durch Schadenersatzklagen diene jedoch nicht nur öffentlichen Zwecken, sondern müsse es dem Einzelnen auch ermöglichen, einen vollständigen Ausgleich für Schäden durch Wettbewerbsverstöße zu erlangen.<sup>414</sup>

**944.** Die Richtlinie knüpft an diese Rechtsprechung an und normiert ein Recht auf vollständigen Schadenersatz (Art. 2). Die mitgliedstaatlichen Vorschriften sind danach so auszugestalten, dass dieses Recht wirksam geltend gemacht werden kann (Art. 3). Der Vorschlag führt für die Gerichte eine Befugnis ein, die Offenlegung von Beweismitteln durch einen Beklagten oder Dritten anzuordnen (Art. 5). Diese Befugnis zur Anordnung der Offenlegung ist allerdings beschränkt (Art. 6). Wenn ein Kläger solche Informationen durch Akteneinsicht erlangt, dürften sie gleichfalls nicht in den Prozess eingeführt werden (Art. 7). Hinzu treten flankierende Sanktionsnormen (Art. 8). Der Richtlinien-Vorschlag enthält außerdem Regelungen über die Feststellungswirkung von kartellbehördlichen Entscheidungen (Art. 9), über den Eintritt der Verjährung und die Verjährungsfrist (mind. fünf Jahre; Art. 10), die gesamtschuldnerische Haftung mehrerer Kartellanten (Art. 11), den Einwand der Schadensabwälzung (sogenannte passing-on defence) und die Rechte mittelbarer Abnehmer, auf die der Schaden abgewälzt wurde (Art. 12 ff.), über die Vermutung, dass ein Kartell einen Schaden verursacht hat (Art. 17) und über einvernehmliche Streitbelegungen (Art. 18).

**945.** Die Richtlinie ist als wegweisende Neuregelung von Kartellzivilprozessen anzusehen, die eine Reihe lange streitiger Fragen für alle Mitgliedstaaten regelt (z. B. Schadensabwälzung und Rechte mittelbar Geschädigter, Schadensvermutungen). Das Bundeskartellamt hatte den zugrunde liegenden Richtlinienvorschlag in einer Stellungnahme begrüßt. Es hatte dabei allerdings Bedenken hinsichtlich der Ausgestaltung der Verfahrensgrundsätze für privaten Schadenersatz geäußert.

**946.** Die Monopolkommission hält die endgültige Richtlinie ebenfalls für begrüßenswert. Aus ihrer Sicht ist mehreren im Zusammenhang mit dem Richtlinienvorschlag geäußerten Bedenken in zufriedenstellender Weise Rechnung getragen worden. In Bezug auf einige Einzelfragen wäre es gleichwohl wünschenswert gewesen, wenn nach der Veröffentlichung des Vorschlags mehr Zeit für die Ausarbeitung der endgültigen Richtlinienfassung verblieben wäre.

**947.** So stellt zwar die gerichtliche Befugnis zur Anordnung der Offenlegung von Beweismitteln (Art. 5) eine Neuregelung dar, die sich ähnlich vergleichbaren früheren Richtlinienvorgaben relativ unproblematisch im deutschen Recht umsetzen lassen dürfte.<sup>415</sup> Die gesetzlichen Beschränkungen für die Offenlegung bestimmter Beweismittelkategorien (Art. 6) werfen allerdings Fragen auf.

Diese Ausnahmen waren mit Blick auf ihre Vereinbarkeit mit der europäischen Rechtsprechung bereits im Gesetzgebungsverfahren umstritten. Der Europäische Gerichtshof hat in Bezug auf mitgliedstaatliche Regelungen bereits entschieden, dass der Antrag eines nicht am Verfahren beteiligten Dritten auf Einsicht in

---

412 Insbesondere EuGH, Urteil vom 6. Juni 2013, C-536/11 – Donau Chemie, noch nicht in aml. Slg.; AG Bonn, Beschluss vom 18. Januar 2012, 51 Gs 53/09 – Pfeiderer im Anschluss an EuGH, Urteil vom 14. Juni 2011, C-360/09 – Pfeiderer, Slg. 2011, I-5161; England and Wales High Court, Urteil vom 4. April 2012 – National Grid Electricity Transmission plc v ABB Ltd and others, [2012] EWHC 869 (Ch).

413 Siehe Richtlinie 2014/[...]EU über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, vorl. Fassung der Entschließung des Europäischen Parlaments vom 15. April 2014, P7\_TA-PROV(2014)0451.

414 EuGH, Urteil vom 6. Juni 2013, C-536/11 – Donau Chemie, noch nicht in aml. Slg., Rz. 23 f.

415 Umsetzungsvorschriften zu RL 2004/48/EG.

Akten eines Kartellgerichts nur aufgrund einer Einzelfallabwägung versagt bleiben darf.<sup>416</sup> In Bezug auf Anträge auf Akteneinsicht bei der Europäischen Kommission hat er kürzlich bestätigt, dass selbst im Falle mehrerer gegenläufiger europäischer Regelungen, von denen einige dem Wortlaut nach eine abwägungsfreie Entscheidung in Bezug auf ein Akteneinsichtsbegehren vorsehen, eine Abwägung zwischen den Interessen des Antragstellers und gegenläufigen Interessen im Rahmen der behördlichen Kartellverfolgung vorzunehmen ist.<sup>417</sup> Allerdings hat er in dem letztgenannten Urteil auch entschieden, dass gesetzliche Vermutungen in Bezug auf bestimmte Kategorien von Dokumenten dahin gehend möglich seien, dass die Verbreitung dieser Dokumente grundsätzlich den Schutz der geschäftlichen Interessen von Verfahrensbeteiligten und den Schutz des Zwecks kartellbehördlicher Untersuchungen beeinträchtigen würde, die noch nicht bestandskräftig abgeschlossen sind.<sup>418</sup> Es sei zulässig, dass ein Ausforschungsantrag ohne Abwägung aufgrund solcher Vermutungsregelungen abgewiesen wird. Im Fall eines Antrags auf Einsicht in einzeln bezeichnete Aktenstücke müsse die Vermutung indes widerlegbar sein.

Die Richtlinie sieht nach ihrem Wortlaut keine Abwägung in Bezug auf die Beweismittelkategorien vor, für die die Offenlegung beschränkt ist. Die Richtlinie orientiert sich im Ergebnis an der nationalen Entscheidungspraxis im Berichtszeitraum.<sup>419</sup> Es ist jedoch unklar, ob die Richtlinie hierdurch die Vorgaben der europäischen Rechtsprechung vollständig umsetzt. Dies ist insofern misslich, als die Rechtsprechung sich vom Kartellverbot des Art. 101 AEUV ableitet und damit von höherrangigem Recht, dessen Wirksamkeit durch Ausführungsregelungen wie die vorliegende Richtlinie nicht eingeschränkt werden kann. Die Richtlinie könnte nach ihrem Wortlaut allerdings so zu verstehen sein, dass sie eine Aktenvorlage auch in Fällen ausschließt, in denen diese erforderlich ist, um die Wirksamkeit von Art. 101 AEUV zu gewährleisten. Der Anwendungsbereich der Regelung bleibt durch die europäischen Gerichte zu klären.

**948.** Eine im Richtlinienetzungsverfahren besonders umstrittene Frage betraf die Rechtsposition von direkten und indirekten Schadenersatzklägern zueinander. Nach der deutschen Rechtsprechung hat ein direkter Abnehmer aufgrund der Beweislastverteilung eine relativ starke Position in einer Schadenersatzklage.<sup>420</sup> Die Position indirekter Abnehmer ist entsprechend schwächer. Die Richtlinie sieht demgegenüber Beweiserleichterungen für mittelbare Abnehmer vor. Diese Beweiserleichterungen sollen offenbar nur für Abnehmer innerhalb der Vertriebskette gelten.<sup>421</sup> Die Stärkung der Position mittelbarer Abnehmer birgt die Möglichkeit in sich, dass die Beklagten eines Kartellschadenersatzprozesses doppelt belastet werden. Ein solches Risiko besteht immer dann, wenn direkt Kartellgeschädigte ihren Schaden nachweisen können und indirekt Kartellgeschädigte ebenfalls Klage erheben und sich dabei auf die Beweiserleichterungen zu ihren Gunsten berufen. Die Regelungen in der endgültigen Richtlinienfassung schließen eine Überkompensation allerdings ausdrücklich aus (Art. 2 Abs. 3, 12 Abs. 2, siehe auch Art. 15). Damit dürften Beklagte eine doppelte Inanspruchnahme etwa über eine Streitverkündung vermeiden können.<sup>422</sup> Zu hinterfragen bleibt allerdings, weshalb die Richtlinie überhaupt eine Vollharmonisierung der Regeln zum Verhältnis von

416 EuGH, Urteil vom 6. Juni 2013, C-536/11 – Donau Chemie, noch nicht in aml. Slg., Rz. 35, 43.

417 EuGH, Urteil vom 27. Februar 2014, C-365/12 P – EnBW Energie Baden-Württemberg, noch nicht in aml. Slg. In diesem Fall ging es um Art. 4 Abs. 2, 3 UAbs. 1 VO 1049/2001, ABl. EU L 145 vom 31. Mai 2001, S. 43, und Art. 27 f. VO 1/2003, wobei die letztgenannten Vorschriften nach ihrem Wortlaut für das Akteneinsichtsbegehren eines verfahrensfremden Dritten keine solche Abwägung vorsehen.

418 EuGH, Urteil vom 27. Februar 2014, C-365/12 P – EnBW Energie Baden-Württemberg, noch nicht in aml. Slg., Tz. 92 f., 114.

419 Siehe insb. England and Wales High Court, Urteil vom 4. April 2012 – National Grid Electricity Transmission plc v ABB Ltd and others, [2012] EWHC 869 (Ch).

420 BGH, Urteil vom 28. Juni 2011, KZR 75/10 – ORWI, WuW/E DE-R 3431, Rz. 68-72.

421 Sie dürften also z. B. nicht ohne Weiteres für die Endkunden eines indirekten Abnehmers gelten. D. h., die Beweiserleichterungen würden nicht gelten, wenn ein kartellbefangenes Produkt (z. B. Reifen) nicht lediglich weiter veräußert wird, sondern wenn der am Ende der Vertriebskette stehende Erwerber (= indirekter Abnehmer) es als Hersteller (z. B. Autohersteller) im Rahmen eines eigenen Herstellungsvorgangs verwendet und das Endprodukt (z. B. ein Fahrzeug) an eigene Endkunden verkauft, die dann einen Kartellschaden geltend machen.

422 Das dürfte zumindest im Grundsatz gelten; allerdings bleiben im geltenden deutschen Recht Fragen offen, z. B. hinsichtlich der Auswirkung von Urteilen auf die Beweislastverteilung im noch laufenden Prozess.

direkten und indirekten Schadenersatzklägern zueinander vornimmt und den Mitgliedstaaten keinen Ausgestaltungsspielraum belässt.

**949.** Für Kläger auf vorgelagerten Vertriebsstufen gelten die Beweisregeln in Bezug auf direkte und indirekte Abnehmer entsprechend (Art. 12 Abs. 4). Die Praxis wird zeigen müssen, welcher Raum überhaupt für den Einwand der Schadensabwälzung gegenüber einem Kläger einer vorgelagerten Vertriebsstufe besteht, da dieser häufig bereits seine eigenen Abnahmeverpflichtungen eingegangen sein wird, noch bevor er an die Mitglieder eines Nachfragekartells liefert. Noch nicht abschließend geklärt ist auch die beweisrechtliche Stellung von Klägern, die außerhalb der Vertriebskette stehen.

**950.** Eine intendierte Überkompensation aufgrund von mehrfachem Schadenersatz (etwa im Sinne eines Strafschadenersatzes) bleibt nach der endgültigen Richtlinienfassung nur noch aufgrund einer ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung nach nationalem Recht möglich. Ein solcher mehrfacher Schadenersatz kann durchaus sinnvoll sein angesichts des Umstands, dass viele Kartellschäden als Streuschäden nicht geltend gemacht werden. Die Monopolkommission erinnert daran, dass sie sich bereits zuvor für eine derartige Regelung ausgesprochen hatte.<sup>423</sup> Die Richtlinie wählt rechtspolitisch einen anderen Ansatz, indem sie den Kartellbehörden die Möglichkeit gibt, eine freiwillige Entschädigungsregelung seitens der Mitglieder von Kartellen positiv auf mögliche Kartellbußgelder anzurechnen (Art. 18 Abs. 4). Die Auswirkungen dieser Regelung bleiben abzuwarten.

**951.** Weitere Fragen bleiben auch nach Annahme der Richtlinie offen, die zwar in Schadenersatzprozessen relevant geworden sind, aber auch außerhalb davon eine Rolle spielen. Dies betrifft insbesondere die bußgeldrechtliche Haftung von Unternehmensteilen, denen der Wettbewerbsverstoß nach Art. 101 f. AEUV zurechenbar ist, ohne dass sie Adressat einer Bußgeldentscheidung sind.<sup>424</sup> Diese Frage ist nach der zitierten europäischen Rechtsprechung eine Frage des materiellen Rechts (Tatbestandsseite) und nicht lediglich eine Frage des bußgeldrechtlichen Haftungsadressaten (Rechtsfolgenseite). Die Richtlinie (Art. 1 Abs. 1) legt für die Frage des zivilrechtlichen Schadenersatzes dasselbe Verständnis zugrunde. Im bußgeldrechtlichen Kontext kann nichts anderes gelten. Dem steht nicht entgegen, dass es sich bei der Frage der Haftungszurechnung nach dem deutschen Ordnungswidrigkeiten- und Schadenersatzrecht bislang um eine Frage des Haftungsadressaten handelt. Es bedarf dringend der gesetzlichen Klarstellung, dass das deutsche Recht einer Haftungszurechnung nach Art. 101 f. AEUV nicht entgegen steht.

**952.** Eine nach Annahme der Richtlinie ebenfalls offengebliebene Frage betrifft die Rechtsposition von Schadenersatzklägern im Rahmen des Kartellverfahrens. Der Richtlinienvorschlag sieht vor, dass Kronzeugen in Schadenersatzprozessen von einer Haftungsprivilegierung profitieren (Art. 11 Abs. 3 RL). Die Anerkennung als Kronzeuge im Kartellverfahren schließt demnach eine Haftung des betreffenden Kartellmitglieds gegenüber bestimmten Kartellgeschädigten aus. Das Bundeskartellamt hatte im Gesetzgebungsverfahren darauf hingewiesen, dass den Geschädigten infolge dessen möglicherweise ein Recht auf Beteiligung am kartellbehördlichen Verfahren eingeräumt werden müsste. Die Monopolkommission stimmt dieser Einschätzung grundsätzlich zu. Sie gibt allerdings zu bedenken, dass die Klage eines Geschädigten ohne die vorherige Kooperation des Kronzeugen und die Möglichkeit der Kartellbehörden, einen Bescheid zu erlassen, regelmäßig keine ausreichende Basis haben dürfte.<sup>425</sup> Die Klage hat also meist nur aufgrund der

<sup>423</sup> Dazu schon Monopolkommission, Sondergutachten 41/42, Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle, Baden-Baden 2004, Tz. 76, 78 ff.

<sup>424</sup> Siehe EuGH, Urteil vom 25. Oktober 1983, 107/82 – AEG, Slg. 1983, 3151, Rz. 31 ff., insb. Rz. 49-53; Urteil vom 10. September 2009, C-97/08 P – Akzo Nobel, Slg. 2009, I-8237, Rz. 56 u. 77; Urteil vom 20. Januar 2011, C-90/09 P – General Química, Slg. 2001, I-1, Rz. 36-38; abweichend LG Berlin, Urteil vom 6. August 2013, 16 O 193/11, Rz. 79 ff. (zit. nach Juris).

<sup>425</sup> EU-Kommission, Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. EU C 298 vom 8. Dezember 2006, S. 17, Tz. 8 („Unternehmen als erstes Informationen und Beweismittel vorlegt, die es der Kommission ihrer Auffassung nach ermöglichen“); ähnlich BKartA, Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen - Bonusregelung, 7. März 2006, Tz. 3 Nr. 1 („sich als erster Kartellbeteiligter an das Bundeskartellamt wendet, bevor dieses über ausreichende Beweismittel verfügt“).

vorherigen Kooperation des Kronzeugen überhaupt Aussicht auf Erfolg. Anders dürfte die Situation in Fällen sein, in denen der Geschädigte nur von anderen Kartellmitgliedern Waren bezogen hatte und seine Klage folglich auf keine Schädigung durch den Kronzeugen stützt. Es erscheint jedoch auch hier nicht geboten, dass der Kronzeuge gegenüber dem Geschädigten gesamtschuldnerisch haftet.

**953.** Offen ist schließlich noch die Praktikabilität der Richtlinienvorgaben. Diese erscheint bspw. in Bezug auf die in einem späten Kompromiss eingefügte Haftungsprivilegierung für kleine und mittlere Unternehmen mit niedrigem Marktanteil schwierig herzustellen (Art. 11 Abs. 2). Die besagte Regelung führt zu einem wettbewerbspolitisch nicht zweifelsfreien Schutz für solche Unternehmen gegenüber Schadenersatzforderungen, die ihre Lebensfähigkeit gefährden können. Sie kann Schadenersatzprozesse allerdings mit überaus komplexen Prüfungen dahin gehend belasten, welchen Marktanteil das potenziell privilegierte Unternehmen über den gesamten Kartellzeitraum hatte (< 5 Prozent) und inwiefern die Haftung seine wirtschaftliche Lebensfähigkeit unwiederbringlich gefährden und seine Aktiva jeglichen Werts berauben würde. Bei der Umsetzung dieser Richtlinienvorgabe wird darauf zu achten sein, dass die erforderlichen Nachweise so vorzubringen sind, dass Verfahrensverzögerungen, welche die Wirksamkeit von Schadenersatzklagen zur Durchsetzung des Kartellrechts beeinträchtigen könnten, unterbleiben.

**954.** Die Richtlinie wird durch eine Empfehlung der Europäischen Kommission zu kollektiven Unterlassungs- und Schadenersatzverfahren flankiert.<sup>426</sup> Diese Empfehlung betrifft kollektive Rechtsschutzverfahren im Allgemeinen und nicht nur in Wettbewerbssachen. Sie ist allerdings im Zusammenhang mit aktuellen Rechtsentwicklungen zu kartellrechtlichen Schadenersatzklagen in anderen Mitgliedstaaten zu sehen, insbesondere im Vereinigten Königreich, das aufgrund des angelsächsischen Rechts (insbesondere: disclosure rules) und aufgrund der Sprache in der EU die für solche Klagen bevorzugte Rechtsordnung ist.

Die britische Regierung hat im Berichtszeitraum Änderungen für eine Reform des Verfahrensrechts für private Schadenersatzklagen vorgeschlagen, welche die Erhebung von Sammelklagen (Opt-out) und nicht an eine behördliche Verfügung anknüpfende Kartellklagen vor einem speziellen Kartellgericht (Competition Appeal Tribunal) möglich machen würde.<sup>427</sup> Diese Maßnahmen werden nach Einschätzung von Marktbeobachtern die Attraktivität des Vereinigten Königreichs als Gerichtsstand für Kartellschadenersatzklagen weiter steigern. Sie dürften zugleich allerdings das Risiko erhöhen, dass Schadenersatzklagen gegen deutsche Unternehmen außerhalb Deutschlands und damit in einer für heimische Unternehmen nicht leicht einschätzbaren Rechtsordnung erhoben werden.

Die Monopolkommission warnt vor diesem Hintergrund davor, die Umsetzung der Richtlinie zu privaten Schadenersatzklagen in deutsches Recht zu verzögern. Für den Fall einer spürbaren Verlagerung von Kartellschadenersatzklagen zu ausländischen Gerichtsständen tritt sie dafür ein, die geltenden Verfahrensregeln für Schadenersatzklagen mit Blick auf die Kommissionsempfehlung zu kollektiven Unterlassungs- und Schadenersatzverfahren zu überprüfen, um das deutsche Verfahrensrecht in geeigneter Weise anzupassen.

### 6.3 Bedeutung von Compliance

**955.** Die Monopolkommission hatte bereits im XIX. Hauptgutachten darauf hingewiesen, dass eine freiwillige Befolgung der Wettbewerbsvorschriften insbesondere in den Bereichen Kartellverfolgung und Missbrauchsaufsicht größte Bedeutung hat. Die Verfolgungspraxis des Bundeskartellamtes kann die Ent-

<sup>426</sup> EU-Kommission, Empfehlung vom 11. Juni 2013, Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadenersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten, ABl. EU L 201 vom 26. Juli 2013, S. 60.

<sup>427</sup> Department for Business, Innovation & Skills, Consumer Rights Bill: Statement on Policy Reform and Responses to Pre-Legislative Scrutiny (Januar 2014), Cm 8796, Anhang K, <https://www.gov.uk/government/publications/consumer-rights-bill>, Abruf am 17. Juni 2014.

wicklung einer Compliance-Kultur bei den Marktteilnehmern unterstützen.<sup>428</sup> Die Monopolkommission hat allerdings darauf hingewiesen, dass durch völlige Nichtbehandlung des Themas Compliance in der Öffentlichkeitsarbeit ein wirksames Mittel ungenutzt bleibt, Unternehmen zusätzlich zu kartellrechtmäßigem Verhalten anzuregen.<sup>429</sup> Die Monopolkommission hat dahin gehend im XIX. Hauptgutachten bereits allgemeine Empfehlungen abgegeben, die sie hiermit weiter präzisiert.

**956.** Es obliegt den Unternehmensverantwortlichen, die Einhaltung kartellrechtlicher Pflichten sicherzustellen. Verstöße gegen die Wettbewerbsvorschriften deuten darauf hin, dass die Unternehmensverantwortlichen ihre Aufsichtsverantwortung nicht hinreichend wahrgenommen haben.

**957.** Die deutschen Kartellbehörden verzichten aus Sicht der Monopolkommission auch zu Recht auf Leitlinien zur materiellen Beurteilung bestimmter Verhaltensweisen, da solche Leitlinien ein fehlerhaftes Rechtsverständnis befördern können. Für solche Leitlinien besteht in Anbetracht der Kommissionsleitlinien zu Verhaltensabstimmungen zwischen Wettbewerbern zudem kein Bedarf. Dasselbe gilt betreffend Wettbewerbsbeschränkungen in der Vertriebskette und Marktmachtverstöße, wobei zu berücksichtigen ist, dass gerade in diesen Fällen eine Einzelfallbeurteilung erforderlich ist.

**958.** Allerdings erscheint es bedenklich, dass Wettbewerbsverstöße mit Blick auf die damit verbundenen Sanktionen in Wirtschaftskreisen vielfach weiter als – teure – Kavaliersdelikte angesehen werden, was auch zur laufenden Debatte um eine Kriminalisierung solcher Verstöße beiträgt. Ein Grund für diese Debatte dürfte im Fehlen des Bewusstseins dafür liegen, dass schon heute nicht nur die Unternehmen einem realen Haftungsrisiko ausgesetzt sind, sondern auch die Unternehmensverantwortlichen selbst und die untergebenen Mitarbeiter, die sich an Wettbewerbsverstößen beteiligen.<sup>430</sup> Es entspricht auch durchaus dem Ansatz des Bundeskartellamtes, persönliche Sanktionen gegenüber den Unternehmensverantwortlichen festzusetzen, um die ihnen vorwerfbare Vernachlässigung von Compliance-Maßnahmen zu ahnden. Zur Förderung der wettbewerblichen Compliance dürfte es sich jedoch empfehlen, in Pressemeldungen u. ä. öffentlich darauf hinzuweisen, wenn mit derartigen Sanktionen die Nichteinhaltung von Compliance-Standards geahndet wird.

**959.** Die aktive Behandlung des Themas Compliance kann ferner das Bewusstsein der Marktteilnehmer dafür erhöhen, dass es in ihrem eigenen Interesse ist, auf die Einhaltung der Kartell-Compliance bei ihren Geschäftspartnern zu achten, um nicht durch wettbewerbswidriges Verhalten geschädigt zu werden. Ein solcher Einsatz der Marktteilnehmer kann wiederum die Kartellbehörden entlasten. Die Monopolkommission regt aus diesem Grunde an, dass das Bundeskartellamt in Pressemeldungen explizit hervorhebt, dass Wettbewerbsverstöße andere Marktteilnehmer zu Schadenersatz berechtigen können.<sup>431</sup>

**960.** Die Monopolkommission betont, dass die Durchsetzung von Compliance-Standards durch die Öffentlichkeitsarbeit der Kartellbehörden zwar gefördert werden kann, primär indessen eine Aufgabe der Marktteilnehmer bleiben sollte. Ihr ist bewusst, dass die unternehmensinterne Entwicklung der einzuhaltenden Standards gerade für kleinere Unternehmen eine große Herausforderung darstellt. Dennoch spricht sie sich dagegen aus, Unternehmen bei der Festsetzung von Sanktionen für ein bestehendes Compliance-Programm zu belohnen. Die Verpflichtung der Marktteilnehmer zum wettbewerbskonformen Verhalten spricht eher umgekehrt dafür, die Nichteinhaltung von Compliance-Standards auch bei Unternehmensbußen schärfend zu berücksichtigen.

428 Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 416.

429 Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 425 f.

430 Vgl. §§ 9, 14, 130 OWiG. Bei einem Kartellverstoß nach europäischem Recht ist darüber hinaus zu beachten, dass auch die Muttergesellschaft Teil der haftenden wirtschaftlichen Einheit ist, und zwar auch dann, wenn sie nur eine Finanzbeteiligung hält; vgl. EU-Kommission, Pressemitteilung vom 2. April 2014, IP/14/358 (zur Haftung von Goldman Sachs als Investmentgesellschaft).

431 Vgl. die Praxis der EU-Kommission, z. B. Pressemitteilung vom 10. Dezember 2013, IP/13/1233.

## 7 Spezielle Wirtschaftsbereiche

### 7.1 Geistiges Eigentum im Wettbewerb

**961.** Als geistiges Eigentum (Intellectual Property, IP) werden verschiedene Schutzrechte zusammengefasst, die Ausschließlichkeitsrechte über geistige Schöpfungen verleihen.<sup>432</sup> Diese Immaterialgüterrechte, wie gewerbliche Schutzrechte und Urheberrechte, sollen – neben einer Reihe weiterer Ziele –<sup>433</sup> insbesondere Anreize zu geistigen Schöpfungen bieten und entsprechende Investitionen absichern. Im wettbewerblichen Kontext ist vor allem die (wirtschaftliche) Verwertung derartiger Rechte von Bedeutung. Durch diese kann der Berechtigte (zeitlich und sachlich begrenzt) andere von der Nutzung der geistigen Schöpfung ausschließen und dadurch (monopolartige) Innovationsrenten erwirtschaften. Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse werden bislang<sup>434</sup> als solche in Deutschland im Wettbewerb<sup>435</sup> nur indirekt geschützt,<sup>436</sup> sind jedoch eng verwandt mit Immaterialgüterrechten.

**962.** Das Recht des geistigen Eigentums sieht selbst eine Vielzahl immanenter Beschränkungen der Reichweite einzelner Immaterialgüterrechte vor. So sind nicht etwa einzelne Informationen geschützt, sondern deren Ausdruck, Zusammenhang oder Verwertung. Eine wichtige immanente Beschränkung geistiger Eigentumsrechte ist etwa der Erschöpfungsgrundsatz, nach dem geschützte Produkte (unterschiedlich weitgehend) der Bestimmung der Rechteinhaber entzogen sind, soweit sie mit deren Willen in Verkehr gebracht wurden. Die einzelnen Gesetze, die Immaterialgüterrechte begründen, sehen regelmäßig für spezielle Konstellationen Zwangslizenzen bzw. Kontrahierungszwänge<sup>437</sup> und Beschränkungen des Schutzes für einzelne Bereiche<sup>438</sup> vor.

**963.** Die generell-abstrakten Wertungen des Rechts des geistigen Eigentums gehen jedenfalls faktisch bislang nur in Ausnahmefällen auf die konkreten marktlichen Auswirkungen von Immaterialgüterrechten ein. Dem steht die kartellrechtliche Betrachtung des Wettbewerbs auf einzelnen konkreten Märkten und der Auswirkungen einzelner Verhaltensweisen auf diese Märkte gegenüber. Soweit der Wettbewerb durch die Ausübung oder Kombination von Schutzrechten beeinträchtigt wird, können Kartellrechtsvorschriften eingreifen.

**964.** In der ökonomischen Diskussion findet sich insoweit auf der einen Seite die Betonung der Anzeizeffekte der (durch geistiges Eigentum vermittelten) Monopolstellung: Monopolgewinne stellen einen starken Anreiz für viele Innovationen dar, von denen nur einzelne tatsächlich auch wirtschaftlich erfolgreich sein können. Auch können Innovationsanreize für Monopolisten deshalb besonders stark sein, weil diese am Besten die daraus folgenden Innovationsrenten internalisieren können.<sup>439</sup> Auf der anderen Seite der Dis-

432 Vgl. zu dem nicht unumstrittenen Begriff etwa Götting, H.-P., Der Begriff des Geistigen Eigentums, GRUR 2006, S. 353-358.

433 Bedeutsam sind insoweit bspw. im Patentrecht die mit der zwingenden Offenlegung der patentgeschützten Technologie verbundene Diffusion von Wissen, im Urheberrecht der Schutz des Persönlichkeitsrechts des Urhebers.

434 Vgl. jedoch EU-Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung vom 28. November 2013, COM (2013) 813.

435 Vgl. etwa BVerfG, Beschluss vom 14. März 2006, Az. 1 BvR 2087/03 zu deren Schutz in Verwaltungs- und Gerichtsverfahren auf Grundlage der Verfassung.

436 Insbesondere nach §§ 1, 17 ff. UWG sowie etwa in Kartellverfahren nach § 72 Abs. 2 S. 2 GWB; vgl. hierzu im internationalen Vergleich etwa de Martinis, L./Gaudino, F./Respass, T., Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market [Studie für GD Markt], Mailand 2013, S. 22 sowie 47 ff.

437 Etwa § 24 Patentgesetz, § 20 Gebrauchsmustergesetz, §§ 12 f. Sortenschutzgesetz („Zwangsnutzungsrecht“), §§ 5 Abs. 3 S. 2, 42a, 87 Abs. 5 Urheberrechtsgesetz.

438 Etwa §§ 11, 13 Patentgesetz, § 12 Gebrauchsmustergesetz, § 10a Sortenschutzgesetz, § 40 Designgesetz, §§ 44 ff., 69, 83, 87c Urheberrechtsgesetz.

439 Vgl. etwa Schumpeter, J., Capitalism, Socialism and Democracy, New York 1942 (3. A. 1976), S. 90; 131 ff. (e-Book 2003).



kussion werden diese innovationsförderlichen Monopoleffekte in Relation zu gegenläufigen Monopoleffekten gesetzt: Zum einen versprechen Innovationen Monopolisten regelmäßig nur geringen zusätzlichen Nutzen, insbesondere können dadurch keine Marktanteile hinzu erworben werden; auch unterliegt der Monopolist auf Grundlage seiner bestehenden Strukturen oftmals Pfadabhängigkeiten, die für ihn Veränderungen besonders aufwendig machen.<sup>440</sup> Zum anderen sind die Anreize der tatsächlich Handelnden zu Innovation oftmals durch Monopolstrukturen beeinträchtigt.<sup>441</sup> Insgesamt ist mittlerweile weitgehend anerkannt, dass Wettbewerbs- und Innovationsintensität in einer dynamischen Beziehung stehen, die abhängig von der genauen Marktsituation ist.<sup>442</sup>

**965.** Die wirtschaftliche Bedeutung geistigen Eigentums hat in jüngerer Zeit weltweit wie auch in Deutschland erheblich zugenommen.<sup>443</sup> So entfielen 2010 45,9 Prozent des deutschen Bruttoinlandsprodukts und 27,4 Prozent der in Deutschland Beschäftigten auf Industrien, in denen geistiges Eigentum eine überdurchschnittliche Bedeutung hat.<sup>444</sup> Die Zahlungsbilanzstatistik der Deutschen Bundesbank weist für 2013 außenhandelsbezogene Zahlungen allein für Patente und Lizenzen in Höhe von knapp EUR 40 Mrd. aus.<sup>445</sup> Einige Experten gehen sogar davon aus, dass bis zu 80 Prozent der Marktkapitalisierung börsennotierter Unternehmen auf geistige Eigentumsrechte zurückgehen.<sup>446</sup>

**966.** Immaterialgüterrechte spielen in der Entscheidungspraxis der Kartellbehörden allerdings bislang eine eher untergeordnete Rolle. Das liegt zum einen an den Besonderheiten geistigen Eigentums, welche die regelmäßig hohe Komplexität der relevanten Sachverhalte weiter erhöhen und vor dem Hintergrund der Begrenztheit der behördlichen Ressourcen Opportunitätsabwägungen beeinflussen können. Zum anderen wirkt sich hier aus, dass zum Zeitpunkt einer Beschwerde bei den Kartellbehörden regelmäßig bereits Verhandlungen und/oder Zivilprozesse zwischen den Betroffenen laufen bzw. anhängig sind, deren (absehbarer) Ausgang mitunter ein Tätigwerden der Kartellbehörden als nicht vorrangig erscheinen lässt.

