Prof. Dr. Florian Bien, Maître en Droit (Aix-Marseille III)

Lehrstuhl für globales Wirtschaftsrecht, internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Bürgerliches Recht

Europäisches und deutsches Kartellrecht II (Missbrauchsverbot und Fusionskontrolle)

(Stand: 14. April 2022)

Sommersemester 2022

Donnerstags, 14 - 16 Uhr, Großer Hörsaal der Alten IHK (Josef-Stangl-Platz)

Inhalt

A. Das Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen, Art. $102 \ AEUV$	und §§
18 - 21 GWB	5
I. Überblick	5
1. Schutzzweck	5
2. Drei Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 102 AEUV	5
3. Marktabgrenzung und Marktbeherrschung als Zentralbegriffe des Kartel	lrechts.6
4. Generalklauselartiger Charakter des Missbrauchsverbots	7
5. Normadressaten	7
6. Verhältnis zwischen Unions- und mitgliedsstaatlichem Missbrauchsverb	ot 7
7. Prüfungsschema zu Art. 102 AEUV und § 19 GWB (Missbrauchsverbot) in	m
Überblick	7
8. Kausalverhältnis zwischen Marktmacht und Missbrauch	9
II. Abgrenzung des relevanten Marktes	10
1. Sachlich relevanter Markt	10
2. Räumlich relevanter Markt	15
3. Sekundärmärkte im Besonderen	16
III. Marktbeherrschende Stellung	19
1. Bedeutung der Marktanteile	19
2. Sonstige Faktoren	20
3. Kollektive Marktbeherrschung im Oligopol	20
4. Marktmacht von Plattformen insbesondere	21
IV. Missbräuchliche Verhaltensweise	23
1. Ausbeutungsmissbrauch und weitere Regelbeispiele des Art. 102 Abs. 2	AEUV23
2. Nichtpreisbezogener Behinderungsmissbrauch	29
3. Preisbezogene Behinderungsmissbräuche	34
4. Strukturmissbrauch	53

7	7. Missbrauchsaufsicht über Unternehmen mit relativer oder überlegener	
I	Marktmacht (§ 20 GWB)	.58
	1. Verbot der Behinderung und Diskriminierung durch marktstarke Unternehmen	n
	(syn.: "Unternehmen mit relativer Marktmacht"), § 20 Abs. 1 GWB	.59
	2. Veranlassung zur Gewährung von Vorzugsbedingungen, sog. Anzapfverbot (§ 2	20
	Abs. 2 GWB)	.60
	3. Mittelstandsbehinderung (§ 20 Abs. 3 und 4 GWB)	.61
	4. Verweigerung der Aufnahme in Wirtschafts- und Berufsvereinigungen (§ 20 Ab	os.
	5 GWB)	.62
	5. Boykottverbot, Verbot sonstigen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens (§ 2	1
	GWB)	.62
7	7I. Kartellrechtsnahe Regulierung von digitalen Gatekeepern	.63
	1. Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung (§ 19a GWB)	63
	2. Ausblick: Digital Markets Act (Entwurf der Kommission von Dezember 2020)	.66
B. 1	Die Zusammenschlusskontrolle	.67
]	. Überblick	.67
]	I. Zusammenschluss (Art. 3 FKVO)	.69
	1. "Fusion" (Verschmelzung), Art. 3 I lit. a FKVO	
	2. Kontrollerwerb, Art. 3 I lit. b FKVO	
	3. Wettbewerblich erheblicher Einfluss, § 37 I Nr. 4 GWB	
	4. Interlocking directorships (Personelle Verflechtungen)	
]	II. Wettbewerblich bedeutsame Zusammenschlüsse – Schwellenwerte	
	1. Gemeinschaftsweite Bedeutung (Art. 1 Abs. 2, Abs. 3 FKVO)	.71
	2. Schwellenwerte der deutschen Fusionskontrolle	.75
J	V. Verbotsvoraussetzungen (Art. 2 Abs. 3 FKVO) - Marktbeherrschungstest vers	us
	SLC-Test	.76
	1. Überblick: Theoretische Konzeption	.76
	2. Marktbeherrschungstest (§ 36 Abs. 1 GWB 2005)	.77

3. SLC - Substantial Lessening of Competition (USA, Sec. 7 Clayton Act)77				
4. SIEC - Significant Impediment to Effective Competition	on (Art. 2 Abs. 3 FKVO			
139/2004)	78			
5. Der Babyfood-Fall als Beispiel	79			
6. Unilaterale versus koordinierte Effekte	79			
7. Wettbewerbliche Auswirkungen von Fusionen nach l	Fallgruppen80			
V. Verfahren der Fusionskontrolle	83			
1. Anmeldeerfordernis und Vollzugsverbot	83			
2. Vor- und Hauptprüfverfahren	84			
3. Abhilfemaßnahmen	86			
4. Rechtsschutz im Verfahren vor der Kartellbehörde	87			
5. Gerichtlicher Rechtsschutz	88			
VI. Beachte: Das BKartA erlässt ausschließlich im Haup	ot-, nicht im			
Vorprüfverfahren eine anfechtbare "Verfügung", § 40 Abs. 2 S. 1 GWB. Besonderheiten				
der deutschen formellen und materiellen Fusionskontrolle88				
1. Anmeldeverfügung (§ 39a GWB)	88			
2. Abwägungsklausel (§ 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 GWB)	89			
3. Bagatellmarktklausel (§ 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 GWB)	90			
4. Pressesanierungsklausel, § 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 GWB	91			
5. Ministererlaubnis (§ 42 GWB)	91			

A. Das Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen, Art. 102 AEUV und §§ 18 - 21 GWB

(Kling/Thomas, Kartellrecht, 2. Auflage 2016, S. 197 ff.; 637 ff.; *Pries*, in Lange/Pries, Einführung in das europäische und deutsche Kartellrecht, 2011, S. 98ff.; *Fuchs/Möschel*, in Immenga/Mestmäcker, Art. 102 AEUV; *Eilmansberger/Bien*, in MünchKomm, EuWettbR, Art. 102 AEUV; *Fuchs*, in Immenga/Mestmäcker, § 19 GWB; *Bulst*, in Langen/Bunte, Art. 102 AEUV)

I. Überblick

1. Schutzzweck

Referenzsystem ist der freie Wettbewerb:

a) Angehörige der vor- und nachgelagerten Wirtschaftsstufen

Schutz ihrer wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit vor der Machtausübung der marktbeherrschenden Unternehmen (Ausbeutungsmissbrauch).

b) Tatsächliche Angehörige der gleichen Wirtschaftsstufe

Schutz ihrer wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit vor Behinderungen im Wettbewerb (Behinderungsmissbrauch).

c) Potentielle Angehörige der gleichen Wirtschaftsstufe

Schutz vor Zugangsbeschränkungen zum Markt (Behinderungsmissbrauch).

d) Marktbeteiligte auf Drittmärkten

Schutz vor dem missbräuchlichen Einsatz wirtschaftlicher Macht seitens marktbeherrschender Unternehmen auf Drittmärkten (Behinderungsmissbrauch).

2. Drei Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 102 AEUV

- Marktbeherrschende Stellung ("beherrschende Stellung auf dem Gemeinsamen
 Markt oder einem wesentlichen Teil desselben"),
- Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung und
- Eignung dieses Missbrauchs, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen (nur im Unionsrecht von Bedeutung).

3. Marktabgrenzung und Marktbeherrschung als Zentralbegriffe des Kartellrechts

a) Marktbeherrschung als Tatbestandsmerkmal

Die Marktbeherrschung ist Tatbestandsmerkmal sowohl des Missbrauchsverbots (Art. 102 AEUV bzw. §§ 19, 20 GWB) als auch zentrales materielles Untersagungskriterium in der Fusionskontrolle (Art. 2 Abs. 2 und 3 FKVO Nr. 139/2004 bzw. § 36 Abs. 1 GWB¹).

b) Feststellung der Marktbeherrschung in zwei Schritten:

- (1) Abgrenzung des relevanten Marktes.²
- (2) Feststellung der beherrschenden Stellung, insbesondere durch Messung des Monopolgrades (in erster Linie Marktanteil sowie weitere Faktoren, siehe Katalog in § 18 Abs. 3 GWB).³

c) Weitergehende Bedeutung der Marktabgrenzung

Die Marktabgrenzung ist darüber hinaus auch im Rahmen von Art. 101 AEUV (→ Kartellrecht I) von Bedeutung, z. B.

- für Unterscheidung zwischen vertikalen und horizontalen Vereinbarungen
- → Anwendung der Vertikal-GVO
- Prüfung der Marktanteilsschwellen in Art. 3 der Vertikal-GVO
- Marktanteilsschwellen der de minimis-Bekanntmachung der Kommission ("Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung")
- Marktanteilsschwellen gemäß den Leitlinien der Kommission zum Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels⁴ (sog. NAAT-Regel, Spürbarkeit der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels)

d) Kein allgemeines Monopolisierungsverbot

Während Sec. 2 Sherman Act von 1890 ein allgemeines Verbot der (auch nur versuchten) Monopolisierung⁵ enthält (zurückhaltende Anwendung in der Praxis), richtet sich das EU-Wettbewerbsrecht nicht gegen die marktbeherrschende Stellung als solche. Das

 $^{^{\}rm 1}$ Dazu näher unten B.

² Näher unten II.

³ Näher unten III.

⁴ Amtsblatt C 101 vom 27.4.2004.

⁵ Dazu ausf. *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 2. Auflage 2010, S. 21 ff.

gilt selbst dann, wenn sie mit wettbewerbswidrigen Mitteln erlangt wurde. Art. 102 AEUV verbietet allerdings bestimmte wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen.

"DIE FESTSTELLUNG, DASS EINE MARKTBEHERRSCHENDE STELLUNG GEGEBEN IST, BEINHALTET FÜR SICH ALLEIN KEINEN VORWURF GEGENÜBER DEM BETREFFENDEN UNTERNEHMEN, SONDERN BEDEUTET NUR, DASS DIESES UNABHÄNGIG VON DEN URSACHEN DIESER STELLUNG EINE BESONDERE VERANTWORTUNG DAFÜR TRÄGT, DASS ES DURCH SEIN VERHALTEN EINEN WIRKSAMEN UND UNVERFÄLSCHTEN WETTBEWERB AUF DEM GEMEINSAMEN MARKT NICHT BEEINTRÄCHTIGT."6

4. Generalklauselartiger Charakter des Missbrauchsverbots

Art. 102 AEUV sowie § 19 GWB sind Generalklauseln mit nicht abschließendem Katalog denkbarer missbräuchlicher Verhaltensweisen.

5. Normadressaten

Unternehmen (→ näher Kartellrecht I), die alleine oder zusammen mit anderen marktbeherrschend sind (Einzelmarktbeherrschung bzw. kollektive Marktbeherrschung).

6. Verhältnis zwischen Unions- und mitgliedsstaatlichem Missbrauchsverbot

Mitgliedstaaten sind befugt, in ihrem Hoheitsgebiet strengere Missbrauchsverbote zu erlassen (Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003, vgl. auch § 22 Abs. 3 S. 3 GWB). Das deutsche GWB enthält in §§ 19, 20 (insbesondere Abs. 2 und 4) GWB strengere Vorschriften betreffend einseitige missbräuchliche Verhaltensweisen. Daher sind in der Praxis und der Klausur neben Art. 102 AEUV stets parallel §§ 19, 20 GWB zu prüfen, soweit sich die zu beurteilende Verhaltensweise in Deutschland auswirkt.

7. Prüfungsschema zu Art. 102 AEUV und § 19 GWB (Missbrauchsverbot) im Überblick

a) Tatbestand

- (1) Unternehmen (funktionaler Unternehmensbegriff, vgl. Art. 101 AEUV)
- (2) Marktbeherrschung (näher erläutert in § 18 Abs. 1 GWB)
 - (a) Marktabgrenzung

⁶ EuGH, Urt. v. 9.11.1983 - Rs. 322/81 - Michelin I, Rn. 57.

- (b) Beherrschende Stellung (Vermutungstatbestände in § 18 Abs. 4 und 6 GWB; beachte § 18 Abs. 7 GWB)
- (3) Missbrauch, v. a. Regelbeispiele des Art. 102 Abs. 2 AEUV:
 - (a) Ausbeutungsmissbrauch (Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV bzw. § 19 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 5):
 - § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB: "Ausplünderung" der Marktgegenseite, insbesondere durch überhöhte Preise
 - § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB: Ausbeutungsmissbrauch durch marktmächtige Nachfrager, insbes. große Handels-Abnehmer ("Anzapfverbot" oder "Verbot der passiven Diskriminierung", erzwungen vom Nachfrager), Einordnung als Variante des Ausbeutungsmissbrauchs streitig (so BGH im Verfahren "Hochzeitsrabatte"; anders *Bechtold*: Schutz der Wettbewerber des marktstarken Nachfragers vor Benachteiligung, nicht der Marktgegenseite)
 - (b) Einschränkung der Erzeugung und des Absatzes (Art. 102 S. 2 lit. b AEUV, vgl. § 19 Abs. 2 Nr. 1: Behinderungsmissbrauch, außerdem § 20 GWB):
 - Ausschließlichkeitsbindungen
 - Lieferverweigerung
 - essential-facilities-Doktrin (ausdrücklich in § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB normiert)
 - (c) Diskriminierung von Handelspartnern (Art. 102 Abs. 2 lit. c AEUV bzw. § 19 Abs. 2 Nr. 3: Preis- und Konditionenspaltung; außerdem § 20 GWB)
 - (d) Koppelungsgeschäfte (Art. 102 Abs. 2 lit. d AEUV)
 - (e) Generalklausel des Art. 102 Abs. 1 AEUV, bzw. § 19 Abs. 1 GWB, z. B.
 - Kampfpreismissbrauch
 - Strukturmissbrauch

(4) Zwischenstaatlichkeitsklausel (Binnenmarktrelevanz) – relevant nur i.R.v.

Art. 102 AEUV

8. Kausalverhältnis zwischen Marktmacht und Missbrauch

Umstritten ist das Verhältnis zwischen Marktmacht und Missbrauch. In Betracht kom-

men eine Verhaltens- und eine Ergebniskausalität. Bei Fällen des Behinderungsmiss-

brauchs genügt es, wenn zwischen der Marktmacht des Normadressaten und den

negativen Wirkungen auf den Wettbewerb ein Kausalverhältnis besteht (sog. Ergebnis-

kausalität oder normative Kausalität). Beim (reinen) Ausbeutungsmissbrauch (insbeson.

Preishöhenmissbrauch) wird überwiegend Verhaltenskausalität (instrumentelle Kausa-

lität) verlangt: Erst die Marktmacht des Normadressaten muss es ihm ermöglichen, sich

missbräuchlich zu verhalten. Umstritten ist die Behandlung des Konditionenmiss-

brauchs (Facebook).⁷

Der Gesetzgeber der 10. GWB-Novelle hat § 19 I GWB insofern vom Wortlaut des Art.

102 AEUV entfernt, als künftig bereits der "Missbrauch" (statt: die "missbräuchliche Aus-

nutzung") einer marktbeherrschenden Stellung verboten ist. Damit soll augenscheinlich

das vom OLG Düsseldorf im Fall Facebook betonte Erfordernis der Kausalbeziehung zwi-

schen Marktbeherrschung und Missbrauch entschärft werden.

a) Rechtsfolgen

(1)Feststellung eines Missbrauchs und Abstellungsanordnung gem. Art. 7 VO

1/2003, durchsetzbar ggf. mit Zwangsgeld gem. Art. 24 VO 1/2003.

Deutsches Recht: § 32 GWB und § 86a GWB.

Beachte außerdem Art. 8 (einstweilige Maßnahmen) und Art. 9 (Verpflichtungs-

zusagen) VO 1/2003.

Deutsches Recht: §§ 32a und 32b GWB

(2) Bußgelder gem. Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003.

Deutsches Recht: § 81 GWB.

⁷ Näher *Bueren*, in Bien u. a. (Hrsg.), Die 10. GWB-Novelle, 2021.

- (3) Zivilrechtlicher Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadensersatzanspruch nach nationalem Recht (§§ 33, 33a GWB).
- (4) Nichtigkeit des missbräuchlichen Rechtsgeschäfts gem. § 134 BGB⁸ i. V. m. Art. 102 AEUV bzw. §§ 19, 20 GWB möglich. Es ist im Einzelnen zu prüfen, welche Reichweite die Unwirksamkeit hat. Beispiele:
 - Zu missbräuchlich niedrigen (Kampf-)Preisen abgeschlossene Rechtsgeschäfte mit Unternehmen der Marktgegenseite sind nicht unwirksam.
 - Bei den Handelspartnern vertraglich aufgezwungenen Ausschließlichkeitsbindungen und in ähnlich gelagerten Fällen greift häufig bereits § 101 Abs. 2 AEUV ein.
 - In Fällen der Preisüberhöhung ist die Vertragsanpassung die gebotene Rechtsfolge.

II. Abgrenzung des relevanten Marktes

(Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. C 372 vom 3.12.1997, S. 5; *Kling/Thomas*, Kartellrecht, 2016, § 6 Rn. 19 ff.; § 20 Rn. 17 ff.)

Ziel der Marktabgrenzung: Ermittlung derjenigen Wettbewerbskräfte, denen die beteiligten Unternehmen ausgesetzt sind.

Es handelt sich im Zusammenhang mit der Missbrauchsaufsicht und der Fusionskontrolle um einen Zwischenschritt, um indirekt (über seine Marktanteile) auf die Marktmacht eines Unternehmens zu schließen. Marktmacht ist in den Wirtschaftswissenschaften definiert als die Fähigkeit, eines oder mehrerer Unternehmen, einen Preis für ein Gut zu verlangen, der über den Grenzkosten liegt. (Grenzkosten sind die Kosten einer weiteren produzierten Einheit eines bestimmten Gutes.)

1. Sachlich relevanter Markt

a) Bedarfsmarktkonzept

(1) In der Praxis durchgesetzt hat sich das sog. Bedarfsmarktkonzept bzw. das Konzept der funktionellen Austauschbarkeit aus der Sicht der Abnehmer.

⁸ Nach a. A. leitet sich die Nichtigkeitsfolge aus § 138 BGB ab.

Kommission, Bekanntmachung Marktabgrenzung, aaO: "Der <u>sachlich relevante Markt</u> umfasst sämtliche Erzeugnisse und/oder Dienstleistungen, die von den Verbrauchern hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als austauschbar oder substituierbar angesehen werden."

Ähnlich KG, Beschl. v. 18.1.1969, WuW/E 995, 996 – Handpreisauszeichner (st. Rspr.): "Sämtliche Erzeugnisse, die sich nach ihren Eigenschaften, ihrem wirtschaftlichen Verwendungszweck und ihrer Preislage so nahe stehen, dass der verständige Verbraucher sie als für die Deckung eines bestimmten Bedarfs geeignet in berechtigter Weise abwägend miteinander vergleicht und als gegeneinander austauschbar ansieht, sind marktgleichwertig."

Entscheidend ist der Bedarf der jeweiligen Marktgegenseite. Dieser kann "je nach der Wirtschaftsstufe, der die Nachfrageseite angehört, verschieden sein […]. So ist die Nachfrage der Verbraucher nicht etwa gleichzusetzen mit derjenigen der Zwischenhändler oder der Unternehmen, die Wartungs- und Reparaturleistungen an der Hauptware gewerbsmäßig ausführen, mag auch diese von jener abhängig sein." (BGH, Urt. v. 26.10.1972, KZR 54/71, GRUR 1973, 277, 278 – *Registrierkassen*)

- (2) Anwendungsbeispiele aus der deutschen Praxis (Überblick bei *Fuchs/Möschel*, in Immenga/Mestmäcker, GWB, 5. Auflage 2014, § 18 Rn. 73 m. Nachweisen):
- Bücher (andere Medien, Kinderbücher, Taschenbücher, Sprache)
- Besteck (Edelstahl-, Silber-, Billigbesteck)
- Kaffee (Rohkaffee, Röstkaffee, Instantkaffee)
- Fernsehen (Pay-TV, Free-TV: werbe- und gebührenfinanzierte frei zugängliche Programme)
- Reise (Flug- und Bahnverbindung; Pauschalflugreisen, Individualreisen, übrige Veranstaltungsreisen)
- Theater, Oper
- Uhren (hochwertige und Luxusuhren)
- Werbung (Fußballschuhe, sonstige Medien; Radio, Zeitung, Fernsehen)
- Getränke (Fass- und Flaschenbier; Heil- und Mineralwasser; Fruchtsäfte und Limonaden; Besprudelungsmaschinen, verkaufsfertiges Mineralwasser)

(3) Grenzen des Bedarfsmarktkonzepts (*Kerber/Schwalbe*, in MünchKommEuWettbR, 2. Auflage, Einl. Rn. 230)

Das Bedarfsmarktkonzept legt nicht selten Fehlschlüsse (zu kleine Marktabgrenzung) nahe:

- funktionelle Austauschbarkeit: es kann genügen, dass eine relativ kleine Menge an Verbrauchern im Fall einer Preiserhöhung auf andere Produkte ausweicht, um die Marktmacht eines Unternehmens wirksam zu beschränken.
- Preisunterschiede: indizieren nicht immer die Zugehörigkeit zu verschiedenen Märkten. So sind u. a. ein sehr billiges und kurzlebiges Produkt und eines, das wesentlich teurer, dafür aber auch entsprechend langlebiger ist, enge Substitute.

b) Preiselastizität

Die Preiselastizität bezeichnet die Veränderungen der Nachfrage nach einem bestimmten Produkt im Fall der Preisänderung. Eine hohe Elastizität der Nachfrage bedeutet, dass die Nachfrage nach dem Produkt bei Preisanstieg deutlich zurückgeht, eine geringe Elastizität der Nachfrage ist gegeben, wenn die Nachfrage trotz Preisanstiegs mehr oder weniger konstant bleibt.

Bsp. 1: geringe bis keine Nachfrageelastizität nach einem lebenswichtigen Medikament wie Insulin.

Bsp. 2: hohe Nachfrageelastizität bei vielen Luxusgütern.

Die Kreuzpreiselastizität gibt Auskunft darüber, wie die Nachfrage nach einem Produkt auf Änderungen des Preises *anderer* Produkte reagiert. Je stärker die Marktgegenseite bei Erhöhung des Preises des einen Produkts auf das andere ausweichen (hoher Elastizitätsgrad), desto wahrscheinlicher ist es, dass beide Produkte demselben Markt angehören.

c) SSNIP-Test

Hypothetischer Monopolistentest als gedankliche Hilfe zur Bestimmung substituierbarer Produkte und Dienstleistungen (sog. SSNIP-Test - small but significant nontransitory increase in price).

Dahinter steht folgender Gedanke: Wenn schon ein hypothetischer Monopolist (100 Prozent Marktanteil) die Preise nicht über den Wettbewerbspreis anheben kann, verfügt auch ein anderes Unternehmen mit geringerem Marktanteil nicht über Marktmacht. Es gilt daher all diejenigen Produkte (und Gebiete) in die Marktabgrenzung mit einzubeziehen, die der Marktmacht eines hypothetischen Monopolisten Grenzen setzen. Das sind die Produkte (oder Gebiete), auf die ein Abnehmer im Fall einer Preiserhöhung ausweichen würde.

Kommission, Bekanntmachung Marktabgrenzung, aaO, Tz. 15: "Die Beurteilung der Substituierbarkeit der Nachfrage erfordert eine Bestimmung derjenigen Produkte, die von den Abnehmern als austauschbar angesehen werden. Eine Möglichkeit, diese Bestimmung vorzunehmen, lässt sich als gedankliches Experiment betrachten, bei dem von einer geringen, nicht vorübergehenden Änderung der relativen Preise (small but significant nontransitory increase in price) ausgegangen und eine Bewertung der wahrscheinlichen Reaktion der Kunden vorgenommen wird. Aus verfahrensmäßigen und praktischen Erwägungen steht bei einer Marktabgrenzung der Preis im Mittelpunkt, genauer gesagt die Nachfragesubstitution aufgrund kleiner dauerhafter Änderungen bei den relativen Preisen."

Ausgehend von einer engen Marktabgrenzung wird gefragt, ob die Abnehmer bei einer kleinen (5–10%), nicht nur vorübergehenden Erhöhung der Preise durch einen hypothetischen Monopolisten auf Substitute bzw. andere räumliche Märkte in solchem Maße ausweichen würde, dass die Preiserhöhung nicht rentabel wäre. Ist dies nicht der Fall, werden so lange weitere Produkte mit in den relevanten Markt einbezogen, bis eine weitere Preiserhöhung unrentabel würde.

Aus der Entscheidungspraxis sind keine Fusionsfälle zu finden, in denen die Europäische Kommission den SSNIP-Test vollständig angewandt hat. In der Entscheidung COMP/M.2187- *CVC/Lenzing* vom 17.10.2001 hat die Kommission in der Sache nur die Kreuzpreiselastizität gemessen und – wegen des geringen Elastizitätsgrades – schon an dieser Stelle das als SSNIP-Test bezeichnete Testverfahren abgebrochen.

d) Cellophan fallacy⁹

Der SSNIP-Test ist gerade auf Märkten, auf denen Marktbeherrscher tätig sind, mit Vorsicht zu genießen: Liegt der Preis bereits deutlich über dem hypothetischen Wettbewerbspreis, neigen die Abnehmer bei einer weiteren Preissteigerung dazu zu wechseln.

-

⁹ Nach dem Urteil des Supreme Court im Fall U.S. v. E. I. Du Pont (351 U.S. 377, 76 S.Ct. 994, 100 L.Ed.1264), in dem Du Pont, einziger Anbieter von Zellophan, die Ansicht vertrat, es kämen andere flexible Verpackungsmaterialien wie Aluminiumfolie und Wachspapier als enge Substitute in Betracht. Zellophan stelle daher keinen eigenen relevanten Markt dar. Ausführlich dazu *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2. Aufl., 2011, S. 97ff.

Das könnte fälschlicherweise als Hinweis auf einen großen Markt hindeuten. In der Praxis eignet sich der Test daher weniger zur (retrospektiven) Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung im Rahmen von Missbrauchsverfahren gemäß Art. 102 AEUV¹⁰ als vielmehr für Fusionsverfahren, bei denen prospektiv geklärt werden soll, ob durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung entsteht.

Beim Kampfpreismissbrauch stellt sich das Problem unter umgekehrten Vorzeichen.

e) Angebotssubstituierbarkeit

Kommission, Bekanntmachung Marktabgrenzung, aaO, Tz. 20: "Der <u>Substituierbarkeit auf der Angebotsseite</u> kann bei der Definition der Märkte ebenfalls Rechnung getragen werden, wenn sie sich genauso wirksam und unmittelbar auswirkt wie die Nachfragesubstituierbarkeit. Dies setzt jedoch voraus, dass die Anbieter in Reaktion auf kleine, dauerhafte Änderungen bei den relativen Preisen in der Lage sind, ihre Produktion auf die relevanten Erzeugnisse umzustellen und sie <u>kurzfristig</u> auf den Markt zu bringen, <u>ohne spürbare Zusatzkosten oder Risiken</u> zu gewärtigen. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so üben die zusätzlich auf den Markt gelangenden Produkte auf das Wettbewerbsgebaren der beteiligten Unternehmen eine disziplinierende Wirkung aus. Dieses Ergebnis ist hinsichtlich Wirksamkeit und Unmittelbarkeit dem Nachfrage-Substitutionseffekt gleichwertig."

Ähnlich BGH, Beschl. v. 16.1.2007, KVR 12/06, WuW/E DE-R 1925 – *National Geographic II, mit* Anm. *Bien*, WuB (Wirtschafts- und Bankrecht) 8/2007, 545 – 546: "Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes sind auch Produkte einzubeziehen, die zwar mit anderen auf dem ins Auge gefassten Markt angebotenen Produkten nicht funktionell austauschbar sind, die aber die Grundlage dafür bieten, dass ihr Hersteller bei Vorliegen günstiger Wettbewerbsbedingungen jederzeit sein Sortiment umstellen und ein Konkurrenzprodukt anbieten könnte. Eine solche <u>Angebotsumstellungsflexibilität</u> kann jedoch nur angenommen werden, wenn die Umstellung <u>kurzfristig</u> und mit <u>wirtschaftlich vertretbarem Aufwand</u> erfolgen kann."

Bsp.: Sachlich relevanter Produktmarkt: Lesermarkt der populären Wissensmagazine wie Geo, PM, National Geographic. Frage: Sind die großen Tages- und Wochenzeitungen in die Marktabgrenzung einzubeziehen, weil sie theoretisch in der Lage wären, ebenfalls ein populäres Wissensmagazin zu produzieren? Lautet die Antwort nein (so der BGH in seinem Beschluss National Geographic II), kommt immer noch eine Berücksichtigung der poten-

14

¹⁰ Siehe auch BGH, Beschluss vom 4.3.2008, KVR 21/07 - Soda-Club II, WuW/E DE-R 2268: "Der [SSNIP-]Test ist wenig aussagekräftig, wenn - wie häufig bei der Prüfung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung - nicht gewährleistet ist, dass der Ausgangspreis unter Wettbewerbsbedingungen zustande gekommen ist." (aus dem zweiten Leitsatz).

tiellen Wettbewerber (hier: Tageszeitungen) im Rahmen der Feststellung der Marktbeherrschung in Betracht. Auf diese Weise kommt es letztlich ebenfalls zu einer günstigeren Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse für die interessierten Unternehmen.

2. Räumlich relevanter Markt

Eine Legaldefinition des räumlich relevanten Marktes findet sich in Art. 9 Abs. 7 FKVO:

"Der <u>räumliche Referenzmarkt</u> besteht aus einem Gebiet, auf dem die beteiligten Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen auftreten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend <u>homogen</u> sind und das sich von den benachbarten Gebieten <u>unterscheidet</u>; dies trifft insbesondere dann zu, wenn die in ihm herrschenden Wettbewerbsbedingungen sich von denen in den letztgenannten Gebieten deutlich unterscheiden. Bei dieser Beurteilung ist insbesondere auf die Art und die Eigenschaften der betreffenden Waren oder Dienstleistungen abzustellen, ferner auf das Vorhandensein von <u>Zutrittsschranken</u>, auf <u>Verbrauchergewohnheiten</u> sowie auf das Bestehen erheblicher <u>Unterschiede</u> bei den Marktanteilen der Unternehmen oder auf nennenswerte <u>Preisunterschiede</u> zwischen dem betreffenden Gebiet und den benachbarten Gebieten."

In Betracht kommen u. a. regionale Märkte; Märkte, die das Territorium eines Mitgliedstaats umfassen; Märkte, die eine Gruppe von Mitgliedstaaten umfassen (z. B. Benelux, Deutschland/Österreich); die Europäische Union; der Weltmarkt.

