
Zu den nicht koordinierten Wirkungen in der europäischen Fusionskontrolle

José Azevedo Moreira*

Inhalt

A.	Einleitung	146
B.	Nicht koordinierte Effekte	148
	I. Oligopoltheoretischer Hintergrund	148
	II. Begriff und Beispiel des „Car merger case“	151
	III. Abgrenzung und Verhältnis zu koordinierten Wirkungen	153
	IV. Homo-/heterogene Produktmärkte und Wettbewerbsparameter	153
	V. Beurteilungskriterien	155
	VI. Die vermeintliche Lücke und das Beispiel des „Babyfood merger“ „Heinz/BeechNut“)	157
C.	Erfassung nicht koordinierter Effekte durch Marktbeherrschung	158
	I. Kollektive Marktbeherrschung	158
	1. Reichweite des Konzepts – „Airtours/First Choice“ als Wendepunkt	159
	2. Begrenzung auf koordinierte Effekte?	161
	3. Stellungnahme	162
	II. Einzelmarktbeherrschung	163
	1. Begriff der Einzelmarktbeherrschung	163
	2. Marktanteil und Markt(anteils)führerschaft	164
	a) Die Auffassung des Verordnungsgebers	165
	b) Die Auffassung der Kommission	166

* Der Verfasser studierte Rechtswissenschaft (*licenciatura*) an der Universidade Nova de Lisboa und ist derzeit Referendar (*advogado estagiário*) in Lissabon. Der vorliegende Beitrag entspricht der Magisterarbeit, die er im Rahmen des LL.M.-Studiengangs am Europa-Institut (Sektion Rechtswissenschaft) der Universität des Saarlandes im Juni 2009 eingereicht hat und für die ihm der Europa-Preis der Villa Lessing 2009 verliehen wurde.

3.	Frage der Kongruenz der Konzepte der Einzelmarktbeherrschung und der nicht koordinierten Effekte	166
4.	Entscheidungspraxis der Kommission	168
5.	Literaturstimmen zur theoretischen Lückenhaftigkeit des Konzepts	171
6.	Mögliche Lösungsansätze	173
a)	Die engere Produktmarktabgrenzung	173
b)	Das Konzept der relativen Marktmacht	173
c)	Das Konzept der „third-party dominance“	174
7.	Stellungnahme	175
D.	„Significant impediment to effective competition“	177
I.	Definition	177
II.	Grundsatz der Rechtssicherheit	179
1.	Begrenzung durch Erwägungsgründe	179
2.	Die gleichzeitige Anwendung des Marktbeherrschungskonzepts und des Konzepts der nicht koordinierten Effekte	180
3.	Darlegungs- und Beweismaßstab	181
III.	Die Lückenkonstellation unter dem SIEC-Test („T-Mobile Austria/tele.ring“)	182
IV.	Stellungnahme	183
E.	Zusammenfassung	186

A. Einleitung

Am 20. Januar 2004 erließ der Rat der Europäischen Union die neue Fusionskontrollverordnung (FKVO Nr. 139/2004),¹ welche die bis dahin geltende FKVO Nr. 4064/89² mit Wirkung ab dem 1. Mai 2004 aufhob. Damit fand ein bedeuten-

¹ VO (EG) Nr. 139/2004 des Rates v. 20.1.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. Nr. L 24 v. 29.1.2004, S. 11.

² VO (EWG) Nr. 4064/89 des Rates v. 21.12.1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. Nr. L 395 v. 30.12.1989, S. 1.

der Reformprozess sein Ende, der sowohl in formeller als auch in materieller Hinsicht zu Änderungen in der europäischen Fusionskontrolle geführt hat. Als wohl bedeutendste und umstrittenste unter diesen ist dabei die Neufassung des materiellrechtlichen Untersagungskriteriums zu betrachten. Die neue Verordnung führte als maßgebliches Prüfungskriterium für Unternehmenszusammenschlüsse die erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs (*significant impediment to effective competition*, SIEC) ein und stufte das bis dahin die zentrale Rolle spielende Marktbeherrschungskonzept zum Regelbeispiel herab. Nunmehr sind nach Art. 2 Abs. 3

„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, [...] für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar zu erklären“.

Dass jedoch selbst einige Jahre nach der Reform keine Einigkeit über die Notwendigkeit dieser Neufassung besteht, wird in einer Ausgabe des *European Competition Journal* aus dem Jahr 2008 deutlich. In zwei separaten Aufsätzen stellen *Werden*³ und *Heimler*⁴ beide Pole der der Reform vorausgegangenen Debatte dar. Diese konzentrierte sich in hohem Maße auf die Frage, ob das Marktbeherrschungskonzept geeignet sei, so genannte „unilateral effects“-Fusionen auf Oligopolmärkten zu untersagen.⁵ Einige Autoren unterstellten dem materiell-rechtlichen Untersagungstatbestand der FKVO Nr. 4064/89 eine Regelungslücke. Zusammenschlüsse, die weder eine beherrschende Stellung begründen oder verstärken noch unter den Begriff der kollektiven Marktbeherrschung zu subsumieren sind, aber zu nicht koordinierten Auswirkungen führen, ließen sich nicht durch das materiell-rechtliche Beurteilungsinstrumentarium erfassen.

Aus der Lücken-Debatte lassen sich insofern wichtige Elemente zur Auslegung des SIEC-Tests entnehmen, als sie bestimmte Konturen des Begriffs der beherrschenden Stellung problematisiert und diesem nach Vorgaben der Erwägungsgründe im Rahmen des bestehenden Untersagungstatbestands weiterhin eine wesentliche Rolle zukommt. Die neue Rechtslage führte jedoch zu einiger Verwirrung und veranlasst einige Autoren, einen erheblichen Verlust an Rechtssicherheit zu befürchten. Anhaltspunkt dafür ist zum einen die Abwesenheit einer in dem Verordnungstext verankerten und daher gleichrangigen Begrenzung des SIEC-Tests und zum anderen

³ *Werden*, Unilateral Competitive Effects and the Test for Merger Control, ECJ 4 (2008), S. 95.

⁴ *Heimler*, Was the Change of the Test for Merger Control in Europe justified?, An Assessment (Four Years after the Introduction of SIEC), ECJ 4 (2008), S. 85.

⁵ *Röller/Strohm*, Ökonomische Analyse des Begriffs „*significant impediment to effective competition*“, http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/muenchne_kommentar.pdf (14.6.2010), Rdnr. 8. Vgl. auch *Wbelan*, Merger Control Reform: the draft Regulation recasting Regulation (EEC) No. 4064/89 on the control of concentrations between undertakings, in: Behrens/Braun/Nowak (Hrsg.), Europäisches Wettbewerbsrecht im Umbruch, 2004, S. 261.

die Koexistenz zweier auf verschiedenen ökonomischen Modellen beruhender Prüfungsansätze: marktbeherrschende Stellung und nicht koordinierte Effekte.

Ziel des folgenden Beitrags ist die theoretische Auseinandersetzung mit der Problematik der Erfassung nicht koordinierter Wirkungen im Oligopol durch das Marktbeherrschungskonzept und die Darstellung ihrer Behandlung im Rahmen des SIEC-Tests, der dazu unter Einbeziehung der gewonnenen Erkenntnisse ausgelegt wird. Zur Bearbeitung des Themas soll, nach kurzer Darstellung des relevanten ökonomischen Hintergrundes, zuerst auf das Konzept der nicht koordinierten Effekte eingegangen werden. Anschließend soll zunächst die Erfassbarkeit dieser Wirkungen durch den Begriff der kollektiven Marktbeherrschung unter besonderer Berücksichtigung der Diskussion im wettbewerbsrechtlichen Schrifttum zu *Airtours/First Choice*⁶ behandelt werden. Dann soll sich der Beitrag anhand einer Würdigung der wichtigsten Beiträge zur Lücken-Debatte mit der Erfassbarkeit dieser Effekte über das Einzelmarktbeherrschungskonzept auseinandersetzen. Anzusprechen sind ebenfalls einige in der Literatur diesbezüglich vorgetragene alternative Lösungsansätze. In einem weiteren Schritt soll dann die Behandlung der unilateralen Effekte unter dem SIEC-Tatbestand diskutiert werden. Dazu wird der Begriff der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs sowie sein Verhältnis zum Regelbeispiel der Marktbeherrschung einer näheren Bestimmung zu unterziehen sein.

B. Nicht koordinierte Effekte

I. Oligopoltheoretischer Hintergrund

Den drei in der Mikroökonomie untersuchten grundlegenden Marktstrukturmodellen kommt auch im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Analyse eine bedeutende Rolle zu.⁷ Als Maßstab zur Beurteilung sämtlicher Marktformen zieht die Wirtschaftswissenschaft das Leitbild vollkommener Konkurrenz heran.⁸ Zwischen dieser und der sich auf entgegengesetzter Seite befindenden höchsten Form von Konzentration auf der Anbieterseite, dem Monopol, liegt die Marktform des Oligopols, das sich ganz allgemein durch eine Marktstruktur mit einer überschaubaren Anzahl von Anbietern definieren lässt.⁹ Im Gegensatz zu den beiden Extremen

⁶ KOM-Entscheidung v. 22.9.1999, COMP.IV/M.1524, *Airtours/First Choice*, ABl. Nr. L 93 v. 13.4.2000, S. 1; EuG, Rs. T-342/99, *Airtours/Kommission*, Slg. 2002, II-2585.

⁷ Vgl. *Girsch*, Fusionskontrolle in konzentrierten Märkten, Das theoretische Konzept der oligopolistischen Marktbeherrschung und dessen Anwendung in der Praxis, 2002, S. 15.

⁸ Vgl. *Carlton/Perloff*, Modern Industrial Organization, 2005, S. 56.

⁹ Vgl. z.B. *Mankiw*, Principles of Economics, 3. Aufl. 2004, S. 346; *Carlton/Perloff*, (Fn. 8), S. 157. Befinden sich neben (großen) Oligopolisten noch weitere (kleine) Unternehmen auf dem Markt, spricht man von einem Teiloligopol.

muss ein Unternehmen im Oligopol das Verhalten seiner Wettbewerber berücksichtigen, um die bestmöglichen Entscheidungen zu treffen. Ferner wird nach Anzahl der Unternehmen und Grad der Abhängigkeit im Wettbewerb in enge und weite Oligopole untergliedert.¹⁰

Den sowohl historischen als auch logischen Ausgangspunkt der Studie der Oligopoltheorie stellen die statischen Modelle dar.¹¹ Das erste und wohl berühmteste stammt von *Cournot*. Es geht von einem Duopol mit relativ homogenen Gütern aus, in dem beide Unternehmen die Absatzmenge ihres Konkurrenten als festgelegt erachten und auf dieser Grundlage einmalig ihre Mengenentscheidungen (maßgeblicher Wettbewerbsparameter) treffen. Da sie sich dabei bewusst sind, dass der Marktpreis von der gesamten Produktionsmenge beider Unternehmen abhängt, müssen sie ihre Absatzmenge jeweils der ihres Wettbewerbers anpassen. Ausgehend von einer korrekten Annahme der Entscheidungen des Konkurrenten verkaufen die Duopolisten im „*Cournot*“-Gleichgewicht schließlich die gewinnoptimierende Menge.¹²

Demgegenüber ging *Bertrand* vom Preis als vordringlichem Aktionsparameter aus. In seinem Modell richten sich Nachfrager bei homogenen Gütern nach dem niedrigsten Preis.

Das „*Stackelberg*“-Modell wiederum setzt voraus, dass ein Wettbewerber seine Produktionsmenge zuerst festlegt (*first-mover*) und dadurch einen strategischen Vorteil erlangt.¹³

Diese klassischen Modelle variieren entweder nach eingesetztem Wettbewerbsparameter oder danach, ob die Entscheidungen gleichzeitig oder nacheinander getroffen werden. Gemeinsamer Nachteil ist jedoch ihre Untauglichkeit zur Darstellung des Anpassungsprozesses.¹⁴

Diese Darstellung wird in gewissem Grade von der spieltheoretischen Variante der wiederholten Spiele geboten,¹⁵ welche die dem realen Wirtschaftsleben näher kom-

¹⁰ Vgl. *Linder*, Kollektive Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, Eine Untersuchung zum US-amerikanischen, deutschen und europäischen Recht, 1. Aufl. 2005, S. 46 f.

¹¹ Vgl. *Shapiro*, Theories of Oligopoly Behaviour, in: Schmalensee/Willing (Hrsg.), Handbook of Industrial Organization, Vol. I, 1. Aufl. 1989, S. 333.

¹² Vgl. *Carlton/Perloff*, (Fn. 8), S. 163 ff.

¹³ *Etter*, The Assessment of Mergers in the EC under the Concept of Collective Dominance, An Analysis of the Recent Decisions an Judgements – by an economic approach, World Competition 23 (2000), S. 113 spricht diesbezüglich von einem „*sait accompli*“. Unabhängig vom Verhalten des Wettbewerbers legt der *first-mover* eine hohe Produktionsmenge fest.

¹⁴ Vgl. ibid.

¹⁵ Hierzu ibid., S. 121.

mende Situation¹⁶ mehrfachen Aufeinandertreffens von Unternehmen (Spielen) erfasst. Grundlegender Gedanke der Anwendung dieser Disziplin ist es, die Interaktion zwischen Oligopolisten mittels formaler Modelle zu untersuchen.¹⁷ Das wohl bekannteste Spiel, das des Gefangenendilemmas, wird regelmäßig zur Beleuchtung der Ursachen der Verhaltenskoordinierung verwendet. Während anzunehmen ist, dass bei einem einzigen Durchgang eine individuell rationale Strategie dominiert, kann es zu einer kollektiv rationalen Strategie unter anderem dann kommen, wenn zum einen die Spieler wiederholt aufeinandertreffen und zum anderen Sanktionsmechanismen für abweichendes Verhalten bestehen. Das Ergebnis hängt jedoch davon ab, ob das Spiel endlich oder unendlich oft gespielt wird.¹⁸ Sind sich Oligopolisten der letzten Periode bewusst, führt die Methode der Rückwärtsinduktion¹⁹ zu der Erkenntnis, dass in keiner Periode Anreiz zur Kooperation besteht.²⁰ Kennen die Unternehmen hingegen die letzte Periode nicht, ähnelt die Situation derjenigen der unendlich oft wiederholten Spiele.²¹ Das *Folk-Theorem* besagt, dass in solchen Superspielen, bei ausreichender Geduld der Spieler, grundsätzlich nahezu jedes Marktgegebnis als Gleichgewicht möglich ist.²²

Zwar nähert sich die Spieltheorie im Vergleich zu den herkömmlichen Theorien eher der ökonomischen Wirklichkeit, doch wird in der Literatur darauf aufmerksam gemacht, dass sie sich weiterhin realitätsfremder Prämissen bedient.²³ Nach Auffassung von *Kantzenbach, Kottmann und Kriger*²⁴ hat die Spieltheorie jedoch „ein

¹⁶ Vgl. *Kantzenbach/Kottmann/Kriger*, Kollektive Marktbeherrschung: Neue Industrieökonomie und Erfahrungen aus der Europäischen Fusionskontrolle, 1. Aufl. 1996, S. 30.

¹⁷ Vgl. *Linder*, (Fn. 10), S. 56. Grundsätzlich wird zwischen kooperativer und nicht-kooperativer Spieltheorie unterschieden. Da Erstere die Möglichkeit voraussetzt, verbindliche und durchsetzbare Verträge abzuschließen, ist sie „jedoch angesichts der kartellrechtlichen Verbotsnormen nur von untergeordneter Bedeutung“. Vgl. *Wrase*, Europäische Fusionskontrolle, Der Oligopoltatbestand unter besonderer Berücksichtigung der unilateralen Effekte, 1. Aufl. 2007, S. 62. Siehe auch *Etter*, (Fn. 13), S. 116.

¹⁸ Vgl. z.B. *Osborne/Rubinstein*, A Course in Game Theory, 1994, S. 134.

¹⁹ Der Gedanke dabei ist folgender: Dadurch, dass in der letzten Periode keinerlei Anreiz zur kooperativen Strategie besteht und sich die Spieler dessen bewusst sind, besteht ebenfalls im vorletzten Durchgang kein entsprechender Anreiz. Das Argument setzt sich rückwärts bis zur ersten Periode fort. Vgl. *Kantzenbach/Kottmann/Kriger*, (Fn. 16), S. 31; *Etter*, (Fn. 13), S. 117.

²⁰ Vgl. *Kantzenbach/Kottmann/Kriger*, (Fn. 16), S. 31; *Shapiro*, (Fn. 11), S. 359.

²¹ Vgl. *Carlton/Perloff*, (Fn. 8), S. 187.

²² Vgl. *Fudenberg/Tirole*, Noncooperative Game Theory, in: *Schmalensee/Willing*, (Fn. 11), S. 279 ff.; *Kreps*, Game Theory and Economic Modelling, 1990, S. 75.

²³ So wird z.B. der Voraussetzung der Verfügbarkeit jeglicher wichtiger Informationen durch sog. *games of imperfect information* oder der Annahme in jedem Fall rationalen Verhaltens durch die sog. *evolutionary game theory* Rechnung getragen. Vgl. hierzu *Linder*, (Fn. 10), S. 66 f.

²⁴ *Kantzenbach/Kottmann/Kriger*, (Fn. 16), S. 84.

besseres Verständnis der strukturellen Charakteristika oligopolistischer Wettbewerbssituationen“ erreicht.

II. Begriff und Beispiel des „Car merger case“

Anlässlich der VO Nr. 139/2004 führte die Kommission in ihren Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse²⁵ (Horizontalleitlinien) eine neue Kategorisierung wettbewerbsbehindernder Auswirkungen horizontaler Zusammenschlüsse ein.²⁶ Seither wird ähnlich wie in den US-amerikanischen *Merger Guidelines*²⁷ zwischen koordinierten und nicht koordinierten Effekten unterschieden.²⁸

Als unilaterale/nicht koordinierte Effekte²⁹ definieren *Immenga* und *Körber*

„alle einseitigen, also nicht auf einer offenen oder stillschweigenden Koordinierung beruhenden Auswirkungen eines Zusammenschlusses, die zu einer erheblichen Wettbewerbsbehinderung führen können.“³⁰

Wie die Autoren selbst bemerken,³¹ deutet ihre Umschreibung darauf hin, dass nicht koordinierte Effekte nicht den Ausnahme-, sondern eher den Regelfall von Zusammenschlussauswirkungen darstellen. Die unmittelbarste Auswirkung eines Zusammenschlusses liegt in der Beseitigung des Wettbewerbs zwischen den Fusionsteilnehmern selbst.³² Die Beseitigung des gegenseitig ausgeübten Drucks versetzt die Fusionsteilnehmer unter bestimmten Voraussetzungen in die Lage, ihre Preise profitbringend zu erhöhen oder ihre Produktionsmenge zu drosseln.

²⁵ Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. Nr. C 31 v. 5.2.2004, S. 5.

²⁶ Man bemerke, dass die Kommission bereits in ihrer Entscheidungspraxis unter Geltung der VO Nr. 4064/89 zwischen zwei Kategorien wettbewerbsbehindernder Effekte bei horizontalen Zusammenschlüssen unterschied, zum einen durch die Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung (Einzelmarktbeherrschung) und zum anderen durch die Begründung oder Verstärkung kollektiver Marktbeherrschung.

²⁷ Horizontal Merger Guidelines, 1992, <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/hmg.pdf> (14.6.2010).

²⁸ Vgl. Horizontalleitlinien, (Fn. 25), Rdnr. 22. Siehe ebenfalls Horizontal Merger Guidelines, (Fn. 27), S. 17 ff.