Soweit die Kartellbehörden hier überhaupt Untersuchungen einleiten, finden diese fast immer einen informellen Abschluss oder werden mit Zusagenentscheidungen beendet, die nur geringe Ausstrahlungswirkung auf verwandte Sachverhalte haben.<sup>447</sup> Auf Grundlage einer Tendenz der Unternehmen, sich in Konfliktfällen um Immaterialgüterrechte einvernehmlich zu einigen, sind auch vergleichsweise wenig gerichtliche Entscheidungen zu verzeichnen, in denen Kartellrecht im Bereich des geistigen Eigentums angewendet wird. Eine positive Ausnahme an Transparenz stellen insoweit Vergleichsverträge im Bereich pharmazeutischer Patente dar, deren Monitoring die Europäische Kommission auch im Berichtszeitraum fortgesetzt hat.<sup>448</sup>

440 Vgl. etwa Arrow, K., Economic Welfare and the Allocation of Resources for Inventions, in: Nelson, R. (Hrsg.), *The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors*, Princeton 1962.

441 Vgl. etwa Hart, O., *The Market Mechanism as an Incentive Scheme*, *Bell Journal of Economics*, 1983, S. 366 ff.

442 Vgl. etwa Aghion, P. u.a., *Competition and Innovation: an Inverted-U Relationship*, *The Quarterly Journal of Economics* 2005, S. 701 ff.; Aghion, P., u.a., *The Causal Effects of Competition on Innovation: Experimental Evidence*, NBER Working Paper No. 19987, März 2014 sowie im Überblick etwa Scotchmer, S., *Innovation and Incentives*, Cambridge 2004, S. 97 ff. und Moser, S., *Patents and Innovation: Evidence from Economic History*, *Journal of Economic Perspectives* 2013, S. 23 ff.

443 Vgl. etwa OECD, *Supporting Investment in Knowledge Capital, Growth and Innovation*, Paris 2013, S. 179 ff.; für den Anstieg der Zahl von Patenten WIPO, *World Intellectual Property Indicators*, Genf 2013, S. 46. Während genaue Messungen hier schwierig sind, besteht doch über die Tendenz Einigkeit, vgl. für einen Überblick etwa Blind, K. u.a., *Die volkswirtschaftliche Bedeutung geistigen Eigentums und dessen Schutzes mit Fokus auf den Mittelstand – Endbericht*, Berlin 2009, S. 14 ff.

444 Europäisches Patentamt/Europäisches Markenamt, *Intellectual property rights intensive industries: contribution to economic performance and employment in the European Union*, o. A. 2013, S. 83.

445 Vgl. Deutsche Bundesbank, *Zahlungsbilanzstatistik*, März 2014, S. 1.

446 So für die Werte des S&P 500 etwa Gurry, F., *Re-Thinking the Role of Intellectual Property*, 22. August 2013, <http://www.wipo.int/about-wipo/en/dgo/speeches/>, Abruf am 17. Juni 2014.

447 Diese Praxis der Kartellbehörden ist in Bereichen, in denen die genaue Reichweite des Kartellrechts noch wenig geklärt ist, durchaus problematisch, vgl. zuletzt Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 430.

448 EU-Kommission (Generaldirektion Wettbewerb), *4th Report on the Monitoring of Patent Settlements*, Brüssel, 9.

**967.** Auf europäischer Ebene waren insbesondere im Berichtszeitraum eine Reihe von Verfahren zu verzeichnen, denen die kartellrechtlichen Grenzen der Ausübung geistiger Eigentumsrechte zugrunde lagen. Herausgehoben werden hier insoweit drei Verfahren im Bereich von Finanzinformationen untersucht. Daneben machen die deutsche und die europäische Rechtsprechung, Sekundärrechtsakte bzw. Leitlinien sowie Entscheidungen der Europäischen Kommission eine Reihe von recht weitgehenden Vorgaben in Bezug auf die Reichweite des Kartellverbots bei Verträgen mit Immaterialgüterrechtsbezug und der Ausübung derartiger geistiger Eigentumsrechte. Das 2014 novellierte Technologietransfer-Regime wird im folgenden Abschnitt gewürdigt. Zusätzlich erscheinen aktuelle Tendenzen einer Europäisierung audiovisueller Leistungsschutzrechte von besonderer Bedeutung. Im Gegensatz zu dieser breit gefächerten Tätigkeit vor allem auf europäischer Ebene hatte im Berichtszeitraum keine Entscheidung des Bundeskartellamtes im Kern die Anwendung des Kartellrechts auf geistige Eigentumsrechte zum Gegenstand,<sup>449</sup> was auch daran lag, dass die relevanten Sachverhalte vielfach mindestens europäische Dimensionen aufwiesen.

### 7.1.1 Grundlegende Elemente der Anwendung des Kartellrechts im Bereich des geistigen Eigentums

**968.** Zentral ist im Bereich des geistigen Eigentums das kartellrechtliche Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung aus Art. 102 AEUV, § 19 GWB, das die unilaterale Ausübung wirtschaftlicher Machtpositionen einhegt. Dabei gilt es zu beachten, dass ein Immaterialgüterrecht i. d. R. zwar ein rechtliches „Monopol“ an der Nutzung der geschützten geistigen Schöpfung verleiht. Der relevante Markt im kartellrechtlichen Sinne umfasst jedoch alle konkreten Substitutionsmöglichkeiten aus Nachfragersicht, sodass Immaterialgüterrechte nur ausnahmsweise eine marktbeherrschende Stellung i. S. d. Art. 102 AEUV, § 18 GWB vermitteln, und nur dann, wenn zu der geschützten Schöpfung keine (gleichwertige) funktionale Alternative besteht.

**969.** Daneben folgt aus dem Kartellverbot der Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB auch im Bereich der Immaterialgüterrechte das grundsätzliche Verbot wettbewerbsbeschränkender abgestimmter Verhaltensweisen und Vereinbarungen. Derartige Vereinbarungen können bei Erfüllung der Voraussetzungen der Art. 101 Abs. 3 AEUV, § 2 Abs. 1 GWB freigestellt sein; daneben sehen insbesondere die Horizontalleitlinien<sup>450</sup> sowie die Technologietransfer-Gruppenfreistellungsverordnung<sup>451</sup> und die entsprechenden Leitlinien<sup>452</sup> der Europäischen Kommission Freistellungen für bestimmte Vereinbarungen im Bereich der Immaterialgüterrechte vor.

**970.** Die Übertragung geistigen Eigentums kann von der Fusionskontrolle erfasst sein. Soweit die betroffenen Immaterialgüterrechte jedoch nicht als Teil eines Unternehmens, sondern selbständig erworben werden, ist erforderlich, dass mit diesen eine (tatsächliche) Marktposition übergeht. Typischerweise wird in derartigen Fällen für eine Fusionskontrollpflichtigkeit gefordert, dass mit den Immaterialgüterrechten eine aktuelle Marktpräsenz mit aktuellen Umsätzen übertragen wird.<sup>453</sup> Das kann auch dann der Fall sein, wenn

Dezember 2013.

449 Vgl. jedoch die Entscheidungen um die Zentralvermarktung der Bundesliga-Übertragungsrechte (BKartA, Beschluss vom 12. Januar 2012, B6-114/10, dazu bereits Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 541 ff.) und um den unternehmensübergreifenden Aufbau von Internet-Videoplattformen (hierzu unten Tz. 1054.). Weitere (informelle) Verfahren wurden mangels Feststellbarkeit einer marktbeherrschenden Stellung und mangels Substanziierung vorgebrachter Beschwerden eingestellt.

450 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. EU C 11 vom 14. Januar 2011, S. 1.

451 Verordnung (EU) Nr. 316/2014 vom 21. März 2014 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. EU L 93 vom 28. März 2014, S. 17.

452 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. EU C 89 vom 28. März 2014, S. 3.

453 Vgl. etwa EU-Kommission, Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EU C 43

lediglich Patente ohne Produktionsstrukturen übertragen werden.<sup>454</sup> Die mit der Voraussetzung aktueller Umsätze auf Grundlage einer aktuellen Marktposition verbundene statische Betrachtung trägt zwar der Funktion der Fusionskontrolle als Strukturkontrolle Rechnung. In besonderen Fällen, insbesondere in dynamischen Märkten, bei neuen Technologien oder schon entsprechender Vorprägung der betroffenen Märkte,<sup>455</sup> muss jedoch auch dem (überwiegend wahrscheinlichen) Marktpotenzial der betroffenen Immaterialgüterrechte Rechnung getragen werden.<sup>456</sup> Denn eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs kann auch von der Übernahme einer (hinreichend konkreten)<sup>457</sup> potenziellen Wettbewerbsposition ausgehen.

**971.** Das Kartellrecht versucht, die Entstehung und den Missbrauch von Marktmacht einzudämmen und den Wettbewerb bzw. den Verbrauchernutzen zu schützen. Immaterialgüterrechte verleihen dagegen (zeitweilige) Ausschließlichkeitsrechte, die mitunter Macht jedenfalls über einzelne Marktsegmente implizieren können. Diese auf den ersten Blick inkompatiblen Mittel zur Verfolgung der gesetzlichen Zwecke sind insoweit deckungsgleich, als durch Immaterialgüterrechte zentral der Wettbewerb auf der Innovationsebene gefördert werden soll.<sup>458</sup> Die Ebenen der Produktion und des Konsums hingegen werden dabei vor allem als Ursprünge der für die Anreize zu geistigen Schöpfungen notwendigen Innovationsrenten betrachtet. Das Recht des geistigen Eigentums ist also wesentlich auf eine bestimmte Facette der Innovationseffizienz fokussiert.<sup>459</sup>

**972.** Innerhalb der Innovationseffizienz ist zu unterscheiden zwischen primärer und sekundärer Innovation, wobei Letztere auf ersterer aufbaut („Follow-on-Innovation“). Das Recht des geistigen Eigentums schützt vornehmlich die primäre Innovation, während für die sekundäre Innovation ganz überwiegend lediglich einzelne Ausnahmen vorgesehen sind. Die Innovationseffizienz ist einbegriffen in der dynamischen Effizienz, die neben der produktiven und allokativen Effizienz vom kartellrechtlichen Effizienzbegriff umfasst wird. Insoweit lässt sich festhalten, dass die Schutzzwecke des geistigen Eigentums und des Kartellrechts zwar teilweise deckungsgleich sind. Das Kartellrecht hat jedoch auf Grundlage seiner gesamtwirtschaftlichen Perspektive und seiner Berücksichtigung der Besonderheiten der konkreten (Markt-)Situation einen breiteren Zielkatalog. Daneben ist dem Kartellrecht durch seinen Fokus auf den intrinsisch dynamischen Wettbewerb und die zunehmend ökonomische Einzelfallbetrachtung eine dynamische Perspektive zu eigen, während durch das Recht des geistigen Eigentums in erster Linie Immaterialgüterrechte als solche geschützt werden. Dennoch ist zunehmend anerkannt, dass zwischen beiden Regelungsmaterien eine prinzipielle Konkordanz oder jedenfalls Komplementarität besteht.<sup>460</sup>

---

vom 21. Februar 2009, S. 9; BGH, Beschluss vom 11. Oktober 2006, KVR 32/05 – National Geographic I.

454 Vgl. etwa die Kontrolle des Erwerbs der Novell-Patente durch das Gemeinschaftsunternehmen CPTN im Jahr 2011, vgl. hierzu Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 730 ff. Vgl. allerdings auch EU-Kommission, Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EU C 43 vom 21. Februar 2009.

455 Vgl. anschaulich etwa EU-Kommission, Entscheidung vom 19. Mai 2006, COMP/M.3998 – Axalto / Gemplus, Rn. 58 ff., 64, 83 ff.

456 Vgl. etwa Régibeau, P./Rockett, K., Assessment of Potential Anticompetitive Conduct in the Field of Intellectual Property Rights and Assessment of the Interplay between Competition Policy and IPR Protection, Brüssel 2011, S. 77 ff.

457 Vgl. zu dieser Frage unter dem Marktbeherrschungskriterium BGH, Beschluss vom 19. Juni 2012, KVR 15/11 – Haller Tagblatt.

458 Vgl. hierzu etwa Machlup, F., An Economic Review of the Patent System, Washington 1958; Arrow, K., Economic Welfare and the Allocation of Resources for Inventions, a. a. O.; Weizsäcker, C., Barriers to Entry, Berlin 1980, insbes. S. 22 ff.; Scotchmer, S., Innovation and Incentives, a. a. O., insbes. S. 31 ff.

459 Vgl. statt vieler Engel, C., Geistiges Eigentum als Anreiz zur Innovation – Die Grenzen des Arguments, in: ders., Harhoff, D., Geistiges Eigentum und Innovation, Berlin 2008, S. 43, m. w. N.; auch online verfügbar als Preprint 2007/4b des Max-Planck-Instituts für Gemeinschaftsgüter, Bonn.

460 Vgl. etwa Heinemann, A., Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, Tübingen 2002, S. 623 ff.; Harhoff, D., Innovationen und Wettbewerbspolitik, in: Monopolkommission, Zukunftsperspektiven der Wettbewerbspolitik, Baden-Baden 2005, S. 73; Hovenkamp, H., The Intellectual Property-Antitrust Interface, U Iowa Legal Studies Research Paper No. 08-46, 2008. Vgl. auch die Beiträge in Oberender, P. (Hrsg.), Wettbewerb und geistiges Eigentum, Berlin 2007, sowie Carrier, M., Innovation for the 21st Century, Oxford 2009, S. 71 ff., 87 ff.

**973.** Bei der Herstellung des bisweilen erforderlichen praktischen Ausgleichs zwischen kartell- und immaterialgüterrechtlichen Erwägungen<sup>461</sup> mag mitunter als entscheidend erscheinen, dass sich genauer Inhalt und Reichweite des geistigen Eigentums noch weniger als bei physischem Eigentum aus diesem selbst heraus bestimmen lassen. Immaterialgüterrechte als Eigentumsrechte sind im Grunde immer rechtspolitische Schöpfungen.<sup>462</sup> So wurde etwa zuletzt in Deutschland gegen erheblichen wissenschaftlichen, politischen und praktischen Widerstand<sup>463</sup> 2013 ein spezielles Leistungsschutzrecht für Presseverleger eingeführt,<sup>464</sup> um diese an den Umsätzen Dritter teilhaben zu lassen, die auch auf den Inhalten der Presseverleger aufbauen. Um die indirekten Folgen der – technisch ohnehin bereits vorher problemlos möglichen –<sup>465</sup> Nutzungseinschränkungen für die Rechteinhaber zu kompensieren, kann kartellbehördliches Eingreifen erforderlich sein, etwa wenn Suchmaschinenbetreiber Angebote allein deshalb als weniger relevant einstufen, weil diese nicht frei zugänglich sind.<sup>466</sup> Soweit aus Sicht der Verbraucher die freie Zugänglichkeit von Angeboten tatsächlich ein relevantes Merkmal für die Anordnung der Suchergebnisse ist, besteht allerdings die Gefahr, dass durch entsprechende Behördenentscheidungen der Wettbewerb auf Kosten der Verbraucherinteressen geschützt wird.

**974.** Das Kartellrecht bewirkt durch die Einschränkung der Ausübung von Immaterialgüterrechten eine Verdünnung dieser Eigentumsrechte:<sup>467</sup> Die Freiheit der Inhaber von Immaterialgüterrechten, die vom Recht des geistigen Eigentums grundsätzlich vorgesehenen Ausschließungsrechte in vollem Umfang geltend zu machen, wird begrenzt. Mit der kartellrechtlichen Einschränkung von Immaterialgüterrechten sind typischerweise im Einzelfall Kosten verbunden, insbesondere ein Verlust an Rechtssicherheit und die negativen Anreizeffekte eines Eingriffs hinsichtlich der primären Innovation. Diesen Kosten steht jedoch immer auch nicht unerheblicher Nutzen gegenüber: Zu nennen sind hier vor allem die Einzelfallgerechtigkeit bzw. -effizienz, die typischerweise vermiedenen Transaktionskosten sowie positive Anreizeffekte hinsichtlich sekundärer Innovationen. Zudem führt die Kartellrechtsanwendung im Bereich des geistigen Eigentums regelmäßig zu Lerneffekten für beide Rechtsgebiete, die nicht selten am Anfang eines dialektischen Lernprozesses stehen.<sup>468</sup> Die im singulären Eingriffsfall notwendigen Regulierungs- bzw. Verfahrenskosten stellen allerdings eine gewissermaßen natürliche Schwelle für die Anwendung des Kartellrechts im Einzelfall dar.

461 Vgl. etwa Drexl, J., Is there a 'more economic approach' to intellectual property and competition law?, in: ders., Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, Cheltenham 2008, S. 27.

462 Vgl. etwa für das Patentrecht Kurz, P., Weltgeschichte des Erfindungsschutzes, Köln u.a. 2000, für das Urheberrecht [http://de.wikipedia.org/wiki/Geschichte\\_des\\_Urheberrechts](http://de.wikipedia.org/wiki/Geschichte_des_Urheberrechts), Abruf am 17. Juni 2014. Erhellend im Internationalen Vergleich auch Wadle, E., Entwicklungsschritte des geistigen Eigentums in Frankreich und Deutschland. Eine vergleichende Studie, in: Siegrist, H./Sugarman, D., (Hrsg.), Eigentum im internationalen Vergleich: (18.-20. Jahrhundert), Göttingen 2000, S. 245; Fisher, W., Geistiges Eigentum – ein ausufernder Rechtsbereich. Die Geschichte des Ideenschutzes in den Vereinigten Staaten, in: Siegrist, H./Sugarman, D., (Hg.), a. a. O., S. 265.

463 Vgl. stellvertretend etwa Max-Planck-Institut für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf für eine Ergänzung des Urheberrechtsgesetzes durch ein Leistungsschutzrecht für Verleger, München 2012; Junge Union, Jusos, Grüne Jugend, Junge Liberale und Junge Piraten, Wir lehnen die Einführung eines Leistungsschutzrechts für Presseverlage ab, Gemeinsame Erklärung vom 29. November 2012; Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins (Ausschuss Geistiges Eigentum) zum Entwurf eines Siebenten Gesetzes zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes (BT-Drs. 17/11470), Stellungnahme Nr.: 4/2013, Berlin, 2013. Vgl. im Überblick etwa Gensing, P., Breaking news: Alles bleibt beim Alten, Tagesschau online, 1. August 2013.

464 §§ 87f ff. UrhG, eingeführt durch das Achte Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes, BGBl. I, S. 1161 vom 14. Mai 2013.

465 Vgl. etwa [http://de.wikipedia.org/wiki/Robots\\_Exclusion\\_Standard](http://de.wikipedia.org/wiki/Robots_Exclusion_Standard), Abruf am 17. Juni 2014.

466 EU-Kommission, Commission seeks feedback on commitments offered by Google to address competition concerns – questions and answers, MEMO/13/383 vom 25. April 2014.

467 Vgl. etwa FTC, The Evolving IP Marketplace – Aligning Patent Notice and Remedies with Competition, Washington 2011, S. 31 ff., 49 ff. Vgl. zu den Grundlagen etwa Eggertsson, T., Economic behavior and institutions, Cambridge 1990, S. 83 ff.; Lemley, M., Property, Intellectual Property, and Free Riding, Texas Law Review 2005, S. 1031; Mossoff, A., The False Promise of the Right to Exclude, Econ Journal Watch 2011, S. 255.

468 Anschaulich etwa Wu, T., Intellectual Property Experimentalism by Way of Competition Law, Competition Policy International 2013, S. 30.

**975.** Eine etablierte bzw. höchstgerichtliche kartellrechtliche Rechtsprechung kann jedoch für die erfassten Konstellationen dauerhaft Ineffizienzen des Immaterialgüterrechts begegnen, indem Unsicherheits- und Transaktionskosten minimiert und Erwartungswerte maximiert werden. Darüber hinaus kann das Kartellrecht, abhängig von der Überzeugungskraft seiner Wertungen, mittelfristig auf eine stärkere Ausdifferenzierung des Immaterialgüterrechts selbst und dessen immanente Beschränkungen hinwirken. Entsprechende Diffusion von im kartellrechtlichen Bereich gewonnenen Einsichten ist bereits heute teilweise in den sachlich bedingten Reformen bzw. Reformbestrebungen in unterschiedlichen Bereichen des Rechts des geistigen Eigentums zu beobachten. Die im Kern politische Natur und damit die Wandlungs- und Anpassungsfähigkeit von Immaterialgüterrechten manifestiert sich regelmäßig auch insoweit.<sup>469</sup> Besonders fruchtbar erscheint die Begegnung beider Rechtsgebiete im internationalen Vergleich, wenn die jeweils zuständigen Institutionen ihre fachliche Abgeschlossenheit überwinden und in einen konstruktiven Dialog miteinander treten.<sup>470</sup>

**976.** Aktuell sind insbesondere Patente, Urheberrechte und Marken<sup>471</sup> von besonderer Bedeutung in der Kartellrechtsanwendung. Während Patente und Marken Immaterialgüterrechte im gewerblichen Bereich schützen, liegen dem Urheberrecht und verwandten Schutzrechten im Kern ideelle Schöpfungen zugrunde, die überwiegend auch Ausdruck des Persönlichkeitsrechts sind. Das Kartellrecht hegt diese Rechte im Kontext konkreter marktlicher Beziehungen ein. Dabei ist bereits an dieser Stelle zu betonen, dass das Kartellrecht kaum jemals den Bestand, sondern regelmäßig nur die Reichweite der Ausübung geistigen Eigentums einschränkt. Entsprechend der Zielsetzung des Kartellrechts bezwecken die im Folgenden untersuchten Verfahren und Entscheidungen vor allem die Offenhaltung von Märkten und die Ermöglichung von Interoperabilität von Produkten verschiedener Hersteller. Vor dem Hintergrund des meist bestenfalls stark eingeschränkten Überblicks der Kartellbehörden über die in den Märkten herrschenden Vertragspraktiken ist die Rechtsgemeinschaft dabei vielfach auf die Ausstrahlungswirkung der wenigen gerichtlichen und behördlichen Entscheidungen in diesem Bereich sowie auf die spontane Befolgung von Primär- und Sekundärrecht durch die Marktteilnehmer angewiesen.

### 7.1.2 Zugang zu standardessenziellen Patenten (SEP)

**977.** Ein Patent sichert dem Patentinhaber grundsätzlich die alleinige Befugnis, die patentierte Erfindung (im Rahmen des geltenden Rechts) zu nutzen. Standardessenziell werden Patente durch Einbeziehung in faktische oder durch Standardsetzung festgelegte technische Standards (De-facto- bzw. De-jure-Standards), wenn sie zur technischen Implementierung eines Standards, also zur Produktion standardkompatibler Produkte, unverzichtbar, also ohne faktische Alternative, sind. Vor dem Hintergrund zunehmender technischer Komplexität hat die Bedeutung von SEP und damit das Potenzial und die Anreize zu missbräuchlichem Verhalten tendenziell zugenommen. Entscheidend für die wettbewerbliche Beurteilung ist dabei, dass die sich aus der Einbeziehung einer Patentlehre in einen Standard ergebende Marktposition des Patentinhabers nicht am Markt, sondern durch die Standardisierungsvereinbarung erworben wurde. Insoweit kommt bei wettbewerbsbehinderndem Verhalten des Inhabers von SEP neben einem Missbrauch nach Art. 102 AEUV, § 19 GWB auch ein Kartellverstoß nach Art. 101 AEUV, § 1 GWB in Betracht.

---

<sup>469</sup> Vgl. etwa aus dem Patentrecht Wissenschaftlicher Beirat beim BMWi, Patentschutz und Innovation, Berlin 2007, S. 14 ff.; EPO Economic and Scientific Advisory Board, Recommendations for improving the patent system, München 2013, S. 5; mit Bezug auf das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte Langus, G./Neven, D./Poukens, S., Economic Analysis of the Territoriality of the Making Available Right in the EU, Studie für DG Markt, Brüssel 2014.

<sup>470</sup> Vgl. etwa OECD, Intellectual Property Rights, Best Practices Roundtable, Paris 2004; dies., Competition, Patents and Innovation, Best Practices Roundtable, Paris 2005; dies., Competition, Patents and Innovation II, Best Practices Roundtable, Paris 2009.

<sup>471</sup> Vgl. insoweit die Ausführungen zum Online-Vertrieb, Tz. 909. ff.

### 7.1.2.1 Überblick: Patente und Standards

**978.** Standards werden in der ökonomischen Theorie ambivalent gesehen.<sup>472</sup> Während mitunter durch Standards funktionsfähige Produkte erst geschaffen werden (etwa in Netzwerkmärkten) und so Wettbewerb erst entsteht, können Standards andererseits Wettbewerb auch ausschließen und zu Pfadabhängigkeiten führen („Lock-In“). Je nach genauer Ausgestaltung, Marktposition der Standardisierungsteilnehmer, verfügbaren Alternativtechnologien, mit der Standardimplementierung verbundenen Lizenzkosten usw. können Standards Marktpositionen etablierter Anbieter absichern und Folgeinnovationen verhindern oder Märkte erst schaffen oder eröffnen.

**979.** Mit der zunehmenden technischen Komplexität und fortschreitenden Arbeitsteilung ist die Bedeutung von Standards erheblich gestiegen.<sup>473</sup> Parallel ist auch die Patentlandschaft in vielen Bereichen komplexer geworden. Eine Vielzahl paralleler Patentverletzungsprozesse wird etwa aktuell weltweit im Bereich der Mobiltelefonie geführt; dieses Phänomen wird mitunter als „Patent Wars“ apostrophiert.<sup>474</sup> In diesen Prozesskaskaden, für die Deutschland eines der weltweit wichtigsten Foren darstellt,<sup>475</sup> ist regelmäßig die Anwendung des Kartellrechts von entscheidender Bedeutung. Dabei sind regelmäßig zumindest auch SEP Streitgegenstand. Insbesondere im Informations- und Kommunikationssektor sind Produkte meist abhängig von einer Vielzahl von Patenten: So waren etwa 2013 knapp 6.000 Patente als essenziell für den LTE-Standard (Long Term Evolution, Mobilfunk der vierten Generation) erklärt, von denen sich über 50 Prozent in der Hand von sechs Unternehmen befanden.<sup>476</sup>

**980.** Die Standardsetzung unterliegt insbesondere den aus dem Kartellverbot folgenden Vorgaben an Offenheit, Transparenz und Diskriminierungsfreiheit.<sup>477</sup> Die Europäische Kommission geht in ihren Horizontalleitlinien auf verschiedene Standardisierungssituationen ein, beleuchtet die Vorzüge und kartellrechtlichen Probleme in diesem Kontext und gibt umfangreiche Handreichungen zur Vermeidung von Wettbewerbsbeschränkungen im Rahmen von Standardisierungsprozessen.<sup>478</sup> In diesem Rahmen weist sie auf vier Voraussetzungen hin, deren Erfüllung einen Verstoß gegen das Kartellverbot im Rahmen einer Standardsetzung, bei der Gefahr besteht, dass sie Marktmacht vermittelt, unwahrscheinlich machen (insoweit lässt sich auch untechnisch von Safe Harbour sprechen): Danach muss (i) die uneingeschränkte Möglichkeit einer

472 Vgl. etwa Katz, M./Shapiro, C., Systems Competition and Network Effects, *Journal of Economic Perspectives*, 1994, S. 93; Blind, K., *The Economics of Standards*, Cheltenham 2004; Layne-Farrar, A./Llobet, G./Padilla, J., Payments and Participation: The Incentives to Join Cooperative Standard Setting Efforts. *Journal of Economics & Management Strategy*; Layne-Farrar, A./Llobet, G./Padilla, J., Payments and Participation: The Incentives to Join Cooperative Standard Setting Efforts. *Journal of Economics & Management Strategy*, 2014, S. 24; Cabral, L./Salant, D., Evolving technologies and standards regulation, *International Journal of Industrial Organization*, doi: 10.1016/j.ijindorg.2013.07.006.

473 Vgl. etwa Blind, K. u. a., *Deutsches Normungspanel 2013 – Indikatorenbericht zur Bedeutung von Normen und Standards sowie Normungsaktivitäten deutscher Unternehmen*, Berlin 2013.

474 Vgl. etwa die Analyse bei Fröhlich, M., *The smartphone patent wars saga: availability of injunctive relief for standard essential patents*, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2014, S. 156 ff.; anschaulich auch die (unvollständige) Liste unter [http://en.wikipedia.org/wiki/Smartphone\\_patent\\_wars](http://en.wikipedia.org/wiki/Smartphone_patent_wars), Abruf am 14. Juni 2014.

475 Nur ein Bruchteil der relevanten Urteile ist veröffentlicht, vgl. etwa aus dem Berichtszeitraum OLG Karlsruhe, Beschluss vom 19. Februar 2014, 6 U 162/13; LG Düsseldorf, Urteile vom 12. Dezember 2013, 4b O 87/12 und 4b O 88/12; BGH, Urteile vom 11. April 2013, I ZR 151/11 bis 153/11; OLG Düsseldorf, Urteil vom 04. April 2013, I-2 U 72/11, 2 U 72/11; LG Düsseldorf, Urteil vom 11. Dezember 2012, 4a O 54/12; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 13. Juni 2012, 6 U 136/11; LG Düsseldorf, Urteile vom 24. April 2012, 4b O 273/10 und 4b O 274/10; BGH, Urteil vom 27. März 2012, KZR 108/10; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 27. Februar 2012, 6 U 136/11; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 23. Januar 2012, 6 U 136/11.

476 Vgl. die aktuelle Aufstellung unter [http://www.etsi.org/deliver/etsi\\_sr/000300\\_000399/000314](http://www.etsi.org/deliver/etsi_sr/000300_000399/000314), Abruf am 14. Juni 2014; dazu etwa die Analyse bei Cyber Creative Institute, *Evaluation of LTE essential patents declared to ETSI*, o. A. 2013.

477 Vgl. EuG, Urteil vom 12. Mai 2010, T-432/05 – EMC Development, Tz. 67 ff.

478 EU-Kommission, *Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit*, ABl. EU C 11 vom 14. Januar 2011, S. 1, Tz. 257 ff.

Mitwirkung am Normungsprozess gegeben und (ii) das Verfahren für die Annahme der betreffenden Norm transparent sein, die Standardsetzung darf (iii) keine Verpflichtung zur Einhaltung der Norm enthalten und Dritten muss (iv) der Zugang zu der Norm zu fairen, zumutbaren und diskriminierungsfreien Bedingungen (kurz FRAND, vom englischen Fair, Reasonable, Non-Discriminatory)<sup>479</sup> möglich sein.<sup>480</sup>

**981.** Während die Europäische Kommission in diesem Bereich eine Reihe von Verfahren geführt hat, hat das Bundeskartellamt insoweit vor allem Vorermittlungen geführt. Das liegt zum einen daran, dass die meisten Probleme in diesem Bereich eine europäische Dimension aufweisen. Zum anderen sind hier vor allem eine Vielzahl von Entscheidungen der Zivilgerichte als Patentverletzungsgerichte ergangen und ergehen weiterhin; das Bundeskartellamt hat sich bislang nicht zuletzt aus Opportunitätsgründen auch einer Rolle als *amicus curiae* im Rahmen von § 90 Abs. 2 GWB enthalten.

**982.** Sind Patente in Standardspezifikationen integriert, stellt sich insbesondere die Frage, ob der Patentinhaber entsprechend den allgemeinen Regeln mutmaßlichen Patentverletzern, die standardkonforme Produkte herstellen, die Nutzung des Patents rundweg verbieten darf.<sup>481</sup> Denn die vom Patentrecht grundsätzlich vorgesehene Möglichkeit des Patentinhabers, Dritte nach Belieben und bedingungslos von der Nutzung des Patents auszuschließen (§ 139 Abs. 1 PatG), wirkt in Bezug auf SEP weit über die Reichweite des einzelnen Patents hinaus.<sup>482</sup> So können derartige Verbote (in Form von Anträgen auf Unterlassungsverfügungen bei den zuständigen Gerichten) Wettbewerber erheblich behindern und jeglichen Wettbewerb ausschließen.