Zwei Arten von Kennzeichen für die Abgrenzung des geographischen Referenzmarktes:

a) Indikatoren für das Bestehen getrennter Märkte:

Erhebliche Unterschiede bei den Marktanteilen, Verkaufs- und Produktionspreisen, dem Markenangebot zwischen verschiedenen Gebieten sowie die Existenz unterschiedlicher Vertriebsnetze und Produktionsstätten in einer Vielzahl von Mitgliedsstaaten oder Regionen.

b) Mögliche Ursachen für die räumliche Fragmentierung von Märkten (*Bien*, EWS 2005, 9 – 15)

Verbrauchergewohnheiten (unterschiedliche Qualitäten von Toilettenpapier auf den britischen Inseln einerseits und dem Kontinent andererseits), topographisch-klimatische Bedingungen (*Volvo/Scania*: unterschiedliche Lkw-Präferenzen in skandinavischen Ländern einerseits, in Mitteleuropa andererseits; *K+S/Solvay/JV*: geringe wirtschaftliche Bedeutung von Auftausalzen in Griechenland); sprachliche Barrieren (Bücher), unterschiedlich hohe Transportkosten (*K+S/Solvay/JV*: Salzlieferungen per Schiff anstatt per Lkw nach Skandinavien) und Marktzutrittsschranken. Unter letztere fallen u. a.

- regulatorische Schranken beim öffentlichen Auftragswesen,

- Preisvorschriften,
- den Handel oder die Produktion einschränkende Kontingente und Zölle,
- technische Normen,
- staatliche Monopole,
- Regelungen über die Niederlassungsfreiheit,
- Erfordernisse hinsichtlich behördlicher Genehmigungen,
- Verpackungsvorschriften,
- Zugangsbedingungen zu den Vertriebswegen und Kosten der Errichtung eines Vertriebsnetzes

3. Sekundärmärkte im Besonderen

Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (97/C 372/03)

(56) In einigen Bereichen hat die Anwendung der erläuterten Grundsätze besonders sorgsam zu erfolgen, zum Beispiel bei primären und sekundären Märkten, insbesondere wenn das Verhalten von Unternehmen zu einem bestimmten Zeitpunkt gemäß Artikel 86 untersucht werden muß. Die Methode zur Abgrenzung der Märkte in diesen Fällen ist im Wesentlichen dieselbe, d. h., es geht darum, zu beurteilen, wie sich Änderungen bei den relativen Preisen auf die Kaufentscheidungen der Kunden auswirken, allerdings auch unter Berücksichtigung von Substitutionsbeschränkungen, die von Gegebenheiten auf den verbundenen Märkten bewirkt werden. So kann es zu einer engen Abgrenzung des Marktes für sekundäre Produkte wie Ersatzteile kommen, wenn die Kompatibilität mit dem Primärprodukt wichtig ist. Ist es schwierig, kompatible Sekundärprodukte zu finden, und sind die Primärprodukte teuer und lange haltbar, so kann es gewinnträchtig sein, die relativen Preise der Sekundärprodukte zu erhöhen. Sind die Sekundärprodukte dagegen leicht substituierbar oder sind die Primärprodukte so geartet, daß die Verbraucher rasch und direkt auf steigende relative Preise bei den Sekundärprodukten reagieren können, so ist der Markt unter Umständen anders abzugrenzen.

Bsp.: Drucker/Toner; Rasierapparat/Rasierklinge; Pkw/Ersatzteile

Kontrolle des Sekundärmarktes (abgeleiteten Marktes) häufig durch Immaterialgüterrechte (Patente, Designschutz)

Mögliche Perspektiven auf das Phänomen:

- Monopolthese
- Systemmarktthese
- Vermittelnde Ansicht: Berücksichtigung des Wettbewerbs auf dem Primärmarkt bei der Beurteilung der Marktbeherrschung auf dem – gesondert abgegrenzten – Sekundärmarkt.

BGH, Urt. v. 26.10.1972, KZR 54/71, GRUR 1973, 277, Registrierkassen

BGH, Beschl. v. 04.03.2008, KVR 21/07, WuW/E DE-R 2268 – Soda Club II

EuG, Urt. v. 15.12.2010 - Rs. T-427/08, Slg. 2010, II - 05865 - CEAHR/Kommission

Bsp.: Besprudelungsgeräte¹¹

Das Unternehmen S-C produziert und vertreibt in Deutschland Besprudelungsgeräte. Mit diesen Geräten kann Sprudelwasser selbst hergestellt werden, indem Leitungswasser mit Kohlensäure versetzt wird. Während das Besprudelungsgerät, das in der Anschaffung etwa 100 EUR kostet, über viele Jahre nutzbar ist, handelt es sich bei dem Zylinder um ein Verbrauchsgut. Er muss ausgetauscht werden, sobald er leer ist. S-C erzielt den größten Teil seines Umsatzes mit der Befüllung dieser Zylinder. S-C unterhält ein bundesweites Vertriebsnetz mit Annahmestellen, bei denen der Kunde leere Kohlensäurezylinder gegen gefüllte umtauschen kann. Die Zylinder überlässt Soda-Club jedoch nur mietweise.

Der Verbraucher V ärgert sich, dass die Preise für das Nachfüllen der Zylinder innerhalb der letzten fünf Jahre, in denen er den Besprudler verwendet, von 5 auf 15 EUR für jeweils etwa 60 Liter Sprudelwasser gestiegen sind.

Das Unternehmen D wurde von S-C im Hinblick auf sein Eigentumsrecht abgemahnt, weil es, ohne autorisierter Vertriebspartner zu sein, S-C-Zylinder für 8 EUR befüllt hatte.

Es ist davon auszugehen,

- dass über 80 Prozent aller Besprudelungsmaschinen von dem Unternehmen S-C stammen,
- dass Eigentümer einer Besprudelungsmaschine des Unternehmens S-C in über 90 Prozent der Fälle auch Zylinder desselben Unternehmens verwenden und
- dass sämtliche Deutschen Wasser trinken. Etwa 20 Prozent der Bevölkerung trinkt überwiegend Leitungswasser. Von Ihnen nutzt die Hälfte eine Besprudelungsmaschine. Die übrigen 90 Prozent konsumieren überwiegend trinkfertiges Mineralwasser.

Das Bundeskartellamt überlegt, ob S-C marktbeherrschend ist und ob das Verhalten von S-C einen Missbrauch dieser marktbeherrschenden Stellung darstellt.

Bsp.: Schweizer Luxusuhren¹²

braucher verkaufen und Reparaturen durchführen, beklagen sich bei der Europäischen Kommission, dass verschiedene Schweizer Uhrenmacher, u. a. The Swatch Group SA, die Richemont International SA, die Rolex, SA und die Patek Philippe SA sich weigern, sie mit Ersatzteilen für die Reparatur von Luxus- und Prestigeuhren zu beliefern. Damit würden sie gezwungen, die verkauften Uhren im Falle eines Defekts an die Hersteller

Unabhängige Uhrmacher aus verschiedenen EU-Mitgliedsstaaten, die Uhren an Endver-

-

¹¹ Originalaufgabe aus der Abschlussklausur Kartellrecht II im SoSe 2016.

¹² Der Fall ist angelehnt an das Urteil des EuG v. 15.12.2010 – Rs. T-427/08. Es handelt sich um eine Originalausgabe aus der studienabschließenden Klausur im SPB 8 im SoSe 2021.

einzuschicken, die die teuren Reparaturen dann selbst vornehmen. Die Schweizer Uhrmacher vertreiben ihre Uhren über autorisierte Fachhändler, darunter die beschwerdeführenden Uhrmacher.

Die Kommission hat folgende Feststellungen getroffen:

- Die wesentliche Funktion einer Uhr, d. h. die Zeitmessung, wird von Uhren zu einem Preis von etwa 25 Euro völlig und mit Genauigkeit erfüllt.
- Gehen günstige Uhren kaputt, werden sie einfach durch eine andere Uhr ersetzt. Demgegenüber wird die Reparatur von Uhren in dem von der Beschwerde der Uhrmacher betroffenen Preissegment (Neupreis: 1.500 bis 4.000 EUR) von den Verbrauchern ganz überwiegend als lohnend angesehen.
- Viele Ersatzteile unterscheiden sich bei jedem Hersteller von Schweizer Uhren im Hinblick auf Größe und Design sowie auf weitere Faktoren erheblich und können nicht durch die für die Uhren eines anderen Herstellers entwickelten Teile ersetzt werden.
- Die Gesamtkosten für Reparatur und Wartung von Luxus- und Prestigeuhren liegen auf einen Zeitraum von zehn Jahren gerechnet für die meisten Modelle bei unter 5 % des Kaufpreises für die neue Uhr. Außerdem ist der Preis für die Ersatzteile normalerweise in diesen Kosten enthalten, so dass er einen noch geringeren Prozentsatz des Kaufpreises für die neue Uhr ausmacht. Daraus schließt die Kommission, dass eine gemäßigte Erhöhung des Ersatzteilpreises ein Betrag bleibt, der im Vergleich zu dem Preis einer neuen Luxus- oder Prestigeuhr zu vernachlässigen ist. Die Käufer einer Uhr machen sich um die Kundendienst- und Reparaturkosten keine unmittelbaren und erstrangigen Gedanken.
- Es herrscht intensiver Wettbewerb zwischen den Herstellern sowohl von günstigen als auch von Luxus- und Prestigeuhren.

Die Schweizer Uhrenhersteller argumentieren demgegenüber, dass Erhöhungen der Preise für Reparaturen nicht gewinnträchtig seien, sofern sie nicht gleichzeitig die Preise für die Uhren selbst herabsetzen. Die Kunden, die bereits eine Luxusuhr besitzen, könnten nämlich einfach zu einer anderen Uhr wechseln, weil viele Luxus- und Prestigeuhren einen hohen Gebrauchtwert auf zahlreichen Second-Hand-Märkten hätten. Es fielen auch nur geringe Wechselkosten an, weil mit dem Wechsel des Uhrenfabrikats kein Aufwand wie Einarbeitung, Umstellung von Gewohnheiten, Installationen, Software usw. verbunden seien.

Die beschwerdeführenden Uhrmacher weisen demgegenüber darauf hin, dass Endverbraucher im Falle des Verkaufs der Uhr auf dem Second-Hand-Markt einen erheblichen Abschlag auf den Neupreis hinnehmen müssen. Die Differenz zwischen dem beim Verkauf erzielten und dem zur Anschaffung einer neuen Uhr gezahlten Preis übersteige den

Betrag, der sich durch günstigere Reparatur- und Wartungskosten sparen lässt, erheblich. Hinzu komme, dass eine Uhr nur dann zu einem vernünftigen Preis weiterverkauft werden könne, wenn sie sich in gutem Zustand befindet. Deshalb müsse der Verbraucher eine Uhr vor einem Verkauf grundsätzlich reparieren lassen.

- 1. Fertigen Sie eine Skizze der Marktstruktur!
- 2. Grenzen Sie die in Betracht kommenden Produktmärkte voneinander ab und benennen Sie die jeweils auf diesen Märkten tätigen Unternehmen! Begründen Sie Ihre Entscheidung!
- 3. Wie müsste der SSNIP-Test durchgeführt werden, um eine Antwort auf die Frage zu ergeben, ob (a) Ersatzteile für Uhren der Marke Rolex einen eigenen Produktmarkt oder ob vielmehr (b) Luxus- und Prestigeuhren den relevanten sachlichen Markt bilden?
- 4. Unterstellt, Hypothese (a) träfe zu: Welche Konsequenzen ergäben sich für die Frage, ob die Schweizer Uhrmacher gegen Art. 102 AEUV verstoßen? Eine gutachtliche Prüfung ist nicht erforderlich.

III. Marktbeherrschende Stellung

Grundlegend EuGH, Urt. v. 13.2.1979, Rs. 85/76, Slg. 1949, 461 – Hoffmann-La Roche

"4. Mit der beherrschenden Stellung im Sinne des Artikels 86 EWG-Vertrag [jetzt Art. 102 AEUV] ist die wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens gemeint, die dieses 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 den Verbrauchern gegenüber <u>unabhängig zu verhalten</u>. Eine solche Stellung schließt im Gegensatz zu einem Monopol oder einem Quasi-Monopol einen <u>gewissen Wettbewerb</u> nicht aus, versetzt aber die begünstigte Firma in die Lage, die Bedingungen, unter denen sich dieser Wettbewerb entwickeln kann, zu bestimmen oder merklich zu beeinflussen, jedenfalls aber weitgehend in ihrem Verhalten hierauf keine Rücksicht nehmen zu müssen, ohne dass es ihr zum Schaden gereichte."

1. Bedeutung der Marktanteile

Das europäische Kartellrecht arbeitet mit Richtwerten, die der Entscheidungspraxis der Gemeinschaftsgerichte und der Kommission entstammen. Sie werden flexibel gehandhabt. Der deutsche Gesetzgeber hat in § 18 Abs. 4 und 6 GWB Vermutungsregeln aufgestellt, die sich seit der 8. GWB-Novelle zum Teil an den Richtwerten des europäischen Kartellrechts orientieren.

Vermutung der beherrschenden Stellung bei Marktanteil von deutlich über
 40 % (s. a. § 18 Abs. 4 GWB)

- Zwischen 25 % und 40 % bedarf es für die Annahme einer marktbeherrschenden Stellung im Grundsatz zusätzlich eines entsprechenden Abstandes zum nächstliegenden Wettbewerber, wobei an dieses Erfordernis umso höhere Anforderungen zu stellen sind, je niedriger der Marktanteil ist.
- *Unterhalb von 25 %* Marktanteil ist die Annahme einer marktbeherrschenden Stellung regelmäßig sehr fernliegend; bei Marktanteilen *unter 10 %* ist diese Annahme praktisch ausgeschlossen.

2. Sonstige Faktoren

Auch diesbezüglich findet sich in § 18 Abs. 3 GWB eine Aufzählung von Faktoren, die neben dem bloßen Marktanteil für die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung relevant sein können, insbesondere:

- *Abstand zum nächsten Wettbewerber*: je größer der Abstand, je eher ist auch bei vergleichsweise geringem Marktanteil von einer beherrschenden Stellung auszugehen (siehe schon oben),
- *große Finanzkraft* mag Quersubventionierungen erlauben und potentielle Wettbewerber daher einschüchtern,
- hohe Marktzutrittsschranken (siehe schon oben) verringern für das Unternehmen die Gefahr potentiellen Wettbewerbs. Marktzutrittsschranken können die beherrschende Stellung daher verstärken.
- *Substitutionswettbewerb* (Produkte oder Dienstleistungen, die verschiedenen, jedoch verwandten Märkten zuzuordnen sind). Bei extremem Preisanstieg kann es zu Ausweichstrategien der Marktgegenseite kommen (Wechsel).
- *Marktgegenmacht* (z. B. großer Einzelhandelsketten als Nachfrager) verringert die Verhandlungsposition des Marktbeherrschers.

3. Kollektive Marktbeherrschung im Oligopol

Im GWB ausdrücklich geregelt in § 18 Abs. 6 GWB.

Art. 102 Abs. 1 S. 1 AEUV: "ein oder mehrere Unternehmen". Dazu EuG, Urt. v. 26.1.2005, Rs. T-193/02, Slg. 2005, II-209 Tz. 110 f. – *Piau/Kommission*:

"Der Begriff «mehrere Unternehmen» in Artikel 82 EG [jetzt Art. 102 AEUV] bedeutet, dass eine beherrschende Stellung von zwei oder mehreren rechtlich voneinander unabhängigen wirtschaftlichen Einheiten eingenommen werden kann, sofern sie in wirtschaftlicher Hinsicht auf einem bestimmten Markt gemeinsam <u>als kollektive Einheit</u> auftreten oder handeln (…).

Für eine kollektive beherrschende Stellung müssen <u>drei Voraussetzungen</u> zusammen erfüllt sein: <u>Erstens</u> muss jedes Mitglied des beherrschenden Oligopols das Verhalten der anderen Mitglieder in Erfahrung bringen können, um festzustellen, ob sie einheitlich vorgehen oder nicht; <u>zweitens</u> muss der Zustand der stillschweigenden Koordinierung auf Dauer aufrechterhalten werden können, d. h., es muss einen Anreiz geben, nicht vom gemeinsamen Vorgehen auf dem Markt abzuweichen; <u>drittens</u> darf die voraussichtliche Reaktion der tatsächlichen und potenziellen Konkurrenten sowie der Verbraucher nicht die erwarteten Ergebnisse des gemeinsamen Vorgehens in Frage stellen."

Geringe praktische Bedeutung, da Missbrauch (Ausbeutungsmissbrauch oder Behinderungsmissbrauch wie Kampfpreise mit Erfordernis des internen Verlustausgleichs) häufig auf vertraglicher oder tatsächlicher Abstimmung der Oligopolmitglieder beruhen wird und dann auch das Kartellverbot (Art. 101 AEUV) eingreift.

4. Marktmacht von Plattformen insbesondere

a) Digitale Plattformen - Definition

"Intermediäre, die die unmittelbare Interaktion von zwei oder mehr Nutzerseiten ermöglichen." (Bundeskartellamt, 2016)

b) Ökonomische Besonderheiten digitaler Plattformen

- o Große Dynamik digitaler Geschäftsmodelle
- o Höhere Markttransparenz aufgrund von Preisvergleichen
- o Flexiblere und dynamischere Verkaufs- und Preisfindungsmechanismen
- Skaleneffekte
- Direkte und indirekte Netzwerkeffekte
 - Direkte Netzwerkeffekte: Je mehr Nutzer eines Dienstes, desto größer der Nutzen für den einzelnen Nutzer
 - o *Indirekte Netzwerkeffekte:* Je mehr Nutzer auf der einen Marktseite, desto größer der Nutzen für die andere Seite.
- o Asymmetrische Preisgestaltung

c) Berücksichtigung ökonomischer Besonderheiten von Plattformmärkten im Rahmen der Beurteilung ihrer Marktstellung

(1) Marktabgrenzung

Der Gesetzgeber der 9. GWB-Novelle 2017 hat klargestellt, dass die Unentgeltlichkeit einer Leistung der Annahme eines Marktes im Sinne des Kartellrechts nicht entgegensteht, § 18 Abs. 2a GWB. Zu denken ist an kostenlose Dienstleistungen von Plattformen wie

Google Search (vgl. Entscheidung der Kommission vom 27.06.2017- Case AT.39740 — Google Search (Shopping)) oder das Buchen eines Hotels über eine Hotelbuchungsplattform. Das OLG Düsseldorf hatte bislang das Vorliegen eines kartellrechtlich relevanten Markts verneint, allerdings erklärt, dass Rückwirkungen Berücksichtigung bei der Beurteilung der Marktverhältnisse auf einer anderen Marktseite (z. B. Werbekunden oder Hotelunternehmen, die eine Provision pro Buchung bezahlen müssen) finden können (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9.1.2015 - VI Kart 1/14 (V) - HRS, Rn. 43).

(2) Bestimmung von Marktmacht

Der mit der 9. GWB-Novelle 2017 neu eingefügte § 18 Abs. 3a führt zusätzliche Marktbeherrschungsindikatoren bei mehrseitigen Märkten und Netzwerken auf, die neben den herkömmlichen Indikatoren berücksichtigt werden können:

- direkte und indirekte Netzwerkeffekte:
 - Netzwerkeffekte: Effekte, bei denen der Nutzen eines Gutes von der Nutzerzahl abhängt
 - Direkte Netzwerkeffekte: Effekte innerhalb eines Marktes oder einer Marktseite. Je mehr Nutzer eines Dienstes, desto größer der Nutzen für den einzelnen Nutzer (z. B. Telefon, Google Navigation)
 - Indirekte Netzwerkeffekte: Effekte zwischen unterschiedlichen Marktseiten. Je mehr Nutzer auf der einen Marktseite, desto größer der Nutzen auf der anderen Seite.
 - z. B. Dating-Plattformen: Nutzen für die männlichen Nutzer ist abhängig von Zahl der weiblichen Nutzer
- parallele Nutzung mehrerer Dienste und der Wechselaufwand für die Nutzer: Hoher Wechselaufwand verringert die Attraktivität, auch andere Plattformen zu nutzen und kann eine marktbeherrschende Stellung daher verstärken. Umgekehrt kann das Phänomen des Multihoming die Marktmacht einzelner Anbieter begrenzen.
- *Größenvorteile im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten:* Ob der Vorsprung einer Plattform aufgeholt werden kann, ist auch anhand von Größenvorteilen im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten zu beurteilen.
- *Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten:* Die Marktstellung eines Unternehmens kann erheblich von seinem Zugang zu Daten beeinflusst werden, insbesondere bei datenbasierten Angeboten. Eingeschränkte Möglichkeiten von Wettbewerben, eine vergleichbare Datenmenge zu sammeln, kann die Marktmacht eines beherrschenden Unternehmens weiter steigern.

- innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck: Wettbewerbsdruck auf Grund der Innovationskraft internetbasierter Angebote beinhaltet die Möglichkeit "disruptiver Veränderungen", die eine starke Marktposition angreifen können.

Zusätzlich ordnet § 18 Abs. 3b GWB, eingeführt im Jahr 2021 mit der 10. GWB-Novelle, an, dass sog. Intermediationsmacht zu berücksichtigen ist, die sich dadurch auszeichnet, dass eine Plattform wichtig für den Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten ist.

IV. Missbräuchliche Verhaltensweise

1. Ausbeutungsmissbrauch und weitere Regelbeispiele des Art. 102 Abs. 2 AEUV

a) Grundlagen

Ausbeutungsmissbrauch Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV: erstes Regelbeispiel für Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung: "unmittelbare oder mittelbare Erzwingung von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen"

- Ziel des **Verbraucherschutzes**, Verhinderung der Fehlallokation von Ressourcen, Deadweight loss.
- Maßstab und Instrument: Gewährleistung von Wettbewerb.
- Unangemessene Preise als Symptome für Missbrauch.¹³
- US Antitrustrecht: Section II Sherman Act erfasst exzessive Preise nicht, an Stelle des Kartellrechts tritt teilweise (Preis-)Regulierung.
- Marktkräfte sind grundsätzlich besser als Kartellbehörden in der Lage, Fehlentwicklungen zu korrigieren.
- Preisüberhöhungskontrolle daher nur subsidiär, d.h. als "Notbehelf" gegenüber Maßnahmen, die auf eine Beseitigung struktureller Wettbewerbsprobleme abzielen. Die Praxis ist entsprechend zurückhaltend (auch in Europa und D), auch we-

_

¹³ Vgl. Möschel, JZ 1975, 393, 397ff.

gen praktischer Schwierigkeiten. **Maßnahmen zum Schutz des Restwettbewerbs** (Verhinderung von Behinderungsmissbräuchen) stehen daher im Vordergrund.¹⁴

- Sonderfall: "United Brands"¹⁵ (siehe Sachverhalt sogleich unten),
- Weitere Fälle:
 - o "British Leyland" und "General Motors" (gesetzliche Monopolstellung, zusätzliche Errichtung von Binnenmarkthindernissen).
 - Liberalisierte Sektoren (Post und Telekommunikation), z. B. Deutsche Post AG (Aufhaltung grenzüberschreitender Postsendungen) und ITT Promedia.

b) Maßstäbe für die Preisangemessenheit

EuGH, United Brands: Preishöhenmissbrauch ist ein Verhalten, mit dem der Inhaber einer marktbeherrschenden Stellung "die sich daraus ergebenden Möglichkeiten benutzt hat, um geschäftliche Vorteile zu erhalten, die er bei einem normalen und hinreichend wirksamen Wettbewerb nicht erhalten hätte".¹6

Konkreter Maßstab: Preis, "der in keinem angemessenen Verhältnis zu dem wirtschaftlichen Wert der erbrachten Leistung steht".¹⁷

- Methode: Vergleich des Verkaufspreises mit den Gestehungskosten (in Praxis aber unbedeutend).
- Methoden in Anwendungspraxis: **Vergleich** mit auf anderen (sachlichen, räumlich oder zeitlichen) Märkten oder zu einem anderen Zeitpunkt von dem betreffenden Unternehmen oder anderen Unternehmen praktizierten Preisen.

c) Feststellung der Unangemessenheit anhand der Gestehungskosten (Kosten-Preis-Analyse)

(1) Gewinnspannenbegrenzung bei Sonderrechtsinhabern

¹⁴ ZB V. EG-Kom.-Wettbewerbsbericht 1975, RdNr. 76; XXIV. EG-Kom.-Wettbewerbsbericht 1994, RdNr. 207; XXVII. EG-Kom.-Wettbewerbsbericht 1997, RdNr. 77 – Verfahren Deutsche Telekom; *Martinez Lage/Allendesalazar*, 2003 European Competition Law Annual, 325, 327; *Haag/Klotz*, Competition Policy Newsletter 1998/2, 35, 38.

¹⁵ EuGH, Urt. v. 14.02.1978, 27/76, Slg. 1978, 207, RdNr. 249 – United Brands.

¹⁶ EuGH, Urt. v. 14.02.1978, 27/76, Slg. 1978, 207, RdNr. 249 – United Brands.

¹⁷ EuGH, Urt. v. 14.02.1978, 27/76, Slg. 1978, 207, RdNr. 250 – United Brands; davor schon EuGH, Urt. v. 13.11.1975, 26/75, Slg. 1975, 1367, RdNr. 11 f. – General Motors.

- EuGH, "Centre d'insémination de la Crespelle"18
- EuGH, Deutsche Post/GZS und Citicorp¹⁹
- BGH, "Wasserpreise Calw".20

Erzielung von Gewinnen ist auch Sonderrechtsinhabern nicht verboten. (EuGH, UPS)

(2) Verrechnung nicht aufgelaufener Kosten

Kommission, General Motors (Berechnung der Gebühr für Typenzulassung)

Kommission, Hachette (refundierte Umsatzsteuer)

Kommission, "Duales System Deutschland" (Gebühr für Zeichennutzung, ohne tatsächliche Inanspruchnahme)

- (3) Berücksichtigungsfähige Kosten für Vergleich mit Preis
- Vergleichsmaßstab: Kosten eines (hypothetischen) **effizienten Wettbewerbers oder tatsächliche** Kosten des möglicherweise wenig effizienten **Marktbeherrschers?**
- Amortisationszeitraum bei fixkostenintensiven Produkten und Leistungen?
- Mehrproduktunternehmen: Berücksichtigung von Gemeinkosten?

d) Angemessenheitsprüfung anhand von Preisvergleichen

(1) Vergleich mit den vom selben Unternehmen auf anderen Märkten, gegenüber anderen Kunden, oder zu einem früheren Zeitpunkt praktizierten Preisen (Vergleichsmarktkonzept)

Durchschnittspreis oder niedrigster irgendwo praktizierter Preis maßgeblich?

Kommission, "British Leyland" (Konformitätsbescheinigungen für importierte Fahrzeuge mit Linkslenkung)

(2) Vergleich mit von anderen Unternehmen praktizierten Preisen (Konkurrenzpreiskonzept)

¹⁸ EuGH, Urt. v. 05.10.1994 - C-323/93, Slg. 1994, I-5077 - "Centre d'insémination de la Crespelle"

¹⁹ EuGH, Urt. v. 10.02.2000 - C-147/97, C-148/97, Slg. 2000, I-825 - Deutsche Post/GZS und Citicorp

²⁰ BGH, Urt. v. 15.5.2012 - KVR 51/11, NZKart 2013, 34 - Wasserpreise Calw

Bsp.: EuGH, Urt. v. 14.2.1978, 27/76, Slg. 1978, 207 "United Brands"21:

Die United Brands Company mit Sitz in New Jersey (USA) und ihre niederländische Tochtergesellschaft United Brands Continentaal BVU hielten im wegen der besonderen Eigenschaften des Obstes gesonderten Markt für Bananen in den EWG-Mitgliedsstaaten Deutschland, Dänemark, Irland, den Niederlanden und der belgisch-luxemburgischen Wirtschaftsunion (BLWU) eine marktbeherrschende Stellung. United Brands (UBC) verschiffte ihre Bananen über den Atlantik, lud sie in mehreren europäischen Häfen ab und verkaufte sie an zugelassene Reiferei-/Vertriebsunternehmen aus verschiedenen Mitgliedstaaten.

UBC verbot durch die Verwendung einer in ihren allgemeinen Verkaufsbedingungen enthaltene Klausel ihren Reifereien und Vertriebshändlern, ihre Bananen im grünen Zustand weiterzuverkaufen, auch wenn üblicherweise der Verkauf unter Zwischenhändlern in grünem Zustand erfolge.

Darüber hinaus berechnete UBC ihren Vertriebshändlern aus den verschiedenen Mitgliedstaaten beim Verkauf von Chiquita-Bananen ohne sachliche Begründung unterschiedliche Preise für gleichwertige Leistungen und Mengen. Diese Preisunterschiede konnten in manchen Wochen trotz identischer Leistungen 30 bis 50 % erreichen Die von UBC verkauften Bananen stammten von denselben Schiffen, sie wurden unter identischen Kosten in den Niederlanden gelöscht und die Preisunterschiede betrafen weitgehend identische Mengen von Bananen derselben Sorte, eines ähnlichen Reifegrades und praktisch gleicher Qualität.

Ferner wandte UBC laut der Kommission einigen ihrer Vertriebshändler gegenüber unangemessene Verkaufspreise mit Abweichungen bis zu 138 % an, die objektiv nicht gerechtfertigt seien. Jedoch hob der EuGH diesen Teil der Entscheidung der Kommission auf, mit der Begründung, dass die Argumentation und die Berechnungsgrundlage der Kommission zum Nachweis der Anwendung überhöhter Preise durch UBC verfehlt seien. Die Kommission sei von Preisen ausgegangen, die nur einige Monate lang angewendet wurden, um Zutritt zu einem Markt zu erhalten.

Schließlich stellte die UBC die Lieferung ihrer Chiquita-Bananen an einen ihrer Vertriebspartner, ein Reifereiunternehmen, mit der Begründung ein, dass es an einer Werbekampagne für Bananen einer Konkurrenzmarke mitgewirkt habe.

