

DIE IMPLEMENTIERUNG DES SIEC TESTS IM GWB UND IHRE FOLGEN FÜR DIE NATIONALE FUSIONSKONTROLLE

- 1 Der Gesetzgeber beabsichtigt im Rahmen der 8. GWB-Novelle den Untersagungstatbestand der nationalen Fusionskontrollvorschriften zu novellieren und das Kriterium der „erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs“ einzuführen. Dieses Bestreben wirft eine Vielzahl an Fragen auf, denen in diesem Beitrag nachgegangen wird. Zunächst sind die unmittelbar mit der Änderung des Untersagungskriteriums einhergehenden Fragestellungen in den Blick zu nehmen. So ist zu klären ob eine Reform tatsächlich erforderlich ist und welche Risiken eine Adaption des europäischen Vorbilds für die Reichweite der Untersagungsbefugnis des Bundeskartellamtes birgt. Ferner wird die Frage der Bindungswirkung der europäischen Praxis *de lege ferenda* für die nationale Auslegung in den Blick genommen. Schließlich sind als „Harmonisierungsfolgen“ die Übernahme des Konsumentenwohlfahrtsstandards, die Einführung des Spürbarkeitskriteriums und die „Rechtfertigungsgründe“, insbesondere die Berücksichtigung von Effizienzen und die Beibehaltung der Abwägungsklausel, zu untersuchen.

I. EINFÜHRUNG

- 2 Die Fusionskontrolle bildet neben Kartellverbot und Missbrauchsaufsicht die „dritte Säule“ des Kartellrechts. Ihr zentrales Ziel ist es, externes Wachstum in den Fällen zu unterbinden, in denen die langfristige Wirkung des Marktmechanismus negativ beeinträchtigt zu werden droht. Dieser Ansatz folgt dabei aus der grundlegenden Differenzierung zwischen endogenem und exogenem Wachstum und dem diesbezüglichen Verständnis der neoklassischen Wachstumstheorie. Zwar sind beide Wachstumsformen in gewisser Weise Ausdruck unternehmerischen Erfolges, jedoch ist letztere dadurch gekennzeichnet, dass keine neuen Ressourcen geschaffen werden, sodass sie wirtschaftspolitisch in manchen Fällen negativ bewertet wird. Vor diesem Hintergrund haben die meisten Wirtschaftsordnungen als ordnungspolitisches Instrument eine präventiv wirkende Fusionskontrolle eingeführt, um potentiell negative Folgen eines Zusammenschlussvorhabens, insbesondere in Gestalt von Produktionsverknappung, sowie – in Abhängigkeit von der zur Anwendung kommenden Wohlfahrtskonzeption – von Preiserhöhungen, effektiv begegnen zu können.
- 3 Diesen Regimes ist – unabhängig vom zur Anwendung kommenden „Test“ – gemein, dass die maßgeblichen Tatbestände sehr offen und unbestimmt gehalten sind.¹ Grund hierfür ist vor allem, dass kein allgemein anerkanntes Leitbild der Wettbewerbspolitik existiert.² Lediglich die Grundannahme, dass

¹ Eine gewisse Ausnahme stellt insoweit die noch in Art. 66 § 1 S. 1 i.V.m. § 2 S. 1 EGKS enthaltene Regelung dar, die an bestimmte unternehmerische Verhaltensweisen anknüpfte. „Die Kommission erteilt die (...) vorgesehene Genehmigung, wenn sie feststellt, dass das beabsichtigte Vorgehen den beteiligten Personen oder Unternehmen nicht die Möglichkeit gibt, hinsichtlich der ihrer Zuständigkeit unterstehenden Erzeugnisse auf einem bedeutenden Teil des Marktes dieser Erzeugnisse die Preise zu bestimmen, die Produktion oder die Verteilung zu kontrollieren oder zu beschränken oder einen wirklichen Wettbewerb zu verhindern, oder den aus der Anwendung dieses Vertrages sich ergebenden Wettbewerbsregeln zu entgehen, insbesondere durch Schaffung einer künstlichen Vorzugsstellung, die einen wesentlichen Vorteil im Zugang zu den Versorgungsquellen und zu den Absatzmärkten mit sich bringt.“

² Jens, Rationale Wettbewerbspolitik in Demokratien, in Cox/Jens/Markert, Handbuch des Wettbewerbs, 1981, S. 169, 171; deutlich auch Herdzina, Wettbewerbspolitik, 5. Auflage 1999, S. 7 ff., der davon ausgeht, dass es der Wettbewerbspolitik bereits im Ansatz nicht möglich ist, ihre Zielsetzungen in einer Weise präzise zu formulieren, wie dies andere Bereiche der Wirtschaftspolitik können.

zwischen Marktstruktur („*Structure*“) und/oder Marktverhalten („*Conduct*“) sowie Marktergebnis („*Performance*“) ein kausaler Zusammenhang besteht, stimmt überein.³

4 Obschon ein – als solcher kommunizierter – unmittelbarer Anlass nicht besteht, sollen im Rahmen der 8. GWB-Novelle die Fusionskontrollvorschriften des GWB an das europäische Recht angeglichen werden.⁴ So beabsichtigt der Gesetzgeber das materielle Untersagungskriterium des § 36 Abs. 1 GWB, den Marktbeherrschungstest, durch das Kriterium der „erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs“ („*Significant Impediment to Effective Competition*“, „SIEC“) zu ersetzen. Obschon im Jahreswirtschaftsbericht 2011 noch eine Ergänzung des Untersagungstatbestandes um den SIEC-Test ins Auge gefasst wurde, ist davon auszugehen, dass § 36 Abs. 1 GWB in der Fassung der 8. GWB-Novelle den Prüfungsmaßstab des Art. 2 Abs. 3 VO 139/2004/EG⁵ übernehmen wird.⁶ Dies entspricht in gewisser Weise auch der Veränderung des Untersagungskriteriums in Art. 2 Abs. 3 VO 139/2004/EG im Rahmen der letzten europäischen Novelle⁷ und trägt der Tatsache Rechnung, dass die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung als tendenziell „engerer“ Ansatz seitdem als Regelbeispiel im Rahmen des SIEC-Tests fungiert. Ein paralleles Nebeneinander von Marktverhaltens- (SIEC) und Marktstrukturkriterium (Marktbeherrschung), erscheint bereits deswegen gesetzssystematisch nicht als Alternative zur Adaption von Art. 2 Abs. 3 VO 139/2004/EG.⁸ Ziel des Gesetzgebers ist es, durch die Novellierung die systemische Weiterentwicklung des GWB zu betreiben, um Zielrichtung und Grundgedanken zu akzentuieren und die Durchsetzung effizient zu gestalten.⁹ Hieraus leitet sich die Reichweite des Harmonisierungsumfanga ab.

5 Das Vorhaben selbst entspricht dabei dem Weg, den – auch in der Fusionskontrolle – in den letzten Jahren zahlreiche Mitgliedsstaaten der Europäischen Union beschritten haben.¹⁰ Während noch 2005 eine Mehrheit von 16 der seinerzeit 25 Mitgliedsstaaten den Marktbeherrschungstest, entweder in der Ausprägung der VO 4064/89/EWG¹¹ oder in der des § 36 Abs. 1 GWB als Untersagungskriterium hatten, stellt

³ Vgl. grundlegend zu den Wechselwirkungen *Bain*, Quarterly Journal of Economics 1951, 293 ff.; dessen Feststellungen aus Sicht der „Chicago School“ relativierend *Brozen*, Antitrust Bulletin 1974, 381 ff.; unter Anlehnung an die von *Bain* entwickelten Grundsätze wiederum *Breshnahan/Schmalensee*, The Journal of Industrial Economics 1987, 371 ff. Vgl. auch *Kirchner*, ZHR 2009, 775, 777.

⁴ So – jedoch noch als offener Prüf- und nicht als konkreter Umsetzungsauftrag formuliert – CDU/CSU/FDP, Wachstum Bildung Zusammenhalt, Koalitionsvertrag 17. Legislaturperiode, 2009, S. 18 „Darüber hinaus werden Elemente der europäischen Fusionskontrolle übernommen. Das Kartellamt wird weiterhin Konzentrationstendenzen und Nachfragemacht beobachten.“ Erheblich enger bereits BMWi, Jahreswirtschaftsbericht 2011, Rn. 16, 80 „Die trotz grundsätzlich übereinstimmender Ansätze noch bestehenden Unterschiede des deutschen und europäischen Fusionskontrollrechts sollen verringert und damit für die Unternehmen gleiche Wettbewerbsbedingungen geschaffen werden. Bei der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen könnte eine Ergänzung des Untersagungskriteriums der Marktbeherrschung im GWB durch das Merkmal der ‚erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs‘ das nationale an das europäische Recht angleichen und die ökonomischen Auswirkungen eines Zusammenschlusses noch besser berücksichtigen.“ Ebenso BMWi, Jahreswirtschaftsbericht 2010, Rn. 59. Eine solche Anpassung in Aussicht nehmend bereits *Becker/Knebel*, in MüKo Kartellrecht, 2008, § 36 GWB Rn. 23 unter Bezugnahme auf die Regierungsbegründung zur 7. GWB-Novelle; *Deselaers/Seeliger*, EWS 2008, 57 ff.; *Säcker*, WuW 2004, 1038 ff., sowie schon frühzeitig *Kögel*, Die Angleichung der deutschen an die europäische Fusionskontrollverordnung, 1996.

⁵ Verordnung Nr. 139/2004/EG des Rates vom 20.01.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („Fusionskontrollverordnung“), ABl. 2004 L 24/1.

⁶ Vgl. bereits Fn. 4.

⁷ Vgl. näher hierzu II.1.c) und II.2.

⁸ Jedoch ist zuzugeben, dass mit Lettland ein Mitgliedsstaat der EU eben ein solches Nebeneinander von Struktur- und Verhaltenskriterium eingeführt hat. So Art. 16 Abs. 3 Latvijas konkurences normatīvie akti 2009. Jedoch ist hier – in Abgrenzung zu Art. 2 Abs. 3 VO 4064/89/EWG – das Verhaltenskriterium systematisch vorrangig gegenüber dem Strukturkriterium.

⁹ So bereits BMWi, Jahreswirtschaftsbericht 2010, Rn. 59.

¹⁰ So haben einige EU Mitgliedsstaaten in den letzten Jahren eine Harmonisierung in Gestalt einer Anpassung an das Untersagungskriterium der VO 139/2004/EG vorgenommen. So seit 2005 Belgien, Dänemark, Niederlande, Schweden, Slowenien, Tschechische Republik und Ungarn. Vgl. zur Harmonisierungsbestrebung als tragender Motivation für die Änderung des Untersagungskriteriums exemplarisch für die Niederlande *Chatelin/Schippers*, The European Antitrust Review 2007, 172 f.; für Schweden *Andersson/Legnerfält*, ECLR 2008, 563, 567 f.

¹¹ Verordnung Nr. 4064/89/EWG des Rates vom 21.12.1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („Fusionskontrollverordnung“), ABl. 1989 L 395/1; berichtigt ABl. 1990 L 257/13. Art. 2 Abs. 3 VO 4064/89/EWG lautete: „Zusam-

sich die Lage mittlerweile differenzierter – jedoch mit einer klaren Anpassungstendenz an die VO 139/2004/EG – dar. Gegenwärtig stellt der Marktbeherrschungstest¹², gleichauf mit dem SIEC-Test¹³ in jeweils 11 Mitgliedsstaaten den Prüfmaßstab dar. Daneben kommt in 4 Mitgliedsstaaten der SLC-Test US-amerikanischer Prägung zur Anwendung.¹⁴

6 Während noch im Rahmen der 7. GWB-Novelle ein Vorschlag des Wirtschaftsministeriums zur Anpassung des Untersagungskriteriums an Art. 2 Abs. 3 VO 139/2004/EG¹⁵ erheblichen Widerspruch hervorrief¹⁶ und letztlich keinen Eingang in das Gesetz fand, wird nunmehr weitgehend davon ausgegangen, dass die erneute Reformbestrebung zu einer Änderung von § 36 Abs. 1 GWB führen wird.¹⁷ Insoweit ist insbesondere zu beachten, dass das 2005 gegen die Einführung des SIEC-Tests vorgebrachte Argument der fehlenden Rechtssicherheit für Unternehmen nach der nunmehr siebenjährigen Praxis von Europäischer Kommission und Unionsgerichten kaum noch Geltung beanspruchen dürfte.¹⁸

Vor diesem Hintergrund ist Gegenstand der vorliegenden Abhandlung – ausgehend von einem Vergleich der existierenden Untersagungskriterien – die Überprüfung des tatsächlichen Reformbedarfs der deutschen Fusionskontrollvorschriften (unter II.), sowie im Anschluss daran, die Auswirkungen einer möglichen Implementierung des SIEC-Tests im GWB mit Blick auf die Bindungswirkung europäischer Anwendungspraxis für Kartellbehörden und Gerichte (unter III.). Ferner werden weitere Folgeprobleme (unter 4.) erörtert. Insbesondere die Frage des Erfordernisses der Harmonisierung der grundlegenden wett-

menschlüsse, die eine beherrschende Stellung begründen oder verstärken, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert wird, sind für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt zu erklären.“

¹² Neben Deutschland (§ 36 Abs. 1 GWB) kommt der Marktbeherrschungstest in vergleichbarer Ausgestaltung in Österreich (§ 12 Abs. 1 Nr. 2 Kartellgesetz 2010) und Zypern (Art. 10 Ο περί Ελέγχου των Συγκεντρώσεων Επιχειρήσεων Νόμος 1999) zur Anwendung. Demgegenüber ist das Untersagungskriterium anderer Länder an die Regelung des Art. 2 Abs. 3 VO 4064/89/EWG (zur Differenzierung vgl. Fn. 36) angelehnt, so in Bulgarien (Art. 26 Abs. 1 Закона за защита на конкуренцията), Estland (§ 22 Abs. 2 Konkurentsiseadus 2006), Italien (Art. 6 Abs. 1 Legge 287/1990), Finnland (Art. 11d Abs. 1 Lag om konkurrensbegränsningar 2001), Litauen (Art. 14 Abs. 1 Nr. 3 Konkurencijos įstatymas), Portugal (Art. 12 Abs. 3 Lei da Concorrência 2003), Rumänien (Art. 13 Legea Concurenței) und Slowakei (Art. 12 Abs. 6 Zákon o ochrane hospodárskej súťaže 136/2001). Insoweit ist jedoch zu beachten, dass für die, in jüngerer Zeit zur Europäischen Union beigetretenen, Mitgliedsstaaten die Anpassung – soweit sie an Art. 2 Abs. 3 VO 4064/89/EWG erfolgt ist – insbesondere auf die Vorgaben im Bereich der Wettbewerbspolitik des „Acquis Communautaire“ als Beitrittsvoraussetzung zurückzuführen sein dürfte.

¹³ Nach dem Vorbild des Art. 2 Abs. 3 VO 139/2004/EG ist das Prüfkriterium gefasst in Belgien (Art. 8 § 3 Loi sur la protection de la concurrence économique 2006), Dänemark (Art. 12c Abs. 2 Konkurrenceloven 972/2010), den Niederlanden (Art. 41 Abs. 2 S. 1 Mededingingswet 2005), Polen (Art. 19 Abs. 1 Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów), Schweden (Kap. 4 § 1 Konkurrenslag 2008:579), Slowenien (Art. 11 Abs. 1 Zakon o preprečevanju omejevanja konkurence 2009), der Tschechischen Republik (Art. 17 Abs. 3 Art. 17 Abs. 3 Zákona č. 143/2001 Sb. zákonem č. 155/2009 Sb.) und Ungarn (Art. 30 Abs. 2 törvény a tisztességtelen piaci magatartás és a versenykorlátozás tilalmáról 2010). Varianten des SIEC-Tests selbst, weist demgegenüber der Tatbestand in Frankreich (Art. L430-6 Code de Commerce) und Griechenland (Art. 4c N. 703/1977) auf. In Lettland (Art. 16 Abs. 3 Latvijas konkurences normatīvie akti 2009) sind Struktur- und Verhaltenskriterium gleichberechtigte Prüfungsansätze, durch die Aufnahme des Verhaltenskriteriums weist der Test faktisch eine größere Nähe zu SIEC als zum Marktbeherrschungstest auf.

¹⁴ So unstrittig im Vereinigten Königreich (Sec. 35 Abs. 2 lit. a Enterprise Act 2002), in Irland (Sec. 22 Abs. 3 Competition Act) und Malta (Sec. 4 Abs. 1 Kap. 379.08 Competition Act). Sowie ferner – in weniger deutlicher Ausprägung – auch in Spanien (Art. 10 Abs. 1 Ley 15/2007). Demgegenüber interpretiert das Bundeskartellamt den in Spanien zur Anwendung kommenden Test als SIEC-Test. So BKartA, Marktbeherrschungs- und SIEC-Test – Eine Bestandsaufnahme, Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht am 24.09.2009, S. 1. A.A. und u.E. zutreffend *Araujo/Jörgens/Pérez-Abad*, *The European Antitrust Review* 2008, 191, 192, feststellend, dass ebenso wie vor der Novellierung zum 01.09.2007 auch danach der SLC-Test zur Anwendung kommt. Unter den europäischen Mitgliedsstaaten hat alleine Luxemburg kein Fusionskontrollregime.

¹⁵ BMWi, Diskussionspapier für die Neufassung von § 36 I GWB vom 21.06.2004 (unveröffentlicht). Hierin wurde als Neufassung von § 36 Abs. 1 GWB vorgeschlagen: „Ein Zusammenschluss, durch den wirksamer Wettbewerb auf dem jeweils relevanten Markt, insbesondere durch die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung erheblich behindert würde, ist vom Bundeskartellamt zu untersagen. Dabei ist über den Fall der Marktbeherrschung hinaus nur auf solche wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen eines Zusammenschlusses abzustellen, die sich aus nicht koordiniertem Verhalten von Unternehmen ergeben, die auf dem jeweiligen Markt keine beherrschende Stellung haben würden.“

¹⁶ Vgl. statt vieler *Becker/Knebel*, in *MüKo Kartellrecht*, 2008, § 36 GWB Rn. 23 m.w.N.