²⁹ Während der Ausdruck *unilateral effects* in den US-amerikanischen Horizontal Merger Guidelines verwendet wird, handelt es sich bei „nicht koordinierten Wirkungen“ (*non coordinated effects*) um die Terminologie der europäischen Horizontalleitlinien.

³⁰ *Immenga/Körber*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Kommentar, Bd. 1. EG/Teil 2, Art. 2 FKVO, Rdnr. 475.

³¹ Ibid.

³² Horizontalleitlinien, (Fn. 25), Rdnr. 24. Vgl. hierzu auch die Definition unilateraler Effekte in *Cook/Kerse*, EC Merger Control, 4. Aufl. 2005, Rdnr. 7-011.

Im wettbewerbsrechtlichen Schrifttum werden diese Wirkungen häufig am Beispiel des sogenannten *Car merger case* veranschaulicht.³³ Auszugehen ist bei diesem bedeutend vereinfachten³⁴ Modellbeispiel davon, dass bestimmte Autokäufer zwischen dem Audi A6, BMW 520, Mercedes C300 und Saab 95 wählen.³⁵ Folgende Wettbewerbsbeziehung wird dabei vorausgesetzt: Würde Audi seinen Preis um 10 % erhöhen, wechselte die Hälfte der dadurch verlorenen Käufer zu BMW; ein Anstieg in derselben Proportion des BMW-Preises würde den Übergang eines Drittels der verlorenen BMW-Kunden zu Audi bewirken. Die Unternehmen befinden sich somit nicht in der Lage, eine Preiserhöhung, zumindest gewinnbringend, von 10 % durchzuführen. Bei der diesbezüglichen Ermittlung hat jedes Unternehmen den durch den Kundenwechsel zu erleidenden Verlust gegen den Gewinn durch die preiserhöhten Verkäufe an die verbleibenden Kunden abzuwagen. Hingegen könnte eine Fusion zwischen den beiden Herstellern unter den beschriebenen Bedingungen einer Preiserhöhung ökonomischen Sinn verleihen, da ein wesentlicher Teil des Absatzverlustes einer Fusionspartei wiederum der neuen Unternehmenseinheit zuflösse. Klar wird an diesem Beispiel ebenso, dass die wettbewerbsschädlichen Effekte keine Reaktion der Wettbewerber auf die neue Marktstruktur voraussetzen. Die neue Unternehmenseinheit nutzt lediglich den entstandenen Verhaltensspielraum gewinnmaximierend aus.³⁶

Andere Wettbewerber spüren auf Grund der bei den Konsumenten ausgelösten Substitutionseffekte eine erhöhte Nachfrage, wodurch der Zusammenschluss auch sie in die Lage versetzt, Preiserhöhungen gewinnbringend vorzunehmen.³⁷ Eine solche Anpassung Dritter ändert jedoch nichts an der Tatsache, dass der ursprüngliche Anreiz zur Preiserhöhung seitens der neuen Unternehmenseinheit einzig und allein auf die Behebung des Wettbewerbsdrucks zwischen den Fusionsparteien zurückzuführen ist.³⁸

³³ Vgl. z.B. *Verouden/Bengtsson/Albæc*, The Draft EU Notice on horizontal mergers: a further step toward convergence, The Antitrust Bulletin 2004, S. 250 ff.; *Völcker*, Mind the gap: unilateral effects analysis arrives in EC merger control, ECLR 2004, S. 395 f.

³⁴ So ignoriert man z.B. die Präsenz weiterer Wettbewerber in diesem Segment oder die Tatsache, dass jeder Hersteller meistens mehrere Automodelle innerhalb eines Segments anbietet. Vgl. *Verouden/Bengtsson/Albæc*, (Fn. 33), S. 250, Fn. 15.

³⁵ Es ist davon auszugehen, dass die Preise aus ökonomischer Sicht sinnvoll definiert werden. Jeder Hersteller nimmt dabei ein *tradeoff* zwischen Absatzmenge und Gewinn vor.

³⁶ Vgl. *Verouden/Bengtsson/Albæc*, (Fn. 33), S. 251.

³⁷ Vgl. *Schwalbe*, Ökonomisierung der Fusionskontrolle – Nichtkoordinierte Effekte und der SIEC-Test, Schriftenreihe des Zentrums für Europäisches Wirtschaftsrecht Nr. 148, 2004, S. 12 f. Der Autor weist darauf hin, dass der Wettbewerber im Allgemeinen seinen Preis nicht so stark erhöhen wird, dass seine Nachfrage zurückgeht, sondern sowohl vom höheren Preis als auch von einer größeren Menge profitieren wird. Da es sich hierbei eher um „multilaterale“ Effekte handelt, hält *Vickers*, Competition Economics and Policy, 2002, http://www.oft.gov.uk/shared_oft/speeches/spe0702.pdf (14.6.2010), S. 9 den Begriff *unilateral effects* in diesem Kontext für ungünstig.

III. Abgrenzung und Verhältnis zu koordinierten Wirkungen

Unter koordinierten Effekten versteht man die stillschweigende Verhaltenskoordinierung in Oligopolen.³⁹ Im Gegensatz zu einseitigen Auswirkungen ist ein Unternehmen zur gewinnbringenden Preiserhöhung auf die Reaktion seiner Wettbewerber angewiesen. Ergreifen diese die Möglichkeit zur kollektiven Verfolgung einer gewinnmaximierenden Strategie und folgen der Preissteigerung, sind im Ergebnis gleiche Preise auf einem höheren Niveau zu erwarten.⁴⁰ Bei der Abgrenzung dieser Effekte gegenüber nicht koordinierten Effekten steht somit die Frage im Mittelpunkt, ob sich die Preiserhöhung unabhängig oder nur in Abhängigkeit von der Reaktion Anderer gewinnbringend durchführen lässt. Mit anderen Worten: Es kommt darauf an, ob die Preiserhöhung Anderer Folge oder Voraussetzung der ursprünglichen Preiserhöhung ist.⁴¹ Zwar können in der Praxis diese Phänomene nicht immer sauber voneinander abgegrenzt werden,⁴² doch sind sie auf konzeptueller Ebene streng voneinander zu trennen. In der Literatur wird mehrfach gel tend gemacht, es sei auf Grund des genannten Kernunterschieds ausgeschlossen, dass ein Zusammenschluss auf einem Markt gleichzeitig zu unilateralen und koordinierten Auswirkungen führt.⁴³ Diese Kategorien schlössen sich gegenseitig aus.⁴⁴

IV. Homo-/heterogene Produktmärkte und Wettbewerbsparameter

Bei der Darstellung der nicht koordinierten Auswirkungen eines Zusammenschlusses muss jedoch berücksichtigt werden, ob es sich um homo- oder heterogene Produktmärkte handelt und welcher Wettbewerbsparameter vordringlich ist.

³⁸ Verouden/Bengtsson/Albac, (Fn. 33), S. 252.

³⁹ Vgl. Hermann, Die Neufassung des materiellen Untersagungskriteriums in Art. 2 Abs. 2 und 3 EG-FKVO, 1. Aufl. 2008, S. 164. Hierzu ebenfalls Horizontalleitlinien, (Fn. 25), Rdnr. 39.

⁴⁰ Immenga/Körber, (Fn. 30), Art. 2 FKVO, Rdnr. 415. Wie die Autoren bemerken, entsteht das gleichförmige Verhalten vor allem bezüglich der Preise. Möglich ist dies dennoch ebenfalls in Bezug auf andere Wettbewerbsparameter.

⁴¹ Coppi/Walker, Substantial convergence or parallel paths?, Similarities and differences in the economic analysis of horizontal mergers in U.S. and EU competition law, The Antitrust Bulletin 2004, S. 127. Siehe hierzu ebenfalls Ivaldi/Jullien/Rey/Seabright/Tirole, The Economics of Unilateral Effects, 2003, S. 3. Die Autoren nennen als Gemeinsamkeit beider „instances of oligopolistic behaviour“ eine strategische Interaktion zwischen Unternehmen, die zwar ausreichend groß sind, um den Markt zu beeinflussen, aber nicht in der Lage sind, ohne Rücksicht auf das Verhalten ihrer Wettbewerber zu handeln. „Where they differ, however, is in the precise way in which they suppose firms take into account their competitors‘ behaviour“.

⁴² Vgl. Hermann, (Fn. 39), S. 227 f.

⁴³ Vgl. ibid., S. 233; Lindsay, The EC Merger Regulation: Substantive Issues, 2003, S. 151.

⁴⁴ Vgl. z.B. ibid.; Linder, (Fn. 10), S. 69; Pellmann, Significant Impediment to Effective Competition, Marktbeherrschungstest und erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs (SIEC-Test) in der

Am besten lassen sich nicht koordinierte Effekte in einem heterogenen Produktmarkt vorstellen.⁴⁵ In solchen Märkten treten sie auch am häufigsten auf.⁴⁶ Auf Grund verschiedener Präferenzen für bestimmte Varianten eines Produkts sind Nachfrager in einem heterogenen im Vergleich zum homogenen Produktmarkt weniger bereit, die von Ihnen vorgezogene Variante gegen eine andere auszutauschen.⁴⁷ Wegen der unterschiedlichen Präferenzen für verschiedene Varianten eines Gutes ist die Preiselastizität der Nachfrage deutlich geringer.⁴⁸ Es handelt sich bei den Gütern um unvollkommene Substitute. Wie bereits dargestellt, würde eine Preiserhöhung vor der Fusion den Wechsel einer bestimmten Anzahl von Kunden zu anderen Anbietern auslösen. Nach dem Zusammenschluss würden hingegen einige dieser Konsumenten auf die jeweils andere Zusammenschlusspartei ausweichen. Dies gilt natürlich für beide Parteien.⁴⁹ Dabei hängt das Ausmaß der unilateralen Preiserhöhung davon ab, ob die Fusionsparteien enge oder weite Substitute herstellen. Je eher die Produkte der Fusionsteilnehmer von Nachfragern als sogenannte *closest substitutes* wahrgenommen werden, desto höher ist der Preiserhöhungsanreiz nach dem Zusammenschluss.⁵⁰ Geht man von Preis-, also „Bertrand“-Wettbewerb aus, ist auf einem heterogenen Produktmarkt nach einem Zusammenschluss mit einer Preiserhöhung aller Produkte des Marktes zu rechnen.⁵¹

Bei Wettbewerb, der sich nach Mengen richtet („Cournot“-Wettbewerb), ist ebenfalls der Anreiz einer der Preiserhöhung dienenden Mengenverknappung höher, je mehr die Güter untereinander austauschbar sind („nearest rival“-Prinzip).⁵² Eine Produktionsreduzierung durch die neue Unternehmenseinheit löst eine Erhöhung der Nachfrage nach Produkten anderer Konkurrenten aus. Diese reagieren daher mit einer zumindest teilweise kompensatorischen Ausweitung ihrer Produktion.⁵³ Wie *Ivaldi, Jullien, Rey, Seabright und Tirole* feststellen, wird somit die unmittelbare Auswirkung der Fusion auf das Verhalten der neuen Unternehmenseinheit durch

Europäischen Fusionskontrolle, 1. Aufl. 2006, S. 292 f.; Europe Economics, Study on Assessment Criteria for Distinguishing between Competitive and Dominant Oligopolies in Merger Control, 2001, <http://www.cea.fi/course/material/EuropeEconomics.pdf> (14.6.2010), S. 62 f.

45 Vgl. *Dubow/Elliott/Morrison*, Unilateral effects and merger simulation models, ECLR 2004, S. 115.

46 Vgl. *Carlton/Perloff*, (Fn. 8), S. 201, Fn. 1.

47 Vgl. *Schwalbe*, (Fn. 37), S. 8.

48 Ibid.

49 Vgl. *Bishop/Walker*, The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement, 2002, Rdnr. 7.19.

50 Vgl. *Baxter/Debtmers*, Unilateral effects under the European Merger Regulation: how big is the gap?, ECLR 2005, S. 387.

51 Vgl. *Bishop/Walker*, (Fn. 49), Rdnr. 7.21.

52 Vgl. *Hermann*, (Fn. 39), S. 212.

53 Vgl. *Ivaldi/Jullien/Rey/Seabright/Tirole*, (Fn. 41), S. 12 f.

die Anpassung ihrer Wettbewerber an die neue Marktstruktur abgeschwächt.⁵⁴ Gemindert werden die Auswirkungen dieser Reaktion zum Beispiel, wenn die Wettbewerber Kapazitätsengpässen unterliegen.⁵⁵

Hingegen ist im Rahmen homogener Produktmärkte anzunehmen, dass alle Unternehmen in derselben Wettbewerbsnähe zueinander stehen.⁵⁶ In einem Oligopol, in dem homogene Güter hergestellt werden und die Unternehmen mittels Preisen konkurrieren, wird ein Unternehmen im nicht koordinierten „Nash“-Gleichgewicht einen seinen Grenzkosten entsprechenden Preis setzen, woraus auf Grund des hohen Wettbewerbsdrucks das gleiche Ergebnis wie bei vollkommener Konkurrenz resultieren würde. In diesem Fall würde ein Zusammenschluss zu keiner Veränderung im Marktergebnis führen. Dem wäre selbst bei hohen Marktanteilen der fusionierten Unternehmen so, außer wenn es sich um eine Fusion zum Monopol handelt.⁵⁷ Doch differenzieren sich Unternehmen auf homogenen Produktmärkten meistens vor allem in Bezug auf ihre Kapazitäten.⁵⁸ Drosselt die neue Unternehmenseinheit ihre Produktionsmenge, um dadurch einen Preisanstieg auszulösen, reagieren wiederum die Wettbewerber, sollten sie über entsprechende Kapazitäten verfügen, mit einer teilweise ausgleichenden Produktionsausweitung.⁵⁹ Dies schafft Ausweichmöglichkeiten für Abnehmer und führt zu einem geringeren Preisanstieg.⁶⁰ Leiden die Konkurrenten hingegen an Kapazitätsengpässen, ist der Anreiz für die fusionierten Unternehmen selbstverständlich höher, einseitig die Produktion zu drosseln und somit gewinnbringend eine Marktpreiserhöhung zu bewirken.⁶¹

V. Beurteilungskriterien

Neben den bereits angesprochenen Aspekten nennt die Kommission in ihren Horizontalleitlinien weitere Kriterien zur Beurteilung, ob bei einem Zusammenschluss mit spürbaren nicht koordinierten Wirkungen zu rechnen ist.⁶² Zunächst wird die Relevanz hoher Marktanteile hervorgehoben.⁶³ Ihre Bedeutung bei der wettbewerbs-

⁵⁴ Vgl. ibid.

⁵⁵ Vgl. Hermann, (Fn. 39), S. 212.

⁵⁶ Vgl. Baxter/Dethmers, (Fn. 50), S. 386.

⁵⁷ Vgl. Schwalbe, (Fn. 37), S. 10.

⁵⁸ Vgl. Wirtz, Der Mitteilungsentwurf der Kommission zur Beurteilung horizontaler Zusammenschlüsse, EWS 2003, S. 151; Wräse, (Fn. 17), S. 78.

⁵⁹ Vgl. z.B. ibid.

⁶⁰ Vgl. Hermann, (Fn. 39), S. 208 ff.

⁶¹ Vgl. ibid.

⁶² Horizontalleitlinien, (Fn. 25), Rdnr. 26. Der Kriterienkatalog zur Ermittlung der Wahrscheinlichkeit des Auftretens nicht koordinierter Effekte ist weder zwingend noch abschließend.

⁶³ Ibid., Rdnr. 27.

lichen Untersuchung wird im Folgenden bezüglich des Einzelmarktbeherrschungskonzepts noch angesprochen werden. Hinzuweisen ist jedoch an dieser Stelle auf die in Erwägungsgrund 32 FKVO Nr. 139/2004 angegebene „Bagatellgrenze“ von 25 %. Ist ein Zusammenschluss auf Grund der geringen Marktanteile nicht geeignet wirksamen Wettbewerb zu behindern, könne „davon ausgegangen werden, dass [dieser] mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist“. Angesichts der Marktanteilschwelle von 50 %, die eine beherrschende Stellung indizieren kann, könnte in dem Zusammenspiel ein „äußerer Rahmen“ der autonomen Prüfung nicht koordinierter Wirkungen erkannt werden.⁶⁴

Wie bereits erwähnt, würden Wettbewerber versuchen, eine zur Marktpreiserhöhung dienende Absatzreduzierung ihrerseits mit einer entsprechenden Erweiterung zu kompensieren.⁶⁵ Die Kommission nennt daher die Wahrscheinlichkeit einer solchen Angebotserhöhung als weiteren Beurteilungsfaktor.⁶⁶ Der Ausgleich erweist sich jedoch als unwahrscheinlich, wenn die Wettbewerber über keine entsprechenden Kapazitäten verfügen.⁶⁷ Ein weiteres Beurteilungskriterium liegt in der Fähigkeit, „das Wachstum kleinerer Unternehmen und potentieller Wettbewerber zu erschweren oder die Wettbewerbsfähigkeit anderer Unternehmen auf sonstige Weise einzuschränken“.⁶⁸ Eine solche „asymmetrische vertikale Integration“ kann zur Behinderung des Außenwettbewerbs führen.⁶⁹ Ferner besteht die Gefahr wettbewerbswidriger Auswirkungen, wenn einer Fusionspartei trotz geringen Marktanteils eine erhebliche Rolle im Wettbewerbsprozess zukommt.⁷⁰

⁶⁴ So *Immenga/Körber*, (Fn. 30), Art. 2 FKVO, Rdnr. 482. Den Autoren zufolge dürfte diese selbstständige Analyse deshalb regelmäßig bei einem Marktanteil zwischen 25 % und 50 % nach dem Zusammenschluss in Betracht kommen. Eine noch höhere Wahrscheinlichkeit bestehe ferner bei Zusammenschlüssen, die zu einem Marktanteil in der „Grauzone“ um die 40 % führen.

⁶⁵ Hierzu *Navarro/Font/Folguera/Briones*, Merger Control in the EU Law, 2. Aufl. 2005, S. 167, Rdnr. 6.67.

⁶⁶ Horizontalleitlinien, (Fn. 25), Rdnr. 32 ff.

⁶⁷ Vgl. *Verouden/Bengtsson/Albæk*, (Fn. 33), S. 269.

⁶⁸ Horizontalleitlinien, (Fn. 25), Rdnr. 36. Als Beispiel werden der Einfluss auf den Bezug von Einsatzmitteln oder die Vertriebsmöglichkeiten genannt.

⁶⁹ So *Mestmäcker/Schweizer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2004, § 25, Rdnr. 138. Die Horizontalleitlinien, (Fn. 25), nennen in Fn. 50 als Beispiel Netzindustrien wie Energie, Telekommunikation und andere Kommunikationssysteme.

⁷⁰ Horizontalleitlinien, (Fn. 25), Rdnr. 36. Gleichzeitig führt ein Zusammenschluss unter diesen Bedingungen zur Stabilisierung des Oligopols. Vgl. *Mestmäcker/Schweizer*, (Fn. 69), § 25, Rdnr. 138.