### 7.1.2.2 Vorreiterfunktion des BGH: Der Orange Book-Standard und dessen Weiterentwicklung

**983.** In der deutschen Rechtsprechung ist seit Längerem anerkannt, dass Inhaber von standardessenziellen Schutzrechten aus dem Gesichtspunkt des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots heraus verpflichtet sind, Herstellern standardkonformer Produkte unter bestimmten Umständen, insbesondere gegen Zahlung einer angemessenen Lizenzgebühr, eine Lizenz einzuräumen.<sup>483</sup> Danach stellt die Durchsetzung des patentrechtlichen Unterlassungsanspruchs den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung dar, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen mit der Weigerung, einen ihm angebotenen Patentlizenzvertrag abzuschließen, das um die Lizenz nachsuchende Unternehmen diskriminiert oder unbillig behindert. Die Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs des Patentinhabers ist diesem aus dem Rechtsgedanken des Verbots widersprüchlichen Verhaltens versagt, wenn darin ein Missbrauch läge.

**984.** Der BGH hat (für die Konstellation eines De-facto-Standards, doch ohne expliziten Bezug auf diesen) 2009 in der Entscheidung um den CD-R/RW-Standard „Orange Book“ Kriterien aufgestellt,<sup>484</sup> bei deren Erfüllung ein mutmaßlicher Patentverletzer, der das Patent eines insoweit marktbeherrschenden Unternehmens implementiert, dem Unterlassungsbegehren des Patentinhabers einen auf § 19 Abs. 1, 2 Nr. 1 (§ 20 Abs. 1 a.F.) GWB gestützten Zwangslizenzeinwand entgegenhalten kann:

479 Dabei wird insbesondere im angelsächsischen Sprachraum mitunter unter Verzicht auf das „fair“ lediglich von RAND Erklärungen gesprochen, ohne dass damit ein inhaltlicher Unterschied verbunden wäre.

480 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, a. a. O., Tz. 277 ff.

481 Zu einer Übersicht über dieses Problem und verwandte Probleme im Bereich von Patenten und Standards etwa Blind, K. u.a., Study on the Interplay between Standards and Intellectual Property Rights, Berlin, April 2011.

482 So weist etwa bereits Ullrich darauf hin, dass in solchen Konstellationen die Modellbedingungen des Patentschutzes nicht mehr erfüllt werden, vgl. Ullrich, H., Patente, Wettbewerb und technische Normen: Rechts- und ordnungspolitische Fragestellungen, GRUR 2007, S. 817 ff., 822.

483 Vgl. BGH, Urteil vom 13. Juli 2004, KZR 40/02 – Standardspundfass.

484 BGH, Urteil vom 6. Mai 2009 - KZR 39/06 – Orange Book, vgl. bereits Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 730 ff.

**985.** Der Lizenzsucher muss dem Patentinhaber ein unbedingtes Angebot auf Abschluss eines Lizenzvertrages gemacht haben, das der Patentinhaber nicht ablehnen darf, ohne den Lizenzsucher unbillig zu behindern oder gegen das Diskriminierungsverbot zu verstoßen, und sich an dieses Angebot gebunden halten.

**986.** Der Lizenzsucher muss, wenn er den Gegenstand des Patents bereits nutzt, bevor der Patentinhaber sein Angebot angenommen hat, diejenigen Verpflichtungen einhalten, die der abzuschließende Lizenzvertrag an die Nutzung des lizenzierten Gegenstandes knüpft. Der Lizenzsucher ist also insbesondere verpflichtet, über den Umfang seiner Nutzungshandlungen abzurechnen und für diese eine angemessene Lizenzgebühr zu entrichten bzw. deren Zahlung sicherzustellen.

Der BGH betont dabei zum einen die erforderliche Unbedingtheit des Angebots des Lizenzsuchers, das insbesondere nicht an den Ausgang des Verletzungsprozesses geknüpft werden dürfe. Zum anderen folge aus der Pflicht des Lizenzsuchers, sich bereits vor der ersten Nutzung des Patents wie ein „ordentlicher“ Lizenznehmer zu verhalten, dass von vornherein die Lizenzgebühr zu entrichten oder unter Verzicht auf das Recht zur Rücknahme zu hinterlegen sei. Die Bedeutung der danach möglichen Zwangslizenzeinrede ergibt sich neben der weitreichenden Wirkung einer regelmäßig geschäftsbeendenden Untersagungsverfügung wegen Patentverletzung auch daraus, dass angemessene Lizenzgebühren deutlich niedriger sind als der in jenem Fall geschuldete Schadenersatz.

**987.** Aus diesem Urteil wurden, in Ausfüllung der Anforderungen an einen „ordentlichen Lizenznehmer“, eine Reihe weiterer Kriterien für das Verhalten des Lizenzsuchenden abgeleitet. So soll nach einer Auffassung etwa der Lizenzsucher auf Einwendungen verzichten müssen, die er gegen den Bestand des Patentes hat; weiter soll er dem Grunde nach seine Schadenersatzpflicht für die zeitlich frühere Nutzung des Patents anzuerkennen haben.<sup>485</sup>

**988.** Die vom BGH aufgestellten Voraussetzungen des Zwangslizenzeinwands sollen nach bisheriger instanzgerichtlicher Rechtsprechung auch in Fällen gelten, in denen der Patentinhaber (etwa im Rahmen eines Standardisierungsverfahrens) eine sogenannte FRAND-Erklärung abgegeben hat, nach der jedem, der den Standard, der das betroffene Patent mit einbezieht, eine Lizenz nach „FRAND“ Bedingungen erteilt werden wird.<sup>486</sup> Derartige Erklärungen sind regelmäßig in Statuten von Standardisierungsorganisationen als Voraussetzung einer Aufnahme patentierter Technologien in Standards vorgesehen.

**989.** Vor dem Hintergrund in vielen Patentverletzungsverfahren umstrittener genauer Voraussetzungen des Zwangslizenzeinwands und insbesondere der ungeklärten Frage, welche Bedeutung einer FRAND-Erklärung des Patentinhabers insoweit zukommt, hat das LG Düsseldorf dem EuGH eine Reihe von Fragen im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV vorgelegt.<sup>487</sup>

Der EuGH wird in diesem Verfahren insbesondere zu klären haben, ob und unter welchen Voraussetzungen Patentinhaber aus einer FRAND-Erklärung schon bei bloßer Verhandlungsbereitschaft des Lizenzsuchers gehindert sind, einstweiligen Rechtsschutz geltend zu machen bzw. welche Bedingungen das Angebot oder Verhalten eines Lizenzsuchers erfüllen muss, damit dieser den Zwangslizenzeinwand geltend machen kann.

---

<sup>485</sup> Vgl. etwa OLG Karlsruhe, Beschlüsse vom 23. Januar und 27. Februar 2012, 6 U 136/11.

<sup>486</sup> Vgl. etwa LG Düsseldorf, Urteil vom 24. April 2012, 4b O 274/10; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 19. Februar 2013, 6 U 162/13.

<sup>487</sup> LG Düsseldorf, Beschluss vom 21. März 2013, 4b O 104/12. Das Verfahren ist beim EuGH unter dem Az. C-170/13 anhängig. Vgl. in diesem Kontext etwa auch Europäische Kommission, Commission sends Statement of Objections to Motorola Mobility on potential misuse of mobile phone standard-essential patents, MEMO/13/403 vom 6. Mai 2013.



990. Die Entscheidung des BGH hat auch international viel Beachtung gefunden.<sup>488</sup> Vergleichbare Diskussionen um die Reichweite der Ausschließlichkeitsrechte von SEP und um Auswirkungen von FRAND-Erklärungen finden auch in vielen anderen Jurisdiktionen, wie Australien, China, Frankreich, Korea, Japan den USA und dem Vereinigten Königreich statt. In den USA hat etwa 2013 die Wettbewerbsabteilung des Justizministeriums (DoJ) gemeinsam mit dem Patentamt USPTO eine Handreichung zum Umgang mit FRAND-behafteten SEP veröffentlicht,<sup>489</sup> während beide Kartellbehörden über eine Reihe von Entscheidungen<sup>490</sup> und öffentliche Stellungnahmen ihrer Vertreter an der Diskussion teilnehmen.

991. Parallel zu der beschriebenen Entwicklung hat die Europäische Kommission ihre Zusagenpraxis in diesem Bereich fortgesetzt. So wurden Verfahren gegen Google/Motorola und Samsung wegen des Verdachts auf missbräuchliches Verhalten mit dem Verbot beendet bzw. gegen die Zusagen eingestellt, zukünftig keine Verwendungsverbote mehr für (FRAND-behaftete) SEP durchzusetzen bzw. die Folgen eines derartigen – vor Gericht erwirkten, doch nach Auffassung der Europäischen Kommission missbräuchlichen – Verbotes zu beseitigen.<sup>491</sup> Innerhalb des von der Europäischen Kommission so geschaffenen „Safe Harbour“ genügt es für die Missbräuchlichkeit eines Verwendungsverbotes, wenn der Lizenzsucher sich grundsätzlich bereit erklärt hat, zu „FRAND“ Bedingungen einen Lizenzvertrag abzuschließen.

### 7.1.2.3 Stellungnahme der Monopolkommission

992. Die Monopolkommission begrüßt grundsätzlich die von Gerichten und Kartellbehörden durchgesetzten Einschränkungen der patentrechtlichen Ausschließlichkeitsrechte in den referierten Fällen. Die Zulassung der Zwangslizenzrede ist auch eine Konsequenz aus der Erkenntnis, dass der Patentinhaber mit der Einbringung eines Patentes in einen Standard gerade schlüssig, aber eindeutig erklärt, er wünsche die Anwendung der patentgeschützten Technologie. Die kartellrechtliche Einhegung der Ausübung von Ausschließlichkeitsrechten aus Patenten wirkt insoweit vor allem auf einen angemessenen Ausgleich der jeweiligen Verhandlungspositionen hin. Die vom BGH für die Anerkennung des Zwangslizenzinwandes geforderten Voraussetzungen erscheinen jedoch nicht unbedenklich, da sie die praktische Wirksamkeit des Kartellrechts beschneiden. Die daraus von manchen Instanzgerichten abgeleiteten, weitergehenden Voraussetzungen laufen nicht selten grundlegenden kartellrechtlichen Wertungen zuwider und verkennen mitunter weitgehend die Besonderheiten von SEP.

Die Monopolkommission weist in diesem Zusammenhang nachdrücklich auf den Plattformcharakter von SEP hin. Deren Implementierung ist – unabhängig davon, ob es sich um De-facto- oder De-jure-Standards handelt – definitionsgemäß für die Teilnahme an den betroffenen Märkten unabdingbar. Nicht nur wenn der Marktposition einzelner Patentinhaber eine Standardisierungsvereinbarung zugrunde liegt, kann grundsätzlich ein Verbot gegenüber Konkurrenzunternehmen, das SEP zu nutzen, missbräuchlich erscheinen. Eine derartige Marktverschließung ist zwar grundsätzlich im Patentrecht angelegt. Diese generelle Regel trägt jedoch der weit über die einzelne Patentlehre hinausgehenden Bedeutung von SEP nicht Rechnung.

488 Vgl. etwa die abweichenden Auffassungen in Rechtbank Den Haag, Urteil vom 17. März 2010, 316533/HA ZA 08-2522, 316535/HA ZA 08-2524 sowie bei EU-Kommission, Kommission übermittelt Samsung Mitteilung der Beschwerdepunkte wegen möglichen Patentmissbrauchs auf dem Mobiltelefonmarkt, Pressemitteilung vom 21. Dezember 2012 über die Mitteilung der Beschwerdepunkte an Samsung wegen möglichen Patentmissbrauchs auf dem Mobiltelefonmarkt, IP/12/1448.

489 DoJ/USPTO, Policy Statement on Remedies for Standards-Essential Patents Subject to Voluntary F/RAND Commitments, 8. Januar 2013.

490 Vgl. etwa FTC, Entscheidung vom 24. April 2013, Case No. 1210081, Docket No. C-4377 – Bosch/SPX; FTC, Entscheidung vom 24. Juli 2013, Case No. 1210120 – Google/Motorola; Dec. 5, 2012, Scott Morton, F., The Role of Standards in the Current Patent Wars, Redemanuskript vom 5. Dezember 2012; Wright, J., SSOs, FRAND, and Antitrust: Lessons from the Economics of Incomplete Contracts, Redemanuskript vom 12. September 2013; Hesse, R., The Art of Persuasion: Competition Advocacy at the Intersection of Antitrust and Intellectual Property, Redemanuskript vom 8. November 2013.

491 EU-Kommission, Entscheidung vom 29. April 2014, AT.39939 – Samsung; dies., Entscheidung vom 29. April 2014, AT.39986 – Motorola.

Jedenfalls solange das Patentrecht keine (wirksamen) Instrumente zur Einbeziehung derartiger Besonderheiten aufweist, sind die Gerichte, aber auch die Kartellbehörden angehalten, diesen auf kartellrechtlicher Grundlage Rechnung zu tragen.

**993.** Die Monopolkommission begrüßt vor diesem Hintergrund besonders die Vorlage des LG Düsseldorf an den EuGH. Angesichts der von den Instanzgerichten meist in Eilverfahren zu beantwortenden und nicht nur deshalb im Einzelnen ungeklärten Frage nach den genauen Voraussetzungen einer Zwangslizenzeinrede erscheint eine höchstgerichtliche Entscheidung zur Rechtsklärung und -fortbildung sinnvoll.<sup>492</sup> In der Sache hält die Monopolkommission die Auffassung der Europäischen Kommission für zutreffend. Die teilweise von deutschen Instanzgerichten für eine Zwangslizenzeinrede geforderten Voraussetzungen versuchen zwar, den Bestand des geistigen Eigentums möglichst weitgehend zu sichern. Allerdings sollte dem Lizenzsucher der Einwand der Ungültigkeit des Patentes erhalten bleiben. Denn andernfalls würde das eigentlich der Sphäre des Patentinhabers zuzurechnende Risiko einer Aufhebung des Patents dem Lizenzsucher aufgelastet. Auch die Vorgabe des BGH, der Lizenzsucher müsse die Lizenzgebühr, für deren Angemessenheit er allein das Risiko tragen soll, unter Verzicht auf eine Rücknahme hinterlegen, wirkt sich faktisch zum einen als Verschiebung eines eigentlich den Patentinhaber treffenden Risikos auf den Lizenzsucher und zum anderen als bedeutsame Machtposition des Patentinhabers aus. Vergleichbares gilt etwa für die Anerkennung von Schadenersatzansprüchen des Patentinhabers. Schließlich würde das mit dem Patent erteilte Ausschließlichkeitsrecht wettbewerbswidrig über seine Reichweite hinaus erstreckt, verwehrte man faktisch dem Lizenzsucher die Möglichkeit, das Patent anzufechten.

**994.** Wenn der Standardessenzialität eines Patents nicht die Konvergenz von Marktbewegungen oder vorbestehende Marktmacht des Patentinhabers (De-facto-Standard), sondern eine in der Tendenz wettbewerbsbeschränkende Standardisierungsvereinbarung zugrunde liegt (De-jure-Standard), wirkt sich dieser Umstand typischerweise auch auf die Anwendung des kartellrechtlichen Missbrauchsverbotes aus. Im letzteren Fall können daneben je nach Konstellation auch Beschränkungen der Ausübung von Rechten aus dem Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1, 3 AEUV bzw. §§ 1, 2 GWB folgen. Insgesamt erscheinen die kartellrechtlichen Grenzen der Ausübung solcher Patentrechte enger, was Auswirkungen sowohl auf die Durchsetzung entsprechender Ausschließlichkeitsrechte als auch auf die Höhe der Lizenzgebühr haben kann.

**995.** Soweit der Patentinhaber sich durch eine FRAND-Erklärung verpflichtet hat, jedem Lizenzsucher diskriminierungsfrei eine Lizenz zu gewähren, dürfte ein Verwendungsverbot regelmäßig nur aus besonderen Gründen infrage kommen, die in der Situation des Lizenzsuchers liegen. Jedenfalls bei FRAND-behafteten SEP erscheint bei Vorliegen einer konkreten Verhandlungsbereitschaft des Lizenzsuchers regelmäßig eine Entrichtung bzw. Hinterlegung des Lizenzentgeltes vor Nutzung des Patents verzichtbar, wenn nicht etwa die Solvenz oder Bonität des Lizenznehmers zweifelhaft sind.

**996.** Die Bestimmung der genauen „FRAND“ Lizenzgebühr ist selten einfach, da diese typischerweise von einer Vielzahl von Faktoren abhängt.<sup>493</sup> Auch stehen nicht immer (gut) vergleichbare Lizenznehmer als Vergleichsmaßstab zur Verfügung. Insbesondere wenn ein Standard verschiedene Patentfamilien integriert, wenn über Patentpools gehaltene Patente betroffen sind oder, wie in vielen Hochtechnologiemärkten der Fall, Kreuzlizenzierungsabkommen zwischen Beteiligten bestehen, kann die Ermittlung von Vergleichsentgelten eine besondere Herausforderung darstellen.<sup>494</sup> Vor diesem Hintergrund erscheint aus Sicht der

---

492 Während das LG Düsseldorf entsprechende Verfahren bis zu einer Entscheidung des EuGH weitgehend ausgesetzt hat, gelten die vom BGH aufgestellten Grundsätze weiter und werden auch weiter von den Gerichten angewendet, vgl. etwa Klos, M., Trotz Vorlage an EuGH: Patentgerichte in Mannheim und Karlsruhe urteilen über SEP, Juve online, 12. März 2014.

493 In besonderen Fällen kann sich aus dem Diskriminierungsverbot auch eine Freilizenz ergeben, vgl. etwa BGH, Urteil vom 13. Juli 2004, KZR 40/02 – Standardspundfass.

494 Vgl. etwa Baumol, W./Swanson, D., Reasonable and Non-Discriminatory (RAND) Royalties, Standards Selection, and Control of Market Power, *Antitrust Law Journal* 2005, S. 1; Layne-Farrar, A./Padilla, J./Schmalensee, R., Pricing Patents for Licensing in Standard-Setting Organizations: Making Sense of FRAND Commitments, Anti-

Monopolkommission eine an der Lösung des BGH und an § 315 BGB angelehnte, abgestufte Verhandlungslösung geeignet, diesen Schwierigkeiten prozedural zu begegnen. Danach obläge dem Patentinhaber, ein erstes Angebot zu machen. In einem zweiten Schritt kann der Lizenzsucher dieses auf seine Diskriminierungsfreiheit überprüfen und gegebenenfalls ein Gegenangebot abgeben. Erst wenn keine Einigung möglich ist, käme in einem dritten Schritt dann eine (schieds-)gerichtliche Überprüfung in Betracht.<sup>495</sup>

**997.** Aktuell sehen die Mehrzahl der Standardisierungsorganisationen (Standard-Setting Organisations, SSO) zumindest eine Verpflichtung für Teilnehmer an Standardisierungsverfahren vor, in den Standard eingebrachte Patente zu „FRAND“ Bedingungen zu lizensieren. Weitergehend werden teilweise überhaupt keine lizenzpflichtigen Technologien in Standards aufgenommen, etwa nach den Standardisierungsstatuten der Internet-SSO World Wide Web Consortium (W3C). In Bezug auf manche Technologien mag eine derartige „offene Standardsetzung“ möglicherweise nicht zielführend und die Einbeziehung von lizenzpflichtigen Patenten in Standards mitunter unverzichtbar sein. Insoweit erscheint jedoch eine echte Transparenz der damit verbundenen Lizenzkosten im Zeitpunkt der Standardisierungsentscheidung im Interesse einer sachgerechten Entscheidung notwendig. Darüber hinaus würde eine Transparenz der standardbezogenen Zahlungsflüsse zwischen den verschiedenen beteiligten Patentinhabern und den standardimplementierenden Unternehmen, die keine oder nur wenige Patente einbringen (können), eine Entscheidung der einzelnen Unternehmen für oder gegen die Implementierung eines Standards erleichtern. Dadurch würden auch die Probleme der Bestimmung von „FRAND“ Lizenzgebühren zumindest erheblich vermindert.<sup>496</sup>

#### 7.1.2.4 Ausblick: Lösungsansätze jenseits des Wettbewerbsrechts

**998.** Zwar sollte eine konsequente Anwendung und Durchsetzung kartellrechtlicher Vorgaben für Standardisierungsprozesse und für die Ausübung geistiger Eigentumsrechte bereits einen nicht unerheblichen Teil der in diesem Zusammenhang zu beobachtenden Schwierigkeiten lösen können. Allerdings dürfen daneben die über die unmittelbare Anwendung des Kartellrechts hinausgehenden Möglichkeiten, volkswirtschaftliche Effizienz an der Schnittstelle von geistigem Eigentum und Standards zu fördern, nicht außer Acht gelassen werden. So sollte eine Steigerung der Transparenz in diesen Bereichen auch durch eine verbesserte Verfüg- und Nutzbarkeit von relevanten Informationen seitens relevanter SSO und der Patentbehörden für Dritte verfolgt werden. Es erscheint aus Sicht der Monopolkommission etwa nicht unproblematisch, dass bislang viele Standards bzw. deren Dokumentationen nur gegen Entgelt einsehbar sind.<sup>497</sup> Insoweit waren und sind auch bereits eine Reihe von Initiativen auf unterschiedlichen Ebenen zu beobachten, deren konsequente Weiterentwicklung dringend erforderlich erscheint.<sup>498</sup>

---

trust Law Journal 2007, S. 671. Anschaulich auch *Microsoft Corp v. Motorola, Inc.*, C10-1823JLR, 2013 WL 2111217 (W.D. Wash.), 25. April 2013; *In re Innovatio IP Ventures, LLC Patent Litigation*, 1-11-cv-09308 (ILND), 27. September 2013. Vgl. im Überblick Führer, A., Final Report from the Expert Group on Intellectual Property Valuation, Brüssel 2013, insbes. S. 46 ff.

495 Vgl. zum vergleichbaren Problem der Entgeltbestimmung für die Gewährung von Zugang zu einer wesentlichen Einrichtung Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 582 ff., 592 f.

496 Vgl. etwa auch die Schlussfolgerungen bei ECORYS und TU/e, Patents and Standards – A modern framework for IPR-based standardization Studie für die Europäische Kommission, Brüssel, 2014, insbesondere S. 133 ff.

497 Paradox insoweit etwa DIN 820-1:2009-05 (Normungsarbeit - Teil 1: Grundsätze): „Normen sollten sich nicht auf Gegenstände erstrecken, auf denen Schutzrechte ruhen.“, ersetzt durch DIN 820-1:2014-06. Diese Normen sind nur gegen Zahlung von mittleren zweistelligen Eurobeträgen einsehbar. Soweit damit eine notwendige Wertungskette geschützt werden soll, sind auch mildere Mittel wie nicht ausdrückbare Dokumente vorstellbar. Vor diesem Hintergrund erscheint auch bereits ein Verstoß aktueller Praxis gegen kartellrechtliche Grundsätze nicht fernliegend.

498 Vgl. beispielhaft die Verordnung (EU) Nr. 1025/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 zur europäischen Normung, zur Änderung der Richtlinien 89/686/EWG und 93/15/EWG des Rates sowie der Richtlinien 94/9/EG, 94/25/EG, 95/16/EG, 97/23/EG, 98/34/EG, 2004/22/EG, 2007/23/EG, 2009/23/EG und 2009/105/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung des Beschlusses 87/95/EWG des

**999.** Auch mit Blick auf das weitere institutionelle Umfeld erscheint nicht zuletzt im internationalen Vergleich<sup>499</sup> zumindest naheliegend, dass eine Intensivierung der teilweise bereits bestehenden Kooperation zwischen SSO, Patent- und Wettbewerbsbehörden gezielt einzelnen Problemen von Standardisierung im Bereich geistigen Eigentums bereits an der Wurzel begegnen könnte.<sup>500</sup> Denn die sachlich verursachte institutionelle Kompetenzverteilung führt auf Grundlage unzureichender Kooperation zu Informationsdefiziten und blockiert erhebliche Steuerungspotenziale.

**1000.** Diese Probleme ergeben sich zum einen aus der Ungleichzeitigkeit des Tätigwerdens jeder der drei Institutionen und zum anderen aus der Abgeschlossenheit der jeweiligen Prüfung bzw. Ansatzpunkte. So sind die drei Bereiche Schutzrechtserteilung, Standardsetzung und Wettbewerbsschutz im Lebenszyklus eines Produkts bzw. einer Technologie zeitlich typischerweise von gestaffelter Bedeutung: Schutzrechte werden in aller Regel vor Markteinführung gewährt. Die spätere Marktposition darauf aufbauender Produkte wird vielfach durch die Einbeziehung in einen Standard deutlich aufgewertet. Die Wettbewerbsaufsicht kann schließlich regelmäßig erst dann tätig werden, wenn Marktmacht missbräuchlich ausgenutzt wird oder ungerechtfertigte Wettbewerbsbeschränkungen bekannt werden.

**1001.** Die aus dieser zeitlichen Asymmetrie folgende Informationsasymmetrie wird durch die jeweiligen Handlungsrahmen weiter verstärkt: So handeln Wettbewerbsbehörden regelmäßig auf Grundlage von Informationen über Marktverhältnisse und damit über die ökonomische Bedeutung eines Schutzrechtes, während die Patentbehörden typischerweise vor allem die innovative Qualität eines Schutzrechtsantrags beurteilen. Im Rahmen der Standardisierung schließlich wird regelmäßig das Interoperabilitätspotenzial und -bedürfnis einer Technologie ermittelt.

**1002.** Eine verbesserte Kooperation zwischen SSO, Patent- und Wettbewerbsbehörden, etwa durch regelmäßigen interinstitutionellen und transdisziplinären Dialog könnte das gegenseitige Verständnis und das Problembewusstsein für und die Fachkenntnisse in den jeweils anderen Bereichen erhöhen. Gerade um die wirtschaftlichen Machtpotenziale einer Einbindung geistiger Schutzrechte in Standards möglichst frühzeitig einzuhegen, sollte die zuständige Wettbewerbsbehörde eingebunden werden.

### 7.1.3 Reform des europäischen Technologietransfer-Regimes

**1003.** Im März 2014 hat die Europäische Kommission ein überarbeitetes Regelwerk für Technologietransfervereinbarungen angenommen, das eine Gruppenfreistellungsverordnung (TT-GVO)<sup>501</sup> und Leitlinien (TT-LL)<sup>502</sup> umfasst. Diese ersetzen die entsprechenden, 2004 verabschiedeten Regeln<sup>503</sup> und modernisieren das bisherige Regime behutsam. Dabei werden einerseits Erkenntnisse aus knapp zehn Jahren Anwendungserfahrung und zwei konsekutiven öffentlichen Konsultationen integriert. Andererseits werden die Regeln an neue Herausforderungen angepasst. Beide Dokumente tragen dem Grundgedanken Rechnung, dass an sich wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen durchaus volkswirtschaftlich wünschenswert und insoweit vom Kartellverbot der Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB freigestellt sein können.

---

Rates und des Beschlusses Nr. 1673/2006/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. EU L 316 vom 14. November 2012, S. 12 ff.; Normungspolitisches Konzept der Bundesregierung, Berlin 2012, und die aus Bundesmitteln geförderten Plattformen INS (Innovation mit Normen und Standards) und TNS (Transfer von Forschungs- und Entwicklungsergebnissen durch Normung und Standardisierung).

499 Vgl. etwa die umfangreichen Kooperationen der US-amerikanischen Wettbewerbs- und Patentbehörden.

500 In diese Richtung bereits etwa auch BMWi, Schlaglichter der Wirtschaftspolitik, Februar 2010, Berlin, S. 23.

501 Verordnung (EU) Nr. 316/2014 der Kommission über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. EU L 93 vom 28. März 2014, S. 17.

502 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. EU C 89 vom 28. März 2014, S. 3.

503 Verordnung (EG) Nr. 772/2004 der Kommission vom 27. April 2004 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. EG L 123 vom 27. April 2004, S. 11, und EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 EG-Vertrag auf Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. EG C 101 vom 27. April 2004, S. 2.

**1004.** Die von den Unternehmen im Markt in diesem Bereich geschlossenen Verträge sind von ganz erheblicher Bedeutung für den Wettbewerb in einer Vielzahl von Wirtschaftsbereichen. Für die Kartellbehörden werden die daraus folgenden Machtstrukturen jedoch allenfalls punktuell transparent. Um so bedeutsamer ist die Vorprägung der Vertragslandschaft durch das TT-Regime, die kartellverbotswidrigen Verträgen vorbeugt. Insbesondere vor dem Hintergrund der Einbindung betroffener Verträge in laufende Geschäftsbeziehungen kommen allerdings diesbezügliche Streitigkeiten nur selten vor die Gerichte.<sup>504</sup>

**1005.** Die TT-GVO gilt für Technologietransfer-Vereinbarungen, nach denen Technologierechte<sup>505</sup> mit dem Ziel der Produktion durch den Lizenznehmer und/oder seine Zulieferer lizenziert werden, sowie für eine Übertragung derartiger Rechte mit dem Ziel der Produktion, wenn das mit deren Verwertung verbundene Risiko jedenfalls zum Teil beim Veräußerer bleibt.<sup>506</sup> Für derartige Vereinbarungen gilt das Kartellverbot nach Art. 2 TT-GVO grundsätzlich nicht, wenn der gemeinsame Marktanteil der Parteien auf dem relevanten Markt bei Konkurrenten 20 Prozent, bei sonstigen Unternehmen 30 Prozent nicht überschreitet. Die Freistellung entfällt vollständig, wenn die betreffende Vereinbarung eine Kernbeschränkung nach Art. 4 TT-GVO enthält; einzelne Beschränkungen sind nach Art. 5 TT-GVO von der Freistellung ausgenommen. Die TT-GVO ist unanwendbar, soweit eine Vereinbarung unter die Forschungs- und Entwicklungs-Gruppenfreistellungsverordnung<sup>507</sup> oder unter die Spezialisierungs-Gruppenfreistellungsverordnung<sup>508</sup> fällt, Art. 9 TT-GVO. Ausdrücklich aufgeführt sind unter anderem die allgemeinen Befugnisse der Europäischen Kommission und der nationalen Kartellbehörden aus der Kartellverfahrensverordnung 1/2003, im Einzelfall den Rechtsvorteil der TT-GVO zu entziehen, wenn die Auswirkungen eigentlich freigestellter Vereinbarungen in bestimmten Märkten mit Art. 101 Abs. 3 AEUV unvereinbar sind. Als beispielhafte Voraussetzungen für derartige Entscheidungen führt Art. 6 der TT-GVO die Beschränkung des Marktzugangs für Technologien Dritter oder für potenzielle Lizenznehmer an, etwa durch die kumulative Wirkung paralleler gleichartiger Verträge. Die TT-LL erläutern die TT-GVO im Detail und geben Hinweise für die konkrete Anwendung der TT-GVO und des Kartellverbotes auf einzelne Kategorien von Vereinbarungen.

**1006.** Die Novellierung bringt eine behutsame Modernisierung mit sich, die allerdings vormalig freigestellte Vereinbarungen in einigen Bereichen deutlich kritischer behandelt. Neben einer Anzahl kleinerer Anpassungen sind eine Reihe von Veränderungen der TT-GVO hervorzuheben. Die Beschränkung des passiven Verkaufs von mit der lizenzierten Technologie hergestellten Produkten durch Lizenznehmer für ein Gebiet oder an eine Kundengruppe innerhalb der ersten beiden Jahre der Vertragsdurchführung fällt nicht mehr automatisch unter die Freistellung. Verpflichtungen des Lizenznehmers, nicht von der lizenzierten Technologie abtrennbare Verbesserungen exklusiv an den Lizenzgeber zurück zu lizenzieren („Grant-Back“), sind nicht mehr freigestellt, während nicht-exklusive Rücklizenzverpflichtungen weiterhin freigestellt bleiben. Vertragliche Kündigungsrechte für den Fall, dass der Lizenznehmer die Gültigkeit eines oder mehrerer der lizenzierten Technologierechte angreift, sind nur noch im Fall exklusiver Lizenzen freigestellt.

**1007.** Die TT-LL, insbesondere die Abschnitte über Streitbeilegungsvereinbarungen und Technologiepools, sind in ähnlichem Maße überarbeitet worden. Streitbeilegungsvereinbarungen oder Vergleichsverträge haben eine ambivalente Wirkung. Einerseits wird der Wettstreit der Beteiligten um Rechtspositionen beendet,

---

504 Vgl. jedoch etwa OLG Naumburg, Urteil vom 19. September 2013, 2 U 20/13 (Kart); OLG Karlsruhe, Beschluss vom 23. Januar 2012, 6 U 136/11.

