

Ökonomische Analyse des Begriffs „significant impediment to effective competition“

L. H. Röller/A. Strohm

Schrifttum: *Alfter*, Untersagungskriterien in der Fusionskontrolle, WuW 2003, 20; *Baudenbacher (Hrsg.)*, Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht – Zehntes St. Galler Internationales Kartellrechtsforum 2003, 2003; *Böge*, Reform der Europäischen Fusionskontrolle, WuW 2004, 138; *Bishop/Walker*, The Economics of EC Competition Law, 2. Aufl., 2002; *Burgstaller*, Marktbeherrschung oder „Substantial Lessening of Competition“?, WuW 2003, 726; *Denzel*, Materielle Fusionskontrolle in Europa und den USA, 2004; *Drauz/Reynolds (Hrsg.)*, EC Merger Control – A Major Reform in Progress, 2002; *Dubow/Elliott/Morrison*, Unilateral Effects and Merger Simulation Models, ECLRev. 2004, 114; *Hahn*, Oligopolistische Marktbeherrschung in der Europäischen Fusionskontrolle, 2002; *Hoffmann/Terhechte*, Der Vorschlag der Europäischen Kommission für eine neue Fusionskontrollverordnung, AG 2003, 415; *Ivaldi/Jullien/Rey/Seabright/Tirole*, The Economics of Tacit Collusion, Final Report for DG Competition, European Commission, 2003; *dies.*, The Economics of Unilateral Effects, Final Report for DG Competition, European Commission, 2003; *Motta*, Competition Policy, 2004; *Neven/Röller*, Consumer Surplus vs. Welfare Standard in a Political Economy Model of Merger Control, Journal of Industry and Trade 2004, XX; *Schmidt I.*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 7. Aufl., 2001; *Schwalbe*, Die Airtours/First Choice Entscheidung, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 2002, Köln 2003, 17; *Stennek/Röller/Verboven*, Efficiency Gains from Mergers, European Economy, No. 5 2001, 31; *Stevenson/Filippi*, How does the European Commission’s new Chief Economist think?, ECLRev. 2004, 122; *Verouden/Bengtsson/Albaek*, The Draft EU Notice on horizontal mergers: a further step toward convergence, Antitrust Bull. 2004, 243; *Vickers*, Merger Policy in Europe: Retrospect and Prospect, ECLRev. 2004, 455; *Völcker*, Mind the Gap: Unilateral Effects Analysis Arrives in EC Merger Control, ECLRev. 2004, 395; *Zimmer*, Significant Impediment to Effective Competition, ZWeR 2004, 250.

* Für ihre wertvolle Unterstützung danken wir *Stephanie Knauth*, Bonn.

I. Hintergrund	2
1. Der Begriff der Marktbeherrschung unter dem alten Untersagungstatbestand.....	2
2. Wettbewerbsschädigende Effekte und mögliche Lücke des Marktbeherrschungstests im Hinblick auf nicht-koordinierte (unilateralen) Effekte.....	3
3. Die Entstehung des neuen Rechtstests: Grünbuch und nachfolgende Ansätze der Kommission.....	4
4. Der Verordnungsentwurf der Kommission – Modifizierung des Marktbeherrschungstests.....	5
5. Der Kompromiss	6
6. Zwischenergebnis.....	7
a. Welcher ökonomische Sachverhalt soll über die bisher gerichtlich anerkannten Fälle der Marktbeherrschung mit SIEC erfasst werden ?.....	7
b. Welche ökonomischen Kriterien bestimmen die Analyse der Fallpraxis?.....	7
c. Welche Bedeutung haben die organisatorischen Änderungen in der Kommission?	7
II. Die ökonomische Analyse.....	7
1. Rechtstest, Leitlinien und ökonomische Bedeutung.....	7
2. Marktmacht.....	7
3. Konsumentenwohlfahrt und Industrieökonomik.....	8
4. Nicht-koordinierte (unilaterale) Effekte.....	10
5. Effizienzen.....	12
6. Schwellen und „ökonomischer Ansatz“.....	13
III. „Ökonomisierung der Fusionskontrolle“ und die Rolle des Chefökonom im Verfahrensablauf	14

I. Hintergrund

- 1 Vor Inkrafttreten der reformierten FKVO galt als materielles Untersagungskriterium in der europäischen Fusionskontrolle gem. Art. 2(3) der VO 4064/89¹ der sog. Marktbeherrschungstest. Danach war ein Zusammenschluss, der eine beherrschende Stellung begründete oder verstärkte, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde, für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt zu erklären. Seit 1.5.2004 lautet Art. 2(3) FKVO: „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 unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt zu erklären.“ Damit ist das zweite Glied des alten Marktbeherrschungstests, die erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs oder auch „significant impediment to effective competition“ (SIEC) zum alleinigen, zentralen Beurteilungskriterium für Zusammenschlüsse geworden. Die Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung dagegen dient nunmehr als Regelbeispiel.² Ob der maßgeblichen Bedeutung dieses Merkmals im reformierten Rechtstest spricht man auch vom „SIEC-Test“.

- 2 Die Neufassung des Untersagungstatbestands in der FKVO markiert das Ende eines langwierigen Diskussionsprozesses, der mit Veröffentlichung des Grünbuchs über die Revision der VO (EWG) 4064/89 Ende des Jahres 2001³ in eine entscheidende Phase trat. Eine Analyse des Begriffs der „erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs“ erfolgt vor dem Hintergrund dieser reformgeschichtlichen Entwicklungen, um die mit der Änderung des Rechtstests vom Gesetzgeber verfolgten Absichten zu beleuchten.

1. Der Begriff der Marktbeherrschung unter dem alten Untersagungstatbestand

- 3 Der Begriff der beherrschenden Stellung, wie er sich sowohl im alten als auch im neuen Untersagungstatbestand findet, ist weder in der FKVO noch im EG legaldefiniert. Entwickelt hat sich eine Definition in der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 82 EG,⁴ die später für die Zusammenschlusskontrolle

¹ VO (EWG) 4064/89 des Rates v. 31.12.1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 1989 L 395 v. 30.12.1989.

² *Vickers* ECLRv. 2004, 455, 460; *Zimmer* ZWeR 2004, 250, 252.

³ Grünbuch über die Revision der VO (EWG) 4064/89 des Rates v. 11.12.2001, Kom(2001) 745 endg.

⁴ EuGH, Rs. 27/76, Slg. 1978, 207, RdNr. 65 - United Brands/Kommission.

übernommen wurde.⁵ Der Begriff der (Einzel)-Marktbeherrschung bezeichnet danach „die Macht eines Unternehmens, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerben, seinen Abnehmern und schließlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten.“⁶ Bei der Beurteilung des hiernach erforderlichen Verhaltensspielraums wurde dabei zunächst vorrangig auf die Marktanteile der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen abgestellt,⁷ das heißt ein Vergleich der Marktstruktur einmal vor und nach dem Zusammenschluss vorgenommen. Nach Auffassung des EuGH sollte ein sehr hoher Marktanteil eine widerlegliche Vermutung für eine marktbeherrschende Position begründen, wenn nicht außergewöhnliche Umstände dagegen sprechen.⁸

Anders als in Art. 82 EG sah die FKVO 4064/89 jedoch keine ausdrückliche Regelung zur Erfassung **4** kollektiver Marktbeherrschung mehrerer Unternehmen vor. Die Kommission hat dennoch 1992 erstmals im Fall Nestlé/Perrier⁹ auf das Konzept der kollektiven Marktbeherrschung als Untersuchungsgrund für einen Zusammenschluss zurückgegriffen. Sowohl der EuGH¹⁰ als auch das EuG¹¹ bestätigten zunächst die grundsätzliche Erfassung solcher Fälle im Rahmen des Marktbeherrschungstests durch eine teleologische Auslegung von Art. 2(3) FKVO a.F. Das EuG hat im Fall Airtours die hierfür notwendigen Kriterien genannt.¹² Vorausgesetzt wird, dass ein Zusammenschluss die Gefahr eines zukünftigen koordinierten Verhaltens (in der ökonomischen Theorie auch als „stillschweigende Kollusion“ oder „tacit collusion“ bezeichnet¹³) der Oligopolteilnehmer begründen oder verstärken würde: Die Merkmale des relevanten Marktes müssen dazu führen, dass jeder Oligopolist es in Wahrnehmung der gemeinsamen Interessen für möglich, wirtschaftlich vernünftig und daher ratsam hält, dauerhaft einheitlich auf dem Markt vorzugehen, um zu höheren als zu Wettbewerbspreisen zu verkaufen, ohne eine nach Art. 81 EG verbotene Verhaltensweise vorzunehmen.¹⁴ Die Diskussion um die Änderung des Rechtstests entstand indes nicht aufgrund von Problemen bei der Erfassung von Einzelmarktbeherrschung und kollektiver Marktbeherrschung, sondern hinsichtlich einer weiteren, dritten Fallgruppe, den sog. „unilateralen“ oder „nicht-koordinierten“ Effekten.

2. Wettbewerbsschädigende Effekte und mögliche Lücke des Marktbeherrschungstests im Hinblick auf nicht-koordinierte (unilateralen) Effekte.

Nachteilige Effekte für den Wettbewerb, insbesondere Preissteigerungen oder Outputreduzierungen, können **5** sich nach wirtschaftstheoretischer Erkenntnis durch eine Fusion nicht nur ergeben, wenn die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen einzelmarktbeherrschend im Sinne einer Marktführerschaft würden. Aus industrieökonomischer Sicht werden koordinierte Effekte von nicht-koordinierten (unilateralen) Effekten eines Zusammenschlusses unterschieden.

Innerhalb oligopolistischer Marktstrukturen kann ein Zusammenschluss durch die Verringerung der **6** Marktteilnehmerzahl eine Marktstruktur schaffen, die für die übrig gebliebenen Oligopolisten Anreize zu einer parallelen Anhebung des Preisniveaus bzw. einer Verringerung der Produktionsmenge schafft, ohne dass eine von Art. 81 EG erfasste explizite Abstimmung stattfinden muss. Der Zusammenschluss kann bewirken, dass der Markt transparenter wird. Die Oligopolteilnehmer erkennen, dass sie durch paralleles Vorgehen ihre Gewinne dauerhaft steigern können, weil das Abweichen eines Konkurrenten zur Folge hätte, dass die anderen Teilnehmer nachziehen müssen. Das Wissen um diese Reaktionsverbundenheit führt somit dazu, dass auch ohne Absprache kein wirksamer Preiswettbewerb stattfindet, weil nur so auf Dauer das überhöhte Preisniveau gehalten werden kann. Der Übergang von einer Marktsituation ohne Koordination vor der Fusion zu einem Gleichgewicht mit Koordination nach der Fusion und die damit verbundenen Preis- bzw. Mengeneffekte werden als koordinierte

⁵ EuGH, C-68/94 und C-30/95, Slg. 1998, I-1453, RdNr. 221 - Frankreich u.a./Kommission.