VI. Die vermeintliche Lücke und das Beispiel des „Babyfood Merger“ „Heinz/BeechNut“)

Die Debatte um die „unilateral effects“-Lücke der FKVO Nr. 4064/89 kam vor allem mit dem „Babyfood Merger“-Fall aus der US-amerikanischen Rechtspraxis ins Rollen. In materiell-rechtlicher Hinsicht war unter der damaligen Rechtslage die Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung das maßgebliche Beurteilungskriterium. Obwohl die Vorschrift im Gegensatz zu Art. 82 EGV (jetzt Art. 102 AEUV) nicht ausdrücklich von einer beherrschenden Stellung mehrerer Unternehmen sprach, wurde der fusionskontrollrechtliche Begriff auf kollektive Marktbeherrschung erstreckt.⁷¹ Im Lichte sogenannter *gap cases* wies ein Teil der wettbewerbsrechtlichen Literatur auf eine materiell-rechtliche Regelungslücke hin. Gemeint waren Fallkonstellationen, die zwar zu unilateralen Auswirkungen führten, aber zum einen auf Grund fehlender Marktanteilsführerschaft nicht unter die Einzelmarktbeherrschung zu subsumieren waren und zum anderen kollektive Marktbeherrschung weder begründeten noch verstärkten.⁷²

Der *Babyfood Merger* wurde als angeblicher Prototyp dieser Fallkonstellation zur Beleuchtung besagter Lücke mehrfach herangezogen.⁷³ Der Fall betraf das Vorhaben des zweitgrößten Herstellers für glasabgefüllte Babynahrungsmittel, Heinz, das drittgrößte Unternehmen auf diesem Markt, BeechNut, zu erwerben. Nachdem der U.S. District Court for the District of Columbia das durch die Federal Trade Commission (FTC) abgelehnte Vorhaben gebilligt hatte, wurde der *Babyfood Merger* 2001 schließlich vom U.S. Court of Appeals for the District of Columbia untersagt. Die FTC hatte ihren Einwand unter anderem auf das Eintreten unilateraler Effekte gestützt. Der dritte bedeutende Wettbewerber, Gerber, war mit einem Marktanteil

⁷¹ Vgl. hierzu genauer Fn. 75.

⁷² Auf diesen Gedanken bezieht sich auch der 25. Erwägungsgrund der FKVO Nr. 139/2004: „Unter bestimmten Umständen können Zusammenschlüsse, in deren Folge der beträchtliche Wettbewerbsdruck beseitigt wird, den die fusionierenden Unternehmen aufeinander ausgeübt haben, sowie der Wettbewerbsdruck auf die verbleibenden Wettbewerber gemindert wird, zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führen, auch wenn eine Koordinierung zwischen Oligopolmitgliedern unwahrscheinlich ist.“

⁷³ Siehe *Fountoukakos/Ryan*, A new substantive test for EU merger control, ECLR 2005, S. 282; *Jones/Sufrin*, EC Competition Law, 3. Aufl. 2008, S. 1006; *Coppi/Walker*, (Fn. 41), S. 131 f.; *Wräse*, (Fn. 17), S. 107 ff.; *Pellmann*, (Fn. 44), S. 267 f.; *Alfter*, Untersagungskriterien in der Fusionskontrolle, SLC-Test versus Marktbeherrschende Stellung – Eine Frage der Semantik?, WuW 2003, S. 24; *Bishop/Walker*, (Fn. 49), Rdnr. 7.101; *Ehlermann/Völcker/Gutermuth*, Unilateral Effects: The Enforcement Gap under the old Merger Regulation, World Competition 28 (2005), S. 194; *Kokkoris*, The Reform of the European Merger Regulation in the aftermaths of the Airtours case – the eagerly expected database: SLC v. dominance test, ECLR 2005, S. 42; *Schmidt*, The new ECMR: „Significant impediment“ or „significant improvement“?, CMLR 41 (2004), S. 1569; *Bartosch*, Gehorsam oder Widerstand, Reformvorschlag der Kommission zur FKVO und die Rechtsprechung des EuG im Fall Airtours/Kommission, WuW 2003, S. 579.

von 65 % eindeutiger Marktführer. Heinz und BeechNut hingegen zusammen mit ca. 33 % weiterhin bedeutend hinter ihm gelegen. Die Tatsache, dass Supermärkte meist lediglich zwei Marken anboten und Gerber beinahe immer geführt wurde, begründete erheblichen Wettbewerb um den zweiten Platz. Das Vorhaben gab somit Anlass zu der Befürchtung, die mit einem Vollzug einhergehende Beseitigung dieses Wettbewerbsdrucks könne zu unilateralen Auswirkungen führen. Zum Zweck der Veranschaulichung einer möglichen Regelungslücke ist hierbei vor allem hervorzuheben, dass im Gegensatz zu seiner unproblematischen Erfassung durch die US-amerikanische *unilateral effects analysis* dieser Sachverhalt im europäischen Fusionskontrollrecht, zumindest vom Marktanteil her, nicht unter die Einzelmarktbbeherrschung zu subsumieren gewesen wäre.

C. Erfassung nicht koordinierter Effekte durch Marktbeherrschung

I. Kollektive Marktbeherrschung

Zur Definition kollektiver Marktbeherrschung im Rahmen des Art. 82 EGV (jetzt Art. 102 AEUV) stellte der EuGH auf konkretes gleichförmiges Verhalten mehrerer voneinander unabhängiger Unternehmen ab.⁷⁴ Hingegen verlangt der Gerichtshof im Rahmen der fusionskontrollrechtlichen Prüfung⁷⁵ eine prospektive Unter-

⁷⁴ Vgl. EuGH, verb. Rs. C-395/96 P und C-396/96 P, *Compagnie maritime belge transports SA*, Slg. 2000, I-1365, Rdnr. 36.

⁷⁵ Die Kommission nahm zu den anfänglichen Zweifeln, ob die FKVO Nr. 4064/89 überhaupt auf Sachverhalte kollektiver Marktbeherrschung anwendbar sei, in ihrer „Nestlé/Perrier“-Entscheidung Stellung. Vgl. KOM-Entscheidung v. 22.7.1992, COMP.IV/M.190, *Nestlé/Perrier*, ABl. Nr. L 356 v. 5.12.1992, S. 1, insb. Rdnr. 114 f. Hierbei vertrat sie, in Ermangelung eines ausdrücklichen Ausschlusses einer oligopolistischen Stellung in Art. 2 Abs. 2 können nicht davon auszugehen werden, dass der Gesetzgeber die Behinderung wirksamen Wettbewerbs durch mehrere Unternehmen habe zu lassen wollen. Ebenfalls in diesem Rahmen relevant ist die im darauffolgenden Jahr erlassene KOM-Entscheidung v. 14.12.1993, COMP.IV/M.308, *Kali+Salz/MdK/Treuhand*, ABl. Nr. L 186 v. 21.7.1994, S. 38, Rdnr. 62, in der die Kommission davon ausging, „daß die Übernahme von MdK [...] durch K+ S dazu führen wird, dass ein marktbeherrschendes Duopol entsteht“. Zu einer Untersagung auf dieser Grundlage kam es im „Gencor/Lonrho“-Fall, KOM-Entscheidung v. 24.04.1996, COMP.IV/M.619, *Gencor/Lonrho*, ABl. Nr. L 11 v. 14.1.1997, S. 30, insb. Rdnrs. 206 und 210. In der Rspr. bestätigt wurde die Anwendbarkeit der FKVO auf diese Sachverhalte vom EuGH, verb. Rs. C-68/94 und C-30/95, *Frankreich/Kommission*, Slg. 1998, I-1375, Rdnr. 166, mit der Begründung, aus dem „Wortlaut von Artikel 2 der Verordnung [ließe sich] nicht entnehmen, daß nur Zusammenschlüsse unter diese Verordnung fallen, die eine individuelle beherrschende Stellung begründen oder verstärken“. Die Vorschrift schließe insofern die Anwendung der Verordnung auf Fälle kollektiver Marktbeherrschung nicht aus. Die generelle Anwendbarkeit bestätigte auch das EuG, Rs. T-102/96, *Gencor/Kommission*, Slg. 1999, II-753,

suchung der Marktentwicklung. Es gilt darzulegen, ob der Zusammenschluss durch Schaffung objektiver Anreize eine Verhaltenskoordinierung wahrscheinlich⁷⁶ macht. Es sei bemerkt, dass die Gemeinsamkeit des Konzepts der kollektiven Marktbeherrschung mit dem der nicht koordinierten Effekte im Oligopol in der Voraussetzung einer solchen oligopolistischen Marktstruktur liegt.

1. Reichweite des Konzepts – „Airtours/First Choice“ als Wendepunkt

Obwohl die Kommission im Fall *Nestlé/Perrier* noch keine ausdrückliche Begriffsbestimmung vornahm, übertrug sie die herkömmliche Definition der Einzelmarktbeherrschung auf die kollektive Marktbeherrschung.⁷⁷ Eine konkretere Umschreibung lieferte die Entscheidung *Gencor/Lonrho*. Ausreichend sei demnach, dass die bloße Anpassung der Oligopolisten an die Marktbedingungen ein wettbewerbswidriges Parallelverhalten verursacht.⁷⁸ Der EuGH hingegen forderte in seinem Urteil *Frankreich/Kommission* die Darlegung eines Kausalzusammenhangs zwischen der neu entstehenden Markt- und/oder Unternehmensstruktur und der daraus prognostizierten Beeinträchtigung des Wettbewerbs und trat somit einer rein checklistenartigen Prüfung bestimmter struktureller Marktmerkmale entgegen, aus der sich ohne Weiteres eine kollektive Marktbeherrschung ableiten ließe.⁷⁹

An seine Grenzen stieß das Konzept aber vor allem in der Entscheidung *Airtours/First Choice*. Der Fall betraf die feindliche Übernahme des viertgrößten britischen Reiseveranstalters durch den zweitgrößten auf dem Markt für Kurzstrecken-Pauschalreisen. Die Kommission befürchtete, die Reduzierung von vier auf drei Hauptanbieter versetze die neue Unternehmenseinheit sowie Thomson und Thomas Cook in eine kollektiv marktbeherrschende Stellung auf diesem Referenzmarkt.⁸⁰

Rdnr. 123 ff., in dem Urteil zur von Gencor erhobenen Nichtigkeitsklage gegen die Untersagungsentscheidung der Kommission.

⁷⁶ Zur Frage, ob hier eine Möglichkeit, Wahrscheinlichkeit oder Gewissheit erforderlich ist, vertritt *Haupt*, Kollektive Marktbeherrschung in der europäischen Missbrauchs- und Fusionskontrolle, 1. Aufl. 2004, S. 102, den Wahrscheinlichkeitstest, der „zugleich die Handlungsfähigkeit und Rechtssicherheit der in [...] [Oligopol]Märkten tätigen Unternehmen“ wahre.

⁷⁷ So formuliert die Kommission in KOM-Entscheidung v. 22.7.1992, COMP.IV/M.190, *Nestlé/Perrier*, ABl. Nr. L 356 v. 5.12.1992, S. 1, in der Rdnr. 110 die Frage, ob die FKVO „auch auf Sachverhalte anwendbar ist, in denen wirksamer Wettbewerb von zwei oder mehr Firmen erheblich behindert wird, die zusammen in der Lage sind, sich in nennenswertem Umfang unabhängig von den übrigen Wettbewerbern, von den Kunden und letztlich von den Verbrauchern zu verhalten“. Siehe hierzu auch *Linder*, (Fn. 10), S. 257 f.

⁷⁸ KOM-Entscheidung v. 24.4.1996, COMP.IV/M.619, *Gencor/Lonrho*, ABl. Nr. L 11 v. 14.1.1997, S. 30, Rdnr. 140.

⁷⁹ Vgl. EuGH, verb. Rs. C-68/94 und C-30/95, *Frankreich/Kommission*, Slg. 1998, I-1375, Rdnrn. 226, 227 und 249. Hierzu: *Stroux*, US and EU Oligopoly Control, 2004, S. 210; *Haupt*, (Fn. 78), S. 144.

⁸⁰ Den Wettbewerbern wäre zusammen ein Marktanteil von 85 % zuzurechnen gewesen.

Während Airtours argumentierte, das Verhalten der Oligopolisten müsse dem der Teilnehmer an einer ausdrücklichen Absprache gleichkommen, vertrat die Kommission in ihrer Untersagungsentscheidung, es reiche aus,

„wenn die einzelnen Unternehmen durch die Anpassung an die Marktbedingungen infolge des Zusammenschlusses Verhaltensweisen an den Tag legen, die den Wettbewerb untereinander erheblich verringern und die darauf hinauslaufen, dass die Unternehmen merklich ohne Rücksicht auf Wettbewerber, Kunden und Verbraucher agieren können“.⁸¹

Beinahe drei Jahre später erging das im Schrifttum mit Spannung erwartete EuG-Urteil⁸² zu der von Airtours erhobenen Nichtigkeitsklage. Der Kläger hatte behauptet, die Kommission habe den Begriff der kollektiven Marktbeherrschung derart weit ausgelegt, dass er nicht nur koordinierte, sondern auch unilaterale Effekte umfasste. Folglich sei die Kommission sowohl von ihrer vorherigen Entscheidungspraxis als auch von der Rechtsprechung und der ökonomischen Lehre abgewichen.⁸³ Das Gericht erklärte die Entscheidung für nichtig.⁸⁴ Mit der Aufstellung von drei Bedingungen⁸⁵ für die Annahme kollektiver Marktbeherrschung brachte das EuG nach verbreiteter Auffassung⁸⁶ den Begriff mit ökonomischen Erkenntnissen in Einklang. Hatte die Kommission zuvor nicht die Gelegenheit genutzt, ihr Begriffsverständnis ökonomisch zu belegen,⁸⁷ so „überlebte“ die „Airtours“-Entscheidung laut Stroux nicht „against the cold metal of economic theory“.⁸⁸

⁸¹ KOM-Entscheidung v. 22.9.1999, COMP.IV/M.1524, *Airtours/First Choice*, ABl. Nr. L 93 v. 13.4.2000, S. 1, Rdnr. 54.

⁸² EuG, Rs. T-342/99, *Airtours/Kommission*, Slg. 2002, II-2585. Das Urteil wird von *Haupt*, Collective Dominance under Article 82 EC and EC Merger Control in the Light of the Airtours Judgement, ECLR 2002, S. 443, als Meilenstein in der Entwicklung des Konzepts der kollektiven Marktbeherrschung im Rahmen des europäischen Wettbewerbsrechts bezeichnet.

⁸³ EuG, Rs. T-342/99, *Airtours/Kommission*, Slg. 2002, II-2585, Rdnr. 49.

⁸⁴ Auffällig ist der strenge Ton, mit dem sich das Urteil teilweise auf die Entscheidung bezieht. So auch *Overd*, After the Airtours appeal, ECLR 2002, S. 376: „The Court's tone was severe“. *Nikpay/Houwen*, Tour the force or a little local turbulence?, A heretical view on the Airtours judgement, ECLR 2003, S. 196: „the language [...] was surprisingly aggressive“.

⁸⁵ Dazu zählen Markttransparenz, für langfristigen Anreiz sorgende Abschreckungsmittel und dass die Ergebnisse des gemeinsamen Vorgehens nicht durch die voraussichtliche Reaktion der tatsächlichen und potentiellen Wettbewerber und der Verbraucher in Frage gestellt werden. Vgl. EuG, Rs. T-342/99, *Airtours/Kommission*, Slg. 2002, II-2585, insb. Rdnr. 62.

⁸⁶ Siehe *Langer*, The Airtours judgement: a welcome lecture on oligopolies, economics and joint dominance, CJEL 10 (2003), S. 111; *Stroux*, (Fn. 79), S. 220; *Haupt*, (Fn. 76), S. 166; *Wrase*, (Fn. 17), S. 127; *Denzel*, Materielle Fusionskontrolle in Europa und den USA, Marktbeherrschungstest und „Significant Impediment to Effective Competition“ versus „Substantial Lessening of Competition“, 1. Aufl. 2004, S. 146.

⁸⁷ Vgl. *Linder*, (Fn. 10), S. 258, bezgl. KOM-Entscheidung v. 24.4.1996, COMP.IV/M.619, *Gencor/Lonrho*, ABl. Nr. L 11 v. 14.1.1997, S. 30.

2. Begrenzung auf koordinierte Effekte?

Dass spätestens hier eine Debatte zu den konzeptuellen Grenzen entstand, liegt nahe. *Motta* suggerierte, die Kommission habe den Begriff auf einen Sachverhalt erstreckt, dessen Marktmerkmale erheblich von denen in früheren Fällen kollektiver Marktbeherrschung divergierten.⁸⁹ Zu unterscheiden gilt es dennoch zwischen der Debatte über die Anwendbarkeit des Begriffs auf den konkreten Sachverhalt⁹⁰ und der Auseinandersetzung mit der grundsätzlichen Gestaltung des Konzepts. Für die vorliegende Untersuchung ist lediglich Letztere von Relevanz.

Die Kontroverse um die oben aufgeführte Passage der Randnummer 54 der Entscheidung ist im Lichte der englischen Fassung umso verständlicher. Diese lautet:

„It is sufficient that the merger makes it rational for the oligopolists, in adapting themselves to market conditions, to act, individually, in ways which will substantially reduce competition between them“.⁹¹

In dieser Formulierung erkannte ein Teil der wettbewerbsrechtlichen Literatur eine Abkehr vom herkömmlichen Begriffsverständnis.⁹² Die Kommission sei von dem im Urteil *Frankreich/Kommission* aufgestellten Kriterium der „Macht zu einheitlichem Vorgehen“⁹³ abgerückt und habe lediglich auf individuelle, rationale Anpassung der Oligopolisten an die Marktumstände abgestellt.⁹⁴ Damit habe die Kommission bezweckt, auch unilaterale Auswirkungen unter den Begriff der kollektiven Marktbeherrschung zu subsumieren.⁹⁵ Die Autoren dieses Vorwurfs fühlten sich durch

⁸⁸ *Stroux*, (Fn. 79), S. 224.

⁸⁹ *Motta*, EC merger policy and the Airtours case, ECLR 2000, S. 199.

⁹⁰ Wobei sich hier die Debatte auf die Frage konzentrierte, inwieweit sich der Markt für Kurzstrecken-Pauschalreisen auf Grund seiner konkreten Merkmale für die Entstehung koordinierter Effekte eignete.

⁹¹ KOM-Entscheidung v. 22.9.1999, COMP.IV/M.1524, *Airtours/First Choice*, ABl. Nr. L 93 v. 13.4.2000, S. 1, Rdnr. 54 (Hervorhebung durch Verfasser).

⁹² Vgl. z.B. *Whish*, Competition Law, 5. Aufl. 2005, S. 537.

⁹³ EuGH, verb. Rs. C-68/94 und C-30/95, *Frankreich/Kommission*, Slg. 1998, I-1375, Rdnr. 221. Dem Urteil zufolge muss die Kommission bezüglich einer kollektiven beherrschenden Stellung prüfen, „ob der Zusammenschluß [...] zu einer Situation führt, in der ein wirksamer Wettbewerb auf dem relevanten Markt von den zusammengeschlossenen Unternehmen und einem oder mehreren dritten Unternehmen, die insbesondere aufgrund der zwischen ihnen bestehenden verbindenden Faktoren zusammen die Macht zu einheitlichem Vorgehen auf dem Markt und in beträchtlichem Umfang zu einem Handeln unabhängig von den anderen Wettbewerbern, ihrer Kundenschaft und letztlich den Verbrauchern besitzen, erheblich behindert wird“ (Hervorhebung durch Verfasser).

⁹⁴ Hierzu *Navarro/Font/Folguera/Briones*, (Fn. 65), Rdnr. 7.04.