¹⁷ So etwa *Kühnen*, *KZStW* 2011, 3 ff.; *Becker/Knebel*, in *MüKo Kartellrecht*, 2008, § 36 GWB Rn. 23.

¹⁸ Bilanzierend etwa Mitteilung der Kommission an den Rat, Bericht über das Funktionieren der Verordnung Nr. 139/2004 des Rates vom 18.06.2009, KOM(2009) 281 endg.; sowie *Buccirossi/Ciari/et al.*, *Ex-post Review of Merger Control Decisions*, 2006, passim; *Bergman/Coate/et al.*, *European Competition Journal* 2011, 89 ff.

bewerbspolitischen Zielsetzungen, so die Übernahme des Wohlfahrtsmaßstabs, sowie die Geltung des Spürbarkeitskriteriums und des integrierten Ansatzes der VO 139/2004/EG, darunter der Berücksichtigung von Effizienzen nach Erwägungsgrund 29 und die Frage der Beibehaltung der Abwägungsklausel des § 36 Abs. 1, 2. Hs. GWB, sind hier zu klären.

II. ÄNDERUNG DES RECHTSTESTS

7 Nach einer wenig erfolgreichen Phase der extraterritorialen Anwendung der jeweiligen nationalen Vorschriften¹⁹, ist wiederholt die Nivellierung der Systemunterschiede in den Blick genommen worden.²⁰ Neben der Frage der verfahrensrechtlichen Harmonisierung²¹ wird dabei auch die Frage der materiellrechtlichen Angleichung erörtert. Vor diesem Hintergrund sind zunächst die konzeptionellen Eckpunkte der möglichen Untersagungsmaßstäbe und nachfolgend der mit der VO 139/2004/EG gewählte Kompromiss des SIEC-Tests, der Pate stehen soll für eine Angleichung des § 36 Abs. 1 GWB, zu betrachten.

1. Alternativität der Konzepte

8 Im internationalen Vergleich dominieren als konzeptionelle Ansätze in der Fusionskontrolle der „*substantial lessening of competition*“-Test („SLC-Test“) sowie der Marktbeherrschungstest.²² Gleichsam dazwischen steht der „*significant impediment to effective competition*“-Test („SIEC-Test“), der in seinem Wortlaut *prima facie* eng an den SLC-Test anknüpft, aber durch die Bezugnahme auf das Regelbeispiel der „Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung“ faktisch nah am Marktbeherrschungstest steht. Zwar ist zuzugeben, dass es nicht „den“ Marktbeherrschungs- oder SLC-Test gibt, jedoch lassen sich die grundlegenden theoretischen Konzepte dennoch voneinander abgrenzen.²³ Gleiches gilt auch für den SIEC-Test, soweit man neben Art. 2 Abs. 3 VO 139/2004/EG die Regelungen in den Mitgliedsstaaten berücksichtigt.²⁴ Dies ist nachfolgend Gegenstand der Darstellung.

¹⁹ Vgl. *Seiden*, Suffolk Transnational Law Review 1995, 307 ff.; *Brömmelmeyer*, The European Legal Forum 2000/1, 192 ff. Grundlegend insoweit die Entscheidung *Alcoa* unter dem Sherman Anti-Trust Act in welcher die US-Rechtsprechung die „*effects doctrine*“ („*actual and intended effects on U.S. commerce*“) konzipierte. United States Court of Appeals, Second Circuit, Entsch. v. 12.03.1945, 148 F2d 416 – United States vs. Aluminium Co. of America (*Alcoa*); vgl. aber auch EuGH, Urt. v. 27.09.1988, Rs. 89, et al./85 – *Ahlström Osakeyhtiö u.a./Kommission*, sowie die Ausführungen von GA *Darmon* in diesem Verfahren zur Bewertung der US-amerikanischen Praxis. Faktisch abgelöst wurde die Praxis der extraterritorialen Anwendung durch die Vereinbarung internationaler Übereinkommen zur kartellbehördlichen Kooperation. Vgl. etwa zur europäisch/amerikanischen Kooperation *Immenga/Stopper*, RIW 2001, 241 ff.; *von Wallwitz*, EuZW 1997, 525 ff. Ungeachtet dessen, kam es jedoch auch nachfolgend verschiedentlich zu Konflikten in der Bewertung von Zusammenschlussvorhaben. Vgl. insbesondere die Fälle *Boeing/McDonnell Douglas* und *Air Liquide/BOC*, in denen Konflikte im Vorfeld bzw. durch eine Rücknahme der Anmeldung beigelegt wurden und schließlich *GE/Honeywell*, in dem die Kommission das seitens der FTC freigegebene Vorhaben untersagte. Näher *Akbar*, World Competition 2002, 403 ff.; sowie Fn. 98.

²⁰ Vgl. insbesondere Kommission, Grünbuch über die Revision der Verordnung Nr. 4064/89/EWG („Grünbuch“), KOM(2001) 745 endg.; dazu auch *Böge*, WuW 2002, 825; *Sturhahn*, WuW 2002, 31 ff.; *Whish*, Substantive Analysis under the EC Merger Regulation, in Rowley, International Merger Control, 2001, S. 102 ff.; sowie allgemein aus der Literatur *Böge*, WuW 2001, 922 ff.; *Karl*, RIW 1996, 633 ff.; *Meibom/Geiger*, RIW 2002, 261 ff. sowie *Fox*, American Journal of International Law 1997, 1 ff.

²¹ Diese ist vorliegend nicht Gegenstand der Darstellung. Vgl. dazu Kommission, Grünbuch, Rn. 160 sowie die Anmerkungen in den mehr als 120 Stellungnahmen und im Überblick: FIW, Stellungnahmen zum Grünbuch, 2002, abrufbar unter <http://www.fiw-online.de/>.

²² Vgl. bereits für Europa die Darstellung der unterschiedlichen Regimes in den einzelnen Mitgliedsstaaten in Fn. 12 ff.

²³ Vgl. zu den Unterschieden der einzelnen Marktbeherrschungs- und SLC-Tests in verschiedenen Ländern exemplarisch BKartA, Stellungnahme zum Grünbuch der Kommission zur Revision der Verordnung Nr. EG 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 21.03.2002, E/G4 3001/93 Bd. 3, S. 49 f.

²⁴ Vgl. bereits Fn. 13.

a) SLC

- 9 Mit Sec. 7 Clayton Act von 1914²⁵ wurde der SLC-Test als Untersagungskriterium in Reaktion auf die zu Sec. 1, 2 Sherman Act entwickelte „*rule of reason*“-Rechtsprechung des Supreme Court in *Standard Oil*²⁶ in der Fusionskontrolle der USA eingeführt.²⁷ Nach seinem Wortlaut enthält Sec. 7 Clayton Act zwei alternative Untersagungskriterien, nach denen entweder (i) die wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs (SLC) oder (ii) die Schaffung einer Monopolstellung die Untersagung eines Zusammenschlusses begründen können. In der kartellbehördlichen Praxis ist das SLC-Kriterium von größerer Bedeutung und auch deswegen Namensgeber für Sec. 7 Clayton Act insgesamt.
- 10 In seinem Ausgangspunkt ist die Norm nach etablierter Lesart insgesamt als Marktverhaltenskriterium einzuordnen. Jedoch wird bei der praktischen Anwendung des SLC-Tests ausgehend von der Marktstruktur geprüft, ob ein Zusammenschluss zu einem, mit Wettbewerb in Widerspruch stehenden Marktergebnis („*performance*“), führt. Hiernach ist ein Vorhaben dann zu untersagen, wenn es Marktmacht entstehen lässt oder verstärkt oder ihre Ausübung erleichtert. Marktmacht ist dabei die Fähigkeit eines oder mehrerer²⁸ Anbieter oder Nachfrager, den Preis für ein Gut oder eine Leistung für einen signifikanten Zeitraum auf einem Niveau ober- bzw. unterhalb des Wettbewerbspreises zu halten. Zu diesem Zweck

²⁵ Die Vorschrift lautet i.d.F. von 1914: “That no corporation engaged in commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital of another corporation engaged also in commerce, where the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition between the corporation whose stock is acquired and the corporation making the acquisition, or to restrain such commerce in any section or community, or tend to create a monopoly of any line of commerce.“ Seit 1950 lautet sie “That 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 in any section of the country, the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly.” Auf Deutsch nach *Schmidt*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 8. Auflage 2005, S. 339: „Im Wirtschaftsverkehr tätige Personen dürfen weder direkt noch indirekt das Aktienkapital oder andere Kapitalanteile ganz oder teilweise erwerben und Personen, die der Beschlusspraxis der Federal Trade Commission unterliegen, dürfen nicht Vermögenswerte anderer im Wirtschaftsverkehr tätiger Personen ganz oder teilweise erwerben, sofern die Wirkung eines solchen Erwerbs darin bestehen kann, dass auf irgendeinem sachlich oder räumlich relevanten Markt der Wettbewerb wesentlich beeinträchtigt oder auf die Schaffung einer Monopolstellung hingewirkt wird.“

²⁶ Supreme Court, Entsch. v. 15.05.1911, 221 U.S. 1 – *Standard Oil Co. vs. United States*.

²⁷ Bis 1950 fand Sec. 7 Clayton Act jedoch kaum Anwendung, da er aufgrund verschiedener Unzulänglichkeiten im Normwortlaut (so wurden nach dem Wortlaut nur horizontale Zusammenschlüsse in Gestalt eines Anteilerwerbs erfasst, vgl. Fn. 25 am Anfang) leicht umgangen werden konnte, sodass zunächst Sec. 1 Sherman Act von 1890 „Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal.“ zentrale Rechtsgrundlage für die Fusionskontrolle blieb. Durch den Celler-Kefauver Anti-Merger Act von 1950 wurde schließlich die heute geltende Formulierung implementiert (vgl. Fn. 25 a.E.; ferner *Neumeyer*, GRURAusl 1952, 24, 35 f.). Vgl. näher *Blechman/Patterson*, FK Ausland, 66. Lfg. 2008, USA Rn. 83 ff. In seiner Anfangsphase wurde dieser Test unter dem Einfluss der „Harvard School“ sehr restriktiv angewandt. Dabei genügte nach der seinerzeitigen kartellbehördlichen Praxis bereits die mögliche Tendenz zur Verhinderung des Wettbewerbs. Vertreter der „Harvard School“ stehen grundsätzlich Machtkonzentrationen im Markt kritisch gegenüber und gehen davon aus, dass Unternehmen in konzentrierten Märkten untereinander auf Preiswettbewerb verzichten, sodass es hierdurch zu suprakompetitiven Marktergebnissen kommt. Vor dem Hintergrund dieser, aus bestimmten Strukturen abgeleiteten, vermeintlich ‚typischen‘ Marktverhaltensmuster, kommt man zu einer restriktiven Fusionskontrolle, wie auch in bestimmten Situationen zum Erfordernis der Entflechtung langfristig konzentrierter Wirtschaftsbereiche. Vgl. grundlegend zur zunächst restriktiven Praxis (sog. „*Incipieny Doctrine*“) Supreme Court, Entsch. v. 25.06.1962, 370 U.S. 294 – *Brown Shoe Co., Inc. vs. United States*, in der ein Zusammenschluss insbesondere auf Grund vertikaler Integration untersagt wurde und der Supreme Court explizit feststellte, dass auch ein Erwerbsvorgang, der zu einem gemeinsamen Marktanteil von etwa 5 % auf dem nationalen Markt führen würde, zu untersagen sei, da hierdurch ein Trend begründet werden könne, der an seinem Ende zu einer Erlangung des Wettbewerbs führen würde. Kritisch dazu *Lande*, Antitrust Law Journal 2001, 875 ff. sowie *Bork*, The Antitrust Paradox, 1978, S. 210, der diese Entscheidung als „the worst antitrust essay ever written“ bezeichnete. Ähnlich kontrovers auch Supreme Court, Entsch. v. 1966, 384 U.S. 270 – *United States vs. Von’s Grocery Co.*, in der ein Vorhaben untersagt wurde, da es zu einem Marktanteil von 7,5 % im Bereich des Lebensmitteleinzelhandels geführt hätte. Daran anknüpfend auch DoJ Merger Guidelines 1968, Rn. 4 ff. Erst ab den 1980er Jahren, unter dem revisionistischen Einfluss der von *Friedman* geprägten „Chicago School“, wurde die Praxis des SLC-Tests aufgeweicht („Sozial-Darwinismus“, „Performance-Approach“). Zur Entwicklung des SLC-Tests m.w.N. zur Rechtsprechung des Supreme Court, vgl. die Darstellung bei *Denzel*, Materielle Fusionskontrolle in Europa und den USA, 2004, S. 79 ff.

²⁸ Das Zusammenwirken mehrerer kann nach dem SLC-Test ebenso durch explizite, wie auch durch implizite Koordination erfolgen.

wird insbesondere der Konzentrationsgrad auf dem relevanten Markt²⁹ und der Einfluss des Vorhabens auf diesen gemessen.³⁰ Referenzpunkt der Untersuchung ist dabei die Struktur eines relevanten Marktes in ihrer ganzen Breite.³¹ Die angenommene „größere Breite“ folgt daraus, dass nach dem SLC-Test im Ansatz eine Betrachtung der Gesamtwettbewerbssituation in einem Markt vorgenommen wird, losgelöst von der individuellen Stellung der Zusammenschlussbeteiligten.³² Konzeptionell ist er danach gerade auf die Erfassung von Oligopolfällen sowie vertikalen und konglomeraten Zusammenschlüssen ausgerichtet und orientiert sich nicht an der Marktstellung der Zusammenschlussparteien als zentralem Prüfungspunkt.

11 Unter dem Regime des SLC-Tests wird hiernach – ausgehend von der bereits bestehenden Konzentration des in Rede stehenden Marktes und des zusammenschlussbedingten Konzentrationsanstiegs – ermittelt, ob hierdurch (kausal) Effekte hervorgerufen werden, die wirksamem Wettbewerb entgegenstehen³³. Ein Vorhaben ist dann untersagungsfähig, wenn zudem ein ausgleichender zeitnaher Eintritt eines potentiellen Wettbewerbers in den Markt unwahrscheinlich ist. Ungeachtet dessen, ist ein Vorhaben jedoch dann freizugeben, wenn hierdurch auf andere Weise nicht zu erzielende Effizienzen generiert werden oder eine Zusammenschlusspartei anderenfalls aus dem Markt ausscheiden würde („*efficiency defense*“ bzw. „*failing firm defense*“).³⁴

b) Marktbeherrschungstest

12 Seit Einführung der Fusionskontrolle mit der 2. GWB-Novelle im Jahr 1973³⁵ ist die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung Untersagungskriterium für ein Zusammenschlussvorhaben³⁶, wenn auch dieses Kriterium von Anfang an nicht unumstritten war.³⁷ Der Untersagungstatbe-

²⁹ Zum Zwecke der Marktabgrenzung wird in den USA seit der Novellierung der Horizontal Merger Guidelines von 1982 der SSNIP-Test herangezogen, nach dem die Nachfragesubstituierbarkeit über eine fiktive 5 bis 10 prozentige Preiserhöhung ermittelt wird. Vgl. etwa *Daljord/Sørgard/Thomassen*, *Journal of Competition Law and Economics* 2008, 263 ff.

³⁰ Von besonderer Bedeutung in der US-amerikanischen behördlichen Praxis ist die Untersuchung nach dem Herfindahl-Hirschman-Index (HHI-Index). Dieser ist die Summe der Quadratzahlen der einzelnen Marktanteile aller Marktteilnehmer. Für ihn gelten zurzeit als maßgebliche Schwellenwerte: HHI < 1500 („*unconcentrated*“), HHI 1500 < 2500 („*moderately concentrated*“), HHI > 2500 („*highly concentrated*“) sowie darüber hinaus bestimmte Anstiege des HHI in Folge des Zusammenschlusses. Im Anschluss an die Betrachtung des HHI ermitteln die Behörden, ob der Wettbewerb infolge des Zusammenschlusses voraussichtlich durch koordiniertes oder einseitiges Verhalten vermindert wird und ob Marktzutritte möglich und wahrscheinlich sind, da sie diese Wirkungen ausgleichen können. Vgl. DoJ/FTC, *Horizontal Merger Guidelines* 2010, Sec. 5.3. In anderen Ländern, so etwa Australien (Sec. 50 Competition and Consumer Act 2010), wird alternativ zum oder kumulativ neben dem HHI der Konzentrationsindex (CRn-Index) herangezogen. Dieser, auch § 19 Abs. 3 GWB zugrundeliegende Ansatz, gibt den Marktanteil der n größten Unternehmen in einem Markt wieder.

³¹ *Stock*, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* 1999, 825, 833.

³² DTI, *Mergers - The Response to the Consultation on Proposals for Reform*, 2000, Abschn. 2 passim.

³³ Von besonderer Bedeutung ist hier – soweit im Rahmen der vorliegenden Abhandlung von Bedeutung – die Abschätzung der Wahrscheinlichkeit koordinierter oder unilateraler Verhaltensweisen, wobei letztere zunächst nur dann betrachtet wurden, wenn die Zusammenschlussparteien einen gemeinsamen Marktanteil von über 35 % hatten (so FTC/DoJ, *Horizontal Merger Guidelines* 1992/1997). Mit der Novellierung der *Merger Guidelines* 2010 wurde dieser „*safe harbour*“ Ansatz jedoch aufgegeben, da nach ökonomischen Untersuchungen eine Rechtfertigung für einen solchen Schwellenwert nicht nachgewiesen werden konnte. In der kartellbehördlichen Praxis hatte er auch zuvor – soweit ersichtlich – keine Rolle gespielt. Ähnlich auch *Denzel*, *Materielle Fusionskontrolle in Europa und den USA*, 2004, S. 91, der unter Bezugnahme auf Rechtsprechung und Literatur davon ausgeht, dass der vermeintliche „*safe harbour*“ lediglich Richtwertcharakter gehabt habe.

³⁴ Im Gegensatz zu den, seitens FTC/DoJ bei der Einschätzung, ob wettbewerbswidrige Effekte durch das Vorhaben hervorgerufen werden, zu berücksichtigenden Effizienzen (insbes. „*economies of scale*“), sind die entsprechenden Aspekte im Rahmen der „*efficiency defense*“ seitens der betroffenen Unternehmen beizubringen. Eine ergänzende Ermittlung seitens der Kartellbehörde erfolgt bei der „*defense*“ als Rechtfertigungsansatz i.e.S. nicht. Vgl. hierzu näher unter IV.3.b).