_

²¹ Angelehnt an eine - vereinfachte - Originalaufgabe aus der Abschussklausur Kartellrecht II (Sommersemester 2020).

e) Verschärfte Missbrauchsaufsicht über Strom- und Gasversorgungsunternehmen sowie Wasserversorgungsunternehmen gemäß §§ 29 und 31 Abs. 3 und 4 GWB

- Missbrauchsaufsicht auf Grundlage von § 19 GWB wurde als unzureichend empfunden (hohe Nachweisanforderungen durch OLG Düsseldorf).
- Netzentgeltregulierung (seit 2005) hat keine spürbaren Preissenkungen gebracht.
- Sondervorschriften, § 29 GWB ist nach vielen Verlängerungen nach derzeitigem Stand nur noch bis 31.12.2022 anwendbar (§ 186 Abs. 1 GWB 2017).
- Missbrauch steht (im Kartellverwaltungsverfahren) bereits fest, wenn Unternehmen höhere Entgelte oder ungünstigere Geschäftsbedingungen verlangt als andere Versorgungsunternehmen (erg.: auf derselben Markt- oder Wirtschaftsstufe).
- Unternehmen muss sich ggf. entlasten und nachweisen, dass Abweichung sachlich gerechtfertigt ist.
- Bsp.: BGH, 2.2.2010, WuW/E DE-R 2841 Wasserpreise Wetzlar (Landeskartellbehörde Hessen) und Bundeskartellamt, Berliner Wasserbetriebe, 4.6.2012 B 8-40/10.

f) Konditionenmissbrauch

Einen Unterfall des Ausbeutungsmissbrauchs stellt die Variante des Konditionenmissbrauchs dar. In Betracht kommt in erster Linie das in § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB vorgesehene Vergleichsmarktkonzept. Darüber hinaus kann die Unangemessenheit von Konditionen nach der Rechtsprechung des BGH im Fall VBL-Gegenwert II (Urteil vom 24.01.17 - KZR 47/14) auch anhand von Wertungen des Zivilrechts, etwa des AGB-Rechts, oder anhand einer grundrechtlichen Interessenabwägung überprüft werden (Generalklausel in § 19 Abs. 1 GWB). Das Bundeskartellamt erließ im Februar 2019 eine Abstellungsverfügung gegen das Unternehmen Facebook, nachdem sich dieses als Voraussetzung für die Nutzung seines Dienstes einen umfangreichen Spielraum bei der Verarbeitung von personenbezogenen Daten hatte einräumen lassen.²² Das Amt kam zum Ergebnis, dass Facebook seine marktbeherrschende Stellung gegenüber den Nutzern seines Dienstes missbrauchte und bediente sich dabei vor allem auch datenschutzrechtlicher Wertungen. Während das Amt vor dem OLG Düsseldorf unterlag, obsiegte es vor dem BGH, jeweils im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes.

g) Diskriminierung von Handelspartnern mit der Folge ihrer Benachteiligung im Wettbewerb (lit. c)

Bsp.: BKartA, Beschluss vom 19. Mai 2011 – B 3 – 139/10 – (Merck)

²² Bundeskartellamt, Beschluss vom 6.2.2019, B6-22/16 – *Facebook*, abrufbar unter https://www.bundes-kartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.html.

Die Merck KGaA stellt pharmazeutische und chemische Produkte her. Sie ist der führende Hersteller von Laborchemikalien in Deutschland mit einem Marktanteil von deutlich über 50 Prozent. Der weltweite Konzernumsatz des Unternehmens liegt bei mehreren Milliarden Euro und ein durchschnittlicher Händler von Laborchemikalien muss Merck-Produkte in seinem Sortiment führen um wettbewerbsfähig zu sein. Der mit Abstand größte Abnehmer von Merck-Produkten ist die europäische VWR International Europe byba, Zaventem/Belgien, ("VWR"), ein Teil der US-amerikanischen VWR-Gruppe, dem weltweit führenden Händler von Laborchemikalien. Die anderen Abnehmer Mercks sind kleinere Laborchemikalienhändler mit Umsätzen unter 100 Mio. Euro.

Im Jahr 2004 hatte Merck mit VWR einen Alleinbelieferungsvertrag für Laborchemikalien abgeschlossen. Mit Beschluss vom 14. Juli 2009 (B3-64/05) stellte das Bundeskartellamt fest, dass die Alleinbelieferung für bestimmte Gruppen der Laborchemikalien gegen Artikel 81 EGV [jetzt: Art. 101 AEUV] und die parallele deutsche Vorschrift § 1 GWB sowie gegen das Diskriminierungsverbot gemäß § 20 Abs. 1 und 2 GWB verstößt. Merck und VWR wurde untersagt, den Vertrag in der bisherigen Form weiter zu praktizieren. Das Bundeskartellamt hat Merck verpflichtet, nicht nur VWR, sondern den gesamten Laborchemikalienhandel direkt und diskriminierungsfrei mit den betroffenen Laborchemikalien zu beliefern.

Merck führte daraufhin ein neues Rabattsystem für die nicht mehr der Exklusivität unterliegenden Produktgruppen ein. Dieses Rabattsystem sieht einen gestaffelten Rabatt für die Abnehmer Mercks vor, der sich am Gesamtjahresumsatz eines Händlers mit Merck orientiert. Angesichts der stark divergierenden Umsätze, die die verschiedenen Händler mit Merck-Produkten erzielen, führt das Rabattsystem zu einer starken Spreizung der tatsächlich gewährten Rabatte. Der von VWR verlangte Preis liegt deutlich unter demjenigen, den die kleineren Konkurrenten von VWR zu entrichten haben.

Ist eine derartige Rabattstaffelung mit dem Wettbewerbsrecht vereinbar?

h) Weitere Regelbeispiele in Art. 102 Abs. 2 AEUV im Überblick²³

- Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen (lit. a)
- Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher (lit. b), z. B. Ausfuhrverbote; die Verpflichtung, die Ware nur in größeren Packungen weiterzuverkaufen; Verbot der Ausfuhr der Ware in einem bestimmen Zustand (Chiquita).
- Kopplung und Bündelung zum Zwecke der Ausbeutung (lit. d), z. B. BGH "Inter Mailand-Spiel" (BGHZ 101, 100): Faktisch Kopplung des Kartenverkaufs mit Spiel gegen Braunschweig (Tabellenletzter).

_

²³ In der Vorlesung nicht behandelt.

2. Nichtpreisbezogener Behinderungsmissbrauch

a) Geschäftsverweigerung und Essential facility – Doktrin insbesondere

- Grundsatz: Privatautonomie, nur ganz ausnahmsweise besteht Kontrahierungszwang (Zwang zum Vertragsschluss zu bestimmten Bedingungen).
- Geschäftsverweigerung kann verschiedene wettbewerbliche Implikationen haben, z. B.:
 - Abbruch von Geschäftsverbindungen zur Disziplinierung von Vertragspartnern, die Geschäfte auch mit Konkurrenten machen Bsp.: United Brands; BBI/Boosey and Hawkes
 - Verhinderung von Parallelhandel

 Bsp.: GlaxoSmithKline AEVE: Verweigerung von Lieferungen über eine gewisse Mindestliefermenge hinaus
 - Absatzbeschränkung iSv Art. 102 Abs. 2 lit. b AEUV zum Schaden der Verbraucher Bsp.: Magill TV (siehe unten)

Bsp.: Volvo/Veng und Renault/Maxicar:

In diesen Urteilen ging es um die Zulässigkeit der Ausübung von Geschmacksmusterrechten an Kraftfahrzeugkarosserieteilen gegenüber unabhängigen Herstellern. EuGH: Die Verweigerung der Erteilung einer Lizenz kann den Missbrauch einer durch das Schutzrecht abgeschirmten Machtposition bedeuten, u. a. durch Einstellung der Produktion der geschützten Ersatzteile, obwohl noch viele Fahrzeuge dieses Modells im Umlauf sind.

Bsp.: SABENA

Weigerung durch SABENA, dem Newcomer London European Airways einen Anschluss an ihr Reservierungssystem zu gestatten, was für Marktzutritt unerlässlich war, mit dem Ziel, in wettbewerbswidriger Weise Druck auf das Konkurrenzunternehmen auszuüben, sich u. a. den Preisen von SABENA anzuschließen.

- Leveraging insbesondere (siehe sogleich en détail):
- Einsatz der marktbeherrschenden Stellung, um auch auf einem **benachbarten Markt** eine dominante Stellung zu erlangen (leveraging). Begehungsweise: Geschäftsverweigerung.
- Dadurch enthält der Marktbeherrscher Mitbewerbern einen **Input vor,** der für den Auftritt auf dem verbundenen Markt **erforderlich** ist.

- Praktisch ist hierfür eine "Flaschenhalssituation" erforderlich:
 - **bewegliche Güter**, insbesondere Rohstoffe, Vor- und Zwischenprodukte, Komponenten)
 - **unbewegliche Güter,** insbesondere Infrastruktureinrichtungen wie Flug- und Seehäfen einschließlich einzelner Flughafeneinrichtungen wie Rampen für Bodenabfertigungsdienste²⁴, Betankungsanlagen oder Reservierungssysteme, außerdem Netzwerke, Produktionseinrichtungen und Übertragungsleitungen
 - **immaterielle** Güter, insbesondere geschütztes und nicht geschütztes Know-how sowie Informationen, zum Beispiel Schnittstelleninformationen betreffend die Verbindung von Software-Elementen in einem IT-Netzwerk²⁵.
- Magill-Kriterien: Missbräuchlichkeit ist zu bejahen, wenn
 - Rechteinhaber ein **selbst nicht angebotenes Erzeugnis**, nach dem eine potentielle **Verbrauchernachfrage** besteht, verhindert;
 - diese Weigerung durch die T\u00e4tigkeit der Rechteinhaber auf dem betroffenen Markt nicht gerechtfertigt ist und
 - der Rechteinhaber durch die Weigerung zur Erteilung von Lizenzen sich einen abgeleiteten Markt vorbehält, indem er jeden Wettbewerb auf diesem Markt ausschließt.
- Die explizite Regelung der Essential Facilities Doktrin im deutschen § 19 II Nr. 4 GWB enthält seit Inkrafttreten der 10. GWB-Novelle zudem einen besonderen Hinweis auf Daten, die ebenfalls unter den Begriff der wesentlichen Einrichtung zu subsumieren sein können. In der Literatur wird das Beispiel eines "Online-Meal-Planners" genannt, für den die entsprechende Applikation auf Daten von "smarten" Kühlschränken der Nutzer angewiesen ist.²⁶

Zu beachten sind spezialgesetzliche Regelungen für netzgebundene Industrien, z. B.

- § 20 EnWG: Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang zu Energieversorgungsnetze²⁷;
- 47 TKG: Anspruch auf Bereitstellung von Teilnehmerdaten.
- § 29 II PostG: Anspruch auf Zugang zu Adressänderungen.

Bsp.: EuGH, 6/73, 7/73, Slg. 1974, 223 "Commercial Solvents":

Das US-amerikanische Unternehmen Commercial Solvents Corporation (CSC) war der einzige Hersteller von Aminobutanol, einem wichtigen Vorprodukt zur Herstellung des Anti-Tuberkulose-Medikaments Etambutol. CSC erwarb die Mehrheit der Anteile an der

²⁴ Kom., ABl. 1998 L 72/30, Rn. 72-73 - Flughafen Frankfurt.

²⁵ Kom., COMP/C-3/37.792, Rn. 568-572 - Microsoft.

²⁶ Weber WRP 2020, 559, 561.

_

 $^{^{27}}$ Beachte dazu Vorrangregel, z. B. § 111 EnWG. Danach schließt die Missbrauchsaufsicht des EnWG über die Energienetze (insbes. §§ 17, 20 ff. EnWG) eine ergänzende Kontrolle nach § 19 GWB aus.

italienischen Firma Istituto, die als Wiederverkäuferin für den von CSC in den USA hergestellten Rohstoff in der EWG auftrat. Istituto belieferte seit 1966 das italienische Pharmaunternehmen Zoja, das Arzneimittelspezialitäten auf der Basis des CSC-Rohstoffs Aminobutanol herstellte, insbesondere auch Etambutol. Anfang 1970 begann Istituto ebenfalls mit der Herstellung und dem Vertrieb von Etambutol. Neben Zoja und der CSC-Istituto-Gruppe vertrieb im Wesentlichen nur noch die American Cyanamid Company über ihre Tochtergesellschaft Cyanamid Italia, Etambutol in der EWG.

Ende 1970 beschloss CSC, die Lieferung ihres Rohstoffs auf bereits eingegangene Bestellungen zu beschränken und lediglich Istituto für die Herstellung ihrer eigenen Arzneimittelspezialitäten, darunter Etambutol, weiter zu versorgen. Zoja versuchte, über Istituto den Rohstoff Aminobutol der CSC zu bestellen. CSC verweigerte jedoch die Belieferung und verbat dies auch Istituto.

Ein französisches Unternehmen unternimmt seit Aufkommen der Beschwerden von Zoja über das Verhalten der CSC-Istituto-Gruppe den Versuch, ein Susbstitut für Aminobutol herzustellen, mit dem zukünftig ebenfalls Embutal hergestellt werden soll. Außerdem produzieren zwei italienische Unternehmen bereits jetzt Embutal auf der Grundlage anderer Rohstoffe als Aminobutanol. Die entsprechende, sehr kostenintensive Produktion ist allerdings von bescheidenem Umfang und nur für den eigenen Bedarf der beiden Hersteller bestimmt.

Zoja hatte Etambutol in mindestens zwei Mitgliedsstaaten der EWG, wo Tuberkulose nur noch eine geringe Bedeutung spielt, ausgeführt, wenngleich 90 Prozent des hergestellten Etambutols außerhalb der EWG, insbesondere in Entwicklungsländern verkauft wurde.

Bsp.: EG-Kommission, ABIEG 1994, L 15 S. 8 "Sea Containers v. Sealink (Sealink II)":

Die Reederei Stena betrieb durch ihre Tochterunternehmen sowohl den Hafen von Holyhead in Wales als auch den Fährverkehr von diesem Hafen aus nach Irland. Die Unternehmung Sea Container wollte Fährdienstleistungen aus diesem Hafen nach Irland im Wettbewerb zu Stena aufnehmen. Unter Hinweis auf angebliche technische Schwierigkeiten und fehlende Kapazität verweigerte Stena den Zugang zum Hafen.

<u>Bsp.: EuGH, Urt. v. 06.04.1995, Verb. Rs. C - 241/91 P und C - 242/91 P, Slg. 1995 I, 743 - Magill TV Guide:</u>

Der Verlag Magill TV Guide Ltd. wurde zu dem Zweck gegründet, in Irland und Nordirland eine Wochenzeitschrift, den Magill TV Guide, zu veröffentlichen, die umfassend Informationen über alle für die Zuschauer in diesem Gebiet empfangbaren wöchentlichen Fernsehprogramme enthalten sollte. Bis dahin gab es einen solchen umfassenden wöchentlichen Programmführer nicht; jeder Fernsehveranstalter veröffentlichte eine eigene Zeitschrift, die ausschließlich die eigenen Programme enthielt. Unter Berufung auf den urheberrechtlichen Schutz der wöchentlichen Programmvorschauen nach den britischen und irischen Urheberrechtsgesetzen, verweigerten die Fernsehveranstalter die

ausführliche Wiedergabe und Veröffentlichung ihrer Programme durch Dritte. Ausübung eines nationalen Urheberrechts als Missbrauch im Sinne des Art. 102 AEUV (damals noch Art. 82 EG)?

<u>Bsp.: EuGH, Urt. v. 29.04.2004, C-418/01, Slg. 2004, I – 5039 = WRP 2004, 717 – IMS</u> <u>Health/Kommission:</u>

Das Unternehmen IMS Health ist Marktbeherrscher in der Sammlung von Daten über Verkäufe pharmazeutischer Produkte. Es unterteilt Deutschland in 1860 Verkaufszonen (sog. "Baukastensystem", urheberrechtlich geschützt). Sie bilden in der Pharmaindustrie den Standard für die Erfassung von Vertriebsstrukturen in Computerdatenbanken. Eine Umstellung auf ein alternatives Erfassungsmodell würde hohe Kosten verursachen. Haben Wettbewerber von IMS Health einen Anspruch auf Lizenzerteilung für das Baukastensystem?

<u>Bsp.: BGH, Beschl. v. 11.12.2012, KVR 7/12, NJW 2013, 1095 = NZKart 2013, 160 – Fährha-</u> <u>fen Puttgarden II</u>

Scandlines ist Eigentümerin des Fährhafens Puttgarden auf der deutschen Insel Fehmarn und betreibt als einzige Anbieterin eine Fährverbindung auf der sog. Vogelfluglinie nach Rødby (Dänemark). Die norwegischen Unternehmen Eidsiva und Fosen beabsichtigen, im Rahmen eines Gemeinschaftsunternehmens einen stündlichen Fährdienst auf derselben Strecke zu betreiben. Zur Durchführung ihres Vorhabens sind sie auf die Mitbenutzung der bestehenden land- und seeseitigen Einrichtungen der Hafenanlage angewiesen, die Scandlines jedoch verweigert. Scandlines hält die Weigerung für gerechtfertigt, weil die Mitbenutzung des Fährhafens Puttgarden zumindest aus rechtlichen Gründen i. S. v. § 19 Abs. 2 Nr. 4 HS. 2 GWB [2013] unmöglich sei. Die im Rahmen der Hafenmitbenutzung geplanten Park- und Vorstauflächen seien derzeit dem Eisenbahnverkehr gewidmet und es sei nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vorauszusehen, dass dieses Hindernis durch eine eisenbahnrechtliche Entwidmung oder Planfeststellung beseitigt werden könne.

b) Abnehmerbindung

- Erfasst wird die Bindung sowohl von (industriellen) Endabnehmern als auch von Zwischenhändlern.
- In Betracht kommt stets auch ein Verstoß gegen Art. 101 AEUV (wettbewerbsbeschränkende Vertikalvereinbarung).
- Missbräuchlichkeit kommt unter zwei Gesichtspunkten in Betracht: Einschränkung der Wahlfreiheit des Abnehmers und – im Fall von Zwischenhändlern – der Endverbraucher

(Ausbeutungsmissbrauch) und Behinderung von Mitbewerbern durch Errichten von Marktzutrittshindernissen.

- Im Hinblick auf den Behinderungsaspekt spielt es keine Rolle, ob die Bindung dem Kunden **aufgezwungen** oder ob sie von diesem **freiwillig eingegangen** wurde.²⁸
- Spielarten der Bezugsbindung mit Abschottungspotential: vertragliche Exklusivbindung und bloß quantitative, aber am tatsächlichen Bedarf ausgelegte **Mindestabnahmeverpflichtung**.²⁹ Außerdem: **rechtlicher** (vertraglicher) oder **faktischer** Zwang.

<u>Bsp.: Kom., ABl. 1998 L 246/1, Rn. 270 – Van den Bergh Foods; bestätigt durch EuG, T-65/98, Slg. 2003, II-4653, Rn. 160 – Van den Bergh Foods:</u>

Den Händlern wurde die Verpflichtung auferlegt, die ihnen zur Verfügung gestellten Kühltruhen nur zur Aufbewahrung der von dem beherrschenden Lieferanten gelieferten Waren zu verwenden: Faktische Verpflichtung zum Exklusivbezug, da die Abnehmer im Regelfall nicht in der Lage oder nicht daran interessiert waren, noch eine weitere Kühltruhe im Verkaufslokal aufzustellen.

c) Kopplung und Bündelung (Tying and bundling)

Unterscheidungen der Kommission³⁰:

- (1) Kopplung (tying)
- (a) Technische Kopplung: Produkt A funktioniert nur mit dem komplementären Produkt B (z. B. Rasierer und Rasierklingen)
- (b) Vertragliche Kopplung: Produkt A wird nur unter der Bedingung verkauft, dass außerdem Produkt B abgenommen wird.
- (2) Bündelung (bundling)
- (a) Reine Bündelung (pure bundling): Produkte A und B werden nur im Paket verkauft.
- (b) Gemischte Bündelung (mixed bundling): Produkte A und B werden sowohl getrennt als auch im Paket verkauft. Der Paketpreis ist allerdings günstiger als Einzelpreis (z. B. Kameragehäuse mit passendem Objektiv).

²⁸ EuGH, 85/76, Slg. 1979, 461, Rn. 89 – Hoffmann-La Roche; EuG, T-128/98, Slg. 2000, II-3929, Rn. 170 – Aéroports de Paris.

²⁹ Kom., ABl. 1991 L 152/21, Rn. 8, 29 – Soda-Solvay.

_

³⁰ Kom., Prioritätenmitteilung, Rn. 46 ff. Beachte: In den Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (Sog. Nicht-horizontal-Leitlinien), ABl. 2008 Nr. C 265/6, übersetzt die Kommission die Begriffe "bundling and tying" mit "Kopplung und Bindung", Rn. 96 f.

Der MB setzt in der Regel das attraktive Produkt A ("Kopplungs- bzw. Bündelungsprodukt") ein, um den Umsatz mit dem Produkt B ("gekoppeltes bzw. gebündeltes Produkt") zu steigern. Damit kann es (potentiellen) Wettbewerbern den Zugang zu dem gekoppelten (gebündelten) Markt verschließen.

Bündelung und Kopplung können auch eine Form des Ausbeutungsmissbrauchs sein (Art. 102 Abs. 2 lit. d).

Bsp.: EuG, Urt. v. 17.09.2007, Rs. T – 201/04, Slg. 2007, II – 03601 - Microsoft/Kommission:

Microsoft entwickelt und vermarktet Software-Produkte. Mit den verschiedenen Versionen seines Betriebssystems Windows hat das Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für Client-PC-Betriebssysteme und auf dem Markt für Arbeitsgruppenserver-Betriebssysteme. Der von Microsoft ebenfalls entwickelte Windows Media Player ist technisch in Windows integriert und wird vorinstalliert mit jeder Version des Betriebssystems ausgeliefert.

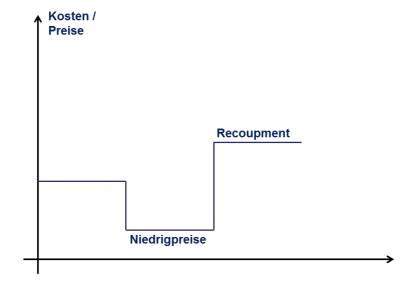
Vgl. auch die sog. Microsoft II-Entscheidung betreffend den Internet Explorer.

3. Preisbezogene Behinderungsmissbräuche

a) Grundlagen

Niedrigpreisstrategien können dazu dienen, Wettbewerber zu disziplinieren und vom Markt zu verdrängen. Die Missbräuchlichkeit hängt wesentlich davon ab, ob die praktizierten Preise kostendeckend sind oder nicht. Sind die Preise des Marktbeherrschers nicht kostendeckend, können Konkurrenzunternehmen – nicht zuletzt aufgrund ihrer geringeren Finanzkraft – in diesem Preiskampf nur begrenzte Zeit mithalten. Bleibt das marktbeherrschende Unternehmen im Zeitverlauf allein am Markt zurück, kann es die Preise so gestalten, dass nicht nur die während des Verdrängungskampfes entstandenen Verluste kompensiert, sondern auch Gewinne generiert werden (Überkompensation, "Recoupment").

(1) Ökonomische Rationalität von Kampfpreisen/Bedürfnis für kartellbehördliches Einschreiten?

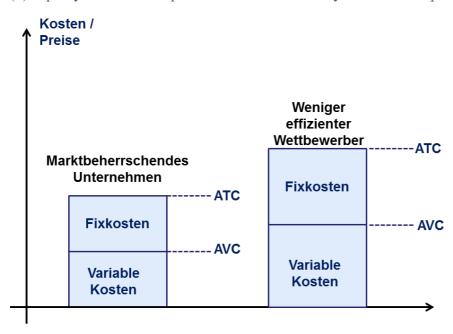


- **Gewinnmaximierung**: Preistheoretische Analyse unter der Prämisse unvollkommener Information
 - Verdrängung: Signalisierung von Leistungswettbewerb zum Ausschluss tatsächlicher Konkurrenten aus demselben Markt
 - Abschreckung: Suggerieren von schwacher Marktnachfrage und fehlenden Erfolgsaussichten, um potentielle Wettbewerber von einem Markteintritt abzuhalten
 - Disziplinierung: Aggressive Preispolitik in einem Markt als Strategie zur Verhinderung kämpferischen Verhaltens von Konkurrenten auf anderen Märkten (Bsp.: AKZO)
- **Umsatzmaximierung**: Ziel ist allein der Zugewinn bzw. die Sicherung von Marktanteilen ("buying market share pricing"-Theorie), der Ausgleich der anfänglichen Verdrängungsverluste spielt dagegen keine Rolle.
 - Private Unternehmen: Kurzfristige Steigerung des Marktwertes von Unternehmen (Erhöhung von Umsatzzahlen bzw. Kapitalstock), Erhöhung von Ansehen und Einkommen (leistungsbezogene Boni) der Geschäftsführung
 - Staatliche Unternehmen: Überwiegend politische Ziele (Sicherung des öffentlichen Versorgungsauftrags, Erhalt von Arbeitsplätzen)

(2) Kosten-Preis-Vergleiche

- Equally efficient competitor-Test: Könnte ein hypothetischer Wettbewerber, der die Kostenstruktur des marktbeherrschenden Unternehmens aufweist, aber nicht über dessen Marktmacht verfügt, kostendeckend am Markt agieren, wenn er die Preise des marktbeherrschenden Unternehmens verlangen würde?

(3) Equally efficient competitor- versus Reasonably efficient competitor-Test



Kommission, Prioritätenmitteilung: "Die Kommission wird nur dann tätig, um wettbewerbswidrige Marktverschließungen zu verhindern, wenn das fragliche Verhalten andere, genauso effiziente Wettbewerber wie das marktbeherrschende Unternehmen ("as efficient competitors") daran hindert bzw. bereits gehindert hat, am Wettbewerb teilzunehmen."³¹

Siehe schon EuGH, C-62/86, Slg. 1991 I-3439, Rn. 72, 74 - AKZO; EuGH, C-202/07 P, Slg. 2009 I-02369, Rn. 108 - France Télécom; EuGH, C-52/09, Slg. 2011 I-00527, Rn. 41 – Telia Sonera.

Begründung:

21

³¹ Kom., Prioritätenmitteilung Rn. 24.

- Von Marktbeherrscher kann Kenntnis der Kostendaten der Wettbewerber nicht verlangt werden. 32
- Es geht um Schutz des Wettbewerbs, nicht um den Schutz weniger effizienter Wettbewerber.

Anwendung des für das marktbeherrschende Unternehmen strengeren Reasonably efficient competitor-Maßstabs nur in Ausnahmefällen angezeigt:

- Wettbewerber braucht Zeit, um von möglichen Netz- und Lerneffekten zu profitieren, um so mittelfristig ein dem Marktbeherrscher ebenbürtiger Wettbewerber zu werden.³³

Dazu EuGH, Telia Sonera: "Insofern ist nicht auszuschließen, dass die Kosten und Preise der Wettbewerber für die Prüfung der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Preispolitik relevant sind. Das könnte insbesondere dann der Fall sein, wenn die Kostenstruktur des beherrschenden Unternehmens aus objektiven Gründen nicht klar erkennbar ist oder wenn die den Wettbewerbern erbrachte Leistung lediglich darin besteht, eine Infrastruktur zu nutzen, deren Herstellungskosten sich bereits amortisiert haben, so dass der Zugang zu dieser Infrastruktur für das beherrschende Unternehmen nicht mehr mit Kosten verbunden ist, die mit den Kosten ihrer Wettbewerber für diesen Zugang wirtschaftlich vergleichbar sind, oder wenn die besonderen Wettbewerbsbedingungen des Marktes es erfordern, weil z. B. die Höhe der Kosten des beherrschenden Unternehmens speziell auf den Wettbewerbsvorteil zurückzuführen ist, den die beherrschende Stellung diesem Unternehmen beschert."³⁴

(4) Kostenarten

Fixkosten - Kosten, die nicht mit der produzierten Menge variieren.³⁵ Beispiele sind Miete für Produktions- oder Lagerräume³⁶ sowie Kosten für die Nutzung eines Netzes³⁷.

³² Vgl. EuGH, C-62/86, Slg. 1991 I-3439, Rn. 74 - AKZO.

³³ Kom., Prioritätenmitteilung Rn. 24.

³⁴ EuGH, C-52/09, Slg. 2011, I-527, Rn. 45 – Telia Sonera.

³⁵ EuGH, C-62/86, Slg. 1991, I-3359, Rn. 71 – AKZO.

³⁶ O'Donoghue/Padilla 237.

³⁷ Schlussanträge, C-209/10, Rn. 34 – Post Danmark.

Grenzkosten ("marginal costs" – MC) - Kosten für die Produktion einer zusätzlichen Einheit an Output. Praktisch sehr schwer bestimmbar. Das gilt sogar für das produzierende Unternehmen selbst.

Variable Kosten ("variable costs") - Kosten, die mit der produzierten Menge variieren.³⁸ Bsp.: Rohstoffe, Energie, Kosten der Akquisition neuer Kunden.³⁹

Durchschnittliche variable Kosten ("average variable costs" – AVC) - Summe der variablen Kosten geteilt durch die Ausbringungsmenge.

Durchschnittliche vermeidbare Kosten ("average avoidable costs" – AAC) – "Mittel aus den Kosten, die ein Unternehmen hätte vermeiden können, wenn es darauf verzichtet hätte, eine abgesonderte Menge an (zusätzlichem) Output zu produzieren."⁴⁰

AAC sind (theoretisch) höher als AVC, in der Praxis aber nicht selten identisch mit ihnen, da zumindest kurzfristig nur die variablen Kosten vermieden werden können.⁴¹ Bsp.: Mietvertrag über eine Produktionshalle kann erst nach Ablauf bestimmter Fristen gekündigt werden.

Langfristige durchschnittliche Grenzkosten bzw. **Zusatzkosten** ("long-run average incremental costs" – LRAIC) - "Mittel aller (variablen und fixen) Kosten, die einem Unternehmen bei der Herstellung eines bestimmten Produkts entstehen"⁴². MaW: alle produktspezifischen Kosten, einschließlich der versunkenen Kosten (anders: AAC).

Durchschnittliche Gesamtkosten ("average total costs" – ATC) - Summe aller variablen und fixen Kosten, geteilt durch die Gesamtausbringungsmenge.⁴³ Im Falle von Einproduktunternehmen sind LRAIC und ATC identisch. Bei Mehrproduktunternehmen sind jedoch die ATC größer als die LRAIC, da Gemeinkosten in den LRAIC nicht enthalten sind.⁴⁴

Gemeinkosten ("common costs") - Kosten, die bei Mehrproduktunternehmen für mehrere oder alle Produkte anfallen und unverändert bleiben, wenn ein Produkt eingestellt

³⁸ EuGH, C-62/86, Slg. 1991, I-3359, Rn. 71 – AKZO.

³⁹ EuGH, C-202/07 P, Slg. 2009, I-2369, Rn. 78 – France Telekom.

⁴⁰ Kom., Prioritätenmitteilung Rn. 26 Fn. 2.

⁴¹ Kom., Prioritätenmitteilung, Rn. 26 Fn. 2.

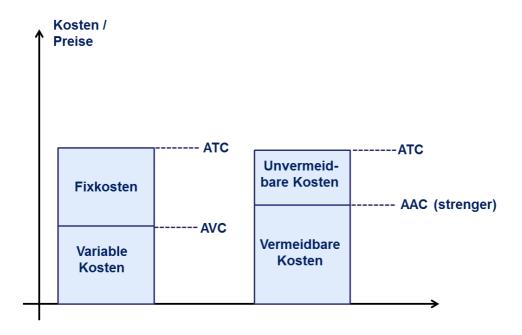
⁴² Kom., Prioritätenmitteilung, Rn. 26 Fn. 2.

⁴³ EuGH, C-62/86, Slg. 1991, I-3359, Rn. 72 – AKZO.

⁴⁴ Kom., Prioritätenmitteilung, Rn. 26 Fn. 2.

wird und deshalb nicht unmittelbar einem bestimmten Produkt zugerechnet werden können.