⁹⁵ *Baxter/Dethmers*, Collective dominance under EC merger control – after Airtours and the introduction of unilateral effects is there still a future for collective dominance?, ECLR 2006, S. 149, sprechen von „enlarging the notion of collective dominance to ‚non-collusive oligopolies‘“. Auch *Niels*, Col-

das EuG-Urteil selbstverständlich bestätigt. Das Gericht habe den Begriff der kollektiven Marktbeherrschung auf koordinierte Effekte begrenzt.⁹⁶

Diesbezüglich anderer Ansicht messen *Nikpay* und *Houwen* dem Urteil eine geringere Rolle bei. Das EuG habe nämlich in keiner bedeutsamen Weise zu der Frage des Anwendungsbereiches des fusionskontrollrechtlichen Begriffs der kollektiven Marktbeherrschung Stellung genommen.⁹⁷ Vielmehr habe das Gericht richtigerweise erkannt, dass die Kommission ihre Entscheidung nicht auf unilaterale Effekte gestützt⁹⁸ und die drei Kriterien lediglich für Fälle koordinierter Wirkungen aufgestellt habe.⁹⁹ Die Grundsatzfrage sei demnach unbeantwortet geblieben.¹⁰⁰

3. Stellungnahme

Hervorzuheben ist zunächst, dass die kontroverse Aussage in der Kommissionsentscheidung eine direkte Erwiderung auf die Behauptung von Airtours darstellt, die Oligopolisten müssten in der Lage sein, „sich stillschweigend auf die Erhöhung der Preise zu einigen“.¹⁰¹ Wie *Pellmann* bemerkt, kann die Randnummer 54 folglich nur

lective dominance: more than just oligopolistic dominance, ECLR 2001, S. 168 f., bemerkt, dass was die Kommission als kollektive Marktbeherrschung beschreibt, nicht mehr dem theoretischen Konzept der *tacit collusion* entspreche.

96 Vgl. z.B. *Whish*, Substantial lessening of competition/creation or strengthening of competition, ICN First Annual Conference, 2002: „The Airtours judgement [...] has provided clarity as to the current content of the collective dominance doctrine: it would appear to apply to the classic case of an oligopolistic market which is conducive to tacit coordination“. Gleicher Ansicht *Kühn*, Closing Pandora's Box?, Joint dominance after the „Airtours“ judgement, Michigan Law and Economics Research Paper No. 02-013, S. 19; *Käseberg*, Die Analyse unilateraler Effekte im Rahmen der Fusionskontrolle – Zugleich eine Besprechung der US-amerikanischen und europäischen Entscheidungen im Fall Oracle/People Soft, WuW 2005, S. 1003; *Völcker*, (Fn. 33), S. 408.

97 *Nikpay/Houwen*, (Fn. 84), S. 195.

98 Diese Ansicht scheinen auch *Rabassa/Cristensen*, The Airtours decision: is there a new Commission approach to collective dominance, ECLR 2001, S. 236, zu teilen. Sie machen darauf aufmerksam, dass im Gegensatz dazu eine Analyse der unilateralen Effekte anders ausgesehen hätte. Insbesondere hätte sich eine solche Analyse auf die Wettbewerbsbeziehung zwischen Airtours und First Choice konzentriert.

99 *Nikpay/Houwen*, (Fn. 84), S. 202.

100 Vgl. ibid. Die zuletzt genannten Autoren machen darauf aufmerksam, dass sich *Monti*, Merger Control in the European Union: a radical reform, SPEECH/02/545, 2002, S. 4, genau auf diesen Auslegungsspielraum bezog, als er in dieser Rede zur fusionskontrollrechtlichen Reform 2002 behauptete: „the dominance test, if properly interpreted, is capable of dealing with a full range of anti-competitive scenarios“. Siehe hierzu auch *Böge*, Reform der Europäischen Fusionskontrolle, WuW 2002, S. 825.

101 KOM-Entscheidung v. 22.9.1999, COMP.IV/M.1524, *Airtours/First Choice*, ABl. Nr. L 93 v. 13.4.2000, S. 1, Rdnr. 54, Fn. 49.

im Sinne der Nicht-Erforderlichkeit stillschweigender Verhaltenskoordinierung und des Genügens individuellen Verhaltens verstanden werden.¹⁰² Der Kommission wurde also zu Recht ein äußerst weites Begriffsverständnis vorgeworfen, das neben koordinierten auch unilaterale Effekte umfasst. Deshalb ist auch denjenigen zuzustimmen, die im EuG-Urteil eine begriffliche Begrenzung auf koordinierte Wirkungen erkennen. Die Aufstellung der bekannten Kriterien impliziert eine solche Reduzierung, da diese sich eindeutig an den ökonomischen Voraussetzungen der sogenannten *tacit collusion* orientieren.¹⁰³

Auch im Hinblick auf die Wahrung der Rechtssicherheit ist dem engeren Begriffsverständnis zu folgen, und zwar insofern, als das von der Untersagungsentcheidung ausgelöste Chaos die Nachvollziehbarkeit einer klaren Linie in der Kommissionspraxis erschwerete.¹⁰⁴

II. Einzelmarktbeherrschung

1. Begriff der Einzelmarktbeherrschung

Grundsätzlich entspricht der fusionskontrollrechtliche Marktbeherrschungsbegriff konzeptionell dem der Missbrauchsaufsicht.¹⁰⁵ Eine marktbeherrschende Stellung liegt nach EuGH-Definition dann vor, wenn

¹⁰² Pellmann, (Fn. 44), S. 258 f.

¹⁰³ Vgl. Linder, (Fn. 10), S. 262. Siehe auch Motta, The Economic Foundations of Merger Control, in: Mateus/Moreira, Competition Law and Economics, Advances in Competition Policy and Antitrust Enforcement, 2007, S. 289 f.: „These are the same conditions that any economic textbook would indicate as those which allow for a collusive outcome to arise“. Betreffend die „Airtours“-Voraussetzungen macht Pellmann, (Fn. 44), S. 259, darauf aufmerksam, dass es auf die zur Stabilisierung der Interdependenz dienenden Mechanismen in diesem Rahmen der „Einseitigkeit“ gerade nicht ankomme. Auch erforderten diese einseitigen Wirkungen nur einen niedrigeren Grad an Markttransparenz.

¹⁰⁴ Vgl. Korab, An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice, 9. Aufl. 2007, S. 405: „The decision left practice in confusion. Experts no longer knew on what theory the Commission was working and it was impossible to advise firms whether mergers had a good chance of being cleared“.

¹⁰⁵ Hierzu Mestmäcker/Schweizer, (Fn. 71), § 25, Rdnr. 10. Vgl. auch Albers/Hacker, in: Schröter/Jakob/Mederer (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, 1. Aufl. 2003, Art. 2 FKVO, Rdnr. 155. Die Anlehnung an die Formel des EuGH wird z.B. anhand von Schlussfolgerungen wie in der KOM-Entscheidung v. 2.10.1991, COMP.IV/M.53, *Aerospatiale-Alenia/de Havilland*, ABl. Nr. L 334 v. 5.12.1991, S. 42, Rdnr. 72 deutlich: „Aus den vorstehend dargelegten Gründen ist davon auszugehen, daß der vorgesehene Zusammenschluß die neu zu schaffende Einheit ATR/de Havilland in die Lage versetzen würde, in spürbarem Maße unabhängig von Wettbewerbern und Kunden [...] handeln zu können“. Vgl. Immenga/Körber, (Fn. 30), Art. 2 FKVO, Rdnr. 404. Vgl. auch Behrens, Der Marktbeherrschungsbegriff in Art. 82 EG, in: Ahrens/Behrens/Dietze (Hrsg.), Marktmacht und Missbrauch, 2007, S. 37.

„ein Unternehmen eine wirtschaftliche Machtstellung besitzt, die es in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und letztlich dem Verbraucher gegenüber in einem wesentlichen Umfang unabhängig zu verhalten“.¹⁰⁶

Diese Stellung ergebe sich aus dem Zusammentreffen mehrerer Faktoren, die jeweils für sich genommen nicht ausschlaggebend sind. Zu beachten ist, dass der Begriff in verschiedenen Bezugssystemen unterschiedlich verstanden werden kann.¹⁰⁷ Bestimmte Spezifika im Rahmen der FKVO können sich dabei insbesondere aus den funktionalen Unterschieden zwischen Fusionskontrolle und Missbrauchsaufsicht ergeben.¹⁰⁸

Hinter diesem Rechtsbegriff verbirgt sich das ökonomische Konzept der Marktmacht.¹⁰⁹ Unbeschadet einiger im Detail variierender Definitionen umschreibt dieses Konzept generell den erweiterten Handlungsspielraum eines Unternehmens in der spezifischen Ausprägung des Preissetzungsspielraumes.¹¹⁰

2. Marktanteil und Markt(anteils)föhrerschaft

Zweifellos zentrales Kriterium zur Feststellung einer solchen Stellung ist der Marktanteil des betroffenen Unternehmens.¹¹¹ Seine Bedeutung wird im EuG-Urteil

¹⁰⁶ Vgl. Schröter, in: Schröter/Jakob/Mederer, (Fn. 105), Art. 82 EGV, Rdnr. 72. Der Autor bemerkt, dass es zu einer einheitlichen Begriffsbestimmung Mitte der siebziger Jahre kam, „wobei zuerst die Kommission ihre Definition um die wesentlichen Elemente der Definition des Gerichtshofs ergänzte [KOM-Entscheidungen v. 17.12.1975, COMP.IV/26.699, *Chiquita*, ABl. Nr. L 95 v. 9.4.1976, S. 1; v. 9.6.1976, COMP.IV/29.020, *Vitamine*, ABl. Nr. L 223 v. 16.8.1976, S. 27; v. 19.04.1977, COMP.IV/28.841, *ABG/Mineralölgesellschaften*, ABl. Nr. L 117 v. 9.5.1977, S. 1] und dieser anschließend die erweiterte Formel übernahm [EuGH, Rs. 27/76, *United Brands*, Slg. 1978, 207, 286; EuGH, Rs. 85/76, *Hoffmann/La Roche*, Slg. 1979, 461, 520]“. Zu einem Vergleich der früheren Begriffsverständnisse des EuGH einerseits und der Kommission andererseits siehe Schröter, Le concept de position dominante dans l’application des articles 66, paragraphe 7, du traité CECA et 86 du traité CEE, S. 16 ff.

¹⁰⁷ Hermann, (Fn. 39), S. 120.

¹⁰⁸ Ibid. weist darauf hin, dass die Unterschiede in der Konkretisierung des Begriffs i.S.d. FKVO und des Art. 82 EGV auf die verschiedenen Zielsetzungen und Funktionsweisen zurückzuführen sind. Während die Missbrauchsaufsicht zur Kontrolle einzelner in der Vergangenheit liegender wettbewerbsschädlicher Verhaltensweisen marktmächtiger Unternehmen diene, sollten bei der Fusionskontrolle im Wege einer dynamischen Prognose vorausschauend die Wirkungen des Zusammenschlusses auf die Marktstrukturen gewürdigt werden.

¹⁰⁹ Ibid., S. 234.

¹¹⁰ Denzel, (Fn. 86), S. 146. Vgl. hierzu auch Jones/Sufrin, (Fn. 73), S. 303.

¹¹¹ Navarro/Font/Folguera/Briones, (Fn. 65), Rdnr. 6.27 zufolge handelt es sich zweifellos um das Kriterium, das die Stellung sowohl der Fusionsteilnehmer als auch ihrer Wettbewerber nach dem Zusammenschluss am besten widerspiegelt.

*Gencor/Kommission*¹¹² folgendermaßen dargestellt: Ein Unternehmen, das über längere Zeit hinweg einen sehr hohen Marktanteil hat, genießt wegen seines Produktions- und Angebotsvolumens (angenommen, marktanteilmäßig kleinere Unternehmen wären nicht in der Lage, die Nachfrage, die sich vom Marktführer wegorientieren möchte, schnell zu befriedigen) eine Machtposition, die es zum Zwangspartner macht und bereits deswegen, zumindest über längere Zeiträume, die Verhaltensunabhängigkeit sichert, die charakteristisch für eine beherrschende Stellung ist.

Die Ermittlung des Marktanteils stellt regelmäßig den Ausgangspunkt der wettbewerblichen Prüfung dar.¹¹³ Nach bisherigem Begriffsverständnis setzt die Feststellung der beherrschenden Stellung Marktanteilsführerschaft voraus.¹¹⁴

a) Die Auffassung des Verordnungsgebers

Jedoch ist diesbezüglich das Begriffsverständnis des Verordnungsgebers bei erster Betrachtung des Erwägungsgrundes 25 FKVO Nr. 139/2004 nicht eindeutig. Zunächst wird behauptet, die Rechtsprechung habe bislang den Marktbeherrschungsbegriff nicht ausdrücklich dahingehend ausgelegt, dass Zusammenschlüsse mit nicht koordinierten Auswirkungen, ohne dass die neue Unternehmenseinheit über Marktanteilsführerschaft verfügt, untersagt werden könnten. „Daher sollte im Interesse der Rechtssicherheit klargestellt werden, dass diese Verordnung eine wirksame Kontrolle solcher Zusammenschlüsse [...] vorsieht.“ Die Wortwahl suggeriert hier ein extensiveres Begriffsverständnis. Würde es sich lediglich um eine „Klarstellung“ handeln, hätte materiell-rechtlich keine Veränderung stattgefunden. Werden „solche Zusammenschlüsse“ erfasst, dann müssten sie es ebenso zuvor unter Geltung des Marktbeherrschungstests gewesen sein. Die Ausführungen zur Auslegung des Begriffs der „erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs“ deuten jedoch in entgegengesetzte Richtung. Der Begriff erstrecke sich über das zum Regelbeispiel herabgestufte Marktbeherrschungskonzept hinaus lediglich auf unilaterales Verhalten nicht-beherrschender Unternehmen. Hieraus lässt sich schließen,

¹¹² Vgl. EuG, Rs. T-102/96, *Gencor/Kommission*, Slg. 1999, II-753, Rdnr. 205.

¹¹³ Vgl. *Mestmäcker/Schweizer*, (Fn. 69), § 25, Rdnr. 37; *Baron*, in: *Langen/Bunte* (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. 2, 10. Aufl. 2006, Art. 2 FKVO Nr. 139/2004, Rdnr. 172. Die Bedeutung dieses Indikators wird des Weiteren durch diverse Annahmen belegt. So geht z.B. der Verordnungsgeber im 32. Erwägungsgrund der FKVO davon aus, dass ein Marktanteil von unter 25 % nicht geeignet ist, wirksamen Wettbewerb zu behindern. Die Kommission teilt in ihren Horizontalleitlinien, (Fn. 25), Rdnr. 18, diese Auffassung. In einigen Fällen wurde ein besonders hoher Marktanteil sogar als klares Zeichen für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung interpretiert. Eine Auflistung von Beispielen ist in *Navarro/Font/Folguera/Briones*, (Fn. 65), Rdnr. 6.30 f., zu finden.

¹¹⁴ Vgl. *Coppi/Walker*, (Fn. 41), S. 123; *Ehlermann/Völcker/Gutermuth*, (Fn. 73), S. 195 f.

dass der Verordnungsgeber der Marktbeherrschung doch ein restriktives, marktanteilsbezogenes Begriffsverständnis zugrunde legt.¹¹⁵

b) Die Auffassung der Kommission

Auch die Auffassung der Kommission ist auf den ersten Blick nicht klar.¹¹⁶ Zwar interpretiert sie in ihrem Memorandum MEMO/04/9¹¹⁷ die Änderung des Wortlautes „eher als Klarstellung denn als Erweiterung ihrer Befugnisse“, was den obigen Ausführungen zufolge zunächst ebenfalls ein extensives Begriffsverständnis nahe legt, doch wird dieser Anschein durch die Behauptung widerlegt, der Test erfasse „nunmehr alle wettbewerbswidrigen Zusammenschlüsse“.¹¹⁸ Demzufolge muss auch nach der Auffassung der Kommission zuvor eine Lücke bestanden haben, was wiederum einer restriktiven Auslegung entspricht.

3. Frage der Kongruenz der Konzepte der Einzelmarktbeherrschung und der nicht koordinierten Effekte

Sowohl bei der Einzelmarktbeherrschung als auch bei den nicht koordinierten Effekten geht es um die Verhinderung von einseitigem wettbewerbswidrigen Verhalten.¹¹⁹ Diese Gemeinsamkeit hebt auch die Kommission in ihren Horizontal-

¹¹⁵ So auch *Pellmann*, (Fn. 44), S. 286 ff. Dem Autor zufolge wird dies durch einen Vergleich der textlichen Fassung der FKVO mit derjenigen des Verordnungsvorschlags der Kommission aus 2002 bestätigt. In Art. 2 Abs. 2 legaldefinierte die Kommission die Marktbeherrschung extensiv. Eine marktbeherrschende Stellung sei demnach anzunehmen, „wenn [...] [Unternehmen] mit oder ohne Koordinierung ihres Verhaltens über die wirtschaftliche Macht verfügen, spürbar und nachhaltig Einfluss auf die Wettbewerbspараметer, insbesondere auf die Preise, auf die Art, Quantität und Qualität der Produktion, auf den Vertrieb oder die Innovation zu nehmen oder den Wettbewerb spürbar zu beschränken“. Vgl. hierzu auch *Ehlermann/Völcker/Gutermuth*, (Fn. 73), S. 198 f.

¹¹⁶ Es sei bemerkt, dass die Kommission in ihrem ersten VO-Vorschlag die Beibehaltung des Marktbeherrschungstests vertrat, ABl. Nr. C 20 v. 28.1.2003, S. 4, Rdnr. 55 der Begründung. So ließe sich „ein höheres Maß an Rechtssicherheit [...], am besten durch eine Präzisierung der Verordnung selbst erreichen“. Vorgeschlagen wurde daher eine Legaldefinition der beherrschenden Stellung in Art. 2 Abs. 2. Hierzu näher *Bischke/Mäger*, Der Kommissionsentwurf einer geänderten EU-Fusionskontrollverordnung, Zur Reform der Europäischen Fusionskontrolle, EWS 2003, S. 104 f.; *Pego*, O Controlo dos Oligopólios pelo Direito Comunitário da Concorrência, 2007, S. 117 ff. Begleitet wurde der Vorschlag durch einen Mitteilungsentwurf zur Beurteilung horizontaler Zusammenschlüsse, ABl. Nr. C 331 v. 31.12.2002, S. 18. Hierzu näher *Wirtz*, (Fn. 58), S. 146.

¹¹⁷ Kommission, MEMO/04/9 v. 20.1.2004, S. 4.

¹¹⁸ Ibid., S. 3.

¹¹⁹ Vgl. *Immenga/Körber*, (Fn. 30), Art. 2 FKVO, Rdnr. 478. Siehe auch *Coppi/Walker*, (Fn. 41), S. 125: „In theory, both [...] relate to the ability of the merged firm to increase price ,unilaterally““. *Wräse*, (Fn. 17),

leitlinien hervor,¹²⁰ indem sie nicht zwischen drei Fallgruppen (Einzelmarktbeherrschung, kollektive Marktbeherrschung und nicht koordinierte Effekte im Oligopol) unterscheidet, sondern lediglich zwei Fallgruppen (nicht koordinierte¹²¹ und koordinierte Wirkungen¹²²) aufstellt. Unter die erste dieser Kategorien fallen somit sowohl die Einzelmarktbeherrschung als auch die unilateralen Effekte im Oligopol. Es wird jeweils der Frage nachgegangen, ob die Unternehmenseinheit beim Einsatz der Aktionsparameter oder der Entwicklung von Marktstrategien über einen vom Wettbewerb nicht hinreichend kontrollierten einseitigen Verhaltensspielraum verfügt.¹²³

In der Literatur wird aber teilweise vorgetragen, ein grundlegender Unterschied liege in der Tatsache, dass das Einzelmarktbeherrschungskonzept mit monopolartiger Marktmacht in Verbindung stehe,¹²⁴ während der Begriff der nicht koordinierten Effekte auf dem oligopolistischen Marktstrukturmodell beruhe.¹²⁵ Zur Darlegung der Konsequenzen gilt es erneut homogene von heterogenen Produktmärkten zu unterscheiden.