³⁵ BGBl. 1973 I 917 ff. Vgl. auch Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drs. 7/76, S. 6 f., 14 ff.

³⁶ Dies entspricht auch der Rechtslage nach Art. 2 Abs. 3 VO 4064/89/EWG. Zu beachten ist jedoch, dass nach Art. 2 Abs. 3 VO 4064/89/EWG neben das Marktstrukturkriterium als – nach dem Normwortlaut zunächst gleichberechtigter und kumulativ anzuwendender – zweiter Maßstab, die erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs trat. In Abgrenzung zum Marktbeherrschungskriterium handelt es sich hierbei um ein Sec. 7 Clayton Act vergleichbares Marktverhaltenskriterium. Vgl. dazu *Immenga*, in *Immenga/Mestmäcker*, *EG-Wettbewerbsrecht*, 3. Auflage 2001, Art. 2 FKVO Rn. 18 ff. m.w.N. Zum durchgängig streitigen Verhältnis der beiden Tatbestandsmerkmale des Art. 2 Abs. 3 VO 4064/89/EWG vgl. *Wagemann* in *Wiedemann*, *Handbuch des*

stand des § 36 Abs. 1 GWB wird dabei durch den Marktbeherrschungsbegriff des § 19 Abs. 2 GWB konkretisiert.³⁸ Ein Zusammenschluss kann untersagt werden, wenn er mit hinreichender Wahrscheinlichkeit für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung kausal im Sinne der *conditio sine-qua-non* Formel ist.³⁹ Maßgeblich ist dabei der auf einem Markt bestehende, bzw. durch einen Zusammenschluss vermittelte Grad der Vermachtung und die Frage, ob der Wettbewerb nach dem Zusammenschluss seine Funktion als „Entmachtungsinstrument“ noch ausüben kann.⁴⁰ In Abgrenzung zu Sec. 7 Clayton Act stellt § 36 Abs. 1 GWB ein Marktstrukturkriterium dar. Im Ansatz ist die Untersuchung hier nach auf die beherrschende Position eines Unternehmens ausgerichtet und erfordert daher eine Prognoseentscheidung über die künftige Entwicklung der Marktstrukturen, soweit sie durch den Zusammenschluss beeinflusst werden.⁴¹ Insoweit werden nach der kartellbehördlichen und kartellgerichtlichen Praxis diejenigen Wirkungen, die unmittelbar ‚mit‘ dem Zusammenschluss eintreten, direkt berücksichtigt, während solche, die erst im Zeitverlauf ‚durch‘ den Zusammenschluss auftreten, in Abhängigkeit von ihrer konkreten Nachweisbarkeit zu berücksichtigen sind.⁴²

13 Bei der Beurteilung des Verhaltensspielraums, der einem Unternehmen zukommt, wird zuvorderst auf die Marktanteile der am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen abgestellt und die Marktstruktur vor und nach dem Zusammenschluss verglichen.⁴³ Darüber hinaus wird aber auch eine Gesamtbetrachtung der Wettbewerbsbedingungen im Markt vorgenommen, da sich auch nach dem Grund-

Kartellrechts, 1. Auflage 1999, § 16 Rn. 5 m.w.N. Jedoch ist zu beachten, dass in der kartellbehördlichen Praxis das Verhaltenskriterium nicht ein eigenes Tatbestandsmerkmal war, sondern als „Spürbarkeitskriterium“ für die Marktverhältnisänderung und als Erfordernis der Dauerhaftigkeit der Marktbeherrschung verstanden wurde. So *Hirsbrunner*, EuZW 1999, 390 ff.; *Zimmer*, ZWeR 2004, 250, 251 m.w.N.; exemplarisch Kommission, Entsch. v. 03.02.1999, IV/M.1221 – Rewe/Meinl, Rn. 21 ff. Nach dem Wortlaut des Art. 2 VO 4064/89/EWG war zunächst keine Erfassung von Oligopolfällen vorgesehen. Die Ausdehnung des Marktbeherrschungstests auf solche Fälle, ließen Gerichtshof und Gericht jedoch über eine teleologische Auslegung zu. Grundsätzlich EuGH, Urt. v. 31.03.1998, Rs. C-68/94, C-30/95 – Frankreich u.a./Kommission, Rn. 221; EuG, Urt. v. 25.03.1999, Rs. T-102/96 – Gencor/Kommission, Rn. 205; früher bereits ebenso Kommission, Entsch. v. 22.07.1992, IV/M.190 – Nestlé/Perrier; ohne abschließende Entscheidung noch Kommission, Entsch. v. 18.12.1991, IV/M.165 – Alcatel/AEG Kabel; Kommission, Entsch. v. 27.04.1992, IV/M.202 – Thorn EMI/Virgin Music. Näher zur Entscheidungspraxis auch *Denzel*, Materielle Fusionskontrolle in Europa und den USA, 2004, S. 135 ff. m.w.N., sowie zur Entscheidung *Nestlé/Perrier*, *ibid.*, S. 138 f.

³⁷ Vgl. bereits frühzeitig Bundeskartellamt, Die Erfassung wettbewerbsbeschränkender Macht im Rahmen der Fusionskontrolle, 1977 (unveröffentlicht), S. 9 darauf hinweisend, dass die Einführung des SLC-Tests als „wettbewerbsbezogene, nicht nur auf den Einzelmarkt abstellende Betrachtungsweise“ zu qualifizieren sei, mit der in bestimmten Konstellationen, in denen es nicht zur Entstehung oder Verstärkung von Marktmacht komme, eine Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen verhindert werden könne. Vor diesem Hintergrund schlug das Bundeskartellamt als möglichen Untersagungstatbestand vor, „Ein Zusammenschluss wird untersagt, wenn dadurch eine wesentliche Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen der betreffenden Märkte eintritt.“ Ohne konkrete wettbewerbspolitische Vorschläge, Bundeskartellamt, Das Untersagungskriterium in der Fusionskontrolle, 2001, *passim*, vor dem Hintergrund der Übernahme des SLC-Tests in Großbritannien und Neuseeland, sowie des seinerzeit ergebnisoffenen Diskussionsprozesses zur Reform der Fusionskontrollverordnung.

³⁸ Hierbei ist § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB von besonderer Bedeutung. Vgl. grundlegend BGH, Beschl. v. 02.12.1980, WuW/E BGH 1749 ff. – Klöckner/Becorit. Sowie auch Bundeskartellamt, Auslegungsgrundsätze zur Marktbeherrschung (z.Zt. in Überarbeitung). Eine entsprechende Konkretisierung erfuhr Art. 2 Abs. 3 VO 4064/89/EWG in der Rechtsprechung der Unionsgerichte zu Art. 102 AEUV (seinerzeit Art. 86 EGV), die inhaltlich einen weitgehenden Gleichlauf zu § 19 Abs. 2 GWB aufwies.

³⁹ Als nicht kausal werden insbesondere etwa Fälle der Sanierungsfusion betrachtet. Vgl. etwa BKartA, Beschl. v. 10.12.2002, B 6 - 98/02 – Tagesspiegel/Berliner Zeitung; BKartA, Beschl. v. 02.05.2003, B 3 - 8/03 – Ajinomoto/Orsan; BKartA, Beschl. v. 10.03.2005, B 10 - 123/04 – Rhön-Grabfeld; BKartA, Beschl. v. 11.04.2006, B 6 - 142/05 – RTL/n-tv. Hierzu IV.3.a). So auch im europäischen Recht etwa EuGH, Entsch. v. 31.03.1998, C-68, et al./94 – Kali und Salz. Vgl. unter IV.3.b).

⁴⁰ *Immenga/Körber*, in *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht, 4. Auflage 2007, Art. 2 FKVO Rn. 2 ff.

⁴¹ *Stock*, University of Pennsylvania Journal of International Economic Law 1999, 825, 833.

⁴² BGH, Beschl. v. 21.02.1978, KVR 4/77 – Kfz-Kupplungen; zur Berücksichtigung von Veränderungen ‚durch‘ den Zusammenschluss etwa BGH, Beschl. v. 27.05.1986, KVR 7/84 – Donau-Kurier. Im Beschwerdeverfahren können Prognoseumstände bis zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung der letzten Tatsacheninstanz, also des Beschwerdeverfahrens vor dem OLG Düsseldorf, berücksichtigt werden. Dazu BGH, Beschl. v. 24.06.2003, KVR 14/01 – HABET/Lekkerland. Das Bundeskartellamt geht in seiner Praxis von einem Prognosezeitraum von regelmäßig drei bis fünf, in Ausnahmekonstellationen auch von zehn Jahren oder mehr aus. Vgl. Bundeskartellamt, Auslegungsgrundsätze zur Marktbeherrschung (z.Zt. in Überarbeitung).

⁴³ *Rösler*, NZG 2000, 857, 860 (zu Art. 2 Abs. 3 VO 4064/89/EWG). Für das deutsche Recht sind insoweit auch die Vermutungsregeln des § 19 Abs. 3 GWB von besonderer Bedeutung.

verständnis des Marktbeherrschungstests eine Prognose nur unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände vornehmen lässt.⁴⁴

c) SIEC

- 14 Anders als der SLC-Test und der Marktbeherrschungstest stellt das mit der VO 139/04/EG im Jahr 2004 eingeführte SIEC-Kriterium kein eigenständiges ökonomisches Konzept dar.⁴⁵ Es handelt sich vielmehr um einen politischen Kompromiss, dessen Kernziel es war, in bestimmten oligopolistischen Konstellationen die Prüfung zu erleichtern.⁴⁶ Im Vergleich zu Art. 2 Abs. 3 VO 4064/89/EWG wurden die bereits zuvor vorhandenen Tatbestandsmerkmale in ihrer Reihenfolge umgedreht und damit einhergehend ihre Bedeutung im Rahmen der Prüfung vertauscht. Das Behinderungskriterium als Marktverhaltenskriterium ist danach der Hauptprüfungsmaßstab, während das Marktstrukturkriterium als Regelbeispiel fungiert.⁴⁷ Ausgehend vom Normwortlaut bedeutet diese Neuakzentuierung eine Erweiterung des Prüfungsmaßstabes, soweit hiernach das Marktverhalten oder das Marktergebnis im Zentrum der Untersuchung stehen und das Marktstrukturkriterium in seiner Bedeutung abgeschwächt wird. Auch kann in dem „Hybrid Test“⁴⁸ eine Annäherung an die Grundsätze der modernen Industrieökonomik⁴⁹ gesehen werden.⁵⁰
- 15 Konzeptionell bedeutet die Neuerung des Art. 2 Abs. 3 VO 139/2004/EG eine Annäherung an den SLC-Test. Auch rein begrifflich existiert ein lediglich geringes Delta. Spricht Sec. 7 Clayton Act von einem „*lessening of competition*“, so steht dem nun in der europäischen Fusionskontrolle das „*impediment to competition*“ gegenüber. Wie *Denzel* herausgestellt hat, ist die hieraus abzuleitende Differenzierung zwischen einem Vorgang (so im US-amerikanischen Recht) und einem Zustand (so im europäischen Recht) im Ergebnis ohne weitere Bedeutung.⁵¹ Gleiches gilt für die genaue sprachliche Ausgestaltung, die klar darauf hindeutet, dass eine geringstmögliche Formulierungsänderung vorgenommen werden sollte. Demgegenüber lässt sich hieraus gerade keine konzeptionelle Ausrichtung des SIEC-Test selbst, insbesondere kein Delta gegenüber dem SLC-Test ableiten.⁵² Anders als dies *Böge* angenommen hat, wurde danach mit dem SIEC-Test kein „rechtliches wie praktisches Novum“ eingeführt.⁵³

⁴⁴ Vgl. bereits BT-Drs. VI/2520, S. 21 f.; aus der Rspr. BGH, Beschl. v. 21.02.1978, KVR 4/77 – Kfz-Kupplungen; BGH, Beschl. v. 19.12.1995, KVR 6/95 – Raiffeisen.

⁴⁵ Ebenso *Röller/Strohm*, Ökonomische Analyse des Begriffs „significant impediment to effective competition“, 2004, S. 7.

⁴⁶ Vgl. näher unter II.2. Soweit in der Literatur eine „Schutzlücke“ angenommen wird, ist das „erleichtern“ als „ermöglichen“ zu lesen.

⁴⁷ *Immenga/Körber*, in Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, 4. Auflage 2007, Art. 2 FKVO Rn. 2 ff.; *Zimmer*, ZWeR 2004, 250, 252; *Vickers*, ECLR 2004, 455, 460; näher auch *Röller/Strohm*, Ökonomische Analyse des Begriffs „significant impediment to effective competition“, 2004, S. 1 ff.; *Azevedo Moreira*, ZEuS 2010, 145, 147; *Maudhui/Soames*, ECLR 2005, 75 ff.; *Staebe/Denzel*, EWS 2004, 194, 198.

⁴⁸ *Röller/Strohm*, Ökonomische Analyse des Begriffs „significant impediment to effective competition“, 2004, S. 6.

⁴⁹ Z.T. auch als „Post-Chicago Economics“ bezeichnet. So *Sullivan*, Antitrust Law Journal 1995, 669 ff.

⁵⁰ *Christiansen*, Die Ökonomisierung der EU-Fusionskontrolle, Beitrag für den 4. Workshop "Ordnungsökonomik und Recht", Freiburg, 2004, S. 4 f. m.w.N., der dies etwa aus der Übernahme der *Airtours/First Choice*-Kriterien ableitet, die ihrerseits auf der Theorie dynamischer Kollusion aufbauen, sowie der Berücksichtigungsfähigkeit von Effizienzen nach Erwägungsgrund 29 VO 139/04/EG und der hiermit verbundenen Anlehnung an die zugrundeliegende Konzeption von *Williamson*; in die gleiche Richtung gehend wohl auch *Bergman/Coate/et al.*, ECJ 2011, 89, 93 ff. Dazu näher unter IV.1 und IV.3.b).

⁵¹ *Denzel*, Materielle Fusionskontrolle in Europa und den USA, 2004, S. 74, darauf hinweisend, dass dieses Delta im Wortlaut einzig darauf zurückzuführen sein dürfte, dass der europäische Verordnungsgeber Zusammenschlussparteien die Berufung auf die US-amerikanische Entscheidungspraxis im Allgemeinen, respektive eine bestimmte wettbewerbliche Bewertung von DoJ oder FTC im Einzelfall, abschneiden wollte.

⁵² Darauf i.E. auch hinweisend *Zimmer*, ZWeR 2004, 249, 252

⁵³ So jedoch *Böge*, WuW 2004, 138, 143 f.

d) Zwischenfazit

16 Verallgemeinernd wird nach dem SLC-Test festgestellt, welchen Grad an Wettbewerbsänderung ein Zusammenschlussvorhaben mit sich bringt, während der Marktbeherrschungstest demgegenüber den Restwettbewerb in einem Markt als Maßstab nimmt.⁵⁴ Im Vergleich zur Verhaltenskontrolle, etwa nach Sec. 7 Clayton Act, stellt die Untersuchung nach dem Marktbeherrschungstest auf die zusammenschlussbedingten Marktstrukturänderungen ab und ist so der Missbrauchsaufsicht in systematischer Hinsicht als Präventivkriterium vorgelagert.

17 In neuerer Auslegung unter dem Einfluss der „Chicago School“⁵⁵ wird bei Anwendung des SLC-Tests der Wettbewerbsschutz – unabhängig von der Zahl der Wettbewerber und deren Marktanteilen – dann als gewährleistet angesehen, wenn sich der tatsächliche Marktpreis im Ergebnis den Grenzkosten annähert.⁵⁶ Es handelt sich im Kern somit um eine am Marktergebnis ausgerichtete Wettbewerbsauffassung. Demgegenüber verfolgen der Marktbeherrschungs-, wie auch der SIEC-Test nach der Praxis der Kommission, einen langfristigen Marktstrukturansatz, nach dem der Schutz des Wettbewerbs in engerer Abhängigkeit zu der Zahl der in einem Markt aktiven Unternehmen angesehen wird.

18 Hieraus hat *Denzel* abgeleitet, dass der SLC-Test tendenziell eher als „laissez-faire approach“ oder „regulation approach“ anzusehen ist und damit auf – im Hinblick auf die Eingriffsintensität – schwächerer Stufe steht, während der SIEC-Test als „structure approach“⁵⁷ eingriffsintensiver ist.⁵⁸ Die für den SIEC-Test vorgenommene Einordnung muss dann im „erst Recht Schluss“ auch auf den Marktbeherrschungstest Anwendung finden.

19 Von Befürwortern des SLC-Tests wird ferner angeführt, dass die angesetzte Gesamtmarkt Betrachtung und der Verzicht auf ein unmittelbares Marktanteilkriterium zu einer weiteren, effektiveren, flexibleren und weniger legalistischen Prüfung führen würden.⁵⁹ So wurde als Kritik am Marktbeherrschungstest formuliert, dass dieser gekennzeichnet sei durch „not having a well-defined economic meaning or a well-defined standard of measurement.“⁶⁰ Im Ergebnis ist zu konstatieren, dass der breitere Untersuchungsansatz nach dem SLC-Test tendenziell eher die relative Stärke der am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen betont, während nach dem Marktbeherrschungstest die absolute Stärke der Zusammenschlussparteien mehr im Fokus steht.⁶¹

20 Ausgehend von der Grundkonzeption – und losgelöst von der kartellbehördlichen Praxis – ist der Marktbeherrschungstest auf die Bewertung von individueller Marktbeherrschung ausgerichtet, während der SLC-Test auf Grund seines breiteren Untersuchungsansatzes von vornherein oligopolistische Konstellationen in den Blick nimmt.⁶² Durch die Anbindung an das Marktverhaltenskriterium und den hiermit

⁵⁴ *Ruppelt*, in Langen/Bunte, Deutsches Kartellrecht, 11. Auflage 2010, § 36 Rn. 23.

⁵⁵ Zur unterschiedlichen Ausrichtung in Folge des Einflusses der Strömungen der „Harvard School“ bzw. der „Chicago School“ vergleiche bereits Fn. 27.

⁵⁶ Vgl. *Hovenkamp*, Federal Antitrust Policy, 4. Auflage 2011, S. 578.