⁶ EuGH, Rs. 27/76, Slg. 1978, 207, RdNr. 65 - United Brands/Kommission.

⁷ Rösler NZG 2000, 857, 860.

⁸ EuGH, C-62/86, Slg. 1991, I-3359, RdNr. 60 - Akzo/Kommission; EuG, T-221/95, Slg. 1999, II-1299, RdNr. 134 - Endemol/Kommission; T-102/96, Slg. 1999, II-753, RdNr. 205 - Gencor/Kommission.

⁹ Kom., ABI. 1992 L 356/1 - Nestlé/Perrier.

¹⁰ EuGH, C-68/94 und C-30/95, Slg. 1998, I-1453, RdNr. 221 - Frankreich u.a./Kommission.

¹¹ EuG, T-102/96, Slg. 1999, II-753, RdNr. 205 - Gencor/Kommission.

¹² EuG, T-342/99, Slg. 2002, II- 2585, RdNr. 62 - Airtours/Kommission; weiterführend *Bartosch* EuZW 2002, 645; *Schwalbe*, Schwerpunkte 2002, 17.

¹³ Vgl. *Schwalbe*, Schwerpunkte 2002, 22-23; weiterführend *Ivaldi/Jullien/Rey/Seabright/Tirole*, The Economics of Tacit Collusion.

¹⁴ EuG, T-342/99, Slg. 2002, II-2585, RdNr. 61 - Airtours/Kommission; T-102/96, Slg. 1999, II-753, RdNr. 277 - Gencor/Kommission.

Effekte bezeichnet.¹⁵ Diese koordinierten Effekte wurden unter dem Marktbeherrschungstest mit dem Konzept der kollektiven Marktbeherrschung erfasst.¹⁶

- 7 Hiervon unterscheidet die Wirtschaftstheorie die sog. „nicht-koordinierten“ Effekte. In dieser Kategorie ist zu differenzieren. Allein die Eliminierung des Wettbewerbsdrucks zwischen den fusionierenden Unternehmen kann es der neu entstandenen Wirtschaftseinheit unter Umständen auch ohne Verhaltensabstimmung ermöglichen, ohne Rücksicht auf das Verhalten anderer Marktteilnehmer das Preisniveau gewinnbringend anzuheben. Dies ist einmal dann der Fall, wenn die Fusion eine marktbeherrschende Stellung im Sinne einer Marktführerschaft begründet oder verstärkt. Dieser Fall entspricht der Einzelmarktbeherrschung des Marktbeherrschungstests.
- 8 In oligopolistischen Marktstrukturen kann es jedoch zu einer Konstellation kommen, in der das fusionierte Unternehmen unabhängig von einer Verhaltensabstimmung mit anderen Marktteilnehmern Preise gewinnbringend anheben oder Produktionsmengen gewinnbringend senken kann, obwohl es einen größeren Wettbewerber auf dem relevanten Markt gibt.¹⁷ Hierauf wird zurückgekommen (Rdnr. 20 ff.). Die Frage, ob die Zusammenschlusskontrolle auf Basis des Marktbeherrschungstests geeignet war, auch wegen dieser zweiten Gruppe nicht-koordinierter Effekte gegen einen Zusammenschluss vorzugehen, bildete den zentralen Streitpunkt in der Reformdebatte. Die Rede war hier von der sog. „Lücke“ im Marktbeherrschungstest, deren Existenz allerdings gerichtlich nicht geklärt wurde.¹⁸
- 9 Mit dem im Jahre 2000 von den US-Behörden aufgegriffenen Fall Heinz/Beechnut¹⁹ – auch bekannt als sog. Babyfood-Merger-Fall (näher sogl. RdNr. 36, 37) – kam die Debatte um die „Lücke“ in Bewegung. Hier hatte die amerikanische Kontrollbehörde FTC die Fusion zwischen zwei Babynahrungsherstellern untersagt, weil sich wettbewerbsverringemde nicht-koordinierte Effekte ergeben hätten. Dagegen lag weder das Kriterium der Einzelmarktbeherrschung noch die Gefahr koordinierten Verhaltens im Rahmen kollektiver Marktbeherrschung – wie im Airtours-Urteil definiert – vor. Der Zusammenschluss wurde jedoch auf der Basis des sog. SLC-Tests untersagt, der neben den USA auch in Kanada, Australien, Neuseeland und mittlerweile auch Großbritannien und Irland als Untersagungstatbestand gilt. SLC steht dabei für „significant lessening of competition“.²⁰ Danach kann ein Zusammenschluss untersagt werden, wenn damit eine erhebliche Verminderung des Wettbewerbs im relevanten Markt verbunden ist. Die zentrale Fragestellung im Rahmen dieses Tests ist, welcher Grad an nachteiliger Wettbewerbsveränderung durch den Zusammenschluss erfolgt.²¹
- 10 Ein zweiter, vorwiegend im Bereich vertikaler Effekte gelagerter Fall forcierte die Diskussion um die Änderung des Untersagungstatbestands: in der Sache GE/Honeywell²² untersagte die Kommission einen Zusammenschluss, der zuvor von den US-amerikanischen Behörden freigegeben worden war. Mit Hinweis auf die steigende Zahl internationaler, insbesondere transatlantischer Zusammenschlüsse, die eine Mehrfachanmeldung erforderlich machen, wurde in der Folge verstärkt auf die Vorteile einer Vereinheitlichung des materiellen Prüfungsstandards hingewiesen,²³ spricht ein Wechsel zum amerikanischen SLC-Test gefordert.

3. Die Entstehung des neuen Rechtstests: Grünbuch und nachfolgende Ansätze der Kommission

- 11 Im Grünbuch vom 11.12.2001 hat die Kommission interessierte Kreise aufgefordert, bis zum 31. März 2002 zu einer möglichen Implementierung des SLC-Tests Stellung zu nehmen.²⁴ Die Kommission sah im Hinblick auf den Rechtstest selbst keinen Reformbedarf, stand einer Debatte aber offen gegenüber.²⁵ Die der Kommission zugegangenen Stellungnahmen zeigten eine deutliche Spaltung in verschiedene Lager.²⁶ In der Diskussion zeigte sich zwar zunächst verbreitet Einigkeit dahingehend, dass die Erfassung von nicht-koordinierten Effekten im Oligopol unterhalb der „Einzelmarktbeherrschungsschwelle“ – wie bisher in der Fallpraxis definiert – durch die

¹⁵ Weiterführend *Lindsay*, The EC Merger Regulation: Substantive Issues, 2003, RdNr. 4-01; *Kantzenbach/Kottmann/Krüger*, Kollektive Marktbeherrschung: Neue Industrieökonomik und Erfahrungen aus der Europäischen Fusionskontrolle, 1996.

¹⁶ Ausführlich *Hahn*, passim.

¹⁷ *Alfter* WuW 2003, 20, 21.

¹⁸ So auch Tz. 25 der VO 139/2004.

¹⁹ FTC v. H.J. Heinz Company and Milnot Holding Corp. – Civil Action No. 00-1688 (JR) (District Court of the District of Columbia), 14. Juli 2000.

²⁰ Aus der deutschen Literatur weiterführend *Denzel*, Materielle Fusionskontrolle in Europa und den USA.

²¹ *Burgstaller* WuW 2003, 726, 732.

²² Kom., ABl. 2004 L 48/1 – General Electric/Honeywell.

²³ Grünbuch (Fn. 3) RdNr. 160.

²⁴ Grünbuch (Fn. 3) Vor RdNr. 1.

²⁵ Grünbuch (Fn. 3) RdNr. 167.

²⁶ Vgl. „Summary of the Replies Received“ (Zusammenfassung der Stellungnahmen zum Grünbuch), abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/comments/summary_publication.pdf.

Fusionskontrolle gewährleistet werden sollte.²⁷ Streitig war dagegen, ob für die Erfassung tatsächlich eine Änderung des Rechtstests erforderlich oder zumindest der Vorzug zu geben sei, oder ob der Marktbeherrschungstest ausreichenden Spielraum für einen Eingriff bot.

Insbesondere das Vereinigte Königreich und Irland traten im Ministerrat für die Einführung des SLC-Tests in der FKVO ein.²⁸ Dieses Kriterium, so wurde vorgetragen, betrachte anders als der Marktbeherrschungstest weniger die Marktstellung der beteiligten Unternehmen als vielmehr die Wettbewerbsbedingungen nach dem Zusammenschluss auf dem Markt insgesamt. Nur die Implementierung des SLC-Tests könne die Rechtsunsicherheit beseitigen, die bezüglich der Erfassung nicht-koordinierter Effekte im Oligopol bestünde. Die Möglichkeit, den Tatbestand der Marktbeherrschung soweit zu dehnen, dass sämtliche wettbewerbspolitisch relevanten Fälle erfasst werden können, war für diese Fraktion keine akzeptable Alternative.²⁹ Eine weitere Aufweichung des Begriffs der „beherrschenden Stellung“ in der Fusionskontrolle durch eine teleologische Extension hätte, so das Hauptargument, unerwünschte Auswirkungen auf die Auslegung des Marktbeherrschungsbegriffs in Art. 82 EG (sog. cross-contamination-Problematik).³⁰ Außerdem sei der SLC-Test flexibler und somit besser in der Lage, mögliche Effizienzgesichtspunkte eines Zusammenschlusses zu berücksichtigen. Auch die sog. Failing Company Defence, wie sie aus dem US-amerikanischen Recht bekannt ist,³¹ füge sich in dieses Regime besser ein. Mit dem SLC-Test sei aus all diesen Gründen also insgesamt eine rundere ökonomische Gesamtbewertung der Fälle möglich und nicht zuletzt, so die Befürworter, könne mit der Übernahme des SLC-Tests eine Vereinheitlichung des internationalen Fusionskontrollrechts erwartet werden.³²

Insbesondere Deutschland und Italien favorisierten hingegen ein Festhalten am Marktbeherrschungstest und sahen – ebenso wie die Kommission – keinen Änderungsbedarf.³³ Durch die dynamische Weiterentwicklung des Begriffs der Marktbeherrschung durch Kommissionspraxis und Rechtsprechung habe sich das anfänglich stark an Marktanteilen orientierte Merkmal der Marktbeherrschung als effektives und flexibles Instrument zur Erfassung aller praxisrelevanten Fälle möglicher Wettbewerbsbeeinträchtigungen durch Zusammenschlüsse erwiesen.³⁴ So hatte das EuG in der Rechtssache Gencor³⁵ ausgeführt, dass mit Marktbeherrschung die wirtschaftliche Machtstellung eines oder mehrerer Unternehmen gemeint ist, die diese in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern.³⁶ Diese Auslegung, die im englischen Original explizit den Ausdruck „market power“, also Marktmacht verwendet, wurde als ein Indiz dafür gewertet, dass auch die europäischen Gerichte Marktbeherrschung im ökonomischen Sinne als Marktmacht interpretieren, die wirksamen Wettbewerb verhindert und die nicht notwendigerweise mit hohen Marktanteilen und der Unabhängigkeit gegenüber den anderen Marktteilnehmern einhergeht. Zudem wurde darauf hingewiesen, dass aufgrund zahlreicher Gemeinsamkeiten bei der praktischen Anwendung der beiden Konzepten die wettbewerbsrechtliche Analyse zu gleichen Ergebnissen komme, weil beide Untersuchungskriterien mit der Verhinderung wettbewerbschädlicher Marktmacht letztlich das gleiche Oberziel verfolgten.³⁷

4. Der Verordnungsentwurf der Kommission – Modifizierung des Marktbeherrschungstests

Im Januar 2003 veröffentlichte die Kommission einen Verordnungsentwurf zur Reform der Fusionskontrollverordnung. Um die Unsicherheit bezüglich einer möglichen Regelungslücke der FKVO im Hinblick auf unilaterale Effekte zu beseitigen, schlug die Kommission die Einführung eines den bisherigen Untersuchungsstatbestand ergänzenden Absatzes vor.³⁸ Danach sollte Art. 2(2) FKVO fortan lauten: „Im Sinne

²⁷ Vgl. Vorschlag der Kommission für eine VO des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 2003 C 20/4, Tz. 53; *Staebe/Denzel* EWS 2004, 194, 199.