Im Rahmen homogener Produktmärkte lassen sich die nicht koordinierten Effekte grundsätzlich durch das Einzelmarktbeherrschungskonzept erfassen. Die Höhe des Marktanteils bildet hier grundsätzlich den Ausgangspunkt der nicht koordinierten Auswirkungen. Bei Preiserhöhungen wechseln Nachfrager nämlich regelmäßig im Verhältnis der Marktanteile zu den konkurrierenden Produkten. Als problematisch erweist sich die oben genannte Erfassung lediglich im Falle kleiner, aber als einzige über Überkapazitäten verfügender Fusionsteilnehmer. Infolge der Begrenzung der Nachfrager in ihren Abweichungsmöglichkeiten könnte sich eine Preiserhöhung unter diesen Umständen als gewinnbringend erweisen.¹²⁶

S. 105, sieht als Gemeinsamkeit, dass das neu entstandene Unternehmen jeweils in der Lage ist, sich gegenüber seinen Wettbewerbern unabhängig zu verhalten.

120 Immenga/Körber, (Fn. 30), Art. 2 FKVO, Rdnr. 478.

121 Horizontalleitlinien, (Fn. 25), Rdnr. 24 ff.

122 Ibid., Rdnr. 39 ff.

123 So Hermann, (Fn. 39), S. 257.

124 Röller/Friederisch, Ökonomische Analyse in der EU Wettbewerbspolitik, 2004, http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/oekonomische_analyse.pdf (14.6.2010), S. 10, zufolge ist der Begriff der Dominanz in der ökonomischen Literatur durch ein „relativ spezielles“ ökonomisches Modell belegt. Es schildert die Wettbewerbssituation eines Marktes mit einem Unternehmen, das eine einem Monopol nahe kommende Marktstellung innehat, und einer Gruppe als reine Preisnehmer agierender kleiner Unternehmen (*competitive fringe*).

125 Vgl. hierzu Baxter/Dethmers, (Fn. 50), S. 380 f.; Schürenbrand, Kollektive Marktbeherrschung in der Europäischen Fusionskontrolle, 2006, S. 208 f.

126 Vgl. Wräse, (Fn. 17), S. 120.

Bei Märkten mit differenzierten Produkten ist der Unterschied im Ansatz der Marktbeurteilung folgenreicher. Hier spielt bezüglich der unilateralen Effekte vielmehr die Veränderung der Wettbewerbsverhältnisse die ausschlaggebende Rolle. Wie sich aus den obigen Ausführungen ergibt, hängt die Kundenverlagerung nämlich von der Wettbewerbsnähe der verschiedenen Güter zueinander ab. Dies erweist sich als problematisch, da dieses Verhältnis nicht unbedingt der Marktanteilsverteilung entspricht.¹²⁷ Eine starre Orientierung am Marktanteil kann daher zu einer verfälschten wettbewerblichen Würdigung führen.¹²⁸ Insofern stellt sich das Problem der Erfassbarkeit der nicht koordinierten Effekte über das Einzelmarktbeherrschungskonzept hauptsächlich auf Märkten, die durch diese Nachfragestruktur gekennzeichnet sind.

4. Entscheidungspraxis der Kommission

Wiederholt wird in der Literatur¹²⁹ darauf hingewiesen, dass die Kommission – bereits unter Geltung des vorherigen materiell-rechtlichen Instrumentariums – in bestimmten Entscheidungen auf nicht koordinierte Wirkungen eingegangen sei.¹³⁰ Zum ersten Mal geschah dies im Fall *Du Pont/ICI*.¹³¹ Die unilateralen Effekte nahmen insgesamt entweder die Rolle eines zusätzlichen Arguments bei der Feststellung von Marktbeherrschung ein¹³² oder bei ihrem Fehlen die eines Indikators

¹²⁷ Vgl. *Alfter*, (Fn. 73), S. 23.

¹²⁸ So auch *Pellmann*, (Fn. 44), S. 281.

¹²⁹ Vgl. z.B. *Ehlermann/Völcker/Gutermuth*, (Fn. 73), S. 194 ff.; *Hofer/Williams/Wu*, Empirische Methoden in der Europäischen Fusionskontrolle, WuW 2005, S. 158; *Fountoukakos/Ryan*, (Fn. 73), S. 282; *Völcker*, (Fn. 33), S. 398; *Verouden/Bengtsson/Albae*, (Fn. 33), S. 254 ff.; *Wrase*, (Fn. 17), S. 93 ff.; *Sroufe*, (Fn. 79), S. 227 f.; *Baron*, (Fn. 113), Rdnr. 158; *Kokkoris*, Do merger simulation and critical loss analysis differ under the SLC and dominance test?, ECLR 2006, S. 250 f.

¹³⁰ Vor allem ist hier auf die Worte des Generaldirektors der GD Wettbewerb *Love*, The future shape of European merger control, 2003, http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2003_045_en.pdf (14.6.2010), S. 5 f., hinzuweisen: „*Much of the unilateral effects analysis contained in the section on non-collusive oligopoly was already inherent in much of our previous case practice. You would be surprised to see how many cases contain references to a ‚removal of a competitor‘, ‚elimination of a source of competition‘, ‚elimination of rivalry‘ in some combination or the other*“.

¹³¹ KOM-Entscheidungen v. 30.9.1992, COMP. IV/M.214, *Du Pont/ICI*, ABl. Nr. L 7 v. 13.1.1993, S. 13. Vgl. *Völcker*, (Fn. 33), S. 398.

¹³² Vgl. KOM-Entscheidungen v. 30.9.1992, COMP. IV/M.214, *Du Pont/ICI*, ABl. Nr. L 7 v. 13.1.1993, S. 13, insb. Rdnr. 34; v. 4.5.1993, COMP. IV/M. 291, *KNP/Bürrmann-Tetterode und VRG*, ABl. Nr. L 217 v. 27.8.1993, S. 35, insb. Rdnr. 25; v. 16.1.1993, COMP. IV/M. 623, *Kimberly-Clark/Scott*, ABl. Nr. L 183 v. 23.7.1996, S. 1; v. 24.7.2002, COMP/M. 2698, *Promatech/Sulzer*, ABl. Nr. L 79 v. 17.3.2004, S. 27, insb. Rdnr. 75; v. 25.6.2002, COMP/M. 2817, *Barilla/BPL/Kamps*, ABl. Nr. C 198 v. 21.8.2002, S. 4, insb. Rdnrn. 34 und 38; v. 30.4.2003, COMP/M. 2861, *Siemens/Drägerwerk/JV*, ABl. Nr. L 291 v. 8.11.2003, S. 1, insb. Rdnr. 103; v. 2.9.2003, COMP/M. 3083, *GE/Instrumentarium*, ABl. Nr. L 109 v. 16.4.2004, S. 1. Ganz besonders deutlich ist die Darstellung

gegen die Entstehung einer solchen Marktposition.¹³³ Insbesondere setzte sich die Kommission dabei mit der Wettbewerbsnähe der Fusionsteilnehmer auseinander. Infolge der hohen Marktanteile der Fusionsparteien in diesen Sachverhalten¹³⁴ waren die Effekte aber keinesfalls ausschlaggebend für die Feststellung von Marktmacht.¹³⁵

Eine Ausnahme bildete der Fall *Oracle/PeopleSoft*. Das Zusammenschlussvorhaben betraf zwei der drei Hauptanbieter von Lizenzien für Unternehmensanwendungssoftware und Dienstleistungen in Bezug auf Softwareimplementierung und -nutzung. Die Kommission stützte in ihrer Mitteilung der Beschwerdepunkte ihre wettbewerblichen Bedenken auf erhebliche unilaterale Effekte. Kurios ist dies angesichts der Tatsache, dass auf Grund der Marktposition des deutschen Herstellers SAP¹³⁶ von einer beherrschenden Stellung auf dem FMS (*Financial Management Systems*)-Markt nicht auszugehen war. In ihrer Entscheidung betrachtete die Kommission jedoch die unilateralen Wirkungen infolge einer neuen Beweislage¹³⁷ als nicht mehr zu erwarten.¹³⁸ Mit dem Problem der fehlenden Rechtsgrundlage für eine solche Untersagung musste sich die Kommission folglich nicht mehr auseinandersetzen.¹³⁹ Dennoch ist zu bemerken, dass Oracle auf diesen Punkt einging. In seiner Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte sprach es der Kommission ihre Kompetenz zur Prüfung unilateraler Effekte im Rahmen des Marktbeherrschungstests ab.¹⁴⁰

der unilateralen Effekte in Rdnr. 287 der KOM-Entscheidung v. 14.3.2000, COMP/M. 1672, *Volvo/Scania*, ABl. Nr. L 143 v. 29.5.2001, S. 74.

¹³³ Vgl. KOM-Entscheidungen v. 1.9.2000, COMP/M. 1980, *Volvo/Renault*, ABl. Nr. C 301 v. 21.10.2000, S. 23, insb. Rnrrn. 34 und 37; v. 2.3.2001, COMP/M. 2256, *Philips/Agilent Health Care Solutions*, ABl. Nr. C 292 v. 18.10.2001, S. 10, insb. Rdnrrn. 33 und 35; v. 17.10.2001, COMP/M. 2537, *Philips/Marconi Medical Systems*, ABl. Nr. C 321 v. 16.11.2001, S. 12; v. 24.7.2002, COMP/M. 2706, *Carnival/P&O Princess*, ABl. Nr. L 248 v. 30.9.2003, S. 1, insb. Rdnr. 140; v. 27.2.2003, COMP/M. 2922, *Pfizer/Pharmacia*, ABl. Nr. C 110 v. 8.5.2003, S. 24.

¹³⁴ Vgl. *Völcker*, (Fn. 33), S. 400.

¹³⁵ Vgl. *Ehlermann/Völcker/Gutermuth*, (Fn. 73), S. 194.

¹³⁶ Vgl. *Käseberg*, (Fn. 96), S. 1003.

¹³⁷ Die anfängliche Auffassung beruhte auf der Annahme, dass nur drei Anbieter auf den Märkten für an Großunternehmen gerichtete FMS und HR (*Human Resources*) anwesend seien. Dies wurde jedoch im Laufe des Verfahrens durch Bieterdaten widerlegt, die zu dem Schluss führten, dass weitere Unternehmen zu berücksichtigen seien. Hierzu näher *ibid.*, S. 1003 f. *Murschitz*, Das Joint Venture (JV) Sony/BMG – der Versuch einer kritischen Betrachtungsweise, WRP 2006, S. 235, bemerkt diesbezüglich, in der Entscheidung falle das Fehlen einer Auseinandersetzung mit dem nicht-kollusiven Oligopol auf.

¹³⁸ KOM-Entscheidung v. 26.10.2004, COMP/M. 3216, *Oracle/PeopleSoft*, ABl. Nr. L 218 v. 23.8.2005, S. 6, Rdnr. 187.

¹³⁹ So auch *Käseberg*, (Fn. 96), S. 1003.

¹⁴⁰ KOM-Entscheidung v. 26.10.2004, COMP/M. 3216, *Oracle/PeopleSoft*, ABl. Nr. L 218 v. 23.8.2005, S. 6, Rdnr. 187.

Auch im Fall *Sony/BMG* kam es zu keiner diesbezüglichen Auseinandersetzung, obwohl nach Auffassung einiger Autoren eine Prüfung unilateraler Effekte nahe gelegen hätte.¹⁴¹ Das Vorhaben wurde auf Grund seiner Anmeldung Anfang Januar 2004 noch anhand des Marktbeherrschungstests beurteilt. Es betraf eine enge oligopolistische Marktstruktur, in der die fünf *Majors* (Universal, EMI, Warner, BMG, Sony) gemeinsam einen Marktanteil von 72 bis 93 %¹⁴² besaßen. Das fusionierte Unternehmen würde in die Größenordnung des größten Top-Konzerns Universal einsteigen, der einen Marktanteil von 25 bis 30 % hielt.¹⁴³ Neben den Auswirkungen auf dem Markt für bespielte Tonträger beurteilte die Kommission das Vorhaben bezüglich Online-Musikmärkten – Markt für Lizenzen (Großhandel) und Markt für Online-Musikvertrieb (Kleinhandel). Dabei wurde das Vorhaben eingehend auf die Voraussetzungen für koordinierte Wirkungen geprüft. Obwohl die Behörde zunächst Anzeichen für das Vorliegen solcher Wirkungen sah, hielt sie letztendlich eine kollektive beherrschende Stellung auf Grund mangelnder Markttransparenz und des Fehlens angewandter oder angedrohter Vergeltungsmaßnahmen¹⁴⁴ für nicht beweisbar. Infolge der Nichtigkeitserklärung durch das EuG¹⁴⁵ musste die Kommission den Zusammenschluss im Lichte der aktuellen Verhältnisse neu bewerten,¹⁴⁶ wobei sie das Vorhaben nach einer äußerst detaillierten Prüfung¹⁴⁷ erneut freigab.¹⁴⁸

Geht man davon aus, dass weder Einzel- noch kollektive Marktbeherrschung wahrscheinlich waren, wären nicht koordinierte Effekte im Oligopol durchaus denkbar gewesen. *Kokkoris*¹⁴⁹ zufolge bestand die Gefahr einer Verminderung der Wettbewerbsanreize durch den Vollzug des Vorhabens. Die *Majors* hätten nämlich auf Grund der Heterogenität des Produktmarktes und des unwirksamen Wettbewerbsdrucks der *independent labels* von den Preiserhöhungen profitieren können. Ferner sei, unter anderem wegen der komplizierten Struktur dieses Markts, der Eintritt neuer Unternehmen bei Preiserhöhungen nicht zu erwarten gewesen. Daher stuft der Autor neben *Oracle/PeopleSoft* auch diesen Fall als *gap case* ein.¹⁵⁰

141 Baron, (Fn. 113), Rdnr. 163.

142 KOM-Entscheidung v. 19.7.2004, COMP/M.3333, *Sony/BMG*, ABl. Nr. L 62 v. 9.3.2005, S. 30, Rdnr. 47.

143 Ibid., Rdnrrn. 46-48.

144 Ibid., Rdnrrn. 113 und 118.

145 EuG, Rs. T-464/04, *Impala/Kommission*, Slg. 2006, II-2289.

146 Vgl. *Völcker*, (Fn. 33), S. 591; *Aigner/Budzinski/Christiansen*, The analysis of coordinated effects in EU merger control: where do we stand after Sony/BMG and Impala?, ECJ 2006, S. 328.

147 Vgl. *Weitbrecht*, Ryanair and more – EU merger control in 2007, ECLR 2008, S. 345: „one of the most thorough and detailed [investigations] it had ever undertaken“.

148 KOM-Entscheidung v. 3.10.2007, COMP/M.3333, *Sony/BMG II*, ABl. Nr. C 94 v. 16.4.2008, S. 19.

149 *Kokkoris*, Was there a gap in the ECMR?, Concurrences N° 1-2009, S. 6 ff.

5. Literaturstimmen zur theoretischen Lückenhaftigkeit des Konzepts

In der Debatte um die theoretische Lückenhaftigkeit des Marktbeherrschungskonzepts lassen sich zwei Meinungslager erkennen.

Auf der einen Seite wird zunächst die starre Orientierung an Marktanteilen und die Voraussetzung der Marktführerschaft hinterfragt. Der Marktbeherrschungsbegriff sei marktmacht- und nicht marktanteilsbezogen auszulegen.¹⁵¹ Es komme daher mehr auf die wirtschaftliche Unabhängigkeit, insbesondere in Form von Preissetzungsfreiheit, als auf die Marktführerschaft an.¹⁵² Nur dieses extensive Begriffsverständnis werde der in ständiger Rechtsprechung aufgestellten Formel des EuGH gerecht. Nicht koordinierte Effekte würden daher auch ohne Marktanteilsführerschaft problemlos vom Einzelmarktbeherrschungskonzept erfasst.¹⁵³ Das Marktbeherrschungskonzept habe die notwendige Flexibilität und Ergebnisorientierung bereits bewiesen, denn nur durch diese Eigenschaften sei es überhaupt möglich gewesen, den Radius der Marktbeherrschung auf Konstellationen gemeinsamer Marktbeherrschung zu erstrecken.¹⁵⁴

Zusätzlich wird teilweise¹⁵⁵ die Erheblichkeit der vermeintlichen Schutzlücke hinterfragt.¹⁵⁶ Obwohl es bereits unterhalb der Marktführerschaft zu einseitigen Preiseffekten kommen könne, erreichten diese erst ab einem gewissen Größengrad ein wettbewerbsschädliches Ausmaß.

Hingegen verweisen die Beobachter einer materiell-rechtlichen Schutzlücke auf den Wortlaut selbst. Der Terminus „Beherrschung“ deute gegen eine Erfassung von Situationen, in denen die neue Unternehmenseinheit auf einem korrekt definierten Relevanzmarkt keine marktanteilsführende Stellung innehat.¹⁵⁷ Die hier im Voran-

¹⁵⁰ Ibid., S. 12.

¹⁵¹ Vgl. *Staebe/Denzel*, Die neue Europäische Fusionskontrollverordnung (VO 139/2004), EWS 2004, S. 200; *Pellmann*, (Fn. 44), S. 285.

¹⁵² Ibid.; *Alfter*, (Fn. 73), S. 27 fasst den Gedanken folgendermaßen zusammen: „Letztendlich beruht die Ansicht, dass solche problematischen Unilateral-effects-Fusionen angemessen mit dem Marktbeherrschungstest erfasst werden können, auf der Überzeugung, dass die Anwendung des Marktbeherrschungskriteriums flexibel ist und nicht starr auf der Bewertung von Marktanteilen beruht.“ Ähnlich *Denzel*, (Fn. 86), S. 147 f.: „Die irrtümlich angenommene Lücke beruht auf einem falschen Verständnis des Begriffs der ‚beherrschenden Stellung‘, die nur bei erster Lektüre nahelegt, daß ein Zusammeneschluß nur dann untersagt werden kann, wenn aus ihm – gemessen an seinen Marktanteilen – der Marktführer hervorgeht“.

¹⁵³ *Staebe/Denzel*, (Fn. 151), S. 200.

¹⁵⁴ *Alfter*, (Fn. 73), S. 27; *Staebe/Denzel*, (Fn. 151), S. 200.

¹⁵⁵ Z.B. *Wräse*, (Fn. 17), S. 115 ff.

¹⁵⁶ Der Autorin, ibid., S. 116, zufolge gälte es nämlich zu bedenken, dass es nicht Aufgabe der Wettbewerbspolitik sein könne, jede geringste Änderung in einem Markt zu reglementieren.

¹⁵⁷ *Völcker*, (Fn. 33), S. 408.

gehenden dargestellte Auslegung überschreite diese durch den Wortlaut gesetzte Grenze.¹⁵⁸ „Beherrschung“ impliziere, dass es jeweils nur zu einer einzigen solchen Stellung auf einem Relevanzmarkt kommen könne.¹⁵⁹ Diesbezüglich wird ebenfalls befürchtet, dass eine Reduzierung der Eingriffsschwelle, die lediglich auf der Auslegung des Marktbeherrschungsbegriffs beruhe, einen nicht wünschenswerten *spill-over effect* auf die Missbrauchsaufsicht haben würde.¹⁶⁰ Das Phänomen wird oft als *cross-contamination effect* bezeichnet.¹⁶¹ Zusätzlich wird vorgebracht, das Konzept sei auf das Marktstrukturmodell des Monopols zurückzuführen.¹⁶² Zwar schließe die Marktbeherrschung einen gewissen Grad an Wettbewerb nicht aus, doch stehe die Annahme, dass sich auf dem Relevanzmarkt neben dem beherrschenden Unternehmen noch ein der Monopolstellung näher kommender Wettbewerber befindet, den konzeptuellen Wurzeln der Marktbeherrschung entgegen.¹⁶³ Aus der Erstreckung auf kollektive Marktbeherrschung lasse sich die nötige begriffliche Flexibilität ebenso wenig ableiten. Gerade gegen die beabsichtigte Ausdehnung sprächen zudem die Gründe, die den Gerichtshof im Urteil *Kali+Salz/MdK/Treuband* dazu veranlassten, das Konzept analog zu Art. 82 EGV (jetzt Art. 102 AEUV) auszu dehnen. Unter den missbrauchsaufsichtsrechtlichen Begriff der Marktbeherrschung seien nämlich keine „unilateral effects“-artigen Preiserhöhungen oder Mengenreduzierungen nicht-marktbeherrschender Unternehmen subsumierbar.¹⁶⁴

¹⁵⁸ So schreibt z.B. *Werden*, (Fn. 3), S. 97: „strips dominance of its ordinary dictionary meaning“; *Whisb*, (Fn. 96): „It seems to me that there is a danger that one introduces intellectual dishonesty into the equation if one distorts words to the point where they no longer carry their natural meaning. [...] the danger is that what will actually happen is that the word ‚dominance‘ will be tortured until it confesses that it means something other than it says“. *Stroux*, (Fn. 79), S. 230: „unduly stretch, so as to contort the meaning of the term ‚dominance‘“.