⁵⁷ Zu dieser Terminologie näher *Schmidt*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 8. Auflage 2005, S. 159 ff.

⁵⁸ *Denzel*, Materielle Fusionskontrolle in Europa und den USA, 2004, S. 67 f., 76 f.; dies wurde in jüngster Zeit in empirischer Hinsicht von *Bergman/Coate/et al.*, European Competition Journal 2011, 89 ff. belegt. Allerdings ist insoweit zu beachten, dass in den USA *de lege lata* das *ex-post* auf Zusammenschlüsse anwendbare Instrumentarium schärfer ist, als das des Bundeskartellamtes oder der Kommission. Dies vermag zumindest zum Teil die etwas großzügigere Beurteilung von Zusammenschlussvorhaben durch FTC und DoJ erklären. Zu der gleichen Einschätzung kommt auch *Denzel, ibid.*, S. 109, der zum Beleg etwa auf das Verfahren *DuPont* verweist, in dem im Gerichtsverfahren ein Zusammenschluss auf Grund später eingetretener Umstände untersagt wurde. Vgl. dazu Supreme Court, Entsch. v. 11.06.1956, 351 U.S. 377 – United States vs. E. I. duPont de Nemours & Co. In dem Fall untersagte das Gericht den Erwerb von 23 % der Aktien von *General Motors* durch *duPont de Nemours* 37 Jahre nach ihrer Abwicklung aufgrund der Wahrscheinlichkeit („reasonable probability“) einer Behinderung des Wettbewerbs. Dazu näher *Solomon*, American Bar Association Journal 1967, 137 ff.

⁵⁹ UK Department of Trade and Industry, A World Class Competition Regime, White Paper, 2001, Sec. 5.

⁶⁰ *Azevedo/Walker*, ECLR, 2003, 640.

⁶¹ *Stock*, University of Pennsylvania Journal of International Economic Law 1999, 825, 845.

⁶² *Posner*, Antitrust Law, 2. Auflage 2001, S. 118.

einhergehenden breiteren Bewertungsansatz, steht der SIEC-Test insoweit konzeptionell dem SLC-Test näher.

- 21 Diese Differenzierung wird jedoch auch unter dem Regime des Marktbeherrschungstests dadurch faktisch nivelliert, dass in der kartellbehördlichen Praxis Marktbeherrschung im ökonomischen Sinne als Marktmacht interpretiert wird, die wirksamen Wettbewerb verhindert und die nicht notwendigerweise mit hohen Marktanteilen und der Unabhängigkeit gegenüber den anderen Marktteilnehmern einhergeht.⁶³ Im Ergebnis folgt hieraus, dass die kartellbehördliche Einschätzung von Zusammenschlussvorhaben bei gleichzeitiger Anmeldung in der EU und den USA – auch losgelöst von Fragen der internationalen Kooperation der zuständigen Behörden⁶⁴ – in nahezu allen Fällen zu dem gleichen Ergebnis kommt.⁶⁵ Ausgehend von dem zunächst größeren Delta, das zwischen Marktbeherrschungs- und SLC-Test besteht, belegt dies vor allem die große Flexibilität in der Auslegung des Marktbeherrschungskriteriums.

2. „Lückenschluss“ in der Fusionskontrollverordnung?

- 22 Als ein politischer Kompromiss⁶⁶ wurde von den ständigen Vertretern der Mitgliedsstaaten am 27.11.2003 das Kriterium der „erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs“ als Untersagungsmaßstab der novellierten Fusionskontrollverordnung geschaffen und der bis zu diesem Zeitpunkt geltende Marktbeherrschungstest zu einem Regelbeispiel herabgestuft.⁶⁷
- 23 Die Einführung des SIEC-Tests war maßgeblich von der Auffassung getrieben, dass der Marktbeherrschungstest nach der VO 4064/89/EWG erhebliche praktische Mängel aufweisen würde. Unmittelbarer „Stein des Anstoßes“ waren die Entscheidungen des Gerichts in den Fällen *Airtours/First Choice*⁶⁸,

⁶³ Deutlich wird die begriffliche Annäherung der Auslegung des Marktbeherrschungstests an die ökonomischen Grundlagen des SLC-Tests insbesondere in der zu Art. 2 Abs. 3 VO 4064/89/EWG ergangenen *Gencor*-Entscheidung des Gerichts. In dieser hatte es Marktbeherrschung definiert als „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.“ Vgl. EuG, Beschl. v. 03.06.1997, Rs. T-102/96 – *Gencor*, Rn. 200.

⁶⁴ Vgl. bereits Fn. 19 a.E.

⁶⁵ Zu den wenigen Fällen abweichender Beurteilung vgl. die Ausführungen in Fn. 99.

⁶⁶ Der Einführung von SIEC vorangegangen war ein Vorschlag der Kommission, nach dem der seinerzeit geltende Untersagungstatbestand in ergänzter Form beibehalten werden sollte. Vgl. Art. 2 Abs. 2 Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („Vorschlag einer Fusionskontrollverordnung“), KOM(2002) 711 endg. — 2002/0296(CNS), ABl. 2003 C 20/4, sowie dazu dort Erwägungsgrund 53 ff. Dazu kritisch *Hoffmann/Terhechte*, AG 2003, 415 ff.; *Hinten-Reed/Camasca/Schedl*, RIW 2003, 321 ff.; *Fountoukakos/Ryan*, ECLR 2005, 277 ff. Zu dem Kompromiss des SIEC-Tests kritisch und unter Verweis auf den Ausspruch *Bismarcks*, dass nachts nicht schlafen könne, wer wisse, wie Gesetze und Würste gemacht werden, *Möschel*, ZHR 2008, 716, 718.

⁶⁷ Vorangegangen war ein intensiver Diskussionsprozess, den die Kommission mit der Vorlage des Grünbuchs eingeleitet hatte, in dem sie selbst zwar noch keinen unmittelbaren Reformbedarf gesehen hatte, einer Debatte über den Prüfungsmaßstab jedoch offen gegenüberstand. Vgl. Kommission, Grünbuch über die Revision der VO 4064/89/EWG, KOM(2001) 745 endg., Rn. 167. Insbesondere Großbritannien drängte hiernach auf eine Novellierung des Untersagungskriteriums, nachdem es selbst erst 2002 den SLC-Test eingeführt hatte. Vgl. näher die Stellungnahme Großbritanniens zum Grünbuch, Rn. 37; demgegenüber die Stellungnahme des BKartA, Stellungnahme zum Grünbuch der Kommission zur Revision der Verordnung Nr. EG 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 21.03.2002, E/G4 3001/93 Bd. 3, S. 49 ff.; sowie etwa auch *Böge*, WuW 2002, 825; *Scheidgen/Sturhahn*, WuW 2002, 31.

⁶⁸ EuG, Urt. v. 06.06.2002, Rs. T-342/99 – *Airtours/Kommission*; vorangehend Kommission, Entsch. v. 22.09.1999, IV/M.1524 – *Airtours/First Choice*. Die Kommission hatte ihre Untersagung auf die Entstehung kollektiver Marktbeherrschung durch die Reduktion der Zahl vertikal integrierter Anbieter im Markt von vier auf drei gestützt. Das Gericht begründete seine Aufhebungsentscheidung einerseits damit, dass die Kommission den Nachweisanforderungen nicht entsprochen und z.T. eine eklatant oberflächliche Prüfung durchgeführt habe (so insbes. EuG, *ibid.*, Rn. 130, 133) sowie schließlich ökonomische Theorien inkorrekt angewandt habe (EuG, *ibid.*, Rn. 140 ff.; 147), andererseits kam es zu einer anderen Beurteilung der Sachlage. Im Einzelnen vertrat das Gericht, dass die zunehmende vertikale Integration und horizontale Konzentration im relevanten Markt in der Vergangenheit eine Wettbewerbsverstärkung bewirkt habe, während das Ausscheiden mittelgroßer Anbieter aus dem Markt zu vernachlässigen sei (EuG, *ibid.*, Rn. 103 f., 113). Auch komme es in der Zukunft infolge der Zusammenschlüsse zu Marktanteilsveränderungen, die berücksichtigungsfähig seien, obwohl sie nicht aus eigenen Leistungen herrührten (EuG, *ibid.*, Rn. 110 ff.; 117). Zudem habe die Kommission ihre Feststellungen zur Markttransparenz nicht hinreichend belegt (EuG, *ibid.*, Rn. 180, 283) und in einer Möglichkeit, saisonangepasst die Kapazität zu erhöhen, fälschlicherweise einen Sanktionsmechanismus gesehen (EuG, *ibid.*, Rn. 200 ff.). Zuletzt habe die Kommission auch die Marktstellung kleiner Anbieter und deren Möglichkeit, eine

*Schneider/Legrand*⁶⁹ und *TetraLaval/Sidel*⁷⁰, in denen Entscheidungen der Kommission wegen schwerwiegender Verfahrensmängel und mangelhafter ökonomischer Fundierung aufgehoben wurden. Das Gericht rügte insbesondere eine zu pauschale Argumentation seitens der Kommission, sowie die Verknüpfung bestimmter, an die Größe der betroffenen Unternehmen geknüpfter Attribute, mit der Annahme wettbewerblicher Probleme.⁷¹

24 Hingegen lässt sich diesen Urteilen kein unmittelbarer Hinweis auf eine „Schutzlücke“ entnehmen, von der nachfolgend verschiedentlich behauptet wurde, dass sie existiere und in der *Airtours/First Choice*-Entscheidung erstmalig aufgezeigt worden sei.⁷² Aufmerksamkeit erlangte sie erstmals mit der

Gegenmacht im Markt zu bilden, systematisch unterschätzt (EuG, *ibid.*, Rn. 277). Vgl. näher *Feddersen/O'Donoghue*, EuR 2002, 740 ff.; *Ehlermann/Völcker*, EuZW 2003, 1 ff.; *Haupt*, ECLR 2002, 434 ff., feststellend dass das Gericht den Fokus von einer statischen Struktur- hin zu einer dynamischeren Prognosebetrachtung verschoben habe.

⁶⁹ EuG, Urt. v. 22.10.2002, Rs. T-310/01, T-77/02 - *Schneider Electric/Kommission*; vorangehend *Kommission*, Entsch. v. 10.10.2001, COMP/M.2283 - *Schneider/Legrand*. Die Kommission stützte ihre Untersagungsverfügung, sowie die nach Art. 8 Abs. 4 VO 4064/89/EWG angeordnete Entflechtung, im Kern auf die Feststellung der Begründung bzw. Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf insgesamt 33 nationalen Märkten. Durch den Zusammenschluss werde der bedeutendste Wettbewerber aus dem Markt genommen, an dessen Stelle insbesondere keine ausländischen Anbieter treten könnten. Ferner leitete sie aus der geringen Preiselastizität und der atomistischen Endnachfrage, sowie Markenloyalität und Qualitätsanforderungen Marktzutrittsschranken ab. Schließlich hätte die durch den Zusammenschluss entstehende neue Einheit die Stellung eines unvermeidbaren Handelspartners („*irresistible force*“). Das Gericht stützte seine Entscheidungen nicht auf die geltend gemachten Verfahrensfehler (EuG, *ibid.*, Rn. 21 f., 110 f.), sondern betreffend einige Märkte auf eine Verletzung der Verteidigungsrechte (EuG, *ibid.*, Rn. 442, 455, 458 ff.) und betreffend die übrigen Märkte auf materielle Beurteilungsfehler. Die Beweisführung der Kommission zur Marktstellung sei fehlerhaft, insbesondere seien tatsächlich Wettbewerbsbedenken nur für 7 der angenommenen 33 Märkte festgestellt worden (EuG, *ibid.*, Rn. 149, 171, 177, 180 ff.) und die angeführten Nachweise seien ferner falsch interpretiert worden (EuG, *ibid.*, Rn. 232 f., 241, 252, 256 ff.). Auch sah das Gericht die Ausführungen zur Nachfragemacht zum Teil als unplausibel (EuG, *ibid.*, Rn. 197), zum Teil bereits als widersprüchlich an (EuG, *ibid.*, Rn. 205 f., 209 ff.). So habe die Kommission ungeprüft bestimmte Angaben übernommen, die im Ergebnis die Marktstellung der Zusammenschlussbeteiligten überzeichnet hätten (EuG, *ibid.*, Rn. 266, 282, 293 ff., 317 ff.). Im Übrigen sei die Beweisführung auch an weiteren Stellen fehlerhaft (etwa EuG, *ibid.*, Rn. 398, 404). Hiernach sei die ökonomische Analyse der Auswirkungen des Zusammenschlusses nicht geeignet, die getroffene Entscheidung zu begründen.

⁷⁰ EuG, Urt. v. 25.10.2002, Rs. T-5, 80/02 - *TetraLaval/Kommission*; vorangehend *Kommission*, Entsch. v. 30.10.2001, COMP/M.2416 - *TetraLaval/Sidel*. Die Kommission stützte die Untersagungsverfügung, sowie die Anordnung nach Art. 8 Abs. 4 VO 4064/89/EWG, auf konglomerate – sowie flankierend horizontale und vertikale – Effekte, eine Reduktion potentiellen Wettbewerbs und die allgemeine Verstärkung der Marktstellung der Zusammenschlussbeteiligten. Zu beachten ist hierbei, dass die Kommission nicht lediglich eine Strukturbetrachtung vornahm, sondern ferner auch mutmaßliches künftiges Verhalten der beteiligten Unternehmen berücksichtigte. Das Gericht stellte in dieser Entscheidung fest, dass die von der Kommission vorgenommene Prüfung von Konglomeratwirkungen zwar zulässig sei (EuG, *ibid.*, Rn. 146 ff.; 197 ff.), jedoch die Schlussfolgerungen insoweit, anders als bei den horizontalen und vertikalen Effekten (EuG, *ibid.*, Rn. 141), unzutreffend seien. Insbesondere habe die Kommission den hohen Nachweisanforderungen bei einer in die Zukunft gerichteten Betrachtung nicht in hinreichendem Maße entsprochen (EuG, *ibid.*, Rn. 162ff., 254). Ebenso genüge auch die Feststellung zur Verminderung potentiellen Wettbewerbs nicht den anzusetzenden Nachweisanforderungen (EuG, *ibid.*, Rn. 312, 328, 330). Vgl. auch *Feddersen*, WuW 2003, 15 ff.

⁷¹ Vgl. im Kern die Darstellungen in Fn. 68 ff. Im Überblick *Randzio-Plath/Rapka*, WD 2003, 116 ff.

⁷² In Bezug auf dieses Urteil so wohl auch *Röller/Strohm*, Ökonomische Analyse des Begriffs „significant impediment to effective competition“, 2004, S. 2 feststellend, dass der hier gegenständliche Fall der „stillschweigenden Kollusion“ („*tacit collusion*“) ein Fall der Verhaltenskoordination ist. Ebenso wohl *Montag*, Effizienz und Wettbewerb in der rechtlichen Praxis, in Oberender, Effizienz und Wettbewerb, 2005, S. 95, 108. Demgegenüber aber *Feddersen/O'Donoghue*, EuR 2002, 740, 746 f.; in die gleiche Richtung gehend *Vickers*, ECLR 2003, 95, 101 f. der die „Schutzlücke“ hiernach auf solche Fälle erstreckt, in denen Unternehmen zusammenschlussbedingt einem geringeren Wettbewerbsdruck ausgesetzt seien, ohne dass dies auf eine Verhaltenskoordination zurückzuführen sei. Ferner so auch *Korah*, ECLR 1999, 337; *Motta*, ECLR 2000, 199, 202; *Schohe*, WuW 2002, 841, 842 f.; *Whish*, Substantive Analysis under the EC Merger Regulation, Vortrag vom 19.04.2002, S. 61, davon ausgehend, dass die Kommission nur in der Lage war die Ausgangsentscheidung zu erlassen, da sie *contra legem* faktisch den SLC-Test anwendete. Dies entspricht insoweit auch der seitens des Klägers im Verfahren vor dem Gericht vorgebrachten Argumentation. Als Beleg für die Richtigkeit dieses Vorbringens vermag alleine die (verbindliche) englische Sprachfassung der Entscheidung des Gerichts herhalten, in der dieses feststellt, „It is sufficient that the merger makes it rational for the oligopolists, in adapting themselves to market conditions, to act, individually, in ways which will substantially reduce competition between them.“ (Hervorh. d. Verf.) Vgl. EuG, Urt. v. 06.06.2002, Rs. T-342/99 - *Airtours/Kommission*, Rn. 54. Allerdings folgt hieraus noch nicht, dass diese Sachlage nicht auch unter Anwendung von Art. 2 Abs. 3 VO 4064/89/EWG hätte entschieden werden können. Demgegenüber nicht von einer Schutzlücke ausgehend etwa *Burgstaller*, WuW 2003, 726 ff., 738 unter Bezugnahme auf die Möglichkeit der Einbeziehung der Erkenntnisse der nicht-kooperativen Spieltheorie in die Auslegung des Marktbeherrschungstests. Mit z.T. abweichender Argumentation so auch *Alfter*, WuW 2003, 20 ff.; *Denzel*, Materielle Fusionskontrolle in Europa und den USA, 2004, S. 147 f.; *Böge*, WuW 2004, 138 ff.; *Scheidgen/Sturhahn*, WuW 2002, 31 ff.

Vorlage des Mitteilungsentwurfs⁷³ und den insoweit kryptischen Hinweisen der Kommission zur Einführung einer dritten Fallgruppe („Oligopole ohne abgestimmtes Verhalten“).⁷⁴ Hieraus kann geschlossen werden, dass die Kommission ein Problem in der Beurteilung insgesamt für all jene Fälle gesehen hat, in denen ihr der Nachweis einer oligopolistischen Marktbeherrschung in der Vergangenheit nicht gelungen war.⁷⁵ Unklar bleibt jedoch, ob diese Feststellung mit dem Untersagungskriterium des Art. 2 Abs. 3 VO 4064/89/EWG⁷⁶ in einen kausalen Zusammenhang zu bringen ist.⁷⁷ Die Kommission selbst scheint dies im Ergebnis nicht zu vertreten.⁷⁸

25 Bei den Fällen, die in die Schutzlücke fallen sollen, handelt es sich um solche, die ein nicht-koordiniertes (unilaterales)⁷⁹ Verhalten betreffen.⁸⁰ Dies ist ein strategisches Verhalten, das solche Unternehmen in Oligopolmärkten betrifft, zwischen denen starke Interdependenzen bestehen.⁸¹ Dabei können zugleich koordinierte wie nicht-koordinierte Effekte entstehen, ohne dass insoweit ein wechselseitiger Ausschluss existiert.⁸²

⁷³ Entwurf einer Mitteilung der Kommission über die Kontrolle horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Fusionskontrollverordnung, ABl. 2002 C 331/18, Rn. 25 ff.