²⁸ Vgl. hierzu die Stellungnahmen Großbritanniens zum Grünbuch (Fn. 3), RdNr. 37, und der irischen Delegation, 3, abrufbar unter <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/comments.html>.

²⁹ *Vickers*, in: Drauz/Reynolds, 181.

³⁰ Summary of the Replies (Fn. 26), RdNr. 96; *Fountoukakos/Ryan* ECLRev. 2004, •, • (im Erscheinen, bei Fn. 85); *Vickers* ECLRev. 2004, 455, 459.

³¹ Horizontal Merger Guidelines des US Department of Justice und der FTC v. 2.4.1992 idF v. 8.4.1997, Tz. 5.1.

³² Stellungnahme Großbritanniens (Fn. 28), RdNr. 37.

³³ BKartA, Das Untersagungskriterium in der Fusionskontrolle – Marktbeherrschende Stellung versus Substantial Lessening of Competition?, Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht, Bonn 2001, 35 ff.

³⁴ Vgl. Stellungnahme des BKartA zum Grünbuch (Fn. 28), 17 ff.; in der Literatur ebenso *Alfter* WuW 2003, 20, 27; *Böge* WuW 2002, 825; *Scheidgen/Sturhahn* WuW 2002, 31, 32.

³⁵ T-102/96, Slg. 1999, II-753.

³⁶ Ebd. (Fn. 35), RdNr. 200; im englischen Original wird dies noch deutlicher: “(...) a situation where one or more undertakings wield economic power which would enable them to prevent effective competition from being maintained in the relevant market”.

³⁷ Grünbuch (Fn. 3) RdNr. 162; Stellungnahme des BKartA (Fn. 34), 49.

³⁸ VO-Vorschlag der Kommission (Fn. 27), Tz. 55; dazu *Hinten-Reed/Camesca/Schedl* RIW 2003, 321; *Hoffmann/Terhechte* AG 2003, 415.

dieser Verordnung wird eine beherrschende Stellung eines oder mehrerer Unternehmen angenommen, wenn sie mit oder ohne Koordinierung ihres Verhaltens über die wirtschaftliche Macht verfügen, spürbar und nachhaltig Einfluss auf Wettbewerbsparameter, insbesondere auf die Preise, auf die Art, Quantität und Qualität der Produktion, auf den Vertrieb oder die Innovation, zu nehmen oder den Wettbewerb spürbar zu beschränken.“³⁹ Es wurde daneben jedoch stets betont, dass der Absatz allein klärenden Charakter hat,⁴⁰ d.h. hiermit gerade kein Standpunktwechsel der Kommission bezüglich der „Lückenproblematik“ verbunden sein sollte. Art. 23 des Reformvorschlages sah zudem eine Ermächtigung für die Kommission zum Erlass von Leitlinien (auch Mitteilungen genannt) vor. Ein diesbezüglicher Entwurf war bereits am 11.12.2002 von der Kommission vorgelegt worden.⁴¹ Darin erfolgte ebenfalls eine Unterscheidung zwischen „Oligopolen ohne abgestimmtes Marktverhalten“ und sog. „erhöhte(m) Koordinierungsrisiko“. Während die zweite Fallgruppe bereits durch die Rechtsprechung im Airtours-Urteil⁴² als vom Marktbeherrschungstest erfasst anerkannt war, eine diesbezügliche Erläuterung also nicht nötig gewesen wäre, adressierte die erste Kategorie im Zusammenspiel mit dem Reformvorschlag für Art. 2(2) der FKVO die nicht-koordinierten Effekte im Oligopol.

- 15 Der Vorschlag der Kommission fand jedoch keine Mehrheit im Rat. Ihrem interpretatorischen Ansatz wurden u.a. rechtstechnische Bedenken entgegengehalten. Die Legaldefinition hätte den Marktbeherrschungstest zwar – soweit dies überhaupt nötig war – für die intendierten Zwecke erweitern können. Mit einer zu detaillierten Beschreibung der adressierten Konstellationen hätte die Gefahr bestanden – so die Befürchtung – dass das Marktbeherrschungskriterium damit zu starr werde und zukünftige, heute nicht bedachte Fallkonstellationen damit nicht mehr erfassen könne.⁴³
- 16 Die Einschränkung hinsichtlich der Geltung der Definition der beherrschenden Stellung (nur) „im Sinne dieser Verordnung“ (und eben nicht zugleich für Art. 82 EG) warf ebenfalls rechtspraktische Fragen auf. Wenn es Ziel des Ansatzes der Kommission war, das Marktbeherrschungskriterium unangetastet zu lassen, und dies vor allem damit begründet wurde, die umfangreiche Rechtsprechungspraxis zum Begriff der beherrschenden Stellung zu erhalten, so wurde dem entgegengehalten, dass sich diese überwiegend im Rahmen der Anwendung von Art. 82 EG entwickelt hatte. Eine Beschränkung der Definition allein auf die FKVO hätte somit die Einführung eines neuen, fusionskontrollspezifischen Marktbeherrschungsbegriffs bedeutet mit der möglichen Folge, dass der Acquis der Rechtsprechung für die Fusionskontrolle nicht mehr nutzbar gewesen wäre.

5. Der Kompromiss

- 17 Mitte 2003 zeichnete sich im Rat ab, dass weder der Verordnungsentwurf der Kommission mit seiner erweiterten Fassung des Marktbeherrschungstests noch der Wechsel zum SLC-Test die nötige Mehrheit finden würde. Die Beibehaltung des status quo ante schien zu diesem Zeitpunkt angesichts der Unsicherheit bezüglich einer potentiellen Regelungslücke jedoch ebenfalls keine Alternative mehr zu sein. Statt dessen erfolgte der Vorschlag, einen sog. Mischtest („hybrid test“), der Elemente sowohl des Marktbeherrschungstests als auch des SLC-Tests beinhalten sollte, einzuführen. Die anfängliche Idee einer Kombination beider Modelle im Sinne eines „entweder ... oder“ wurde verworfen, weil hierdurch in allen Fällen eine Doppelprüfung erforderlich geworden wäre.⁴⁴ Auch die Beibehaltung des Marktbeherrschungstests und der zusätzlichen Normierung eines eng gehaltenen SLC-Tests, der explizit allein auf die Fälle anzuwenden sein sollte, die der Marktbeherrschungstest vermeintlich nicht erfasste, wurde mit Hinblick darauf verworfen, dass hierdurch indirekt anerkannt worden wäre, dass zuvor tatsächlich eine Gesetzeslücke bestand. Auch eine solche Regelung hätte nicht die notwendige Mehrheit erlangen können.
- 18 Der Kompromiss bestand in der Neuordnung des Wortlauts des bis dahin geltenden Art. 2(3) FKVO, durch die das zweite Glied - die „erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs“ (significant impediment to effective competition) - zum zentralen und einzigen Tatbestandsmerkmal, die Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung hingegen zum Regelbeispiel umgestaltet wurde. Der neue Tatbestand soll es ermöglichen, Fusionen im Hinblick auf ihre tatsächlichen Wirkungen auf den Wettbewerb zu beurteilen und, das war der Ausgangspunkt der Debatte, mehr Rechtsklarheit hinsichtlich der Behandlung von unilateralen Effekten innerhalb von Oligopolen zu schaffen. Erwägungsgrund 25 der FKVO stellt klar, dass der Begriff der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs fortan jede vermeintliche oder tatsächliche Lücke unterhalb

³⁹ VO-Vorschlag der Kommission (Fn. 27) Art. 2(2).

⁴⁰ Ebd. (Fn. 27), Tz. 55.

⁴¹ Entwurf einer Mitteilung der Kommission über die Kontrolle horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Fusionskontrollverordnung v. 11.12.2002, ABl. 2002 C 331/18; vgl. hierzu *Wirtz* EWS 2003, 146.

⁴² Fn. 12.

⁴³ *Fountoukakos/Ryan* ECLRev. 2004, • (im Erscheinen).

⁴⁴ Im europäischen Fusionskontrollrecht müssen auch positive Entscheidungen begründet werden.

von „Marktbeherrschung“ füllt. Auf der anderen Seite bleibt die Marktbeherrschung wichtigster Fall der erheblichen Wettbewerbsbehinderung.⁴⁵ Durch die Beibehaltung des Wortlauts soll ermöglicht werden, die umfangreiche Fallpraxis von Kommission europäischen Gerichten zur Marktbeherrschung auch weiterhin nutzbar zu machen. Andererseits, und dies ist ein wichtiger Gesichtspunkt, ist der europäische Test damit vom amerikanischen SLC-Test verschieden.⁴⁶

6. Zwischenergebnis

All diese Aspekte zeigen deutlich, dass es sich bei der Einführung des neuen Hauptkriteriums „significant impediment to effective competition“ nicht um die Umsetzung eines bestimmten ökonomisches Konzept handelt. Der neue Untersagungstatbestand ist vielmehr ein politischer Kompromiss im Rat, der vorrangig auf dem gemeinsamen Nenner aufgebaut ist, um klarzustellen, dass bestimmte Fallkonstellationen, nämlich die unilateralen Effekte in oligopolistischen Marktstrukturen, einer Kontrolle zugänglich sein sollen. Gerade weil es sich bei dem Tatbestandsmerkmal wie festgestellt nicht um ein ökonomisches Konzept handelt, sondern vielmehr um einen ausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriff, hängt die ökonomische Einordnung von der Wirkungsweise des gesamten Regelsystems der Fusionskontrolle ab. Hier stellen sich, aus ökonomischer Sicht, in erster Linie folgende Fragen:

- a. Welcher ökonomische Sachverhalt soll über die bisher gerichtlich anerkannten Fälle der Marktbeherrschung mit SIEC erfasst werden ?
- b. Welche ökonomischen Kriterien bestimmen die Analyse der Fallpraxis?
- c. Welche Bedeutung haben die organisatorischen Änderungen in der Kommission?