(5) Kostenmaßstäbe, insbesondere AKZO-Formel:



Entwickelt in Anlehnung an den von *Areeda/Turner* zu Section II Sherman Act entwickelten Test zur Feststellung von Kampfpreisen⁴⁵: "Preise, die **unter den durchschnitt-lichen variablen Kosten** (d. h. den Kosten, die je nach den produzierten Mengen variieren) liegen und mit deren Hilfe ein beherrschendes Unternehmen versucht, einen Konkurrenten auszuschalten, sind als missbräuchlich anzusehen. Ein beherrschendes Unternehmen hat nämlich nur dann ein Interesse, derartige Preise zu praktizieren, wenn es seine Konkurrenten ausschalten will, um danach unter Ausnutzung seiner Monopolstellung seine Preise wieder anzuheben, denn jeder Verkauf bringt für das Unternehmen einen Verlust in Höhe seiner gesamten Fixkosten (d. h. der Kosten, die ungeachtet der produzierten Mengen konstant bleiben) und zumindest eines Teils der variablen Kosten je produzierte Einheit mit sich.

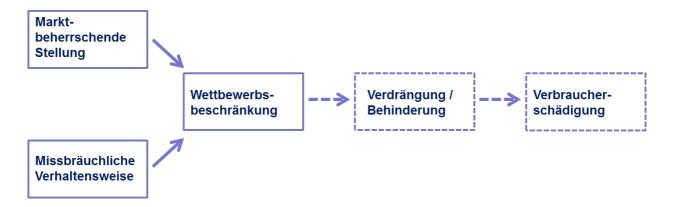
Auch Preise, die **unter den durchschnittlichen Gesamtkosten** - das heißt Fixkosten plus variable Kosten -, jedoch **über den durchschnittlichen variablen Kosten** liegen, sind als missbräuchlich anzusehen, wenn sie **im Rahmen eines Plans** festgesetzt wur-

_

⁴⁵ Areeda/Turner 88 Harvard L. Rev. 1974/75, 697.

den, der die Ausschaltung eines Konkurrenten zum Ziel hat. Diese Preise können nämlich Unternehmen vom Markt verdrängen, die vielleicht ebenso leistungsfähig sind wie das beherrschende Unternehmen, wegen ihrer geringeren Finanzkraft jedoch nicht dem auf sie ausgeübten Konkurrenzdruck standhalten können."⁴⁶

(6) Nachweisanforderungen



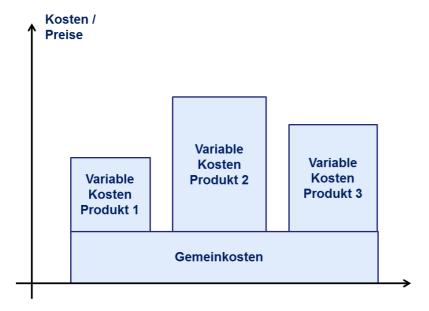
Der Nachweis, dass Niedrigpreispolitik eines marktbeherrschenden Unternehmens den Marktaustritt, die Disziplinierung oder die Abschreckung aktueller oder potentieller Wettbewerber bewirken kann, obliegt (ebenso wie der Nachweis einer entsprechenden Absicht und Ausrichtung) der Kartellbehörde oder dem privaten Kläger in einem nationalen Gerichtsverfahren. Nicht erforderlich ist, dass der tatsächliche oder unmittelbar bevorstehende Eintritt dieser Wirkungen nachgewiesen wird.⁴⁷ Es reicht vielmehr der Nachweis der (nicht bloß abstrakten) Eignung, diese Wirkung unter den gegebenen Marktbedingungen zu erzielen.⁴⁸

 46 EuGH, C-62/86, Slg. 1991, I-3359, Rn. 72 – AKZO; zuletzt EuG, T-340/03, Slg. 2007, II-107, Rn. 197 – France Télécom.

 $^{^{47}}$ EuG, T-24–26/93, T-28/93, Slg. 1996, II-1201, Rn. 149 – Compagnie maritime belge; EuG, T-219/99, Slg. 2003, II-5917, Rn. 297 – British Airways; bestätigt durch EuGH, C-95/04 P, Slg. 2007, I-2331 – British Airways.

⁴⁸ Vgl. Kom., ABl. 1985 L 374/1, Rn. 81-83 - AKZO.

(7) Gemeinkosten



Unterdeckung der Produktionskosten durch den Verkaufspreis kann sich auch daraus ergeben, dass der Preis die Kosten der (Mit-)Nutzung gemeinsamer Produktionseinrichtungen etc. nicht ausreichend reflektiert. Beispiele: Verwaltung, Telefon, Internet, Miete Büroräume.

Die Schwierigkeit liegt darin, Gemeinkosten den einzelnen Produkten zuzuordnen.

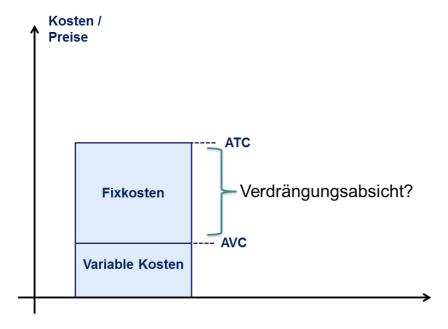
Vollkostenansatz: Es bedarf einer Zuordnung der Gemeinkosten nach bestimmten Kriterien wie Umsatz- oder Produktionsanteilen. Wirkt häufig willkürlich.

Stand-alone-Kosten: (fiktive) Kosten, die für die Produktion nur eines Gutes anfallen würden.

Echte und unechte Gemeinkosten:

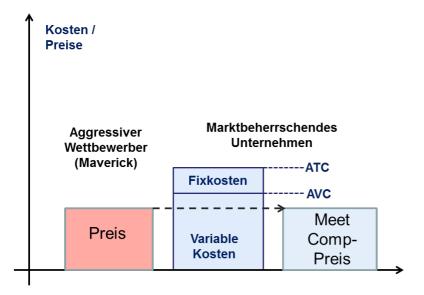
Beispiel: Postunternehmen benötigt für die Zustellung von Briefsendungen (Produkt 1) und Postwurfsendungen (Produkt 2) in der Stadt X fünf Briefträger. Die bloße Zustellung der Briefsendungen benötigt allein drei Briefträger. Damit handelt es sich bei der Differenz von zwei (zusätzlichen) Briefträgern für die Zustellung der Postwurfsendungen um unechte (den Postwurfsendungen zuzurechnende) Gemeinkosten.

(8) Verdrängungsabsicht



- Nachweis einer Verdrängungsabsicht kann ausschlaggebend sein bei Abgrenzung zwischen erlaubtem Leistungswettbewerb und unzulässigem Verdrängungswettbewerb (siehe oben "AKZO-Formel").
- Nachweis eines strategischen Plans zur Verdrängung, Disziplinierung oder Abschreckung aktueller oder potenzieller Wettbewerber kann direkt oder indirekt (d. h. durch Bezugnahme auf Begleitumstände etwa der Preissenkung erbracht werden:
 - Direkte Beweise: unternehmensinterne Dokumente (zB Emails, Protokolle, Vermerke) oder entsprechende Drohungen gegenüber den Wettbewerbern ("smoking gun").
 - Indirekte Nachweise: Begleitumstände wie Selektivität einer Maßnahme, beschränkt auf wichtige Kunden des Mitbewerbers, dadurch Verhindern des Erreichens einer "kritischen Masse" oder Erbringen eines finanziellen Opfers ("sacrifice") durch Marktbeherrscher.

(9) Rechtfertigung/Effizienzeinrede



- Rechtfertigung ist möglich, Beweislast aber beim Marktbeherrscher.
- (Ungeschriebene) Voraussetzungen ähneln denjenigen von Art. 101 Abs. 3 AEUV.

EuGH, Post Danmark I: "Unternehmen in beherrschender Stellung [hat] nachzuweisen, [1] dass die durch das betreffende Verhalten möglicherweise eintretenden Effizienzvorteile [2] wahrscheinlich negative Auswirkungen auf den Wettbewerb und die Interessen der Verbraucher auf den betroffenen Märkten ausgleichen, [3] dass diese Effizienzvorteile durch das genannte Verhalten erzielt worden sind oder erzielt werden können und dass dieses Verhalten für das Erreichen der Effizienzvorteile notwendig ist und [4] einen wirksamen Wettbewerb nicht ausschaltet, indem es alle oder die meisten bestehenden Quellen tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerbs zum Versiegen bringt."49

Beispiele:

- Generierung zusätzlicher Folgeeinnahmen (häufig auf einem anderen Markt) durch den für sich unter Umständen verlustbringenden Absatz von Waren oder Dienstleistungen (Bsp.: Zeitung: Lesermarkt und Anzeigenmarkt; Kreditkarteninhaber und die Nutzung von Kreditkarten gestattende Kaufleute; Nutzung einer kostenlosen Suchmaschine einerseits und Werbekunden des Suchmaschinenbetreibers andererseits). Weiteres Beispiel: Testverkäufe.

- "Meeting competition defense", d.h. die Reaktion auf die Preispolitik von Konkurrenzunternehmen (siehe Grafik).

⁴⁹ EuGH, C-209/10, Urteil v. 27.3.2012, Rn. 42 - Post Danmark. Arabische Ziffern vom Verf.

- Notwendigkeit einer Lagerräumung, insbesondere des raschen Verkaufs verderblicher Ware oder bestimmter Saisonartikel. Ausdrücklich geregelt in § 20 Abs. 3 S. 3 GWB betreffend Lebensmittel.

b) Kampfpreismissbrauch (Predatory Pricing)

Bsp.: Kommission WuW/E EU-V 1005 "Wanadoo Interactive"50:

Wanadoo, zum relevanten Zeitpunkt eine Tochtergesellschaft der France Télécom, bot auf dem französischen Markt den Zugang zu Breitbandleitungen (ADSL-Leitungen) an Endkunden an. Die Muttergesellschaft France Télécom war lange Zeit der einzige Anbieter des Vorleistungsprodukts für ADSL-Anschlüsse. In den Jahren 2001 und 2002 kam es zu einer dynamischen Entwicklung des Marktes für DSL-Dienste. In weniger als zwei Jahren verfünffachte sich die Zahl der Nutzer von Breitband-Internetzugängen. Aus Schriftstücken einer internen Präsentation von Juli 2000 auf Führungsebene von Wanadoo wird das Ziel für die folgenden beiden Jahre formuliert: "Vereinnahmung des ADSL-Markts [...] und Steigerung des Absatzes 2001, aber negative finanzielle Bilanz, Verlustpreise sind in Kauf zu nehmen". In einem weiteren internen Dokument aus dem Jahr 2000 heißt es: "Mit einem zu hohen Preis wird es uns schwerfallen, den Breitbandmarkt zu vereinnahmen. Wir sind bei den Preisen zu hoch positioniert. Unsere Konkurrenten werden bei den Preisen niedriger liegen."

Die Preise, die Wanadoo für seine Breitband-Internetzugangsdienste aufrief, lagen von März 2001 bis August 2001 unter den variablen Kosten und von da an bis Oktober 2002 zwar über den variablen, jedoch unter den Gesamtkosten. Das Unternehmen erlitt dadurch erhebliche Verluste.

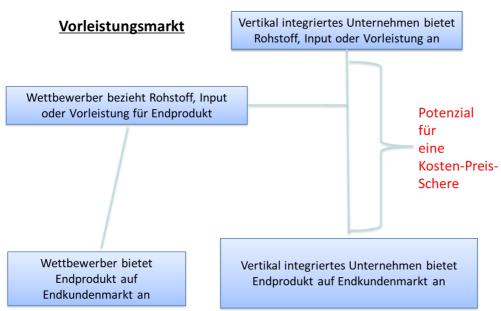
Anfang 2001 hielt Wanadoo auf dem Markt für Breitbandleitungen einen Anteil von 50 %, der bis Ende 2002 bis auf 70 % anstieg. Demgegenüber war Wanadoo auf dem Markt für Schmalbandleitungen gar nicht tätig, sodass sich für Breitband- und Schmalbandleitungen zusammengenommen ein Marktanteil von 20% für Wanadoo ergab.

Wanadoo bestätigt zwar, dass es "eher ADSL-spezifische audiovisuelle/multimediale Anwendungen" gibt, weil etwa das Herunterladen umfangreicher Dateien oder interaktive Online-Spiele mit einem Schmalbandanschluss gar nicht möglich sind. Letztlich dienten jedoch beide Anschlussarten dem Surfen im Internet und unterschieden sich lediglich in Bezug auf ihre Nutzerfreundlichkeit und Qualität. Wer einen Internetanschluss suche, könne sowohl mit einem Breitband- als auch mit einem Schmalbandanschluss glücklich werden. Wer die Anschaffung eines speziellen Breitbandmodems scheue und wen die Tatsache nicht störe, dass die aktive Internetverbindung die Telefonleitung belegt, könne auf die wesentlich kostengünstigere Variante der Schmalbandverbindung zurückgreifen.

⁵⁰ Originalaufgabe aus der studienabschließenden Klausur im SPB 8 – SoSe 2020.

Aufgabe: Es sei unterstellt, dass sich ein spanischer Anbieter von Internetzugangsdiensten, der erfolglos versucht hatte, in Frankreich tätig zu werden, bei der Kommission über das Verhalten von Wanadoo beschwert hat: Bereiten Sie die Entscheidung der Kommission vor, indem Sie das Verhalten von Wanadoo gutachtlich prüfen!

c) Kosten-Preis-Schere (Margin Squeeze) bzw. Geschäftsverweigerung



<u>Bsp.: Deutsche Telekom AG - EuGH, Urt. v. 14.10.2010, Rs. C-280/08 P, Slg. 2010, I-09555</u> (<u>Kosten-Preis-Schere</u>)⁵¹

Die Deutsche Telekom AG (DTAG) betreibt als traditionelles Telekommunikationsunternehmen in Deutschland das deutsche Telefonfestnetz. Vor der vollständigen Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte verfügte sie über ein gesetzliches Monopol bei der Bereitstellung von Telekommunikationsdienstleistungen im Festnetz an Endkunden. Seit Inkrafttreten des Telekommunikationsgesetztes (TKG) vom 25. Juli 1996 am 1. August 1996 ist sowohl der Markt für die Infrastrukturbereitstellung als auch der Markt für die Bereitstellung von Telekommunikationsdienstleistungen in Deutschland liberalisiert. Seither ist die DTAG auf beiden Märkten einem unterschiedlich hohen Grad an Wettbewerb durch andere Betreiber ausgesetzt.

_

⁵¹ Siehe zum Verfahren Deutsche Telekom außerdem: GA Mazák, Schlussanträge v. 22.04.2010, Rs. C-280/08 P; EuG, Urt. v. 10.04.2008, Rs. T-271/03, Slg. 2008, II-477 sowie Kommission, Entsch. v. 21.05.2003, ABl. 2003 L 263/9. Zur Kosten-Preis-Schere insbesondere: EuGH, Urt. v. 17.02.2014, Rs. C-52/09, Slg. 2011, I-00527 – TeliaSonera.

Die Ortsnetze der DTAG bestehen aus jeweils mehreren Teilnehmeranschlussleitungen zu den Endkunden. Der Ausdruck "Teilnehmeranschlussleitung" (TAL) bezeichnet die physische Verbindung, mit der der Netzendpunkt in den Räumlichkeiten des Teilnehmers an den Hauptverteilerknoten oder an eine gleichwertige Einrichtung im festen öffentlichen Fernsprechnetz angeschlossen wird (sog. letzte Meile).

Die DTAG bietet sowohl anderen Telekommunikationsbetreibern als auch Endkunden Zugang zu ihren Teilnehmeranschlussleitungen an. Hinsichtlich der Zugangsdienste und Entgelte der DTAG ist daher zwischen dem Ortsnetzzugang, den sie ihren Wettbewerbern zur Verfügung stellt (im Folgenden: Vorleistungszugangsdienste), und dem Ortsnetzzugang, den sie ihren Endkunden zur Verfügung stellt (im Folgenden: Endkundenzugangsdienste), zu unterscheiden. Die DTAG hat sowohl auf dem Vorleistungsmarkt für Zugangsdienste an Wettbewerber als auch auf dem Endkundenmarkt für Schmalbandzugangsdienste (analog) an Privatkunden eine marktbeherrschende Stellung.

I – Vorleistungszugangsdienste

Die DTAG ist seit Juni 1997 verpflichtet, ihren Wettbewerbern einen vollständig entbündelten Zugang zu den TAL zu gewähren. Infolge der mit dem Aufbau einer alternativen örtlichen Netzzugangsstruktur (z. B. eigene TAL, Glasfaser- oder Kabelnetz) verbundenen Kosten, sind insbesondere Anbieter, die bundesweit Telekommunikationsdienstleistungen erbringen wollen, auf das bereits bestehende und weit verzweigte Netz der DTAG angewiesen. Die Entgelte für die Vorleistungszugangsdienste (insbes. monatliche Miete für die Nutzung der TAL) unterliegen der vorherigen Genehmigung durch die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post⁵². Zwischen 1998 und 2001 betrug das (genehmigte) monatliche Entgelt für die Miete einer TAL 12 EUR.

II – Endkundenzugangsdienste

Die DTAG bietet ihren Endkunden einen analogen Zugang zum Teilnehmer-Festnetz an (T-Net)⁵³. Sie verlangte für diese Anschlussart eine monatliche Grundgebühr i. H. v. 11 EUR (1998) und 13 EUR (1999/2000).⁵⁴ Die Herstellung des Endkundenzugangs, einschließlich der Gebührenerfassung, Kundenbetreuung usw., kostet die DTAG monatlich durchschnittlich 1,50 EUR je Anschluss (= sog. produktspezifische Kosten).

1999 legten die Mannesmann Arcor AG & Co. sowie 14 lokale und regionale Festnetzbetreiber bei der Kommission Beschwerde gegen die DTAG ein. Sie machten im Wesentlichen geltend, dass die Marge zwischen den Entgelten, welche DT ihren Wettbewerbern für den entbündelten Zugang zu den TAL in Deutschland in Rechnung stellt, und den

⁻

⁵² Mit Übertragung der Zuständigkeit für die Energieregulierung (Strom und Gas) wurde die Regulierungsbehörde 2005 in "Bundesnetzagentur" umbenannt.

⁵³ Tatsächlich bot die DTAG neben dem analogen Anschluss auch noch einen digitalen Schmalbandzugang (T-ISDN) sowie Breitbandzugang (T-DSL) an. Zur Vereinfachung wird dies hier nicht berücksichtigt (vgl. auch die Anmerkung unter II b)).

⁵⁴ Tatsächlich unterlag die Preissetzung der DTAG auch auf dem Endkundenmarkt der Regulierung. Da der DTAG jedoch ein eigenständiger Preissetzungsspielraum innerhalb der regulierungsrechtlichen Entgeltvorgaben blieb, spielte dies im Ergebnis keine Rolle.

Entgelten, welche Endkunden für den Anschluss an das DT-Festnetz (analog) einrichten müssen, für sie nicht ausreicht, um beim Endkundenzugang über die Ortsnetze mit DTAG in Wettbewerb zu treten. Die Beschwerdeführer sahen darin den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung i. S. d. Art. 102 AEUV (= ex-Art. 82 EG).

d) Unzulässige Rabatt- bzw. Prämiensysteme

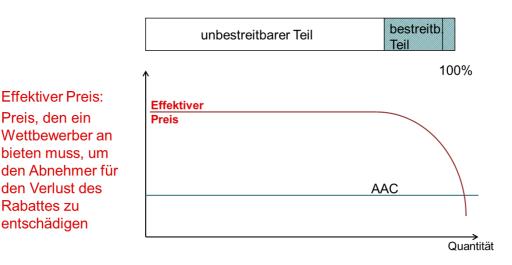
Im Zusammenhang mit Rabattsystemen zu prüfende <u>Missbrauchstatbestände</u> (MünchKommEUWettbR-*Eilmansberger/Bien*, 2020, Art. 102 AEUV Rdn. 706):

- **Unangemessene bzw. unbillige Geschäftsbedingungen** (Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV), insbesondere wegen deren Intransparenz (vgl. *Michelin II*),
- den Wettbewerb zwischen den Unternehmen der Marktgegenseite verfälschende Diskriminierung (Generalklausel Art. 102 Abs. 1 AEUV bzw. in der Variante der Ausbeutung der Handelspartner Art. 102 Abs. 2 lit. c AEUV, siehe sogleich unten British Airways),
- Verstoß gegen das **Koppelungsverbot**, insbesondere, wenn die Gewährung des Rabatts davon abhängig gemacht wird, dass die Marktgegenseite Produkte bezieht, die auf anderen Märkten angeboten werden (Art. 102 Abs. 2 lit. d AEUV, vgl. *Hoffmann-LaRoche*).
- **Behinderung** durch Marktabschottung (siehe sogleich unten *British Airways*) hier im Fokus der Betrachtung,

Theoretisch ist es möglich, die etwaige marktverschließende Wirkung eines Rabattsystems mithilfe eines **Kosten-Preis-Vergleichs** nachzuweisen. Die besondere Schwierigkeit solcher Kosten-Preis-Vergleiche in Rabattfällen liegt in der Notwendigkeit, die Kosten des Marktbeherrschers mit dem von ihm verlangten "**effektiven Preis**" zu vergleichen. Es geht darum, den Preis zu bestimmen, den ein Wettbewerber unterbieten müsste, um einen Kunden des Marktbeherrschers für den Rabattverlust zu entschädigen, den er erleidet, wenn er einen Teil seiner Nachfrage, die sog. relevante Menge, nicht beim Marktbeherrscher, sondern bei ihm, dem Wettbewerber, deckt. Ist dieser "effektive" Preis nicht kostendeckend, kann eine Sogwirkung entstehen, mit der eine Verdrängung von kleineren Wettbewerbern einhergeht. Durchgeführt hat die Kommission solchen Vergleich zwischen dem effektiven Preis, den der Marktbeherrscher für den bestreitbaren Teil der Nachfrage verlangt, und seinen Kosten, im Fall INTEL. 16

 $^{^{\}rm 55}$ Kom., Prioritätenmitteilung Rn. 41.

⁵⁶ Kommission, Entscheidung v. 13.9.2009 - Comp./C-3/37.990 - Intel.



In der ganz überwiegenden Zahl der Fälle behilft die Praxis sich damit, Rabattsysteme anhand qualitativer Kriterien zu bewerten. Folgende Kriterien spielen in der Entscheidungspraxis eine wichtige Rolle und deuten auf eine marktverschließende Wirkung des Rabattsystems hin:

- individuell an die vermuteten Umsätze des Handelspartners angepasste Rabattschwellen;
- Rabattgewährung nur unter der Voraussetzung einer Steigerung des Umsatzes gegenüber der vorangegangenen Referenzperiode;
- große Sprünge in der Rabattstaffel; hoch angesetzte Rabattschwellen sowie stark progressiv steigende Rabatte (regen u. a. zu Vorratskäufen an)
- rückwirkende Rabattgewährung (höherer Rabattsatz nicht nur für Mengen, die oberhalb der Rabattschwelle liegen);
- lange Referenzzeiträume für die Berechnung des Rabatts (> 12 Monate generell bedenklich, < 3 Monate tendenziell unproblematisch);
- Gruppenverpflichtungsrabatte (sämtliche oder mehrere Konzernunternehmen betrof-
- Intransparenz des Rabattsystems;

Preis, den ein

Rabattes zu entschädigen

- Selektivität des Rabattsystems (wichtige Kunden von Wettbewerbern);
- englische Klauseln (sie erlaubt dem Abnehmer im Fall günstigerer Konkurrenzangebote, die vom Marktbeherrscher nicht unterboten werden, den Bezug bei alternativen Anbietern ohne Verlust der bereits erworbenen bzw. durch zukünftige Käufe noch zu erwerbenden Rabattansprüche⁵⁷) vermögen wettbewerbsbeschränkende Wirkung regelmäßig nicht aufzuheben.

Zulässig sind hingegen sog. Funktionsrabatte, mit denen z. B. besondere Aufwendungen des Händlers beim Vertrieb der bezogenen Ware abgegolten werden. Zulässig sind

⁵⁷ Formulierungsbeispiel von Dallmann, WRP 2006, 347: "Der Käufer verpflichtet sich gegenüber seinem Lieferanten, Waren der vertragsgegenständlichen Art von Dritten nur zu beziehen, wenn er den Lieferanten über das Vorliegen eines Drittangebotes informiert hat und dieser eine Lieferung zu den mit dem Dritten vereinbarten Vertragsbedingungen ablehnt. Akzeptiert der Lieferant hingegen die von dem Dritten angebotenen Bedingungen, so ist der Käufer verpflichtet, die Ware von diesem zu beziehen."

auch **Mengenrabatte**, mit denen Kostensenkungen weitergegeben werden, die sich aus einer Erhöhung der Produktions- oder Liefermengen ergeben.⁵⁸

<u>Bsp.: EuGH, Urt. v. 09.11.1983 - 322/81, Slg. 1983, 3461- "Michelin" = WuW/E EWG/MUV</u> 642:

Die Firma NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin (NBIM), eine mittelbare Tochtergesellschaft der französischen Compagnie générale des établissements Michelin und von dieser mit der Herstellung und dem Verkauf von Michelin-Reifen in den Niederlanden betraut, hat eine beherrschende Stellung auf dem Markt für neue Ersatzreifen für Lkw und Omnibusse in den Niederlanden. Zwischen 1975 und 1980 praktizierte die NBIM gegenüber Reifenhändlern ein für jeden Händler individuelles und variables Jahresrabattsystem, das u. a. an die Erreichung von Verkaufszielen gebunden war, die jeweils zu Beginn eines jeden Jahres zwischen der NBIM und den einzelnen Händlern ausgehandelt wurden.

Bsp.: EuGH, Urteil v. 15. März 2007, Rs. C-95/04 P - British Airways)

British Airways (BA) ist das größte Luftfahrtunternehmen im Vereinigten Königreich. Im Jahr 1998 erzielte British Airways bei den über Reisevermittlern getätigten Verkäufen im Vereinigten Königreich einen Anteil von 39,7%, während der nächstgrößere Konkurrent Virgin auf einen Anteil von 5,5% kam. Der BA-Anteil belief sich im Jahr 1998 auf mehr als das 2,2fache des Anteils seiner vier größten Konkurrenten zusammengenommen. Dieser Marktanteil ist über mehrere Jahre im Wesentlichen unverändert geblieben. Auf dem britischen Inlandsflugmarkt hält BA einen Anteil von ca. 50%.⁵⁹

Um den Verkauf von BA-Flugscheinen zu fördern, ersann BA verschiedene vertragliche Anreize für die Reisevermittler im Vereinigten Königreich. So vereinbarte BA mit den britischen Reisevermittlern u. a. die Geltung einer "Performance Reward Scheme" genannten Prämienregelung. Nach dieser Regelung erhielt jeder Reisevermittler eine Basisprovision für jeden verkauften BA-Flugschein in Höhe von 7 % des Verkaufspreises. Zusätzlich zu dieser Basisprovision bestand für jeden Reisevermittler die Möglichkeit, eine Zusatzprovision von bis zu 1 % zu erhalten. Die Höhe dieser variablen Zusatzprovision hing von der Entwicklung der Ergebnisse des Vermittlers beim Verkauf von BA-Flugscheinen ab. Relevant war der Grad der Verbesserung im Vergleich zum entsprechenden Monat des Vorjahrs. Das zusätzliche variable Element wurde geschuldet, wenn das Verhältnis zwischen den Erlösen aus dem betreffenden Zeitraum und denen aus dem Referenzzeitraum 95 % betrug. Mit jedem über den Ergebnisrichtwert von 95% hinausgehenden Prozentpunkt

⁵⁹ Siehe Komm. v. 14.7.1999, COMP/34.780 Virgin/British Airways, ABl.EG 2000 Nr. L 30/1 ff., Rdn. 88.

⁵⁸ Rabatte dürfen allerdings nicht als Scheinleistungen des Geschäftspartners verdeckt werden, z. B. als Gegenleistung für die Lieferung sog. Studien, die tatsächlich wertlos sind. Hier drohen dann außerdem strafrechtliche Sanktionen wegen Steuerhinterziehung.

verdiente der Reisevermittler zu seiner Standardprovision von 7% ein variables Element in Höhe von 0,1% hinzu.

Das konkurrierende Luftfahrtunternehmen Virgin hielt dieses Anreizsystem von BA für kartellrechtswidrig und beschwerte sich bei der EG-Kommission. Liegt ein Verstoß gegen das in Art. 82 EG (jetzt Art. 102 AEUV) normierte Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung vor?

Bsp.: Rabatte des Stahlproduzenten

Das europaweit tätige und marktbeherrschende Stahlproduzent S beliefert sechs verschiedene Auto-bauer, darunter A, mit Stahl. Der von M verlangte Stahlpreis beträgt 500 EUR/t. Aus Erfahrung weiß M, dass A einen jährlichen Bedarf von insgesamt 1.000 t Stahl hat. In den vergangenen fünf Jahren hat A jeweils zwischen 890 und 920 t seines jährlichen Bedarfs bei M bezogen, den Rest bei dem einzigen klei-neren Wettbewerber des S, W.

S hat zum 1.1.2020 ein neues Preismodell eingeführt: Er bietet A einen rückwirkenden Rabatt in Höhe von 50 EUR/t für den Fall, dass A im Jahr 2020 mindestens 1.000 t Stahl abnimmt. Den (größeren) Auto-bauern B und C bietet S denselben Rabatt erst ab einer jährlichen Abnahmemenge von 2.000 bzw. 6.000 t Stahl an. Die drei kleineren Auto-bauer D, E und F haben hingegen keine Möglichkeit, von S einen Ra-batt zu erhalten. Im Fall von B, einer 100%igen Tochtergesellschaft der B-Holding, tritt als zusätzliche Bedingung für die Rabattgewährung noch hinzu, dass auch die übrigen Tochtergesellschaften der B-Holding mindestens 90 Prozent ihres jährlichen Stahlbedarfs bei S decken.

- 1. Verstößt S gegen Art. 102 AEUV, wenn man eine qualitative Analyse des neuen Preissystems durch-führt? (Es bedarf keiner Subsumtion unter sämtliche Tatbestandsmerkmale von Art. 102 AEUV. Zu beur-teilen ist alleine das wettbewerblich relevante Verhalten des S, also das neue Preissystem.)
- 2. Wie müsste man vorgehen, wollte man auf der Grundlage einer quantitativen Analyse die etwaige Missbräuchlichkeit der Preisgestaltung des S erklären? Welche weiteren Angaben wären erforderlich, um die etwaige Missbräuchlichkeit zu berechnen?