⁷⁴ So verweist die Kommission in einer Fußnote zur Begründung auf die Fälle *Volvo/Scania* und *Barilla/BPS/Kamps*. Sie bezieht sich hierbei im Kontext der jeweiligen Entscheidung auf Ausführungen zu der Wahrscheinlichkeit von Preiserhöhungen in den Fällen, in denen die Parteien nahe Wettbewerber („*closest competitors*“) sind. So Kommission, Entsch. v. 15.03.2000, COMP/M.1672 – *Volvia/Scania*, Rn. 107 ff., 148; Kommission, Entsch. v. 25.06.2002, COMP/M.2817 – *Barilla/BPS/Kamps*, Rn. 34. Ähnlich gelagert unter dem Regime der VO 4064/89/EWG: Kommission, Entsch. v. 30.04.2003, COMP/M.2861 – *Siemens/Drägerwerk/JV*; Kommission, Entsch. v. 02.09.2003, COMP/M.3083 – *GE/Instrumentarium*. Vgl. dazu auch die Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („*Horizontalleitlinien*“), ABl. 2004 C 31/5.

⁷⁵ Insoweit sind etwa in den Blick zu nehmen Kommission, Entsch. v. 21.11.2001 – COMP/M.2498 – *UPM-Kymmene/Haindl*; Kommission, Entsch. v. 21.11.2001 – COMP/M.2499 – *Norske Skog/Parenco/Walsum*; Kommission, Entsch. v. 20.06.2001 – COMP/M.2201 – *MAN/Auwärter*; Kommission, Entsch. v. 14.12.1993, IV/M.308 – *K+S/MdK/Treuhand*, hierzu nachfolgend EuGH, Urt. v. 31.03.1998, C-68/94, C-30/95 – *Frankreich/Kommission*; sowie daran anknüpfend Kommission, Entsch. v. 20.05.1998, IV/M.1016 – *PriceWaterhouse/Coopers & Lybrand*; näher dazu *Hirsbrunner*, EuZW 1999, 389, 392; *ders.*, EuZW 2002, 453, 455 f.

⁷⁶ Vgl. dazu bereits Fn. 36.

⁷⁷ Hiervon ausgehend etwa *Fedderson/O'Donoghue*, EuR 2002, 740, 746 f.; *Vickers*, ECLR 2003, 95, 101 f.; vgl. auch *Ryan*, CPN 2003/1, 9, 10, der die von der Kommission zunächst vorgeschlagene Präzisierung gerade als Mittel zur Schließung dieser „Schutzlücke“ bezeichnet. Zum Vorschlag der Kommission vgl. bereits Fn. 66. Aus wirtschaftswissenschaftlicher, respektive juristischer Perspektive eine Schutzlücke überzeugend zurückweisend etwa *Alfter*, WuW 2003, 20 ff.; *Denzel*, Materielle Fusionskontrolle in Europa und den USA, 2004, S. 147 f.; zum Streitstand ferner aus jüngerer Zeit *Heimler*, ECJ 2008, 85 ff.; *Werden*, ECJ 2008, 95 ff.; sowie *Azevedo Moreira*, ZEuS 2010, 145 ff.

⁷⁸ Darauf hindeutend die Formulierung in Erwägungsgrund 25 a.E. – dazu sogleich – sowie Kommission, Veröff. v. 20.01.2004, MEMO/04/9 „Die Kommission betrachtet den geänderten Wortlaut des Tests eher als Klarstellung denn als Erweiterung ihrer Befugnisse.“ Dem ist etwa von *Azevedo Moreira* entgegengehalten worden, dass gerade aus der Änderung des Rechtstests auf ein restriktives, marktanteilsbezogenes Begriffsverständnis des Marktbeherrschungstests zu schließen sei. So *Azevedo Moreira*, ZEuS 2010, 145, 165 f. Das vermag jedoch im Lichte der hier vertretenen Auslegung wie auch der genannten Äußerungen der Kommission, nicht zu überzeugen.

⁷⁹ Bei diesen Fällen kommt es zu den Auswirkungen auf den Wettbewerb unmittelbar durch die Absenkung des Wettbewerbsdrucks durch den Zusammenschluss. Hingegen werden hiervon solche Sachverhalte nicht erfasst, in denen durch den Zusammenschluss eine Koordinierung ermöglicht oder erleichtert wird. Unilaterale Fälle können ebenso in Bezug auf Preis-, wie auch auf Produktionsmengenanpassungen festzustellen sein. In einigen Konstellationen kann auch eine Qualitätsanpassung in Betracht kommen. Vgl. grundlegend zu unilateralen Effekten *Lindsay*, The EC Merger Regulation – Substantive Issues, 2003, Rn. 4-01; im Überblick auch *Schwalbe*, Ökonomisierung der Fusionskontrolle, 2004, S. 10 ff.

⁸⁰ Solche Sachlagen sind in der Praxis überaus selten und auch unter dem Regime des SLC-Tests in den USA nur in Einzelfällen erörtert worden. Die diesbezügliche Rechtsprechung kann als sehr spärlich bezeichnet werden (vgl. auch Fn. 83). Gleiches gilt wohl ebenso für die kartellbehördliche Praxis. So auch *Denzel*, Materielle Fusionskontrolle in Europa und den USA, 2004, S. 92 Fn. 94 f. unter Verweis auf verschiedene Literaturquellen, in denen jedoch lediglich zwei Behördenentscheidungen angeführt werden.

⁸¹ Vgl. instruktiv hierzu das wiederholt referierte Beispiel des hypothetischen Zusammenschlusses von BMW und Audi in einem Markt für obere Mittelklassewagen. Dazu *Verouden/Baengtsson/Albaek*, Antitrust Bulletin 2004, 250 ff.; *Völcker*, ECLR 2004, 395 f.; *Azevedo Moreira*, ZEuS 2010, 145, 152; *Röller/Strohm*, Ökonomische Analyse des Begriffs „significant impediment to effective competition“, 2004, S. 10 f.

⁸² Von diesem Verständnis ausgehend auch OFT, Mergers - Substantive Assessment Guidance, 2003, Rn. 4.7 ff; zur konzeptionellen Trennung vgl. *Azevedo Moreira*, ZEuS 2010, 145, 153 m.w.N. Insoweit ist dazwischen zu differenzieren, ob eine Anpassung als Reaktion auf ein Verhalten der übrigen Marktteilnehmer (koordinierter Effekt) oder gerade unabhängig von deren Verhalten (unilateraler Effekt) erfolgt.

- 26 Problematisch ist danach, ob es unter Anwendung des Marktbeherrschungstests möglich ist, den Einfluss der Marktstrukturveränderung, die durch den Zusammenschluss ausgelöst wird, auf die strategischen Wechselwirkungen zwischen den Unternehmen zu erfassen, wenn nicht zugleich koordinierte Effekte zu verzeichnen sind. Hierbei ist von Bedeutung, dass der Grad der Unabhängigkeit vom Verhalten der anderen Marktteilnehmer in keinem Zusammenhang mit den jeweiligen Marktanteilen, sondern primär in Abhängigkeit von der Substitutionselastizität besteht.⁸³ Eine Gewinnmaximierungsstrategie kann dann für ein Unternehmen auch möglich sein, obwohl – nach dem Zusammenschluss – ein größerer Wettbewerber auf dem betroffenen Markt tätig ist.⁸⁴ Unilaterale Effekte können insbesondere auf Märkten mit verhältnismäßig wenigen Anbietern auftreten, von denen sich zwei zusammenschließen und zugleich eine eingeschränkte Ausweichmöglichkeit für die Marktgegenseite besteht. Hierbei ist für die Beurteilung der Wahrscheinlichkeit unilateraler Effekte vor allem die Heterogenität der angebotenen Produkte in den Blick zu nehmen.⁸⁵ Im Falle unvollkommener Substitute und mithin geringerer Preiselastizität der Nachfrage, können solche Effekte dann auftreten, wenn zwischen den Gütern der Zusammenschlussparteien die engste Substitutionsbeziehung besteht („*closest substitutes*“). Dies folgt daraus, dass der Preiserhöhungsanreiz für die Zusammenschlussparteien dann besonders hoch ist, da infolge der Substitutionsverhältnisse mit einer geringeren Abwanderung von Nachfragern zu einem Produkt eines Unternehmens, das nicht an dem Zusammenschlussvorhaben beteiligt ist, zu rechnen ist. Demgegenüber besteht kein solcher Preiserhöhungsanreiz, wenn die Substitutionsnähe zu einem Drittunternehmen größer ist, als zu der anderen Zusammenschlusspartei. Bei homogenen Gütern ist das Auftreten solcher Effekte allenfalls über Produktionsmengenanpassungen möglich, wenn die zur Verfügung stehenden Kapazitäten im Markt bekannt und ausgelastet sind und Ausweichmöglichkeiten für die Marktgegenseite limitiert sind.⁸⁶
- 27 Nach der noch zu Art. 86 EGV ergangenen, jedoch in ständiger Praxis für Art. 2 Abs. 3 VO 4064/89/EWG⁸⁷ wie auch nachfolgend⁸⁸ herangezogenen Rechtsprechung des Gerichtshofs, ist eine beherrschende Stellung dann anzunehmen, wenn für ein Unternehmen ein kritischer unternehmerischer

⁸³ Nach wie vor klassisches (Einzelfall-)Beispiel ist insoweit der Fall *FTC/Staples*. Vgl. US District Court for the District of Columbia, Urt. v. 30.06.1997, Nr. 97-701 (TFH) – *FTC vs. Staples Inc. and Office Depot Inc.* Das Gericht untersagte den Zusammenschluss, da es eine Wettbewerbsbeeinträchtigung durch die Erleichterung der Möglichkeit einseitiger Preiserhöhungen annahm. *U.E.* mit Einschränkungen kann auch der Fall *Heinz/BeechNut* als Beispiel für unilaterale Effekte angesehen werden, vgl. US Court of Appeals, Urt. v. 27.04.2001, Nr. 00-5362 – *FTC vs. H.J. Heinz Co. and Milnot Holding Corp.*; vorgehend US District Court for the District of Columbia, Urt. v. 14.07.2001, Nr. 00-1688 (JR). In diesem Fall ging es um den Zusammenschluss des zweit- und drittgrößten Unternehmens mit zusammen 33 % Marktanteil in einem seit 40 Jahren hochkonzentrierten Markt, in dem der einzige weitere Wettbewerber 65 % Marktanteil auf sich vereinte. Zwischen den zusammenschlussbeteiligten Unternehmen herrschte jedoch deswegen ein intensiver Wettbewerb, da sie regelmäßig um den einzigen freien Angebotsplatz in Supermärkten konkurrierten, während der andere von dem Marktführer bestückt wurde. Die FTC untersagte den Zusammenschluss deswegen auf Grund der Gefahr der signifikanten Absenkung des Wettbewerbs, obschon die betroffenen Unternehmen bei Vollzug des Zusammenschlusses mit deutlichem Abstand zweitgrößtes Unternehmen im Markt geblieben wären. Die insoweit angenommenen Erwägungen wurden jedoch etwa im Fall *Moore/Wallace* seitens des damit befassten Gerichts abgelehnt. Vgl. US District Court for the District of Delaware, Urt. v. 19.09.1995, Nr. 95-7066 – *Moore Corp. Ltd. vs. Wallace Computer Services, Inc.* Vgl. zur Praxis bei Unilateral-Fällen im Rahmen der Diskussion der Novellierung der Fusionskontrollverordnung auch *Fountoukakos/Ryan*, ECLR 2005, 277, 282; *Alfter*, WuW 2003, 20, 24; *Ehlermann/Völcker/Gutermuth*, World Competition 2005, 193, 194; *Kokkoris*, ECLR 2005, 37, 42; *Bartosch*, WuW 2003, 574, 579; sowie jüngst instruktiv *Azevedo Moreira*, ZEuS 2010, 145, 157 f.

⁸⁴ *Alfter*, WuW 2003, 20, 21. Vgl. auch in dem Sinne deutlich US Court of Appeals, Urt. v. 27.04.2001, Nr. 00-5362 – *FTC/H.J. Heinz Co. and Milnot Holding Corp.*

⁸⁵ *Grave/Seeliger*, Der Konzern 2004, 646, 651; *Baxter/Dethmers*, ECLR 2005, 380, 387.

⁸⁶ Einem anderen Unternehmen ist es in dieser Sachlage nicht möglich die Produktion auszuweiten, sodass insgesamt ein Anreiz zur unilateralen Preiserhöhung bestehen kann.

⁸⁷ Besonders deutlich Kommission, Entsch. v. 07.11.1990, IV/M.004 – *Renault/Volvo*, Rn. 14 „(...) the power to behave to an appreciable extent independently of (...) competitors or to gain an appreciable influence on the determination of prices without losing market shares.“.

⁸⁸ Vgl. insoweit bereits klarstellend Erwägungsgrund 25 VO 139/2004/EG, wie auch die wörtliche Wiedergabe der vom Gerichtshof entwickelten Formel (vgl. Fn. 89) in Kommission, Horizontalleitlinien, Rn. 2.

Verhaltensspielraum besteht⁸⁹, den die Kommission insbesondere als einen entsprechenden Preissetzungsspielraum interpretiert.⁹⁰ Insbesondere in der *Gencor*-Entscheidung hat das Gericht klar zum Ausdruck gebracht, dass es von einem solchen ergebnisbezogenen, an dem ökonomischen Marktmachtbegriff anknüpfenden Verständnis von Marktbeherrschung ausgeht.⁹¹ Nach dem begrifflichen Verständnis der Kommission schließen sich die Annahme einer Preissetzungsmöglichkeit und das Nicht-Vorliegen von Marktmacht hiernach aus. Nicht vorausgesetzt ist jedoch, dass die Marktmacht kausal auf die jeweilige Stellung im Markt, etwa als nach Marktanteilen führendes Unternehmen, zurückzuführen ist. Somit erfasste auch Art. 2 Abs. 3 VO 4064/89/EWG und der hierin kodifizierte Marktbeherrschungstest alle oligopolistischen Konstellationen, unabhängig davon, ob es sich um koordinierte oder nicht-koordinierte Effekte handelt.⁹² Gleiches gilt demnach auch für das Regelbeispiel der Marktbeherrschung nach Art. 2 Abs. 3 VO 139/2004/EG.

28 Zwar lässt sich gegen eine entsprechende teleologische Auslegung des Marktbeherrschungstests anführen, dass dies zu einer Überdehnung des Wortlauts führe, da dieser rein begrifflich ein Kausalitätsanfordernis zwischen Marktmacht und Marktstellung des betroffenen Unternehmens nicht ausschließe.⁹³ Jedoch ist insoweit zu beachten, dass der Begriff der Marktbeherrschung als zunächst unbestimmter Rechtsbegriff grundsätzlich einer Auslegung zugänglich sein muss. Entsprechend wurde auch – von der Literatur weitgehend akzeptiert – Art. 2 Abs. 3 VO 4064/89/EWG auf – nach dem Wortlaut nicht erfasste Fälle – kollektiver Marktbeherrschung erstreckt.⁹⁴ Eine solche dynamische Auslegung des Marktbeherrschungstests im Lichte ökonomischer Erkenntnisse entspricht gerade der vom Gesetz-, respektive Verordnungsgeber gewollten ergebnisorientierten Anwendung. Eine Überschreitung der Wortlautgrenze bei der Erstreckung auf Unilateralfälle kann vor diesem Hintergrund und im Lichte der bereits skizzierten Auslegungsmöglichkeit nicht angenommen werden. Auch lassen sich wohl frühere Äußerungen des Gerichtshofs so verstehen, dass auch dieser eine ergebnisorientierte Auslegung des Marktbeherrschungsbegriffes beabsichtigte.⁹⁵

29 Gegen eine solche Auslegung wurde ferner angeführt, dass dies zu einer „*cross-contamination*“-Problematik für den Marktbeherrschungsbegriff des Art. 102 AEUV führe.⁹⁶ So erweitere die Einbeziehung von unilateralen Effekten in die Auslegung des fusionskontrollrechtlichen Marktmachtbegriffs zugleich den Anwendungsbereich der am gleichen Begriff anknüpfenden Missbrauchsvorschriften. Diese Argumentation vermag jedoch *u.E.* nicht zu überzeugen. Art. 2 Abs. 3 VO 4064/89/EWG und der heutige

⁸⁹ EuGH, Urt. v. 13.02.1979, C-85/76 – Hoffmann-La Roche/Kommission, Rn. 38 „Mit der beherrschenden Stellung (...) 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 in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten.“

⁹⁰ Vgl. Art. 2 Abs. 2 Vorschlag für eine Fusionskontrollverordnung „Im Sinne dieser Verordnung wird eine beherrschende Stellung (...) angenommen, wenn (Unternehmen) über die wirtschaftliche Macht verfügen, spürbar und nachhaltig Einfluss auf die Wettbewerbsparameter, insbesondere auf die Preise, (...) zu nehmen (...)“

⁹¹ EuG, Urt. v. 03.06.1997, T-102/96 – Gencor, Rn. 200 „The dominant position referred to is concerned with 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 by giving them the opportunity to act to a considerable extent independently of their competitors, their customers and, ultimately, of consumers.“

⁹² So auch *Staebe/Denzel*, EWS 2004, 194, 199.

⁹³ *Holzwarth*, ZWeR 2007, 338, 341.

⁹⁴ Vgl. bereits EuGH, Urt. v. 31.03.1998, Rs. C-68/94, C-30/95 – Frankreich u.a./Kommission, Rn. 221 und weitere Nachweise in Fn. 36.