II. Die ökonomische Analyse

1. Rechtstest, Leitlinien und ökonomische Bedeutung

Vor allem nach der Kommissionsentscheidung GE/Honeywell wurde die Frage aufgeworfen, ob die Anwendung des Marktbeherrschungstests und des amerikanischen SLC-Tests zu kompatiblen Entscheidungen führt. Nach überwiegender Auffassung kann für die Tatsache, dass dieser Fall von den US-Behörden genehmigt und von der Kommission verboten wurde, die Unterschiedlichkeit des Rechtstests nicht verantwortlich gemacht werden. Einiges spricht hingegen für die Auffassung, dass es bei der Bewertung des Einzelfalls durch verschiedene Behörden nicht auf den anzuwendenden Test, sondern eher auf die gewählte Methode der ökonomischen Analyse ankommt⁴⁷. Der neue EU-Rechtstest schafft, für sich alleine gesehen (und einmal abgesehen vom Problem der vermeintlichen Lücke des Marktbeherrschungstests im Hinblick auf unilaterale Effekte), von daher auch noch keine durchgreifende Änderung der ökonomischen Ausrichtung der Fusionskontrolle. Dieses Argument wird durch die Beobachtung gestützt, dass die im Zuge der Reformdebatte der Fusionskontroll-Verordnung parallel diskutierten Leitlinien für die Beurteilung von horizontalen Zusammenschlüssen nicht grundlegend verändert wurden, obwohl sich der Rat (erst) Ende des Jahres 2003 auf den neuen SIEC-Rechtstest verständigt hatte: Die in den Leitlinien Anfang 2004 beschlossenen Grundsätze für die ökonomische Analyse sind also nicht sehr verschieden von den Entwürfen, wie sie unter dem Szenario eines unveränderten Marktbeherrschungstests von der Kommission präsentiert wurden. Insofern können die von der Kommission veröffentlichten Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse⁴⁸ mehr Aufschluss über die ökonomische Ausrichtung der Fusionskontrollpraxis geben als der Versuch, dem Begriff „SIEC“ selbst ein geschlossenes ökonomisches Konzept zu unterstellen. Die Leitlinien werden weiter unten ausführlich kommentiert, weshalb sich diese Abhandlung auf wenige, aber aus ökonomischer Sicht besonders relevante Gesichtspunkte konzentrieren kann.

2. Marktmacht

In der Wirtschaftstheorie hat es nicht an Versuchen gefehlt, den Zusammenhang von Wettbewerb und Marktmacht zu klären. Die dargestellten Ansätze⁴⁹ zeigen, dass die Frage, was unter Marktmacht zu verstehen

⁴⁵ Leitlinien für horizontale Unternehmenszusammenschlüsse, ABl. 2004 C 31/5, RdNr. 2.

⁴⁶ Fountoukakos/Ryan ECLRev. 2004, • , • (im Erscheinen).

⁴⁷ BKartA (Fn. 33), 35.

⁴⁸ Fn. 45.

⁴⁹ Stellvertretend Motta, Competition Policy, 115-123.

ist, sehr häufig unmittelbar mit der Frage zusammenhängt, welche Vorstellung von Wettbewerb der Analyse zugrunde gelegt wird. So beruht der Lerner-Index als Konzept zur Erfassung von Marktmacht auf der Wettbewerbsvorstellung der vollkommenen Konkurrenz.⁵⁰ Die Bedingung, dass für eine effiziente Allokation, bei der alle Tauschgewinne ausgeschöpft werden, der Preis gleich den Grenzkosten sein soll, muss volkswirtschaftlich gesehen indes nicht nur auf einem Markt, sondern soll gleichzeitig auf allen Märkten erfüllt sein. Andere Konzepte gehen von einem dynamischen Wettbewerbsbild aus und versuchen, die Wettbewerbsintensität im Hinblick auf vorher definierte Wettbewerbsfunktionen zu optimieren. Die Zunahme der Marktkonzentration bedeutet hier nicht automatisch eine Zunahme von unerwünschter Marktmacht, sondern kann unter Umständen eine Erhöhung der Wettbewerbsintensität bewirken⁵¹. Die genannten Beispiele genügen zur Illustration der Feststellung, dass eine allgemeingültige Definition von Marktmacht schwierig ist. Die dazugehörige Frage, was genau unter „dem Wettbewerb“ zu verstehen ist, wurde - etwa von der grundsätzlichen Kritik *Karl Poppers*⁵² am methodologischen Essentialismus her gesehen - sogar generell für erfahrungswissenschaftlich unlösbar gehalten.⁵³

- 22 Die Leitlinien beschreiben das Ziel der Fusionskontrolle als die Verhinderung von Zusammenschlüssen, die geeignet sind, dem Verbraucher die Vorteile effektivem Wettbewerbs – darunter insbesondere niedrige Preise, hochwertige Produkte, Produktvielfalt und Innovation – vorzuenthalten.⁵⁴ Zentrales Kriterium ist die Marktmacht des fusionierten Unternehmens, d.h. die Frage, ob diese durch den Zusammenschluss spürbar erhöht würde. Marktmacht bezeichnet dabei die Fähigkeit eines oder mehrerer Unternehmen, Gewinn bringend Preise zu erhöhen, den Absatz, die Auswahl oder die Qualität der Waren zu verringern, die Innovation einzuschränken oder die Wettbewerbsparameter auf andere Weise zu beeinflussen.⁵⁵ Diesem Ziel – dem Schutz des effektiven Wettbewerbs durch Verhinderung von Marktmacht - liegt die ökonomische Erkenntnis zugrunde, dass Wettbewerb zu höherer Effizienz und Wirtschaftlichkeit von Unternehmen und damit letzten Endes auch zu höherer Wohlfahrt führt.⁵⁶
- 23 Um den Preis, der auf einem Markt bei effektivem Wettbewerb herrschen würde, feststellen zu können, muss eine genaue Analyse sowohl der Marktstruktur als auch des Verhaltens der Unternehmen vorgenommen werden. So ist wichtig zu untersuchen, ob die Unternehmen in erster Linie mit dem Preis oder mit der Menge als zentralem Wettbewerbsparameter konkurrieren. Im ersten Fall (eines sog. „Bertrand-Oligopols“⁵⁷) würde der Preis bei effektivem Wettbewerb den Grenzkosten der Unternehmen entsprechen, während er im zweiten Fall (eines sog. „Cournot-Oligopols“⁵⁸) deutlich höher liegen kann, womit der Fall eintreten kann, dass unter sonst identischen Bedingungen der gleiche Marktpreis beim Bertrand-Wettbewerb auf Marktmacht hindeuten würde, während dies im Cournot-Monopol nicht der Fall wäre⁵⁹. Der Anspruch der Leitlinien, die konkreten Auswirkungen einer Veränderung der Marktstruktur auf bestimmte ökonomische Parameter erfassen zu wollen, muss daher mit dem Einsatz bestimmter Analysemethoden verbunden sein, die in den relevanten Fällen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit diese Ergebnisse vorhersagen können.

3. Konsumentenwohlfahrt und Industrieökonomik

- 24 Die Leitlinien definieren nicht nur das generelle Ziel der Fusionskontrolle sondern auch einen Wohlfahrtsstandard. Mit der vorgenommenen Festlegung auf Ziele der Konsumentenwohlfahrt wird eine wichtige Entscheidung über die konkrete ökonomische Ausrichtung der Wettbewerbsanalyse getroffen.⁶⁰ Die Wahl des Wohlfahrtsstandards hat Auswirkungen auf die gesamte Beurteilung des Zusammenschlusses, etwa im Hinblick auf die Berücksichtigungsfähigkeit von Effizienzen als Bestandteil der wettbewerbslichen Prüfung.⁶¹ Der wohlfahrtsorientierte Ansatz geht grundsätzlich davon aus, dass Wettbewerb nicht Selbstzweck, sondern Mittel zur Wohlfahrtssteigerung bzw. -erhaltung ist. Dies deckt sich mit dem von *Mario Monti* politisch bekundeten Willen über die Ziele der Fusionskontrolle.⁶²

⁵⁰ *Bester*, Theorie der Industrieökonomik, 2003, 12.

⁵¹ *Kantzenbach*, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 1966.

⁵² Vgl. *Popper*, Das Elend des Historizismus, 1945.

⁵³ Vgl. *Schmidtchen*, Wettbewerbspolitik als Aufgabe, 1978.

⁵⁴ Leitlinien (Fn. 45) RdNr. 8.

⁵⁵ Ebd. (Fn. 54).

⁵⁶ Verweis auf Schwalbe/Kernen

⁵⁷ Hierzu *Bühler/Jaeger*, Einführung in die Industrieökonomik, 2002, 78-81.

⁵⁸ *Bühler/Jaeger* (Fn. 57), 81-93.

⁵⁹ *Schwalbe*, Berücksichtigung von Effizienz Gesichtspunkten in der Fusionskontrolle, Schriften des Vereins für Socialpolitik, 2004, 63.

⁶⁰ *de la Mano*, For the customer's sake: The competitive effects of efficiencies in European merger control, Enterprise Paper No.11, 2002.

⁶¹ Vgl. hierzu unten *Strohm* B VIII 1b).

⁶² Vgl. *Monti Mario*, "The future for competition Policy in the European Union", Rede in der Merchant Taylor's Hall, London, 9.7.2001.

Anders als der strukturelle Ansatz des deutschen Wettbewerbsrechts, der Eingriffe der Behörden aufgrund 25
abstrakt als wettbewerbsfeindlich definierter Marktstrukturen und Verhaltensweisen rechtfertigt,⁶³ orientiert sich
das Konzept der Konsumentenwohlfa \ddot{h} rt an den Auswirkungen eines Zusammenschlusses. Gewollt ist somit eine
stärkere Ausrichtung der Entscheidungen an den erwarteten konkreten ökonomischen Wirkungen eines
Zusammenschlusses (auf die Verbraucher). Konzeptionell unterscheidet sich das in den Leitlinien sichtbare
Konzept insofern auch vom Leitbild der vollständigen Konkurrenz. Es orientiert sich vor allem an den
Marktergebnissen, wobei das Marktergebnis anhand des Kriteriums der Konsumentenrente oder der
Konsumentenwohlfa \ddot{h} rt beurteilt wird; in erster Linie ist das der Preis.

Der Einsatz von quantitativen Methoden und Simulationsmodellen in der Fusionskontroll-Praxis wird, gerade 26
in Deutschland, von Teilen der Wissenschaft mitunter mit Skepsis gesehen und mit grundsätzlichen Fragen über
die Erkenntnismöglichkeiten der Wirtschaftswissenschaften in Verbindung gebracht⁶⁴. Diese Debatte hat bereits
eine lange Tradition⁶⁵. Etwa von der in Deutschland besonders beachteten erkenntnistheoretischen Position *von*
Hayeks aus gesehen, sind die aus „konstitutioneller Unwissenheit“ resultierenden Grenzen im Hinblick auf die
Möglichkeit zur Ableitung exakter Vorhersagen über das Marktgeschehen grundsätzlich „unüberwindlich“⁶⁶
Infolgedessen kann dieser Auffassung gemäß eine Ausrichtung der Wirtschaftspolitik an konkreten Zielen (wie
der Konsumentenwohlfa \ddot{h} rt) nicht zu den gewünschten Ergebnissen führen⁶⁷.