505 Diese sind in Art. 1 Abs. 1 lit. b) legaldefiniert und umfassen Patente, Gebrauchsmuster, Geschmacksmuster, Topografien von Halbleiterprodukten, ergänzende Schutzzertifikate für Arzneimittel oder andere Produkte, für die solche ergänzenden Schutzzertifikate vergeben werden können, Sortenschutzrechte sowie Software-Urheberrechte.

506 Im Fall vollständiger Übertragung ohne beim Veräußerer verbleibendes Risiko sind grundsätzlich die Regeln der Fusionskontrolle anwendbar; vgl. oben Tz. 970.

507 Verordnung (EU) Nr. 1217/2010 der Kommission vom 14. Dezember 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung, ABl. EU L 335 vom 18. Dezember 2010, S. 36.

508 Verordnung (EU) Nr. 1218/2010 der Kommission vom 14. Dezember 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen, ABl. EU L 335 vom 18. Dezember 2010, S. 43.

andererseits kann die daraus folgende Planungs- und Rechtssicherheit wettbewerbsfördernde Wirkungen haben. Aus den Erfahrungen insbesondere in der Pharmabranche heraus wird nunmehr klargestellt, dass die vertragliche Verzögerung oder Beschränkung von Marktzutritten durch Vergleichsverträge vor allem auch dann kartellrechtswidrig sein kann, wenn die Parteien Wettbewerber sind und im Zusammenhang mit der Vereinbarung erhebliche Beträge vom Lizenzgeber an den Lizenznehmer fließen. Ebenso wird betont, dass der vertragliche Verzicht darauf, ein Technologierecht anzugreifen, insbesondere dann problematisch sein kann, wenn dieses auf Grundlage von unzutreffenden oder irreführenden Angaben erworben wurde. In Anerkennung der grundsätzlich positiven Wirkungen von Technologiepools wird eine Liste von Kriterien für die Einzelfreistellung von deren Gründung der Lizenzvergabe durch diese aufgestellt, die funktional einem „Safe Harbour“ nahekommen dürfte.

**1008.** Die Monopolkommission begrüßt sowohl das Verfahren als auch das Ergebnis der – in der alten TT-GVO bereits angelegten – Reform. Die doppelte Konsultation hat es der Europäischen Kommission ermöglicht, Stellungnahmen aus einem breiten Spektrum von Marktteilnehmern und Fachleuten iterativ mit in ihre Entscheidung einzubeziehen. In der Sache werden im Rahmen der Reform bewährte Regeln beibehalten, an einigen Punkten jedoch auch nachjustiert. Dies findet in allen referierten Bereichen die Zustimmung der Monopolkommission. Insoweit ist insbesondere hervorzuheben, dass auch bei nicht von der TT-GVO freigestellten Vereinbarungen eine Einzelfreistellung nach Art. 101 Abs. 3, § 2 Abs. 1 GWB in Betracht kommt. Insoweit ändert sich für Vereinbarungen, die nicht mehr unter die GVO fallen, lediglich die Darlegungs- und Beweislast der betroffenen Unternehmen im Streitfall. Die Verschärfung der Ausführungen der LL zu Streitbeilegungsvereinbarungen vollziehen lediglich aktuelle Erkenntnisse nach und beseitigen teilweise rechtliche Unschärfen. Die Einführung eines informellen „Safe Harbour“ für bestimmte Technologiepools ist besonders zu begrüßen; derartige Regeln entwickeln häufig in der Praxis Leitcharakter, ohne dass dadurch rechtliche und institutionelle Innovationen abgeschnitten wären.

**1009.** Eine grundsätzliche Kritik der Monopolkommission, die nicht allein die TT-Regelungen betrifft, bezieht sich auf die unter der Legalausnahme bzw. dem Selbsteinschätzungsprinzip des Art. 1 Abs. 2 der Kartellverfahrensverordnung 1/2003 regelmäßig geringe Übersicht der Kartellbehörden über die im Markt tatsächlich vorherrschenden Vertragsstrukturen. Daraus folgt die Gefahr, dass mitunter Vereinbarungen freigestellt sind, die aufgrund paralleler Vertragsnetzwerke oder anderer Besonderheiten der betroffenen Marktbereiche klar negative volkswirtschaftliche Auswirkungen haben. Insoweit sehen die Regeln zwar einen Entzug des Rechtsvorteils im Einzelfall und die Erklärung der Nichtanwendung der GVO auf solche Märkte durch die Kartellbehörden vor. In der Praxis jedoch haben diese Vorschriften bislang keine Bedeutung, was nicht allein Informationsdefiziten, sondern auch mangelnden Präzedenzfällen und einer in der Literatur unangemessen hoch angesetzten Beweislast zulasten der Behörden geschuldet ist.<sup>509</sup>

#### 7.1.4 Nutzung von proprietären Informationen als Marktstandards

**1010.** Aus von Unternehmen einzeln oder im Verbund geschaffenen Datendefinitionen entstehen mitunter Marktstandards, ohne deren Nutzung die Teilnahme an (abgeleiteten) Märkten nicht oder kaum möglich ist. Insbesondere bei Kommunikations- und Datenaustauschschnittstellen, bei Kennzahlensystemen und Segmentierungen von Informationskontinua kann zur Wettbewerbsteilnahme ein Minimum an Interoperabilität notwendig sein. Obwohl in derartigen Fällen regelmäßig die Schöpfungshöhe gering ist und der besondere Wert der Datendefinitionen vornehmlich oder ausschließlich aus der Durchsetzung als Marktstandard folgt, sieht das Urheberrecht insoweit bislang keine (wirksamen) Beschränkungen vor. In solchen Konstellationen kann in der Verweigerung einer Lizenz ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung liegen. Dann kann eine Abhilfe in der (behördlichen oder gerichtlichen) Anordnung einer Zwangslizenz liegen. Auch hier wird regelmäßig ein erheblicher Unterschied zwischen dem Monopolwert der Daten-

---

<sup>509</sup> Vgl. zuletzt Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 431 ff.

definition, ausgedrückt in der Möglichkeit, Nutzer diskretionär auszuschließen oder entsprechende Lizenzgebühren zu berechnen, und einer angemessenen (oder FRAND) Lizenzgebühr liegen.

**1011.** Insbesondere im Berichtszeitraum sind einige gerichtliche und behördliche Entscheidungen zu verzeichnen, die die Reichweite geistiger Eigentumsrechte in Beziehung zu der mit diesen verbundenen Schöpfungshöhe und zu deren Marktbedeutung setzen. Neben einem aktuell zur höchstgerichtlichen Entscheidung anstehenden Fall im Bereich pharmazeutischer Marktinformationen betreffen die untersuchten Fälle Finanzmärkte bzw. Finanzinformationen.

#### 7.1.4.1 Datenstandards als Plattform

**1012.** Illustrativ für die Probleme proprietärer Datenstandards ist die aktuellste Entwicklung eines der bekanntesten europäischen Fälle in diesem Bereich, der auf Datendefinitionen bzw. einer Datenbankstruktur basiert, in der das Marktforschungsunternehmen IMS Health das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland in 1860 einzelne regionale Segmente eingeteilt hatte. Auf dieser Grundlage arbeiteten nahezu sämtliche Abnehmer von pharmazeutischen Marktinformationen. Als ein Wettbewerber zu diesen Datendefinitionen kompatible Informationen anbot, ging IMS Health gegen deren Nutzung vor.

Parallel zu einer Eilentscheidung der Europäischen Kommission aus dem Jahr 2001<sup>510</sup> war das LG Frankfurt befasst, das dem EuGH vorlegte. Der EuGH ging in seinem Urteil im Jahr 2004<sup>511</sup> von der Annahme des Vorlagegerichts aus, der Datenbankschutz des Urheberrechts sei berührt. Er rekapitulierte die gefestigte Rechtsprechung, das ausschließliche Recht der Vervielfältigung gehöre zu den Vorrechten des Inhabers eines Immaterialgüterrechts, und nur unter außergewöhnlichen Umständen könne die Ausübung des ausschließlichen Rechts durch den Inhaber ein missbräuchliches Verhalten darstellen. Solche außergewöhnlichen Umstände setzten i. d. R. die kumulative Erfüllung dreier Bedingungen voraus: Die Weigerung müsse das Auftreten eines neuen Erzeugnisses verhindern, nach dem eine potenzielle Nachfrage der Verbraucher besteht, sie dürfe nicht sachlich gerechtfertigt, und sie müsse geeignet sein, jeglichen Wettbewerb auf einem abgeleiteten Markt auszuschließen. Ob die Bedingungen erfüllt seien, habe das Vorlagegericht selbst zu entscheiden.

Sowohl das LG als auch das OLG Frankfurt als Berufungsinstanz gingen von einem urheberrechtlichen Schutz der zugrunde liegenden Datenbank als Datenbankwerk nach § 4 Abs. 2 UrhG aus; allerdings wurde ein Unterlassungsanspruch mangels ausreichender Aktivlegitimation der IMS Health verneint.<sup>512</sup> Die Datenbank sei zwar grundsätzlich auch nach § 87a ff. UrhG geschützt. Das gelte jedoch nicht für Datendefinitionen der Segmentstruktur, die als solche keinen wesentlichen Bestandteil der Datenbank i. S. d. §§ 87a, 87b Abs. 1 S. 2 UrhG darstellten. Daran schlossen sich beide Gerichte in nachfolgenden Entscheidungen in der gleichen Sache<sup>513</sup> gegenüber dem Rechtsnachfolger des Wettbewerbers 2008 und 2013 an.<sup>514</sup>

510 EU-Kommission, Entscheidung vom 3. Juli 2001, COMP D3/38.044 – NDC Health/IMS HEALTH: Einstweilige Maßnahmen, ausgesetzt durch Beschlüsse des Präsidenten des Gerichts Erster Instanz vom 10. August 2001 und vom 26. Oktober 2001 T-184/01 R, Aussetzung bestätigt durch Beschluss des Präsidenten des Gerichtshofes vom 11. April 2002, C-481/01 P(R). Die Europäische Kommission hat die einstweiligen Maßnahmen mit Beschluss vom 13. August 2003, 2003/741/EG, zurückgenommen und die Sache für erledigt erklärt.

511 EuGH, Urteil vom 29. April 2004, C-418/01 – IMS Health.

512 LG Frankfurt, Urteil vom 12. Oktober 2000, 2/3 O 283/00; OLG Frankfurt, Urteil vom 17. September 2002, 11 U 67/00.

513 LG Frankfurt, Urteil vom 6. Juni 2008, 2-3 O 629/00, bestätigt durch OLG Frankfurt, Urteil vom 12. November 2013, 11 U 48/08.

514 Der in diesem Fall von den Gerichten unter dem Gesichtspunkt des ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes vor allem für die Vergangenheit bejahte Anspruch aus § 1 UWG hat besondere Voraussetzungen: so muss das fragliche Erzeugnis von wettbewerbllicher Eigenart sein und es müssen besondere Umstände hinzutreten, die den Nachbau unlauter erscheinen lassen. Zwischen dem Grad der wettbewerbllichen Eigenart, der Art und Weise und der Intensität der Übernahme sowie den besonderen Umständen besteht eine Wechsel-

**1013.** Zentral erscheint im kartellrechtlichen Kontext, dass das Datenbankherstellerrecht nach den §§ 87a ff. UrhG die Vervielfältigung, Verbreitung oder öffentlichen Wiedergabe unwesentlicher Teile der geschützten Datenbank nur ausschließt, soweit diese Handlungen einer normalen Auswertung der Datenbank zuwiderlaufen oder die berechtigten Interessen des Datenbankherstellers unzumutbar beeinträchtigen. Diese auf Art. 7 Abs. 1, 5 der Datenbankrichtlinie<sup>515</sup> zurückgehende Einschränkung ist nach gefestigter Rechtsprechung<sup>516</sup> nach dem Verhältnis des entnommenen Datenvolumens zum Gesamtdatenvolumen zu bestimmen. Zwar können nach Erwägungsgrund 20 der Datenbankrichtlinie der Thesaurus, der Index und das Abfragesystem unter den Schutz der Datenbank fallen. Doch geschützt ist insbesondere nicht die Datenstruktur oder Datendefinition. Insbesondere entspricht es nicht dem Sinn und Zweck der §§ 87a ff. UrhG, Dritten die Entwicklung eigener Datenbanken dadurch zu erschweren, dass ein bestimmter Aufbau der Datenbank als solcher monopolisiert werden soll.<sup>517</sup> Jedenfalls in Bezug auf das Datenbankrecht des Herstellers sieht somit das Urheberrecht selbst eine gewisse Abwägungsmöglichkeit zwischen privatem Investitionsschutz und der Gewährleistung der Freiheit bloßer Informationen und Datendefinitionen.

**1014.** Der Fall ist insoweit typisch, als eine Vielzahl gerichtlicher Entscheidungen über mehr als dreizehn Jahre noch immer keine Klarheit über die genauen Grenzen des Ausschließlichkeitsrechts von IMS Health besteht; das Zivilgerichtsverfahren ist aktuell beim BGH anhängig.<sup>518</sup> Die zugrunde liegende wirtschaftliche Frage, ob die von IMS Health (mit Hilfe von Branchenteilnehmern) erstellten Datendefinitionen ein Ausschließlichkeitsrecht vermitteln, mit dem IMS Health Wettbewerber vom Markt fernhalten kann, teilt sich rechtlich in die beiden Fragen, ob die Datendefinitionen bzw. die Datenbankstruktur urheberrechtlich geschützt sind, und ob dieser Schutz eine Verbotsverfügung rechtfertigt.

**1015.** Die Monopolkommission betont mit Hinblick auf § 87b Abs. 1 S. 2 UrhG, dass für die Beantwortung der Frage, ob die Datenbanknutzung einer normalen Auswertung der Datenbank zuwiderläuft oder die berechtigten Interessen des Datenbankherstellers unzumutbar beeinträchtigt, von erheblicher Bedeutung sein kann, ob es sich bei dem genutzten Datenbankbestandteil um einen Marktstandard handelt. Denn dann dürfte regelmäßig die Nutzung von Datendefinitionen zum einen im Rahmen der normalen Auswertung der Datenbank liegen. Auch eine unzumutbare Beeinträchtigung berechtigter Interessen erscheint jedenfalls dann wenig wahrscheinlich, wenn die Marktgeltung der Datenbank vor allem auf zeitliche Priorität und weniger auf überlegene Qualität der Datendefinitionen zurückgeht.

**1016.** Der relativen Marktbedeutung der Datendefinitionen kann im Rahmen des Urheberrechts nur eingeschränkt Rechnung getragen werden, sodass in Fällen besonderer Marktmacht vor allem auch die Anwendung des Kartellrechts infrage kommt. Bei Marktbeherrschung kann sich auch im Datenbankrecht eine Zwangslizenzinrede ergeben, die nicht zwingend davon abhängig ist, dass ein neues Produkt geschaffen werden soll. Allerdings kann schon fraglich erscheinen, ob inhaltlich eigenständige Produkte mit wesentlich unterschiedlichen Charakteristika schon deshalb das Kriterium eines neuen Produkts nicht erfüllen, weil sie zu geschützten Datenstandards kompatibel sind. Dies erscheint in Fällen, in denen die Interoperabilität von Plattformen und damit die Nutzung einer gemeinsamen Basis infrage steht, umso bedenkllicher. Insoweit weist die Monopolkommission darauf hin, dass die in der Rechtsprechung des EuGH regelmäßig

wirkung. Je größer die wettbewerbliche Eigenart und je höher der Grad der Übernahme ist, desto geringer sind die Anforderungen an die besonderen Umstände, die die Wettbewerbswidrigkeit begründen. Andererseits sind die Anforderungen an die wettbewerbliche Eigenart bei besonders anstößig erscheinender Nachahmung oder unmittelbarer Leistungsübernahme umso geringer, vgl. BGH, Urteil vom 7. Februar 2002, I ZR 289/99. Entscheidend war nach Auffassung der Gerichte in diesem Fall, dass der lizenzsuchende Wettbewerber die Struktur schlicht aus einer bei ihm verbliebenen, IMS Health gehörigen Datei (raub-)kopiert hatte, um die Datenbankstruktur weitgehend unverändert zu nutzen.

515 Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, ABl. EU L 77 vom 27. März 1996, S. 20.

516 Vgl. EuGH, Urteil vom 9. November 2004, C-203/02 – British Horseracing, Rn. 70 ff.; BGH, Urteil vom 21. Juli 2005, I ZR 290/02 – HIT-BILANZ.

517 OLG Frankfurt, Urteil vom 17. September 2002, 11 U 67/00.

518 I ZR 58/14.



referenzierten Kriterien, anders als weithin angenommen, lediglich Beispiele für die in Art. 102 S. 2 AEUV aufgeführten Regelbeispiele des Missbrauchs darstellen. Entscheidend ist insoweit die Beeinträchtigung der Verbraucherinteressen.<sup>519</sup> In diesem Zusammenhang erscheint auch die enge Verwandtschaft zwischen standardessenziellen Patenten<sup>520</sup> und Datenstandards von besonderer Bedeutung. Entsprechend kann auch in Bezug auf Datenbankstrukturen bzw. Datendefinitionen unter Umständen ein urheberrechtliches Verwendungsverbot aus dem Gesichtspunkt des kartellrechtlichen Missbrauchs von Marktmacht ausgeschlossen sein.

#### 7.1.4.2 Wertpapiercodes als Plattform: Standard & Poor's und Reuters Instruments Codes

**1017.** Zwei vergleichbare Fälle betrafen die Lizenzierung von Wertpapiercodes, die sich teils auf Grundlage von Standardsetzungsprozessen, teils durch Pfadabhängigkeiten als Marktstandards durchgesetzt haben und dabei urheberrechtlich geschützt sind. Die Rechteinhaber hatten teils auch für die indirekte Nutzung dieser Datendefinitionen Lizenzgebühren verlangt und die Lieferung von Daten auf Grundlage dieser Standards zwangsweise mit umfangreichen weiteren Dienstleistungen gebündelt, die entsprechend hochpreisig zu entgelten waren.

**1018.** Das erste hier untersuchte Verfahren betrifft die Nutzung US-amerikanischer International Securities Identification Numbers (ISINs). Diese sind eindeutige Identifikationsnummern für US-amerikanische Wertpapiere, die allein von Standard & Poor's (S&P) vergeben werden. Das Monopol von S&P ergibt sich aus der Funktion als nationale Vergabestelle (National Numbering Agency, NNA) für die USA entsprechend der Norm ISO 6166. Diese stellt das einzige eindeutige, genormte und international anerkannte Identifizierungssystem für Wertpapiere dar. Entsprechend werden US-amerikanische ISIN-Datensätze von nahezu allen Marktteilnehmern der Finanzdienstleistungsbranche global genutzt. Zu ihrer Verwendung besteht in dieser Branche nach Feststellungen der Europäischen Kommission keine Alternative. Die zugrunde liegende Norm ISO 6166 wurde auf internationaler Ebene als öffentliche Dienstleistung für die Finanzdienstleistungsbranche entwickelt. Nach dem Kostendeckungsgrundsatz der ISO-Norm dürfen NNA für den Vertrieb von ISINs nicht mehr als die zur Kostendeckung erforderlichen Beträge in Rechnung stellen; für indirekte Lieferungen ist eine Kostenfreiheit vorgesehen. S&P berechnete jedoch auch indirekten Nutzern Lizenzgebühren, während direkte Nutzer unabhängig von ihrer tatsächlichen Nutzung von Produkten von S&P einheitlich den Preis für ein umfangreiches Produktpaket zu entrichten hatten.

**1019.** Die Europäische Kommission hatte Anfang 2009 ein Verfahren gegen S&P wegen des Verdachts auf Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung eröffnet. Mitte 2011 wurde ein Zusagenvorschlag von S&P einem öffentlichen Markttest unterzogen. Ende 2011 nahm die Europäische Kommission schließlich die von S&P gemachten Zusagen an und erklärte sie für verbindlich. Danach verpflichtete sich S&P, auf die bislang gegenüber indirekten Nutzern berechneten Lizenzgebühren für die Verwendung von ISINs zu verzichten.<sup>521</sup> In Bezug auf direkte Nutzer von ISINs sagte S&P zu, ein spezielles Produkt einzuführen, das außer der täglichen Lieferung US-amerikanischer ISIN-Datensätze keine höherwertigen Services enthält und getrennt von anderen höherwertigen Informationen zu vertreiben; der Preis für dieses Produkt wurde unter Berücksichtigung der Kostendaten von S&P festgesetzt; die Verpflichtungsentscheidung sieht insoweit einen Inflationsausgleich vor. Altkunden wurde ein Sonderkündigungsrecht eingeräumt. Die Verpflichtungen gelten für fünf Jahre; dabei hat sich S&P verpflichtet, jährlich einen vertraulichen Bericht über die Umsetzung der Verpflichtungen vorzulegen.

**1020.** Ein zweiter, eng mit dem ISIN-Verfahren verwandter Fall in diesem Bereich betrifft Reuters Instrument Codes (RICs), die ein von dem Finanzinformationsanbieter Thomson Reuters (TR) geschaffenes

519 Vgl. etwa ausdrücklich EuG, Urteil vom 17. September 2007, T-201/04 – Microsoft, Rn. 643 ff., 647; EuGH, Urteil vom 29. April 2004, C-418/01 – IMS Health, Rn. 48,

520 Vgl. dazu oben Tz. 978. ff.

521 EU-Kommission, Beschluss vom 15. November 2011, COMP/39.592 – Standard & Poor's.

Identifikationssystem für Wertpapiere und ihren Handelsplatz bilden. RICs halten zwar keine standardbasierte Monopolstellung wie die ISIN, stellen aber auf Grundlage ihrer weltweiten Verbreitung in der gesamten Finanzbranche einen Marktstandard dar: Nach den vorläufigen Feststellungen der Europäischen Kommission hat TR eine marktbeherrschende Stellung auf dem weltweiten Markt für konsolidierte Echtzeit-Finanzmarkt-Datenströme inne.<sup>522</sup> TR hatte seinen Kunden vertraglich verboten, RICs zur Abfrage von Daten anderer Datenanbieter zu verwenden. Weiter war den Kunden untersagt worden, RICs den von anderen Anbietern für ihre Datenströme verwendeten Codes zuzuordnen (sogenanntes Mapping). Parallel dazu hatte TR Dritte auf urheberrechtlicher Grundlage daran gehindert, Mapping-Tabellen im Namen von Kunden zu erstellen und zu führen, was diesen ermöglicht hätte, auf ihren Systemen (teilweise) mit Datenströmen Dritter zu arbeiten.

**1021.** Das Verfahren der Europäischen Kommission war im Herbst 2009 auf Grundlage eines Verdachts auf Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung eröffnet worden. Im Herbst 2011 sandte die Europäische Kommission ein vorläufiges Vorwurfsschreiben an TR, worauf ein erster Zusagenvorschlag unterbreitet wurde. Nach zwei Markttests dieses und eines weiteren Zusagenvorschlages wurde schließlich Ende 2012 ein dritter Zusagenvorschlag von TR für verbindlich erklärt. Darin verpflichtet sich TR, eine neue Lizenz anzubieten, die es den Kunden ermöglicht, RICs gegen eine monatliche Gebühr zur Abfrage von Daten von Wettbewerbern von TR zu verwenden. Diese Lizenz ermöglicht Unternehmen, die die RICs verwenden, ihre Anwendungen auf konkurrierende Anbieter konsolidierter Echtzeit-Datenströme umzustellen. TR hat sich weiter verpflichtet, den Lizenznehmern regelmäßige und zeitnahe Aktualisierungen der RICs zukommen lassen. Die Lizenz kann weltweit genutzt werden, sofern der Kunde von TR eine echte Geschäftstätigkeit im Europäischen Wirtschaftsraum ausübt. Die Lizenznehmer sind nach dem Erwerb der Lizenz nicht verpflichtet, andere Daten oder sonstige Dienste von TR zu abonnieren oder ihre Abonnements fortzusetzen. Die Lizenz wird auf unbegrenzte Zeit an die Lizenznehmer vergeben, sofern die entsprechende Gebühr gezahlt wird. Daneben hat sich TR verpflichtet, Drittentwicklern weitgehende Verwendungsmöglichkeiten der RICs zur Erstellung und Pflege von Anwendungen zum Anbieterwechsel einzuräumen, die die Interoperabilität zwischen den RICs und den Diensten von Konkurrenten ermöglichen, indem die RICs in die Codes anderer Anbieter von Dateneinspeisungen umgesetzt werden.<sup>523</sup> In diesem Verfahren wurde ein unabhängiger Überwachungstreuhänder (Monitoring Trustee) eingesetzt, der über die Umsetzung der zeitlich grundsätzlich unbegrenzten Selbstverpflichtungen von TR sieben Jahre lang wacht.

**1022.** Beide Entscheidungen erscheinen als geeignete Mittel, den (vorläufigen) kartellrechtlichen Bedenken der Europäischen Kommission zu begegnen. Die Reichweite beider Entscheidungen ist entsprechend der unterschiedlichen Begründung und Auswirkungen der Marktstellung der jeweiligen Datenstandards abgestuft. Die ISINs bleiben als solche im Markt auf Grundlage ihrer normgestützten Marktgeltung vorerst weiterhin unverzichtbar. Deshalb war das Problem systemimmanent im Kern mit Lizenzen zu beseitigen. Die RICs hingegen sind als solche zwar grundsätzlich schon heute durch Alternativen ersetzbar. Um eine Interoperabilität mit Drittdaten und eine Umstellung der Systeme von TR-Kunden bzw. ihren Softwarelieferanten auch mittel- und langfristig zu gewährleisten, waren weitergehende Zusagen von TR und die Einsetzung eines unabhängigen Überwachungstreuhänders notwendig.

**1023.** Während die Freilizenz für indirekte Nutzer von ISINs jedenfalls bereits aus der ISO-Norm 6166 folgt, vermag die Monopolkommission auf Grundlage der ihr vorliegenden Daten die Angemessenheit der zugestandenen Lizenzgebühren nicht abschließend zu bewerten. Vor dem Hintergrund der überschaubaren Investitionen in die Schaffung der jeweiligen Kennsysteme und deren jahrzehntelange Marktgeltung mit nach vorläufigen Feststellungen der Europäischen Kommission deutlich überhöhten Lizenzgebühren erscheint jedoch nicht fernliegend, dass die bei strenger Durchsetzung kartellrechtlicher Maßstäbe im Rahmen einer

<sup>522</sup> EU-Kommission, Beschluss vom 20. Dezember 2012, COMP/39.654 – Reuters Instrument Codes.

<sup>523</sup> Anschaulich aus Sicht von Branchenteilnehmern etwa Delaney, A., No Migration Tsunami Expected from Newly Extended RICs, [referencedatareview.com/blog](http://referencedatareview.com/blog) vom 17. Juli 2013.

Entscheidung ohne Verhandlungscharakter zulässigen Lizenzgebühren möglicherweise erheblich niedriger ausgefallen wären. Bedauerlich, und möglicherweise sowohl dem Interesse der Europäischen Kommission, die gebundenen Kapazitäten möglichst zeitnah anderweitig einzusetzen, als auch entstehendem echten Wettbewerb in diesem Bereich geschuldet, erscheint insoweit auch der Ausschluss von Wettbewerbern von der Nutzung der Wertpapiercodes. Die Monopolkommission hätte es begrüßt, wenn die zugrunde liegenden Rechtsfragen einer gerichtlichen Klärung zugeführt worden wären, die eine ungleich stärkere Ausstrahlungswirkung über diese beiden Fälle hinaus gehabt hätte.<sup>524</sup>

**1024.** In beiden Verfahren zeigt sich anschaulich die Komplexität einer nachträglichen Durchsetzung bzw. rechtlichen Ermöglichung von Interoperabilität und der nachträglichen Öffnung von Datenstandards. In beiden Fällen waren umfangreiche behördliche Ermittlungen und mehrfache Markttests erforderlich, um die Verfahren auf vorläufiger Grundlage zu einem Abschluss zu bringen. Die ISO-Norm 6166 erlaubt nach europäischem Verständnis keinen urheberrechtlichen Schutz an ISINs. Der Streit um diese Frage zeigt allerdings, dass die Norm insoweit nicht ausreichend klar gefasst ist. Im Fall der RICs schien gar die komplexe Ermöglichung von Wettbewerb und die Einsetzung eines Überwachungstreuhanders für sieben (!) Jahre erforderlich. Wäre bereits bei Einführung der beiden Datendefinitionen auf wettbewerbliche Offenheit geachtet worden, hätten sich neben erheblichen Reibungsverlusten und Verfahrenskosten auch Pfadabhängigkeiten vermeiden lassen, die noch erhebliche weitere Kosten ohne echten Gegenwert verursachen werden. Die beiden Verfahren können insoweit einerseits ungeachtet ihrer eingeschränkten Reichweite als Präzedenzfälle für die Kartellrechtsanwendung auf derartige Probleme gelten. Andererseits lassen sich aus den hier gewonnenen Erkenntnissen Anhaltspunkte für die Ausgestaltung derartiger Systeme in der Zukunft ableiten.

#### 7.1.4.3 Kollektive Lizenzverweigerung: Credit Default Swap-Informationen

**1025.** Im April 2011 hat die Europäische Kommission ein Verfahren gegen dreizehn Investmentbanken<sup>525</sup> und den Datendienstleister Markit sowie, mit zeitlicher Verzögerung, gegen die International Swaps and Derivatives Association (ISDA) eröffnet, das im Juli 2013 zu einer Mitteilung der Beschwerdepunkte führte.<sup>526</sup> Kern des Vorwurfs ist, dass die Betroffenen kollektiv darauf hingewirkt hätten, die Deutsche Börse und die Chicago Mercantile Exchange vom Markt für Kreditderivate (hier insbesondere Kreditausfallversicherungen, Credit Default Swaps, CDS) auszuschließen. Mittel für diese kollektive Marktverschließung sei die koordinierte Ausübung von Urheberrechten, insbesondere in Bezug auf Daten und Index-Benchmarks. Deren Lizenzierung sei für einen Eintritt auf die abgeleiteten Derivatemärkte unverzichtbar, durch die betroffenen Banken, welche die ISDA und Markit kontrollierten, jedoch kollektiv verhindert worden.

**1026.** Der auch von einer US-Kartellbehörde untersuchte<sup>527</sup> Fall hat bis zum Redaktionsschluss dieses Gutachtens noch keinen endgültigen Abschluss gefunden. Nach den vorläufigen Feststellungen der Europäischen Kommission könnten die betroffenen Unternehmen durch ihre (kollektive) Weigerung, bestimmte Daten und Index-Benchmarks an (potenzielle) Wettbewerber zu lizenzieren, gegen Art. 101 AEUV verstoßen haben. Die Entwicklung eines gegenüber dem so abgeschirmten außerbörslichen Handel kostengünstigeren und sichereren börslichen Handels mit standardisierten und liquiden Kreditderivaten wäre so auf

---

<sup>524</sup> Die regelmäßigen Opportunitätserwägungen geschuldete Praxis der Kartellbehörden, auch in Bereichen, in denen die genaue Reichweite des Kartellrechts noch wenig geklärt ist, Zusagen anzunehmen, erscheint überaus problematisch, vgl. zuletzt Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 430.

<sup>525</sup> Im einzelnen Bank of America Merrill Lynch, Barclays, Bear Sterns, BNP Paribas, Citigroup, Credit Suisse, Deutsche Bank, Goldman Sachs, HSBC, JP Morgan, Morgan Stanley, Royal Bank of Scotland und UBS.

<sup>526</sup> Verfahren 39.745 CDS – Information market. Vgl. Europäische Kommission, Kommission sendet in Untersuchung zu Credit Default Swaps eine Mitteilung der Beschwerdepunkte an 13 Investmentbanken, ISDA und Markit, Pressemitteilung vom 1. Juli 2013, IP/13/630.

<sup>527</sup> Vgl. Geiger, K./Leising, M./Forden, S., Markit Group Said to Avoid U.S. Antitrust Claims as EU Proceeds, a. a. O.

Grundlage eines Kartells verhindert worden. Dieser Fall demonstriert somit die Bedeutung des Kartellverbots für die Ausübung geistiger Eigentumsrechte im Bereich von (Markt-)Standards.

**1027.** Die kollektive Schaffung und Ausübung geistigen Eigentums kann durchaus wettbewerbsförderlich sein. Wenn aber wie hier eine kollektive Lizenzverweigerung jeglichen Wettbewerb vonseiten Dritter ausschließt, während nicht ersichtlich ist, dass ein solcher Ausschluss für die Erstellung des geschützten Werks erforderlich wäre, liegt in aller Regel ein Verstoß gegen das Kartellverbot aus Art. 101 AEUV und § 1 GWB vor. Der Nachweis des Vorliegens eines Missbrauchs von Marktmacht nach Art. 102 AEUV und §§ 19, 20 GWB ist dann nicht mehr erforderlich, um die Kartellrechtswidrigkeit des Verhaltens und dessen Sanktion bzw. Abstellung durch die Kartellbehörden und Gerichte zu begründen.