Bsp.: INTEL⁶⁰

_

Der Chiphersteller "Onkel" (O), eine Gesellschaft US-amerikanischen Rechts mit Sitz in Pasadena, Florida, stellt unter anderem Computerprozessoren, sogenannte Central Processing Units (CPUs) des Typs y85 her. Sie werden weltweit zu annähernd homogenen Wirtschaftsbedingungen gehandelt, wobei insbesondere die Preisgestaltung weitgehend

⁶⁰ Originalaufgabe aus der studienabschließenden Klausur im SoSe 2017

einheitlich ist, und lassen sich in ihrem Einsatzzweck in Desktop- und Laptop-Computern nicht durch andere Prozessortypen ersetzen. O hielt weltweit in den Jahren 2006 bis 2016 durchwegs einen Marktanteil von mehr als 70 %. Einziger verbleibender Wettbewerber von O ist der Chiphersteller "ABC" (A). Aufgrund hoher Kosten für Forschung und Entwicklung von CPUs bestehen erhebliche Hemmnisse für Expansion und Markteintritt neuer Chiphersteller. Zudem ist das Markenimage von O so groß, dass es für Computerhersteller notwendig ist, mehrere Computermodelle mit O-CPUs anzubieten.

Für die Jahre 2014 bis 2015 stellte O dem Computerhersteller "Dall" (D), ebenfalls ansässig in den USA, in Aussicht, dass eine "erhebliche Vergünstigung" auf den Preis aller bezogenen y85-CPUs gewährt werde, sofern D über den gesamten zweijährigen Zeitraum 90 % seines Bedarfs an y85-CPUs für Desktop- und Laptop-PCs bei O decke. D hatte in den Vorjahren bereits 80 % seines Bedarfs an y85-CPUs bei O gedeckt. Auch dem Computerhersteller "NICK" (N), der seinen Sitz in Tokyo, Japan hat, und der bislang ca. 65 % seines CPU-Bedarfs bei O gedeckt hatte, stellte O ebenfalls "erhebliche Preisnachlässe von bis zu 15 %" auf alle erworbenen y85-CPUs in Aussicht. Diese sollten gewährt werden, wenn N zumindest 70 % seines Gesamtbedarfs an CPUs während der Jahre 2014 bis 2015 bei O beziehen würde. Zudem drohte O sowohl D als auch N damit, dass die Rabatte an andere Abnehmer vergeben würden, sollten D und N die Rabattschwellen nicht erreichen.

Der konkurrierende Chiphersteller (A) hält dieses Verhalten für kartellrechtswidrig und beschwert sich bei der Europäischen Kommission. Indem O seinem Konkurrenten das Leben schwermache, behindere O den Innovationswettbewerb. Die Rechtsabteilung von O ist der Auffassung, dass D und N auch ohne finanzielle Anreize dieselbe Anzahl an y85-CPUs von O abgenommen hätten, da diese im Vergleich zu den Konkurrenzprodukten von A eine höhere Qualität böten. Auch seien die Abnehmer nicht förmlich verpflichtet worden. Eine Verdrängungswirkung sei auch deswegen auszuschließen, weil A seinen Marktanteil in dem relevanten Zeitraum sogar habe steigern können.

Es ist davon auszugehen, dass sowohl D als auch N ihre Computer weltweit, unter anderem auch in mehreren Mitgliedsstaaten der Europäischen Union, vertreiben.

Frage: Liegt ein Verstoß gegen das in Art. 102 AEUV normierte Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung vor?

Zusatzfrage: Unterstellt, ein Verstoß ist zu bejahen: Könnte O sein Verhalten dadurch rechtfertigen, dass O zutreffend vorträgt, seine Preisgestaltung habe zur Folge gehabt, dass die Verbraucherpreise in dem relevanten Zeitpunkt gesunken sind?

e) Preisdiskriminierung

Bsp.: EuGH, Urt. v. 3.7.1991 - C-62/86, Slg. 1991, I-3359 "AKZO" = NJW 1992, 677

Die AKZO Chemie BV (AKZO), Tochtergesellschaft des niederländischen Chemiekonzerns AKZO NV, hält zusammen mit ihrer Tochtergesellschaft AKZO Chemie UK Ltd. (AKZO UK)

im Bereich der Herstellung organischer Peroxide einen Marktanteil von knapp 50 % im Vereinigten Königreich und in Irland. Abnehmer sind große europäische Kunststoffproduzenten (Polymerproduzenten) wie z. B. die BASF in Deutschland. Andere Hersteller organischer Peroxide kommen auf deutlich niedrigere Marktanteile. Auch besitzt AKZO die kommerziell und technisch am weitesten entwickelte Vertriebsorganisation für organische Peroxide und verfügt über mehr Know-how in Bezug auf Sicherheit und Toxikologie als ihre Mitbewerber. AKZO hat Produktionsanlagen für organische Peroxide in den Niederlanden, Belgien, Deutschland und dem Vereinigten Königreich.

Neben der Herstellung organischer Peroxide erzeugt AKZO UK außerdem Benzoylperoxid-Verbindungen, die in Großbritannien und Irland u. a. als Bleichmittel für Mehl verwendet werden. Das Unternehmen Engineering und Chemical Supplies Ltd. (ECS) produziert ebenfalls Benzoylperoxid, das sie als Mehlzusatz um etwa 10% billiger als AKZO UK verkaufen kann.

Aus internen Präsentationen von AKZO geht hervor, dass das Unternehmen besonders beunruhigt ist angesichts von Plänen des Konkurrenten ECS, seinen Tätigkeitsbereich auf das für AKZO besonders wichtige und rentable Geschäft mit organischen Peroxiden auszudehnen. In den internen Präsentationen AKZOs wird als Strategie ausgegeben, ECS "aggressiv" zu bekämpfen, wo immer dieses Unternehmen auf dem Markt für organische Peroxide erscheint. Es gelte zu verhindern, dass ECS AKZO Marktanteile abnimmt.

In der Folge bietet AKZO UK den wichtigsten Abnehmern von ECS Benzoylperoxide zu Preisen an, die nicht nur unter denen von ECS, sondern auch unter den Herstellungskosten von AKZO, wenngleich über AKZOs durchschnittlichen variablen Kosten liegen. Die Preise, die AKZO den ECS-Kunden anbietet, liegen ca. 30 % unter denen, die AKZO seinen eigenen vergleichbaren Kunden anbietet.

Zugleich wendet AKZO UK sich in einem Schreiben an den Direktor von ECS, in dem AKZO androht, dass "aggressive Geschäftspraktiken gegenüber den Mühlen in Gang gebracht [würden], wenn er nicht den Verkauf seiner Produkte an die Kunststoff-Industrie einstellt". AKZO setzt dem Direktor von ECS in dem Schreiben eine Frist von einer Woche, um der Forderung von AKZO nachzukommen. Andernfalls werde, so AKZO, ein detaillierter Plan in Gang gesetzt, um nicht nur eine allgemeine Marktpreissenkung für Benzoylperoxid, sondern auch die Abwerbung aller ECS-Kunden durch Verkäufe zu erheblich unter den Selbstkosten liegenden Preisen durchzusetzen.

ECS wendet sich mit einer Beschwerde gegen AKZO an die Europäische Kommission.

Bsp.: EuGH, Urt. v. 27.03.2012 - C-209/10, EuZW 2012, 540 - "Post Danmark"

Post Danmark und Forbruger-Kontakt sind die beiden wichtigsten Unternehmen auf dem dänischen Markt für die Zustellung von Postwurfsendungen (Werbung, Telefonbücher, Adressbücher, Lokal- und Regionalzeitungen usw.). Im maßgeblichen Zeitpunkt hatte Post Danmark ein Monopol für die Zustellung von Brief- und Paketsendungen bis zu ei-

nem bestimmten Gewicht und aufgrund dieses Ausschließlichkeitsrechts eine Universaldienstverpflichtung bei adressierten Briefsendungen bis zu diesem Gewicht. Sie verfügte hierzu über ein landesweites Zustellnetz, das zugleich für die Zustellung von Postwurfsendungen genutzt wurde.

Forbruger-Kontakt befasst sich hauptsächlich mit der Zustellung von Postwurfsendungen. Sie hatte ein nahezu landesweites Zustellnetz aufgebaut, insbesondere durch den Aufkauf kleinerer Zustellunternehmen.

Bis 2004 waren die Supermarktketten SuperBest, Spar und Coop wichtige Kunden von Forbruger-Kontakt. Ende 2003 schloss Post Danmark mit diesen drei Ketten Verträge, durch die sie sich die Zustellung der Postwurfsendungen dieser Ketten ab 1.1.2004 sicherte.

Vor dem Vertragsschluss mit Post Danmark hatte der Coop-Konzern sowohl mit Post Danmark als auch mit Forbruger-Kontakt Verhandlungen geführt. Post Danmark entschloss sich dazu, den drei früheren Kunden von Forbruger-Kontakt Preise anzubieten, die unter denjenigen lagen, die Post Danmark von ihren eigenen Kunden verlangte. Der Preis, den Post Danmark dem Coop-Konzern anbot, konnte zwar nicht ihre "durchschnittlichen Gesamtkosten"⁶¹, wohl aber ihre "durchschnittlichen inkrementellen Kosten"⁶² decken.

Der SuperBest und Spar angebotene Preis deckte hingegen die Gesamtkosten.

Es konnte nicht nachgewiesen werden, dass Post Danmark die Absicht hatte, Forbrugger aus dem Markt zu drängen.

Siehe außerdem: EuGH, Urt. v. 16.3.2000 – C-395/96 P u. C-396/96 P, Slg. 2000, I-1365 – Compagnie maritime belge transports; EuG, Urt. v. 7.10.1999 – T-228/97, Slg. II-2969 – Irish Sugar.

4. Strukturmissbrauch

a) Grundlagen

Der Erwerb konkurrierender Unternehmen kann ebenfalls eine Form missbräuchlichen Verhaltens, nämlich der missbräuchlichen Marktstrukturveränderung darstellen. Wenn es zu einer Verstärkung einer beherrschenden Stellung kommt, kann Art. 102 AEUV anwendbar sein. Das stellte der EuGH im Fall "Continental Can" frühzeitig und noch vor Inkrafttreten der ersten FKVO von 1989 klar.⁶³ Danach kann ein missbräuchliches Verhalten auch dann vorliegen, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen diese dergestalt

⁶¹ Gesamtkosten sind die Summe der variablen und fixen Kosten.

⁶² Die "inkrementellen Kosten" wurden definiert als die "Kosten, die kurz- oder mittelfristig (in drei bis fünf Jahren) entfallen, wenn Post Danmark den Zustellungsdienst für Postwurfsendungen einstellt", Tz. 31.

⁶³ EuGH Slg. 1973, 215 Rn. 26 – Continental Can.

verstärkt, dass "der erreichte Beherrschungsgrad den Wettbewerb wesentlich behindert".64

Bsp.: EuGH, Urt. v. 21.2.1973 - 6/72, Slg. 1973, 215 = WuW/E EWG/MUV 296 "Continental" Can":

Die Continental Can Company (New York) (CC) verfügte über ihre deutsche Tochtergesellschaft, die Schmalbach-Lubeca AG, auf einem wesentlichen Teil der Gemeinschaft bereits über eine beherrschende Stellung auf dem Markt der Leichtverpackungen für Fleisch- und Fischkonserven sowie auf dem Markt der Metalldeckel für Glasbehälter. Über die im Februar 1970 von CC in den USA gegründete, mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattete Tochtergesellschaft Europemballage Corp. erwarb CC im April 1970 etwa 80% der Anteile des niederländischen Verpackungsherstellers Thomassen & Drijver-Verblifa NV. Auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes wurde dadurch der verbleibende Restwettbewerb für die genannten Verpackungen praktisch ausgeschaltet.

Weiteres Beispiel: "Tetra Pak I" (1987)⁶⁵: Unternehmenserwerb, mit dem ein beherrschendes Unternehmen unter anderem die von dem erworbenen Unternehmen gehaltene ausschließliche Lizenz an einer konkurrierenden Technologie erwarb. Mit Hinweis darauf, dass damit der Zutritt neuer Wettbewerber auf einem bereits von nur mehr schwachem Wettbewerb gekennzeichneten Markt verhindert wurde, qualifizierte die Kommission dies als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung.66 Das EuG bestätigte diesen Standpunkt und stellte allgemein fest, dass der Erwerb einer ausschließlichen Lizenz dann als Missbrauch einer beherrschenden Stellung anzusehen sei, wenn damit Mitbewerbern die einzig verfügbare Technologie zur Herstellung eines Konkurrenzproduktes entzogen wird.67

Hinweis: Der Technologieerwerb (oder der Erwerb anderer Immaterialgüterrechte) qua Erwerb des Lizenzinhabers fällt nun eindeutig unter die FKVO. Gleiches gilt unter Umständen auch für den Erwerb der Technologie selbst, denn auch dies kann ein den Zusammenschlusstatbestand begründender Asset-Deal sein (siehe sogleich unten).68 Von Art. 102 wäre (gegebenenfalls neben Art. 101) demgegenüber noch der Erwerb nur des ausschließlichen Nutzungsrechts erfasst.

⁶⁴ EuGH, Urteil v. 21.2.1973, 6/72 - Continental Can, ECLI:EU:C:1973:22 = NJW 1973, 966, 967; siehe ferner EuGH, Urteil v. 13.2.1979, C-85/76 - Hoffmann-La Roche, ECLI:EU:C:1979:36, Rn. 91; v.17.11.1987, verb. Rs. C-142/84 u. C-156/84 - British-American tobacco, ECLI:EU:C:1987:490, Rn. 65; Kommission v. 10.11.1992, IV/33.440 und IV/33.486 – Warner-Lambert/Gillette u. a. und BIC/Gillette u. a., ABl. 1993 L 116/21 Rn. 24 ff.; Barth/dos Santos Goncalves, GWR 2017, S. 289, 290; Schröter/Bartl, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, 2015, Art. 102 AEUV Rn. 320.

⁶⁵ Kom. ABl. 1988 L 272, 27 Rn. 45-47 - Tetra Pak I.

⁶⁶ Kom. ABl. 1988 L 272, 27 Rn. 45-47 - Tetra Pak I.

⁶⁷ EuG Slg. 1990, II-309 Rn. 23 - Tetra Pak I.

⁶⁸ Mitteilung "Zusammenschlussbegriff", ABl. 1998 C 66, 5 Rn. 11.

b) Exkurs: Strukturkontrolle anhand von Art. 101 AEUV (Philipp Morris)

Nach dem EuGH-Urteil "Philip Morris" (1987)⁶⁹ ist ein Sachverhalt im Hinblick auf das Kartellverbot (heute Art. 101 AEUV) zu prüfen, wenn der Erwerb einer Beteiligung am Kapital eines Konkurrenzunternehmens in Vereinbarungen geregelt ist, die zwischen Unternehmen geschlossen wurden, die nach dem Inkrafttreten dieser Vereinbarung selbständige Unternehmen bleiben. Ein Beteiligungserwerb könne als Mittel dienen,

"das geschäftliche Verhalten der betreffenden Unternehmen so zu beeinflussen, dass der Wettbewerb auf dem Markt, auf dem sie ihre Geschäftstätigkeit entfalten, eingeschränkt oder verfälscht wird. Dies wäre insbesondere dann der Fall, wenn das investierende Unternehmen durch den Erwerb einer Beteiligung oder durch Nebenklauseln der Vereinbarung rechtlich oder faktisch die Kontrolle über das geschäftliche Verhalten des anderen Unternehmens erlangen würde, wenn die Vereinbarung eine geschäftliche Zusammenarbeit zwischen den Unternehmen vorsähe oder Strukturen schaffen würde, die einer solchen Zusammenarbeit förderlich sein könnten, oder aber dem investierenden Unternehmen die Möglichkeit gäbe, seine Position später zu stärken, indem es die effektive Kontrolle über das andere Unternehmen erlanat."70

c) Anwendbarkeit neben der FKVO

Die Continental-Can-Doktrin hat seit Inkrafttreten der FKVO kaum noch praktische Bedeutung.⁷¹ Gleichwohl steht die FKVO einer Anwendung des Art. 102 AEUV auf Zusammenschlüsse nicht entgegen. Die FKVO wurde auf Grundlage der Art. 83 EGV und 308 EGV (jetzt: Art. 103 und 352 AEUV) erlassen. Die sekundärrechtlichen Normen der FKVO können die primärrechtliche Vorschrift des Art. 102 AEUV daher in ihrem Anwendungsbereich nicht beschränken (Vorrang des Primärrechts vor dem Sekundärrecht).

d) Verbleibender Anwendungsbereich des Konzepts des Marktstrukturmissbrauchs

Die Subsumtion eines Zusammenschlusses unter Art. 102 AEUV setzt – anders als Art. 2 FKVO - voraus, dass eines der Unternehmen schon vor Vollzug des Zusammenschlussvorhabens marktbeherrschend war.⁷² Es scheidet damit auch die Anwendung des Missbrauchsverbots auf jene Fälle aus, in denen das beherrschende Unternehmen das übernommene und nicht das übernehmende Unternehmen ist.⁷³

⁶⁹ EuGH, Urteil v. 17.11.1987, verb. Rs. C-142 und 156/84 –Philip Morris, Slg. 1987, 4487.

⁷⁰ EuGH, Urteil v. 17.11.1987, verb. Rs. C-142 und 156/84 - Philip Morris, Slg. 1987, 4487, Leitsatz 2.

⁷¹ Vgl. Kommission, Erklärungen für das Ratsprotokoll vom 19.12.1989, WuW 1990, 240, 243.

⁷² Langen/Bunte/Bulst Art. 102 Rn. 374-375.

⁷³ AA Schröter/Jakob/Mederer/Schröter Art. 82 Rn. 322; Groeben/Schwarze/Schröter Art. 82 Rn. 286.

In Betracht kommt die Untersagung eines Missbrauchsverhalten im Zusammenhang mit einem Unternehmensbeschluss dagegen unter folgenden Voraussetzungen:⁷⁴

- (1) Marktbeherrschende Stellung des Erwerbers
- (2) Verstärken der Stellung durch einen Konzentrationsvorgang⁷⁵
- (3) Erlangen einer "effektive[n] Kontrolle" über ein anderes Unternehmen oder "zumindest ein[en] Einfluss auf dessen Geschäftspolitik"⁷⁶
- (4) Wesentliche Behinderung des Wettbewerbs auf Grund des erlangten Beherrschungsgrades⁷⁷

Eine wesentliche Behinderung im Sinne der vierten Voraussetzung liegt nach der "Continental Can-Entscheidung" vor, wenn nur noch Unternehmen auf dem Markt bleiben, die in ihrem Marktverhalten von dem beherrschenden Unternehmen abhängen, jedenfalls wenn die verbleibenden Wettbewerber kein ausreichendes Gegengewicht zu dem Marktbeherrscher mehr bilden können. Bemerkenswert ist, dass der Europäische Gerichtshof im Rahmen der dritten Voraussetzung nicht nur auf den – von Art. 3 Abs. 1 FKVO vorausgesetzten Kontrollerwerb abstellt, sondern darüber hinaus auch Minderheitsbeteiligungen erfasst. Insoweit geht die Strukturkontrolle nach Art. 102 AEUV über den fusionskontrollrechtlichen Zusammenschlussbegriff nach der FKVO hinaus. In Deutschland werden entsprechende Minderheitsbeteiligungen dagegen auch im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB erfasst.

Konkret kommt die Anwendung der Missbrauchsvorschriften damit etwa in Fällen in Betracht, in denen sich zwei oder mehrere bereits kollektiv beherrschende Unternehmen zusammenschließen. In diesem Fall besteht die Beeinträchtigung der Wettbewerbsstruktur darin, dass durch den Zusammenschluss die Möglichkeit beseitigt wird, dass die beteiligten Unternehmen irgendwann wieder in wirksamen Wettbewerb zueinander treten.⁸⁰ Ferner ist der Fall denkbar, dass zwei kollektiv beherrschende Unternehmen auf

⁷⁴ Nach Jung, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Stand: Oktober 2019, Art. 102 AEUV Rn. 30 m. w. N.

⁷⁵ EuGH, Urteil v. 21.2.1973, 6/72 – Continental Can, ECLI:EU:C:1973:22 = NJW 1973, S. 966 Rn. 26.

⁷⁶ EuGH, Urteil v.17.11.1987, verb. Rs. C-142/84 u. C-156/84 - British-American tobacco, E-

CLI:EU:C:1987:490, Rn. 65; Kommission v. 10.11.1992, IV/33.440 und IV/33.486 – Warner-Lambert/Gillette u. a. und BIC/Gillette u. a., ABl. 1993 L 116/21 Rn. 24.

⁷⁷ EuGH, Urteil v. 21.2.1973, 6/72 - Continental Can, ECLI:EU:C:1973:22 = NJW 1973, S. 966 Rn. 26, 29.

⁷⁸ EuGH, Urteil v. 21.2.1973, 6/72 – Continental Can, ECLI:EU:C:1973:22 = NJW 1973, S. 966 Rn. 29; *Jung*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Stand: Oktober 2019, Art. 102 AEUV Rn. 30.

⁷⁹ Vgl. in Bezug auf Art. 102 AEUV auch Kommission v. 10.11.1992, IV/33.440 und IV/33.486 – Warner-Lambert/Gillette u. a. und BIC/Gillette u. a., ABl. 1993 L 116/21.

⁸⁰ Eilmansberger/Bien in: MüKo Wettbewerbsrecht, 2015, Art. 102 Rn. 618.

gemeinsame Rechnung Marktaußenseiter erwerben.⁸¹ Beim Erwerb von Minderheitsbeteiligungen durch marktbeherrschende Unternehmen kommt das Konzept des Marktstrukturmissbrauchs zur Anwendung, wenn die "fragliche Beteiligung eine effektive Kontrolle über das andere Unternehmen oder zumindest einen Einfluss auf dessen Geschäftspolitik" ermöglicht.⁸²

e) Marktstrukturkontrolle in der deutschen Fusionskontrolle

Im Rahmen der deutschen Fusionskontrolle ist – im Einklang mit der "Continental Can-Entscheidung" – die Anwendung der §§ 18, 19 GWB auf Unternehmenszusammenschlüsse ebenfalls im Grundsatz zu bejahen. So können Unternehmenszusammenschlüsse auch wegen ihrer Wirkungen auf den Wettbewerb als missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung sein.⁸³ Während nach Art. 21 Abs. 1 FKVO die Kartellverfahrensverordnung 1/2003 auf alle Zusammenschlüsse i. S. d. Art. 3 FKVO – und damit unabhängig von den Schwellenwerten des Art. 1 FKVO – keine Anwendung findet,⁸⁴ existiert eine entsprechende Einschränkung des kartellbehördlichen Verfahrens im deutschen nationalen Recht nicht. Das Bundeskartellamt kann daher Art. 102 AEUV bzw. § 19 GWB im üblichen Verfahren nach §§ 32 ff. GWB durchsetzen.

f) Überblick: Das Konzept der Marktstrukturkontrolle in anderen Jurisdiktionen

Auch in anderen Jurisdiktionen können Zusammenschlüsse im Nachhinein am Maßstab des Missbrauchsverbots überprüft werden. In den USA ist dies auf Grundlage von Section 7 Clayton Act⁸⁵ möglich.⁸⁶ Regelungen zur *ex post*-Kontrolle von Fusionen existieren ferner etwa in Großbritannien, Irland, Schweden und Kanada. In Frankreich wird die Einführung einer nachträglichen Fusionskontrolle im Rahmen von aktuellen Reformüberlegungen diskutiert.

⁸¹ Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 2014, § 19 GWB Rn. 90b.

⁸² EuGH, Urteil v. 17.11.1987, verb. Rs. C-142 und 156/84 –Philip Morris, Slg. 1987, 4487 Rn. 65; siehe auch *Huttenlauch/Lübbig*, Loewenheim/Meessen/Riesenkampf, 2016, Art. 102 AEUV, Rn. 252; *Schröter/Bartl*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, 2015, Art. 102 AEUV Rn. 318.

 ⁸³ Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 2014, § 19 GWB Rn. 46, 90a. Umstritten ist der Fall, in dem zwar die Schwellenwerte einer nationalen Kartellrechtsordnung, nicht aber die der FKVO erfüllt sind, Siehe hierzu *Eilmansberger/Bien* in: MüKo Wettbewerbsrecht, 2015, Art. 102 Rn. 43 m. w. N.
 ⁸⁴ Zum Verfahren bei der Anwendung von Art. 102 AEUV auf Unternehmenszusammenschlüsse siehe *Jung*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Stand: Oktober 2019, Art. 102 AEUV Rn. 336.

⁸⁵ Danach sind Fusionen verboten, "where the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly". siehe bereits oben XXX

⁸⁶ So z. B. im Fall U. S. v. Bazaarvoice, Inc., 13-cv-00133-WHO, slip op. (N. D. Cal., 8. Januar 2014), abrufbar unter https://casetext.com/case/united-states-v-bazaarvoice-2.

Das luxemburgische Kartellrecht beinhaltet keine gesonderte Fusionskontrolle. Zusammenschlüsse können aber nachträglich am Maßstab des Missbrauchsverbots überprüft und ggf. untersagt werden, wenn ein Unternehmen seine beherrschende Stellung durch ein Zusammenschlussvorhaben in einer Weise verstärkt, dass kein effektiver Wettbewerb auf dem relevanten Markt verbleibt.87 In seiner Entscheidung Utopia⁸⁸ überprüfte die luxemburgische Kartellbehörde (Conseil de la concurrence) eine Übernahme, bei der das marktbeherrschende Unternehmen Utopia einen seiner Hauptwettbewerber aufgekauft hatte. Der Conseil sah jedoch keine Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen Art. 102 AEUV bzw. die äquivalente nationale Vorschrift des Art. 5 der Loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence 89, da das Zielunternehmen ohne die Übernahme vom Markt ausgeschieden wäre. Ebenfalls keinen Wettbewerbsverstoß angenommen hat der Conseil in seiner Entscheidung Féderation des Artisans⁹⁰ hat der Conseil angenommen. Die Entscheidung betraf den Zusammenschluss zweier Unternehmen, die sich zwar nicht im direkten Wettbewerb zueinander befanden, aber über jeweils eine Monopolstellung auf dem vor- bzw. nachgelagerten Markt des anderen verfügten. Der Conseil begründete die Abweisung der Beschwerde mit dem Umstand, dass sich die Continental Can-Doktrin des EuGH nur auf horizontale, nicht aber auf vertikale Fusionen beziehe.91 Dies ist insofern bemerkenswert, als Art. 102 AEUV grundsätzlich keine Beschränkung auf horizontale Zusammenschlüsse zu entnehmen ist. Die Entscheidung Fédération des Artisans wird gegenwärtig gerichtlich überprüft.

V. Missbrauchsaufsicht über Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht (§ 20 GWB)

Die Vorschrift erweitert die deutsche Missbrauchsaufsicht auf Unternehmen, die zwar nicht die Schwelle zur Marktbeherrschung iSv § 18 GWB (dann § 19 GWB oder Art. 102 AEUV) überschreiten, aber dennoch über eine gewisse Marktmacht verfügen. Verbotenen sind ihnen bestimmte Formen der Behinderung oder Diskriminierung. Die Vorschrift bewirkt je nach Tatbestand Schutz sowohl im Vertikal- (Abs. 1 und 2) als auch im Horizontalverhältnis (Abs. 3).

Die Möglichkeit für die mitgliedsstaatlichen Gesetzgeber, im Vergleich zu Art. 102 AEUV strengere Regeln im Bereich der einseitigen Verhaltensweisen zu erlassen, folgt aus Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003 (siehe schon oben und ausführlich → Skriptum Europäisches und deutsches Kartellrecht I).

⁸⁷ Conseil de la concurrence v. 15.3.2019, 2019-R-01 – Fédération des Artisans, Rn. 20.

⁸⁸ Conseil de la concurrence v. 22.6.2016, 2016-FO-04 – Utopia.

 $^{^{89}}$ Mém. A – 218 du 28 octobre 2011, p. 3755, doc. Parl. 5186, abrufbar unter https://concurrence.public.lu/dam-assets/fr/legislation/loi-du-23-octobre-2011-relative-a-la-concurrence-version-coordonnee-du-4-avril-2017.pdf.

⁹⁰ Conseil de la concurrence v. 15.3.2019, 2019-R-01 – Fédération des Artisans.

⁹¹ Conseil de la concurrence v. 15.3.2019, 2019-R-01 – Fédération des Artisans, Rn. 25.

Praktische Bedeutung kommt der Bestimmung § 20 GWB insbesondere im Bereich des privaten Rechtsschutzes⁹² zu ("Selbsthilfenorm"⁹³), denn: "Für Private ist es besonders schwierig, eine martkbeherrschende Stelllung nachzuweisen."⁹⁴ Praktische Ausprägung sind insbesondere Belieferungsklagen.

1. Verbot der Behinderung und Diskriminierung durch marktstarke Unternehmen (syn.: "Unternehmen mit relativer Marktmacht"), § 20 Abs. 1 GWB

Relativ marktmächtige Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen iSv § 20 Abs. 1 GWB = Fehlen ausreichender und zumutbarer Möglichkeiten des Ausweichens für von ihnen abhängige Unternehmen. Vorschrift betrifft das Vertikalverhältnis insbesondere zu kleinen und mittleren Abnehmern und Nachfragern. Allerdings sind seit Streichung des Merkmals "KMU" in § 20 I GWB im Rahmen der 10. GWB-Novelle 2021 auch große Unternehmen gegenüber relativer Marktmacht, z. B. gegen nachteiliges Ranking oder gar De-Listing von missliebigen Anbietern durch starke Plattformen, geschützt.

Verboten ist die unbillige Behinderung und Diskriminierung (dazu oben IV). Es handelt sich um eine Erweiterung des Adressatenkreises des Verbots in § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB auf relativ marktmächtige Unternehmen.

Vier Varianten der Abhängigkeit (Fallgruppen):

a) Sortimentsbedingte Abhängigkeit

Sie kann vorliegen in den Formen der Spitzenstellungs- und der Spitzengruppenabhängigkeit. Beispiele sind die Bedeutung renommierter Markenartikel eines einzelnen Herrstellers für Groß- und Einzelhändler wie in den Fällen "Rossignol" und Rimowa" einerseits und "Designer-Polstermöbel" andererseits.

(1) Die Spitzenstellungsabhängigkeit kann sich aus der

"hervorragenden Qualität, der einmaligen technischen Gestaltung oder der exponierten Werbung ergeben. Verhält es sich [….] so, daß der Verkehr das Angebot eines betreffenden Produkts bei einem Händler als

⁹² Näher zum privaten Rechtsschutz im Kartellrecht: Skriptum Europäisches und deutsches Kartellrecht I.

⁹³ B.-Reg., Begründung z. Entw. 6. GWB-Novelle, BT-Drucks. 13/9720, S. 37

⁹⁴ BKartA, Stellungnahme Reg.-Entw. 8. GWB-Novelle, 22.6.2012 (www.bundeskartellamt.de), S. 24.

⁹⁵ BGH, Urt. v. 20.11.1975 - KZR 1/75, NJW 1976, 801 - *Rossignol*: Es sind "Ansehen und Geltung der Ware des Lieferunternehmens auf dem Markt maßgebend" für Frage nach Ausweichmöglichkeiten der Handelsunternehmen.