Einige Entwicklungen der so genannten „New Empirical Industrial Organisation“ scheint diese Kritik zunächst
auch zu bestätigen, da es nur schwer vorstellbar ist, dass die dort entwickelten Modelle innerhalb eines
Fusionskontrollverfahrens eingesetzt werden können. Doch ist die Frage, ob man, basierend auf den empirisch
beobachtbaren Fakten, zwischen zwei konkurrierenden theoretischen Modellen in Bezug auf ihre Aussagekraft
unterscheiden kann, also das Problem der „Identifikation“, so alt wie die Sozialwissenschaften selbst. Die
moderne Industrieökonomik bietet Methoden theoretischer, aber auch empirischer Natur, die nicht allein das
Verständnis von der Wirklichkeit verändert haben sondern auch neue Möglichkeiten der Identifikation bieten,
die zuvor noch nicht denkbar waren. Die Methoden, die inzwischen angewendet werden, um theoretische
Modelle zu überprüfen, reichen von deskriptiver Statistik von relevanten Marktformen, natürlichen
Experimenten und Korrelationsanalysen bis hin zu komplexen ökonometrischen Verfahren oder Simulationen.
Diese Methoden sind prinzipiell komplementär. Indes wird im Einzelfall viel davon abhängen, ob es gelingt,
qualitativ zuverlässige Daten über die relevanten Marktparameter, wie Preise, Umsatz oder Kosten, im Rahmen
der wettbewerbslichen Analyse zu gewinnen. Nur so werden die abgeleiteten Konsequenzen im Rahmen der
Wettbewerbsanalyse hinreichend robust sein und einer gerichtlichen Überprüfung standhalten können.⁶⁸

Da die Wettbewerbsanalyse ganz spezifischen Kriterien genügen muss, nämlich einer kurzfristig verfügbaren, 27
faktenbasierten und manipulationsresistenten Marktanalyse, sind einfachere Techniken – wie etwa natürliche
Experimente – oftmals besser geeignet als sehr komplexe Methoden. Natürliche Experimente beschreiben
historische Ereignisse, welche die Identifikation des Zusammenhangs zwischen zwei Variablen erlauben. So
kann zum Beispiel der Marktaustritt einer Firma Rückschlüsse auf den Zusammenhang zwischen der Anzahl von
Wettbewerbern und dem Preisniveau erlauben (sofern sich andere wichtige Faktoren nicht zwischenzeitlich
verändern). Wie die Qualität ökonometrischer Berechnungen und Aussagen im Allgemeinen, hängt aber auch
der Wert natürlicher Experimente von der Verfügbarkeit von Daten ab.⁶⁹ Diese Daten müssen möglichst
vergleichbar sein und über einen bestimmten Zeitraum vorliegen. Hier wird man in der Fusionskontrollpraxis
nicht immer aus dem Vollen schöpfen können, da die Zeit, in der ein Verfahren abgeschlossen sein muss, durch
die FKVO streng limitiert ist. Außerdem kann den Beteiligten kein unverhältnismäßig hoher Ermittlungs- und
Prüfungsaufwand zugemutet werden.⁷⁰

Die Bereitschaft für den Einsatz neuer Methoden bedeutet allerdings nicht, dass die Grenzen ihrer Anwendung 28
ignoriert werden. Die Wirkungen von Innovationen, Qualitätsverbesserungen oder die vertikalen Wirkungen von
Fusionen sind schwieriger mit quantitativen Methoden zu erfassen, respektive empirisch zu verifizieren. Eine
spezialisierte theoretische oder empirische Analyse kann die im Einzelfall stets zu treffende Abwägung

⁶³ Vgl. BKartA, Wettbewerbsschutz und Verbraucherinteressen im Lichte neuerer ökonomischer Methoden, Diskussionspapier
für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht, Bonn 2004, 2.

⁶⁴ *Strohm*, Effizienzgesichtspunkte und Europäische Wettbewerbspolitik, Schriften des Vereins für Socialpolitik, 111 mwN.

⁶⁵ Vgl. weiterführend *Hoppmann* JNSt 181 (1967), 251 mwN sowie zum Ganzen *Schmidt I.*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 10-24.

⁶⁶ *v. Hayek* Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, in: Freiburger Studien: Gesammelte Aufsätze von F.A. von Hayek, Tübingen
1969, 249-265.

⁶⁷ *Strohm* (Fn. 64).

⁶⁸ Vgl. *Röller/Friederiszick* in: Baudenbacher (Hrsg.), Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht, Elfte St.
Galler Internationales Kartellrechtsforum 2004 (im Erscheinen).

⁶⁹ Vgl. ebd (Fn. 68).

⁷⁰ BKartA (Fn. 63), 6.

verschiedener Faktoren daher nicht ersetzen. Auch mögliche Verhaltensänderungen aufgrund des Zusammenschlusses - beispielsweise der Übergang der Anbieter zu einer kooperativen Strategie - werden in einem Simulationsmodell nicht erklärt. Die empirische Analyse kann daher stets nur Antworten auf bestimmte Teilprobleme geben, die jedoch für die Gesamtbewertung von entscheidender Bedeutung sein können.⁷¹

4. Nicht-koordinierte (unilaterale) Effekte⁷²

- 29 Ein wichtiger Verdienst der Industrieökonomik ist die Einbeziehung des strategischen Verhaltens der Marktteilnehmer in die Wettbewerbsanalyse. Dabei versteht man unter strategischem Verhalten, dass die einzelnen Marktteilnehmer die Auswirkungen ihrer Entscheidungen auf die anderen Marktteilnehmer mit einbeziehen, ebenso wie umgekehrt die Wirkungen von Handlungen anderer Akteure auf sie selbst. Die Berücksichtigung strategischen Verhaltens ist vor allem in Oligopolmärkten von Bedeutung, wo einige Unternehmen einen relativ hohen Marktanteil besitzen und somit zwischen den Firmen starke Interdependenzen bestehen.⁷³ Die Analyse der ökonomischen Wirkungen eines Zusammenschlusses in Oligopolfällen muss daher den Einfluss der Veränderung der Marktstruktur auf die strategischen Wechselbeziehungen des fusionierten Unternehmens mit den Wettbewerbern umfassen, d.h. es kommt darauf an zu ermitteln, wie jedes einzelne Mitglied des Oligopols auf die Veränderung reagiert. Die durch den Zusammenschluss induzierte Änderung des Verhaltens bestimmt den Rahmen für die ökonomische Analyse, um festzustellen, in welchem Ausmaß wirksamer Wettbewerb behindert wird.⁷⁴ Mit der in den Leitlinien⁷⁵ vorgenommenen Unterscheidung von koordinierten und nicht-koordinierten Effekten werden zwei unterschiedliche Szenarien für Oligopolfälle beschrieben, die Anlass zu wettbewerblichen Bedenken geben können.
- 30 Unter nicht-koordinierten Effekten versteht man Auswirkungen auf den Wettbewerb, die (allein) dadurch auftreten, dass der zuvor von den Fusionspartnern aufeinander ausgeübte Wettbewerbsdruck durch den Zusammenschluss wegfällt. Nicht unter diesen Begriff fallen somit Sachverhalte, wo durch den Zusammenschluss ein Umfeld geschaffen wird, in dem koordiniertes Verhalten erleichtert wird.
- 31 In der Theorie wird die Wahrscheinlichkeit, durch eine Preissteigerung bei einem bestimmten Produkt Kunden zu verlieren, indem diese auf ein ähnliches Produkt eines bestimmten Konkurrenten umsteigen, ein Unternehmen möglicherweise von Anfang an von einer Preissteigerung abhalten. Anders kann dies jedoch nach einem Zusammenschluss mit eben diesem Konkurrenten sein. Wenn die Verkaufsverluste aufgrund der erhöhten Preise dadurch ausgeglichen werden, dass der Umsatz des Ausweichprodukts dem Fusionspartner und damit dem neuen Unternehmen als Ganzem zufließt, sind Preiserhöhungen Gewinn erhöhend. Sind nach dem Zusammenschluss noch Wettbewerber vorhanden, die den mit der Fusion wegfallenden Wettbewerbsdruck „kompensieren“ können, wird dieser Effekt verringert.
- 32 Hierzu folgendes hypothetisches Beispiel:⁷⁶ Unterstellt, potentielle Käufer gehobener Mittelklassewagen wählen in der Regel allein zwischen den Marken Audi A6, BMW 520, Mercedes C300 und Saab 95. In einem solchen Szenario wird jeder Anbieter seinen Listenpreis und mögliche Rabatte so gestalten, dass er den maximalen Umsatz erzielen kann, ohne jedoch zu viele Kunden an die drei anderen Konkurrenten zu verlieren. Bei der Preisgestaltung müssen dabei ganz vielfältige Faktoren Berücksichtigung finden. So gibt es vielleicht Kunden, die mit einer bestimmten Automarke so verbunden sind, dass sie auch bei spürbaren Preissteigerung keinen Wechsel in Betracht ziehen. Andere Käufer sind vielleicht unentschlossen bezüglich der Produkte A oder B, schließen den Kauf der Produkte C und D für sich aber aus. Wieder andere machen ihre Wahl allein davon abhängig, welches der vier Modelle zum niedrigsten Preis erwerbbar ist.
- 33 Unterstellt, BMW und Audi planen einen Zusammenschluss. Gemeinsam haben sie auf dem relevanten Markt für gehobene Mittelklassewagen einen Marktanteil von 35 %, Mercedes dagegen 40 % und Saab 25 %. Nach dem Zusammenschluss würde das Management des neuen Unternehmens Untersuchungen anstellen, ob unter den neuen Bedingungen Preise gewinnbringend gesteigert werden können. Angenommen, Umfrageergebnissen zufolge hätte vor dem Zusammenschluss eine Preissteigerung von 10 % beim BMW 520 dazu geführt, dass 50 % derjenigen Interessenten, die aufgrund der Preissteigerung nun nicht mehr am Kauf des BMW festhalten, auf jeden Fall zum Audi A6 anstatt zu einem der anderen beiden Modelle wechseln. Umgekehrt würde eine Preissteigerung von 10 % bei Audi dazu führen, dass ein Drittel der wechselbereiten Audi-Interessenten als zweite Wahl den Kauf eines BMW 520, nicht aber den eines Mercedes C300 oder eines Saab 95 ins Auge

⁷¹ BKartA (Fn. 63), 7.

⁷² Ausführlich *Ivaldi/Jullien/Rey/Seabright/Tirole*, The Economics of Unilateral Effects.

⁷³ *Schwalbe*, Schwerpunkte 2002, 17, 19.