#### **7.1.4.4 Fazit: Interoperabilität durch kartellrechtliche Einhegung von geistigem Eigentum an Marktstandards**

**1028.** Neben der vor allem in historisch jüngeren Bereichen des geistigen Eigentums und bislang nur teilweise wirksamen immanenten Beschränkung von Immaterialgüterrechten ist vor allem das Kartellrecht geeignet, einer Verschließung von Märkten durch die wettbewerbswidrige Ausübung von geistigen Eigentumsrechten entgegenzuwirken. Dabei lässt das Kartellrecht diese Rechte als solche in aller Regel im Bestand unberührt und beschränkt lediglich deren Ausübung, indem etwa statt der Verhinderung von Markteintritten lediglich (diskriminierungsfrei zu ermittelnde) Lizenzgebühren geltend gemacht werden können.

**1029.** Das Kartellrecht ist insoweit, anders als grundsätzlich das Recht des geistigen Eigentums, nicht indifferent gegenüber der tatsächlichen Marktgeltung einzelner Immaterialgüterrechte und deren Hintergründen. So kann mitunter die einem Schutzrecht zugrunde liegende tatsächliche Schöpfungshöhe begrenzt sein, während dieses auf Grundlage von Standardisierungsprozessen, von vorbestehender Marktmacht oder von Marktentwicklungen eine über den Markt vermittelte wirtschaftliche Machtposition vermittelt. Den Inhaber einer (derartigen) marktbeherrschenden Stellung trifft nach gefestigter höchstgerichtlicher europäischer und deutscher Rechtsprechung eine gesteigerte Sorgfaltspflicht für den (Rest-)Wettbewerb auf betroffenen Märkten.<sup>528</sup> Missbraucht der Rechteinhaber seine marktbeherrschende Stellung entgegen dieser besonderen Verantwortung, kommt insbesondere die kartellrechtliche Erzwingung von Interoperabilität in Betracht. Soweit einer marktverschließenden Ausübung von Schutzrechten wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen zugrunde liegen, kommt auch unabhängig von einem konkreten Missbrauch die Anwendung des Kartellverbots in Betracht.

**1030.** Das in einzelnen behördlichen Verfahren durchgesetzte Kartellrecht kann – innerhalb der Grenzen des rechtsstaatlichen Verfahrens und behördlicher Kapazitäten – ein Mittel zur Herstellung von Interoperabilität sein. Das setzt jedoch voraus, dass konkrete Verstöße gegen Kartellrecht jedenfalls soweit ausermittelbar sind, dass die betreffenden Unternehmen in Verpflichtungszusagen zu einer (teilweisen) Öffnung von ihnen auf Grundlage von proprietären Datenstandards beherrschter Märkte bewegt werden können.

**1031.** Ungleich weit reichendere Wirkung hätte eine an den Orange Book-Standard des BGH angelehnte allgemeine Regel, welche die rechtliche Konsequenz aus der sachlichen Vergleichbarkeit von Patenten mit im Kern gewerblichen Schutzrechten an Datendefinitionen zieht.

Aus volkswirtschaftlicher Sicht jedenfalls erscheint die vielfach zu beobachtende Ausnutzung von durch den Schutz von Datendefinitionen vermittelten monopolartigen Marktstellungen dann nicht gerechtfertigt, wenn diese nicht auf besonderer Innovationskraft oder besonderen Investitionen, sondern vor allem auf zeitlicher Priorität und auf Netzwerkeffekten beruhen.

<sup>528</sup> Vgl. etwa EuGH, Urteil vom 9. November 1983, 322/81 – Michelin, Rn. 57; EuGH, Urteil vom 17. Februar 2011, C-52/09 – Telia-Sonera, Rn. 24; BGH, Urteil vom 4. November 2003, KZR 16/02 – Strom und Telefon I; BGH, Beschluss vom 4. März 2008, KVR 21/07 – Soda-Club II.

Aus juristischer Sicht stellen zwar Rechtssicherheit und Persönlichkeitsrechte einzelner Urheber hohe Rechtsgüter dar. Diese gebieten allerdings jedenfalls bei genauerer Betrachtung nicht, unterschiedslos auch in Ausnahmesituationen wirtschaftliche Interessen absolut zu schützen. So können einzelne Immaterialgüterrechte Stellungen vermitteln, die weit über deren vom Gesetzgeber vorgesehene Reichweite hinausgehen. Mitunter basiert die Marktgeltung solcher einzelner Schutzrechte vor allem auf Hebelwirkungen und Pfadabhängigkeiten.

**1032.** In derartigen Fällen kann es nicht nur auf Grundlage des Kartellrechts, sondern auch der Verfassung geboten erscheinen,<sup>529</sup> die bislang weitestgehend unbeschränkte Ausübung von Urheberrechten einzuhängen.<sup>530</sup> Ein Zwangslizenz einwand liegt insbesondere dann nahe, wenn das Schutzrecht faktisch auf Kosten der Gesellschaft nicht durch Investition oder Innovation gerechtfertigte Monopolrenten vermittelt. Durch angemessene Lizenzgebühren und Anerkennung der Urheberschaft kann in solchen Ausnahmefällen den berechtigten Interessen der Urheber durchaus Rechnung getragen werden.

**1033.** Eine nachträgliche Beschränkung der Ausübung individueller Schutzrechte auf kartellrechtlicher Basis kann i. d. R. nur im Einzelfall wirksam werden. Grundsätzlich erscheint demgegenüber jedoch die Einbeziehung von Interoperabilitätsaspekten und Wettbewerbsoffenheit bereits bei der Konzeption, Festlegung, Einführung und Weiterentwicklung von Daten- und Schnittstellenstandards vorzugswürdig.<sup>531</sup> Dafür spricht nicht allein die damit verbundene Rechtssicherheit ex ante und die Einsparung erheblicher Transaktions- und Unsicherheitskosten. Denn insbesondere die positiven dynamischen Effekte einer Ausgestaltung von Daten- und Schnittstellenstandards als wettbewerbsoffene Plattform können diese statischen Vorteile um ein Vielfaches übersteigen. Diese dynamischen Effekte macht etwa das Konzept von (halb-)offenen Anwendungsplattformen anschaulich, das insbesondere im Softwarebereich zunehmend offenkundig wird. Allerdings sind die Erfolge von Interoperabilität ermöglichenden Plattformen schon deutlich länger offen sichtbar: Populäre Beispiele sind, neben technischer Normung etwa von Schrauben, Steckern, Glühbirnengewinden bspw. die Entwicklung von Hard- und Software anhand des (teil-)offenen IBM PC-Standards, von Software auf Grundlage des Windows-Betriebssystems, die Entwicklungen um sogenannte Open Source Soft- und Hardware, die sogenannten App-Stores für Anwendungen für Mobiltelefone mit Betriebssystemen etwa von Apple und Google sowie stellvertretend für das sogenannte „Web 2.0“ die Online-Enzyklopädie Wikipedia.

### 7.1.5 Europäisierung der audiovisuellen Leistungsschutzrechte?

**1034.** Audiovisuelle Leistungsschutzrechte sind dem Urheberrecht verwandte Rechte, um in Bezug auf geschützte Inhalte die öffentliche Wiedergabe, Zugänglichmachung und Vervielfältigung zu kontrollieren. Derartige Rechte sind in den EU-Mitgliedstaaten, teilweise auf europarechtlicher Grundlage, weitgehend nach nationalem Recht ausgestaltet.

**1035.** Leistungsschutzrechte haben eine zunehmende wirtschaftliche Bedeutung. Dies liegt daran, dass bestimmte geschützte Inhalte wie Sportereignisse und Elemente der Popkultur (Musik, Filme) in einem seit

---

<sup>529</sup> Dabei sind hier vor allem die Grundrechte der durch den Schutzrechtsinhaber wirtschaftlich (ungerechtfertigt) ausgenutzten Abnehmer, aber auch die der ausgeschlossenen Wettbewerber von Bedeutung, vgl. auch zum Schutz des Wettbewerbs als in Grundrechtsabwägungen einstellungsfähiges Rechtsgut zuletzt Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1281. Die Wettbewerbsfreiheit wird meist aus der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Artikel 2 Absatz 1 GG oder aus der Berufsfreiheit nach Artikel 12 Absatz 1 GG abgeleitet; vgl. Di Fabio, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Loseblattausgabe (Stand 10/2011), Artikel 2 Absatz 1 GG Rn. 116 ff. mit weiteren Nachweisen. Die Frage der Herleitung und Rangstellung der Wettbewerbsfreiheit kann hier nicht abschließend behandelt werden, über den Schutz der Wettbewerbsfreiheit von Verfassungen wegen besteht jedenfalls weitgehend Einigkeit; vgl. nur die Analyse bei Scholz, R., Entflechtung und Verfassung, Baden-Baden 1981, S. 92 ff. m. w. N.

<sup>530</sup> Vgl. etwa BVerfGE 31, 229 ff.; BVerfGE 49, 382 ff.; BVerfGE, 79, 29 ff.

<sup>531</sup> Vgl. etwa stellvertretend für viele Initiativen etwa aus dem Bereich der Informations- und Kommunikationstechnologie der öffentlichen Hand die Arbeiten des ISA-Programms der Europäischen Union und des Europäischen Komitees für Interoperable Systeme (European Committee for Interoperable Systems (ECIS)).

Jahren wachsendem Umfang als wirtschaftliche Produkte vermarktet werden und zugleich mit der Möglichkeit zur Übermittlung von Werbung verbunden sind.

Mit der wirtschaftlichen Nutzung von Leistungsschutzrechten haben auch die Zahl und der Umfang von darauf bezogenen Verfahren von Behörden und Gerichten sowohl auf nationaler als auch auf EU-Ebene zugenommen.<sup>532</sup> Dabei geht es um die Abgrenzung der Rechte am übertragenen Werk von den Rechten und Grundfreiheiten von Lizenznehmern und Verbrauchern sowie um Wettbewerbsfragen.

**1036.** Diese Fragen kommen insbesondere in Bezug auf die Verbreitung geschützter Inhalte über Satellit oder Kabel und im Internet auf. Insbesondere insofern kommt es zu Kollisionen zwischen den nationalen Rechten des geistigen Eigentums und dem europäischen Recht.

Besondere Bedeutung hat vor diesem Hintergrund die Entwicklung der europäischen Rechtsprechung. Im Berichtszeitraum sind mehrere Urteile ergangen, die zur weiteren Klärung der relevanten Fragen beigetragen haben.<sup>533</sup> Diese Entscheidungen sind in Verbindung mit dem Urteil im Fall „Premier League“ zu sehen, das kurz vor dem Berichtszeitraum ergangen ist.<sup>534</sup>

**1037.** Der Fall „Premier League“ betraf das Vorgehen eines Lizenzgebers für die öffentliche Ausstrahlung von Sportübertragungen gegenüber Gaststättenbetreibern und gegenüber Vertreibern von Zubehör zur Entschlüsselung solcher Übertragungen, dessen Lizenzbedingungen beschränkende Regelungen über den Einsatz von Satelliten-Decodiervorrichtungen für die Sportübertragungen enthielten. Prüfungsgegenstand waren Rechte in Bezug auf die Sportübertragungen. Die Beschränkung des Einsatzes von Decodiervorrichtungen wurde als unselbstständiger Bestandteil dieser Rechte geprüft.

**1038.** Im Gegensatz zum Fall „Premier League“ war Gegenstand der Rechtsstreitigkeiten im Berichtszeitraum die Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften, die für die kollektive Ausübung von Rechten an öffentlichen Aufführungen von Musikwerken bzw. von Rechten an der öffentlichen Wiedergabe von Rundfunkausstrahlungen nationale Monopole halten. Die Verwertungsgesellschaften sind für die Lizenzierung der Rechte zuständig und erbringen darauf bezogene Verwaltungsdienstleistungen.<sup>535</sup> In den betreffenden Fällen ging es nicht um Beschränkungen des Empfangs der Übertragungen, sondern um die Übertragungen als solche.

**1039.** Die Urteile sind hier aus wettbewerbspolitischer Sicht zu würdigen. Allerdings können wettbewerbliche Fragen nicht isoliert geprüft werden. Ausgangspunkt ist die Reichweite des Rechtsschutzes für das geistige Eigentum (Urheberrechte und verwandte Schutzrechte) und der Grundfreiheiten von Lizenznehmern und Verbrauchern.<sup>536</sup> Deshalb ist ein gestuftes Vorgehen erforderlich. Für die Ermittlung des Anwendungsbereichs der Wettbewerbsregeln bei Übertragungen audiovisueller Inhalte gelten nach dem gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung die folgenden Grundsätze:

- Ausgangspunkt der Prüfung ist die genaue Bestimmung des Rechtsumfanges für Lizenzgeber nach nationalem Recht. Das bedeutet z. B., dass ein Schutzrecht, das sich auf die Ausstrahlung von

532 Siehe z. B. Europäische Kommission, COMP 40.023 - Cross-border access to pay-TV content; BKartA, Entscheidung vom 12. Januar 2012, B 6 – 114/10 – Zentrale Vermarktung der Medienrechte an Spielen der Fußball Bundesliga; sowie EuGH, Urteile vom 18. Juli 2013, C-201/11 P – UEFA, und C-205/11 P – FIFA, jeweils noch nicht in aml. Slg.; und die nachfolgend im Text besprochenen Fälle.

533 Mit Blick auf Wettbewerbsfragen insbesondere EuGH, Urteil vom 27. Februar 2014, C-351/12 – OSA, noch nicht in aml. Slg., und EuG, Urteil vom 12. April 2013, T-442/08 – CISAC, noch nicht in aml. Slg.

534 EuGH, Urteil vom 4. Oktober 2011, Verb. Rs. C-403/08 und C-429/08 – Football Association Premier League, Slg. 2011, I-9083.

535 Vgl. hierzu insbesondere die bis zum 10. April 2016 umzusetzende Richtlinie 2014/26/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die kollektive Wahrnehmung von Urheber- und verwandten Schutzrechten und die Vergabe von Mehrgebietslizenzen für Rechte an Musikwerken für die Online-Nutzung im Binnenmarkt, ABl. EU L 84 vom 20. März 2014, S. 72.

536 Vgl. Art. 345 AEUV.

Sportereignissen bezieht, nur in Bezug auf die Ausstrahlung selbst und nicht etwa in Bezug auf den Empfang der ausgestrahlten Sportübertragung relevant ist.<sup>537</sup>

- Anschließend wird von den Gerichten geprüft, ob beschränkte Lizenznehmer bzw. die Verbraucher sich in Bezug auf die Übertragung auf ihre Grundfreiheiten berufen können.<sup>538</sup> Denn nur soweit Grundfreiheiten einschlägig sind, können sich Beschränkungen auf ein selbstständiges und nicht durch Recht des geistigen Eigentums vorbestimmtes Verhalten beziehen. Die Gerichte sind in den bisherigen Fällen davon ausgegangen, dass der Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit eröffnet ist (Art. 56 AEUV).
- Hierauf aufbauend wird geprüft, ob die Beschränkungen der Grundfreiheiten durch Lizenzgeber, die mit dem relevanten Schutzrecht begründet werden, gerechtfertigt sind oder nicht. Dabei ist eine solche Rechtfertigung dann anzunehmen, wenn die Beschränkung zum Schutz des relevanten Rechts geeignet und erforderlich ist.<sup>539</sup>
- In einem letzten Schritt prüfen die Gerichte sodann, ob die fraglichen Beschränkungen zugleich Wettbewerbsbeschränkungen sind und ob sie in diesem Fall gerechtfertigt sind.<sup>540</sup> Die Prüfung der Rechtfertigung läuft dabei weitgehend parallel zur Rechtfertigungsprüfung nach dem Recht der Grundfreiheiten.

**1040.** Demgegenüber haben sogenannte Erschöpfungsgrundsätze in der Rechtsprechung bislang keine Rolle gespielt. Dies mag damit zusammenhängen, dass Erschöpfung nur dann relevant wird, wenn das Recht mit einer Beschränkung verbunden wird, die nicht an die Nutzung des lizenzierten Produkts, sondern an eine Weiterlizenzierung anknüpft.

**1041.** Die Urteile im Berichtszeitraum bestätigen den Grundansatz des Urteils im Fall „Premier League“, dass Rechte des geistigen Eigentums zwar Beschränkungen des Lizenznehmers gestatten, dass sie aber keine Basis für darüber hinausgehende Markteingriffe sind, insbesondere wenn sich solche Eingriffe mit den Grundfreiheiten und den Wettbewerbsregeln nicht vereinbaren lassen.

Die Urteile korrigieren in gewissem Umfang aber den Eindruck, dass Schutzrechte gegenüber den Rechten der Lizenznehmer (z. B. Gaststättenbetreiber) und von Verbrauchern, die von Lizenznutzung durch Lizenznehmer profitieren (z. B. Zuschauer einer Sportübertragung in der Gaststätte des Lizenznehmers) im Zweifelsfall zurücktreten müssen.

**1042.** Bereits im Fall „Premier League“ hatte der Europäische Gerichtshof klargestellt, dass Lizenzen speziell für die öffentliche Wiedergabe von Fernsehübertragungen in Gaststätten vergeben werden können.<sup>541</sup> Entsprechendes gilt nach der Rechtsprechung im Berichtszeitraum für die Wiedergabe per Internet-Livestream und in Kureinrichtungen.<sup>542</sup> Außerdem verbleibt Lizenzgebern nach der europäischen Rechtsprechung natürlich weiterhin die Möglichkeit, Übertragungslizenzen nur für ein bestimmtes Gebiet zu vergeben und Lizenznehmern die aktive Werbung für Übertragungen außerhalb ihres Lizenzgebiets zu untersagen.<sup>543</sup>

537 EuGH, Urteil vom 4. Oktober 2011, Verb. Rs. C-403/08 und C-429/08 – Football Association Premier League, Slg. 2011, I-9083, Rz. 57 ff., siehe auch Rz. 95 ff.

538 Ebenda, Rz. 76 ff.

539 Ebenda, Rz. 89, 105 ff.

540 Ebenda, Rz. 134 ff.

541 Ebenda, Rz. 200 ff.

542 EuGH, Urteil vom 27. Februar 2014, C-351/12 – OSA, noch nicht in amtl. Slg., Rz. 22 ff. (kumulative Wirkung entscheidend); EuGH, Urteil vom 7. März 2013, C-607/11 – ITV Broadcasting, noch nicht in amtl. Slg., Rz. 31 ff.; ähnlich schon zuvor EuGH Urteil vom 7. Dezember 2006, C-306/05 – SGAE, Slg. 2006, I-11519, Rz. 33 ff. (für Übertragungen in Hotels).

543 EuGH, Urteil vom 18. März 1980, 62/79 – Coditel I, Slg. 1980, 881; EuGH, Urteil vom 8. Juni 1982, 258/78 – Nungesser, Slg. 1982, 2015.

**1043.** Die europäischen Gerichte haben außerdem zu erkennen gegeben, dass eine Rechtfertigung von durch Verwertungsgesellschaften auferlegten Beschränkungen insbesondere dann naheliegt, wenn die Verwertungsgesellschaften solche Beschränkungen einführen, um dadurch eine effektive Kontrolle der Nutzung geschützter Werke im Rahmen der Lizenz und der ordnungsgemäßen Entrichtung der geschuldeten Gebühren sicherzustellen.<sup>544</sup>

**1044.** Die europäische Rechtsprechung kann allerdings trotz der Durchsetzung der Wettbewerbsregeln auch neue Marktverzerrungen und Verbrauchernachteile nach sich ziehen. So waren im Fall „Premier League“ unter anderem zeitliche Beschränkungen für Satellitenübertragungen nach britischem Recht relevant, wodurch Stadionbesuche (anstelle des Konsums von Satellitenübertragungen) gefördert werden sollen (so genannte Blackout Rule). Die Lizenzgeberin hat im Anschluss an das Urteil ihre Lizenzbedingungen nun jedoch so abgeändert, dass Lizenznehmer die Blackout Rule bei ihren Übertragungen in anderen EU-Mitgliedstaaten beachten müssen.<sup>545</sup> Anders als früher sind Übertragungen von Premier-League-Spielen inzwischen somit europaweit zu bestimmten Zeiten ausgeschlossen. Zwar waren die zeitlichen Beschränkungen ursprünglich von der Europäischen Kommission für mit Art. 101 AEUV vereinbar angesehen worden, allerdings zu einer Zeit, in der grenzüberschreitende Übertragungen noch eine weitaus geringere Rolle spielten als heutzutage.<sup>546</sup> Es ist fraglich, ob derartige Beschränkungen nach nationalem Recht auch künftig noch Bestand haben können, wenn sie von Lizenzgebern europaweit durchgesetzt werden.

**1045.** In Anbetracht des komplexen Zusammenspiels von Fragen des Schutzrechtsumfangs, Grundfreiheiten und Wettbewerbsgesichtspunkten in Bezug auf Urheberrechte und verwandte Schutzrechte ist die Konsultation der Europäischen Kommission zur Überprüfung der Regeln zum EU-Urheberrecht zu begrüßen. Diese Konsultation betraf unter anderem das Territorialitätsprinzip bei Lizenzen und die Fragmentierung des Lizenzmarktes.<sup>547</sup> Die Weiterentwicklung der Gesetzgebung sowie der behördlichen und gerichtlichen Entscheidungspraxis bleibt zu beobachten.

## 7.2 Medien

### 7.2.1 Besondere Verantwortung des Staates

**1046.** Medien erbringen nach weit geteilter Ansicht mit der Übermittlung von Meinungen und Inhalten Dienstleistungen von allgemeinem Interesse.<sup>548</sup> Die Ausübung der Meinungs-, Informations-, Presse- und Rundfunkfreiheit ist grundrechtlich besonders geschützt (Art. 5 GG, Art. 11 Grundrechte-Charta). Das Bundesverfassungsgericht betont in ständiger Rechtsprechung außerdem die hohe Bedeutung der Medien für den demokratischen Meinungskampf. Aus der Bedeutung der Medien für die Grundrechtsausübung der einzelnen Bürger und für das demokratische Staatswesen folgt ein besonderer Schutzauftrag für den Staat.

**1047.** Der Staat nimmt diesen Schutzauftrag wahr, indem er die Meinungs- und Informationsvielfalt in den Medien schützt. Er kann dies verfassungskonform tun, indem er selbst – staatsferne – Medien betreibt, die jeweils ein möglichst vollständiges Meinungsbild abdecken (Binnenpluralität). Der Staat kann im Rundfunkbereich daneben jedoch auch konkurrierende Medien zulassen, die in ihrer Gesamtheit die vorhandene

<sup>544</sup> EuG, Urteil vom 12. April 2013, T-442/08 – CISAC, noch nicht in aml. Slg., Rz. 137, 140 ff.; EuGH, Urteil vom 27. Februar 2014, C-351/12 – OSA, noch nicht in aml. Slg., Rz. 71 ff.

<sup>545</sup> Van Rompuy, B., Premier League fans in Europe worse off after Murphy judgment, Kluwercompetitionlawblog, Eintrag vom 6. Mai 2014.

<sup>546</sup> Vgl. EU-Kommission, Pressemitteilung vom 20. April 2001, IP/01/583.

<sup>547</sup> Vgl. EU-Kommission, [http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/2013/copyright-rules/index\\_de.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/index_de.htm), Abruf am 17. Juni 2014.

<sup>548</sup> Dabei handelt es sich grundsätzlich (auch) um ein wirtschaftliches Interesse, vgl. EU-Kommission, Mitteilung über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABl. 2009 C 257, S. 1 vom 27. Oktober 2009, Tz. 6, 17 (zum Rundfunk); Richtlinie 2008/6/EG vom 20. Februar 2008 zur Änderung der Richtlinie 97/67/EG im Hinblick auf die Vollendung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft; Erwägungsgrund 38 (Zugang zu Inhalten über Zeitungen und Bücher).



Vielfalt an Inhalten und Meinungen abdecken (Außenpluralität). Im Pressebereich muss er zur Wahrung der Grundrechte eine unabhängige Presse dulden und darf diese nur in relativ engen Grenzen beschränken. Weitergehend sind die europäischen Grundfreiheiten zu beachten.<sup>549</sup>

**1048.** Wenn der Staat im Rundfunk einen Wettbewerb zwischen medialen Anbietern zulässt, muss er freilich nicht nur verhindern, dass Konzentrationsentwicklungen zu einer verfassungsrechtlich problematischen Beschränkung der Kanäle zur Übermittlung von Inhalten und Meinungen führen.<sup>550</sup> Darüber hinaus ist vielmehr zu beachten, dass bei einem wirtschaftlichen Wettbewerb zwischen Medienunternehmen auch der Anwendungsbereich des deutschen und europäischen Wettbewerbsrechts eröffnet ist.

**1049.** Zwischen dem Schutz des demokratischen Meinungskampfes und dem Schutz des wirtschaftlichen Wettbewerbs besteht kein grundsätzlicher Widerspruch. Die von den Medien vertriebenen Inhalte sind grundsätzlich ein Bestandteil medialer (Wirtschafts-)Produkte. Der Meinungsschutz ist somit in großen Teilen gleichbedeutend mit dem wettbewerblichen Schutz des Angebots von Medienprodukten auf dem Markt. Der Wettbewerbsschutz geht allerdings insofern weiter, als Wettbewerbsverfälschungen auch dann unzulässig sein können, wenn diese Wettbewerbsverfälschungen mit keiner Einschränkung der Kundenversorgung mit medialen Inhalten einhergehen. In Einzelfällen ist es umgekehrt möglich, dass Marktinnovationen wettbewerbsrechtlich unzulässig sind, die sogar zu einer Verbesserung der medialen Versorgung führen, weil die damit einhergehenden Wettbewerbsverfälschungen nicht erforderlich und mit keinen (wirtschaftlichen) Vorteilen verbunden sind, die die betreffende Verfälschung des Wettbewerbs aufwiegen.<sup>551</sup>

**1050.** Der Staat muss im Verhältnis zu den Medien den möglichen Spannungen zwischen dem Schutz der Meinungsvielfalt und den Belangen des Wettbewerbsschutzes Rechnung tragen. Diese Spannungen traten auch im Rahmen mehrerer Entscheidungen der Kartellbehörden und Gerichte im Berichtszeitraum zutage. Daneben spielten sie eine Rolle bei mehreren Gesetzgebungsmaßnahmen, die allerdings an dieser Stelle nicht zu würdigen sind.<sup>552</sup>

## 7.2.2 Videoportale privater und öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten

**1051.** Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum seine Verfahrenspraxis zum Aufbau von Online-Videoportalen im Rahmen von Gemeinschaftsunternehmen (Joint Ventures) fortgesetzt.<sup>553</sup> In diesem Rahmen hat es Bedenken gegen eine gemeinsame Videoplattform von ARD und ZDF geltend gemacht („Germany's Gold“). Diese Plattform sollte entgeltpflichtig betrieben werden, sodass der Markt für Video-on-Demand betroffen war. Die Bedenken des Amtes beruhten darauf, dass die Sendergruppen schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkungen (Kernbeschränkungen) vereinbart hatten, deren Spürbarkeit nach der Natur der Beschränkungen und auch aufgrund des Absatzpotenzials und der Gebührenfinanzierung der Programmbibliotheken der beteiligten Sender außer Zweifel stand. Aus Sicht des Amtes gab es keine ausreichende Begründung dafür, dass die Sender die relevanten Inhalte nicht unabhängig voneinander vermarkteten.<sup>554</sup> Die beiden Sendergruppen haben das Projekt einer gemeinsamen Videoplattform zwischenzeitlich aufgegeben.<sup>555</sup>

549 Vgl. etwa EGMR, Urteil vom 24. November 1993, Nr. 36/1992/381/455-459 – Informationsverein Lentia u.a., EuGRZ 1994, 549 (550 f.).

550 Dazu wurde im Rundfunkbereich die Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich gegründet; siehe § 35 II Nr. 3 des Staatsvertrags für Rundfunk und Telemedien (Rundfunkstaatsvertrag - RStV -) vom 31. August 1991, in der Fassung des Fünfzehnten Rundfunkänderungsstaatsvertrags vom 15./17.12.2010; konsolidierte Fassung, <http://revosax.sachsen.de/Details.do?sid=8123214875820>, Abruf am 16. Juni 2014.

551 Vgl. nachfolgend Abschnitt 7.2.2.

552 Z. B. die Gesetzgebung zu sogenannten Snippets (§ 87f Abs. 1 UrhG) und zur Einführung eines Rundfunkbeitrags (Art. 1 des Fünfzehnten Staatsvertrags zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge),

553 Vgl. schon zuvor BKartA, Entscheidung vom 17. März 2011, B6-94/10.

554 Vgl. BKartA, Pressemitteilung vom 11. März 2013.

555 Vgl. BKartA, Pressemitteilung vom 16. September 2013.

**1052.** In einem weiteren Fall bestätigte das OLG Düsseldorf eine frühere Verfügung des Bundeskartellamtes, in welcher den Sendern RTL und ProSiebenSat.1 der Aufbau und Betrieb einer gemeinsamen Netz-Plattform im Stile der Mediatheken der öffentlich-rechtlichen Sender untersagt wurde („Amazonas“).<sup>556</sup> Das Oberlandesgericht teilte in diesem Fall die Bedenken des Amtes, dass das Gemeinschaftsunternehmen ein beherrschendes Duopol der beiden Sendergruppen auf dem Fernseh-Werbemarkt weiter verstärken werde. Außerdem handle es sich um eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung, die nicht gerechtfertigt sei. Eine Rechtsbeschwerde gegen die Entscheidung des Oberlandesgerichts wurde nicht zugelassen.

**1053.** Die Position des Bundeskartellamtes im Fall der Videoplattform von ARD und ZDF ist bei den betroffenen Sendern auf Unverständnis gestoßen. Sie verwiesen darauf, dass das geplante Videoportal Verbrauchern ein hochwertiges und zeitgemäßes Angebot von Medieninhalten zur Verfügung gestellt hätte. Das Bundeskartellamt hat den Sendern allerdings ein solches Angebot nicht untersagt. Die Bedenken des Bundeskartellamtes richteten sich allein dagegen, dass die dazu geplante Zusammenarbeit in dem von den Beteiligten vorgesehenen Umfang nicht erforderlich und mit schwerwiegenden Wettbewerbsbeschränkungen verbunden war und außerdem auf einem bereits verzerrten Markt zu einer Marktverschließung geführt hätte, die die Sender zum Nachteil der Verbraucher hätten ausnutzen können.<sup>557</sup> Die Entscheidung des Amtes begegnet insofern keinen Bedenken.

**1054.** Die Entscheidungspraxis zu Videoplattformen hat bei den Marktteilnehmern allerdings auch allgemeine und weiterreichende Kritik hervorgerufen. Branchenvertreter aus dem Rundfunk- und Pressebereich beanstanden schon seit Längerem, dass das Amt künstlich den Markt segmentiere und in realitätsferner Weise den Wettbewerb von Medienangeboten im Internet ausblende. Soweit die Entscheidungspraxis gerichtlich gebilligt werde und durch das geltende Recht vorgegeben sei, stelle sich die Frage, ob der rechtliche Rahmen zur aktuellen Transformationsphase der Medien passe.<sup>558</sup>

**1055.** Diese grundsätzliche Kritik ist aus der unbeteiligten Perspektive der Monopolkommission zwar verständlich, erscheint allerdings – jedenfalls bezogen auf die Entscheidungen des Amtes zu Videoplattformen – nicht berechtigt. Nach dem aktuellen Verständnis der Monopolkommission entzündet sich die Kritik der Marktteilnehmer an dem Umstand, dass die Kartellbehörden auch im Medienbereich grundsätzlich von einer Marktbeurteilung auf Basis des traditionellen Bedarfsmarktkonzepts ausgehen. Das bedeutet, dass der Wettbewerb grundsätzlich in Bezug auf diejenigen Produkte zu beurteilen ist, die von den Abnehmern als austauschbar angesehen werden.<sup>559</sup> Es besteht zunächst durchaus ein Risiko, dass bei einer solchen Beurteilung die Besonderheiten der Medienmärkte aus dem Blick geraten.

**1056.** Denn Transaktionen im Medienbereich weisen besondere Eigenschaften auf. Es ist daran zu erinnern, dass Medienunternehmen Leistungen erbringen, die nicht nur für den wirtschaftlichen Wettbewerb relevant ist, sondern auch für den Austausch und den Wettbewerb von Inhalten und Meinungen. Insbesondere die Fernsehsender stellen für die Verbraucher ein inhaltlich mehr oder weniger gleichwertiges Angebot bereit. Dieser Umstand hat Einfluss auf das Verhalten der Mediennutzer und wirkt insofern auch auf die Wettbewerbssituation zurück. Man spricht von medienübergreifenden („cross-medialen“) Effekten.