¹⁵⁹ *Ehlermann/Völcker/Gutermuth*, (Fn. 73), S. 196. Vgl. hierzu auch *Fox*, Collective Dominance and the Message from Luxembourg, Antitrust 2002, S. 58: „an elastic definition of ‚dominance‘ could have negative spill-back effects on the abuse of dominance jurisprudence“.

¹⁶⁰ *Ehlermann/Völcker/Gutermuth*, (Fn. 73), S. 202.

¹⁶¹ Die Kommission ging auf dieses Phänomen insoweit ein, als sie in ihrem Vorschlag für eine VO des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. Nr. C 20 v. 28.1.2003, S. 4, Rdnr. 57, den Begriff der Marktbeherrschung klären wollte und ihrer Auffassung nach, „diese Vorgehensweise [...] den zusätzlichen Vorteil [hat], die Definition der Marktbeherrschung im Sinne der Fusionskontrollverordnung nicht davon abhängig zu machen, wie der Begriff der Marktbeherrschung in Art. 82 EG-Vertrag künftig vom Gerichtshof ausgelegt wird“.

¹⁶² Siehe unter C.II.3.

¹⁶³ *Ehlermann/Völcker/Gutermuth*, (Fn. 73), S. 196.

¹⁶⁴ *Völcker*, (Fn. 33), S. 408.

6. Mögliche Lösungsansätze

a) Die engere Produktmarktabgrenzung

Wiederholt wird darauf aufmerksam gemacht, dass die Lücke höchstens in nicht eng genug bestimmten Märkten bestehen könnte.¹⁶⁵ Genau hier knüpft eine erste alternative Lösungsmöglichkeit an. Ihr grundlegender Gedanke ist es, den Produktmarkt derart eng abzugrenzen, dass in erster Linie die Produkte der Fusionsparteien mit einbezogen werden, so dass die ermittelten Marktanteile zur Feststellung der Einzelmarktbewertung ausreichen.¹⁶⁶ Der Vorschlag wird jedoch mit gewisser Skepsis zur Kenntnis genommen. Zum einen gefährde er die Rechtssicherheit im Hinblick auf die Marktabgrenzung,¹⁶⁷ zum anderen sei es unwahrscheinlich, dass die Kommission die Gemeinschaftsgerichte von der Angemessenheit dieses Ansatzes überzeugen könne.¹⁶⁸

b) Das Konzept der relativen Marktmacht

Ferner könnte es sich als hilfreich erweisen, den Marktmachtbegriff auch im relativen Sinne zu verstehen. *Wräse* erklärt dies anhand des „Babyfood“-Sachverhalts folgendermaßen: Marktmacht im absoluten Sinne, so wie sie bisher verstanden wurde, könne jeweils nur einem Unternehmen zukommen. Es handele sich dabei um die Möglichkeit, einen größeren Verhaltensspielraum gegenüber den anderen Marktteilnehmern auszunutzen. Gerber könne als Marktführer innerhalb bestimmter Grenzen seine Unternehmensstrategie beliebig festlegen. Diese absolute Marktmacht komme Heinz und BeechNut nicht zu. Sie müssten sich nach der Preispolitik Gerbers richten. Somit käme ihnen im Rahmen schädlicher unilateraler Effekte Marktmacht nur partiell gegenüber Händlern zu, da sie auf Grund des wegfallenden Wettbewerbsdrucks weniger Innovationen und Auswahl anbieten müssten und

¹⁶⁵ *Bishop/Walker*, (Fn. 49), S. 311, Rdnr. 7.102; *Kokkoris*, (Fn. 73), S. 42; *Ajfter*, (Fn. 73), S. 26; *Stroux*, (Fn. 79), S. 227.

¹⁶⁶ Vgl. *Völcker*, (Fn. 33), S. 409. Es wurde sogar vertreten, der hypothetische Monopolistentest setze an sich nur, oder zumindest beinahe nur, die „Bertrand“-Wettbewerber in den Relevanzmarkt, vorausgesetzt die Realisierung ihres Zusammenschlussvorhabens führe zu einer erheblichen Preiserhöhung. Diesem Argument zufolge wäre die neue Unternehmenseinheit immer marktbewegend, wenn der Zusammenschluss die zur Begründung einer erheblichen Wettbewerbsverminderung (SLC) ausreichenden unilateralen Effekte mit sich brächte. Der Auffassung ist jedoch *Werden*, (Fn. 3), S. 99, nach nicht zu folgen, da der hypothetische Monopolistentest den willkürlichen Ausschluss naher Substitute der von den Fusionsparteien angebotenen Produkte nicht erlaube. Der Relevanzmarkt umfasse ausschließlich die Produkte der Parteien nur dann, wenn sie „closest substitutes“ sind.

¹⁶⁷ So *Stroux*, (Fn. 79), S. 227.

¹⁶⁸ So *Völcker*, (Fn. 33), S. 409. *Horner*, Unilateral Effects and the EC Merger Regulation – How the Commission had its cake and ate it too, HanseLR 2006, S. 27, spricht von der Bestimmung eines „artificially narrow market“. Ähnlich *Stroux*, (Fn. 79), S. 227 („alternative and artificial“ solutions“).

ihre Preise anheben könnten. In diesem Sinne käme ihnen relative Marktmacht zu.¹⁶⁹ Fraglich sei, ob der Einzelmarktbeherrschungsbegriff diese relative Marktmacht umfasst.

c) Das Konzept der „third-party dominance“

Schließlich ist auch das Konzept der *third party dominance* als alternativer Ansatz in Erwägung zu ziehen. Damit ist jene Situation angesprochen, in der ein Zusammenschluss nicht die beherrschende Stellung der Parteien begründet, sondern die eines Dritten verstärkt. Der Ansatz hat bereits Eingang in die Entscheidungspraxis der Kommission¹⁷⁰ gefunden und stößt auch im Schrifttum, zumindest soweit ersichtlich, auf Akzeptanz.¹⁷¹ Die wesentliche Frage ist demnach eher, inwieweit dieser Ansatz dem Zwecke der Abdeckung sämtlicher problematischer Fallkonstellationen nicht koordinierter Effekte überhaupt dient. *Völcker* zeigt folgende Begrenzungen auf.¹⁷² Der Ansatz sei in der Rechtsprechung noch nicht bestätigt worden;¹⁷³ es sei fraglich, ob die Beseitigung eines gewissen Preisdrucks beim Marktführer ausreiche, um die Erheblichkeitsschwelle bezüglich des Nachweises der Verstärkung einer beherrschenden Stellung zu erreichen,¹⁷⁴ und schließlich müsse eine bereits bestehende beherrschende Stellung des Marktführers dargelegt werden, was bei geringem Abstand zur neuen Unternehmenseinheit schwer sei.¹⁷⁵

¹⁶⁹ So *Wräse*, (Fn. 17), S. 111.

¹⁷⁰ Vgl. KOM-Entscheidung v. 29.9.1999, COMP. IV/M. 1383, *Exxon/Mobile*, ABl. Nr. L 103 v. 7.4.2004, S. 1, Rdnr. 225 ff.: „Artikel 2 Absatz 3 [beschränkt sich] nicht auf das Verbot von Maßnahmen, die zur Schaffung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung einer oder mehrerer Parteien des Konzentrationsprozesses führen“; sowie Rdnr. 228: „Die Kommission ist der Meinung, dass die Schaffung oder Festigung einer marktbeherrschenden Stellung eines Dritten ebenfalls in den Anwendungsbereich von Artikel 2 Absatz 3 der Fusionskontrollverordnung fällt“. KOM-Entscheidung v. 19.3.2001, COMP/M. 2353, *RWE/Hidroeléctrica*, ABl. Nr. C 143 v. 16.5.2001, S. 7, Rdnr. 10. Vgl. ebenfalls KOM-Entscheidung v. 26.9.2001, COMP/M. 2432, *Grupo Villar Mir/EnBW/Hidroeléctrica del Cantábrico*, ABl. Nr. L 48 v. 18.2.2004, S. 86, Rdnr. 71.

¹⁷¹ *Immenga/Körber*, (Fn. 30), Art. 2 FKVO, Rdnr. 412: „Da es primäre Aufgabe der Fusionskontrolle ist, den Wettbewerb als solchen [...] zu schützen, ist diesem Ansatz zuzustimmen“. *Linder*, (Fn. 10), S. 308: „von Wortlaut und Ziel der FKVO gedeckte Auslegung“.

¹⁷² *Völcker*, (Fn. 33), S. 409.

¹⁷³ Diesbezüglich bemerkt der Autor, dass die Kommission dies selbst erkennt, und verweist auf die Ausführungen in der KOM-Entscheidung v. 29.9.1999, COMP. IV/M. 1383, *Exxon/Mobile*, ABl. Nr. L 103 v. 7.4.2004, S. 1, Rdnrn. 226 und 229.

¹⁷⁴ Der Autor ergänzt, die Kommission habe diesbezüglich bereits anerkannt, dass dazu nicht jegliche kleine Erhöhung von Marktmacht ausreiche, selbst in Fällen von „pre-merger“-Marktbeherrschung. Bspw. wird auf die KOM-Entscheidung v. 18.12.1997, COMP.IV/M.997, *Swedish Match/Kav*, ABl. Nr. C 48 v. 13.2.1998, S. 5, hingewiesen.

7. Stellungnahme

Richtig ist sicherlich, dass die nicht koordinierten Effekte durch das Einzelmarktbeherrschungskonzept – trotz Divergenzen in ihrer Natur –¹⁷⁶ weitgehend behandelbar sind. In diese Richtung deutet nicht nur die festgestellte konzeptuelle Gemeinsamkeit, sondern auch die zitierte Entscheidungspraxis¹⁷⁷ der Kommission. So wurden bereits unter Geltung der FKVO Nr. 4086/89 den unilateralen Auswirkungen zugrunde liegende Erwägungen im Rahmen der Feststellung der beherrschenden Stellung angewandt. Zu einer vollkommenen Kongruenz käme es nur nicht, wenn man den Marktbeherrschungsbegriff restriktiv versteht. Denn legt man dem Konzept die Voraussetzung der Marktanteilsführerschaft zugrunde, ist eine zumindest theoretische Lückenhaftigkeit durchaus vorstellbar. Folglich war im Hinblick auf die FKVO Nr. 4064/89 aus praktischer Sicht die Verführung einer extensiven Auslegung hoch. Ein solches Begriffsverständnis wäre jedoch bestenfalls als Ergebnis einer teleologischen Auslegung denkbar. Der alte Untersagungstatbestand müsste dazu im Lichte der in Art. 3 Abs. 1 lit. g) und dem 13. Erwägungsgrund¹⁷⁸ der alten FKVO festgelegten Zielsetzung der Erhaltung wirksamen Wettbewerbs verstanden werden.¹⁷⁹ Wie *Ehlermann, Völcker* und *Gutermuth* bemerken, lässt die Entstehungsgeschichte dieser Verordnung aber eher auf die Verleihung präzise abgegrenzter Eingriffsbefugnisse schließen.¹⁸⁰ Zum einen hat die Kommission mehr als fünfzehn Jahre gebraucht, um den Rat zum Erlass einer FKVO zu bringen. Zum anderen hat der Rat mit der Ablehnung des materiellen Kriteriums des Verordnungsentwurfs¹⁸¹ extensivere Befugnisse zurückgewiesen.¹⁸² Der Entwurf sprach in Art. 2 Abs. 3 von der Untersagung bei „Zusammenschlüsse[n], die eine Stellung begründen oder verstärken, durch welche die Aufrechterhaltung oder Entwicklung eines wirksamen Wettbewerbs in dem Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben behindert wird“. Das vorgeschlagene Kriterium stellte auf die Behinderung wirksamen Wettbewerbs ab.

175 Die Frage hingegen grundsätzlich verneinend, weist *Linder*, (Fn. 10), S. 308, darauf hin, es ginge beim Erfassungsproblem vielmehr darum, ob der neu entstandene Spielraum des zweit- oder drittgrößten Unternehmens die beherrschende Stellung dieses Unternehmens begründet, und nicht, ob dadurch die Marktbeherrschung eines Dritten verstärkt werde.

176 *Baxter/Dethmers*, (Fn. 50), S. 380 sprechen von „*two distinct theories of harm*“.

177 Siehe unter C.II.4.

178 „Es ist festzustellen, ob die Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sind; dabei ist von dem Erfordernis auszugehen, im Gemeinsamen Markt wirksamen Wettbewerb aufrechtzuerhalten und zu entwickeln.“

179 Hierzu *Ehlermann/Völcker/Gutermuth*, (Fn. 73), S. 197.

180 *Ibid.*, S. 197 f.

181 VO-Entwurf der Kommission aus dem Jahre 1989, ABl. Nr. C 22 v. 28.1.1989, S. 16.

182 *Ehlermann/Völcker/Gutermuth*, (Fn. 73), S. 197.

Der vorliegende Beitrag teilt des Weiteren die Ansicht, dass schon das Wort „Beherrschung“ an sich bezüglich dieser Auslegung eine Grenze zieht. Jedoch scheint aus der Erstreckung des Begriffs auf kollektive Marktbeherrschung teilweise eine Art Vorlage für sämtliche Weiterentwicklungen abgeleitet zu werden. Dem ist entgegenzuhalten, dass diese konkrete Anpassung innerhalb der besagten Begrenzung verlief. Diesbezüglich wiesen die zitierten Autoren¹⁸³ zur Veranschaulichung auf den Ansatz des EuG in der Entscheidung *TACA* hin, nach dem Oligopolisten einer „gemeinsamen Würdigung“¹⁸⁴ unterzogen werden, als ob es sich um ein „einzelnes Unternehmen“¹⁸⁵ handle.¹⁸⁶

Die aufgezeigten alternativen Lösungsansätze helfen, wenn überhaupt, nur bedingt weiter. Sowohl die engere Produktmarktabgrenzung als auch das Konzept der *third-party dominance* bieten eher eine künstliche Umgehung der Erfassungsproblematik als ihre eigentliche Lösung. Erstere wurde im Hinblick auf qualitativ unterschiedliche Produkte bereits tendenziell vorgenommen.¹⁸⁷ Jedoch ist dieser Ansatz zum Beispiel auf den mutmaßlichen Prototyp des *Babyfood Merger* schwer übertragbar. Da in diesem Fall nicht von Qualitätsunterschieden ausgegangen werden kann, wäre höchstens die Definition eines Teilmarktes für die „Nummer Zwei“ hilfreich.¹⁸⁸ Ein derart zweckorientiertes Vorgehen wäre *Wräse* zufolge wiederum im Rahmen der Bestimmung des sachlich relevanten Produktmarktes ausgeschlossen.¹⁸⁹ Fraglich ist ferner auch in Bezug auf die relative Marktmacht, inwieweit die Rechtsprechung bereit wäre, eine solche Konstruktion aufzunehmen. Zumaldest dem herkömmlichen Begriffsverständnis ist diese fremd. Bislang wurden lediglich zu absoluter Marktmacht führende Zusammenschlüsse auf der Grundlage des Markt-

¹⁸³ Ibid., S. 196.

¹⁸⁴ Übersetzung durch Verfasser.

¹⁸⁵ Ibid.

¹⁸⁶ EuG, verb. Rs. T-191/98 und T-212/98 bis 214/98, *TACA*, Slg. 2003, II-3275, Rdnr. 602: „*it is appropriated to regard the links [...] as being, in principle, capable of justifying a collective assessment of the position on the relevant market of the members of that conference [...] in so far as those links are such as to allow them to adopt together, as a single entity which presents itself as such on the market vis-à-vis users and competitors, the same line of conduct on that market*“ (Hervorhebungen durch Verfasser).

¹⁸⁷ In der KOM-Entscheidung v. 16.1.1996, COMP.IV/M. 623, *Kimberly-Clark/Scott Paper*, ABl. Nr. L 183 v. 23.7.1996, S. 1, wurde zwischen den folgenden Teilmärkten differenziert: „Eigenmarken“, „Standardmarken“ und „Luxusmarken“. Vgl. *Wräse*, (Fn. 17), S. 114.

¹⁸⁸ Vgl. ibid.

¹⁸⁹ Wie die Autorin, ibid., bemerkt, werden sachlich auch die Produkte des Marktführers als austauschbar zu betrachten sein. Des Weiteren weist *Völcker*, (Fn. 33), S. 409 auf Folgendes hin: „*drawing a circle' around the merging parties in this way sits uneasily with the traditional dominance test, which is to a large extent focused on rivals' continuing ability to compete. And there can be no doubt that the ability of the market leaders in the Babyfoods [...] cases to compete, e.g. through product-line extensions, would not be significantly affected by the merger of competitors with a lower combined share on a somewhat more broadly-defined market.*“

beherrschungskriteriums untersagt.¹⁹⁰ Bei der „akzeptablen“ *third-party dominance* stünden sicherlich die angesprochenen Begrenzungen der Lösung ihrer Effektivität im Wege.

D. „Significant impediment to effective competition“

I. Definition

Mit Inkrafttreten der FKVO Nr. 139/2004 gilt nunmehr die „erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs“ als maßgeblicher Eingriffstatbestand.¹⁹¹ Damit wurde der zweite Teil des Art. 2 Abs. 3 der FKVO 4064/89 zumindest auf den ersten Blick in den Mittelpunkt der materiell-rechtlichen Beurteilung gerückt.¹⁹² Das bis zu diesem Zeitpunkt hauptsächliche Beurteilungskriterium der Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung wurde gleichzeitig zum Regelbeispiel herabgestuft und verlor formell seine zentrale Bedeutung.

Die Beibehaltung des Wortlauts suggeriert bei erster Betrachtung, dass die inhaltliche Gestaltung des SIEC-Konzepts durch die Entscheidungspraxis der Kommission und die Rechtsprechung¹⁹³ auch im Rahmen der neuen FKVO zur Auslegung

190 Vgl. Linder, (Fn. 10), S. 307 f.; Wräse, (Fn. 17), S. 111.

191 Das Thema eines Wechsels zum SLC-Test warf die Kommission im Grünbuch v. 11.12.2001, KOM (2001) 745 endg., Rdnr. 159 ff., auf. Nach Behandlung der eingegangenen Stellungnahmen leitete die Kommission ein Jahr später einen VO-Vorschlag, ABl. Nr. C 20 v. 28.1.2003, S. 4, an den Rat weiter, der den Marktbeherrschungstest beibehielt. Trotzdem einigte man sich in der Verhandlung im Rat letztendlich auf die Ersetzung des Marktbeherrschungstests durch den SIEC-Test. Der Rat nahm den novellierten Entwurf am 27.11.2003 an. Die FKVO Nr. 139/2004 wurde am 20.1.2004 verabschiedet und trat am 1.5.2004 in Kraft.