⁹⁵ So hatte der Gerichtshof mit seiner *Kali&Salz*-Entscheidung klar zum Ausdruck gebracht, dass er das Marktbeherrschungskriterium in einer Weise teleologisch auszulegen gedenkt (unter Anknüpfung an Erwägungsgründe 6, 7, 10, 11 VO 4064/89/EWG), nach der alle Zusammenschlüsse erfasst werden, soweit durch sie Auswirkungen auf die Wettbewerbsstruktur insgesamt verursacht würden, die mit dem System des unverfälschten Wettbewerbs unvereinbar wären. So EuGH, Urt. v. 31.03.1998, Rs. C-68/94 – Frankreich/Kommission, Rn. 170.

⁹⁶ *Fountoukakos/Ryan*, ECLR 2005, 277, 291; *Selvam*, ECLR, 2004, 58; *Stirati*, Erasmus Law and Economics Review 2004/3, 249, 262.

Art. 102 AEUV basieren zwar auf einem einheitlichen Konzept, verfolgen jedoch bereits im Ansatz unterschiedliche Zielsetzungen, nach denen die Fusionskontrolle gleichsam die Funktion einer präventiven Missbrauchskontrolle einnimmt, die eine Art gespaltener Auslegung in Grenzfällen gestattet. Ferner hat etwa *Şenyücel* dargelegt, dass aus dem einheitlichen Verständnis des Marktmachtbegriffs seitens der Unionsgerichte⁹⁷ folgt, dass in solchen Fällen, in denen zwar eine Marktbeherrschung, nicht aber das Vorliegen von unilateralen Effekten, nachgewiesen werden kann, dennoch „*spill-over*“-Effekte auch unter Anwendung des SIEC-Tests nicht ausgeschlossen werden können.⁹⁸ Schließlich ist zu beachten, dass es bereits im Ansatz, etwa auf Grund des unterschiedlichen Zeithorizonts bei der Marktabgrenzung und der Feststellung von Marktmacht zu Unterschieden kommen kann. Ein Grund für die Annahme einer „*cross-contamination*“ kann in einer solchen – am jeweils verfolgten Ziel ausgerichteten – Auslegung nicht gesehen werden.

30 Soweit schließlich geltend gemacht wurde, dass nur durch eine Aufgabe des Marktbeherrschungstests eine internationale Harmonisierung der kartellrechtlichen Bewertung von Zusammenschlussvorhaben erzielt werden könne, vermag auch dieses Argument nicht zu verfangen. Zunächst ist festzustellen, dass die Untersuchungen nach dem SLC- und dem Marktbeherrschungstest in der Praxis nur in seltensten Fällen zu einem unterschiedlichen Ergebnis geführt haben.⁹⁹ Soweit hier dennoch ein Harmonisierungsbedarf gesehen wurde, hätte dieser jedoch nur durch eine Adaption des SLC-Tests und zugleich eine Übernahme der materiellen Bewertungskriterien erfolgen können.¹⁰⁰ Dies ist jedoch gerade nicht erfolgt, was im Lichte der weitgehend gleichlaufenden Bewertungen in der Vergangenheit und der intensiven internationalen Kooperation¹⁰¹ auch als gerechtfertigt anzusehen ist.

31 Dem SIEC-Test ist allerdings zuzugeben, dass er nach seinem Wortlaut über die mit dem Marktbeherrschungstest erfassbaren Konstellationen von Einzelmarktbeherrschung und kollektiver Marktbeherrschung hinaus, *prima facie* auch weitere Sachlagen erfasst.¹⁰² So ist nach dem Verhaltenskriterium des

⁹⁷ Vgl. etwa EuGH, Urt. v. 16.03.2000, C-395/96 – *Compagnie Maritime Belge/Kommission*, Rn. 21.

⁹⁸ *Şenyücel*, *Ankara Law Review* 2005, 171, 181 f. m.w.N.

⁹⁹ Kommission, Entsch. v. 03.07.2001, COMP/M.2220 – *General Electric/Honeywell*; nachfolgend EuG, Urt. v. 14.12.2005, T-209, 210/01 – *General Electric, Honeywell/Kommission*. Die Kommission stützte ihre Untersagungsentscheidung im Kern weder auf horizontale Aspekte, noch auf vertikale Marktverschließungseffekte, sondern auf konglomerate Effekte. So wären die Zusammenschlussparteien aus Sicht der Kommission dazu in der Lage gewesen, ihre Kopplungs-, Bündelungs- und Rabattstrategien zu verbessern. Demgegenüber gab das DoJ das Vorhaben unter zwei Bedingungen frei, da aus seiner Sicht der gleichfalls als konglomerat anzusehende Zusammenschluss keinen Wegfall potentiellen Wettbewerbs zur Folge hatte. Vertiefend *Drauz/König*, *ZWeR* 2006, 107 ff.; *Pflanz*, *ZWeR* 2006, 139 ff.; zur europäischen Perspektive *Giotakos/et. al.*, CPN 2001/3, 5 ff.; zur US-amerikanischen Perspektive *Nalebuff*, *Bundling and the GE-Honeywell Merger*, Working Paper Series ES, Yale School of Management, Nr. 22, 2002. Mit scharfer Kritik an der abweichenden Entscheidung der Kommission *Pries/Romani*, *Antique Antitrust - The GE/Honeywell Precedent*, *The Wall Street Journal Europe*, 21.06.2001 “When the European Commission states that politics will be irrelevant to its decision, it means the political efforts of the U.S. and other countries wanting economic progress, not the politics of Rolls-Royces and Thales, which hope for regulatory action to save them from the effects of aggressive competition. It has taken 110 years of antitrust enforcement for the U.S. to learn the simple truth that maximizing competition enhances value for consumers. We can only hope that the learning process at the European Commission will be shorter.” Ebenso *James*, *Cooperation and Convergence*, OECD Global Forum on Competition, 17.10.2001 “(The decision) is neither soundly grounded in economic theory nor supported by empirical evidence, but rather, is antithetical to the goals of sound antitrust enforcement.” Jedoch ist zu beachten, dass in nachfolgenden Fällen trotz im Ansatz bestehender Unterschiede in der Bewertung – auch konglomerater Zusammenschlüsse – ein Einvernehmen zwischen Kommission und US-amerikanischen Kartellbehörden hergestellt werden konnte. So insbesondere in den Fällen *General Electric/Amersham*, Teilen des Falls *Procter&Gamble/Gillette* sowie der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen durch *Sony* und *BMG*, *Sanofi* und *Aventis* sowie *General Electric* und *Instrumentarium*. Im Vergleich zur deutschen Praxis Bundeskartellamt, Konglomerate Zusammenschlüsse in der Fusionskontrolle, Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 21.09.2006.

¹⁰⁰ Die reine Übernahme des SLC-Tests hätte indes hier nicht weitergeholfen, da der Test nicht bereits im Ansatz an einen bestimmten einheitlichen Kriterienkatalog gebunden ist. Während etwa nach US-amerikanischer Praxis ausschließlich auf die Konzentration im Markt insgesamt anhand des HHI-Index abgestellt wird, wird in der Anwendung in anderen Ländern (etwa Australien) in stärkerem Maße auf die Marktstellung der Zusammenschlussparteien Bezug genommen. Vgl. Fn. 23.

¹⁰¹ Vgl. Fn. 19 a.E.

¹⁰² Statt vieler so auch *Böge*, *WuW* 2004, 138, 144; *Staebe/Denzel*, *EWS* 2004, 194, 198; *Janssens*, *Mergers and Acquisitions Newsletter* 2004/2, 2, 3 f.

Art. 2 Abs. 3 VO 139/2004/EG eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs – ebenso wie unter dem SLC-Test nach der „*Incipieny Doctrine*“ – auch in Fällen denkbar, in denen, ohne dass für ein Unternehmen vor oder nach dem Zusammenschluss eine unmittelbare Preissetzungsmacht besteht, der Wettbewerbsdruck im Markt abgesenkt wird. Hiernach ist theoretisch auch eine ähnlich restriktive Praxis wie unter Sec. 7 Clayton Act unter dem Einfluss der „Harvard School“ möglich, mit Untersagungsentscheidungen deutlich unterhalb eines Marktanteilswertes von etwa 20 Prozent.¹⁰³

32 Diese Sachlage hat auch die Kommission erkannt. Nicht anders kann die Bemerkung in Erwägungsgrund 25 a.E. verstanden werden, nach der das Marktverhaltenskriterium in Art. 2 Abs. 2, 3 VO 139/2004/EG seine Grenze in der Erstreckung auf nicht koordiniertes Verhalten von Unternehmen findet, die auf dem relevanten Markt nicht marktbeherrschend sind.¹⁰⁴ Unstreitig ist insoweit die fehlende Rechtsverbindlichkeit der Erwägungsgründe nicht ganz unproblematisch¹⁰⁵, jedoch hat dies bis dato nicht dazu geführt, dass Bestrebungen der Kommission, diese Begrenzung ihrer Entscheidungsbefugnis zu unterlaufen, erkennbar geworden wären.

3. „Lückenschluss“ im GWB?

33 Ebenso wie bereits in der Diskussion zu Art. 2 Abs. 3 VO 4064/89/EWG und der insoweit bestehenden vermeintlichen „Schutzlücke“, knüpft die Frage des Bestehens eines „*blindspots*“ im GWB an das Verständnis des Tatbestandsmerkmals der „beherrschenden Stellung“ an. In Betracht kommen dabei drei unterschiedliche Ansatzpunkte zur Schließung der vermeintlichen Lücke: (1) die teleologische Auslegung des Marktbeherrschungsbegriffes, (2) ein „third-party dominance“-Konzept und (3) eine Lösung über die Frage der Marktabgrenzung.

34 *U.E.* ist einer teleologischen Auslegung des Marktbeherrschungsbegriffes der Vorzug vor den weiteren Lösungsansätzen zu geben. Im Zentrum dieses Ansatzes steht dabei eine dynamische Weiterentwicklung des – bewusst unbestimmten – Rechtsbegriffes der Marktmacht im Lichte ökonomischer Erkenntnisse. Hiernach ist der Begriff der Marktmacht – wie bereits für das europäische Verständnis dargelegt¹⁰⁶ – in dem Sinne zu verstehen, dass er an einen bestimmten unternehmerischen Verhaltensspielraum, insbesondere einem Preissetzungsspielraum, anknüpft, der aus der Tatsache folgt, dass ein marktseitiger „Disziplinierungseffekt“, vermittelt etwa durch Wettbewerber oder auch „*Countervailing Power*“ nicht zu verzeichnen ist. Der Formulierung des § 36 Abs. 1 1. Hs. GWB („Ein Zusammenschluss, von dem zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, ist vom Bundeskartellamt zu untersagen (...).“) lässt sich ein dahingehendes Kausalitätserfordernis, dass nur ein nach Marktanteilen führendes Unternehmen auch marktbeherrschend im Sinne der Norm sein kann, nicht entnehmen. Auch entspricht ein solches dynamisches Verständnis des Marktmachtbegriffes der jüngeren Praxis des Bundeskartellamtes.¹⁰⁷ Hiernach ist die unmittelbare Erfassung unilateraler Effekte nach dem Normwortlaut des § 36 Abs. 1 GWB möglich, da es sich um die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung im ökonomischen Sinne handelt. In diesem Kontext ist zu beachten, dass eine Erfassung unilateraler Fälle zumindest zum Teil schon unmittelbar über § 19 Abs. 2 S. 2 i.V.m. S. 1 GWB möglich ist. Le-

¹⁰³ Vgl. dazu bereits die Darstellung exemplarischer Fälle unter Fn. 27 a.E. Auf diese Problematik im Ansatz hinweisend *Tilman*, WuW 2004, 3.

¹⁰⁴ Wohl a.A. *Böge*, WuW 2004, 138, 143, der in Erwägungsgründen 25, 26 einen Versuch der Kommission zur Konkretisierung des Tests selbst sieht.

¹⁰⁵ *Staebe/Denzel*, EWS 2004, 194, 199 auf den Indizcharakter der Erwägungsgründe hinweisend; sehr kritisch auch *Bergmann/Burholt*, EuZW 2004, 161. Demgegenüber wohl partiell a.A. unter Hinweis auf die „faktische Autorität“ der Erwägungsgründe *Immenga/Körber*, in *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht, 4. Auflage 2007, Art. 2 FKVO Rn. 190, Fn. 874, sowie *ibid.*, FKVO-Einleitung Rn. 78.

¹⁰⁶ Vgl. die Darstellung oben unter II.2, sowie insbes. Fn. 89.

¹⁰⁷ Instruktiv BKartA, Beschl. v. 03.08.2006, B2-90/05 – Pfeifer&Langen/Zuckerfabrik Jülich, Rn. 58 ff.

diglich eine Anknüpfung an die Vermutungsregelung des § 19 Abs. 3 GWB dürfte in der Konstellation nicht möglich sein, in der die Fusionsparteien zusammenschlussbedingt nicht die Stellung des nach Marktanteilen führenden Unternehmens erreichen, was jedoch der skizzierten Auslegung des § 36 Abs. 1 GWB nicht entgegensteht. Insbesondere kann nicht davon ausgegangen werden, dass eine solche teleologische Auslegung die Wortlautgrenze der Norm überschreitet.

35 Wie Kühnen herausgestellt hat, kommt als alternative Lösung auch eine extensive Bestimmung der normativen Reichweite von § 36 Abs. 1 GWB in Betracht.¹⁰⁸ Nach diesem, auch unter dem Begriff „*third-party dominance*“ bekannten Auslegungsansatz, genügt zur Annahme der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ein Abstellen auf ein drittes, nicht am Zusammenschlussvorhaben beteiligtes, Unternehmen. Dieser Ansatz ist vom Wortlaut des § 36 Abs. 1 GWB *u.E.* gleichfalls gedeckt, da nur die Begründung oder Verstärkung „einer“ marktbeherrschenden Stellung gefordert wird, ohne dass es darauf ankommt, bei welchem Unternehmen diese auftritt.¹⁰⁹ So hat das Bundeskartellamt im Fall *Roth + Horsch Pressevertrieb/Pressevertrieb Pfalz* explizit festgestellt, dass „auch die marktbeherrschende Stellung eines Dritten (...) durch einen Zusammenschluss verstärkt werden (kann), da § 36 Abs. 1 GWB auf alle subjektiven Tatbestandselemente verzichtet und die Untersagung lediglich die Kausalität zwischen Zusammenschluss und weiterer Verschlechterung der Marktstruktur voraussetzt, sind auch die nicht bei den beteiligten und/oder verbundenen Unternehmen eintretenden Folgen zu berücksichtigen.“¹¹⁰ Kühnen hat ergänzend darauf hingewiesen, dass der § 36 Abs. 1 GWB zugrunde liegende Schutz des „Wettbewerbs als Institution“ gerade keinen Drittschutz beabsichtigt, sodass ein effektiver Wettbewerbsschutz eine Erfassung – auch unilateraler Fälle – unter Anknüpfung an die normative Reichweite des § 36 Abs. 1 GWB erforderlich mache.¹¹¹

36 Als dritte Option zur Schließung der „Lücke“ steht zudem der Weg über die Marktabgrenzung offen. Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass auf Märkten mit differenzierten Gütern unilaterale Effekte dann auftreten können, wenn die Güter der Zusammenschlussparteien „*closest substitutes*“ sind und es den betreffenden Unternehmen deswegen möglich ist, nach dem Zusammenschluss eine Preiserhöhung wirksam durchzusetzen.¹¹² Hiernach könnte erwogen werden, den Markt in diesen Fällen enger zu fassen, sodass die Zusammenschlussparteien auf einem Markt für die von ihnen angebotenen Güter als – auch unter Abstellen auf die Marktanteile – marktbeherrschend anzusehen wären. *U.E.* kann dieser – ergebnisgetriebene – Weg über die Marktabgrenzung nicht grundsätzlich statthaft sein, sondern lediglich in den Fällen, in denen eine erfolgreiche Preiserhöhung für die Güter der Zusammenschlussparteien auch bereits vor dem Zusammenschluss möglich gewesen wäre. Dann ist davon auszugehen, dass die zunächst ins Auge ge-

¹⁰⁸ Kühnen, KSzW 2011, 3, 5 f.

¹⁰⁹ Ähnlich auch Lindner, Kollektive Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, 2005, S. 308, die gleichfalls davon ausgeht, dass dieser Ansatz „vom Wortlaut gedeckt“ ist.

¹¹⁰ BKartA, Beschl. v. 30.03.2010, B6-98/09 - Roth + Horsch Pressevertrieb/Pressevertrieb Pfalz, Rn. 38 ff. m.w.N. zur Gegenansicht; ferner so bereits BKartA, Beschl. v. 29.05.1996, B8-148/95 – Veba/Stadtwerke Bremen; BKartA, Beschl. v. 09.01.1981, B6-95/80 - Gruner & Jahr/Zeitverlag Bucerius; hierzu BGH, Beschl. v. 22.09.1987, KVR 5/86 – Gruner & Jahr/Zeit II; sowie ferner zu der gleichgerichteten Praxis der Kommission die Darstellung in Monopolkommission, Hauptgutachten XV, BT-Drs. 15/3610, Rn. 805 f. zu dem Fall Kommission, Entsch. v. 19.03.2002, COMP/M.2684 – EnBW/EDP/Cajastur/Hidrocarbónico. Mit gleicher Argumentationslinie auch Kommission, Entsch. v. 29.09.1999, COMP/M.1383 – Exxon/Mobile, Rn. 225 ff, 228; Kommission, Entsch. v. 19.03.2001, COMP/M.2353 – RWE/Hidroeléctrica, Rn. 10; Kommission, Entsch. v. 26.09.2001, COMP/M.2434 – Gruppe Villar Mir/EnBW/Hidroeléctrica del Cantabrico, Rn. 71. Vgl. ferner von der Argumentation her auch BKartA, Beschl. v. 28.05.2001, B8-29/01 – EnBW Regional/Stadtwerke Schramberg, Rn. 24 zur Sachlage, dass eine marktbeherrschende Stellung solcher Unternehmen begründet oder verstärkt wird, die zwar nicht am Vorhaben beteiligt sind, an denen die Zusammenschlussparteien aber eine bei Neuerwerb kontrollpflichtige Beteiligung halten. Aus der Literatur zu der Zulässigkeit des „*third party dominance*“-Konzepts Ruppelt in Langen/Bunte, Kartellrecht, 11. Auflage 2010, § 36 Rn. 24 m.w.N.; sowie zustimmend für das europäische Recht Immenga/Körber, in Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, 4. Auflage 2007, Art. 2 FKVO Rn. 412 in einer Bemerkung zum Fall *Exxon/Mobile*.