**1057.** Bei der kartellbehördlichen Beurteilung der Wettbewerbssituation wird eine Gesamtbetrachtung vorgenommen. Deshalb kann auch bei einer Prüfung auf Basis der herkömmlichen kartellbehördlichen Markt-

---

<sup>556</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. August 2012, VI – Kart 4/11 (V); vgl. dazu BKartA, Pressemeldung vom 8. August 2012; zu dem Fall auch Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 733 ff.

<sup>557</sup> Vgl. EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11 vom 14. Januar 2011, S. 1, Tz. 230 ff., insb. Tz. 234, 237.

<sup>558</sup> So o. A., Ex-RTL-Chefredakteur kritisiert Plattform-Verbote, dpa/Bild, 16. Oktober 2013; Schmid, T., Online-Videoplattform „Germany's Gold“ wird nicht realisiert, dpa/Westfälische Nachrichten, 16. September 2013.

<sup>559</sup> EU-Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. 1997 C 372 vom 9. Dezember 1997, S. 5, Tz. 15.

abgrenzung einer Marktverknüpfung durch cross-mediale Effekte Rechnung getragen werden. Eine solche Marktverknüpfung kann grundsätzlich auf Nachfrage- oder auf Angebotsseite vorliegen:

- Eine nachfrageseitige Marktverknüpfung liegt z. B. bei Nachschlagewerken vor. Nachschlagewerke sind gedruckt und online erhältlich und finanzieren sich jeweils auf unterschiedliche Weise. Dennoch geht von den Nutzern der Nachschlagewerke zu bestimmten Themen eine einheitliche Nachfrage nach dem Inhalt aus.<sup>560</sup>
- Eine angebotsseitige Marktverknüpfung lag z. B. in dem vor Jahren geplanten Zusammenschluss zwischen einem Presseverlag und einem Fernsehsender vor, bei dem die Beteiligten sich Vorteile durch eine aufeinander abgestimmte Werbestrategie erhofften (Cross-Promotion).<sup>561</sup>

Im Rundfunk und Fernsehen besteht jeweils eine nachfrageseitige Marktverknüpfung innerhalb desselben Mediums. Die Sendeunternehmen zielen mit inhaltlich konkurrierenden Angeboten an Rundfunk- und Fernsehübertragungen auf dieselbe potenzielle Gesamtnachfrage ab, und zwar gänzlich unabhängig davon, wie sie ihr inhaltliches Angebot finanzieren. Daneben erwächst den Sendeunternehmen medienübergreifend durch Angebote im Internet eine weitere inhaltliche Konkurrenz. Beides ist bei der kartellbehördlichen Prüfung zu berücksichtigen.

**1058.** Daneben wird berücksichtigt, dass es sich bei Medienmärkten im Grundsatz um zweiseitige Märkte handelt, da Medienunternehmen typischerweise zum einen ein inhaltliches Angebot und zum anderen ein Angebot von Werbeflächen oder -zeiten machen können. Auf zweiseitigen Märkten ist die Nachfrage auf einem Markt (z. B. Zuschauer, Leser) Teil des Angebots auf dem anderen Markt (z. B. Reichweite von Werbung). Ein zweiseitiges Angebot besteht grundsätzlich im Bereich der Presse. In Rundfunk und Fernsehen hängt der Umfang des Werbeangebots hingegen davon ab, wie das betreffende Sendeunternehmen sein inhaltliches Angebot finanziert. In Deutschland gibt es insofern drei Modelle (zuschauer-, werbe- oder beitragsfinanziert). Soweit die betreffenden Sender auf eine Finanzierung durch Werbung verzichten, ist allerdings die Möglichkeit einer solchen Finanzierung bei der Prüfung eventueller cross-medialer Effekte gleichwohl zu berücksichtigen. Eine zweiseitige Verknüpfung von Märkten ist bei Online-Medien ebenfalls möglich.

**1059.** Die Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes in Bezug auf Videoportale steht zu diesen Grundsätzen nicht im Widerspruch. Das Plattformprojekt der privaten Sendergruppen RTL und ProSiebenSat1 war nicht freistellungsfähig, nicht zuletzt gerade wegen der in diesem Fall zuungunsten der Beteiligten wirkenden cross-medialen Effekte auf den Fernsehwerbemarkt. Das Bundeskartellamt hat auch im nachfolgenden Fall der Videoplattform von ARD und ZDF marktübergreifende Wirkungen berücksichtigt, indem es den beihilfebedingten Wettbewerbsvorteil in Rechnung gestellt hat, der den staatlichen Sendeunternehmen aufgrund ihrer Beitragsfinanzierung zugutekommt. Dagegen standen in diesem Verfahren cross-mediale Effekte offensichtlich nicht im Vordergrund. Der anwaltliche Vertreter der beiden Sendergruppen hat auch in einer Stellungnahme zu dem Fall die Besonderheiten des öffentlichen Fernsehens hervorgehoben, ohne sich vertieft zur inhaltlichen Konkurrenz aus dem Internet zu äußern.<sup>562</sup>

**1060.** Die Monopolkommission hält die wettbewerbliche Einschätzung der untersuchten Videoportale durch das Bundeskartellamt nach den gegenwärtig verfügbaren Informationen für vollauf überzeugend. Sie nimmt die von Medienvertretern weitergehend geäußerte Kritik gleichwohl ernst und behält sich eine ausführlichere Untersuchung der Wettbewerbssituation auf den Medienmärkten vor.

---

<sup>560</sup> Vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht 2009/2010, BT-Drs. 17/6640 vom 20. Juli 2011, S. 97 f. (zu Brockhaus/Wikipedia); dazu auch schon Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 571 ff.

<sup>561</sup> Vgl. BKartA, Entscheidung vom 19. Januar 2006, B6-103/05.

<sup>562</sup> Vgl. Mailänder, P.K., Das Verfahren hatte eine politische Dimension; promedia-Ausgabe Nr. 11/2013; <http://www.medienpolitik.net/2013/10/das-verfahren-hatte-eine-politische-dimension/>, Abruf am 6. Mai 2014.

### 7.2.3 Verteidigung des Systems des deutschen Presse-Grosso

**1061.** Ein Gegenstand gerichtlicher Entscheidung war im Berichtszeitraum erneut die Frage, ob das zentrale Verhandlungsmonopol des Bundesverbands Presse-Grosso gegen europäisches Wettbewerbsrecht verstoße. Diese Frage war im Rahmen eines schon seit Längerem bestehenden Streits eines führenden deutschen Zeitschriftenverlags mit Mitgliedern des Bundesverbandes Deutscher Buch-, Zeitungs- und Zeitschriften-Grossisten e.V. (BVPG) zu klären, in dem BGH in vergangenen Jahren bereits zu Grossistenkündigung entschieden hatte.<sup>563</sup> Die Monopolkommission hat die Erosion des bestehenden Kartells der unmittelbar Beteiligten im Presse-Grosso bereits seit Längerem mitverfolgt.<sup>564</sup>

**1062.** Das LG Köln hatte bereits im Jahr 2012 entschieden, dass die zentralen Preis- und Konditionenverhandlungen des BVPG eine abgestimmte Verhaltensweise der Pressegrossisten darstelle, die geeignet sei, den potentiellen Wettbewerb der Grossisten zu beschränken, und die nicht gerechtfertigt sei.<sup>565</sup> Es war für das Landgericht nicht nachvollziehbar, warum es bundeseinheitlich und auch bei verschiedenen strukturierten Grossegebieten gleicher Preise und Leistungskonditionen bedürfe. Ein Preis- und Konditionenwettbewerb berühre nicht die tragenden Pfeiler des Presse-Grosso, nämlich Vollsortiment, Dispositionsrecht, Remissionsrecht, Preisbindung und Neutralität. Die Infragestellung des bislang üblichen Alleingebietsgrosso durch individuelle Verhandlungen bzw. durch den Aufbau eines Wettbewerbs-Grosso sei wettbewerbsrechtlich unbedenklich. Das gelte jedenfalls dann, wenn ein Wettbewerb um Preise und Konditionen nicht dazu führe, dass einzelne Presseunternehmen ihre Erzeugnisse nicht mehr zu angemessenen Bedingungen vertreiben könnten. Nach dem Vorbringen der Klägerin war nicht ersichtlich, weshalb dies hier der Fall sein sollte.

**1063.** Der Gesetzgeber hat im Rahmen der 8. GWB-Novelle auf die Entscheidung des LG Köln reagiert, indem er unter Beteiligung des BVPG eine Regelung in das Gesetz eingefügt hat, wonach Presseverlage und Presse-Grossisten zur Sicherstellung eines flächendeckenden und diskriminierungsfreien Vertriebs von Zeitungen und Zeitschriften im stationären Einzelhandel mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne von Art. 106 Abs. 2 AEUV betraut sind.<sup>566</sup> Die Monopolkommission hat diese Sonderregelung in mehreren Pressemitteilungen kritisiert.<sup>567</sup>

**1064.** Das OLG Düsseldorf hat zwischenzeitlich die vom BVPG eingelegte Berufung gegen das Urteil zurückgewiesen. In seinem Urteil hat das Oberlandesgericht eine wirksame Betrauung mit der Begründung abgelehnt, dass die Neuregelung den Presse-Grossisten keine Verpflichtung auferlege, eine bestimmte Leistung zu erbringen.<sup>568</sup> Aus der Politik wurden daraufhin Stimmen laut, im Kartellrecht „nachzubessern“, um das Solidarsystem des Presse-Grosso und damit die Pressevielfalt abzusichern.

**1065.** Die Monopolkommission hält die Entscheidungen der beiden Gerichte im Ergebnis für zutreffend. An dieser Beurteilung würde auch eine „Nachbesserung“ der gesetzlichen Regelung nichts ändern. Diese Regelung ist nur zu rechtfertigen, wenn und soweit die im Presse-Grosso-System vereinbarten Wettbewerbsbeschränkungen zur Sicherstellung der Pressevielfalt wirklich erforderlich sind.<sup>569</sup> Sie ist funktionslos, da es bisher keine Anhaltspunkte dafür gibt, dass das Presse-Grosso bundeseinheitlich gleiche Preise und

<sup>563</sup> BGH, Urteil vom 24. Oktober 2011, KZR 7/10 – Grossistenkündigung, WuW/E DE-R 3446 = NJW 2012, 773.

<sup>564</sup> Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 696 ff.

<sup>565</sup> LG Köln Urteil vom 14. Februar 2012, 88 O (Kart) 17/11, GRUR-RR, 171.

<sup>566</sup> § 30 Abs. 2a S. 2 GWB.

<sup>567</sup> Vgl. Monopolkommission, Pressemitteilung vom 18. Juni 2013 zur 8. GWB-Novelle und „Wunschzettel“ für die aktuelle Legislaturperiode: Wettbewerb stärken – Reformen entschlossen angehen, vgl. Monopolkommission, Pressemitteilung vom 6. November 2013.

<sup>568</sup> OLG Düsseldorf, Urteil vom 26. Februar, 2014, VI – U (Kart) 7/12, NZKart 2014, 154. Der BVPG hat Nichtzulassungsbeschwerde beim Bundesgerichtshof eingelegt.

<sup>569</sup> EuGH, Urteil vom 28. Februar 2013, C-1/12 – Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, noch nicht in aml. Slg., Rz. 106.

Konditionen erfordert. Die Monopolkommission fordert den Gesetzgeber deshalb auf, die Sonderregelung für das Presse-Grosso zu streichen.

### 7.3 Krankenversicherung

**1066.** Die deutschen Wettbewerbsregeln im Bereich der Krankenversicherung sind auch nach der 8. GWB-Novelle nicht zufriedenstellend, was die kartellbehördliche Praxis beeinträchtigt.<sup>570</sup> Hinsichtlich des europäischen Rechts ist die Rechtsauffassung der gesetzgebenden Körperschaften auf Basis der europäischen Rechtsprechung im Berichtszeitraum und der einschlägigen Kommissionsleitlinien unzutreffend.

#### 7.3.1 Rechtswegzersplitterung im Verfahrensrecht

**1067.** Besonders kritisch ist die weitergehende Rechtswegzersplitterung im wettbewerblichen Verfahrensrecht zu sehen. So sind die Zivilgerichte für Klagen wegen Wettbewerbsverstößen im Sinne des GWB und für Klagen von privaten Krankenversicherungsunternehmen und Verbraucherschutzorganisationen wegen unlauteren Wettbewerbs zuständig. Dagegen können die Sozialgerichte für Klagen wegen unlauteren Wettbewerbs von gesetzlichen Krankenkassen untereinander zuständig sein.<sup>571</sup> Die Zivilgerichte sind für Rechtsmittel der gesetzlichen Krankenkassen gegen behördliche Bescheide nach dem allgemeinen Kartellrecht zuständig, dagegen die Sozialgerichte für Rechtsmittel in Fällen der Zusammenschlusskontrolle.

**1068.** Diese Rechtswegzersplitterung führt bei den Kartellbehörden nachvollziehbar zu großer Zurückhaltung bei der Überprüfung einzelner Vorgänge im Bereich der Krankenversicherung. Diese Situation erscheint wettbewerbspolitisch durchaus problematisch.

#### 7.3.2 Gemischtes Bild im materiellen deutschen Recht

**1069.** Im materiellen Recht hat die 8. GWB-Novelle Verbesserungen gebracht, doch gehen diese aus Sicht der Monopolkommission nicht weit genug. Zu begrüßen ist die gesetzliche Klarstellung, dass freiwillige Vereinigungen von gesetzlichen Krankenkassen der kartellrechtlichen Zusammenschlusskontrolle unterliegen. Dagegen ist zu kritisieren, dass der Anwendungsbereich des allgemeinen Kartellrechts auch in der 8. GWB-Novelle nicht auf das Verhältnis der Krankenkassen untereinander und im Verhältnis zu den Versicherten erstreckt worden ist. Dabei soll keineswegs in Abrede gestellt werden, dass in einem solchen Fall zusätzliche Regelungen erforderlich sein könnten, um den Besonderheiten der gesetzlichen Krankenversicherung (Solidarsystem) Rechnung zu tragen.

**1070.** Die Gründe, die im Gesetzgebungsverfahren für den völligen Verzicht auf eine Erstreckung des Anwendungsbereichs des allgemeinen Kartellrechts auf die gesetzlichen Krankenkassen herangezogen wurden, sind indes nicht überzeugend. So wurde im Gesetzgebungsverfahren insbesondere vorgebracht, eine Erweiterung der Anwendung des allgemeinen deutschen Kartellrechts auf die Krankenkassen würde zu einer deutlichen Verschlechterung der Versorgungssituation und der Rechte gesetzlich Krankenversicherter führen.<sup>572</sup> Dieser Annahme liegt ein falsches Grundverständnis zugrunde: Wettbewerb auf Anbieterseite lässt grundsätzlich die Verbraucher auf Nachfrageseite profitieren (und umgekehrt). Das Fehlen von Wettbewerb belässt den Anbietern hingegen Spielräume, die sie zum Nachteil der Nachfrageseite ausnutzen können. Dies bleibt nun hinsichtlich des Verhältnisses der Krankenkassen zu den gesetzlich Krankenversicherten der Fall. In dem Gesetzesbeschluss des Deutschen Bundestages vom 18. Oktober 2012 war auch vorgesehen, dass bei

<sup>570</sup> Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 63, Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht, Baden-Baden 2012, Tz. 130 ff.

<sup>571</sup> BGH, Urteil vom 9. November 2006, I ZB 28/06, Rz. 10, 13 – Gesamtzufriedenheit; Beschluss vom 17. August 2011, I ZB 7/11, Rz. 8 ff - Radiologisch-diagnostische Untersuchungen (maßg., auf welche Vorschriften der Anspruch gestützt wird).

<sup>572</sup> Bundesrat, BR-Drs. 641/12 (Beschluss) vom 23. November 2012, S. 3.

der Anwendung des deutschen Kartellrechts der Versorgungsauftrag der Krankenkassen zu berücksichtigen sei.

**1071.** Weitere Bedenken gegenüber einer Anwendung des allgemeinen Kartellrechts betrafen Kostensteuerungsmechanismen aufgrund von verbandsmäßiger Koordination (z. B. Arzneimittelrabattverträge), die künftig infrage gestellt wären.<sup>573</sup> Die zugrunde liegenden Annahmen zur wettbewerblichen Rechtslage treffen jedoch nicht zu. Das deutsche Kartellrecht enthält kein generelles Kooperationsverbot, sondern es gestattet vielmehr Kooperationen, die objektiv erforderlich sind, um komplementäre Tätigkeiten, Fähigkeiten oder Vermögenswerte zusammenzuführen, oder deren wettbewerbsfördernde Wirkungen die wettbewerbsschädlichen Auswirkungen überwiegen. Kooperationen zugunsten der Versicherten sind demnach typischerweise zulässig. Außerdem gilt ein sowohl vom Gesetzgeber vorgesehener als auch vom Bundeskartellamt anerkannter Vorrang des Sozialrechts.<sup>574</sup> Soweit das Sozialrecht den Krankenkassen ein bestimmtes Verhalten vorschreibt, bleibt von vornherein kein Raum für Wettbewerb und damit auch kein Raum für eine wettbewerbsrechtliche Überprüfung.

**1072.** Schließlich ist die Annahme, die Mechanismen und die Aufsicht der Krankenkassen nach SGB V seien ausreichend und eine zusätzliche wettbewerbliche Aufsicht führe zu einem ungerechtfertigten bürokratischen Mehraufwand, zu hinterfragen.<sup>575</sup> Die Monopolkommission hat bereits zuvor auf die wettbewerblichen Risiken hingewiesen, die nach der – weitgehend unverändert gebliebenen – Rechtslage bestehen und durch das Sozialrecht bislang nicht behoben werden.<sup>576</sup>

### 7.3.3 Anwendungsbereich des europäischen Wettbewerbsrechts

**1073.** Der Bundesrat ist im Gesetzgebungsverfahren von der Auffassung ausgegangen, dass eine entsprechende Anwendung des deutschen Kartellrechts auf die gesetzlichen Krankenkassen die Wahrscheinlichkeit erhöhe, dass der Europäische Gerichtshof in seiner zukünftigen Rechtsprechung die Unternehmenseigenschaft der Krankenkassen bejahen und dass dann das europäische Wettbewerbsrecht für das gesamte deutsche Gesundheitswesen gelten werde.<sup>577</sup> Diese Auffassung erscheint aus mehreren Gründen unzutreffend.

**1074.** Das europäische Recht bildet eine autonome Rechtsquelle, die vom Anwendungsbereich des deutschen Kartellrechts unabhängig ist.<sup>578</sup> Die Unternehmenseigenschaft der Krankenkassen nach europäischem Recht bemisst sich zudem allein nach der Ausgestaltung der Tätigkeit der Krankenkassen nach dem Sozialrecht. Deshalb lässt sich schon im Ansatz nicht nachvollziehen, dass eine Vorschrift, die das GWB auf Krankenkassen für entsprechend anwendbar erklärt, Auswirkungen auf die Beurteilung der Krankenkassen als Unternehmen im Sinne des europäischen Kartellrechts haben soll.

**1075.** Davon abgesehen dürfte die Annahme, dass das europäische Recht im Verhältnis der Krankenkassen untereinander und im Verhältnis zu den Versicherten unanwendbar ist, vor dem Hintergrund der europäischen Rechtsprechung im Berichtszeitraum und der einschlägigen Kommissionsleitlinien von 2012 zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nicht mehr haltbar sein. Hierbei ist freilich in Rechnung zu stellen, dass die europäische Rechtslage bisher unklar war.<sup>579</sup>

<sup>573</sup> Ebenda, S. 4.

<sup>574</sup> Vgl. Ausschuss für Wirtschaft und Technologie (9. Ausschuss), BT-Drs. 17/11053, S. 20; BKartA, Tätigkeitsbericht 2011/2012, BT-Drs. 17/13675 vom 29. Mai 2013, S. 14.

<sup>575</sup> Dazu Bundesrat, BR-Drs. 641/12 (Beschluss) vom 23. November 2012, S. 3.

<sup>576</sup> Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 63, a. a. O., Tz. 131.

<sup>577</sup> Bundesrat, BR-Drs. 641/12 (Beschluss) vom 23. November 2012, S. 7 f.

<sup>578</sup> EuGH, Urteil vom 15. Juli 1964, 6/64 – Costa / E.N.E.L., Slg. 1964, 1253, Ls. 3, u. S. 1269.

<sup>579</sup> Deshalb auch Monopolkommission, Sondergutachten 63, a. a. O., Tz. 132, wonach „die Anwendbarkeit des europäischen Wettbewerbsrechts [...] – jedenfalls gegenwärtig – ausgeschlossen [sei].“

**1076.** Ein „Unternehmen“ im Sinne des europäischen Rechts ist eine Einheit, die eine „wirtschaftliche Tätigkeit“ ausübt.<sup>580</sup> Es ist nach den tatsächlichen Gegebenheiten zu prüfen, ob dies der Fall ist. Das Vorliegen oder Fehlen einer Gewinnerzielungsabsicht ist dabei ohne Belang.<sup>581</sup> Eine wirtschaftliche Tätigkeit ist dann anzunehmen, wenn die betreffende Einheit selbständig, d. h. ohne dazu gesetzlich gezwungen zu sein, Güter oder Dienstleistungen auf einem Markt anbietet (Marktprinzip).<sup>582</sup> Den Gegensatz zur selbständigen Bedarfsdeckung nach dem Marktprinzip bilden Leistungen nach dem Solidaritätsprinzip, also Leistungen, auf die die Nachfrageseite einen von den Anbietern zu erfüllenden gesetzlichen Anspruch hat.<sup>583</sup>

**1077.** Der mitgliedstaatliche Gesetzgeber ist frei, wie er die betreffenden Leistungen organisiert.<sup>584</sup> Er kann somit dem Solidaritätsprinzip den Vorrang geben, bspw. wenn dies erforderlich ist, weil es auch um Leistungen an Bedürftige geht, welche diese Leistungen nicht nach Marktpreisen bezahlen können. Der Gesetzgeber kann auch zwei Systeme nebeneinander bestehen lassen, wie dies nach der Konzeption der deutschen Krankenversicherung mit gesetzlicher und privater Krankenversicherung der Fall ist.

**1078.** Ein nach dem Solidaritätsprinzip organisiertes System setzt jedoch stets voraus, dass das Leistungsangebot gesetzlich festgelegt ist. Dies ist bei den gesetzlichen Krankenkassen grundsätzlich dann der Fall, wenn sie nur die Gesetze anwenden und keine Möglichkeit haben, auf die Höhe der Beiträge, die Verwendung der Mittel und die Bestimmung des Leistungsumfangs Einfluss zu nehmen.<sup>585</sup> Innerhalb des Solidarsystems kann der Gesetzgeber den Krankenkassen auch die Möglichkeit zu einem gewissen Wettbewerb um Mitglieder einräumen. Das kann er tun, indem er den Krankenkassen einen Spielraum gewährt, um selbst ihre Beitragssätze festzulegen. Ein solcher Spielraum soll ein ordnungsgemäßes Funktionieren des Systems nach den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit gewährleisten, d. h. eine möglichst effiziente und kostengünstige Tätigkeit der Krankenkassen.<sup>586</sup> Anders ist es zu beurteilen, wenn den Krankenkassen ein so weitgehender Spielraum eingeräumt wird, dass sie über die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit hinaus Kunden akquirieren können. Dies gilt insbesondere, wenn gesetzliche Krankenkassen auch Kunden von außerhalb des Solidarsystems gewinnen können – also von den privaten Krankenversicherungen. Allerdings kommt es nicht auf die versicherungsrechtliche Grenzziehung zwischen der gesetzlichen und der privaten Krankenversicherung an.<sup>587</sup> Entscheidend ist, ob die Kassen in Bezug auf ihre Leistungen und die Verwendung ihrer Mittel – also über einen Beitragswettbewerb zur Erhöhung ihrer Kosteneffizienz nach Wirtschaftlichkeitsgrundsätzen hinaus – tatsächlich in einen Wettbewerb um Kunden eintreten. Davon ist insbesondere dann auszugehen, wenn die gesetzlichen Krankenkassen zur Kundenakquisition auch auf die Verwendung ihrer Mittel und die Bestimmung des Leistungsumfangs Einfluss nehmen können.

**1079.** Entsprechende Grundsätze gelten, soweit die betreffenden Krankenkassen nicht als Anbieter, sondern als Nachfrager von Leistungen tätig sind. Allerdings ist hierbei zu beachten, dass bei der Beurteilung der Einkaufstätigkeit nach der europäischen Rechtsprechung der Kauf nicht von der späteren Verwendung zu trennen ist und dass der wirtschaftliche oder nicht-wirtschaftliche Charakter der späteren Verwendung deshalb den Charakter der Einkaufstätigkeit bestimmt.<sup>588</sup>

**1080.** Im Berichtszeitraum wurde nunmehr klargestellt, dass Einheiten eines nach dem Solidaritätsprinzip organisierten Leistungssystems eine Doppelfunktion ausüben können. Es bedarf mithin einer Einzelfall-

---

580 EU-Kommission, Mitteilung über die Anwendung der Beihilfenvorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (nachfolgend: Mitteilung zur Daseinsvorsorge), ABl. 2012 C 8 vom 11. Januar 2012, S. 4, Tz. 9.

581 Ebenda, Tz. 9.

582 Ebenda, Tz. 11.

583 EuGH, Urteil vom 16. März 2004, Verb. Rs. C-264/01 u.a. - AOK Bundesverband, Slg. 2004, I-2493, Rz. 47; siehe auch EU-Kommission, Entwurf einer Mitteilung, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe, Tz. 21.

584 EU-Kommission, Mitteilung zur Daseinsvorsorge, ABl. 2012 C 8, vom 11. Januar 2012, S. 4, Tz. 12.

585 EuGH, Urteil vom 16. März 2004, Verb. Rs. C-264/01 u.a. - AOK Bundesverband, Slg. 2004, I-2493, Rz. 47.

586 Ebenda, Rz. 56.

587 EU-Kommission, Mitteilung zur Daseinsvorsorge, ABl. 2012 C 8, S. 4 vom 11. Januar 2012, Tz. 13.

588 EuGH, Urteil vom 11. Juli 2006, C-205/03 P – FENIN, Slg. 2006, I-6295, Rz. 26.

betrachtung, um festzustellen, ob ihre jeweilige Tätigkeit einem sozialen oder einem wirtschaftlichen Zweck zuzuordnen ist.<sup>589</sup> Nach nach den gegenwärtigen Regelungen des SGB V sind die gesetzlichen Krankenkassen jedoch in einem zumindest eingeschränkten Rahmen wirtschaftlich tätig. Die gesetzlichen Krankenkassen unterliegen z. B. in ihrer Werbung keinen besonderen rechtlichen Grenzen.<sup>590</sup> Sie können zusätzliche Leistungen und Wahltarife anbieten, auch unabhängig von dem für sie geltenden Gebot der Kostensenkung (§ 12 SGB V).<sup>591</sup> Sie können in Modellvorhaben Erstattungssätze und Boni bestimmen und haben Einfluss auf Prämien und die Festlegung der Rücklage.<sup>592</sup> Zumindest insoweit die Kassen solche Freiheiten genießen, durch die sie selbst ihr Angebot zur Kundenakquisition (mit-)gestalten können, üben sie eine wirtschaftliche Tätigkeit aus. Sie sind insofern Unternehmen im Sinne des europäischen Wettbewerbsrechts.

**1081.** Die Ausgestaltung der gesetzlichen Krankenversicherung als teilweise unternehmerische Tätigkeit führt entgegen der Auffassung des Gesetzgebers zwar nicht dazu, dass das europäische Wettbewerbsrecht für das gesamte deutsche Gesundheitswesen gilt. Sie impliziert allerdings, dass die gesetzlichen Regelungen, die den Krankenkassen die Möglichkeit zur unternehmerischen Tätigkeit eröffnen, nach Art. 106 Abs. 1 AEUV und Art. 107 ff. AEUV überprüfbar sind, soweit die Anwendung der europäischen Wettbewerbsregeln nicht die Erfüllung der den Krankenkassen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert (vgl. Art. 106 Abs. 2 AEUV). Die Tätigkeit der einzelnen Krankenkassen unterliegt mit derselben Einschränkung den Art. 101 ff. AEUV, sofern sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen kann.

#### 7.3.4 Betrachtung des Gesamtmarkts und Ausblick

**1082.** Der Krankenversicherungsmarkt als Ganzes (gesetzlich/privat) hat sich im Berichtszeitraum dynamisch weiter entwickelt. Dabei war eine kartellbehördliche Überprüfung einzelner Vorgänge aufgrund der schwierigen und teilweise unklaren Rechtslage nur sehr eingeschränkt möglich. Derweil haben sich Hinweise auf strukturelle Wettbewerbsprobleme in der privaten Krankenversicherung ergeben, da dort ein Versicherungswechsel in der Praxis weiter auf erhebliche Schwierigkeiten trifft. Die Monopolkommission begrüßt, dass die Regierungskoalition in ihren Koalitionsverhandlungen darüber einig war, dass das deutsche Krankenversicherungssystem weiter entwickelt werden muss, um seine Zukunftsfähigkeit dauerhaft sicherzustellen. Eine solche Weiterentwicklung muss marktkonform erfolgen, wobei der möglichen Anwendung der europäischen Wettbewerbsregeln Rechnung zu tragen ist. Die Monopolkommission behält sich deshalb vor, die Krankenversicherungsmärkte in absehbarer Zeit erneut zu begutachten.<sup>593</sup>

## 8 Verfahrensrelevanz quantitativer Methoden

**1083.** Seitdem die Europäische Kommission Ende der 1990er Jahre einen „more economic approach“ in der Wettbewerbspolitik proklamiert, binden auch nationale Behörden ökonomische Analysen in ihre Entscheidungsfindungsprozesse vermehrt ein.<sup>594</sup> Mit der Gründung des Referates G 3 „Ökonomische Grund-

589 GA Bot, Schlussanträge vom 4. Juli 2013, C-59/12 – BKK Mobil Oil, noch nicht in amtl. Slg., Rz. 28-30 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 16. März 2004, Verb. Rs. C-264/01 u.a. - AOK Bundesverband, Slg. 2004, I-2493, Rz. 58 f.

590 § 4 Abs. 3 S. 2, Abs. 5 SGB V. Es greifen allerdings die Grenzen aus dem Recht des unlauteren Wettbewerbs; siehe EuGH, Urteil vom 3. Oktober 2013, C-59/12 – BKK Mobil Oil, noch nicht in amtl. Slg.

591 §§ 11 Abs. 6, 53 Abs. 4 SGB V.

592 §§ 63 ff., insb. § 64 Abs. 3; §§ 242 Abs. 2, 261 Abs. 2 SGB V.

593 Vgl. zuletzt Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 1034 ff.

594 Vgl. etwa Hellwig, M., Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit? Zur normativen Grundlegung der Wettbewerbspolitik, in: Engel, C./Möschel, W. (Hrsg.), Recht und spontane Ordnung. Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum 80. Geburtstag, Baden-Baden 2006, S. 231-268; Gual, A., u.a., An Economic Approach to Article 82, Competition Policy International 2, 2006, S. 111-154; Monti, M., A Reformed Competition Policy: Achievements and Challenges for the Future, Rede vom 28. Oktober 2004, Competition Policy Newsletter Number 3, Autumn 2004; Kroes, N., Tackling Exclusionary Practices to avoid Exploitation of Market Power: Some preliminary Thoughts on the Policy Review of Article 82, Fordham International Law Journal 29(4), 2006; Kommission, Weissbuch über die



satzfragen“ in 2007 hat das Bundeskartellamt seinerseits der wachsenden Bedeutung ökonomischer Analysen in seiner Entscheidungspraxis Ausdruck verliehen.

**1084.** Ökonomische Analysen lassen sich in zwei Kategorien unterteilen: die, welche ausschließlich theoretische Abhandlungen umfassen und ein punktuelles Abbild der Realität zeichnen, und die, welche auf eine Überprüfung der Theorie mittels empirischer Analysen, d. h. datengestützter Analysen unter Verwendung quantitativer Methoden, abzielen. Obgleich Erkenntnisse aus der (industrie-)ökonomischen Literatur bedingt durch den „more economic approach“ bereits in die Amtspraxis Einzug gehalten haben, finden Auswertungen mittels quantitativer Methoden bislang nur vereinzelt Berücksichtigung. Dies beruht vor allem darauf, dass die Durchführung von empirischen Analysen im Allgemeinen und die Anwendung von quantitativen Methoden im Speziellen komplex, zeitaufwendig sowie ressourcenintensiv sind. Mit empirischen Analysen können zudem lediglich Indizien gewonnen und keine Belege ermittelt werden. Dem gegenüber steht für das Bundeskartellamt die verfahrensrechtliche Notwendigkeit, innerhalb der vorgegebenen Fristen verlässliche Informationen für eine sachverhaltsgerechte Entscheidungsfindung zu sammeln.