⁹⁶ BGH, Urt. v. 12.12.2017 - KZR 50/15, NZKart 2018, 134 - Rimowa.

⁹⁷ BGH, Urt. v. 21.2.1995 - KZR 28/98, GRUR 2000, 1108 - Design-Polstermöbel.

selbstverständlich voraussetzt, [...] führt das Fehlen dieser Ware im Angebot zu einem Verlust an Ansehen und zu einer gewichtigen Beeinträchtigung der Wettbewerbsfähigkeit des Händlers [...]."98

(2) Im Fall der bloßen Spitzengruppenabhängig besteht der (zivilrechtliche) Belieferungsanspruch gegenüber allen Herstellern, die der Spitzengruppe angehören. Die Inanspruchnahme ist solange möglich, bis der Anspruchssteller über ein ausreichendes Sortiment an Markenartikeln der Spitzengruppe verfügt.

b) Nachfragebedingte Abhängigkeit

Beispiele finden sich im Verhältnis von Zulieferern zu Industrieunternehmen, die Endprodukte herstellen (Kfz-Hersteller u. a.).

c) Mangelbedingte Abhängigkeit

Bsp.: Knappheitssituation etwa bei Rohöl etc. aufgrund Streik, Embargo.; vgl. zur Aufteilung von Filmkopien auf Filmtheater OLG Hamburg GRUR 1987, 566)

d) Unternehmensbedingte Abhängigkeit

Bsp. 1: "Autoveredler" 99, der sein

"gesamtes Geschäftsmodell ausschließlich auf die Individualisierung und Veredelung von Porsche-Fahrzeugen ausgerichtet und unter anderem bestimmte Teileprogramme allein für Porsche-Fahrzeuge entwickelt. Sie hat sich dafür über viele Jahre besonderes, markenspezifisches Know-how erworben. Aufgrund dieser Ausrichtung ihres Geschäftsmodells, die erheblich über eine bloße einseitige Spezialisierung im Vertrieb hinausgeht, ist ihr ein Ausweichen auf andere Anbieter, das heißt andere Automarken, nicht zumutbar."

Bsp. 2: Kfz-Vertragshändler, der seinen

"Geschäftsbetrieb so stark auf die Produkte des Herstellers ausgerichtet ist, daß er nur unter Inkaufnahme erheblicher Wettbewerbsnachteile auf die Vertretung eines anderen Herstellers überwechseln könnte."¹⁰⁰

2. Veranlassung zur Gewährung von Vorzugsbedingungen, sog. Anzapfverbot (§ 20 Abs. 2 GWB)

Verbot der "passiven" Diskriminierung, soweit durch Ausnutzung von **Nachfragemacht** verursacht wird, vgl. § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB. MaW: Anbieter (z. B. Markenartikelhersteller) sollen nicht dazu veranlasst werden können, zwischen marktmächtigen Nachfragern (z. B. großen Lebensmitteleinzelhändler) bessere Konditionen als ihren kleineren Wettbewerbern zu gewähren. Geschützt werden (anders als bei – noch – Abs. 1 GWB) auch Großunternehmen. Wiederum handelt es sich um Schutz in vertikaler Richtung.

⁹⁸ BGH, Urt. v. 21.2.1995 - KZR 28/98, GRUR 2000, 1108, 1109 - Design-Polstermöbel.

⁹⁹ BGH, Urt. v. 6.10.2015 - KZR 87/13, NZKart 2015, 535 - Porsche-Tuning.

¹⁰⁰ BGH, Urt. v. 23.2.1988 - KZR 20/86, GRUR 1988, 642 - Opel Blitz.

Die Konturen des Anzapfverbots sind sehr unscharf.¹⁰¹ Abgrenzung von sachlich gerechtfertigten und ungerechtfertigten Vorteile ist sehr schwierig. Der Reg.-Entwurf zur 4. GWB-Novelle erläutert den Begriff (früher: Vorzugsbedingungen) folgendermaßen:

"Vergünstigungen, die nicht leistungsgerecht sind, d. h. ihren Grund weder in der Menge der abgenommenen Waren oder Leistungen noch in den übernommenen Funktionen oder Serviceleistungen des Nachfragers noch in anderen betriebswirtschaftlich kalkulierbaren Gegenleistungen des Nachfragers haben, sondern auf der Ausnutzung von Marktmacht beruhen und anderen gleichartigen Nachfragern nicht zugänglich sind."

Bsp. für entsprechende Nebenleistungen sollen danach sein:

- Zahlung von Eintrittsgeldern, Listungsgebühren, Regalmieten;
- finanzielle Zuwendungen zu besonderen Anlässen wie Geburtstagen, Geschäftseröffnungen, Jubiläen;
- Werbekostenzuschüsse, die nicht im Interesse des Herstellers verwandt werden etc. 102

Problematisch ist, dass daneben der ausgehandelte Preis als zentraler Verhandlungsbestandteil von der Praxis ignoriert wird.¹⁰³

Bsp.: Hochzeitsrabatte¹⁰⁴

Im Anschluss an die Übernahme der Lebensmittel-Discount-Kette Plus durch Edeka Ende 2008 verlangte Edeka von einer Vielzahl von Lieferanten Anpassungen der – bereits verhandelten – Jahresbedingungen für 2009 an die in der Vergangenheit "Plus" gewährten Konditionen, soweit diese günstiger waren als die mit Edeka vereinbarten.

3. Mittelstandsbehinderung (§ 20 Abs. 3 und 4 GWB)

Verboten sind spezielle Formen der Behinderung kleiner und mittlerer Wettbewerber durch Unternehmen mit **überlegener Marktmacht** (horizontale Schutzrichtung).

Gesetzliche Beispielsfälle sind u. a. das Anbieten von Waren unter Einstandspreis (Abs. 3 S. 2 Nr. 1 und Nr. 2) sowie das Praktizieren einer Kosten-Preis-Schere (Nr. 3).

¹⁰¹ Wagner-von Papp, in Bien (Hrsg.), 8. GWB-Novelle, 2013, S. 95, 101 und ausf. 144 (ff.).

¹⁰² Weitere Beispiele bei I/M-*Markert*, 4. Aufl. 2007, § 20 GWB Rn. 262, zitiert nach *Wagner-von Papp*, in Bien (Hrsg.), 8. GWB-Novelle, 2013, S. 95, 145.

¹⁰³ Wagner-von Papp, in Bien (Hrsg.), 8. GWB-Novelle, 2013, S. 95, 145 ff.

¹⁰⁴ BGH, Beschl. v. 23.1.2018 - KVR 3/17, NZKart 2018, 136 - Hochzeitsrabatte.

4. Verweigerung der Aufnahme in Wirtschafts- und Berufsvereinigungen (§ 20 Abs. 5 GWB)

Es handelt sich um ein besonderes Diskriminierungsverbot. Marktbeherrschung ist nicht Voraussetzung, wird als typischerweise gegeben schlicht unterstellt ("typisierende Betrachtung", Markert, in I/M, § 20 Rn. 128). Das allgemeine Diskriminierungsverbot des § 19 II Nr. 1 GWB findet schon deshalb häufig keine Anwendung, weil die betroffenen Verbände häufig gar nicht unternehmerisch auftreten, nämlich selbst keine Waren oder Dienstleistungen nachfragen oder anbieten. Es geht um die wirtschafts- und berufspolitische Vertretung von Unternehmen in der Öffentlichkeit wie z. B. im Gesetzgebungsverfahren oder gegenüber der Verwaltung (nicht: Funktaxi-Zentralen oder Arbeitgeberverbände) und um Gütezeichengemeinschaften, z. B. ein Siegel wie "Fair und Regional" durch den Märkischen Wirtschaftsverbund.

- (1) Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen dürfen nicht ein anderes Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen in der Absicht, bestimmte Unternehmen unbillig zu beeinträchtigen, zu Liefersperren oder Bezugssperren auffordern.
- (2) Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen dürfen anderen Unternehmen keine Nachteile androhen oder zufügen und keine Vorteile versprechen oder gewähren, um sie zu einem Verhalten zu veranlassen, das nach folgenden Vorschriften nicht zum Gegenstand einer vertraglichen Bindung gemacht werden darf:

5. Boykottverbot, Verbot sonstigen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens (§ 21 GWB)

Gemeinsamkeit der in § 21 GWB zusammengefassten Verhaltensweisen ist die Einseitigkeit der Maßnahmen. Marktbeherrschung ist keine Voraussetzung.

a) Verbot des Aufrufs zum Boykott (§ 21 Abs. 1 GWB)

Tatbestand: Drei-Personen-Konstellation: Adressat der Verbotsnorm ("Verrufer") fordert ein anderes Unternehmen ("Sperrer") zum Boykott eines dritten Unternehmens ("Boykotierter", "Verrufener") auf.

Im Einzelnen:

- Boykott = Liefer- oder Bezugssperre.
- Verrufer und Sperrer dürfen nicht Teil derselben wirtschaftlichen Einheit sein.

- Wettbewerbsverhältnis zwischen dem "Verrufer" und dem "Verrufenen" ist nicht erforderlich (anders der mittlerweile aufgehobene Paralleltatbestand in § 4 Nr. 10 UWG a. F.).
- Abgrenzung zwischen bloßer Meinungsäußerung und Boykottaufruf ist nicht immer einfach.
- Unbillige Beeinträchtigung: Erforderlich ist Interessenabwägung, weil Liefer- oder Bezugssperre objektiv auf unbillige Beeinträchtigung abzielen müssen. Dazu

Bsp. (OLG Karlsruhe, 13.5.2009, WuW/E DE-R 2654, zitiert nach Kling/Thomas, 2016, § 20 Rn. 342 = S. 749): Die Universität Freiburg fordert die T-GmbH, die für das Management der universitären Gebäude zuständig ist, dazu auf, keine Werbeflächen an juristische Repetitorien zu vermieten. Das Gericht verneinte den Tatbestand des § 21 Abs. 1 GWB, weil die Universität berechtigte Interessen wahrgenommen habe.

b) Verbot des Veranlassens zu unerlaubtem Verhalten (§ 21 Abs. 2 GWB)

Unternehmen dürfen anderen Unternehmen keine Nacheile androhen oder zufügen oder Vorteile versprechen oder gewähren, um sie zu einem Verhalten zu veranlassen, das einen Wettbewerbsverstoß darstellt. Es geht darum, der Gefahr, dass Verbote des GWB oder der Art. 101, 102 AEUV oder kartellbehördlichen Verfügungen durch Anwendung von Druck- oder Lockmitteln umgangen werden ("sekundärer Verbotstatbestand", Kling/Thomas, 2. Auflage 2016, § 20 Rn. 352 = S. 751).

c) Verbot des Zwangs zu erlaubtem Verhalten (§ 21 Abs. 3 GWB)

Schutz weniger des Wettbewerbs als der Entscheidungsfreiheit eines Unternehmens, das nicht zu erlaubtem (!) Verhalten gezwungen werden darf. Geringe praktische Bedeutung der Norm (siehe aber OLG Frankfurt, 22.04.2021 – 26 Sch 12/20: Zwang, einer Fusion zuzustimmen – im Rahmen der ordre-public-Kontrolle – anders als vom BKartA in vorangehendem Bußgeldverfahren – verneint).

VI. Kartellrechtsnahe Regulierung von digitalen Gatekeepern

1. Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung (§ 19a GWB)

[Käseberg und Esser/Höft, in Bien/Käseberg/Klumpe/Körber/Ost, Die 10. GWB-Novelle, 2021, Kapitel 1.]

Gesetzgeber knüpft an Überlegungen im <u>Furman-Report</u> und in dem von <u>Crémer/de</u>

<u>Montjoye/Schweitzer</u> im Auftrag der Wettbewerbskommissarin erstellten Bericht. Dort

wird von Unternehmen mit "strategic market status" bzw. "platforms as regulators" gesprochen.

Das Verfahren ist zweistufig ausgestaltet:

- In einem ersten, auf fünf Jahre zu befristenden und gesondert anfechtbaren Verwaltungsakt stellt das BKartA anhand von fünf Regelbeispielen die Anwendbarkeit der Norm auf ein bestimmtes Unternehmen ("Unternehmen mit überragender, marktübergreifender Bedeutung" in Betracht kommen dürften laut Regierungsbegründung wohl v. a. die großen Digitalunternehmen, zu denken ist an die GAFAM-Unternehmen Google, Apple etc.) fest. Danach sind bei dem Unternehmen zu berücksichtigen:
 - 1. seine marktbeherrschende Stellung auf einem oder mehreren Märkten,
 - 2. seine Finanzkraft oder sein Zugang zu sonstigen Ressourcen (Patente, sonstige IP-Rechte?),
 - 3. seine vertikale Integration und seine Tätigkeit auf in sonstiger Weise miteinander verbundenen Märkten,
 - 4. sein Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten,
 - 5. die Bedeutung seiner Tätigkeit für den Zugang Dritter zu Beschaffungs- und Absatzmärkten sowie sein damit verbundener Einfluss auf die Geschäftstätigkeit Dritter.

Marktbeherrschung ist nur Regelbeispiel (Nr. 1), aber (auch laut Gesetzesbegründung) keine Tatbestandsvoraussetzung. Die Kriterien in Nr. 2 – 5 sind allerdings denjenigen zur Feststellung von Marktbeherrschung nachempfunden (§ 18 Abs. 3 GWB).

- In einem zweiten Schritt können dann die besonderen Verhaltenspflichten, etwa das Verbot der Selbstbevorzugung oder der Verhinderung von Datenportabilität oder von Interoperabilität, greifen. Dafür muss das Bundeskartellamt in einem weiteren Verwaltungsakt entsprechende Untersagungen für die Zukunft (also "ex nunc") aussprechen. Verboten werden kann:
 - 1. beim Vermitteln des Zugangs zu Beschaffungs- und Absatzmärkten die eigenen Angebote gegenüber denen von Wettbewerbern bevorzugt zu behandeln, insbesondere a) die eigenen Angebote bei der Darstellung zu bevorzugen;

Dieser Tatbestand erinnert stark an das Verfahren Google Shopping.

b) ausschließlich eigene Angebote auf Geräten vorzuinstallieren oder in anderer Weise in Angebote des Unternehmens zu integrieren;

Dieser Tatbestand erinnert an das Verfahren Google Android oder die Verfahren Microsoft Media Player und Microsoft Internet Explorer.

- 2. Maßnahmen zu ergreifen, die andere Unternehmen in ihrer Geschäftstätigkeit auf Beschaffungs- oder Absatzmärkten behindern, wenn die Tätigkeit des Unternehmens für den Zugang zu diesen Märkten Bedeutung hat, insbesondere
- a) Maßnahmen zu ergreifen, die zu einer ausschließlichen Vorinstallation oder Integration von Angeboten des Unternehmens führen;

Dieser Tatbestand erinnert stark an das Verfahren Google Android: Vorinstallation einer Internetsuche auf einem Smartphone.

b) andere Unternehmen daran zu hindern oder es ihnen zu erschweren, ihre eigenen Angebote zu bewerben oder Abnehmer auch über andere als die von dem Unternehmen bereitgestellten oder vermittelten Zugänge zu erreichen;

Dieser Tatbestand erinnert stark an das Verfahren gegen Apple's App Store.

- 3. Wettbewerber auf einem Markt, auf dem das Unternehmen seine Stellung, auch ohne marktbeherrschend zu sein, schnell ausbauen kann, unmittelbar oder mittelbar zu behindern, insbesondere
- a) die Nutzung eines Angebots des Unternehmens mit einer dafür nicht erforderlichen automatischen Nutzung eines weiteren Angebots des Unternehmens zu verbinden, ohne dem Nutzer des Angebots ausreichende Wahlmöglichkeiten hinsichtlich des Umstands und der Art und Weise der Nutzung des anderen Angebots einzuräumen;
- b) die Nutzung eines Angebots des Unternehmens von der Nutzung eines anderen Angebots des Unternehmens abhängig zu machen;
- Aufrollen von nichtbeherrschten Märkten ("Envelopment"), eine neue Schadenstheorie: Leveraging nicht von Marktmacht, sondern von überragender marktübergreifender Bedeutung auf andere Märkte. Dieser Tatbestand könnte relevant für das Verfahren des BKartA gegen Facebook in Sachen Oculus sein: Registrierung bei einer Plattform (hier: Facebook) ist Voraussetzung für Nutzung der anderen Plattform (Oculus VR Brille).
- 4. durch die Verarbeitung wettbewerbsrelevanter Daten, die das Unternehmen gesammelt hat, Marktzutrittsschranken zu errichten oder spürbar zu erhöhen, oder andere Unternehmen in sonstiger Weise zu behindern, oder Geschäftsbedingungen zu fordern, die eine solche Verarbeitung zulassen, insbesondere
- a) die Nutzung von Diensten davon abhängig zu machen, dass Nutzer der Verarbeitung von Daten aus anderen Diensten des Unternehmens oder eines Drittanbieters zustimmen, ohne den Nutzern eine ausreichende Wahlmöglichkeit hinsichtlich des Umstands, des Zwecks und der Art und Weise der Verarbeitung einzuräumen;

Dieser Tatbestand erinnert stark an die vom BGH im Verfahren Facebook I (Datensammlung) aufgestellte Schadenstheorie: "aufgedrängte Leistungserweiterung".

- b) von anderen Unternehmen erhaltene wettbewerbsrelevante Daten zu anderen als für die Erbringung der eigenen Dienste gegenüber diesen Unternehmen erforderlichen Zwecken zu verarbeiten, ohne diesen Unternehmen eine ausreichende Wahlmöglichkeit hinsichtlich des Umstands, des Zwecks und der Art und Weise der Verarbeitung einzuräumen; Dieser Tatbestand betrifft B2B-Sachverhalte.
- 5. die Interoperabilität von Produkten oder Leistungen oder die Portabilität von Daten zu verweigern oder zu erschweren und damit den Wettbewerb zu behindern;
- -xxx
- Verhindern von Multihoming durch datenbezogene Lock-in-Effekte
- 6. andere Unternehmen unzureichend über den Umfang, die Qualität oder den Erfolg der erbrachten oder beauftragten Leistung zu informieren oder ihnen in anderer Weise eine Beurteilung des Wertes dieser Leistung zu erschweren;

Normadressaten geben teilweise Informationen und Daten ihrer Kunden weiter. Bsp.: Sektoruntersuchung Online-Werbung des BKartA: Werbetreibende können teilweise nicht erkennen, welchen Erfolg ihre Werbeanstrengungen haben.

- 7. für die Behandlung von Angeboten eines anderen Unternehmens Vorteile zu fordern, die in keinem angemessenen Verhältnis zum Grund der Forderung stehen, insbesondere
- a) für deren Darstellung die Übertragung von Daten oder Rechten zu fordern, die dafür nicht zwingend erforderlich sind;
- Vgl. Anzapfverbot, § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB

b) die Qualität der Darstellung dieser Angebote von der Übertragung von Daten oder Rechten abhängig zu machen, die hierzu in keinem angemessenen Verhältnis stehen.

Vermutlich wird das Amt bestimmte Verhaltensweisen untersagen und keine pauschalen Verbote aussprechen:

Das BKartA stützt bereits sein Verfahren Facebook Oculus auf die neue Bestimmung.

Eine rückwirkende Kontrolle (ex tunc) scheidet auf Basis von § 19a GWB aus.

Praktisch dürften die beiden Verfügungen in den meisten Fällen zeitlich zusammenfallen (das gestattet § 19a Abs. 2 S. 4 GWB auch ausdrücklich).

Auf europäischer Ebene ist eine ähnliche Regelung in Planung: Digital Markets Act (siehe sogleich unten).

Einer kleinen Revolution gleich kommt die Konzentration des Rechtsbehelfsverfahren ("Rechtswegverkürzung") im Fall von Streitigkeiten über den neuen § 19a GWB: Der BGH fungiert hier zukünftig als erste und letzte Instanz und hat damit erstmals auch über Tatfragen zu befinden (§ 73 Abs. 5 GWB). Dabei kann der BGH die Monopolkommission um eine Stellungnahme bitten (§ 75 Abs. 5 GWB).

2. Ausblick: Digital Markets Act (Entwurf der Kommission von Dezember 2020)

Persönlicher Anwendungsbereich: Betreiber zentraler Plattformdienste (Art. 2 Nr. 2 lit. a – e DMA-Entw.), z. B. Suchmaschinenbetreiber (Google), Video-Sharing Dienste (Youtube), Messaging-Dienste (WhatsApp), etc.

Gatekeeper-Eigenschaft wird in Art. 3 DMA-Entw. definiert: Qualitative (erheblicher Einfluss auf Binnenmarkt; wichtige Vermittlerposition; stabile Marktposition) und quantitative Kriterien (Umsatz oder Marktkapitalisierung; Nutzerzahlen; Tätigkeit in drei Mitgliedsstaaten, vgl. FK)

Automatische Anwendbarkeit der Ge- und Verbote in Art. 5: Meistbegünstigungsklauseln, Koppelungspraktiken etc. (Self-executing).

Weitere Verbote gemäß 6 DMA-Entw. (Klärung im Gespräch mit der Kommission).

Verhaltenspflichten gelten nur für die Kernplattformdienste, nicht für andere vom Konzern angebotenen Dienste.

Sanktionsmechanismen erinnern an VO 1/2003 (Abstellungsverfügung, einstweilige Maßnahmen mit niedrigeren Voraussetzungen, Zwangsgeld etc.), wobei auch strukturelle Maßnahmen (Entflechtung) bei systematischer Nichtbeachtung denkbar sind, Art. 16 DMA-Entw.

Ermittlungsbefugnisse erinnern an VO 1/2003 und ECN+-RiLi: Auskunft, Durchsuchung etc.

Information der Kommission über Zusammenschüsse mit anderen Digitalunternehmen, Art. 12 DMA-Entw., wohl mit Möglichkeit der KOM, die MS zur Stellung eines Verweisungsantrags nach Art. 12 FKVO zustellen.

Ermächtigungsgrundlage: Binnenmarktkompetenz, nicht Art. 103 AEUV (Kartellrecht).

Ausschließliche Zuständigkeit der Kommission für Anwendung und Durchsetzung des DMA. Unklar ist noch zukünftiges Verhältnis zu nationalen Regeln wie etwa § 19a GWB und Arbeitsteilung zwischen Kommission und nationalen Wettbewerbsbehörden. DMA nur von Kommission anwendbar. Siehe Art. 7 DMA-Entw.: Beachtung von Entscheidungen der Kommission durch nationale Behörden: "kein Zuwiderlaufen". DMA kann als Sekundärrecht zwar nicht unionales Primärrecht verdrängen, aber wohl nationales Kartellrecht.

B. Die Zusammenschlusskontrolle

(*Kling/Thomas*, Kartellrecht, 2. Auflage 2016, § 8 und § 22; Thomas, in Immenga/Mestmäcker, §§ 35 ff. GWB; Körber, in Immenga/Mestmäcker, FKVO; MünchKommGWB und MünchKommEuWEttbR, FKVO [u. a. Koch und Montag/von Bonin])

I. Üherblick

- Grundsatz der präventiven Zusammenschlusskontrolle: Wettbewerblich relevante Zusammenschlussvorhaben müssen vor Vollzug bei der zuständigen Kartellbehörde (EU-Kommission, BKartA) angemeldet und genehmigt werden.
- Europäisches und deutsches Kartellrecht (anders als US-amerikanisches): Keine gesetzlichen Beschränkungen des *internen Unternehmenswachstums*.

- *Externes Wachstum* unterliegt hingegen ggf. der präventiven Fusionskontrolle (Vollzugsverbot, bis Vereinbarkeitserklärung erfolgt, Art. 7 I FKVO bzw. § 41 I GWB).
- Verhältnis europäisches mitgliedstaatliches Recht:
 - one-stop-shop-Prinzip: Ausschließliche Zuständigkeit der Kommission für Anwendung der FKVO, Art. 21 II, III FKVO
 - Aber: Verweisungssystem von der Kommission an einen Mitgliedstaat und umgekehrt:
 - o Art. 4 Abs. 4 und 5 FKVO (vor Anmeldung und auf Antrag der Anmelder),
 - o Art. 9 FKVO (nach Anmeldung, evtl. auf Antrag eines Mitgliedstaates)
 - Art. 22 FKVO (Verweisung von MS an Kommission, nach Anmeldung auf Antrag eines oder mehrerer Mitgliedstaaten)
 - Evtl. sind aber abtrennbare Teile des Zusammenschlussvorhabens nationalem Recht unterstellt.
 - Unterscheide zwischen der formellen und der materiellen Fusionskontrolle: Im Rahmen der formellen Fusionskontrolle wird die Frage geprüft, ob ein Zusammenschlussvorhaben überhaupt angemeldet werden muss und bis zur Genehmigung das Vollzugsverbot gilt. Im Rahmen der materiellen Fusionskontrolle geht es um die Frage, ob das Vorhaben genehmigt werden muss oder nicht.

Prüfungsreihenfolge:

I. Formelle Fusionskontrolle

- 1. Zusammenschluss, Art. 3 FKVO bzw. § 37 GWB
- 2. Schwellenwerte, Art. 1 FKVO ("Gemeinschaftsweite Bedeutung") bzw. § 35 GWB
- II. **Materielle** Fusionskontrolle ("Erhebliche Behinderung des wirksamen Wettbewerbs (im Gemeinsamen Markt)"), Art. 2 FKVO bzw. § 36 GWB

II. Zusammenschluss (Art. 3 FKVO)

1. "Fusion" (Verschmelzung), Art. 3 I lit. a FKVO

Zusammenschlussform auf der Ebene der Gleichordnung. Praktisch selten, auf europäischer (grenzüberschreitender) Ebene auch aus steuerlichen Gründen.

- Verschmelzung durch Neugliederung:

Mindestens zwei Unternehmen werden zu einem neuen Unternehmen verschmolzen und bilden keine eigene Rechtspersönlichkeit mehr.

- Verschmelzung durch Aufnahme:

Ein Unternehmen geht unter Verlust der eigenen Rechtspersönlichkeit in einem anderen Unternehmen auf.

- Wirtschaftliche Fusion:

Mindestens zwei Unternehmen unterwerfen ihre Aktivitäten einer dauerhaften einheitlichen Leitung, ohne dass eine Verschmelzung im technischen Sinne vorliegt.

Beispiel: § 18 Abs. 2 AktG: "Sind rechtlich selbständige Unternehmen, ohne dass das eine Unternehmen von dem anderen abhängig ist, unter einheitlicher Leitung zusammengefasst, so bilden sie auch einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen."

2. Kontrollerwerb, Art. 3 I lit. b FKVO

Zusammenschlussform auf der Ebene der Über-/Unterordnung.

a. "Kontrolle" = "Möglichkeit [...], einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines Unternehmens auszuüben" (Art. 3 Abs. 2 FKVO). Erforderlich ist eine Gesamtschau aller rechtlichen und tatsächlichen Faktoren des Einzelfalles.

Kontrolle kann erlangt werden durch

- den Erwerb von Anteilen an einem anderen Unternehmen (GmbH-Anteile, Aktien, Mitgliedschaftsrechten an Personengesellschaften)
- Eigentumsrechte am Vermögen eines Unternehmens (Fabrik, Maschinen, gewerbliche Schutzrechte)
- Unternehmensverträge (z. B. Beherrschungsvertrag, § 291 Abs. 1 AktG)

- b. Unterscheide zwischen Einzel- und gemeinsamer Kontrolle
- (1) Einzelkontrollerwerb (sole control):

Ein einzelnes Unternehmen erlangt die Kontrolle über ein anderes Unternehmen (Stimmrechtsmehrheit, Erwerb wesentlicher Vermögensbestandteile wie z. B. einer Fabrik, besondere Zusatzrechte bei Minderheitsbeteiligungen, sonstige Mittel wie z. B. Beherrschungsvertrag)

(2) Gemeinsamer Kontrollerwerb (joint control):

Mindestens zwei Unternehmen erlangen gemeinschaftlich die Kontrolle über ein anderes Unternehmen. Das europäische Zusammenschlusskontrollrecht erkennt dabei die Gründung oder den Erwerb eines Gemeinschaftsunternehmens bzw. die Beteiligung an einem solchen ausdrücklich an (Art. 3 IV FKVO).

3. Wettbewerblich erheblicher Einfluss, § 37 I Nr. 4 GWB

Eine Besonderheit der deutschen formellen Fusionskontrolle ist der Tatbestand des Erwerbs wettbewerblich erheblichen Einflusses in sonstiger Weise als durch Kontrollerwerb oder Erwerb einer Beteiligung in Höhe von mindestens 25 % an einem Unternehmen. In der FKVO gibt es keinen entsprechenden Auffangtatbestand zur Prüfung solcher Minderheitsbeteiligungen unterhalb der Sperrminorität. Voraussetzung für die Prüfung einer Minderheitsbeteiligung über § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB ist jedoch, dass diese einen wettbewerblich erheblichen Einfluss nach sich zieht. Ob dies der Fall ist, ist stets für den jeweiligen Einzelfall zu prüfen. Auch Beteiligungen unterhalb der 15 %-Schwelle können einen wettbewerblich erheblichen Einfluss gewähren, wenn sie beispielsweise mit bestimmten Zusatzrechten einhergehen. Dies Reine Informationsrechte sind insoweit jedoch grundsätzlich nicht ausreichend. Vielmehr bedarf es darüberhinausgehender Mitsprache- und Kontrollmöglichkeiten. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn der Anteilserwerber das Recht erhält, mehrere Geschäftsführungs- und/oder Aufsichtsratsposten zu bestimmen.

4. Interlocking directorships (Personelle Verflechtungen)

¹⁰⁵ Das Bundeskartellamt prüfte beispielsweise im Fall *A-Tec/Norddeutsche Affinerie* (Beschluss vom 27.2.2008, B5-198-07) einen Anteilserwerb in Höhe von 13,75 %.

Das frühere deutsche Fusionskontrollrecht¹⁰⁶ (so auch heute noch das österreichische Recht in § 7 Abs. 1 Z 4 KartG¹⁰⁷) behandelte den Fall personeller Verflechtungen noch als eigenen Tatbestand des Zusammenschlusses. Er kann heute unter § 37 Abs. 1 Nr. 2 lit. b. GWB fallen, weil "Rechte oder Verträge, die einen bestimmenden Einfluss auf die Zusammensetzung, die Beratungen oder Beschlüsse der Organe des Unternehmens gewähren", als Regelbeispiel für ein Kontrollmittel definiert werden. Praktisch kommt solchen Verflechtungen die bloße Funktion zu, eine ohnehin bereits bestehende Kontrolle (z. B. aufgrund eines Mehrheitsbeteiligung oder eines Beherrschungsvertrags) abzusichern.

III. Wettbewerblich bedeutsame Zusammenschlüsse – Schwellenwerte

Kontrollpflichtig sind nur Zusammenschlüsse von Unternehmen, die bestimmte Schwellenwerte (Größenmerkmale) überschreiten. In Betracht kommt insbesondere eine Orientierung an dem von den beteiligten Unternehmen erwirtschaftete Umsatz, außerdem der Wert der Transaktion.