192 Mit dieser Neufassung sollte zum einen die besprochene Lücke geschlossen werden und zum anderen das Untersagungskriterium dem US-amerikanischen SLC-Test angeglichen werden. Vgl. z.B. Hermann, (Fn. 39), S. 77.

193 Unter der FKVO Nr. 4064/89 wurde debattiert, ob die erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs ein eigenständiges Tatbestandsmerkmal darstellt. Das EuG, Rs. T-2/93, *Air France/Kommission*, Slg. 1994, II-323, Rdnr. 79, betrachtet sie als eine von „zwei Voraussetzungen“ für die Vereinbarkeitserklärung. Die Kommission schien dem Merkmal insofern eine eigenständige Bedeutung zuzuerkennen, als sie den Begriff als zeitlich-dynamisches Element verstand, vgl. z.B. KOM-Entscheidung v. 12.11.1992, COMP.IV/M.222, *Mannesmann/Hoesch*, ABl. Nr. L 114 v. 8.5.1993, S. 34, Rdnr. 103 f. Vgl. Schröter, Neuere Entwicklungen in der Wettbewerbspolitik der Europäischen Gemeinschaft 1989/90, in: FIW (Hrsg.), Schwerpunkte des Kartellrechts 1989/90, S. 92: „Diese Formulierung zwingt zu einer dynamischen Betrachtungsweise. Anders als in „klassischen“ Fällen des Marktmißbrauchs ist die zur Zeit der Entscheidung bestehende Wettbewerbsstruktur nicht allein ausschlaggebend. Da in der Fusionskontrolle ein endgültiges Urteil über jeden konkreten Konzentrationsvorgang gefällt werden muß, hat die Kommission auch die voraussehbare Marktentwicklung in den auf die Entscheidung folgenden Jahren mitzuberücksichtigen.“.

des SIEC-Tatbestands von Bedeutung ist. In Anbetracht des grundlegenden Stellungswechsels beider Kriterien erscheint dies jedoch ausgeschlossen. Wie *Baron*¹⁹⁴ bemerkt, muss auf Grund der Ablösung des bisherigen Nebeneinanders durch eine Über-/Unterordnung auch SIEC inhaltlich neu bestimmt werden.¹⁹⁵ Dass das Behinderungskriterium dabei keine lediglich Marktbeherrschung ergänzende Formulierung mehr darstellt, lässt sich bereits aus einer reinen Textanalyse schließen.¹⁹⁶

Dabei befürchtet das Schrifttum teilweise einen hohen Verlust an Rechtssicherheit. Dies wäre dann der Fall, wenn der SIEC-Test die Eingriffsbefugnisse der Kommission unbegrenzt erweiterte. Genau dieser Sorge trägt jedoch der bereits erwähnte Erwägungsgrund 25 der FKVO Rechnung. Laut diesem erstreckt sich das Kriterium

„über das Marktbeherrschungskonzept hinaus ausschließlich auf diejenigen wettbewerbsschädigenden Auswirkungen [...], die sich aus nicht koordiniertem Verhalten von Unternehmen ergeben, die auf dem jeweiligen Markt keine beherrschende Stellung haben würden“.¹⁹⁷

Der 26. Erwägungsgrund ergänzt, SIEC resultiere „im Allgemeinen aus der Begründung und Verstärkung einer beherrschenden Stellung“.¹⁹⁸ Die bisherige Rechtsprechung und Entscheidungspraxis soll weiterhin als Orientierung dienen. Streng genommen resultiert hieraus die Formel:

SIEC = Marktbeherrschung + nicht koordinierte Effekte im Oligopol.¹⁹⁹

Es bestehen Untersagungskompetenzen demnach in drei Fallgruppen: erstens, wenn die beherrschende Stellung eines Unternehmens begründet oder verstärkt wird (Einzelmarktbeherrschung); zweitens im Falle der Begründung oder Verstärkung kollektiver Marktbeherrschung und schließlich wenn eine Lücken-Konstellation vorliegt. *Immenga* und *Körber*²⁰⁰ weisen darauf hin, dass jede dieser Kategorien sich mit den beiden anderen überschneidet. So stellen die beiden ersten Kategorien Fälle

¹⁹⁴ *Baron*, (Fn. 113), Rdnr. 149.

¹⁹⁵ Dazu kommt die Tatsache, dass das SIEC-Kriterium in der Praxis im Rahmen der FKVO Nr. 4064/89 eine eher untergeordnete Rolle einnahm. Vgl. *Pego*, (Fn. 116), S. 113. Der Autor spricht von einer Voraussetzung, die in der Praxis beinahe nie ernst genommen worden sei. Erst in der letzten Zeit vor der Reform scheine das EuG die Wettbewerbsbehinderung als eigenständige Voraussetzung anerkannt zu haben. Siehe auch *Immenga/Körber*, (Fn. 30), Art. 2 FKVO, Rdnr. 4: „bestenfalls am Rande berücksichtigt“; *Baron*, (Fn. 113), Rdnr. 148: „führte [...] ein Schattendasein“.

¹⁹⁶ Vgl. *Hermann*, (Fn. 39), S. 83.

¹⁹⁷ Erwägungsgrund 25 FKVO Nr. 139/2004.

¹⁹⁸ Erwägungsgrund 26 FKVO Nr. 139/2004.

¹⁹⁹ *Immenga/Körber*, (Fn. 30), Art. 2 FKVO, Rdnr. 185.

²⁰⁰ Ibid., Rdnr. 402.

der Marktbeherrschung dar, die zweite und dritte Oligopolfälle und die erste und dritte Kategorie Fälle in denen die einseitige Ausübung von Marktmacht durch den Zusammenschluss begünstigt wird. Zur Verdeutlichung der letzten Überschneidung ist die Bezeichnung der ersten Fallgruppe als „nicht koordinierte Effekte außerhalb eines Oligopols“²⁰¹ hervorzuheben.

II. Grundsatz der Rechtssicherheit²⁰²

1. Begrenzung durch Erwägungsgründe

Die relevante Frage ist deshalb vielmehr, ob die SIEC-Ausdehnung ausreichend abgegrenzt ist. Hierzu muss festgehalten werden, dass sich die oben behandelte Begriffsbegrenzung nicht unmittelbar aus dem Wortlaut des höherrangigen Verordnungstexts selbst ergibt. Die fehlende Rechtsverbindlichkeit der Erwägungsgründe wird folglich mehrfach²⁰³ in der Literatur hervorgehoben. Es bestünde daher die Gefahr, dass die Kommission dieser Begrenzung in ihrer Entscheidungspraxis nicht folgte.

Andererseits wird die Ansicht vertreten, dass die fehlende Rechtsverbindlichkeit nicht zur Verminderung der Rechtssicherheit beitrage. Die Erwägungsgründe genössen trotz lediglichen Empfehlungscharakters hohe faktische Autorität.²⁰⁴ In Verbindung mit der Geschichte der Neufassung spreche diese Tatsache eher für die Annahme, dass die zukünftige Entscheidungspraxis den 25. Erwägungsgrund berücksichtigen wird.²⁰⁵

²⁰¹ Ibid., Rdnr. 401.

²⁰² Wie *Voigt/Schmidt*, Mehr Rechtssicherheit in der Europäischen Fusionskontrolle?, Der Entwurf der Europäischen Kommission über die Kontrolle horizontaler Unternehmenszusammenschlüsse, WuW 2003, S. 898, erklären, bezieht sich die Rechtssicherheit im Rahmen der Fusionskontrolle auf die Fähigkeit des fusionswilligen Unternehmens, mit hinreichender Sicherheit die Reaktion der Wettbewerbsbehörde prognostizieren zu können. Die Ankündigung eines Vorhabens, das letztendlich Gegenstand einer Untersagung wird, ist mit hohen versunkenen Kosten für die Parteien verbunden. Die Autoren weisen diesbezüglich sowohl auf spezifische Investitionen hin, die notwendig sind und bei Scheitern des Vorhabens unwiederbringlich verloren gehen, als auch auf die damit verbundenen Reputationsverluste. Ebenfalls zur Relevanz der Vorhersehbarkeit *dies.*, Switching to substantial impediments of competition (SIC) can have substantial costs – SIC, ECLR 2004, S. 586 f.

²⁰³ Vgl. z.B. *Staebe/Denzel*, (Fn. 151), S. 199; *Bergmann/Burholt*, Nicht Fisch und nicht Fleisch – Zur Änderung des materiellen Prüfungskriteriums in der Europäischen Fusionskontrollverordnung, EuZW 2004, S. 161; *Schürnbrand*, (Fn. 125), S. 227: „Es besteht daher Anlass zur Sorge, dass eine weitaus größere Zahl von Zusammenschlüssen erfasst wird, als dies bei der Einführung der FKVO Nr. 139/2004 eigentlich beabsichtigt worden war“.

²⁰⁴ *Immenga/Körber*, (Fn. 30), Art. 2 FKVO, Rdnr. 190, Fn. 874 sowie FKVO-Einleitung, Rdnr. 78.

²⁰⁵ *Schmidt*, (Fn. 73), S. 1569.

2. Die gleichzeitige Anwendung des Marktbeherrschungskonzepts und des Konzepts der nicht koordinierten Effekte

Einen weiteren Anhaltspunkt für den Verlust an Rechtssicherheit leiten *Baxter* und *Dethmers* aus der Koexistenz der nicht koordinierten Effekte mit dem Marktbeherrschungskonzept in dem neugefassten Art. 2 Abs. 3 FKVO ab.²⁰⁶ Die Kommission genieße weitgehende Entscheidungsfreiheit darüber, ob sie die Theorie unilateraler Effekte anwendet. Ihre diesbezügliche Entscheidung beruhe auf nicht transparenten Kriterien.²⁰⁷ Somit bestehe die Gefahr einer opportunistischen Bedienung der materiell-rechtlichen Instrumente. Den zitierten Autoren zufolge hat die Kommission sowohl unilaterale Effekte angewandt, wo sich keine beherrschende Stellung nachweisen ließ, als sich auch umgekehrt des Marktbeherrschungskonzepts bedient, wo sich keine unilateralen Effekte nachweisen ließen.²⁰⁸

Ähnlich erkennt *Hermann*²⁰⁹ in der Entscheidungspraxis der gleichzeitigen Anwendung der Konzepte drei Kategorien. In einer ersten Fallgruppe werde die Wettbewerbsnähe im Rahmen der Marktbeherrschungsprüfung ergänzend berücksichtigt.²¹⁰ Der zweite und dritte Entscheidungstyp sei dadurch gekennzeichnet, dass die Kommission entweder das Einzelmarktbeherrschungskonzept heranziehe, wenn sich die Wahrscheinlichkeit der Preiserhöhung nach den Faktoren der Theorie unilateraler Effekte nicht eindeutig feststellen lässt,²¹¹ oder auf letztgenannten Ansatz zurückgreift, wo sich insbesondere auf Grund niedriger Marktanteile der Fusionsparteien keine beherrschende Stellung nachweisen lässt.²¹² Die Auswahl des An-

²⁰⁶ Horner, (Fn. 168), S. 39. *Baxter/Dethmers*, (Fn. 50), S. 382 f., vertreten, dass Zusammenschlüsse allein anhand der Gefahr einer Erhöhung des „Post-merger“-Preises beurteilt werden sollten. *Kaufbold*, Das Eingreifkriterium in der europäischen Fusionskontrolle, Der SIEC-Test in Abgrenzung zum Marktbeherrschungs- und SLC-Test, 2007, S. 139, hingegen wirft den Autoren diesbezüglich vor zu übersehen, dass eine Behinderung wirksamen Wettbewerbs nicht immer unmittelbar mit einer Preiserhöhung einhergehen muss.

²⁰⁷ *Baxter/Dethmers*, (Fn. 50), S. 382.

²⁰⁸ Als Beispiel nennen die Autoren die KOM-Entscheidung v. 2.9.2003, COMP/M.3083, *GE/Instrumentarium*, ABl. Nr. L 109 v. 16.4.2004, S. 1.

²⁰⁹ *Hermann*, (Fn. 39), S. 298 ff.

²¹⁰ Der Autor nennt als Beispiel die KOM-Entscheidung v. 19.11.2004, COMP/M.3544, *Bayer Healthcare/Roche*, ABl. Nr. C 7 v. 11.1.2005, S. 3. Vgl. *Hermann*, (Fn. 39), S. 299.

²¹¹ Als Bsp. nennt der Autor die KOM-Entscheidung v. 4.7.2005, COMP/M.3770, *Lufthansa/Swiss*, ABl. Nr. C 204 v. 20.8.2005, S. 3. Die Behörde hat sich darin teils auf die Wettbewerbsnähe der Fusionsparteien konzentriert (Rdnr. 76: „*Since the parties are the closest substitutes on the market, there is a risk of significant price increase post merger*“), teils auf typische Aspekte der Marktbeherrschung abgestellt (Rdnr. 119 ff.). Vgl. *Hermann*, (Fn. 39), S. 299 f.

²¹² Hierzu nennt der Autor die KOM-Entscheidung v. 9.8.2004, COMP/M.3439, *Agfa-Gevaert/Lastras*, ABl. Nr. C 304 v. 8.12.2004, S. 2. Darin stellte die Kommission zunächst fest, dass keine beherrschende Stellung vorlag (Rdnr. 101), und ging anschließend auf nicht koordinierte Effekte ein. Ebenfalls erkennbar sei dieses Vorgehen in der KOM-Entscheidung v. 13.9.2004, COMP/

satzes beinflusse nicht nur das Beurteilungsergebnis, sondern determiniere auch die angewandten ökonomischen Analysemethoden.²¹³

3. Darlegungs- und Beweismaßstab

Bezüglich einer Abschwächung der Unterschiede dieser rechtlichen Anknüpfungspunkte durch das Erfordernis äquivalenter Beurteilungs- und Beweisdichte ist vor allem auf die Ausführungen von *Pellmann* hinzuweisen. Um der Beurteilung von „unilateral effects“-Fusionen in Oligopolen das erforderliche Maß an Rechtssicherheit zu verleihen, bedarf es nach dessen Meinung zum SIEC-Nachweis eines ebenso strengen Darlegungs- und Beweismaßstabes, wie er für die Feststellung der Marktbeherrschung gilt. *Pellmann* entkräftet somit die unter anderen von *Dethmers* geäußerte Befürchtung, die Kommission könne geneigt sein, die strengen „Airtours“-Voraussetzungen für die Feststellung kollektiver Marktbeherrschung durch eine Reduzierung der Prüfung auf unilaterale Effekte zu umgehen.²¹⁴ Er behauptet, dass die Beweisanforderungen zum Nachweis unilateraler Effekte generell geringer als die zur Darlegung kollektiver Marktbeherrschung seien. Während das EuG die kumulative Natur der „Airtours“-Voraussetzungen für die kollektive Marktbeherrschung unterstrichen habe, seien unilaterale Effekte anhand einer Anzahl von Faktoren beweisbar, die zu einer weder zwingenden noch abschließenden Auflistung der Horizontalleitlinien gehören.²¹⁵ *Pellmann* hingegen vertritt, dass das dem Nachweis nicht koordinierter Wirkungen zugrunde liegende Beweisanforderungsprofil im Vergleich zum Nachweis von Marktbeherrschung nicht leichter zu erbringen sei.²¹⁶ Die geringere Rolle, die der Marktanteil im Rahmen der Beurteilung von

M.3516, *Repsol YPF/Shell Portugal*, ABl. Nr. C 272 v. 6.11.2004, S. 6, Rdnr. 16: „*The combined entity's market share in itself excludes the possibility of the merger leading to the creation or strengthening of a dominant position. Also with regard to unilateral effects, Repsol and Shell are clearly not each others closest substitutes*“. In Einstimmigkeit mit *Baxter/Dethmers* teilt der Autor auch die KOM-Entscheidung v. 17.8.2004, COMP/M.3465, *Syngenta CP/Advanta*, ABl. Nr. C 263 v. 26.10.2004, S. 7, dieser Kategorie zu. Vgl. *Hermann*, (Fn. 39), S. 299 f.

²¹³ *Baxter/Dethmers*, (Fn. 50), S. 382.

²¹⁴ *Dethmers*, Collective dominance under EC merger control – after Airtours and the introduction of unilateral effects is there still future for collective dominance, ECLR 2005, S. 643: „*It is therefore likely that the number of cases in which collective dominance theories of harm pursued will decrease, and it can even be questioned whether collective dominance will remain of significant relevance under the new ECMR*“. Vgl. auch *Baxter/Dethmers*, (Fn. 95), S. 160: „*As regards the Commission's incentive to apply collective dominance, we believe that due to the introduction of unilateral effects, the Commission will prefer to rely upon unilateral effects in highly concentrated markets, particularly 'three-to-two' mergers (which represent nearly half of all collective dominance cases)*“.

²¹⁵ *Dethmers*, (Fn. 214), S. 642 f.

²¹⁶ *Pellmann*, (Fn. 44), S. 293. Dem Autor nach unterliegt die Kommission bspw. zwar nicht den „Airtours“-Kriterien des EuG, doch muss sie hinreichend substanziiert darlegen, dass die aus dem Zusammenschluss hervorgehende Unternehmenseinheit selbst ohne Marktführerschaft Marktmacht hat. Dies bezeichnet der Autor als „nicht minderschwere Aufgabe“.

„unilateral effects“-Fusionen in Oligopolmärkten spielt, führe – wenn überhaupt – zu einer Beweislastverschärfung. Denn der Kommission fehle in diesen Fällen die Marktführerschaft als typischer Marktmachtindikator.²¹⁷

Pellmann zufolge kann aber eine Umgehung, wie sie Dethmers schildert, schon deswegen nicht stattfinden, weil „die Erfassungsmöglichkeit unilateraler Effekte eines Zusammenschlusses auf einem Oligopolmarkt zum Konzept kollektiver Marktbeherrschung im Sinne der Airtours-Rechtsprechung des EuG in einem Ausschlussverhältnis und nicht in einem Stufenverhältnis“ stehe.²¹⁸

III. Die Lückenkonstellation unter dem SIEC-Test (*„T-Mobile Austria/tele.ring“*)

Als erster *gap case* unter der neuen Rechtslage wurde das Zusammenschlussvorhaben *T-Mobile Austria/tele.ring*²¹⁹ identifiziert.²²⁰ Die wettbewerbliche Beurteilung der Kommission konzentrierte sich in diesem Fall hauptsächlich auf den österreichischen Endkundenmarkt für die Erbringung von mobilen Telekommunikationsdienstleistungen.²²¹ Das Vorhaben betraf die Nummer zwei (T-Mobile) und vier (tele.ring) auf dem Mobilfunk-Markt, die selbst nach dem Zusammenschluss mit einem Marktanteil von 30 bis 40 % weiterhin hinter dem Marktführer Mobilkom (mit einem Marktanteil von 35 bis 45 %) gelegen hätten.

Da auf Grund dieser Marktanteilsführerschaft eine marktbeherrschende Stellung nicht anzunehmen war,²²² stützte die Kommission ihre Bedenken auf nicht koordinierte Effekte. Tele.ring habe als aktivste Kraft auf dem Markt vor allem auf Mobil-

²¹⁷ Ibid. Sollte sich die Kommission doch darauf einlassen, den SIEC-Begriff derart auszudehnen, dass sich praktisch jede Beeinträchtigung des Wettbewerbs erfassen lässt, ist dem Autor zufolge mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten, dass die europäischen Gerichte die Kommission „in ihre Schranken weisen werden“. Der Autor bezieht sich hierbei auf folgende Annulierungen: EuG, Rs. T-342/99, *Airtours*, Slg. 2002, II-2585; EuG, T-310/01, *Schneider Electric*, Slg. 2002, II-4071; EuG, Rs. T-5/02, *Tetra Laval*, Slg. 2002, II-4381.

²¹⁸ Pellmann, (Fn. 44), S. 292 f.