⁷⁴ Vgl. *Gonzalez-Diaz* in: Drauz/Reynolds (Hrsg.), EC Merger Control: A Major Reform in Process.

⁷⁵ Fn. 45.

⁷⁶ In Anlehnung an *Verouden/Bengtsson/Albaek* Antitrust Bull. 2004, 243, 250.

fassen. In einer solchen Konstellation bestünde nach einer Fusion zwischen BMW und Audi ein Anreiz für das neue Unternehmen, den Preis entweder des BMW 520 oder des Audi A6 über das ursprünglichen Niveau anzuheben, weil der Kundenverlust infolge des Preisanstiegs dadurch aufgefangen wird, dass eine hinreichend große Zahl Kunden zu der nunmehr dem gleichen Hause zugehörigen anderen Marke abwandern, Mercedes und Saab also als zweite Wahl nicht in Frage kommen.

Ein Zusammenschluss kann jedoch auch bezüglich der Produktionsmenge zu unilateralen Effekten führen und so einen Anreiz zu Preissteigerungen schaffen. Folgender Fall dient hier als Beispiel:⁷⁷ Zwei anteilmäßig kleine Unternehmen A und B sind die einzigen Firmen mit Überkapazitäten auf einem Markt mit den größeren Firmen C, D, E und F. A und B wollen fusionieren. Nach dem Zusammenschluss ist es für sie leichter, die Preise gewinnbringend anzuheben, weil die anderen Firmen auf die erhöhte Nachfrage nicht durch eine Angebotsausdehnung reagieren können. Dadurch wird es den Verbrauchern oberhalb einer bestimmten Nachfragemenge unmöglich gemacht, auf andere als die (teureren) Produkte des fusionierten Unternehmens auszuweichen. Vor dem Zusammenschluss hätte im Fall einer Preissteigerung durch A die Gefahr bestanden, dass B das Angebot bei gleich bleibenden Preisen noch ausdehnen kann und so - auch bei erhöhter Nachfrage - noch Wettbewerbsdruck auf A ausübt. Der Wegfall dieses Wettbewerbsdrucks durch den Zusammenschluss führt dazu, dass die Preise gewinnbringend erhöht werden können. 34

Beiden Fällen ist – generell gesprochen – folgendes gemeinsam: Zum einen ist das neu entstandene Unternehmen in der Lage, gewinnbringend die Preise anzuheben und verfügt somit nach der herkömmlichen Definition in der Ökonomie über Marktmacht. Die Feststellung, ob Marktmacht vorliegt, wird unabhängig von einer Verhaltensabstimmung mit den Konkurrenten getroffen, die Effekte sind „unilateral“ (bzw. nicht-koordiniert). Der Grad der Unabhängigkeit vom Verhalten der anderen Marktteilnehmer steht außerdem in keinem direkten Zusammenhang mit Marktanteilen. Mercedes ist im ersten Beispiel sowohl vor als auch nach der Fusion zwischen BMW und Audi Marktführer. Auch im zweiten Beispiel ist irrelevant, dass es sich bei A und B um Unternehmen mit wenigen Marktanteilen handelt. Hohe Marktanteile sind demnach weder eine notwendige noch eine hinreichende Bedingung für diese Art wettbewerbsschädlicher Auswirkungen. Der Verhaltensspielraum (und damit die Marktmacht) ist vielmehr umso höher, je größer die Substitutionselastizität der Produkte der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen ist. 35

Obschon in der Wirtschaftstheorie nicht-koordinierte Effekte intensiv erforscht wurden,⁷⁸ hatten sich die Gerichte nur selten mit derartigen Fallgruppen zu befassen. Eine Ausnahme war der US-amerikanische Fall Heinz/Beechnut.⁷⁹ Hier ging es um die Anmeldung einer geplanten Übernahme des Säuglingsnahrungsherstellers Beechnut durch das Konkurrenzunternehmen Heinz bei der amerikanischen Fusionskontrollbehörde FTC. Das mit 65% Marktanteil führende Unternehmen Gerber, der zweitgrößte Hersteller Heinz sowie Beechnut waren auf dem hochkonzentrierten relevanten Markt für Babynahrung in den USA seit über 40 Jahren die einzigen Wettbewerber. Durch die Fusion wäre die Anzahl von drei Unternehmen auf zwei gesunken, Markteintritte waren mit Blick auf die Vergangenheit unwahrscheinlich. Der Marktanteil von Heinz wäre durch den Zusammenschluss mit Beechnut von ursprünglich 17,4% auf dann 32,8% gestiegen, d.h. an der Rolle von Heinz als zweitgrößtem Wettbewerber hätte sich infolge der Fusion nichts geändert. 36

Die Besonderheit des Falls lag darin, dass amerikanische Supermärkte in der Regel nur zwei verschiedene Marken von Babynahrung im Sortiment anbieten. Gerber war als Marktführer nahezu immer vertreten („must-stock-Produkt“). Damit ging es um den Wettbewerb um den zweiten Platz in den Verkaufsregalen der Supermärkte, der sich zwischen Heinz und Beechnut abspielte. Dieser Wettbewerb, so die Argumentation der FTC, wäre durch den Zusammenschluss vollständig entfallen. Die FTC sah die Gefahr einer erheblichen Wettbewerbsverminderung (SLC) durch das Fusionsvorhaben als gegeben an und untersagte den Zusammenschluss. In zweiter Instanz wurde die Behörde vom Court of Appeal in dieser Beurteilung bestätigt.⁸⁰ 38

Im Rahmen der Untersuchung der Frage, welche Entscheidungen die Oligopolteilnehmer nach dem Zusammenschluss wahrscheinlich treffen werden und, daraus abgeleitet, welches Marktergebnis zu erwarten ist, spielt die Analyse der Wettbewerbsparameter des zu untersuchenden Marktes eine wichtige Rolle. Für die Beurteilung nicht-koordinierter Effekte ist, abgeleitet aus der ökonomischen Oligopoltheorie, dabei relevant, ob auf dem zu untersuchenden Markt Preise oder Mengen der vordringliche Parameter sind. Im Fall von Preiswettbewerb kann es nämlich sein, dass ein Zusammenschluss selbst dann für das fusionierte Unternehmen 39

⁷⁷ In Anlehnung an *Alfter* WuW 2003, 20, 25.

⁷⁸ Stellvertretend *Ivaldi/Jullien/Rey/Seabright/Tirole*, The Economics of Unilateral Effects.

⁷⁹ FTC v. H.J.Heinz Company and Milnot Holding Corp. – Civil Action No. 00-1688 (JR) (District Court of the District of Columbia), 14. Juli 2000.

⁸⁰ FTC v. Heinz, 246 F.3d 708 (D.C.C. 2001).

profitabel ist, wenn keinerlei Effizienzgewinne erzielt werden können, da der Wettbewerb zwischen den Zusammenschlussparteien eliminiert wird und die anderen Mitglieder des Oligopols stimuliert werden, die eigenen Preise ebenfalls zu erhöhen. Im Gegensatz dazu mag ein Zusammenschluss unter den Bedingungen des Mengenwettbewerbs auch mit der Realisierung von Effizienzgewinnen nicht profitabel sein, dann nämlich, wenn der Wegfall der Konkurrenz zwischen den fusionierenden Parteien ein aggressiveres Verhalten der Konkurrenten auslöst, das ausreicht, die Gewinne des Zusammenschlusses aufzuzehren⁸¹.

- 40 Die Analyse erfordert somit eine genaue Untersuchung der Natur des Wettbewerbs. Es ist zwar unmöglich, alle möglichen ökonomischen Situationen zu beschreiben, in denen wettbewerbsrechtlich relevante Zusammenschlüsse auftreten können, noch ist eine klare Unterscheidung von „Preiswettbewerb“ und „Mengenwettbewerb“ in jedem Einzelfall möglich. Dennoch ist diese in den Leitlinien entsprechend vorgenommene Unterscheidung hilfreich, um zu zeigen, auf was es, in den Fällen wo es tatsächlich relevant ist, ankommen wird. Die Leitlinien führen hier für den Fall des Preiswettbewerbs z.B. aus, dass die Wahrscheinlichkeit einer Preiserhöhung entscheidend davon abhängig ist, ob das neu entstandene Unternehmen in der Lage ist, die mit der Erhöhung des Preises für ein Produkt verbundenen Verkaufsverluste durch die Erhöhung von Verkäufen eines anderen Produkts zu kompensieren⁸².
- 41 Die Voraussetzungen für das Vorliegen von koordinierten Effekte wurden vom EuG in seinem Airtours-Urteil⁸³ bereits unter Anwendung des alten Marktbeherrschungstests entwickelt. Die Vorgaben des Gerichtshofs entsprechen in hohem Maß heutigem ökonomischen Wissen⁸⁴ und wurden in den Leitlinien übernommen. Eine „Überkategorisierung“, d.h. eine zu starre Analyse von Fällen gemäß der in den Leitlinien beschriebenen Kategorien, ist indes fehl am Platze da, sowohl von theoretischer als auch von der praktischen Sicht aus gesehen, koordinierte und nicht-koordinierte Effekte keineswegs sich gegenseitig ausschließende Ansätze sind.⁸⁵ Insofern sollte die Fusionskontrolle in einem Einzelfall prinzipiell stets beide Möglichkeiten in Betracht ziehen.

5. Effizienzen⁸⁶

- 42 Der Wortlaut des Art. 2(1) lit. b FKVO ist unverändert geblieben. Man könnte daraus den Schluss ziehen, dass die in den Leitlinien vorgenommene Orientierung der Fusionskontrolle auf Ziele der Konsumentenwohlfahrt daher keine fundamentale Neuerung gebracht haben kann. Das ist aber nur zum Teil richtig. Zwar stimmt es, dass die Verbraucherinteressen in Art 2(1) lit. b ein besonderes Gewicht haben.⁸⁷ Doch hatte die Kommission das Verbraucherinteresse in ihrer Entscheidungspraxis nicht mit einem aus der ökonomischen Theorie abgeleiteten Wohlfahrtsstandard, dem sog. Konsumentenstandard, gleich gesetzt. Die Veränderung wird besonders virulent, wenn, wie die Leitlinien vorschlagen, Effizienzen in die Wettbewerbsanalyse integriert werden. Hier wird am deutlichsten, warum es auf konkrete ökonomische Parameter, respektive die konkreten Wirkungen auf die Konsumenten ankommt. Der Beurteilungsmaßstab für Effizienzen, wie es sich aus der Ausgestaltung der Bedingungen für die erfolgreiche Geltendmachung von Effizienzen in den Leitlinien ergibt, sehr nahe an dem, was in der Wohlfahrtstheorie unter einem „Preisstandard“ verstanden wird: Gemäß den Leitlinien können Effizienzen als abmildernde Faktoren in einem Fusionskontrollverfahren nämlich hauptsächlich dann berücksichtigt werden, wenn erwartet werden kann, dass sie - in Form von niedrigeren Preisen und zeitnah - an die Konsumenten weitergegeben werden.⁸⁸ Vergleicht man diese nun eingeräumte Möglichkeit mit der von der Kommission vorher in MSG/Media⁸⁹ vertretenen Auffassung, wonach Effizienzen per se bei Vorliegen von Marktbeherrschung eben keine Berücksichtigung mehr finden können, wird der grundsätzliche Unterschied deutlich.
- 43 Die Industrieökonomik wird – neben der Analyse von unilateralen Effekten - vermutlich in der Effizienzanalyse eines ihrer wichtigen Einsatzfelder finden. Einen hinreichenden Nachweis, ob der von den Leitlinien verlangte „pass on“ von fusionsspezifischen Kosteneinsparungen an die Verbraucher wahrscheinlich ist oder erwartet werden kann, dass die Preise tatsächlich sinken, wird im Einzelfall ohne Unterstützung

⁸¹ Vgl. Gonzalez Diaz, EC Merger Control, 303,308

⁸² Vgl. Leitlinien (Fn. 45), RdNr. 35.