1. Gemeinschaftsweite Bedeutung (Art. 1 Abs. 2, Abs. 3 FKVO)

a) Art. 1 Abs. 2 FKVO

"Ein Zusammenschluss hat gemeinschaftsweite Bedeutung, wenn folgende Umsätze erzielt werden:

- a) ein **weltweiter** Gesamtumsatz **aller** beteiligten Unternehmen zusammen von mehr als **5 Mrd. EUR** und
- b) ein **gemeinschaftsweiter** Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen von **jeweils** mehr als **250 Mio. EUR**;

Dies gilt nicht, wenn die beteiligten Unternehmen jeweils mehr als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Gesamtumsatzes in ein und demselben Mitgliedstaat erzielen" (sog. Zwei-Drittel-Klausel).

b) Art. 1 Abs. 3 FKVO

"Ein Zusammenschluss, der die in Absatz 2 vorgesehenen Schwellen nicht erreicht, hat gemeinschaftsweite Bedeutung, wenn

¹⁰⁶ § 23 Abs. 2 Nr. 4 GWB a. F. ("Herbeiführung der Personengleichheit von mindestens der Hälfte der Mitglieder des Aufsichtsrats, des Vorstands oder eines sonstigen zur Geschäftsführung berufenen Organs von Unternehmen"). Dazu Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, 2. Auflage, § 23 Rn. 151 ff. ("geringe Relevanz" in der Praxis).

¹⁰⁷ "Herbeiführen der Personengleichheit von mindestens der Hälfte der Mitglieder der zur Geschäftsführung berufenen Organe oder der Aufsichtsräte von zwei oder mehreren Gesellschaften, die Unternehmer sind." Ähnliche Regelungen scheint es noch in Ecuador, Korea, Taiwan oder der Ukraine zu geben, siehe *Feldner/Bara*, NZKart 2020, 74 Fn. 1.

¹⁰⁸ Thomas, in Immenga/Mestmäcker, GWB, 5. Aufl. 2014, § 37 Rn. 141.

- a) der **weltweite** Gesamtumsatz **aller** beteiligten Unternehmen zusammen mehr als **2,5 Mrd. EUR** beträgt,
- b) der Gesamtumsatz **aller** beteiligten Unternehmen in mindestens **drei Mitgliedstaaten jeweils** 100 Mio. EUR übersteigt,
- c) in jedem von mindestens drei von Buchstabe b) erfassten Mitgliedstaaten der Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen **jeweils mehr als 25 Mio. EUR** beträgt und
- d) der **gemeinschaftsweite** Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen **jeweils 100 Mio. EUR** übersteigt;

Dies gilt nicht, wenn die beteiligten Unternehmen jeweils mehr als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Gesamtumsatzes in ein und demselben Mitgliedstaat erzielen."

Art. 1 Abs. 3 FKVO zielt damit auf solche Zusammenschlussvorhaben ab, denen zwar keine echte gemeinschaftsweite Bedeutung zukommt, die aber grenzüberschreitende Wirkung haben und deshalb bei mehreren nationalen Kartellbehörden angemeldet werden müssten.

c) Insbesondere: "Killer Acquisitions" und neue Kommissionspraxis im Hinblick auf die Verweisungsmöglichkeit nach Art. 22 FKVO¹⁰⁹

Der Begriff "Killer Acquisitions" beschreibt das Phänomen, dass marktmächtige Unternehmen breitflächig innovative und wachstumsstarke, sich häufig noch in der Startup-Phase befindliche Unternehmen ("Nascent Competitors") aufkaufen. Im Anschluss an die Akquisition wird in vielen Fällen die Geschäftstätigkeit des Start-ups eingestellt oder so in den Konzern integriert, dass keine wettbewerbliche Bedrohung mehr zu befürchten ist. In der Praxis ist dieses Phänomen insbesondere im Pharmasektor sowie bei den sog. GAFAM-Unternehmen (Google, Amazon, Facebook/Meta, Apple, Microsoft) zu beobachten. Letztere haben zwischen 1987 und 2019 mehr als 700, darunter viele kleine innovative Unternehmen erworben.¹¹⁰

Mögliche wettbewerbsschädigende Konsequenzen von Killer Acquisitions bestehen insbesondere in der Hemmung von Innovationen. So verschwinden im Falle der Einstellung des Geschäftsmodells des akquirierten Unternehmens innovative Ideen vom Markt.

¹⁰⁹ Die folgenden Ausführungen hat Herr Dr. Becker, Akademischer Rat am LS Bien, verfasst.

¹¹⁰ Siehe etwa *Cukurov*, NZKart 2021, 606.

Gleichzeitig verringern sich damit Innovationsanreize für den Erwerber, da vom übernommenen Unternehmen kein Innovationsdruck mehr ausgeht.

Da Killer Acquisitions häufig in einer frühen Phase vollzogen werden, in denen das Zielunternehmen noch kaum oder sehr geringe Umsätze verzeichnet, bewegen sich Killer
Acquisitions zumeist unterhalb der Schwellenwerte der kartellrechtlichen Fusionskontrolle (siehe Art. 1 Abs. 3 FKVO) und können daher nicht durch die Kartellbehörden
überprüft werden. Besondere Aufmerksamkeit erregten insoweit etwa die Übernahmen
von Instagram (2012, Kaufpreis: 1 Mrd. USD) und WhatsApp (2014, Kaufpreis: 19 Mrd.
USD) durch Facebook. Beide Zusammenschlüsse wären inzwischen zwar von der im
Rahmen der 9. GWB-Novelle neu eingeführten Transaktionswertschwelle des § 35 Abs.
1a GWB (siehe unten 2. b)) erfasst; auf europarechtlicher Ebene existiert bislang allerdings noch keine entsprechende Regelung.

Eine transaktionswertbasierte Lösung wurde auf europäischer Ebene zwar diskutiert, ist aber überwiegend auf Ablehnung gestoßen. 111 Einen alternativen Lösungsansatz präsentierte die Kommission in ihrem im März 2020 veröffentlichten Leitfaden zu Art. 22 FKVO. Nach Art. 22 FKVO können ein oder mehrere Mitgliedstaaten beantragen, dass die Kommission ein Zusammenschlussvorhaben prüft, das die Schwellenwerte des Art. 1 FKVO unterschreitet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten aber beeinträchtigt und den Wettbewerb im Hoheitsgebiet des bzw. der antragstellenden Mitgliedstaaten erheblich zu beeinträchtigen droht. In dem erwähnten Leitfaden erklärt die Kommission nun, dass sie künftig auch Verweisungsanträge der Mitgliedstaaten zur Prüfung annehmen werde, wenn die betroffenen Zusammenschlussvorhaben die nationalen Schwellenwerte nicht überschreiten, von den nationalen Fusionskontrollregimen also nicht erfasst werden. Damit weicht die Kommission von ihrer bisherigen Praxis ab, im Rahmen derer sie Verweisungsanträge nur akzeptierte, bei denen der Anwendungsbereich zumindest eines verweisenden Mitgliedstaats erfüllt war. Diese "Kehrtwende" widerspricht grundsätzlich nicht dem Wortlaut des Art. 22 FKVO; im Hinblick auf den Zweck der Regelung wird die Zulässigkeit der von der Kommission nunmehr bevorzugten Auslegung allerdings bezweifelt. So wurde die Regelung ursprünglich geschaffen, um der Kommission die Prü-

¹¹¹ KOMM, Summary of replies to the Public Consultation on Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control, 2017, abrufbar unter https://ec.europa.eu/competition-policy/system/files/2021-04/summary_of_replies_en.pdf, S. 4 f.

fung von Zusammenschlüssen zu ermöglichen, bei denen der antragstellende Mitgliedstaat über kein eigenes Fusionskontrollregime (Luxemburg) verfügt. Ob zu dieser Zeit bereits an die Möglichkeit gedacht wurde, dass die Regelung auch in Fällen angewandt wird, in denen die Mitgliedstaaten zwar über ein eigenes Fusionskontrollregime verfügen, die betroffene Fusion hiervon aber gerade nicht erfasst wird, erscheint zumindest fraglich.¹¹²

Bereits im Februar 2021 ermutigte (vgl. Art. 22 Abs. 5 FKVO) die Kommission im Fall "*Illumina/Grail*" die Mitgliedstaaten, einen Verweisungsantrag nach Art. 22 FKVO zu stellen, obwohl der Zusammenschluss in keinem Mitgliedstaat anmeldepflichtig war. Frankreich stellte daraufhin einen Verweisungsantrag, dem sich weitere Mitgliedstaaten anschlossen. Durch das Erwerberunternehmen angestrengte nationale Gerichtsverfahren führten nicht zu einer Beanstandung des Verweisungsverfahrens. Ein ebenfalls vom Erwerber vor dem EuG eingeleitetes Verfahren (T-227/21) ist noch anhängig.

Vorteile der "Verweisungslösung":

 Schwellenunabhängige Aufgreifmöglichkeit der Kommission gewährleistet stärkere Kontrolle von Killer Acquisitions, soweit diese eine Gefahr für den Wettbewerb auf dem Binnenmarkt darstellen können

Nachteile der "Verweisungslösung":

- **Kein "Zwang" zur Verweisung:** Die Kommission kann die Mitgliedstaaten zwar zur Verweisung auffordern (im Sinne einer Ermutigung), Art. 22 Abs. 5 FKVO; ohne die Mitwirkung der Mitgliedstaaten hat die Kommission jedoch keine Möglichkeit, einen Zusammenschluss unterhalb der Schwellen des Art. 1 FKVO aufzugreifen.
- **Rechtsunsicherheit** für die Parteien:
 - Schwellenwerte geben den Unternehmen Sicherheit im Hinblick auf die Frage, ob ein Zusammenschluss bei den Kartellbehörden anzumelden ist. Bei einer schwellenunabhängigen Aufgreifmöglichkeit besteht diese Sicherheit nicht.
 - Keine klare zeitliche Grenze für Verweisungsanträge: Ein Verweisungsantrag ist auch nach Vollzug eines Zusammenschlusses möglich (Art. 22 Abs. 4 FKVO). Nach dem Leitfaden zu Art. 22 FKVO will die Kommission Anträge, die 6 Monate nach Vollzug gestellt werden, im Regelfall nicht aufgreifen.
- **Verzögerung:** Ein Verweisungsverfahren kann den Vollzug einer nach mitgliedstaatlichem Recht anmeldepflichtigen Transaktion um mehrere Wochen verzögern. Von Seiten

-

¹¹² Kritisch *von Schreitter/Urban*, NZKart 2020, 637; zum historischen Hintergrund des Art. 22 FKVO siehe auch *Cukurov*, NZKart 2021, 606, 607.

der Praxis wird insoweit auf die Gefahr hingewiesen, dass insbesondere risikoscheue Vertragsparteien vor diesem Hintergrund Abstand von einer Transaktion nehmen könnten. 113

• Rechtsschutzmöglichkeiten: Das oben bereits erwähnte Verfahren vor dem EuG in der Rechtssache *Illumina/Grail* beschäftigt sich auch mit der bislang noch ungeklärten Frage, ob die Parteien überhaupt gegen die Annahme einer Verweisung durch die Kommission gerichtlich vorgehen können. Für eine entsprechende Rechtsschutzmöglichkeit spricht, dass in der Entscheidung durchaus ein nach außen wirkender Beschluss im Sinne des Art. 288 AEUV erblickt werden kann, sodass eine Anfechtung im Wege der Nichtigkeitsklage (Art. 263 AEUV) möglich ist. Ausdrücklich vorgesehen ist eine Rechtsschutzmöglichkeit in Art. 22 FKVO – anders als z. B. in Art. 9 Abs. 9 FKVO – hingegen nicht.¹¹⁴

Alternativen zur "Verweisungslösung":

- Transaktionsbezogene Aufgreifschwelle (vgl. unten 2. b))
- "Anmeldeverfügung" (vgl. zu § 39a GWB unten VI. 1.)
- Zur Vertiefung: "Economic Goodwill-Test" (McLean):115
 - o Am wirtschaftlichen Wert einer Transaktion ausgerichtete Aufgreifschwelle
 - o Maßgeblich: Differenz zwischen der Gesamtsumme der materiellen Nettovermögenswerte eines Zielunternehmens und dem Transaktionswert

2. Schwellenwerte der deutschen Fusionskontrolle

a) Umsatzbezogene Aufgreifschwelle

§ 35 GWB

- (1) Die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle finden Anwendung, wenn im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss
- 1. die beteiligten Unternehmen insgesamt weltweit Umsatzerlöse von mehr als 500 Millionen Euro und
- 2. im Inland mindestens ein beteiligtes Unternehmen Umsatzerlöse von mehr als 25 Millionen Euro und ein anderes beteiligtes Unternehmen Umsatzerlöse von mehr als 5 Millionen Euro

erzielt haben.

¹¹³ Siehe z. B. *Cukurov*, NZKart 2021, 606, 610.

¹¹⁴ von Schreitter/Urban, NZKart 2020, 637 mit Nachweisen zu beiden Ansichten.

¹¹⁵ Zur Vertiefung für Experten: *McLean*, Journal of Competition Law & Economics 2021, Vol. 17, No. 1, 141 ff.; dazu auch *Cukurov*, NZKart 2021, 606, 610.

Für den Pressebereich greift gemäß § 38 Abs. 3 GWB ein besonderer Rechenfaktor (4), wodurch Fusionen im Zeitungswesen leichter einer Kontrolle unterliegen. Erwerbsvorgänge durch die 10 größten deutschen Zeitungsverlage sind danach anmelde- und kontrollpflichtig.

b) Transaktionsbezogene Aufgreifschwelle

Durch die 9. GWB-Novelle 2017 (ähnliche die neue österreichische Rechtslage) eingefügt wurden transaktionsbezogene Aufgreifschwellen, § 35 Abs. 1a GWB.

Ebenfalls kontrollpflichtig sind Zusammenschlüsse die nicht alle Voraussetzungen der umsatzbezogenen Aufgreifschwelle des Abs. 1 erfüllen, unter folgenden zusätzlichen Voraussetzungen:

- Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss übersteigt 400 Mio. €
- Weitere Voraussetzung: Zielunternehmen muss bereits in erheblichem Umfang im Inland tätig sein, ohne dass es auf die Umsatzschwelle von 5 Mio. € ankommt
- Hintergrund: Viele Startup-Unternehmen der Digitalbranche bieten ihre Leistungen kostenlos an und generieren deshalb keine Umsätze, die an den herkömmlichen Aufgreifschwellen gemessen werden könnten (z. B. Whatsapp). Werden solche Unternehmen von einem anderen Unternehmen erworben, erreichen sie häufig nicht die herkömmlichen Umsatzschwellen der nationalen Fusionskontrollvorschriften. Trotzdem erreichen solche Transaktionen sehr hohe Kaufpreise (z. B. von Facebook für Whatsapp gezahlter Kaufpreis von 19 Milliarden US-Dollar!).

Neuerung gilt nur für nationale Fusionskontrolle – auf europäischer Ebene wird dies bisher nur diskutiert.

IV. Verbotsvoraussetzungen (Art. 2 Abs. 3 FKVO) - Marktbeherrschungstest versus SLC-Test

(*Bundeskartellamt*, Das Untersagungskriterium in der Fusionskontrolle –Marktbeherrschende Stellung versus Substantial Lessening of Competition? (Diskussionspapier, Oktober 2001), abrufbar unter http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Diskussionsbeitraege/01_Proftag.pdf)

1. Überblick: Theoretische Konzeption

- Marktbeherrschungstest (§ 36 Abs. 1 GWB 2005) → bezieht sich auf die Stellung eines Unternehmens am Markt.
- SLC-Test (Sec. 7 Clayton Act) → stellt auf Wettbewerbsbeeinträchtigungen ab ("Substantial Lessening of Competiton").

2. Marktbeherrschungstest (§ 36 Abs. 1 GWB 2005)

Bis zur 8. GWB Novelle 2013 galt in Deutschland konzeptionell ein reiner Marktbeherrschungstest zur Entscheidung über die Genehmigung eines Zusammenschlussvorhabens. § 36 Abs. 1 GWB 2005 lautete wie folgt:

"Ein Zusammenschluss, von dem zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, ist vom Bundeskartellamt zu untersagen, es sei denn, die beteiligten Unternehmen weisen nach, dass durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und dass diese Verbesserungen die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen."

- Vorteil: Eine Wettbewerbsverschlechterung wird erst dann fusionskontrollrechtlich relevant, wenn ein Unternehmen den Markt beherrscht (→ klare Struktur).
- Kritik: Bestimmte Effekte, die zwar zu einer Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen führen, jedoch nicht zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, werden nicht erfasst. Dies gilt im Allgemeinen für Fälle, in denen die fusionierten Unternehmen zwar nicht den gesamten Markt beherrschen, gleichwohl aber in der Lage sind, auf oligopolistischen Märkten z. B. einseitig die Preise anzuheben oder die Produktion zu drosseln (unilaterale Effekte).

3. SLC - Substantial Lessening of Competition (USA, Sec. 7 Clayton Act)

Ein Zusammenschluss ist verboten, wenn er zu einer wesentlichen Verringerung des Wettbewerbs führt:

"No person engaged in commerce or in any activity affecting commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital and no person subject to the jurisdiction of the Federal Trade Commission shall acquire the whole or any part of the assets of another person engaged also in commerce or in any activity affecting commerce, where in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country, the effect of such acquisition may be **substantially to lessen competition**, or to tend to create a monopoly."

Dieses Untersagungskriterium ist grundsätzlich dazu geeignet, die negativen Wirkungen eines Zusammenschlusses auch dann zu erfassen, wenn sie nicht in der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung resultieren.

4. SIEC - Significant Impediment to Effective Competition (Art. 2 Abs. 3 FKVO 139/2004)

"Zusammenschlüsse, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde, insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung, sind für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar zu erklären."

- Kombination von SLC- und Marktbeherrschungskriterium (Kompromisslösung)
- Das Marktbeherrschungskriterium fungiert zwar nicht mehr als das eigentliche Untersagungskriterium, es ist aber ein Regelbeispiel für eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs und nach wie vor in den meisten Fällen ausschlaggebend.
- Das SIEC-Kriterium erlangt nur dann eigenständige Bedeutung, wenn ein Sonderfall gegeben ist, in dem sich die Begründung oder die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nicht nachweisen lässt, der aber ausnahmsweise dennoch zu einer Behinderung wirksamen Wettbewerbs führt.
- Durch die 8. GWB Novelle 2013 wurde der SIEC-Test ebenfalls in § 36 Abs. 1 GWB übernommen. Dadurch erfolgte eine weitgehende Angleichung der deutschen Rechtslage an den Prüfungsmaßstab der FKVO.
- Durch die Übernahme des SIEC-Tests aus der FKVO in das deutsche GWB kommt es hinsichtlich der Auslegung zu einer Orientierung an der europäischen Praxis. Ziel ist es, innerhalb der Union ein "level playing field" zu schaffen.
- Ob eine Vorlagepflicht bzw. -fähigkeit gemäß Art. 267 AEUV bzgl. der Auslegung des § 36 Abs. 1 GWB besteht, ist umstritten.¹¹⁶
- Ebenfalls besteht keine formelle Bindung an die Entscheidungspraxis der Unionsgerichte und der Kommission oder deren Leitlinien, Mitteilungen oder Bekanntmachungen.

¹¹⁶ Eine Vorlagefähigkeit bzw. -pflicht lehnen etwa *Immenga*, EuZW 2013, 761, 762 sowie *Bardong*, NZKart 2013, 303, 304 ab; a. A. beispielsweise *Säcker*, WuW 2010, 370, 374 (mit Fn. 32); *Esser/Höft*, NZKart 2013, 447, 456 f.

5. Der Babyfood-Fall als Beispiel

FTC v. Heinz, 116 F. Supp. 2d 190 (D.D.C. 2000), rev'd 246 F. 3d 708 (D.C.Cir. 2001) "Babyfood":

Heinz, nach Gerber und Beach-Nut drittgrößter Hersteller auf dem Markt für Babynahrung in den USA, sollte durch Milnot (Mutterunternehmen von Beach-Nut) erworben werden. Gemeinsam hätten Heinz und Beach-Nut einen Marktanteil von etwa 33% erreicht. Marktführer Gerber vereinnahmte mit einem Marktanteil von etwa 65% nahezu den ganzen Rest des Marktes. Amerikanische Supermärkte führten in der Regel nur zwei unterschiedliche Fabrikate von Babynahrung. Die Produkte des Marktführers Gerber galten dabei allerdings als so genanntes "must stock-item". Über 90% der amerikanischen Supermärkte führten diese Produkte. Insbesondere im Hinblick auf den zweiten Sortimentsplatz lieferten sich Beach-Nut und Heinz daher einen intensiven Konkurrenzkampf und sorgten somit gleichzeitig für ein niedriges Preisniveau. Darüber hinaus ging von diesem Preiskampf eine disziplinierende Wirkung auf den Marktführer Gerber aus. Dieser durfte den Preisabstand nicht allzu groß werden lassen. Nach Ansicht des FTC wäre bei einem Zusammenschluss von Beach-Nut und Heinz dieser Wettbewerb um den zweiten Sortimentsplatz jedoch entfallen. Dies hätte in der Folge auch den Wettbewerbsdruck auf Gerber erheblich verringert. Wäre eine Untersagung der Fusion auch auf der Grundlage des überkommenen Marktbeherrschungskriteriums möglich? (Engere Marktabgrenzung, Verstärkung der marktbe*herrschenden Stellung eines Dritten.*)

6. Unilaterale versus koordinierte Effekte

a) Unilaterale Effekte

Unter unilateralen Effekte versteht man diejenigen Auswirkungen auf den Wettbewerb, die auf einseitigen Unternehmensentscheidungen, insbesondere zur Erhöhung von Preisen oder zur Verringerung der Produktionsmenge, beruhen. Folgender Anreizmechanismus ist im Fall einer horizontalen Fusion der Unternehmen A und B denkbar: Nach einer Preiserhöhung durch A wechselt ein Teil der Kunden zu den Produkten von B. Damit werden etwaige Verluste aus dem Umsatzrückgang bei A möglicherweise überkompensiert.

Hierauf baut auch ein alternativer Ansatz zur Marktabgrenzung bei der Prüfung von Fusionen differenzierter Produkte auf. Der sog. **UPP-Test** (Upward Pricing Pressure), entwickelt von Joseph Farrell und Carl Shapiro¹¹⁷, misst den "Preiserhöhungsdruck" im Fall der hypothetischen Fusion der Anbieter von Produkten A und B unter Berücksichtigung des Teils der Nachfrage, die

-

¹¹⁷ Näher *Joseph Farrell* und *Carl Shapiro* (2010) "Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition," The B.E. Journal of Theoretical Economics: Vol. 10: Iss. 1.

im Fall der Preiserhöhung von Produkt A zu Produkt B wechselt und damit die Preiserhöhung trotz des Nachfragerückgangs bei Produkt A rentabel macht.

Insbesondere auf oligopolistischen Märkten kann es auch ohne Vorliegen oder Begründung einer (kollektiv oder einzel-)marktbeherrschenden Stellung zu einer erheblichen Behinderung von wirksamem Wettbewerb insbesondere in Form unilateraler Effekte kommen. Diese angebliche Lücke ("gap cases") war Anlass für den oben geschilderten Übergang vom reinen Marktbeherrschungs- zum SIEC-Test.

b) Koordinierte Effekte

Theoretisch vorstellbar erscheint eine Marktsituation, in der es für die beteiligten Unternehmen eine wirtschaftlich sinnvolle und deshalb vorzugswürdige Strategie darstellt, suprakompetitive Preise unabhängig von einer Form der Kommunikation miteinander zu setzen.¹¹⁹ Die Kommission hält das Vorliegen von drei Voraussetzungen für mindestens erforderlich:

"[Es] müssen drei Bedingungen erfüllt sein, damit die Koordinierung nachhaltig ist. Erstens müssen die koordinierenden Unternehmen in ausreichendem Maße überwachen können, ob die Koordinierungsmodalitäten befolgt werden. Zweitens erfordert die Koordinierungsdisziplin, dass glaubhafte Abschreckungsmechanismen greifen, wenn eine Abweichung zutage tritt. Drittens dürfen die Reaktionen von Außenstehenden wie z. B. der zeitige und zukünftige Wettbewerber, die an der Abstimmung nicht teilnehmen, sowie der Kunden die mit der Koordinierung erwarteten Ergebnisse nicht gefährden."¹²⁰

7. Wettbewerbliche Auswirkungen von Fusionen nach Fallgruppen

Da die meisten Unternehmen auf einer Vielzahl von Märkten aktiv sind, weist ein Zusammenschluss in der Praxis häufig eine Kombination von horizontalen, vertikalen und konglomeraten Wirkungen auf:

a) Horizontale Zusammenschlüsse

Sie stehen im Vordergrund der Anwendungspraxis der Kartellbehörden. In Betracht kommen in erster Linie Zusammenschlüsse zwischen aktuellen Wettbewerbern. Hier lässt sich an der Addition der Marktanteile und unter Berücksichtigung des Abstands zu den verbleibenden Wettbewerbern die u. U. geballte Marktmacht der fusionierten Einheit ablesen. Sie kann insbesondere zulasten von Lieferanten und Abnehmern eingesetzt werden. Es drohen u. U. Preiserhöhungen bzw. Preissenkungen.

¹¹⁸ Näher IM-GWB/*Thomas*, 5. Aufl. 2014, GWB § 36 Rn. 287 – 297.

¹¹⁹ Dazu Kommission, Leitlinien für horizontale Zusammenschlüsse, Rn. 39 ff.

¹²⁰ Kommission, Leitlinien für horizontale Zusammenschlüsse, Rn. 41.

Im Hinblick auf Marktanteile sind die Vermutungen in § 18 GWB von Bedeutung. Weitere Faktoren sind u. a. Marktzutrittsschranken, Marktstärke der Marktgegenseite, finanzielle Ressourcen etc. (vgl. § 18 GWB).

Die Kommission ermittelt den Konzentrationsgrad von Märkten häufig auf der Grundlage des **Herfindahl-Hirschman-Index (HHI).** Hierbei wird das Quadrat der Marktanteile (möglichst) sämtlicher Unternehmen auf dem relevanten Markt addiert.¹²¹

Bsp.: Ein Markt mit den Unternehmen A, B, C, D und E, deren Marktanteile 40, 30, 15, 10 und 5 % betragen, hat einen HHI von $2.650 (40^2 + 30^2 + 15^2 + 10^2 + 5^2 = 2.650)$.

Je geringer der HHI, desto geringer sind die wettbewerblichen Bedenken gegen die Fusion. Ein Wert unter 1.000 nach der Fusion gilt als unproblematisch. 122

Neben dem absoluten Wert kommt auch der Differenz zwischen dem HHI vor und nach der Fusion Bedeutung zu (sog. Delta). Delta-Werte unter 250 bzw. bei höherem absoluten Konzentrationsgrad unter 150 deuten tendenziell auf geringe wettbewerbliche Risiken der Fusion hin.

Im Beispielsfall handelt es sich um einen verhältnismäßig stark konzentrierten Markt. Im Fall einer Fusion auch nur der Unternehmen D und E stiege der HHI auf immerhin 2.950 (= $40^2 + 30^2 + 15^2 + 15^2$), womit das Delta ebenfalls bei 300 läge.

In einigen Fällen kommt es auch zur Verhinderung von potentiellem Wettbewerb.

Bsp.: Fusion zwischen dem Originalpräparatehersteller O und dem Generikahersteller G.

b) Vertikale Zusammenschlüsse

Als mögliche Folge von vertikalen Zusammenschlüssen kommt die Gefahr der Marktabschottung (market foreclosure) in Betracht.¹²³ Die Absatz- oder Bezugsmöglichkeiten des fusionierenden Einheit werden erweitert, die der Wettbewerber entsprechend reduziert.¹²⁴ Für Abnehmer oder Endverbraucher kann es zu einer Verringerung der Auswahlmöglichkeiten kommen.¹²⁵ Zu dieser Wirkung kommt es insbesondere dann, wenn

¹²¹ Kommission, Leitlinien für horizontale Zusammenschlüsse, Rn. 16.

¹²² Kommission, Leitlinien für horizontale Zusammenschlüsse, Rn. 19.

¹²³ Monopolkommission, V. Hauptgutachten 1982/1983, Rz. 725 ff.

¹²⁴ *Monopolkommission,* aaO, Rz. 726. Außerdem kann es zu einer Erhöhung der Marktzutrittsschranken kommen (ebenda, Rz. 727, vgl. auch Rz. 737ff.).

¹²⁵ Vgl. *Wagner-von Papp, F.*, in: Langenbucher, K. (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 2005, 400, 431 (zu vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen).

eine große Zahl von Händlern seine Waren nur noch von einer kleinen Zahl von Lieferanten bezieht.

Bsp. 1: Der Softdrinkhersteller S erwirbt die Fastfood-Kette F. In Der Folge dürften Konkurrenten des S Schwierigkeiten haben, ihre Getränke über F zu vertreiben. Das gilt jedenfalls dann, wenn die Getränke des S nicht wesentlich teurer oder wesentlich unbeliebter sind als diejenigen der Wettbewerber.

Bsp. 2¹²⁶: Der Stahlhersteller S schließt sich mit L, dem wichtigsten Lieferanten von Eisenerz, einem Vorprodukt für die Stahlherstellung, zusammen. In der Folge könnte L die Belieferung von Wettbewerbern des S einstellen. Auch hier ist einschränkend anzumerken, dass der Anreiz zur Marktabschottung für die fusionierte Einheit nur dann besteht, wenn sich der Verzicht auf die Belieferung an die Konkurrenten des S für L lohnt. Das ist etwa dann eher unwahrscheinlich, wenn die Produktionskapazitäten des L deutlich größer als der Eisenerzbedarf des S ist.

Bsp. 3¹²⁸: Erwerb des Vermögens der Lazar GmbH durch die Tönnies Holding.

Tönnies ist in Deutschland das mit Abstand führende Unternehmen der Schlacht- und Fleischindustrie.

Die Lazar-Gruppe ist als Personaldienstleister für Schlachtbetriebe tätig. Das Unternehmen schließt Werkverträge mit Herstellern von Fleisch- und Wurstwaren, u.a. auch Tönnies, für bestimmte Schlachtarbeiten. Zur Erfüllung dieser Werkverträge setzt das Unternehmen seine eigenen Arbeitnehmer ein. Dabei handelt es sich um speziell für die Arbeit in Schlachtbetrieben ausgebildete Arbeitskräfte, sogenannte "Zerleger", die ganz überwiegend aus Südosteuropa stammen. Lazar organisiert den Arbeitskräfte-Transfer in die verschiedenen Betriebe.