¹¹¹ Kühnen, KSzW 2011, 3, 6 m.w.N.

¹¹² Vgl. hierzu bereits die Ausführungen unter II.2.

fasst Marktabgrenzung zu „weit“ war. In anderen Fällen wäre ein solcher Ansatz nicht statthaft. Grundsätzlich können jedoch bei Märkten die differenzierte Güter betreffen Simulationsverfahren zur Anwendung kommen, um eine sachgerechte wettbewerbliche Beurteilung zu gewährleisten.¹¹³

37 Im deutschen Recht ist – vielleicht stärker noch als unter dem Regime der VO 4064/89/EWG – von einer systematischen Einheit der Vorschriften für Missbrauchsaufsicht und Fusionskontrolle auszugehen, da § 19 Abs. 2, 3 GWB insoweit gleichsam den Charakter einer für §§ 19 und 36 GWB geltenden „AT-Vorschrift“ hat. Jedoch kann hieraus *u.E.* keine „cross-contamination“-Problematik abgeleitet werden. So sind – in der Grundkonzeption der Vorschriften begründete – Abweichungen in der Auslegung von § 19 Abs. 2 GWB auch bislang anerkannt, wie etwa ein Blick auf den unterschiedlichen Zeithorizont bei Marktabgrenzung und Untersuchung der Marktbeherrschung zeigt. Hier ist die Missbrauchsaufsicht gegenwarts-, die Fusionskontrolle hingegen zukunftsbezogen. Ferner sind die verschiedenen Zielsetzungen der Vorschriften zu berücksichtigen, sodass eine auf einem ökonomischen Marktmachtverständnis aufbauende Auslegung von § 36 Abs. 1 GWB nicht dazu führt, dass zugleich der Anwendungsbereich der §§ 19, 29 GWB erweitert wird.

38 Mit *Möschel* ist ferner zu konstatieren, dass unter Heranziehung der Auslegungspraxis des Bundeskartellamtes in 38 Jahren deutscher Fusionskontrollpraxis kein einziger sog. „Gap Case“ aufgetreten ist, der mit dem Marktbeherrschungstest wegen einer zu engen Ausrichtung desselben nicht gelöst werden konnte.¹¹⁴ Auch soweit unter dem Regime der VO 139/2004/EG angenommen wurde, dass es solche Fälle gebe, vermag dies *u.E.* nicht zu überzeugen.¹¹⁵ So ist insbesondere für den Fall *T-Mobile Austria/Tele.ring* angenommen worden, dass es sich um einen „Gap Case“ handle.¹¹⁶ Dies erscheint jedoch im Lichte der Begründung der Kommission durchaus zweifelhaft. So stützte sie ihre Entscheidung in besonderem Maße auf zwei Feststellungen. *Tele.ring* habe im Markt bislang als „Maverick“, d.h. als besonders preisaggressives Unternehmen agiert und so einen wettbewerblichen Druck auf *Mobilkom* und *T-Mobile* ausgeübt, der zusammenschlussbedingt entfalle.¹¹⁷ Zudem komme es fusionsbedingt zur Ausbildung fast symmetrischer Marktführer.¹¹⁸ Nach Auffassung der Kommission führte dies dazu, dass für die Zukunft mit einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit mit dem Auftreten unilateraler Effekte zu rechnen sei.¹¹⁹ Diese Argumentationskette verblüfft. Sowohl das Abstellen auf einen „Maverick“ im Markt, wie auch die besondere Bedeutung der Symmetrie hätten eher ein Abstellen auf koordinierte Effekte erwarten lassen.¹²⁰ So ist *Möschel* in seiner Bewertung zuzustimmen, dass vor diesem Hintergrund auch bei Annahme

¹¹³ So etwa Kommission, Beschl. v. 07.01.2004, COMP/M.2978 – Lagardère/Natexis/VUP. Die Kommission konnte hier durch eine entsprechende Simulation einen Anstieg von Buchpreisen auf dem angenommenen französischen Markt um etwa 4,5 % nachweisen.

¹¹⁴ *Möschel*, ZHR 2008, 716, 719; zustimmend *Kühnen*, ZSzw 2011, 3, 6.

¹¹⁵ Ebenso *Kühnen*, ZSzw 2011, 3, 6, der gleichfalls davon ausgeht, dass alle vermeintlichen „Gap Cases“ mit gleichem Ergebnis auch unter Anwendung des Marktbeherrschungstest zu lösen sind.

¹¹⁶ Kommission, Entsch. v. 26.04.2006 – T-Mobile Austria/Tele.ring. Bei diesem, unter Nebenbestimmungen freigegebenen Zusammenschluss, kam es im österreichischen Mobilfunkmarkt zu der Fusion der vorherigen Nr. 2 (*T-Mobile*) und der Nr. 4 (*Tele.ring*), die nach dem Zusammenschluss mit 30-40 % Marktanteil weiterhin hinter der Nr. 1 (*Mobilkom*) mit 35-45 % gelegen hätten. Vgl. zur Einordnung des Falles auch *Papandropoulos*, Concurrences 2007, 18 ff.; *Holzwarth*, ZWeR 2007, 338 ff.; sowie im Überblick *Baron*, in Langen/Bunte, Kartellrecht, 11. Auflage 2010, Art. 2 FKVO, Rn. 155.

¹¹⁷ Kommission, Entsch. v. 26.04.2006 – T-Mobile Austria/Tele.ring, Rn. 72.

¹¹⁸ Kommission, Entsch. v. 26.04.2006 – T-Mobile Austria/Tele.ring, Rn. 125.

¹¹⁹ Kommission, Entsch. v. 26.04.2006 – T-Mobile Austria/Tele.ring, Rn. 125.

¹²⁰ Davon ausgehend auch CRA, T-Mobile/tele.ring: Analysing Mavericks and Efficiencies in „the First Gap Case“, 2006, S. 1 „This is unconventional as the term “maverick” is usually used in the context of coordinated effects - and for a good reason. In order to sustain collusion, the coordinating parties need to deviate from the behaviour that would be optimal in the short-run, i.e. given the prices of the competitors it would be profitable to set the price below the collusive level. Mavericks are rivals that do not wish to be part of the coordinating group, due to their corporate culture or for other reasons. The existence of a maverick can render the ability of other firms to coordinate impossible.“ So auch *Heimler*, European Competition Journal 2008, 85, 92, darlegend, dass die Argumentation der Kommission derjenigen der FTC zu koordinierten Effekten gleicht und hieraus schlussfolgernd

einer „Schutzlücke“ für unilaterale Effekte eine Lösung bereits über Art. 2 Abs. 3 VO 4064/89/EWG möglich gewesen wäre.¹²¹

39 Selbst, soweit man – wofür sich in der Argumentation der Kommission jedoch keine Anhaltspunkte finden lassen – davon ausgeht, dass in dem Fall unilaterale Effekte zu prüfen waren, so wäre eine Lösung über den Marktbeherrschungstest in Anknüpfung an frühere Entscheidungen der Kommission möglich gewesen.¹²² Die angewendete ökonomische Methodik, so etwa Simulationsverfahren, weist keine spezifischen Bezug zu einem bestimmten Test auf und sind somit auch unter dem Marktbeherrschungstest anwendbar. Hiernach ist – wie das Bundeskartellamt zutreffend herausgestellt hat – festzustellen, dass „die in diesen Fällen relevanten Wettbewerbsprobleme (...) auch mit dem Konzept der kollektiven Marktbeherrschung hätten erfasst werden können.“¹²³

4. Fazit

40 Eine Fehlentwicklung der Entscheidungspraxis zur Fusionskontrolle kann für Deutschland ebenso wenig konstatiert werden, wie zum Zeitpunkt der Novellierung der Fusionskontrollverordnung im Jahr 2003 für den seinerzeitigen Art. 2 Abs. 3 VO 4064/89/EWG.¹²⁴ Im Lichte der vorstehenden Ausführungen ist schon zu bezweifeln, dass eine quantitativ erhebliche „Schutzlücke“ besteht.

41 Zwar kann vertreten werden, dass der Marktbeherrschungstest des § 36 Abs. 1 GWB bei einer restriktiven Auslegung eine „Schutzlücke“ bei solchen unilateralen Fällen aufweist, in denen ein zusammenschlussbedingter Preissetzungsspielraum nicht zugleich mit der Erlangung einer nach Marktanteilen führenden Stellung zusammenfällt, jedoch ist eine solche Auslegung *u.E.* zurückzuweisen. Ein Kausalitätserfordernis zwischen der Marktanteilshöhe und dem wettbewerblich bedenklichen unternehmerischen Verhaltensspielraum ist im Normwortlaut nicht angelegt und steht auch im Widerspruch zu einer an ökonomischen Erkenntnissen ausgerichteten Auslegungspraxis für den Begriff der Marktbeherrschung. Auch wenn man – entgegen der Ansicht der *Verf.* – davon ausgehen würde, dass ein solches Verständnis von Marktbeherrschung die Wortlautgrenze der Norm überschreite und deswegen nicht statthaft sei, wäre alternativ eine Schließung der vermeintlichen Schutzlücke unter Heranziehung des „*third party dominance*“-Konzepts möglich, da nach dem Wortlaut nur die Begründung oder Verstärkung „einer“ marktbe-

„So it is not clear what the Commission is arguing.“ Soweit die Kommission in ihrer Entscheidung die Möglichkeit koordinierter Effekte erwähnt hat, hat sie jedoch gerade von einer näheren Prüfung abgesehen.

¹²¹ *Möschel*, ZHR 2008, 716, 719. Insoweit ist auch für die von *Baron* angesprochenen, jedoch nicht näher benannten weiteren Fälle, in denen das Entfallen eines „*Mavericks*“ seitens der Kommission geprüft, jedoch nie angenommen wurde, davon auszugehen, dass auch diese mit gleichem Ergebnis unter dem Marktbeherrschungstest, selbst bei Annahme einer „Schutzlücke“, hätten entschieden werden können.

¹²² Noch unter Anwendung von Art. 2 Abs. 3 VO 4064/89/EWG: Kommission, *Entsch. v. 02.03.2001, COMP/M.2256 - Philips/Agilent Health Care Solutions*, Rn. 24 ff.; Kommission, *Entsch. v. 02.09.2003, COMP/M.3083 - GE/Instrumentarium*; Kommission, *Entsch. v. 26.10.2004, COMP/M.3216 - Oracle/Peoplesoft*. Wobei jedoch in Bezug auf das Verfahren *Oracle/Peoplesoft* festzustellen ist, dass die Kommission hier von ihren durch eine Simulationsanalyse gewonnenen Erkenntnissen Abstand nahm, da sie davon ausging, dass durch erforderliche Modellvereinfachungen ein nicht tolerables Delta zu den tatsächlichen Marktgegebenheiten entstanden war. Kommission, *ibid.*, Rn. 196, 219 ff. Näher hierzu *Bengtsson*, *Simulating the Effect of Oracle's Takeover of PeopleSoft*, in *Bergeijk/Kloosterhuis, Modelling European Mergers*, 2005, S. 133; *Käseberg*, *WuW* 2005, 998 ff. Vgl. ferner unter Anwendung von Art. 2 Abs. 3 VO 139/2004/EG Kommission, *Entsch. v. 25.08.2005, COMP/M.3687 - Johnson&Johnson/Guidant*. Im Fall *GE/Instrumentarium* legte die Kommission etwa dar, dass in Folge des Zusammenschlusses einseitige Effekte zu erwarten seien, da die Zusammenschlussparteien auf manchen Märkten „*closest competitors*“ seien und es durch den Zusammenschluss zu einer Reduktion des auf die übrigen Marktteilnehmer wirkenden Preisdrucks komme (Kommission, *ibid.*, Rn. 138 ff.). Sie stützte ihre wettbewerbliche Beurteilung nachfolgend jedoch ausschließlich auf eine Betrachtung von Marktanteilen, „*Countervailing Power*“ und Zutrittsschranken.

¹²³ BKartA, Marktbeherrschungs- und SIEC-Test – Eine Bestandsaufnahme, Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht am 24.09.2009, S. 5 f.

¹²⁴ Wie *Mestmäcker* – *u.E.* zutreffend – herausgestellt hat sind die seinerzeitigen Urteile des EuG vielmehr als Beleg für die Wirksamkeit gerichtlicher Kontrolle zu verstehen und vermochten auch damals eine Änderung des Untersagungskriteriums in sachlicher Hinsicht nicht zu begründen. Vgl. *Mestmäcker*, *WuW* 2004, 135. Zu dem gleichen Ergebnis kommend *Schulte*, *AG* 2010, 358, 362 f.

herrschenden Position, nicht aber derjenigen der Zusammenschlussparteien erforderlich ist. Demgegenüber kann eine Lösung über eine engere Marktabgrenzung nur in Einzelfällen statthaft sein, wenn eine erfolgreiche Preiserhöhung bei „*closest substitutes*“ auch bereits vor dem Zusammenschluss möglich gewesen wäre.

- 42 Soweit der Gesetzgeber jedoch – etwa im Lichte der materiell-rechtlichen Vereinheitlichung der Fusionskontrollregime nach dem GWB und der VO 139/2004/EG – gleichwohl eine Änderung des Untersagungskriteriums beabsichtigt, ist zu beachten, dass eine reine Übernahme des SIEC-Tests in den Tatbestand des § 36 Abs. 1 GWB ohne entsprechende Wirkungsbegrenzung Risiken birgt. Eine solche wurde für Art. 2 Abs. 3 VO 139/2004/EG in Erwägungsgrund 25 a.E. aufgenommen, sodass hiernach klargestellt ist, dass über die unstreitig dem Marktbeherrschungstest unterfallenden Fälle hinausgehend ausschließlich unilaterale Effekte erfasst werden können.
- 43 Im Falle des Absehens von einer, Erwägungsgrund 25 VO 139/2004/EG entsprechenden, (inhärenten) Begrenzung des SIEC-Tests ist zu beachten, dass dieser – wie dargestellt wurde – einen nach seinem Wortlaut weiten Anwendungsbereich hat und in grundsätzlicher Hinsicht eine dem SLC-Test entsprechende Entscheidungspraxis ermöglicht. Zwar ist mit *Zimmer* zu konstatieren, dass der europäische Wortlautunterschied gegenüber dem US-amerikanischen Pendant zunächst eine eigenständige Entscheidungspraxis ermöglicht, die sich nicht an derjenigen der USA oder anderen an dem SLC-Test anknüpfender Länder orientiert¹²⁵, jedoch ist die europäische Praxis zum SIEC-Test gerade vor dem Hintergrund der Begrenzung in Erwägungsgrund 25 VO 139/2004/EG erfolgt. Auch wenn man diese Begrenzung als systematisch schwach qualifizieren mag¹²⁶, so ist jedoch die Signalwirkung einer bewussten Abkehr von einer vergleichbaren Eingrenzung nicht zu unterschätzen. Hieraus ist nicht bereits zu folgern, dass das Bundeskartellamt *de lege ferenda* die „*Incipieny Doctrine*“ in der nationalen Fusionskontrolle anwenden wird, aber die Möglichkeit hierzu bestünde theoretisch. Gerade aus diesem Grund dürfte der Gesetzgeber bei seinem früheren Vorschlag der Umstellung von § 36 Abs. 1 GWB auf das SIEC-Kriterium eine Einschränkung bereits im Normwortlaut erwogen haben.¹²⁷ Aus Gründen der Rechtssicherheit dürfte auch im Rahmen der 8. GWB-Novelle eine entsprechende Begrenzung in der Norm oder zumindest – wenn auch dies nach einer in der Literatur vertreten Ansicht eine gewisse Rechtsunsicherheit bergen würde¹²⁸ – in der Gesetzesbegründung erforderlich sein.
- 44 Sollte eine entsprechende Beschränkung des SIEC-Tests weder im Normwortlaut noch in der Begründung vorgenommen werden, würde dies faktisch eine Erweiterung der Untersagungskompetenz des Bundeskartellamtes über eine angebliche Schutzlücke hinaus bedeuten. In diesem Fall wäre es jedoch wünschenswert „das Kind beim Namen zu nennen“ und auch nach dem Wortlaut unmittelbar an den SLC-Test anzuknüpfen, wobei zwecks – wünschenswerter – Anknüpfung an die bisherige Rechtsprechung zu § 36 Abs. 1 GWB der Marktbeherrschungstest auch so als Regelbeispiel angefügt werden könnte. Zu beachten ist jedoch dann, dass das Bundeskartellamt gegenüber der Kommission erweiterte Untersagungsmöglichkeiten hätte, ein Ergebnis, das mit einem Harmonisierungswillen schwer in Einklang zu bringen sein dürfte.
- 45 Wenn auch die Frage der genauen Implementierung des SIEC-Tests in § 36 Abs. 1 GWB ungeklärt ist, ergeben sich aus dem grundsätzlichen gesetzgeberischen Willen der Harmonisierung im Rahmen der 8. GWB-Novelle weitere Folgefragen, denen nachzugehen ist.

¹²⁵ *Zimmer*, ZWeR 2004, 249, 252. Vgl. ferner Fn. 51 m.w.N.

¹²⁶ Vgl. bereits Fn. 105.

¹²⁷ Vgl. zu diesem Vorschlag Fn. 15 und dort § 36 Abs. 1 S. 2 GWB-E.

¹²⁸ Vgl. hierzu Fn. 143.