⁸³ Fn. 12.

⁸⁴ Vgl. *Schwalbe*, Schwerpunkte 2002, 17.

⁸⁵ So auch Office of Fair Trading, Mergers: Substantive Assessment, Consultation Paper, October 2002, OFT 506, Tz. 4.7.

⁸⁶ Weiterführend *Stennek/Röller/Verboven* European Economy No. 5, 2001, 31.

⁸⁷ Allerdings ist das Verbraucherinteresse nicht das einzige Kriterium des Art 2(1) lit. b: Im Zuge der Reform wurden auch Überlegungen angestellt, das Kriterium „Förderung des wirtschaftlichen und technischen Fortschritts“ für eine „efficiency defence“ zu instrumentalisieren, vgl. *Drauz* ZWeR 2003, 254, 256

⁸⁸ Vgl. *Strohm* (Fn. 64).

⁸⁹ Kom., ABl. 1994 L 364/1, RdNr. 100 – MGS/Media.

quantitativer Techniken kaum durchführbar sein. Hier wird offensichtlich, wie die in den Leitlinien vorgenommene Interpretation von Art 2(1) lit. b im Sinne eines Wohlfahrtsstandards die Methode der ökonomischen Analyse verändert. Denn wenn es innerhalb eines Effizienz-Szenarios auf die nach dem Zusammenschluss zu erwartenden Preise des fusionierten Unternehmens ankommt, werden Modelle notwendig sein, welche die erwarteten fusionsbedingten Effizienzgewinne der Unternehmen integrieren können.

Andererseits zeigt gerade die Beurteilung von Effizienzen auch die Bedeutung des jeweiligen Rechtsrahmens, innerhalb dessen eine Entscheidung über einen Einzelfall getroffen werden muss. Die nun weitgehend bestehende Konvergenz zwischen den US-Merger-Guidelines und den EU-Leitlinien bedeutet nämlich noch keineswegs, dass man im Einzelfall automatisch auch zu gleichen Entscheidungen gelangt. Dafür kann es einige Gründe geben, darunter einen ganz wichtigen: Beide Leitlinien verlangen von den Parteien des Zusammenschlusses, dass die Beweislast für den Umfang und das Eintreffen behaupteter Effizienzen von ihnen selbst getragen wird. Auf der anderen Seite muss die Kommission jedoch die Gründe ihrer Entscheidung nach Maßgabe des EuGH mit „hinreichenden Wahrscheinlichkeiten“ belegen. Da die Effizienzanalyse innerhalb eines integrierten Ansatzes erfolgt, nach der FKVO jedoch alle Entscheidungen – also auch Genehmigungen – zu begründen und auch von Dritten anfechtbar sind, steht eine Genehmigungsentscheidung der Kommission daher vor sehr hohen Anforderungen.

Dies ist grundlegend anders, wenn die US-Behörden einen „efficiency case“ genehmigen wollen. Diese brauchen eine positive Entscheidung nämlich nicht zu begründen, und die in den US-Merger-Guidelines genannten Kriterien können vor Gericht nur relevant werden, wenn die Behörde den Zusammenschluss verbieten will und ihn deshalb selbst dort hingebacht hat. Aus diesem Grund mag man zu der Einschätzung gelangen, dass Fälle, die im Szenario von erzielbaren Effizienzgewinnen und einem „pass on“ dieser Effizienzen beurteilt werden müssen, in der EU vor höheren Genehmigungshürden stehen als in den USA.

6. Schwellen und „ökonomischer Ansatz“

Eine wichtige Aufgabe der Leitlinien besteht darin, die Entscheidungen der Kommission für die Wirtschaftsteilnehmer vorhersehbar zu machen. In dieser Absicht benennen die Leitlinien zwei Indikatoren, die spezifizieren, unter welchen Umständen mit einer Intervention der Kommission nicht zu rechnen ist. Es handelt sich hier einerseits um Marktanteilsindikatoren und um den Herfindahl-Hirschmann-Index (HHI).⁹⁰ Im Fall der Marktanteile unterscheiden die Leitlinien zum einen den Fall oberhalb von 50%, der auf das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung schließen lässt. Am anderen Ende der Skala liegt der Wert von 25%, unterhalb dessen vermutet werden kann, dass ein Zusammenschluss keine Probleme mit dem gemeinsamen Markt aufwirft. Der HHI beschreibt hingegen die Summe der quadrierten Marktanteile der Firmen im relevanten Markt, während mit „Delta“ die Veränderung des Index aufgrund des Zusammenschlusses gemeint ist.

Die beiden genannten Indikatoren werden in unterschiedlichen Zusammenhängen in Bezug auf ihren Informationsgehalt verwendet. Die addierten Marktanteile dienen als erster Indikator dafür, ob ein Zusammenschluss Wettbewerbsprobleme auslösen könnte. Der HHI enthält indes Informationen über die Größe anderer Wettbewerber auf den relevanten Märkten und damit über den Konzentrationsgrad. In zwei Fällen erscheint die Verwendung des HHI besonders signifikant: Einerseits für Fallkonstellationen, bei denen die Gefahr, dass wettbewerbsrechtliche Probleme auftreten, prima facie gering ist. Dies wird nach den Leitlinien dann vermutet, wenn der HHI unter einem Wert von 1000 Punkten liegt. Auf der anderen Seite liefert der HHI jedoch auch Informationen darüber, ob es wahrscheinlich ist, dass ein Fall von der Kommission im Hauptprüfverfahren untersucht wird, denn der Index ist vergleichsweise aussagekräftig in Bezug auf die Erfassung von Marktmacht. Die Leitlinien präzisieren diese Situation mit einem HHI von über 2000 Punkten bei einem Delta von mehr als 150.⁹¹

Es gibt einen interessanten Zusammenhang zwischen dem HHI und dem Lerner-Index, einer in der Wirtschaftstheorie häufig verwendete Größe zur Ermittlung der Marktmacht von Unternehmen (bereits oben RdNr. 15). Gewichtet man die Preisaufläge der einzelnen Unternehmen mit deren Marktanteil und addiert diese, so ergibt sich der gewichtete, durchschnittliche Preisauflage in diesem Markt und es wird deutlich, dass der HHI umso höher sein wird, je größer der gewichtete durchschnittliche Preisauflage ist. In Märkten mit einer nur geringen Anzahl von Unternehmen, die sich aber im Hinblick auf die Marktanteile signifikant voneinander unterscheiden, wird der HHI tendenziell höher sein als in Märkten mit vielen gleich großen Unternehmen.

⁹⁰ Zum HHI weiterführend *Schmidt, I./Reis* WuW 1983, 525; *Bishop/Walker* RdNr. 3.26–3.20.

⁹¹ Vgl. *Bengtsson/Verouden/Albaeck* Antitrust Bull. 2004, 274.

49 Mit Sicht auf die Einführung von SIEC in das Europäische Recht respektive der nun explizit gewollten Erfassung nicht-koordinierter Effekte unterhalb der Schwelle von Marktbeherrschung, stellt sich aus praktischer Sicht die Frage, ob die genannten Struktur-Indikatoren einen sicheren Hafen vor der Intervention durch die Kommission bedeuten. Die Antwort kann, von der Logik des von der Kommission gewählten Ansatzes her, nur „im Prinzip ja“ heißen. Ein uneingeschränktes „ja“ würde schließlich bedeuten, dass die Kommission von ihrer Absicht, bei der Bewertung des Einzelfalls allein auf die konkreten Wirkungen eines Zusammenschlusses abstellen zu wollen, wieder abrücken würde. Darüber hinaus war es auch in der Vergangenheit keineswegs zwingend, dass Marktanteile von über 50% automatisch eine Verbotsentscheidung oder die Einleitung eines Hauptprüfverfahrens nach sich gezogen hätten. So gaben etwa im Fall Siemens/VDO⁹² sogar Marktanteile von deutlich über 60% - in erster Linie aufgrund starker Gegenmacht auf der Marktgegenseite – für die Kommission keinen Anlass, das Hauptprüfverfahren einzuleiten. Auf der anderen Seite sind Struktur-Indikatoren auch von einer vorhergehenden Abgrenzung der relevanten Märkte abhängig. Gerade in Fällen, in denen sich zwei oder mehrere Marktabgrenzungs-Alternativen etwa gleich gut begründen lassen, werden Strukturindikatoren nur begrenzt geeignet sein, genügend Vorab-Information über die Marktverhältnisse zu liefern. Hier wird allenfalls eine Art „worst case“ Szenario mehr Sicherheit geben können, das auf Basis der denkbar engsten Marktabgrenzung, und zwar sowohl in geographischer als auch in sachlicher Hinsicht, besteht.