²¹⁹ KOM-Entscheidung v. 26.4.2006, COMP/M.3916, *T-Mobile Austria/tele.ring*, ABl. Nr. L 88 v. 29.3.2007, S. 44.

²²⁰ Vgl. Papandopoulos, L'analyse économique des effets unilatéraux dans quelques cas récents de fusions, Concurrences N° 2-2007, S. 18; Calvino, The merger's lady (Interviews), Concurrences N° 2-2007, S. 6; Weitbrecht, (Fn. 147), S. 127.

²²¹ Die Kommission äußerte dieselben Sorgen nicht gegenüber dem Markt für „*Inbound international Roaming*“, da tele.ring dort nicht dieselbe Rolle spielt wie auf dem Endkundenmarkt für Mobiltelefonie, KOM-Entscheidung v. 26.4.2006, COMP/M.3916, *T-Mobile Austria/tele.ring*, ABl. Nr. L 88 v. 29.3.2007, S. 44, Rdnr. 168. Auf dem Großhandelsmarkt für Terminierungsleistungen führe der Zusammenschluss zu keiner Marktanteilsaddition. Bezuglich der Anrufzustellung stelle nämlich jedes Netz einen eigenständigen Markt dar (Rdnr. 178).

²²² Vgl. Papandopoulos, (Fn. 220), S. 18.

kom und T-Mobile erheblichen Wettbewerbsdruck ausgeübt und deren Preissetzungsspielraum entscheidend begrenzt.²²³ Insbesondere der Wegfall dieses *mavericks* (die gewählte Semantik wird in der Literatur keinesfalls kritiklos hingenommen²²⁴) und die simultane Schaffung einer Marktstruktur mit zwei führenden, symmetrischen Netzbetreibern begründen laut Kommissionsentscheidung die Wahrscheinlichkeit des Auftretens unilateraler Effekte.²²⁵ Selbst wenn es kurzfristig zu keinen Preiserhöhungen kommen sollte, befürchtet die Kommission dennoch, dass die Preise zumindest nicht mehr wie in der Vergangenheit spürbar zurückgehen würden.²²⁶ Das Vorhaben wurde letztendlich unter Zusagen freigegeben.

IV. Stellungnahme

Die Befürchtung einer mit der Einführung des SIEC-Tests einhergehenden grenzenlosen Willkür in der materiell-rechtlichen Beurteilung von Zusammenschlüssen scheint übertrieben. Das neue Untersagungskriterium darf nicht als unbeschriebenes Blatt verstanden werden. Obwohl die erteilten Befugnisse eine Ausdehnung der bisherigen Untersagungskompetenzen darstellen, ist von ihrer genauen Abgrenzung durch die Erwägungsgründe auszugehen. Dabei sollte aus der fehlenden Rechts-

²²³ KOM-Entscheidung v. 26.4.2006, COMP/M.3916, *T-Mobile Austria/tele.ring*, ABl. Nr. L 88 v. 29.3.2007, S. 44, Rdnr. 72: „Die Preisanalyse legt daher nahe, dass tele.ring die Rolle eines „Maverick“ im Markt gespielt hat“. Es sei ferner nicht zu erwarten, dass nach dem Zusammenschluss H3G oder ONE/YESS! das wettbewerbliche Verhalten dieser Unternehmen zu disziplinieren vermöchten (Rdnr. 118).

²²⁴ Dass die Kommission den Ausdruck „Maverick“ verwendet, wird z.T. als irreführend im Rahmen einer Analyse nicht koordinierter Effekte empfunden. Vgl. CRA, Competition Memo, 2006, www.crai.com/ecp/assets/Telering_Mobile.pdf (14.6.2010): „Dies ist insofern ungewöhnlich, als der Ausdruck „Maverick“ normalerweise – und aus gutem Grund – nur im Zusammenhang mit koordinierten Effekten verwendet wird. [...] In einer Analyse einseitiger Effekte gibt es keine strategischen Alleingänger, die eine Sonderstellung innehaben“.

²²⁵ KOM-Entscheidung v. 26.4.2006, COMP/M.3916, *T-Mobile Austria/tele.ring*, ABl. Nr. L 88 v. 29.3.2007, S. 44, Rdnr. 125. *Heimler*, (Fn. 4), S. 92, äußert bezüglich der Entscheidung einige Bedenken. Sowohl die Übernahme eines „Mavericks“ als auch die Marktstruktur mit zwei symmetrischen Anbietern entsprächen eher einem Argument für koordinierte Wirkungen. Aus den Passagen der Rdnrs. 125 und 126 der Entscheidung sei erkennbar, dass die Argumentation zur Darlegung unilateraler Effekte nicht von der zu unterscheiden ist, die in der US-amerikanischen Praxis im Rahmen der Theorie koordinierter Effekte durchgeführt würde. „So it is not clear what the Commission is arguing.“

²²⁶ KOM-Entscheidung v. 26.4.2006, COMP/M.3916, *T-Mobile Austria/tele.ring*, ABl. Nr. L 88 v. 29.3.2007, S. 44, Rdnr. 125. Ferner hebt die Kommission hervor, ihre Schlussfolgerungen stünden im Einklang mit den Horizontalleitlinien, (Fn. 25), Rdnr. 126: „Dort ist ausgeführt, dass einige Unternehmen auf den Wettbewerbsprozess einen größeren Einfluss haben, als anhand ihrer Marktanteile zu vermuten wäre. Ein Zusammenschluss unter Beteiligung eines solchen Unternehmens könnte die Wettbewerbsdynamik in einer spürbar wettbewerbswidrigen Weise verändern, insbesondere wenn es sich um einen konzentrierten Markt handelt. Genau darum handelt es sich hier“.

verbindlichkeit der Erwägungsgründe zumindest kein erheblicher Verlust an Rechts sicherheit abgeleitet werden. Sie geben dem historischen Willen des Normsetzers Ausdruck und genießen hohe faktische Autorität.²²⁷ Die Absicht, den 25. Erwägungsgrund als Auslegungselement heranzuziehen, wird zudem anhand einer gemeinsamen Erklärung des Rats und der Kommission verstärkt.²²⁸ Somit ergibt sich als Rechtsfolge, dass eine Untersagung außer auf Marktbeherrschung lediglich auf unilaterale Wirkungen in Oligopolmärkten gestützt werden kann. Wie *Baron*²²⁹ feststellt, sind weitere Fallgestaltungen einer Untersagung nicht denkbar.

Geht man von den Vorgaben der Erwägungsgründe aus, scheint die Marktbeherrschung weiterhin eine tragende Rolle zu spielen. Hervorgehoben wird dies auch in den Horizontalleitlinien der Kommission,²³⁰ in denen sie als Hauptanwendungs fall einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs erachtet wird. Ihre Degradierung zum Regelbeispiel ändert dabei nicht viel. Hervorgehoben wird dies ebenfalls im 26. Erwägungsgrund, indem dieser vorgibt, eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs bestehe im Allgemeinen aus der Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung. In Einstimmigkeit prognostizieren die Horizontalleitlinien, dass „den meisten Fällen von Unvereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt weiterhin die Feststellung von Marktbeherrschung zugrunde liegen wird“. Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung nach der Marktbeherrschung ist daher auch weiterhin als Regelfall zu erwarten.²³¹ Hier für spricht letztendlich auch die immer wieder hervorgehobene Seltenheit der als *gap*

²²⁷ Vgl. *Immenga/Körber*, (Fn. 30), FKVO-Einleitung, Rdnr. 78.

²²⁸ Hierzu *Berg*, Die neue EG-Fusionskontrollverordnung, Praktische Auswirkungen der Reform, BB 2004, S. 562, Fn. 29; *Böge*, (Fn. 100), S. 144; *Schmidt*, (Fn. 73), S. 1569. Letztgenannte Autorin macht zudem darauf aufmerksam, dass auch die Entstehungsgeschichte der FKVO Nr. 139/2004 auf eine Orientierung am 25. Erwägungsgrund in der zukünftigen Praxis deute. Schließlich sei der Hauptgrund für die Reform die Vermeidung der „*enforcement gap*“ gewesen und nicht die Absicht, generell die Untersagungskompetenzen auszuweiten.

²²⁹ *Baron*, (Fn. 113), Rdnr. 15.

²³⁰ Horizontalleitlinien, (Fn. 25), Rdnr. 4. Vgl. hierzu auch *Lowe*, Implications of the recent Reforms in the Antitrust Enforcement in Europe for the National Competition Authorities, 2003, S. 9. Vgl. *Pego*, Direito comunitário das concentrações de empresas: uma defesa do teste „entrave significativo à concorrência efectiva“, BFD 80 (2004), S. 669 f. Diese in den Leitlinien erkennbare Vorsicht, die vorherige Praxis der Kommission und Rspr. der Gerichte zu berücksichtigen, hebt der Autor bei der Widerlegung der von *Bergmann/Burholt*, (Fn. 203), S. 161, geäußerten Kritik am SIEC-Test hervor.

²³¹ Vgl. *Röller/De La Mano*, The Impact of the new substantive Test in European Merger Control, ECJ 2006, S. 27: „*Competition concerns continue to be associated with the establishment of dominance in most cases and, once established, dominance appears sufficient reason to challenge a merger*“. *Immenga/Körber*, (Fn. 30), Art. 2 FKVO, Rdnr. 190: „Die Praxis nach Inkrafttreten der neuen FKVO 139/2004 bewegt sich bisher ganz überwiegend in den Bahnen des Marktbeherrschungstests.“ Anhand der ersten Kommissionspraxis nach der Reform nur begrenzte praktische Auswirkungen erwartend *Christensen/Fountoukakos/Sjöblom*, Mergers, in: *Faull/Nikpay* (Hrsg.), The EC Law of Competition, 4. Aufl. 2005, Rdnr. 5.200.

cases beschriebenen Fallkonstellationen.²³² Die Debatte zur theoretischen Lückenhaftigkeit hat deshalb insofern wichtige Elemente für die zukünftige Praxis geliefert, als sie bestimmte Konturen dieses Konzepts genauer problematisiert hat. Denn von diesen Grenzen kann es letztendlich abhängen, ob die Kommission eine marktbeherrschende Stellung ausschließt und infolgedessen ihre Entscheidung allein auf die Wahrscheinlichkeit des Auftretens nicht koordinierter Wirkungen stützt. Eine klare Rechtsgrundlage hierfür steht ihr nunmehr zur Verfügung.

Die Kommission scheint die bereits unter Geltung der FKVO Nr. 4064/89 indizierte Miteinbeziehung typischer Aspekte eines „unilateral effects“-Ansatzes – zum Beispiel die Wettbewerbsnähe der Fusionsparteien – im Rahmen der Marktbeherrschungsprüfung weiterzuführen. Der neue Test erlaubt ihr jedoch, in Abwesenheit einer beherrschenden Stellung das Problem des lediglichen Hilfscharakters, den diese Aspekte unter dem vorherigen Untersagungstatbestand genossen, zu überwinden. Rechtlicher Anknüpfungspunkt für diese Fälle wettbewerblich problematischer „unilateral effects“-Fusionen in Oligopolen ist ausschließlich das SIEC-Kriterium, losgelöst vom Regelfall der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.²³³ Hier liegt die hauptsächliche Veränderung, was den Untersagungstatbestand betrifft.²³⁴ Gleichzeitig ist die autonome Anwendung des SIEC-Kriteriums auf diese Fallkonstellationen begrenzt.

Wenn überhaupt, sollten sich die Sorgen auf die gleichzeitige Anwendung der Konzepte der beherrschenden Stellung und der nicht koordinierten Effekte konzentrieren. Die teils zweckorientiert zweispurig aufgezogene Beurteilung der Marktstrukturveränderung bewirkt in der Literatur einige Besorgnis.²³⁵ Vor allem wird auf die mangelnde Transparenz bei der Entscheidung, den einen oder anderen Ansatz anzuwenden, aufmerksam gemacht. Es sollte stets bedacht werden, dass die Konzepte auf verschiedenen ökonomischen Modellen beruhen und je nach gewähltem Ansatz sowohl das Ergebnis variieren kann als auch verschiedene Prüfungsmethoden anzuwenden sind.²³⁶

Wie Hermann²³⁷ bemerkt, ist in diesem Lichte der Ansatz der Kommission in *Syngenta CP/Advanta*²³⁸ daher insofern zu begrüßen, als die Entscheidung die

²³² Vgl. hierzu das Grünbuch, KOM (2001) 745 endg, Rdnr. 166, in dem die Kommission diese Konstellation als für eine theoretische Diskussion interessant bezeichnet, aber gleichzeitig behauptet, in der Praxis noch nicht vor dieser Situation gestanden zu haben.

²³³ Hierzu Pellmann, (Fn. 44), S. 290.

²³⁴ Vgl. Calvino, (Fn. 220), S. 6.

²³⁵ Besonders deutlich Baxter/Dethmers, (Fn. 50), S. 382 f.

²³⁶ Vgl. ibid., S. 382.

²³⁷ Hermann, (Fn. 39), S. 311.

²³⁸ KOM-Entscheidung v. 17.8.2004, COMP/M.3465, *Syngenta CP/Advanta*, Abl. Nr. C 263 v. 26.10.2004, S. 7.

Intention indiziert, die Anwendungsbereiche beider Konzepte genauer voneinander abzugrenzen.²³⁹ In ihren Ausführungen stützte die Kommission betreffend das Segment des Zuckerrübensaatguts ihre wettbewerblichen Bedenken bezüglich bestimmter Nationalmärkte auf die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung und bezüglich anderer Bedenken auf die Entstehung nicht koordinierter Effekte.²⁴⁰ Dem Autor ist ebenfalls in der Ansicht zu folgen, dass es zur Überwindung einiger diesbezüglicher Unklarheiten vor allem einer gerichtsfesten Entscheidungspraxis bedarf.

Geht man, wie der vorliegende Beitrag, von einem restriktiven Begriffsverständnis aus, ist die Neufassung des Untersagungstatbestandes zumindest in ihrer Funktion als Ergänzung im Sinne der Erfassung solcher unilateralen Effekte begrüßenswert.

E. Zusammenfassung

Betreffend die kollektive Marktbeherrschung, wurde der Kommission in ihrer Entscheidung *Airtours* zu Recht ein weites Begriffsverständnis vorgeworfen. Die kontroverse Passage der Randnummer 54 ist in ihrer Eigenschaft als Erwiderung darauf zu lesen, dass Oligopolisten in der Lage sein müssten, „sich stillschweigend auf die Erhöhung der Preise zu einigen“.²⁴¹ Trotz der verschiedenen Urteilsinterpretationen,²⁴² die in der Literatur vorgebracht wurden, impliziert die Aufstellung an dem Konzept der *tacit collusion* orientierter Voraussetzungen eine Reduzierung des Begriffs der kollektiven Marktbeherrschung auf koordinierte Effekte.

Erfolgreicher war die bereits unter Geltung der FKVO Nr. 4064/89 begonnene Unterbringung gewisser Aspekte der Theorie unilateraler Effekte im Rahmen der Einzelmarktbeherrschungsprüfung. Es sei daran erinnert, dass den Konzepten der Marktbeherrschung und der unilateralen Effekte trotz der Divergenz der ökonomischen Modelle, auf denen sie beruhen, die Begünstigung unilateraler Ausübung von Marktmacht gemeinsam ist. Die Rolle der nicht koordinierten Effekte war in den angesprochenen Fällen jedoch auf die eines zusätzlichen Arguments für oder gegen

²³⁹ Vgl. Fn. 240.

²⁴⁰ KOM-Entscheidung v. 17.8.2004, COMP/M.3465, *Syngenta CP/Advanta*, ABl. Nr. C 263 v. 26.10.2004, S. 7, Rdnr. 52: „*the proposed concentration [...] may significantly impede effective competition in the common market or in a substantial part thereof by the creation of a dominant position of the merged entity in the market for sugar beet seeds in Finland, the Netherlands, Portugal, Spain, Austria, Ireland and Italy; and by the creation of non-coordinated effects in an oligopolistic market for sugar beet seeds in Belgium and France*“.

²⁴¹ KOM-Entscheidung v. 22. 9.1999, COMP.IV/M.1524, *Airtours/First Choice*, ABl. Nr. L 93 v. 13.4.2000, S. 1, Rdnr. 54, Fn. 49.

²⁴² Vgl. unter C.I.2.

die Feststellung von Marktbeherrschung reduziert, wobei auf Grund der hohen Marktanteile in diesen Sachverhalten die Theorie unilateraler Effekte nicht ausschlaggebend war.

Strittig²⁴³ blieb und bleibt daher, ob sich das Marktbeherrschungskonzept eignet, Fusionsvorhaben zu erfassen, aus denen keine marktführende Einheit hervorgehen würde und an denen sich die Wahrscheinlichkeit des Auftretens koordinierter Effekte nicht darlegen ließe, bei denen aber mit nicht koordinierten Effekten zu rechnen wäre. Dies hat zu der breiten Debatte und Problematisierung der Konturen des Marktbeherrschungsbegriffs geführt, die nicht zuletzt wegen der Beibehaltung dieses Konzepts im Rahmen des SIEC-Tests einen wichtigen Beitrag zum Verständnis des aktuellen Untersagungstatbestandes darstellt.

Im Schrifttum wird zum Teil ein weites Einzelmarktbeherrschungskonzept vertreten, dass keine Marktanteilsführerschaft voraussetzt. Der vorliegende Beitrag folgt jedoch der entgegengesetzten Auffassung. Für diese sprechen sowohl die Entstehungsgeschichte der alten FKVO als auch der wörtliche Sinn des Begriffs „Beherrschung“. Es ist ferner keine Grundlage zu sämtlichen Ausdehnungen des Begriffs der beherrschenden Stellung aus der Abdeckung von Sachverhalten kollektiver Marktbeherrschung abzuleiten. Im Gegensatz zu dieser wortsinngerechten Auslegung des Marktbeherrschungsbegriffs ist das weite Verständnis des Begriffs mit seiner Wortbedeutung unvereinbar.

Zur Auslegung des SIEC-Kriteriums im Rahmen der FKVO Nr. 139/2004 ist die Heranziehung seiner inhaltlichen Gestaltung unter der alten FKVO angesichts des Stellungswechsels im Verhältnis zum Marktbeherrschungskonzept ausgeschlossen. Als hilfreich erweisen sich diesbezüglich aber sowohl die Erwägungsgründe der aktuellen FKVO als auch die Horizontalleitlinien. Danach gilt die Marktbeherrschung als Hauptanwendungsfall der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs. Die maßgebliche Rolle, die sie somit einnimmt, begründet die Relevanz der Lücken-Debatte, insofern diese die Konturen des Marktbeherrschungsbegriffs problematisiert.

Auch weiterhin kann die Theorie der unilateralen Effekte im Rahmen der Marktbeherrschung bis zu einem gewissen Grad berücksichtigt werden. Darüber hinaus sind aber auch „gap“-Konstellationen nunmehr zweifellos durch die autonome Anwendung des SIEC-Kriteriums erfassbar. Eine solche vom Regelbeispiel der Marktbeherrschung losgelöste Anwendung findet hier jedoch gleichzeitig ihre Begrenzung. Die Befürchtungen „unbeschränkter Willkür in Brüssel“²⁴⁴ erscheinen

²⁴³ Vgl. unter C.II.5.

²⁴⁴ Der Ausdruck stammt aus dem Titel des Aufsatzes *Kapp/Messmer*, Reform der EU-Fusionskontrolle: Herrscht nun unbeschränkte Willkür in Brüssel?, EuZW 2005, S. 161.

dramatisierend. Zwar ist zweifelsohne eine Erweiterung der Untersagungskompetenzen durch den SIEC-Test festzustellen, doch kann gleichermaßen von einer genauen Abgrenzung dieser durch die faktische Autorität der Erwägungsgründe ausgegangen werden.