Nachdem die Arbeits- und Lebensbedingungen der südosteuropäischen Werkvertrags-Arbeitnehmer seit längerem in der Kritik standen und sich im Frühsommer 2020 vermehrt große Corona-Ausbrüche in der Schlachtindustrie zeigten, hat das Bundeskabinett am 29. Juli 2020 den Gesetzentwurf zu einem "Arbeitsschutzkontrollgesetz" gebilligt, wonach in größeren Schlachtbetrieben ab 2021 der Einsatz von fremden Arbeitern verboten wird. Am selben Tag hat Tönnies beim Bundeskartellamt das Vorhaben angemeldet, das Vermögen (u.a. Werkverträge, Mietverträge) der Lazar GmbH und der TL-Lazar GmbH zu erwerben, um deren rund 350 Arbeitnehmer künftig sowohl im eigenen Betrieb einstellen als auch an Dritte vermitteln zu können.

Durch die ursprünglich geplante Übernahme beider Lazar-Gesellschaften hätte Tönnies sowohl die spezialisierten Arbeitskräfte übernommen, die bislang bereits in Tönnies Betrie-

¹²⁶ Nach *Kling/Thomas*, Kartellrecht, § 8 Rn. 265.

¹²⁷ Nach Kling/Thomas, Kartellrecht, § 8 Rn. 266.

¹²⁸ BKartA, Pressemitteilung vom 27.8.2020.

ben eingesetzt wurden, als auch jene, die bislang in Betrieben von mittelständischen Wettbewerbern von Tönnies tätig waren. Damit hätte Tönnies seine eigene Marktposition zum Nachteil der Konkurrenten weiter stärken können. Nachdem das Bundeskartellamt gewisse Bedenken geltend gemacht hat, wurde die ursprüngliche Anmeldung zurückgenommen. Das Übernahmevorhaben beschränkt sich nun auf die Lazar GmbH und damit auf diejenigen Arbeitskräfte, die bisher schon bei Tönnies selbst eingesetzt sind. Daher kommt es nunmehr zu einer "wettbewerbsneutrale Übernahme" lediglich solcher Arbeitnehmer, "die bisher schon bei der Tönnies-Gruppe selbst eingesetzt sind. Dadurch wird eine Verstärkung der Tönnies-Gruppe zu Lasten mittelständischer Wettbewerber von vornherein ausgeschlossen." (Mundt)

c) Konglomerater Zusammenschluss

In den übrigen Fällen spricht man von konglomeraten Zusammenschlüssen (Zusammenschlüsse zwischen Unternehmen, die weder Wettbewerber sind noch der jeweils voroder nachgelagerten Marktstufe angehören). Hier ist die Wahrscheinlichkeit einer Wettbewerbsbeschränkung vergleichsweise gering. Denkbar sind zudem Kopplungs- oder Bündelungsstrategien. Prominente Beispiele sind die Verfahren *Springer/ProSieben-Sat.1*130 aus der deutschen und *Tetra Laval/Sidel*131 aus der europäischen Fusionskontrollpraxis.

V. Verfahren der Fusionskontrolle

1. Anmeldeerfordernis und Vollzugsverbot

Aus dem Grundsatz der präventiven Zusammenschlusskontrolle folgt, dass Fusionsvorhaben, die die entsprechenden Schwellenwerte überschreiten (siehe dazu oben, Teil III.), vor ihrem Vollzug bei der zuständigen Behörde (z. B. Kommission oder Bundeskartellamt) anzumelden sind, vgl. Art. 4 Abs. 1 FKVO bzw. § 39 Abs. 1 GWB. Bis zu einer Freigabeentscheidung der zuständigen Wettbewerbsbehörde darf der geplante Zusammenschluss nicht vollzogen werden (sog. Vollzugsverbot, Art. 7 Abs. 1 FKVO bzw. § 41 Abs. 1 GWB).

¹

¹²⁹ Vgl. *Monopolkommission*, V. Hauptgutachten 1982/1983, Rz. 733, 735ff; *EuG*, 25.10.2002 (*Tetra Laval BV/Kommission*), Slg. 2002 2002, II-4381, 4446 (=Rz. 155). Ausführlich zu möglichen wettbewerbsschädlichen Wirkungen (mit zahlreichen Beispielen aus der US-amerikanischen Praxis) *Möschel, W.*, RabelsZ 1980, 203, 217ff.

¹³⁰ Bundeskartellamt, 19.1.2006 (Springer/ProSiebenSat.1), WuW/E DE-V 1163.

 $^{^{131}}$ Kommission, 30.10.2001 (*Tetra Laval/Sidel*), Abl.EU Nr. L 43 v. 13.2.2004, 13; *EuG*, 25.10.2002 (*Tetra Laval BV/Kommission*), Slg. 2002 2002, II-4381; *EuGH*, 15.2.2005 (*Kommission/Tetra Laval*), WuW/E EU-R 875. Siehe schon oben *Kap. 2 B IV*.

Bsp.: Fusion der unterfränkischen Eisdielen¹³²

Mateo Moreno betreibt in Würzburg ganzjährig eine von acht in etwa gleich stark frequentierten Eisdielen, an die er noch ein Café und eine kleine Konditorei angeschlossen hat. Mit seiner Eisdiele samt Café und Konditorei erwirtschaftet Mateo jährlich einen Umsatz von 200.000 EUR. Ihm wird im 20 km entfernten Ochsenfurt eine weitere Eisdiele zum Kauf angeboten. Diese beschränkt sich auf die Herstellung und den Verkauf von Eis, ist nur im Sommerhalbjahr geöffnet und erzielt bislang einen Jahresumsatz von 50.000 EUR, während die beiden konkurrierenden Ochsenfurter Eisdielen auf 70.000 bzw. 80.000 EUR Jahresumsatz kommen. Mateo reizt das Angebot durchaus, er erwartet aber Ärger mit den Wettbewerbsbehörden.

- 1. Mateo will wissen, ob er sich vorhalten lassen muss, er verstärke durch die Erweiterung seiner Aktivitäten verbotenerweise seine schon jetzt starke Marktstellung als Eisverkäufer.
- 2. Zudem fürchtet Mateo sich vor "Papierkram", der mit einem etwaigen Genehmigungsverfahren verbunden sein könnte. Mateo will daher wissen, ob er das Vorhaben der Eisdielenübernahme bei der "Landes- oder Bundeskartellbehörde" oder – weil er als Spanier in Deutschland italienisches Eis verkauft – möglicherweise sogar bei der "Europäischen Union" anmelden muss.

2. Vor- und Hauptprüfverfahren

Im Rahmen der Prüfung angemeldeter Zusammenschlussvorhaben unterscheidet man grundsätzlich zwei verschiedene Phasen: Das Vorprüfverfahren (auch Phase I-Verfahren) sowie das Hauptprüfverfahren (auch Phase II-Verfahren).

Überblick über das europäische Fusionskontrollverfahren:

a) Phase I-Prüfung

- Mehr als 90 % aller angemeldeten Fusionen werden in einer Phase I-Entscheidung freigegeben
- Prüffrist für die Kommission: 25 Arbeitstage (mögliche Verlängerung um 10 weitere Arbeitstage, falls Fusionsparteien bereits in Phase I Zusagen machen, um etwaige Wettbewerbsbedenken auszuräumen)

¹³² Originalaufgabe aus der Abschlussklausur Kartellrecht II im SoSe 2019.

- Behördliche Maßnahmen zur Einholung von Informationen z. B. Fragebögen an Marktteilnehmer zu wettbewerblichen Auswirkungen des Vorhabens, Fragebögen zu etwaigen vorgeschlagenen Zusagen ("Markttest")
- Mögliche Entscheidungen in Phase I:
 - Art. 6 Abs. 1 a) FKVO: Angemeldeter Zusammenschluss fällt nicht unter die FKVO → Keine weitere Prüfung
 - Art. 6 Abs. 1 b) FKVO: Angemeldeter Zusammenschluss gibt keinen Anlass zu ernsthaften Wettbewerbsbedenken → Freigabe des Zusammenschlusses
 - Art. 6 Abs. 1 b) i.V.m. Art 6 Abs. 2 FKVO: Angemeldeter Zusammenschluss gab Anlass zu ernsthaften Bedenken, diese werden jedoch durch entsprechende Zusagen der Fusionsparteien ausgeräumt → Freigabe des Zusammenschlusses mit Abhilfemaßnahmen (= Nebenbestimmungen, d.h. die von den Fusionsparteien getätigten Zusagen werden in Form von Bedingungen und/oder Auflagen für rechtlich verbindlich erklärt)¹³³
 - Art. 6 Abs. 1 c) FKVO: Angemeldeter Zusammenschluss gibt Anlass zu ernsthaften Bedenken und Fusionsparteien bieten keine oder nur unzureichende Zusagen an → Einleitung des Hauptprüfverfahrens (Phase II)

b) Phase II-Prüfung

- Ausführlichere Prüfung der wettbewerblichen Auswirkungen des Zusammenschlusses
- Einholen zusätzlicher Informationen (einschließlich interner Dokumente der Fusionsparteien), Anwendung ökonomischer Modelle und Studien, ausführlichere Fragebögen an Marktteilnehmer als in Phase I, Möglichkeit der Berücksichtigung von fusionsspezifischen Effizienzen
- Prüffrist: Grundsätzlich 90 Arbeitstage nach Einleitung des Hauptverfahrens (Möglichkeit der Verlängerung um 15 weitere Arbeitstage, falls Unternehmen in Phase II Zusagen anbieten, weitere fakultative Verlängerungsmöglichkeiten)
- Mögliche abschließende Entscheidungen in Phase II:
 - Art. 8 Abs. 1 FKVO: Freigabe des Zusammenschlusses (ohne Nebenbestimmungen), falls dieser nach Ansicht der Kommission den wirksamen Wettbewerb im Gemeinsamen Markt nicht erheblich behindert (SIEC-Kriterium)
 - Art. 8 Abs. 2 FKVO: Freigabe des Zusammenschlusses mit Nebenbestimmungen (= Abhilfemaßnahmen), nachdem die Kommission zum Ergebnis kam, dass der Zusammenschluss den

¹³³ Insoweit besteht ein wesentlicher Unterschied zu Fusionskontrollverfahren vor dem Bundeskartellamt. Letzteres ist nicht berechtigt, Fusionen in Phase I mit Nebenbestimmungen freizugeben. Das Amt muss also stets ein Phase II-Verfahren einleiten, wenn ein geplanter Zusammenschluss Anlass zu ernsthaften Bedenken gibt.

- wirksamen Wettbewerb im Gemeinsamen Markt erheblich behindern würde und die Fusionsparteien entsprechende Zusagen tätigten, um die ermittelten Wettbewerbsbedenken vollständig auszuräumen
- Art. 8 Abs. 3 FKVO: Untersagung des Zusammenschlusses, falls dieser zu einer erheblichen Behinderung des wirksamen Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt führen würde, die Fusionsparteien jedoch keine oder nur unzureichende Zusagen anbieten.

3. Abhilfemaßnahmen

(Siehe dazu die Mitteilung der Kommission über nach der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission zulässige Abhilfemaßnahmen, ABl. EU C 267 v. 22.10.2008, S. 1 ff. sowie Bundeskartellamt, Leitfaden Zusagen in der Fusionskontrolle, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Leitfaden/Leitfaden%20-%20Zusagen%20in%20der%20Fusionskontrolle.html)

a) Überblick

Bei fusionskontrollrechtlichen Abhilfemaßnahmen handelt es sich um (verwaltungsrechtliche) Nebenbestimmungen, die die Genehmigungsentscheidung flankieren. Ziel der Abhilfemaßnahmen ist es, ein angemeldetes Zusammenschlussvorhaben, das erhebliche Wettbewerbsbedenken aufweist, in einem bestimmten Maße zu modifizieren, sodass die ermittelten Bedenken ausgeräumt werden und wettbewerbliche Marktstrukturen im Anschluss an die Fusion gewährleistet werden können.

b) Verfahren

In der Praxis machen die Fusionsparteien bestimmte Zusagen, die dann von der Wettbewerbsbehörde in Form von Bedingungen und/oder Auflagen für rechtlich verbindlich erklärt werden. Die Zusagen müssen von den Unternehmen selbst kommen. Weder die Kommission noch das Bundeskartellamt sind berechtigt, den Fusionsparteien einseitig bestimmte Maßnahmen vorzuschreiben. Im Vergleich zur Untersagung ist die Freigabe mit Abhilfemaßnahmen das mildere Mittel und deshalb grundsätzlich die vorrangig zu ergreifende Maßnahme, soweit die Zusagen der Fusionsparteien nach Einschätzung der Wettbewerbsbehörde ausreichen, die Bedenken zu beseitigen. Gerade in den Zusammenschlussverfahren vor der Kommission sind Freigabeentscheidungen mit Abhilfemaßnahmen von deutlich größerer praktischer Relevanz als Untersagungsentscheidungen. 134 Dies ist auch darauf zurückzuführen, dass auf europäischer Ebene – im Gegensatz

⁻

¹³⁴ Siehe dazu die Statistik hinsichtlich der Fusionsentscheidungen auf der Internetseite der Generaldirektion Wettbewerb, abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/mergers/overview_en.html.

zu Verfahren vor dem Bundeskartellamt – Zusagen nicht nur in Phase II, sondern auch in Phase I des Verfahrens angeboten werden können.

Nachdem die Fusionsparteien bestimmte Zusagenvorschläge unterbreitet haben, ist es Sache der Wettbewerbsbehörde, zu prüfen, ob diese geeignet sind, die Wettbewerbsbedenken auszuräumen. Dabei berücksichtigt die Behörde auch die Einschätzung anderer Marktteilnehmer (z. B. Wettbewerber und Abnehmer der Fusionsparteien) zu den Zusagenvorschlägen (sog. "Markttest").

c) Mögliche Zusagenarten

Die Kommission unterscheidet grundsätzlich drei Arten von Zusagen:

- Veräußerungszusagen
- Andere Abhilfemaßnahmen struktureller Art (z. B. Gewährung des diskriminierungsfreien Zugangs zu einer wichtigen Infrastruktur wie etwa Mobilfunk- oder Kabelnetzen, Änderung langfristiger Ausschließlichkeitsvereinbarungen)
- Reine Verhaltenszusagen (z. B. Belieferung mit einem bestimmten Produkt, Beschränkungen hinsichtlich des künftigen Geschäftsverhaltens)

Die Kommission hält – wie auch das Bundeskartellamt – Veräußerungszusagen regelmäßig für am besten geeignet, da diese eine strukturelle Maßnahme darstellen, mit der ein Wettbewerber (der Erwerber der zu veräußernden Unternehmenseinheit) unmittelbar gestärkt wird. Zudem ist die Behörde nach der erfolgten Veräußerung in der Regel nicht mit weiteren Kontrollpflichten belastet.

Reine Verhaltenszusagen werden hingegen kritisch beäugt. Ihnen wird teilweise die Eignung zu einer Behebung der strukturellen Wettbewerbsprobleme abgesprochen. Zudem handelt es sich dabei um mehrjährige Verhaltensvorgaben, deren Einhaltung von der Wettbewerbsbehörde und/oder eigens dafür eingeschalteten Überwachungstreuhändern kontrolliert werden muss. In Deutschland bestimmt § 40 Abs. 3 S. 2 GWB ausdrücklich, dass fusionskontrollrechtliche Nebenbestimmungen nicht zu einer laufenden Verhaltenskontrolle führen dürfen.

4. Rechtsschutz im Verfahren vor der Kartellbehörde

a) Fusionsparteien

- Möglichkeit, sich zu Einwänden zu äußern (Art. 18 Abs. 1 FKVO).
- Zugang zu den Akten (Art. 18 Abs. 3 FKVO).

b) Drittbetroffene (z. B. Wettbewerber, Abnehmer, Zulieferer)

Natürliche oder juristische Personen, die ein ausreichendes Interesse haben, insbesondere Mitglieder der Verwaltungs- oder Leitungsorgane der betreffenden Unternehmen oder die anerkannten Vertreter ihrer Arbeitnehmer, haben auf Antrag Anspruch auf Anhörung (Art. 18 Abs. 4 FKVO).

5. Gerichtlicher Rechtsschutz

a) Fusionsparteien

Nichtigkeitsklage (Art. 263 Abs. 4 AEUV) bzw. Anfechtungsbeschwerde (§ 73 Abs. 2 GWB) gegen Untersagungsentscheidung der Europäischen Kommission bzw. des Bundeskartellamts.

b) Drittbetroffene

Nichtigkeitsklage (Art. 263 Abs. 4 AEUV) bzw. Anfechtungsbeschwerde (§ 73 Abs. 2 GWB) gegen Freigabeverfügung.

Beachte: Das BKartA erlässt ausschließlich im Haupt-, nicht im Vorprüfverfahren eine von dritten Parteien anfechtbare "Verfügung", § 40 Abs. 2 S. 1 GWB.

VI. Besonderheiten der deutschen formellen und materiellen Fusionskontrolle

1. Anmeldeverfügung (§ 39a GWB)

Das Bundeskartellamt soll in die Lage versetzt werdne, wettbewerblich potenziell relevante Zusammenschlüsse, die bislang nicht der Fusionskontrolle unterliegen, einer Prüfung zu unterzieh. Die neue Anmeldeverfügung in § 39a GWB erlaubt es dem Bundeskartellamt, Unternehmen zu verpflichten, bestimmte Zusammenschlussvorhaben zukünftig anzumelden, auch wenn diese unterhalb der bestehenden Umsatzschwellen liegen. Mit dieser, in ihrem Anwendungsbereich wohl beschränkten Regelung betritt der deutsche Gesetzgeber Neuland.

Voraussetzungen:

- objektiv nachvollziehbare Anhaltspunkte für eine erhebliche Behinderung des Wettbewerbs im Inland auf den in der Verfügung genannten Wirtschaftszweigen
- Bestimmte **Umsatzschwellenwerte** aufseiten des Erwerbers und des Zielunternehmens
- Zielunternehmen muss einen 15 % Anteil am Angebot oder der Nachfrage haben (vgl. den Share-of-supply-Test der Fusionskontrolle des UK)

Vorherige Durchführung einer Sektoruntersuchung iSd § 32e GWB

Näher Becker, in Bien/Käseberg/Klumpe/Körber/Ost, Die 10. GWB-Novelle, Kapitel 5 C.

2. Abwägungsklausel (§ 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 GWB)

Die Abwägungsklausel des § 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 GWB ist eine Besonderheit der deutschen Fusionskontrolle, nach der ein Zusammenschluss, der das SIEC-Kriterium erfüllt, dennoch nicht zu untersagen ist, wenn die Fusionsparteien nachweisen, dass die wettbewerblichen Nachteile durch wettbewerbliche Vorteile überwogen werden, die sich ebenfalls aus der Fusion ergeben (Kausalzusammenhang erforderlich!). Die Fusionsparteien tragen die Beweislast für das Vorliegen dieser Voraussetzungen.¹³⁵

Bsp.: Erwerb der Mediengruppe Frankfurt durch die Ippen-Gruppe

Er wurde vom BKartA am 5. März 2018 freigegeben. ¹³⁶ Zu den Zeitungstiteln der Mediengruppe Frankfurt gehören die "Frankfurter Neue Presse" und die "Frankfurter Rundschau". Erworben wurde ebenfalls das Anzeigenblatt "Mix am Mittwoch". Die Veräußerin der Mediengruppe Frankfurt, die FAZ-Gruppe, verfügte vor der Veräußerung auf dem Lesermarkt Frankfurt mit den drei Titeln "Frankfurter Neue Presse", "Frankfurter Rundschau" und der Regionalausgabe der "Frankfurter Allgemeine Zeitung" über ein Monopol. Nach dem Zusammenschluss stehen "Frankfurter Neue Presse" und "Frankfurter Rundschau" in einem Wettbewerbsverhältnis zur Regionalausgabe der "Frankfurter Allgemeine Zeitung". Dabei waren die Verbesserungen auf dem Lesermarkt "Stadt Frankfurt" deutlich gewichtiger als etwaige Verschlechterungen in einzelnen Gemeinden des Landkreises Offenbach, der Stadt Offenbach oder des Wetter-aukreises, so dass das Zusammenschlussvorhaben freizugeben war.

Grundsätzlich sind nur wettbewerbsbezogene Verbesserungen struktureller Art berücksichtigungsfähig. Nicht in Betracht kommen deshalb allgemeine gesamtwirtschaftliche Vorteile oder die Erhaltung von Arbeitsplätzen (→ Ministererlaubnis, § 42 GWB).

Nach Ansicht des Bundeskartellamts ist die Abwägungsklausel darüber hinaus nur dann anwendbar, wenn die gegenüberzustellenden positiven und negativen Auswirkungen des Zusammenschlusses auf verschiedenen Märkten auftreten. Treten diese in ein und demselben Markt auf, seien die fusionsbedingten Verbesserungen bereits bei der Frage

-

 $^{^{135}\,}Bechtold/Bosch$, Kartellgesetz – GWB, Kommentar, 9. Aufl. 2018, § 36 Rn. 40.

¹³⁶ Siehe Tätigkeitsbericht des BKartA 2017/18, BT-Drucks. 19/10900, S. 92.

zu berücksichtigen, ob der Zusammenschluss überhaupt zu einer erheblichen Behinderung des wirksamen Wettbewerbs führt.¹³⁷

Die Europäische Kommission könnte diese Konstellation theoretisch (!) unter dem Gesichtspunkt der "Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts" (Art. 2 FKVO) zugunsten der Fusionsparteien berücksichtigen.

3. Bagatellmarktklausel (§ 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 GWB)

Fusionen auf sog. Bagatellmärkten sind anmeldungspflichtig. Die Freigabe kann aber nicht versagt werden, wenn wirksamer Wettbewerb nur auf Bagatellmärkten, denen eine gesamtwirtschaftlich nur geringe Bedeutung zukommt (fragwürdig!), erheblich behindert wird. Unter Bagatellmärkten versteht der Gesetzgeber solche Märkte, auf denen "seit mindestens fünf Jahren Waren oder gewerbliche Leistungen angeboten werden und auf [denen] im letzten Kalenderjahr weniger als 20 Millionen Euro umgesetzt wurden […]".

Bsp. 1: Bagatellmärkte sind die regionalen Märkte für Altglasaufbereitung (BKartA, B4-31/17 - Rhenus Recycling/G.R.I. Glasrecycling), nicht:

Bsp. 2: Märkte für den Vertrieb technischer Schiffsausrüstung (Schiffskrane, Winden, Tore usw.); kein Bagatellmarkt: Weltweiter Markt für die Reparatur und Wartung von Schiffskranen (BKartA, B5-99/18 - Cargotec Oyj/GB Marine Cargo Handling Solutions der TTS Group ASA)

Mit der 9. GWB-Novelle 2017 wurden zwei Gegenausnahmen in § 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Hs. 2 GWB eingefügt. So soll die Bagatellmarktklausel nicht für Fusionen gelten, die nur aufgrund der neuen transaktionsbezogenen Aufgreifschwelle des § 35 Abs. 1a GWB kontrollpflichtig sind (Grund: § 35 Abs. 1a GWB könnte sonst ins Leere laufen). Das Gleiche gilt für Märkte im Sinne von § 18 Abs. 2a GWB (Märkte, die von unentgeltlichen Leistungserbringungen geprägt sind). Die 10. GWB-Novelle 2021 hat den Anwendungsbereich durch die Anhebung der Umsatzgrenze von 15 auf 20 Mio. EUR einerseits verkleinert; andererseits schreibt sie nunmehr die gebündelte Betrachtung mehrerer Märkte (bislang "Markt" im Singular) vor, sodass die Untersagung von Zusammenschlussvorhaben ermöglicht wird, wenn eine Wettbewerbsbeschränkung parallel auf einer Vielzahl von Bagatellmärkten droht (näher *Fülling*, in Bien/Käseberg/Klumpe/Körber/Ost, Die 10. GWB-Novelle, Kapitel 5).

90

¹³⁷ Bundeskartellamt, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle (2012), Rn. 191; a. A. *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 5. Aufl. 2014, § 36 Rn. 721 ff. und *Bechtold/Bosch*, Kartellgesetz – GWB, Kommentar, 9. Aufl. 2018, Rn. 41 f., die die Abwägungsklausel auch dann anwenden möchten, wenn die positiven Auswirkungen in dem von den Wettbewerbsbehinderungen betroffenen Markt auftreten

4. Pressesanierungsklausel, § 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 GWB

Mit der 8. GWB-Novelle 2013 wurde mit § 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 GWB eine Sonderregelung für Sanierungsfusionen auf den Pressemärkten eingeführt. Im Hinblick auf eine Erhaltung der Pressevielfalt soll die Vorschrift Zusammenschlüsse von insolvenzgefährdeten kleineren Zeitungsverlagen mit größeren Wettbewerbern erleichtern.

5. Ministererlaubnis (§ 42 GWB)

Der Bundesminister für Wirtschaft und Energie kann nach § 42 Abs. 1 GWB einen Zusammenschluss, den das Bundeskartellamt wegen erheblicher wettbewerblicher Bedenken zunächst untersagt hat, unter bestimmten Umständen dennoch freigeben (ggf. mit speziellen Bedingungen und/oder Auflagen, § 42 Abs. 2 GWB). Im Rahmen der sog. Ministererlaubnis können also ausnahmsweise außerwettbewerbliche Faktoren in der Zusammenschlussprüfung berücksichtigt werden und etwaige Wettbewerbsbedenken im Einzelfall zurücktreten lassen. In bisher 23 Ministererlaubnisverfahren wurden zehn Zusammenschlüsse genehmigt (Nichterteilung der Erlaubnis in sechs Fällen, Rücknahme der Anträge auf Ministererlaubnis in sieben Fällen).

Besonders umstrittene Fälle:

- VEBA/Gelsenberg (1974),
- Thyssen/Hüller-Hille (1977),
- VEBA/BP (1978),
- Daimler/MBB (1989),
- E.ON/Ruhrgas (2002)
- Edeka/Kaiser's Tengelmann (2016).

Die Voraussetzungen für eine solche Ministererlaubnis sind insbesondere:

- Antrag der Fusionsparteien
- Wettbewerbsbeschränkungen werden von gesamtwirtschaftlichen Vorteilen der Fusion aufgewogen oder der Zusammenschluss ist durch ein überragendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt (in der bisherigen Praxis u.a. anerkannt: langfristige Sicherung der Energieversorgung, Stärkung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit deutscher Unternehmen, Sicherung von Arbeitsplätzen, Sicherung der medizinischen Versorgung und Forschung, Energiewende)
- Einholen einer Stellungnahme der Monopolkommission vor der Entscheidung, § 42 Abs. 5 S. 1 GWB → die Stellungnahme bindet den Minister nicht, siehe aber § 42 Abs. 1 S. 4 GWB (neu eingefügt im Rahmen der 9. GWB-Novelle 2017): Falls die Entscheidung des Ministers vom Votum der Monopolkommission abweicht, ist dies in der Verfügung gesondert zu begründen!

Siehe auch *Bien*, Gibt es Alternativen zur Ministererlaubnis?, NZKart 2016, S. 445 f.. Zur Diskussion, ob sich die Einführung einer Ministererlaubnis auf europäischer Ebene empfiehlt: *Bien*, Vers une autorisation 'ministérielle' dans la procédure européenne de contrôle des fusions? Un point de vue allemand, Concurrences 2019/2, S. 2 – 9.

Bsp.: Total/OMV - BGH, Beschl. v. 6.12.2011, KVR 95/10¹³⁸

Die Total Deutschland GmbH (nachfolgend Total) beabsichtigte im Jahr 2008 von der OMV Deutschland GmbH (nachfolgend OMV) 59 Tankstellenbetriebe in den neuen Bundesländern Sachsen und Thüringen zu erwerben. Durch den Verkauf würde sich OMV ganz aus diesen Bundesländern zurückziehen. Sowohl Total als auch OMV sind Mineralölunternehmen, die auf verschiedenen Stufen der Mineralölproduktion und des Mineralölvertriebs tätig sind. Total betreibt neben einem bundesweiten Tankstellennetz auch verschiedene Raffinerien und Tanklager. OMV ist dagegen insbesondere in Süd- und Ostdeutschland tätig und unterhält neben einem Tankstellennetz auch eine Raffinerie in Bayern. Am 08. Dezember 2008 wurde das Zusammenschlussvorhaben von Total angemeldet.

Mit Beschluss vom 29. April 2010 untersagte das Bundeskartellamt jedoch dieses Vorhaben und begründete seine Entscheidung damit, dass das bereits bestehende marktbeherrschende Oligopol ansonsten deutlich verstärkt würde. Auf Beschwerde der beteiligten Unternehmen hob das OLG Düsseldorf mit Beschluss vom 04. August 2010 die Untersagungsverfügung des Bundeskartellamtes auf. Es führte aus, dass in einigen der regionalen Märkten die Oligopolvermutung aufgrund der gemeinsamen Marktanteile der fünf großen Mineralölunternehmen von mindestens zwei Drittel zwar erfüllt sei, die beteiligten Unternehmen aber den Nachweis über das Stattfinden von wesentlichem Wettbewerb erbringen konnten. Dies führe entsprechend zur Widerlegung der Oligopolvermutung. Im Ergebnis bestehe daher weder ein marktbeherrschendes Oligopol noch werde ein solches durch den Zusammenschluss geschaffen.

Der BGH hob die Entscheidung des OLG Düsseldorf mit Beschluss vom 06. Dezember 2011 auf und ver-wies die Sache zur neuen Verhandlung an das OLG Düsseldorf zurück. Zwar hatte sich das Zusammen-schlussvorhaben im Rechtsbeschwerdeverfahren durch einen anderweitigen Verkauf der der Tankstellen bereits erledigt. Der BGH erkannte aber unter dem Aspekt der Wiederholungsgefahr und der präjudiziel-len Wirkung der angefochtenen Verfügung ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse an der weiteren Rechtsverfolgung. Gegenstand der Untersuchungen war dabei stets die Frage, ob auf deutschen Tank-stellenmärkten von einer Oligopolsituation auszugehen sei oder nicht.

-

¹³⁸ Siehe zum Verfahren Total/OMV außerdem: OLG Düsseldorf, Beschl. v. 4.8.2010, IV-2 Kart 6/09 (V) – Tankstellenbetriebe Thüringen; BKartA, Beschl. v. 29.4.2009, B8-175/08 – Total/OMV; BKartA, Abschlussbericht Sektoruntersuchung Kraftstoffe, B8-200/09, 2011.

In der Sache musste sich der BGH zunächst damit befassen, inwieweit das von Total und OMV geplante Zusammenschlussvorhaben überhaupt der (deutschen) Zusammenschlusskontrolle unterliegt. Er musste aber auch zu der räumlichen und sachlichen Marktabgrenzung des Kraftstoffsektors Stellung beziehen.

Gehen Sie im Wesentlichen von folgenden Annahmen aus: (1) Der Umsatz des Unternehmens Total be-läuft sich weltweit auf 14,8 Mrd €, europaweit auf 8,4 Mrd € und deutschlandweit auf 7,4 Mrd. €. (2) Der Umsatz des Unternehmens OMV beläuft sich weltweit auf 3,2 Mrd €, europaweit auf 240 Mio € und deutschlandweit auf 200 Mio €. (3) Beide Unternehmen erzielen weit mehr als 80% des europäischen Umsatzes in Deutschland.