III. „Ökonomisierung der Fusionskontrolle“ und die Rolle des Chefökonom im Verfahrensablauf

- 50 Die Reform der Europäischen Fusionskontrolle wurde mitunter etwas missverständlich als „Ökonomisierung“ bezeichnet.⁹³ Mit diesem Schlagwort entstand der Eindruck, ökonomische Analysen hätte es vorher nicht gegeben und würden erst jetzt Bedeutung erlangen. Hier handelt es sich um ein Missverständnis und zwar in zweierlei Hinsicht. Zum einen wurde bereits unter dem alten Rechtstest bei der Feststellung von Marktbeherrschung auf ökonomische Analysen zurückgegriffen. Im Fall Volvo/Scania⁹⁴ untersuchte die Kommission die Wahrscheinlichkeit von Preiserhöhungen für schwere Nutzfahrzeuge auf verschiedenen nationalen Märkten auf der Basis einer ökonometrischen Studie. Zwar wurde die Entscheidung von der Kommission letztlich auf Basis qualitativer Faktoren begründet, doch wurde die Bedeutung ökonomischer Untersuchungen ausdrücklich hervorgehoben: “(...) the results of such econometric studies can be a valuable supplement to the way the Commission has traditionally measured market power.”⁹⁵ Auch in den Fällen Philips/Agilent⁹⁶ und Philips/Marconi Medical Systems⁹⁷ wurde die Entscheidung der Kommission in erster Linie auf qualitative Elemente gestützt, doch spielten empirische Studien über die „win/loss“- Situation in verschiedenen Situationen des Bieterwettbewerbs eine wichtige Rolle bei der Analyse unilateraler Effekte. Im Fall GE/Instrumentarium⁹⁸ schließlich ging es gleichfalls um Bieterwettbewerb und um die Frage, ob die Zusammenschlussparteien „nächste Wettbewerber“ sind (und mithin durch den Zusammenschluss unilaterale Effekte auftreten). Die empirischen Untersuchungen der Kommission gingen in diesem Fall jedoch über die Analyse des zurückliegenden Bieterwettbewerbs hinaus und umfassten auch mögliche Preiseffekte des Zusammenschlusses.⁹⁹
- 51 Andererseits, und das ist der andere Teil des Missverständnisses, ist es heute nicht so, dass nach der Reform Fusionsfälle allein auf Basis quantitativer Analysen entschieden werden. Sicher, bei der Analyse unilateraler Effekte sowie in Fällen, wo die Preiswirkungen von Effizienzvorteilen zu ermitteln sind, werden quantitative Methoden verstärkt zum Einsatz kommen und Gewicht erhalten. Doch nennen die Leitlinien verschiedene Faktoren, die bei der Wettbewerbsanalyse stets eine Gesamtabwägung erfordern, und diese ist zwangsläufig qualitativ. Auf das Beispiel von Effizienzvorteilen eines Zusammenschlusses bezogen bedeutet dies, dass sich die Kommission nicht allein auf die zu erwartenden Preiseffekte beschränken kann. Wohl erfordert der Nachweis einer von den Leitlinien verlangten Weitergabe der Effizienzen an die Verbraucher eine umfassende quantitative Analyse, aber diese kann nicht allein ausschlaggebend sein.

⁹² Kom., ABl. 2000 C 369/5 – Siemens/Dematic/VDO/Sachs (im Volltext abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/decisions/m2059_de.pdf).

⁹³ Vgl. BKartA (Fn. 63).

⁹⁴ Kom., ABl. 2001 L 143/74 - Volvo/Scania.

⁹⁵ Kom., (Fn. 94), RdNr. 72 -Volvo/Scania.

⁹⁶ Kom., ABl. 2001 C 292/10 – Philips/Agilent Health Care Solutions (im Volltext erhältlich unter http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/decisions/m2256_en.pdf).

⁹⁷ Kom., ABl. 2001 C 321/16 – Philips/Marconi Medical Systems ((im Volltext erhältlich unter http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/decisions/m2537_en.pdf).

⁹⁸ Kom., ABl. 2004 L 101/1 – GE/Instrumentarium.

⁹⁹ Kom., (Fn.98), RdNr. 166 ff.

Im Zusammenhang mit der angeblichen „Ökonomisierung“ wurde auch die Frage nach der Rolle des Chefökonom gestellt. Es darf daher kurz auf die Bedeutung dieser neuen Funktion eingegangen werden.¹⁰⁰ Die Bildung eines Chief Economist Team (CET) kann als institutioneller Schritt mit der Zielsetzung einer besseren ökonomischen Fundierung der Entscheidungen verstanden werden. Da es im Zuge der Neuausrichtung der Fusionskontrolle nunmehr auf die konkreten ökonomischen Wirkungen eines Zusammenschlusses ankommt, steht die Fallpraxis, etwa bei der Analyse der erwarteten Preiswirkungen eines Zusammenschlusses mit behaupteten Effizienzgewinnen, vor teilweise recht komplexen ökonomischen Aufgaben. Es ist von daher nur selbstverständlich, dass diese Zunahme erforderlicher ökonomischer Kompetenz eine institutionelle Entsprechung findet. 52

Das CET ist zuständig für alle Themenfelder der Wettbewerbspolitik und nicht nur für die Fusionskontrolle. Dies entspricht dem politischen Ziel, die verschiedenen Bereiche der Wettbewerbskontrolle methodologisch zu integrieren. Doch auch innerhalb der Fusionskontrolle sind die Tätigkeitsfelder des CET vielfältig: Ein wesentlicher Bestandteil ist die direkte Mitarbeit bei individuellen Fällen. Dies reicht von kurzfristigen Anfragen zu speziellen ökonomischen Problemstellungen bis hin zur durchgängigen Mitarbeit im „Case Team“ bei ökonomisch komplexen Fällen. Dabei sind die CET-Mitglieder insbesondere für die Durchführung und Evaluierung interner sowie externer ökonomischer Analysen zuständig. Die Auswahl der Fälle erfolgt auf Anfrage einzelner Direktorate sowie durch Initiative des CET selbst, immer jedoch in Absprache und mit Zustimmung des Generaldirektors. Die Position des CET-Mitglieds im „Case Team“ ist dabei als speziell zu bezeichnen. Dies gilt insofern, als dass der dem Fall zugeordnete Vertreter des CET zum einen konstruktiv an der Fallbearbeitung mitwirkt, zum anderen aber unabhängig dem Chefökonom berichtet. 53

Darüber hinaus bildet das CET die Brücke zur ökonomischen Wissenschaft. Neben zahlreichen Präsentationen des CET an diversen Universitäten und internationalen Organisationen wurde ein wirtschaftswissenschaftliches Seminar gegründet, in dem forschungsnah wettbewerbsrelevante Themen diskutiert werden. Eine herausragende Rolle spielt des Weiteren der neu gebildete wissenschaftliche Beirat, die „Economic Advisory Group on Competition Policy“. Rund 20 renommierte Wirtschaftswissenschaftler aus ganz Europa diskutieren aktuelle Politikfragen in den Bereichen Antitrust, Fusionskontrolle und Beihilfenkontrolle. Ergebnisse dieses Diskurses werden für jeden der Bereiche in einem regelmäßig verfassten Politikreport präsentiert. Ziel ist es, damit eine verbesserte Anknüpfung der bestehenden rechtlichen Rahmenbedingungen und geplanten Reformschritte an die bestehende Forschung im Bereich der Wirtschaftswissenschaften zu erreichen. 54

Kurz sei an dieser Stelle noch auf die Zusammenarbeit mit dem Kommissar verwiesen. Das CET ist direkt dem Generaldirektor unterstellt und somit Teil der Arbeitsebene der Generaldirektion – und nicht der politischen Ebene. Trotzdem besteht ein regelmäßiger Austausch sowohl mit dem Generaldirektor als auch mit dem Kommissar in allen entscheidungsrelevanten Phasen einzelner Fälle. Formal findet diese Kommunikation zum einen innerhalb der wöchentlichen Sitzung des Kommissars statt, an der der Chefökonom oder ein Mitglied des CET regelmäßig teilnimmt. Zum anderen findet sie ihren Ausdruck in dem sog. „final advice“. Dieser wird in wichtigen Fällen (oder bei relevanten Politikthemen), an denen das CET beteiligt war, verfasst und bietet dem Kommissar eine unabhängige Beurteilung des jeweiligen Falls aus einer ökonomischen Perspektive. Der „final advice“ wird auch den anderen Kommissaren – nicht jedoch den betroffenen Parteien oder der Öffentlichkeit – mitgeteilt. 55

Die Erfahrungen haben insbesondere im Bereich empirischer Ökonomie die Bedeutung des CET für die Arbeit der Generaldirektion gezeigt – sei es bei der Evaluierung empirischer Arbeiten und Studien, deren Integration in die Entscheidungen oder bei der Aufarbeitung empirischen Materials. Diese Kernkompetenz des CET wird sicherlich in der Zukunft erhalten bleiben. Ein zweiter, an Gewicht zunehmender Bereich wird – wie bereits angesprochen – die Mitarbeit an wichtigen Verordnungen und Leitfäden werden. Eine Reflektion der Texte aus ökonomischem Blickwinkel und das Einbringen von Ideen aus der „Advisory Group“ im Speziellen und der wirtschaftswissenschaftlichen Forschung im Allgemeinen sind die wesentlichen Beiträge des CET in diesem Bereich. 56

Abschließend noch einige grundlegende Bemerkungen in Bezug auf die Zusammenarbeit von Juristen und Ökonomen. Zwei unterschiedliche Grundkonzepte der Zusammenarbeit zwischen juristischer und ökonomischer Expertise sind denkbar und wurden vor der Bildung des CETs diskutiert: Zum einen besteht das interdisziplinäre Konzept, in dem Juristen und Ökonomen gemeinsam an den Fällen arbeiten und einem gemeinsamen Vorgesetzten berichten. Dies beschreibt die bisherige Situation innerhalb der Generaldirektion Wettbewerb. Ähnliche Konzepte findet man auch in US-amerikanischen Kontrollinstitutionen, wie zB im „Government 57

¹⁰⁰ Vgl. auch *Stevenson/Filippi* ECLR. 2004, 122.

Accountability Office“ (GAO). Zum anderen existiert das Modell klarer fachlicher Spezialisierung, wie es zum Beispiel in der Antitrust-Einheit des „Department of Justice“ (DOJ) oder der „Federal Trade Commission“ (FTC) etabliert ist. Der Vorteil des interdisziplinären Systems liegt insbesondere in einer schnelleren und unter Umständen substantiell besseren Entscheidungsfindung, da andernfalls – im Fall getrennter Linienfunktionen – Konflikte zwischen Ökonomen und Juristen erst in der oberen Leitungsebene gelöst werden und die Implementierung des ökonomisch sinnvollsten Ansatzes dann bereits nicht mehr möglich sein kann. Dem stehen potentielle Nachteile des interdisziplinären Systems gegenüber: Kurzfristig liegt die Gefahr des interdisziplinären Systems in einem Qualitätsverlusts in der fallbezogenen Entscheidungsfindung, wenn die Fallbearbeiter nicht an fachlich Gleichgesinnte berichten und dadurch der fachspezifische Diskurs über den individuellen Fall verloren geht. Langfristig besteht darüber hinaus die Gefahr des Verlustes spezialisierten Wissens aufgrund fehlender Förderung und Weiterbildung auf dem jeweiligen Spezialgebiet.

- 58 Durch die Einführung des CET ist in Europa ein hybrides System entstanden – verbunden mit der Erwartung, die Vorteile beider Systeme vereinen zu können. So sind rund die Hälfte der qualifizierten Mitarbeiter der Generaldirektion von ihrer Ausbildung her Ökonomen und in die einzelnen Fachabteilungen integriert. Zum anderen wurde durch das CET eine auf ökonomische Fragestellungen spezialisierte Einheit gebildet, die weitestgehend unabhängig von rechtlichen Erwägungen die ökonomische Seite eines Falls diskutieren und vorantreiben kann. Durch die direkte Berichterstattung an den Chefökonom besteht die Möglichkeit, beim Vorliegen eines inhaltlichen Dissenses bezüglich der juristischen und ökonomischen Beurteilung des Falls diesen direkt in die obersten Entscheidungsebenen zu tragen und dort angemessen zu lösen. Dieses Vorgehen gewährt auch eine hinreichende Beachtung derartiger Konfliktpunkte bei der Erarbeitung zukünftiger Leitlinien und Verordnungen.