**1085.** Innerhalb dieses Spannungsfeldes kamen im Berichtszeitraum vielschichtige quantitative Methoden im Rahmen der Datenanalyse in Verfahren des Bundeskartellamtes vereinzelt zur Anwendung.<sup>595</sup> So hat das Bundeskartellamt in fünf Verfahren, welche allesamt die Zusammenschlusskontrolle betrafen, derartige Auswertungen von Amts wegen vorgenommen.<sup>596</sup> In einem Verfahren im Rahmen der Kartell- und Missbrauchsaufsicht wurde eine eingereichte Datenanalyse eines beteiligten Unternehmens im entsprechenden Beschluss gewürdigt.<sup>597</sup> Die Wahl der quantitativen Methoden erfolgte in allen Verfahren einzelfallbezogen und konzentrierte sich vorwiegend auf die der deskriptiven Statistik. Vergleichsweise komplexe Methoden der induktiven Statistik, wie z. B. ökonometrische Methoden in Form von Regressionsanalysen waren in zwei Verfahren Bestandteil der Analyse. In drei der fünf Verfahren, in denen das Bundeskartellamt eine Datenanalyse betrieb, wurden Daten vom Bundeskartellamt anhand von Marktbefragungen eigens erhoben, in den anderen zwei Verfahren wurde auf die bereits von den beteiligten Unternehmen erhobenen Daten zurückgegriffen.

**1086.** Die geringe Anzahl an von vergleichsweise komplexen quantitativen Methoden geprägten Datenanalysen gibt jedoch nicht die generelle Bedeutung von Datenanalysen für die Amtspraxis und von den amtsintern erbrachten konzeptionellen Tätigkeiten in adäquatem Maße wieder. So spielt die Auswertung von Daten mit herkömmlichen quantitativen Methoden wie z. B. bei der Marktabgrenzung bereits heute eine grundlegende Rolle für die Amtspraxis, ohne dass weiterführend komplexe quantitative Analysen vorgenommen werden (müssen).<sup>598</sup> Auch Sektoruntersuchungen stellen datengestützte Analysen dar, die Ressourcen des Bundeskartellamtes absorbieren, was etwa in der mehrjährig andauernden Sektorunter-

---

Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag, Arbeitsprogramm der Kommission Nr. 99/027, 12. Mai 1999, ABl. 1999 C 132 vom 12. Mai 1999, S. 1; BKartA, Wettbewerbsschutz und Verbraucherinteressen im Lichte neuerer ökonomischer Methoden, Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht, 2004.

595 Hierunter werden all jene quantitativen Methoden verstanden, die über die bei einer Datenauswertung grundlegend zur Anwendung kommenden herkömmlichen Methoden der deskriptiven Statistik (z. B. arithmetisches Mittel oder Standardabweichung) hinausgehen wie bspw. statistische Testverfahren (z. B. Verteilungstests) und Methoden der induktiven Statistik (z. B. Regressionsanalyse).

596 Vgl. BKartA, Beschluss vom 19. Dezember 2012, B2-64-12, etwa Tz. 111, Tz. 172 ff.; Beschluss vom 12. März 2012, B1-30/11, etwa Tz. 132 ff.; Beschluss vom 27. März 2013, B2-113/12, etwa Tz. 115 ff., Tz. 189; Beschluss vom 24. April 2012, B3-187/11, etwa Tz. 82 ff., Tz. 109; Beschluss vom 12. Dezember 2012, B3-127-12, etwa Tz. 68ff., Tz. 99 f.

597 Vgl. BKartA, Beschluss vom 27. Dezember 2013, B9-66-10, etwa Tz. 210, 226.

598 Mit herkömmlichen quantitativen Methoden werden all jene Methoden der deskriptiven Statistik verstanden, die bei einer Datenauswertung grundlegend zur Anwendung kommen wie z. B. das arithmetische Mittel, Median, Standardabweichung etc.

suchung Fernwärme deutlich wurde.<sup>599</sup> Zudem besteht u.a. in der Prüfung eingereicherter ökonomischer Gutachten, welche in wachsender Anzahl vorgelegt werden und oftmals vielschichtige quantitative Analysen enthalten und daher wiederum für die Abschätzung des Eigenbedarfs an Datenanalysen zweckdienlich sind, ein permanenter Bezug zu quantitativen Analysen.<sup>600</sup>

**1087.** Dass das BKartA empirischen Analysen sowie der Anwendung quantitativer Methoden eine größere Bedeutung beizumessen scheint und als integralen Bestandteil der Ausübung seiner Amtstätigkeiten auffasst, zeigt sich in dem im Januar 2014 neu aufgestellten Referat G 3A „Datenerfassung und Ökonometrie“. Obgleich die Abspaltung datenbasierter Analysetätigkeiten vom Referat G 3 eine stringente Weiterentwicklung der Amtspraxis darstellt, erscheint sie mittel- bis langfristig nur bei steigendem Bedarf an Datenanalysen und damit einhergehend einer adäquaten Ressourcenaufstockung erforderlich. Die Datenerfassung bzw. -beschaffung versucht das Bundeskartellamt bereits gegenwärtig zu verbessern, indem es z. B. bei Marktbefragungen vermehrt Online-Fragebögen einsetzt. Dieser Prozess der elektronischen Standardisierung sollte durch das neu gegründete Referat tendenziell vorangetrieben werden.

**1088.** Für die Effektivität von datengestützten Analysen sind theoretisches Wissen und praktische Erfahrungen maßgebend. Während praktische Erfahrungen bei einer verstärkten Anwendung gesammelt werden können, lässt sich theoretisches Wissen durch eine Orientierung am aktuellem Forschungsstand, an der gegenwärtigen Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission sowie am externen Sachverstand aneignen. Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, durch einen Erfahrungsaustausch mit anderen Behörden zusätzliches Wissen anzusammeln.<sup>601</sup>

**1089.** Die Monopolkommission begrüßt die Bereitschaft des Bundeskartellamtes zu einer stärkeren Einbindung quantitativer Methoden in die Amtspraxis. Die bisher durchgeführten quantitativen Analysen trugen zu den Verfahrensentscheidungen des Amtes unterstützend bei. Die Monopolkommission betont, dass für eine Etablierung neuartiger und komplexer Methoden eine stets genaue und konsistente Anwendung eine unabdingbare Voraussetzung darstellt. Insbesondere eine konsistente Methodenanwendung sollte für Effizienzsteigerungen und vermehrte Transparenz in der Amtspraxis förderlich sein. Beispielsweise könnten im Rahmen von Fusionsentscheidungen zur Beurteilung der wettbewerblichen Nähe der beteiligten Unternehmen auf Märkten mit heterogenen Produkten verstärkt sogenannte Umlenkungskennziffern (diversion ratios) berechnet werden, für welche es keiner a priori spezifizierten Marktabgrenzung bedarf.<sup>602</sup>

Die Aussagekraft empirischer Analysen ist generell an die Qualität und Quantität der zur Verfügung stehenden Daten geknüpft. Hier können nach Auffassung der Monopolkommission unter Berücksichtigung des Budgets auch private Datenquellen, z. B. Scanningdaten im Lebensmitteleinzelhandel, womöglich eine hochwertige Alternative zu den eigens erhobenen sowie zu den von den Unternehmen übermittelten Daten sein.

<sup>599</sup> Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Fernwärme, Abschlussbericht gemäß § 32 e GWB – August 2012, Tz. 19, und allgemein Sektoruntersuchungen, [http://www.bundeskartellamt.de/DE/Wirtschaftsbereiche/Sektoruntersuchungen/ektoruntersuchungen\\_node.html](http://www.bundeskartellamt.de/DE/Wirtschaftsbereiche/Sektoruntersuchungen/ektoruntersuchungen_node.html), Abruf am 14. April 2014.

<sup>600</sup> Vgl. BKartA, Standards für ökonomische Gutachten vom 20. Oktober 2010. Dafür, dass eingereichte empirische Gutachten gar Verfahrensänderungen herbeiführen können, vgl. etwa RBB Economics, Turning Round a Supertanker: the OFT's abuse of dominance case against CH Jones, RBB Brief 46, März 2014.

<sup>601</sup> Der Informationsaustausch zwischen Behörden könnte aus Gründen vermeintlicher Wahrung der eigenen Reputation mitunter eingeschränkt erfolgen, was für den Lernprozess hinderlich wäre. Das Bundeskartellamt engagiert sich in diversen internationalen Vereinigungen und steht somit im engen Kontakt zu anderen Behörden; vgl. auch BKartA, Internationale Zusammenarbeit, [http://www.bundeskartellamt.de/DE/Internationales/internationales\\_node.html](http://www.bundeskartellamt.de/DE/Internationales/internationales_node.html), Abruf am 27. März 2014.

<sup>602</sup> Vgl. hierzu etwa BKartA, Beschluss vom 19. Dezember 2012, B2-64-12, Tz. 111 mit Beschluss vom 27. März 2013, B2-113/12, Tz. 115 ff.; Beschluss vom 24. April 2012, B3-187/11, Tz. 82 ff.; Beschluss vom 12. Dezember 2012, B3-127/12, Tz. 68 ff. Zu Umlenkungskennziffern vgl. etwa Farrell, 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) Artikel 9, 2010 und Epstein, R.J./Rubinstein, D.L., Understanding UPP, *B.E. Journal of Theoretical Economics: Policies and Perspectives* 10(1), Artikel 21, 2010.

## 9 Ex-post-Evaluation der Amtspraxis

### 9.1 Einführung

**1090.** Als Ex-post-Evaluation kann eine mit zeitlichem Abstand vorgenommene Analyse von Entscheidungen einer Wettbewerbsbehörde verstanden werden. Im Gegensatz zu Ex-ante-Evaluationen, mit denen versucht wird, die zu erwartenden Auswirkungen einer Amtshandlung zu prognostizieren, ist mit einer Ex-post-Evaluation die Messung der faktischen Auswirkung einer Amtshandlung möglich.<sup>603</sup> Die Zielsetzung einer Ex-post-Evaluation kann variieren. Die OECD unterscheidet diesbezüglich drei Formen: (1) die Berichterstattung über die (Gesamt-)Tätigkeit der Behörde, (2) detaillierte Nachuntersuchungen zu spezifischen Verfahrensentscheidungen und deren Auswirkungen auf die betroffenen Märkte sowie (3) die Ermittlung des Einflusses der Wettbewerbspolitik auf die Volkswirtschaft als Ganzes.<sup>604</sup>

**1091.** Durch eine zeitnahe und regelmäßige Berichterstattung über die behördlichen Aktivitäten besteht gegenüber den gesetzgebenden Körperschaften, Verbrauchern sowie Unternehmen die Möglichkeit, einerseits über die zurückliegende Amtspraxis zu informieren und andererseits den volkswirtschaftlichen Nutzen einer effektiv agierenden Wettbewerbsaufsicht zu dokumentieren. Des Weiteren kann mit einer Berichterstattung von Amts wegen Rechenschaft über die Verwendung der eingesetzten Steuergelder abgelegt werden. Zu beachten ist aber, dass die Berichterstattung zwar ex post erfolgt, aber auf dem Informationsstand zum Zeitpunkt der jeweiligen Entscheidung basiert.

**1092.** Ex-post-Evaluationen in Form von Nachuntersuchungen zu spezifischen Verfahrensentscheidungen ermöglichen eine Überprüfung der Angemessenheit und Wirksamkeit der Entscheidungen anhand der sich in der Folge ergebenden Marktentwicklungen.<sup>605</sup> Daraus können Erkenntnisse gezogen werden, die zur Effektivierung des behördlichen Entscheidungsprozesses beitragen.<sup>606</sup> Im Gegensatz zur Berichterstattung bedarf es für die Durchführung von Nachuntersuchungen zu spezifischen Verfahrensentscheidungen, z. B. von Remedies, i. d. R. jeweils einer mehrjährigen Zeitspanne. Zur Evaluation kann etwa auf quantitative Methoden der Datenanalyse und/oder auf Befragungen von Marktteilnehmern sowie Experten zurückgegriffen werden.<sup>607</sup>

**1093.** Ex-post-Evaluationen können außerdem weitreichende Wirkungsanalysen der Entscheidungspraxis darstellen. Das Ziel besteht in der Eruiierung der von den Amtsentscheidungen ausgehenden Impulse auf makroökonomische Faktoren wie z. B. die Arbeitsproduktivität, Unternehmensinnovationen etc. Anhand ermittelter Indizien z. B. für innovations- oder produktivitätsfördernde Effekte kann so der volkswirtschaftliche Nutzen behördlicher Wettbewerbsentscheidungen zusätzlich untermauert werden.<sup>608</sup> Für die Identifizierung solcher sich gewöhnlich erst mittel- bis langfristig entfaltenden Marktimpulse ist ebenfalls eine

---

603 Vgl. ICN, Advocacy Toolkit – Part I: Advocacy process and tools, prepared by ICN Advocacy Working Group, presented at the 10<sup>th</sup> Annual Conference of the ICN, The Hague, Präsentation in 2011, S. 29 f.

604 Vgl. OECD, Working Party No. 2 on Competition and Regulation, Evaluation of Competition Enforcement and Advocacy Activities: The Results of an OECD Survey – Note by the Secretariat –, DAF/COMP/WP“(2012)/FINAL, 2013, S. 3 f.

605 Der zeitlich unmittelbare Nutzen wettbewerblicher Marktstrukturen liegt in einer nahezu ausschließlich an Nachfrage- und Angebotsbedingungen orientierten Preissetzung (allokative Effizienz); vgl. Budzinski, O., Impact Evaluation of Merger Control Decisions, European Competition Journal 9(1), 2013, S. 199-224.

606 Vgl. ICN, Market Studies Good Practice – Handbook, 2012, Presented in final form at the 11th Annual Conference of the ICN, Rio de Janeiro, Präsentation im April 2012, S. 122 ff.

607 Vgl. Budzinski, O., Empirische Ex-Post Evaluationen von wettbewerbspolitischen Entscheidungen: Methodische Anmerkungen, in: Theurl, T. (Hrsg.), Methodische Grundlagen der empirischen Institutionenökonomik, Berlin 2012, S. 45-71.

608 Der zeitlich mittelbare Nutzen wettbewerblicher Marktstrukturen kann in einer innovationsfördernden Anreizsetzung (dynamische Effizienz) sowie in einer gestiegenen operativen Unternehmensflexibilität (evolutionäre Effizienz) bestehen; vgl. etwa Buccirosi, P. u.a., Competition Policy and Productivity Growth: An Empirical Assessment, The Review of Economics and Statistics 95(4), 2013, S. 1324-1336 und Budzinski, O., Impact Evaluation of Merger Control Decisions, European Competition Journal 9(1), 2013, S. 199-224.

mehrfährige Zeitspanne nach der Amtsentscheidung notwendig. Die Evaluationsmethoden entsprechen im Wesentlichen denen zur Ex-post-Evaluation einzelner Entscheidungen.

**1094.** Den geschilderten Vorteilen von Ex-post-Evaluationen stehen ihre Kosten – insbesondere der Ressourcenaufwand – gegenüber. Dagegen stellt die Möglichkeit eines Reputationsverlustes von Wettbewerbsbehörden im Zuge einer Identifizierung von fehlerbehafteten Amtsentscheidungen kein stichhaltiges Argument gegen die Durchführung solcher Evaluationen dar. Mit der Aufdeckung von fehlerbehafteten Amtsentscheidungen ist zwar tendenziell ein höheres Risiko von Schadenersatzklagen sowie möglicherweise eine verminderte Abschreckungswirkung von Sanktionen verbunden.<sup>609</sup> Die positiven Wirkungen einer Evaluation, namentlich die Möglichkeit einer Verbesserung der Amtspraxis auf der Grundlage der Ergebnisse früherer Evaluationen, sollten aber ihre Nachteile auch aus Sicht der Behörden überwiegen. Zudem könnte die mit Ex-post-Evaluationen einhergehende höhere Transparenz der Behörden deren Reputation sogar erhöhen.

**1095.** Als evaluierende Institutionen kommen grundsätzlich die Behörden selbst sowie dritte Forschungseinrichtungen in Betracht, wobei eine Evaluation durch Dritte aufgrund der mit einer Selbstevaluation einhergehenden Interessenkonflikte grundsätzlich vorzugswürdig erscheint. Zwar können hierbei Probleme hinsichtlich der Datenverfügbarkeit auftreten, insbesondere wenn die im Rahmen des Verfahrens den Behörden übermittelten Daten der Geheimhaltungspflicht unterliegen. Jedoch verfügen auch die Behörden selbst zum Zeitpunkt der Ex-post-Evaluation über keine Ermittlungsbefugnisse, sodass für die Unternehmen keine Pflicht zur Übermittlung aktueller Marktdaten besteht. Hingegen besteht bei einer Selbstevaluation ein erhöhtes Risiko einer Selektionsverzerrung bei der Auswahl der zu evaluierenden Amtsentscheidungen. Eine solche Fokussierung auf Entscheidungen, die eine positive Evaluation versprechen, sollte in jedem Fall und unabhängig von der evaluierenden Institution vermieden werden.<sup>610</sup>

## 9.2 Stand der Evaluationspraxis

**1096.** Die derzeitige Aufarbeitung der Praxis des Bundeskartellamtes beschränkt sich im Wesentlichen auf die eigene Berichterstattung in seinen Tätigkeitsberichten sowie auf die Hauptgutachten der Monopolkommission. Durch Letztere findet in Deutschland im Unterschied zu der in vielen anderen Ländern bestehenden Situation bereits heute eine regelmäßige externe Würdigung der Amtspraxis statt. Darüber hinaus werden die Entscheidungen des Bundeskartellamtes z. T. von Gerichten juristisch geprüft.

**1097.** In den Tätigkeitsberichten erläutert das Bundeskartellamt seine Arbeit der jeweils letzten zwei Jahre sowie die Lage und Entwicklung seiner Aufgabengebiete. Zwar hat das Bundeskartellamt in seinen jüngeren Tätigkeitsberichten vereinzelt auch Ergebnisse von Ex-post-Analysen, z. B. zur Sektoruntersuchung „Duales System“ und zur Missbrauchsaufsicht im Gassektor, veröffentlicht<sup>611</sup> und punktuell in anderen Publikationen auf den Mehrwert einer effektiven Wettbewerbspolitik hingewiesen.<sup>612</sup> Jedoch handelt es sich hierbei nicht um systematische Ex-post-Evaluationen. Eine solche freiwillige systematische Selbstevaluation seiner Entscheidungspraxis wird vonseiten des Bundeskartellamtes bislang nicht vorgenommen.

**1098.** Die Monopolkommission nimmt in ihren Hauptgutachten ihrerseits zu aktuellen wettbewerbspolitischen Fragen Stellung und würdigt in diesem Rahmen auch die kartellrechtliche Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes.<sup>613</sup> Zu Letzteren gehört insbesondere das Aufzeigen von maßgeblichen Fort- und

609 Vgl. etwa Neven, D./Zenger, H., Ex Post Evaluation of Enforcement: A Principal-Agent Perspective, *De Economist* 156(4), 2008, S. 484.

610 Vgl. OECD, Working Party No. 2 on Competition and Regulation, Evaluation of Competition Enforcement and Advocacy Activities: The Results of an OECD Survey – Note by the Secretariat –, DAF/COMP/WP“(2012)7/FINAL, 2012, S. 11 ff.; S. 17.

611 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.

612 Vgl. BKartA, Erfolgreiche Kartellverfolgung – Nutzen für Wirtschaft und Verbraucher, August 2011, S. 15.

613 Vgl. Kapitel IV.

möglichen Fehlentwicklungen sowie das Unterbreiten von Lösungskonzepten. Eine systematische Evaluierung von Einzelfallentscheidungen ist gegenwärtig mit Hinblick auf die Ressourcenausstattung der Monopolkommission nicht realisierbar.

**1099.** Neben der Berichterstattung durch das Bundeskartellamt und der Begutachtung durch die Monopolkommission sind die Amtsentscheidungen auch Gegenstand gerichtlicher Überprüfungen. Gerichtliche Überprüfungen stellen eine zentrale Komponente des wettbewerbspolitischen Entscheidungsprozesses dar und werden daher nicht als eine Ex-post-Evaluation angesehen.<sup>614</sup> Zudem sind sie stets einzelfallbezogen und werden von den Gerichten nicht systematisch vorgenommen.

**1100.** Vergleichsweise umfangreiche Erfahrungen mit Ex-post-Evaluationen von Verfahrensentscheidungen sammeln derzeit ausländische Wettbewerbsbehörden. Eine von der OECD durchgeführte Befragung unter 46 Wettbewerbsbehörden zeigt, dass eine überwiegende Anzahl an Behörden einen jährlichen Tätigkeitsbericht veröffentlicht und insbesondere seit dem Jahr 2000 mindestens eine Ex-post-Evaluation – überwiegend auf freiwilliger Basis – ihrer behördlichen Entscheidungspraxis vorgenommen hat.<sup>615</sup>

Besonders aktiv sind in diesem Bereich die Wettbewerbsbehörden der Vereinigten Staaten sowie Großbritanniens, die bereits seit längerer Zeit Evaluationen von Verfahrensentscheidungen – überwiegend von Fusionskontrollentscheidungen – durchführen. Im Rahmen dieser Evaluationen werden bspw. die Auswirkungen einer genehmigten Fusion auf die Produktqualität im betroffenen Markt untersucht, um im Fusionsverfahren geltend gemachte Qualitätsverbesserungen ex post zu überprüfen. Die Überprüfung erfolgt mittels quantitativer Methoden im Rahmen empirischer Analysen.<sup>616</sup>

Insgesamt dokumentiert die Umfrage, dass eine Mehrheit der befragten Wettbewerbsbehörden einen steigenden Bedarf an einer Bewertung der eigenen Amtspraxis sieht. Als wesentliche Gründe für die Durchführung entsprechender Ex-post-Evaluationen werden Lerneffekte sowie die Rechtfertigung bezüglich der eingesetzten Ressourcen genannt. Ein steigender Bedarf an Ex-post-Evaluationen wird offensichtlich auch vom International Competition Network (ICN) gesehen, das die nationalen Wettbewerbsbehörden in seinen langfristigen Zielvorgaben zu vermehrter Eigenevaluation ermutigt.<sup>617</sup>

Wenig Erfahrungen haben ausländische Behörden bislang mit Evaluationen gesammelt, welche die Wirkungsreichweite von Verfahrensentscheidungen thematisieren. Ursächlich hierfür dürfte die methodische Komplexität der Analyse sein, mit der eine Identifizierung der von den Amtsentscheidungen ausgehenden Marktimpulse erfolgen soll.

### 9.3 Würdigung

**1101.** Die Monopolkommission hält grundsätzlich eine stärkere Ex-post-Evaluation der Verfahrensentscheidungen des Bundeskartellamtes – z. B. im Rahmen von Fusionskontrollverfahren in oligopolistischen Märkten<sup>618</sup>, aber auch von Kartell- und Missbrauchsverfahren – für wünschenswert. Wesentlich hierfür sind die mit einer solchen Evaluation einhergehenden Lerneffekte, die zu einer optimierten Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes und damit auch zu einer erhöhten Abschreckungswirkung einer effektiven Wettbewerbskontrolle beitragen können. Mögliche Reputationsverluste oder Schadenersatzklagen aufgrund negativer Ex-post-Evaluationen stellen hingegen aus Sicht der Monopolkommission keine überzeugenden

614 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.

615 Vgl. OECD, Working Party No. 2 on Competition and Regulation, *Evaluation of Competition Enforcement and Advocacy Activities: The Results of an OECD Survey – Note by the Secretariat –*, DAF/COMP/WP“(2012)7/FINAL, 2013.

616 Für eine beispielhafte Übersicht durchgeführter Ex-post-Evaluationen vgl. ebenda, S. 25 ff.

617 Vgl. ICN, *Agency Effectiveness Working Group 2013-2016 Work Plan*, 2013, S. 1.

618 Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 472; XVIII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 529, 572 ff.

Gegenargumente dar. Vielmehr sollten der langfristig mit objektiven und auch kritischen Evaluierungen einhergehende Nutzen einer optimierten Entscheidungspraxis und die gestiegene Glaubwürdigkeit eventuelle Bedenken beseitigen und kurzfristig auftretende Kosten überkompensieren.

**1102.** Grundsätzlich hält die Monopolkommission insbesondere eine Evaluation von Amtsentscheidungen besonderer Tragweite für wünschenswert. In Betracht kommt eine Evaluation durch das Bundeskartellamt, wobei bei einem solchen Vorgehen die Gefahr einer Befangenenheit der (sich selbst) evaluierenden Institution nicht von der Hand zu weisen ist. Dieser Einwand bestünde nicht, wenn eine andere Einrichtung als das Bundeskartellamt mit der Evaluation betraut würde. Hier käme zum einen eine Betrauung der Monopolkommission, zum anderen eine solche einer anderen Institution in Betracht. Dass die Monopolkommission mit der Würdigung der Amtspraxis bereits eine Form der Evaluation vornimmt, spricht grundsätzlich für ihre Betrauung.

## 10 Markttransparenzstelle für Kraftstoffe

### 10.1 Einführung

**1103.** Das Bundeskartellamt hat die Markttransparenzstelle für Kraftstoffe (MTS-K) am 31. August 2013 in Betrieb genommen.<sup>619</sup> Seitdem sind nach § 47k Abs. 2 GWB in Fassung der 8. GWB-Novelle i. V. m. § 4 Abs. 2 der entsprechenden Rechtsverordnung<sup>620</sup> Betreiber von öffentlichen Tankstellen sowie Unternehmen, die über Preissetzungshoheit an öffentlichen Tankstellen verfügen, in Deutschland zur elektronischen Übermittlung der Verkaufspreise für die Kraftstoffe Super E5, Super E10 und Diesel an die MTS-K innerhalb von fünf Minuten nach einer Änderung verpflichtet. Die so erhobenen Kraftstoffpreise werden anschließend an die bei der MTS-K zugelassenen Anbieter privater Verbraucher-Informationendienste weitergegeben, welche diese den Verbrauchern über eine elektronische Informationsplattform zum Abruf zur Verfügung stellen. Bei den Informationsdiensten ist zugleich jeweils eine Beschwerdestelle angesiedelt, an die Verbraucher unzutreffende Kraftstoffpreise reklamieren können.

**1104.** Mit der Einrichtung der MTS-K sind maßgeblich zwei Ziele verbunden. Zum einen soll den Verbrauchern die Möglichkeit geboten werden, sich über die aktuellen Kraftstoffpreise an den Tankstellen in den gewünschten Regionen zu informieren. Die zeitnahe Übertragung der Kraftstoffpreise via verschiedener elektronischer Kommunikationsmittel – Internet, Mobiltelefone sowie Navigationsgeräte – soll die Entscheidungsfindung der Verbraucher erleichtern und so deren Preiselastizität erhöhen. Zum anderen sollen die Eingriffsmöglichkeiten des Bundeskartellamtes bei Kartellrechtsverstößen insbesondere beim unternehmerischen Missbrauch der Marktmacht durch eine Erweiterung der Datenmenge verbessert werden. Anhand umfangreicher Datenauswertungen können Markterkenntnisse gewonnen werden, die auf etwaige Kartellrechtsverstöße untersucht werden können. Beiden Zielen inhärent ist die Förderung des Wettbewerbs auf den Kraftstoffmärkten durch vermehrte Transparenz.<sup>621</sup>

**1105.** Hintergrund der Einrichtung der MTS-K waren Erkenntnisse aus der Sektoruntersuchung Kraftstoffe des Bundeskartellamtes aus dem Jahr 2011.<sup>622</sup> Dem Bundeskartellamt zur Folge sind die Kraftstoffmärkte oligopolistisch strukturiert. Der Regierungsentwurf zum Markttransparenzstellen-Gesetz sah die Errichtung

619 Die MTS-K ist bis zum 30. November 2013 im Probebetrieb gelaufen und am 1. Dezember 2013 in den Regelbetrieb übergegangen. Für weitere Informationen zur MTS-K vgl. BKartA, 2014, [http://www.bundeskartellamt.de/DE/Wirtschaftsbereiche/Mineral%20C3%B6l/MTS-Kraftstoffe/mtskraftstoffe\\_node.html](http://www.bundeskartellamt.de/DE/Wirtschaftsbereiche/Mineral%20C3%B6l/MTS-Kraftstoffe/mtskraftstoffe_node.html), Abruf am 15. März 2014.

620 Verordnung zur Markttransparenzstelle für Kraftstoffe (MTS-Kraftstoff-Verordnung) vom 22. März 2013, BGBl. 2013 I S. 595, 3245, 3304.

621 Dass die relevanten Märkte für einzelne Kraftstoffe sachlich verschieden sind, davon gehen das Bundeskartellamt und die Europäische Kommission aus; vgl. etwa BKartA, Beschluss vom 7. März 2008, B8-134/09; Beschluss vom 29. April 2009, B8-175/08, und EU-Kommission, Entscheidung vom 9. Februar 2000, COMP/M.1628 – Totalfina/Elf, Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates.

622 Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Kraftstoffe, B8-200/09, Abschlussbericht gemäß § 32e GWB, Mai 2011.

der MTS-K zum Zwecke der Aufdeckung von Kartellrechtsverstößen, insbesondere von Preis-Kosten-Scheren oder Untereinstandspreis-Verkäufen, vor.<sup>623</sup> Die Monopolkommission hatte in ihrem letzten Hauptgutachten Bedenken hinsichtlich der Zweckmäßigkeit der Ausgestaltung der MTS-K auf Grundlage des Regierungsentwurfes geäußert.<sup>624</sup> Nach Ansicht der Monopolkommission können Verbote von Preis-Kosten-Scheren und Untereinstandspreisverkäufen tendenziell zu höheren Verbraucherpreisen führen.<sup>625</sup> Die geltende Regelung sieht, im Gegensatz zum Regierungsentwurf,<sup>626</sup> keinerlei Erfassung von Vorleistungspreisen vor. Die Gesetz gewordene, von der Monopolkommission im Sommer 2012 geforderte unmittelbare Nutzbarmachung der erhobenen Endkundenpreise<sup>627</sup> kann allerdings u. U. die Machtausübung der Tankstellenbetreiber begrenzen.

## 10.2 Funktionalität

**1106.** Seit Inbetriebnahme erhebt und übermittelt die MTS-K die Preisdaten an diverse Verbraucher-Informationendienste, sodass die Verbraucher jederzeit die Möglichkeit haben, die aktuellen Kraftstoffpreise an Tankstellen in Deutschland via Internet, Smartphones und Navigationsgeräte zu vergleichen. Die MTS-K ist nach § 47k Abs. 5 S. 3 GWB befugt, bei Nichteinhaltung der Vorgaben der MTS-Kraftstoff-Verordnung (insbesondere hinsichtlich einer sachgerechten Datenübermittlung an die Verbraucher) von einer Weitergabe der Daten an die entsprechenden Verbraucher-Informationendienste abzusehen.

**1107.** Zur Abwicklung des Datentransfers von den meldepflichtigen Unternehmen über die MTS-K zu den Verbraucher-Informationendiensten nutzt das Bundeskartellamt als elektronische Plattform den sogenannten „Mobilitäts-Daten-Marktplatz“ (MDM) der Bundesanstalt für Straßenwesen.<sup>628</sup> Der MDM ist Teil der Innovationsinitiativen der Bundesregierung und des daraus geförderten Projektes „Metadatenplattform Verkehrsinformationen des Individualverkehrs“. Für einen Zugang zum MDM ist eine vorherige Registrierung notwendig; dies gilt sowohl für die meldepflichtigen Unternehmen, für die privaten Verbraucher-Informationendienste wie auch für die in § 47k Abs. 4 S. 3 GWB genannten Institutionen. Die eingegangenen und weitergeleiteten Daten konnten aus technischen Gründen zunächst nicht (persistent) gespeichert werden. Eine im Januar 2014 abgeschlossene Überarbeitung des dem MDM zugrunde liegenden Datentransfersystems soll nunmehr eine effizientere Datenübermittlung und -speicherung sicherstellen. Damit sollte die Aufbereitung und Auswertung insbesondere auch für das Bundeskartellamt und für Institutionen gemäß § 47k Abs. 4 S. 3 GWB, etwa das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie und die Monopolkommission, erleichtert werden.

**1108.** Maßgeblich für das anfängliche Fehlen einer persistenten Datenspeicherung waren laut Bundeskartellamt die praktische Notwendigkeit einer zeitnahen und an den gesetzlichen Vorgaben ausgerichteten Errichtung einer funktionstüchtigen MTS-K sowie der mit einer permanenten Meldung von Preisänderungen verbundene Datenumfang. So gehen derzeit von etwa 14.500 Tankstellen Meldungen bei der MTS-K ein. Während § 47k Abs. 2 S. 1 GWB eine Meldepflicht der Daten in „Echtzeit“ vorsieht, verpflichtet die MTS-Kraftstoff-Verordnung nach § 4 Abs. 2 S. 2,3 zu einer Übermittlung der Daten innerhalb von 5 Minuten nach Preisänderung. Diese Zahl spiegelt den Kraftstoffmarkt nicht in Gänze wider, da sich Tankstellen von der Meldepflicht befreien lassen können und nicht öffentliche einschließlich „halb“-öffentliche Tankstellen nicht

---

623 Vgl. Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Einrichtung einer Markttransparenzstelle für den Großhandel mit Strom und Gas (Markttransparenzstellen-Gesetz) vom 2. Mai 2012. Preis-Kosten-Scheren liegen vor, wenn Mineralölkonzerne Betreibern von kleinen und mittelgroßen Tankstellen Kraftstoffe zu einem höheren Preis anbieten, als sie selbst vom Endverbraucher verlangen. Untereinstandspreisverkäufe liegen grundsätzlich vor, wenn Kraftstoffe zu einem Preis angeboten werden, der unter dem Einkaufspreis liegt, ohne dass eine sachliche Rechtfertigung vorliegt; vgl. etwa Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 568 ff.

624 Vgl. ebenda, Tz. 141.

625 Vgl. ebenda, Tz. 141 ff., Tz. 166 ff.; Sondergutachten 63, a. a. O., Tz. 86 ff.

626 § 47k Abs. 5 Reg-E.

627 Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 148, 579 ff.

628 Vgl. Mobilitäts Daten Marktplatz (MDM), <http://www.mdm-portal.de/startseite.html>, Abruf am 4. April 2014.

der Meldepflicht unterliegen.<sup>629</sup> Eine Meldung beinhaltet stets Angaben zu Grunddaten, d. h. den Namen und die Konzernmarke der Tankstelle, Adressdaten und Öffnungszeiten sowie Preisdaten für die Kraftstoffe. Angaben über Erlöse respektive abgesetzte Kraftstoffmengen werden bislang nicht erhoben. Die erhobenen Daten werden den Verbrauchern derzeit von 13 zugelassenen Verbraucher-Informationsdiensten zum Abruf zur Verfügung gestellt.<sup>630</sup>

**1109.** Für den Aufbau der MTS-K wurde ein Personalbedarf mit etwa sieben dauerhaften Vollzeitstellen sowie – während eines Zeitraums von mindestens zwei Jahren – mit mindestens zwei temporären im Rahmen von Sachmitteln zu besetzen Vollzeitstellen eingeplant.<sup>631</sup> Gegenwärtig ist die MTS-K mit sechs Referenten, einem Sachbearbeiter sowie mehreren studentischen Aushilfskräften besetzt. Nach Auskunft des Bundeskartellamtes ist geplant, den Personalbestand im Zeitablauf zu reduzieren.

### 10.3 Resonanz und Entwicklung

**1110.** Das Informationsangebot der MTS-K wird von den Verbraucher-Informationsdiensten und den Verbrauchern bislang in vermehrtem Umfang nachgefragt. Die Anzahl an beim Bundeskartellamt eingehenden Anträgen auf Zulassung als Verbraucher-Informationsdienst übersteigt die Zahl der bisher zugelassenen Verbraucher-Informationsdienste um ein Vielfaches. Die Dienste der zugelassenen Verbraucher-Informationsdienste werden bereits von den Verbrauchern, vor allem durch die Nutzung sogenannter Mobiler Anwendungen (Apps), in Anspruch genommen.

So hatte laut einer repräsentativen bundesweiten Umfrage des Allensbach Instituts im November 2013 bereits jeder vierte Autofahrer die Kraftstoffpreise von Tankstellen über das Internet oder Apps verglichen.<sup>632</sup> Weitere 60 Prozent sollen von der Möglichkeit Kenntnis genommen, davon aber noch nicht Gebrauch gemacht haben. Insgesamt sei eine höhere Resonanz bei jüngeren Altersgruppen festzustellen.<sup>633</sup>

**1111.** Eine große Reichweite bzw. ein hoher Bekanntheitsgrad der Verbraucher-Informationsdienste innerhalb der Bevölkerung ist eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung für eine Stärkung der Marktstellung der Verbraucher und einer Intensivierung des Wettbewerbs auf den Kraftstoffmärkten. Erst die Beeinflussung des Tankverhaltens infolge einer Nutzung der angebotenen Apps, d. h. eines Vergleichs der Kraftstoffpreise an Tankstellen und des Anfahrens preiswerter Tankstellen, könnten zusätzliche Wettbewerbsimpulse auslösen.<sup>634</sup> Bei der Wahl der geeigneten Tankstelle können aber ebenso das Serviceangebot und insbesondere die unterschiedlichen Wegstrecken eine wesentliche Rolle spielen.<sup>635</sup> Ein rational handelnder Autofahrer wird zwischen dem erzielbaren zusätzlichen Nutzen in Form niedrigerer Tankkosten sowie verbessertem Serviceangebot und den sich durch eine längere Wegstrecke ergebenden Zusatzkosten abwägen.

---

629 Bisher sind etwa 600 Tankstellen nach der Ausnahmeregelung des § 3 der MTS-Kraftstoff-Verordnung von einer Meldepflicht befreit. Zu den nicht öffentlichen bzw. „halb“-öffentlichen Tankstellen zählen Tankstellen, die exklusiv für Mitarbeiter oder ausgewählte Kunden öffnen.

630 Vgl. BKartA, [http://www.bundeskartellamt.de/DE/Wirtschaftsbereiche/Mineral%20C3%B6l/MTS-Kraftstoffe/Verbraucher/verbraucher\\_node.html](http://www.bundeskartellamt.de/DE/Wirtschaftsbereiche/Mineral%20C3%B6l/MTS-Kraftstoffe/Verbraucher/verbraucher_node.html), Abruf am 4. April 2014.

631 Vgl. Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Einrichtung einer Markttransparenzstelle für den Großhandel mit Strom und Gas (Markttransparenzstellen-Gesetz) vom 2. Mai 2012, S. 31.

632 Vgl. Institut für Demoskopie Allensbach, Allensbacher Kurzbericht, Allensbach, 12. Dezember 2013.

633 Vgl. ebenso Mundt, A. in Greive, M., Die Zeche zahlt der Verbraucher, Welt am Sonntag, 16. März 2014.

634 Hiermit wird implizit unterstellt, dass bei der Auswahl nur die Tankstellen Berücksichtigung finden, die aus Sicht des Autofahrers demselben sachlich relevanten Markt, d. h. dieselbe oder nahezu identische Qualität eines Kraftstoffes aufweisen, und demselben räumlich relevanten Markt, d. h. eine potenziell zurücklegbare Distanz aufweisen, angehören.

635 Bei dem Serviceangebot kann es sich z. B. um monetäre Kundenbindungsprogramme, ein (größeres Sortiment) an Lebensmitteln sowie an Dienstleistungsangeboten handeln. Bei den zusätzlichen Kosten kann es sich um monetäre Kosten wie etwa zusätzlichen Kraftstoffverbrauch sowie erhöhte Fahrzeugabnutzung und um nicht-monetäre Kosten wie etwa höheren Zeitaufwand handeln.



Aktuellen Umfragen zur Folge ist die Mehrzahl aller Autofahrer preissensitiv und würde tendenziell die preiswerteste Tankstelle anfahren, auch wenn eine längere Wegstrecke zurückzulegen wäre.<sup>636</sup> Die Höhe der Kraftstoffpreise sei demnach bedeutsamer als der Standort der Tankstelle. Aus Sicht der Verbraucher spielen danach Öffnungszeiten, das Serviceangebot sowie die Wahrnehmung von Unterschieden in der Kraftstoffqualität eine vergleichsweise untergeordnete Rolle.

**1112.** Von einer höheren Informationstransparenz können auch die Mineralölunternehmen profitieren. So könnte das bereits in der Sektoruntersuchung Kraftstoffe in 2011 analysierte Parallelverhalten der führenden Mineralölunternehmen bei der Preissetzung durch die zeitnahe Veröffentlichung der Angebotspreise via MTS-K weiter begünstigt werden.<sup>637</sup> Preisabstände zwischen den Mineralölunternehmen könnten von diesen besser kontrolliert und systematisiert werden. Insbesondere Betreiber von freien Tankstellen könnten die gestiegene Informationstransparenz zur Reduzierung ihrer Preisdifferenz zu den führenden Mineralölunternehmen nutzen.<sup>638</sup>

Gleichwohl sind die Stellungnahmen der Mineralölunternehmen zur MTS-K ambivalent. Während Verbandsvertreter der führenden Mineralölunternehmen und freien Tankstellen die Einrichtung einer MTS-K begrüßen,<sup>639</sup> schätzt nach einer Marktstudie die Mehrheit der Unternehmen die Marktwirkung der Preistransparenz als tendenziell gering ein.<sup>640</sup>

**1113.** Wie in Abbildung IV.3 deutlich wird, ist bei der Entwicklung der realen, d. h. der inflationsbereinigten Preise für die Kraftstoffe Diesel und Super E10 seit September 2012 ein anhaltender Abwärtstrend zu verzeichnen. Seit September 2013, dem Zeitpunkt der Inbetriebnahme der MTS-K, hat sich der Abwärtstrend sogar verschärft. Hierfür werden aber weniger die durch die MTS-K forcierte Preistransparenz verantwortlich gemacht als sinkende Einstandspreise für Rohöl und die Aufwertung des Euro gegenüber dem US-Dollar.<sup>641</sup> Für eine externe Validierung derartiger Aussagen könnten auf Basis der durch die MTS-K erhobenen Daten empirische Analysen unter Verwendung ökonomischer Methoden durchgeführt werden.<sup>642</sup> Nach einer Untersuchung des ADAC zur Volatilität der Kraftstoffpreise im Tagesverlauf schwanken die Preise für Benzin und Diesel durchschnittlich um 8,3 Cent bzw. 8,7 Cent, wobei die Preise i. d. R. in der Nacht bzw. zu Beginn des Tages ihren Höchststand erreichen und im Laufe des Tages sukzessiv sinken.<sup>643</sup>

636 Vgl. Institut für Demoskopie Allensbach, Allensbacher Kurzbericht, Allensbach, 12. Dezember 2013; DEKRA, Pressemitteilung vom 26. September 2013; DICE, Maßnahmen zur Steigerung des Wettbewerbs auf den Kraftstoffmärkten in Deutschland, Studie für den Allgemeinen Automobil-Club e.V. (ADAC), Düsseldorf, April 2012, S. 38.

637 Vgl. bereits Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 579.

638 Vgl. Hildenbrand, A., Tanken mit der App, F.A.Z., 22. Februar 2014 sowie Haedrich, H., Pressemeldepflicht bringt dem Autofahrer nichts, tankstellenWelt, Ausgabe 6/2013.

639 Vgl. etwa Mineralölwirtschaftsverband e.V. (MWV), Pressemitteilung vom 12. September 2013 sowie Mittelständische Energiewirtschaft Deutschland e.V. (MEW), Pressemitteilung vom 13. November 2013. Der MWV hatte sich noch zuvor kritisch über die Einrichtung einer Markttransparenzstelle und einer gesetzlichen Modifizierung geäußert; vgl. MWV, Pressemitteilung vom 2. Mai 2012.

640 Vgl. memo Services GmbH, Studie Benzinpreismeldestelle und Tankstellen-Marketing 2013, Forschungsprojekt im Auftrag der Henri B. Meier Unternehmenschule der Universität St. Gallen, Berlin, Februar 2013.

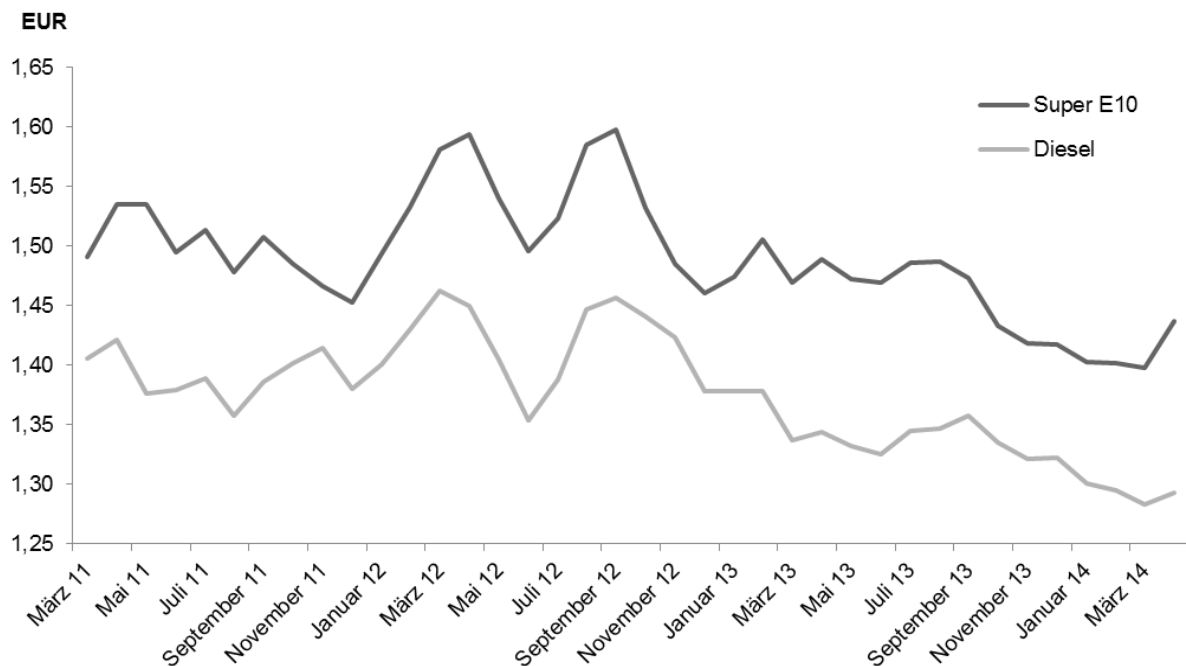
641 Vgl. Brok, S. in Sturbveck, W., Benzinpreise schwanken mehr als je zuvor, FAZ.net, 12. Februar 2014.

642 Vgl. beispielhaft Heijnen, P./Haan, M.A./Soetevent, A.R., Screening for Collusion: a spatial statistics approach, *Journal of Economic Geography*, doi:10.1093/jeg/lbu012, Eckert, A., Empirical Studies of Gasoline Retailing: A Guide to the Literature, *Journal of Economic Surveys* 27(1), 2013, S. 140-166; Holmes, M.J./Otero, J./Panagiotidis, T., On the dynamics of gasoline market integration in the United States: Evidence from a pair-wise approach, *Energy Economics* 36, 2013, S. 503-510; Noel, M.D., Edgeworth Price Cycles and Intertemporal Price Discrimination, *Energy Economics* 34(4), 2012, S. 942-954; Lewis, M.S./Noel, M.D., The Speed of Gasoline Response in Markets with and without Edgeworth Cycles, *The Review of Economics and Statistics* 92(3), 2011, S. 672-682; Verlinda, J.A., Do Rockets Rise Faster and Feathers Fall Slower in an Atmosphere of Local Power? Evidence from Retail Gasoline Market, *Journal of Industrial Economics* LVI(3), 2008, S. 581-612; Slade, M.E., Vancouver's Gasoline-Price Wars: An Empirical Exercise in Uncovering Supergame Strategies, *Review of Economic Studies* 59, 1992, S. 257-276.

643 Vgl. ADAC, Pressemitteilung vom 13. Dezember 2013.

Erste Datenauswertungen des Bundeskartellamtes und der Süddeutschen Zeitung bestätigen diese Ergebnisse in der Tendenz.<sup>644</sup> Derartige Preisvolatilitäten können einerseits ein Indiz für einen verstärkten Wettbewerb auf den Kraftstoffmärkten sein, da die Preise nunmehr vergleichsweise zeitnah an die vorherrschende Marktsituation angepasst werden können. Sie können aber andererseits auch zu einer verstärkten Unsicherheit bei den Verbrauchern führen, da sich in dem Zeitraum zwischen der ursprünglichen Preisabfrage und dem faktischen Tankprozess bereits eine neue Preisänderung vollzogen haben könnte.<sup>645</sup>

**Abbildung IV.3: Monatliche reale Durchschnittspreise für Diesel und Super E10 in Deutschland von 2011-2014**



Quelle: Eigene Berechnung, in Anlehnung an ADAC, <http://www.adac.de/infotestrat/tanken-kraftstoffe-und-antrieb/kraftstoffpreise/kraftstoff-durchschnittspreise/>, Abruf am 4. April 2014. Zur Inflationsbereinigung wurden Monatswerte des Verbraucherpreisindex mit dem Basisjahr 2010 verwendet; vgl. Statistisches Bundesamt, Verbraucherpreisindex für Deutschland, 2014

**1114.** Erfahrungen aus dem Ausland mit vergleichbaren Einrichtungen einer MTS-K sind rar. Eine Meldepflicht für Betreiber von Tankstellen an eine zentrale staatliche Preismeldestelle gibt es etwa in Österreich und Westaustralien; in beiden Ländern ist die Meldepflicht gleichzeitig auch an staatliche Vorgaben zu Preisänderungen geknüpft.<sup>646</sup> So sind die Mineralölunternehmen in Österreich lediglich berechtigt, die Kraftstoffpreise bis 12:00 Uhr eines jeden Tages höchstens einmal zu erhöhen, beliebig viele Preissenkungen sind hingegen erlaubt. Die Übermittlung der meldepflichtigen Preisdaten erfolgt jedoch nicht wie in Deutschland nahezu in Echtzeit, sondern innerhalb einer 10- bzw. 30-minütigen Frist. In Westaustralien

<sup>644</sup> Auskunft des BKartA. Vgl. ebenso Jaschensky, W./Harloff, T., Spritmonitor: Wie Sie günstig tanken, Süddeutsche.de, 17. April 2014.

<sup>645</sup> Vgl. Mundt, A., Nachtrag: Steigende Benzinpreise: Fehlende Transparenz auf dem Öl- und Kraftstoffmarkt?, ifo Schnelldienst 65(12), 2012, S. 4.

<sup>646</sup> Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 576 ff.

müssen die Mineralölunternehmen die Kraftstoffpreise für den nächsten Tag bis 14:00 Uhr melden und dürfen die Kraftstoffpreise nur einmal täglich verändern. Empirische Evidenz für substantielle Preis-senkungseffekte, welche durch die staatlichen Vorgaben zu Preisänderungen in Österreich und in West-australien ausgelöst werden, konnte bislang nicht gefunden werden.<sup>647</sup>

#### 10.4 Würdigung

**1115.** Die Monopolkommission erkennt die Bestrebungen des Gesetzgebers, durch die MTS-K die Marktstellung der Verbraucher auf den Kraftstoffmärkten in Deutschland stärken zu wollen, als positiv an. Die Ausgestaltung der Rechtsverordnung beinhaltet im Vergleich zum Regierungsentwurf vom 2. Mai 2012 Elemente, die wettbewerbliche Impulse auf den hiesigen Kraftstoffmärkten auslösen und die Verbraucher durch vermehrte Transparenz stärker schützen können.

Die Monopolkommission begrüßt das Nutzbarmachen der in Echtzeit erhobenen Kraftstoffpreise für die Verbraucher, was in dem ursprünglichen Regierungsentwurf nicht vorgesehen war und von ihr bereits im letzten Hauptgutachten vorgeschlagen wurde. Hiermit wird mehr Informationstransparenz für Verbraucher geschaffen und ein zeitnaher Preisvergleich ermöglicht. Dass ein Datenabruf für die Verbraucher über private Informationsplattformen und nicht über die staatliche MTS-K selbst erfolgt, sollte für die intendierte Informationsdiffusion nur förderlich sein, da auf diesen noch weitere Informationen angeboten werden können.

Die Monopolkommission heißt grundsätzlich gut, dass § 471 S. 3 GWB eine Evaluierung der MTS-K drei Jahre nach Beginn der Meldepflicht vorsieht. Nur im Falle eines positiven Evaluationsergebnisses sollte die Tätigkeit der MTS-K verlängert werden.<sup>648</sup>

Die Monopolkommission nimmt zur Kenntnis, dass eine persistente Datenspeicherung bereits zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme der MTS-K nicht möglich war. Die jüngst durchgeführte technische Modifizierung der MTS-K, mit der nunmehr eine persistente Datenspeicherung der eingegangenen Daten möglich ist, wertet die Monopolkommission als positiv. Erst durch eine persistente Datenspeicherung wird eine ergiebige Datenauswertung möglich, mithilfe der die Marktentwicklungen und insbesondere die Wirkung vermehrter Preistransparenz durch die MTS-K in geeigneter Weise untersucht werden können. Die anfänglich nicht durch das Bundeskartellamt bzw. durch die MTS-K gespeicherten Daten hätten hierzu einen wichtigen Beitrag leisten können.

Für eine aussagekräftige Datenauswertung sind Angaben über Erlöse respektive Absatzmengen ebenfalls von besonderer Relevanz. Bislang fallen solche Angaben nicht unter die Meldepflicht, obwohl der Regierungsentwurf vom 2. Mai 2012 bereits eine Übermittlung vorsah. Im Hinblick auf die gegenwärtig von vertikaler Integration gekennzeichneten oligopolistischen Marktstrukturen empfiehlt die Monopolkommission dringend eine Ausweitung der Meldepflicht auf die abgesetzten Kraftstoffmengen und die entsprechenden Raffinerie-, Verrechnungs- und Großhandelspreise. Zur Wahrung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Mineralölunternehmen und aufgrund des Fehlens einer unmittelbaren Bedeutung für Verbraucher sollten die erhobenen Absatzmengen jedoch nicht an die Verbraucher-Informationendienste weitergeleitet werden dürfen. Für Analysezwecke und aus Gründen der Praktikabilität sollte es ausreichend sein, dass die Übermittlung der Daten zu den Absatzmengen nicht wie bei den Preisdaten in Echtzeit, sondern gebündelt und mit einem gewissen zeitlichen Abstand, etwa einmal wöchentlich, erfolgt.

<sup>647</sup> Vgl. etwa Berninghaus, S./Hesch, M./Hildenbrand, A., Zur Wirkung regulatorischer Preiseingriffe auf dem Tankstellenmarkt, *Wirtschaftsdienst* 92(1), 2012, S. 46-50; Dewenter, R./Heimershoff, U., Less Pain at the Pump? Regulatory Interventions in Retail Gasoline Markets, *DICE Discussion Paper No 51*, May 2012; Haucap, J./Müller, H., The Effects of Gasoline Price Regulations: Experimental Evidence, *DICE Discussion Paper No 47*, April 2012; ACCC, *Petrol Prices and Australian Consumers: Report of the ACCC Inquiry into the Price of Unleaded Petrol*, December 2007, S. 239 ff.

<sup>648</sup> Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 147.

**1116.** Die Monopolkommission begrüßt die im September 2012 erfolgte Einleitung einer Sektoruntersuchung Raffinerien und Mineralölgroßhandel durch das Bundeskartellamt. Mit dieser Untersuchung sollen die Wettbewerbsbedingungen auf den Produktions- und Großhandelsstufen der Mineralölwirtschaft, die den Tankstellenmärkten vorgelagert sind, untersucht werden. Die Monopolkommission hatte in ihrem letzten Hauptgutachten bereits auf die Notwendigkeit einer eingehenden Analyse der den Tankstellen vorgelagerten Produktionsebenen, insbesondere des Mineralölraffineriesektors und des Mineralölhandels, hingewiesen.<sup>649</sup> Nach Auskunft des Bundeskartellamtes ist die Sektoruntersuchung Raffinerien und Mineralölgroßhandel jedoch bereits im Dezember 2012 aufgrund einer Absorption der Ressourcen zur Errichtung der MTS-K unterbrochen worden. Die Arbeiten an der Sektoruntersuchung sollen während des 2. Quartals 2014 wieder aufgenommen werden. In diesem Zusammenhang weist die Monopolkommission erneut auf die Bedeutung einer Prüfung der Abgabepreise der Mineralöllieferanten und Großhändler sowie der Vertikal-<sup>650</sup> und der Mengenaustauschverträge<sup>651</sup> hin.

---

649 Vgl. ebenda, Tz. 148, 572 f.

650 Vgl. ebenda, Tz. 574 und BKartA, Sektoruntersuchung Kraftstoffe, B8-200/09, a. a. O., S. 159 ff., insbesondere 189, 211.

651 Vgl. Monopolkommission, XIX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 575, sowie BKartA, Sektoruntersuchung Kraftstoffe, a. a. O., S. 57 f.

# Bisherige Gutachten der Monopolkommission

---

Alle Veröffentlichungen erscheinen im Nomos-Verlag, Baden-Baden.

## Hauptgutachten

---

Hauptgutachten I:	(1973/1975):	Mehr Wettbewerb ist möglich. 1976, 2. Aufl. 1977.
Hauptgutachten II:	(1976/1977):	Fortschreitende Konzentration bei Großunternehmen. 1978.
Hauptgutachten III:	(1978/1979):	Fusionskontrolle bleibt vorrangig. 1980.
Hauptgutachten IV:	(1980/1981):	Fortschritte bei der Konzentrationserfassung. 1982.
Hauptgutachten V:	(1982/1983):	Ökonomische Kriterien für die Rechtsanwendung. 1984.
Hauptgutachten VI:	(1984/1985):	Gesamtwirtschaftliche Chancen und Risiken wachsender Unternehmensgrößen. 1986.
Hauptgutachten VII:	(1986/1987):	Die Wettbewerbsordnung erweitern. 1988.
Hauptgutachten VIII:	(1988/1989):	Wettbewerbspolitik vor neuen Herausforderungen. 1990.
Hauptgutachten IX:	(1990/1991):	Wettbewerbspolitik oder Industriepolitik. 1992.
Hauptgutachten X:	(1992/1993):	Mehr Wettbewerb auf allen Märkten. 1994.
Hauptgutachten XI:	(1994/1995):	Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs. 1996.
Hauptgutachten XII:	(1996/1997):	Marktöffnung umfassend verwirklichen. 1998.
Hauptgutachten XIII:	(1998/1999):	Wettbewerbspolitik in Netzstrukturen. 2000.
Hauptgutachten XIV:	(2000/2001):	Netzwettbewerb durch Regulierung. 2003.
Hauptgutachten XV:	(2002/2003):	Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“. 2005.
Hauptgutachten XVI:	(2004/2005):	Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor! 2006.
Hauptgutachten XVII:	(2006/2007):	Weniger Staat, mehr Wettbewerb. 2008.
Hauptgutachten XVIII:	(2008/2009):	Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen. 2010.
Hauptgutachten XIX:	(2010/2011):	Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen. 2012.
Hauptgutachten XX:	(2012/2013):	Eine Wettbewerbsordnung für die Finanzmärkte. 2014.

## **Sondergutachten**

---

- Sondergutachten 1: Anwendung und Möglichkeiten der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen seit Inkrafttreten der Kartellgesetznovelle. 1975, 2. Aufl. 1977.
- Sondergutachten 2: Wettbewerbliche und strukturelle Aspekte einer Zusammenfassung von Unternehmen im Energiebereich (VEBA/Gelsenberg). 1975.
- Sondergutachten 3: Zusammenschlußvorhaben der Kaiser Aluminium & Chemical Corporation, der Preussag AG und der Vereinigte Industrie-Unternehmungen AG. 1975.
- Sondergutachten 4: Zusammenschluß der Deutsche Babcock AG mit der Artos-Gruppe. 1977.
- Sondergutachten 5: Zur Entwicklung der Fusionskontrolle. 1977.
- Sondergutachten 6: Zusammenschluß der Thyssen Industrie AG mit der Hüller Hille GmbH. 1977.
- Sondergutachten 7: Mißbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. 1977.
- Sondergutachten 8: Zusammenschlußvorhaben der Deutschen BP AG und der VEBA AG. 1979.
- Sondergutachten 9: Die Rolle der Deutschen Bundespost im Fernmeldewesen. 1981.
- Sondergutachten 10: Zusammenschluß der IBH Holding AG mit der WIBAU AG. 1982.
- Sondergutachten 11: Wettbewerbsprobleme bei der Einführung von privatem Hörfunk und Fernsehen. 1981.
- Sondergutachten 12: Zusammenschluß der Burda Verwaltungen KG mit der Axel Springer GmbH/Axel Springer Gesellschaft für Publizistik GmbH & Co. 1982.
- Sondergutachten 13: Zur Neuordnung der Stahlindustrie. 1983.
- Sondergutachten 14: Die Konzentration im Lebensmittelhandel. 1985.
- Sondergutachten 15: Zusammenschluß der Klöckner-Werke AG mit der Seitz Enzinger Noll Maschinenbau AG. 1986.
- Sondergutachten 16: Zusammenschlußvorhaben der Vereinigte Elektrizitätswerke Westfalen AG mit der Société Sidéchar S.A. (Ruhrkohle AG). 1986.
- Sondergutachten 17: Konzeption einer europäischen Fusionskontrolle. 1989.
- Sondergutachten 18: Zusammenschlußvorhaben der Daimler-Benz AG mit der Messerschmitt-Bölkow-Blohm GmbH. 1989.
- Sondergutachten 19: Zusammenschlußvorhaben der MAN Aktiengesellschaft und der Gebrüder Sulzer Aktiengesellschaft. 1990.
- Sondergutachten 20: Zur Neuordnung der Telekommunikation. 1991.
- Sondergutachten 21: Die Mißbrauchsaufsicht über Gas- und Fernwärmeunternehmen. 1991.
- Sondergutachten 22: Zusammenschlußvorhaben der BayWa Aktiengesellschaft und der WLZ Raiffeisen Aktiengesellschaft. 1992.
- Sondergutachten 23: Marktstruktur und Wettbewerb im Handel. 1994.
- Sondergutachten 24: Die Telekommunikation im Wettbewerb. 1996.

- Sondergutachten 25: Zusammenschlußvorhaben der Potash Corporation of Saskatchewan Inc. und der Kali und Salz Beteiligungs Aktiengesellschaft. 1997.
- Sondergutachten 26: Ordnungspolitische Leitlinien für ein funktionsfähiges Finanzsystem. 1998.
- Sondergutachten 27: Systemwettbewerb. 1998.
- Sondergutachten 28: Kartellpolitische Wende in der Europäischen Union? 1999.
- Sondergutachten 29: Wettbewerb auf Telekommunikations- und Postmärkten? 2000.
- Sondergutachten 30: Wettbewerb als Leitbild für die Hochschulpolitik. 2000.
- Sondergutachten 31: Reform der Handwerksordnung. 2002.
- Sondergutachten 32: Folgeprobleme der europäischen Kartellverfahrensreform. 2002.
- Sondergutachten 33: Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand. 2002.
- Sondergutachten 34: Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH. 2002.
- Sondergutachten 35: Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH. Ergänzendes Sondergutachten. 2002.
- Sondergutachten 36: Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG. 2003.
- Sondergutachten 37: Wettbewerbsfragen der Kreislauf- und Abfallwirtschaft. 2003.
- Sondergutachten 38: Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG. Ergänzendes Sondergutachten. 2003.
- Sondergutachten 39: Telekommunikation und Post 2003: Wettbewerbsintensivierung in der Telekommunikation – Zementierung des Postmonopols. 2004.
- Sondergutachten 40: Zur Reform des Telekommunikationsgesetzes. 2004.
- Sondergutachten 41: Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle. 2004.
- Sondergutachten 42: Die Pressefusionskontrolle in der Siebten GWB-Novelle. 2004.
- Sondergutachten 43: Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2005: Dynamik unter neuen Rahmenbedingungen. 2006.
- Sondergutachten 44: Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2005: Beharren auf alten Privilegien. 2006.
- Sondergutachten 45: Zusammenschlussvorhaben der Rhön-Klinikum AG mit den Kreiskrankenhäusern des Landkreises Rhön-Grabfeld (Kreiskrankenhaus Bad Neustadt/Saale sowie Kreiskrankenhaus Mellrichstadt). 2006.
- Sondergutachten 46: Die Privatisierung der Deutschen Bahn AG. 2007.
- Sondergutachten 47: Preiskontrollen in Energiewirtschaft und Handel? Zur Novellierung des GWB. 2007.
- Sondergutachten 48: Wettbewerbs- und Regulierungsversuche im Eisenbahnverkehr. 2007.
- Sondergutachten 49: Strom und Gas 2007: Wettbewerbsdefizite und zögerliche Regulierung. 2008.

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