III. BINDUNGSWIRKUNG DER EUROPÄISCHEN PRAXIS

46 Art. 21 Abs. 2 VO 139/2004/EG sieht vor, dass innerhalb seines Anwendungsbereiches allein das europäische Recht durch die Kommission Anwendung findet. Fällt ein Zusammenschluss nicht in die ausschließliche Zuständigkeit der Kommission, entscheidet das nationale Recht, ob es einen Zusammenschluss einer Kontrolle unterzieht und an welchen Maßstäben es diesen misst.¹²⁹ Auf diese Entscheidung nimmt das Unionsrecht auch keinen Einfluss. Bei der Anpassung der deutschen Fusionskontrolle an das europäische Vorbild handelt es sich daher um eine freiwillige Übernahme europäischer Regelungen ohne europäischen Harmonisierungsbefehl.¹³⁰ Die gegen ein solches Vorgehen teilweise vorgetragenen europarechtlichen¹³¹ und verfassungsrechtlichen Bedenken¹³², greifen *u.E.* im Ergebnis nicht durch. Doch obwohl es sich bei der 8. GWB-Novelle um nationales, d.h. nicht unionsrechtlich determiniertes Recht handelt, stellt sich die Frage, inwieweit das Unionsrecht, an das man sich nunmehr jedenfalls teilweise anpassen möchte – in der Folge Einfluss auf die Rechtsanwendung des GWB nimmt.¹³³

1. Gestaltungsspielraum des nationalen Gesetzgebers

47 Im Fall dieser autonomen Rechtsangleichung¹³⁴ liegt die Gestaltungsmacht in der Hand des nationalen Gesetzgebers. Bei der Fusionskontrolle greifen hier keine Automatismen, denn eine europarechtliche Verpflichtung zur einer unionsrechtskonformen Auslegung kann nur in dem Umfang gelten, in dem eine unmittelbar geltende Verordnung anzuwenden oder eine Richtlinie in ihrem Anwendungsbereich umzusetzen ist.¹³⁵ Die Harmonisierung des Fusionskontrollregimes ist *u.E.* insbesondere auch von dem Fall der überschießenden Umsetzung von Richtlinien zu unterscheiden, da der Aspekt einer einheitlichen Auslegung verschiedener Sachverhalte vorliegend nicht zu berücksichtigen ist.

¹²⁹ Zur Vielfalt nationaler Fusionskontrollregimes vgl. bereits Fn. 12ff.

¹³⁰ So auch *Koch*, WuW 2006, 710f.

¹³¹ Vgl. *Schnorbus*, RabelsZ 2001, 654, 670, der gleichfalls kaum „außergewöhnliche Probleme“ sieht. Insbesondere sieht er keine Ausschließlichkeit der Bestimmungen des Primär- und Sekundärrechts, vgl. *ibid.* S. 671. Es sei daher am europäischen Gesetzgeber selber, der autonomen Harmonisierung Grenzen zu setzen, *ibid.* S. 673.

¹³² Vgl. *Habersack/Mayer*, JZ 1999, 913, 920. Diese gehen davon aus, dass die autonome Schaffung „europäisierten Rechts“ über die Vorgaben des europäischen Rechts hinaus nicht möglich ist, da in diesem Fall ein Konflikt zwischen Art. 23 Abs. 1 GG und der nur eingeschränkten Kontrolle europäischen Rechts mit dem Vorbehalt der Verfassungsmäßigkeit in Fällen rein nationalen Rechts entsteht. Zwar ist ihnen zuzugeben, dass nationales Recht sich an den Maßstäben des Grundgesetzes messen lassen muss, so auch *Schnorbus*, RabelsZ 2001, 654, 675 und Fn. 77f.; allerdings hindert dieser Vorbehalt die Zulässigkeit autonomer Harmonisierung nicht, denn die Anpassung betrifft lediglich die Gesetzesinhalte, nicht aber die Qualität der Regelungen als nationales Gesetz. Ein Hinderungsgrund läge nach *u.E.* lediglich in dem Fall vor, in dem eine unionsrechtliche Pflicht zur unionsrechtskonformen Auslegung bestünde. Eine solche besteht jedoch nicht. Vgl. auch unter 3.2.1.

Insbesondere liegt im vorliegenden Fall auch kein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG vor, da im Fall eines einheitlich anwendbaren Gesetzes alle ihm unterfallenden Sachverhalte gleich behandelt werden, so auch *Immenga/Mestmäcker*, in *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 4. Auflage 2007, Einleitung, Rn. 90.

¹³³ Ein Beispiel für eine solche Einflussnahme ist die bereits erfolgte Harmonisierung im Bereich des Kartellverbotes. Art. 3 VO 1/2003/EG regelt, dass Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen jedenfalls auch anhand des Unionsrechts zu beurteilen sind. Zwar kann das nationale Kartellrecht daneben weiterhin parallel zur Anwendung gebracht werden, es darf jedoch zu keinem anderen Ergebnis kommen, als die Anwendung des Unionsrechts, vgl. Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003/EG. Dieser parallelen Anwendung wurde im Rahmen der 7. GWB-Novelle durch die Angleichung des deutschen an das europäische Recht Rechnung getragen. Diese Angleichung berücksichtigt auch der BGH in seiner Rechtsprechung. Im der Entscheidung *Subunternehmervertrag II* stellte er fest, dass er auf seine frühere Rechtsprechung nicht zurückgreifen kann, da ihm die 7. GWB-Novelle hierfür die Grundlage entzieht. Vielmehr prüft er nun, ob die Abrede entsprechend der Rechtsprechung des Gerichtshofs ausnahmsweise nicht vom Verbot des Art. 101 AEUV erfasst war, vgl. BGH, Urt. v. 10.12.2008, KZR 54/08 – *Subunternehmervertrag II*, Rn. 15-17.

¹³⁴ Auch „Harmonisierung von unten“, vgl. umfassend zu Vor- und Nachteilen eines solchen Vorgehens, *Dreher*, WuW 1995, 881, 887ff.

¹³⁵ So auch *Schnorbus*, RabelsZ 2001, 654, 686 und *Lorenz*, in *MüKo BGB*, 5. Auflage 2008, Vor § 474 BGB Rn. 4 für den Fall der richtlinienkonformen Auslegung. Vgl. auch *Immenga/Mestmäcker*, in *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 4. Auflage 2007, Einleitung Rn. 90, die auch die Herleitung einer Pflicht der europarechtskonformen Auslegung aus dem Effektivitätsgebot ablehnen, da es sich bei der Gesetzesinterpretation nicht um eine Maßnahme handelte, „mit der die praktische Wirksamkeit der Wettbewerbsregeln unvereinbar sein könnte“.

- 48 In der Vergangenheit haben zahlreiche Mitgliedstaaten bei der Überarbeitung bzw. der erstmaligen Schaffung ihrer Kartellgesetze das europäische Modell in einem unterschiedlichen Umfang als Vorbild für ihre nationalen Regelungen genutzt.¹³⁶ Einige Staaten gehen dabei soweit, in den Gesetzen selbst das Gebot, die nationalen Regelungen in Übereinstimmung mit den unionsrechtlichen Grundsätzen auszulegen, festzuschreiben.¹³⁷ Diese Lösung wurde für Deutschland im Rahmen der Beratungen um die 7. GWB-Novelle allerdings verworfen, da es sich aus Sicht des Bundesrates um eine „methodische Selbstverständlichkeit“ handelte, das angepasste nationale Kartellgesetz „im Lichte eben dieser europäischen Regeln auszulegen“.¹³⁸
- 49 Mangels einer solch expliziten Regelung ist im Rahmen der Auslegung des Gesetzes zu prüfen, in welchem Umfang der Gesetzgeber die Angleichung gestalten will.¹³⁹ Es ist keineswegs zwingend, dass eine Übernahme europäischen Rechts auch einen generellen Rückgriff auf die Anwendungspraxis und Auslegung desselben durch die europäischen Organe beinhalten soll. Dies zeigt der Fall der Gesetzesbegründung zum Umwandlungsgesetz. In diesem Fall griff der Gesetzgeber zu einer überschießenden Umsetzung der ursprünglich nur für die Aktiengesellschaft geltenden Richtlinien und regelte die Sachverhalte unabhängig von den verschiedenen Rechtsformen, hielt aber in der Gesetzesbegründung fest, dass die Regelungen für andere Gesellschaftsformen als die Aktiengesellschaft nur, „soweit nicht die unterschiedlichen Strukturen dieser Rechtsträger andere Lösungen,(...) erforderlich machen oder zweckmäßig erscheinen lassen“, in gleicher Weise ausgelegt werden sollen.¹⁴⁰
- 50 Diese Entscheidung kann der Gesetzgeber durch die entsprechende normative Ausgestaltung oder eine Vorgabe innerhalb der Gesetzesbegründung treffen, denn sowohl das Bundeskartellamt als anwendende Behörde, wie auch die deutschen Gerichte, sind zum Handeln im Rahmen der Gesetze verpflichtet

¹³⁶ Vgl. die Darstellung in Fn. 12 ff.

¹³⁷ *Immenga/Mestmäcker* in Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Auflage 2007, Einl. Rn. 82, so z.B. Art. 1 Abs. 4 des italienischen Kartellgesetzes, Gesetz Nr. 287 vom 10.10.1990, der vorgibt, dass „die Auslegung der in diesem Titel enthaltenen Rechtsvorschriften (...) nach den Grundsätzen des Wettbewerbs der Europäischen Gemeinschaften (erfolgt)“ und auch für die Vorschriften über die Fusionskontrolle gilt oder Sec. 60 Competition Act 1998, der sicherstellen soll, dass „so far as is possible (having regard to any relevant differences between the provisions concerned), questions arising under this Part in relation to competition within the United Kingdom are dealt with in a manner which is consistent with the treatment of corresponding questions arising in Community law in relation to competition within the Community“.

¹³⁸ BT-Drs. 15/3640, S. 75. Ein solches Vorgehen seitens des Gesetzgebers wurde in Deutschland im Rahmen der 7. GWB-Novelle diskutiert. Im Gesetzesentwurf sah § 23 GWB-E unter der Überschrift „Europafreundliche Anwendung“ vor, dass „die Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts (...) bei der Anwendung der §§ 1 bis 4 und 19 maßgeblich zugrunde zu legen (sind), soweit hierzu nicht in diesem Gesetz besondere Regelungen enthalten (...)“. Die Bundesregierung wollte durch diese „Anwendungsregel“ sicherstellen, dass sich „die Auslegung der gesetzlichen Regelungen des europäischen Wettbewerbsrechts nach den gleichen Maßstäben richtet, wie (...) im europäischen Wettbewerbsrecht“, ohne dass dabei eine „unmittelbare normative Bindung an die Entscheidungspraxis der europäischen Institutionen“ begründet werde, vgl. BT-Drs. 15/3640, S. 32. Für eine solche Einführung auch *Säcker*, WuW 2004, 1038, 1040, der darauf hinweist, dass damit im Fall einer Verweisung gem. Art. 9 Abs. 1 VO 139/2004/EG durch die Kommission, die Gleichheit der zur Anwendung kommenden Prüfungsstandards sichergestellt würde. Darüber hinaus sei ein „Wettbewerb um das beste Rechtssystem“ nicht mehr erforderlich. Ein schärferes Untersanktionskriterium auf nationaler Ebene sei angesichts der für diese verbleibende „Provinzfälle“ nicht plausibel.

Der Vorschlag zur Einführung des § 23 GWB-E wurde im Vermittlungsausschuss allerdings unter Rückgriff auf eine in sich nicht widerspruchsfreie Begründung gestrichen. Obgleich als „methodische Selbstverständlichkeit“ bezeichnet, war man im Bundesrat der Ansicht, dass die Bindung aufgrund des Vorrangs des europäischen Wettbewerbsrechts ausreichend sei, so dass eine ausdrückliche maßgebliche Bindung der Rechtsanwender an die Grundsätze des europäischen Rechts in diesem Punkt entbehrlich sei, vgl. BT-Drs. 15/3640, S. 74. Denn eine solche Bindung umfasse nicht nur „einschlägigen normativen Regelungen (...), sondern auch die ständige Spruchpraxis der europäischen Gerichte und die gefestigte Verwaltungspraxis der Europäischen Kommission (...) die sich u.a. in deren umfangreichen Bekanntmachungen und Leitlinien wieder findet“. Angesichts dieser „Fülle der zu berücksichtigenden Grundsätze“ fürchtete der Bundesrat, dass der geplante § 23 GWB-E zu „einem übermäßigen Verwaltungsaufwand führen (werde), der die Arbeitseffektivität deutlich einschränkt(e) und letztlich zu mehr Rechtsunsicherheit führe (...)“, vgl. BT-Drs. 15/3640, S. 74f. Gegen die Einführung des § 23 GWB-E auch *Dreher*, WuW 2005, 251.

¹³⁹ So auch *Habersack/Mayer*, JZ 1999, 913, 914 und *Schnorbus*, *RebelsZ* 2001, 654, 677. Der maßgebliche Regelungsplan des Gesetzgebers sei dabei anhand der Entstehungsgeschichte, der Gesetzesbegründung, der Systematik und des Sinns des Gesetzes zu ermitteln. Von einer beabsichtigten „gleichförmigen Anwendung europäischen und nationalen Rechts“ könne ausgegangen werden, wenn ganze Tatbestände und Rechtsbegriffe kongruent dem europäischen Recht nachgebildet werden.“

¹⁴⁰ BT-Drs. 12/6699, S. 81, *Schnorbus*, *RebelsZ* 2001, 654, 677.

(Art. 20 Abs. 3, 2. Hs. GG, Art. 97 Abs. 1 GG). Bewegt sich das Bundeskartellamt außerhalb der ihm gesetzlich zugebilligten Entscheidungsspielräume, sind dessen Entscheidungen gerichtlich angreifbar. Die Bindung des Richters an das Gesetz bedeutet allerdings nicht zugleich die „Bindung an dessen Buchstaben mit dem Zwang zur wörtlichen Auslegung, sondern Gebundensein an Sinn und Zweck des Gesetzes“.¹⁴¹ Die Auslegung des Gesetzes ist daher Bestandteil der dem Richter gesetzlich zugewiesenen Rechtsprechungsfunktion, bedeutet jedoch nicht, dass der Richter in seiner Auslegung frei ist.¹⁴² Dem Gesetzgeber steht in diesem Rahmen offen, in der Gesetzesbegründung klarzustellen, dass die erlassenen Regelungen der umfassenden Anpassung an das europäische Recht dienen. Eine solche Begründung wäre durch Behörden und insbesondere durch die Gerichte aufgrund der tradierten Auslegungsmethoden bis zur Grenze des Wortlautes zu berücksichtigen und kann daher als „Garant der Harmonisierung“ beschlossen werden.¹⁴³

51 Fraglich ist, ob eine bloße Übernahme des Wortlauts des Art. 2 Abs. 3 VO 139/2004/EG eine Vollharmonisierung bewirken kann, ohne dass darüber hinaus seitens des Gesetzgebers Vorgaben dahingehend gemacht werden müssen. Solche Vorgaben lassen sich jedoch auch mittelbar im Wege der Auslegung ableiten.¹⁴⁴ Vorliegend ist bei einer Einschätzung insbesondere zu beachten, dass es sich bei dem SIEC-Test um das Ergebnis eines politischen Kompromisses handelt, der allein für die Europäische Union Geltung hat, nicht aber um ein eigenständiges ökonomisches Kriterium.¹⁴⁵ In diesem Fall kann daher bereits eine Übernahme des Wortlautes *u.E.* nur den Schluss erlauben, dass der Gesetzgeber einen Gleichklang mit dem Regime herstellen will, dem das GWB nunmehr nachgebildet wird.¹⁴⁶ Selbst wenn die kommende deutsche Regelung vereinzelte Abweichungen im Wortlaut enthalten sollte, lässt sich der Anpassungswille bereits jetzt aus weiteren Materialien des Gesetzgebungsprozesses entnehmen.¹⁴⁷

2. Vorlagerecht oder Vorlagepflicht

52 Geht man von der Annahme aus, dass seitens des Gesetzgebers eine Orientierung am europäischen Recht und eine Auslegung im Gleichklang mit diesem gewünscht ist, dann stellt sich in der Folge die

¹⁴¹ Hillgruber, in Maunz/Dürig, Grundgesetz, 61. EGL 2011, Art. 97 Rn. 55.

¹⁴² Hillgruber, in Maunz/Dürig, Grundgesetz, 61. EGL 2011, Art. 97 Rn. 56.; BVerfG, Beschl. v. 30.03.1993, Az. 1 BvR 1045/89 u.a., NJW 1993, 2861, 2863. Sie sind bei der Wahrnehmung ihrer Aufgabe an den Wortlaut und im Rahmen der anwendbaren Auslegungsmethoden an die Vorgaben des Gesetzgebers gebunden. Ausgangspunkt einer jeden Gesetzesauslegung ist der Wortlaut der Norm. Im Fall einer wörtlichen Übernahme der europäischen Regelungen wäre dies eine erste Steuerungsmöglichkeit im Hinblick auf die Auslegung durch die Gerichte. Daneben kommen die weiteren anerkannten Auslegungsmethoden zum Tragen, nämlich die grammatikalische, historische und systematische Auslegung. Besondere Bedeutung wird der teleologischen Auslegung zugewiesen. Diese fragt nach dem Willen des Gesetzgebers, der innerhalb der Wortlautgrenze der Norm zum Tragen gebracht werden soll, vgl. Hillgruber, in Maunz/Dürig, Grundgesetz, 61. EGL 2011, Art. 97 Rn. 57.

¹⁴³ Anders Nettesheim, in Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 40. Auflage 2009, Art. 249 EGV Rn. 151 unter Betonung, dass das gesetzgeberische „Anliegen, Rechtseinheit zwischen den europarechtlich determinierten Sachbereichen und den Bereichen der überschießenden Richtlinienumsetzung herzustellen, [...] lediglich ein Begründungsaspekt unter mehreren [ist].“ Als subjektive Vorstellung des Gesetzgebers sei ein solcher Wille für die Gerichte unverbindlich, wenn dieser sich nicht in einem normativen Gebot niedergeschlagen habe. Auslegungsdivergenzen bedeuteten weder einen Verstoß gegen Art. 3 GG, noch gegen das Rechtsstaatsprinzip. Skeptisch auch Bundeskartellamt, Marktbeherrschungs- und SIEC-Test – Eine Bestandsaufnahme, Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht, 24.09.2004, S. 16, „ob sich durch Erläuterungen in der Gesetzesbegründung eine belastbare Klarstellung erreichen ließe, erscheint allerdings zumindest offen, denn auf der Grundlage von Wortlaut, Systematik sowie Sinn und Zweck bleibt eine von der Gesetzesbegründung abweichende Auslegung durchaus möglich“.

¹⁴⁴ Büdenbender, ZEuP 2004, 36, 49.

¹⁴⁵ Vgl. die Ausführungen unter II.1.c).

¹⁴⁶ Anders wäre dies bei einer Übernahme des SLC Kriteriums. Dieses ist als eigenständiges ökonomisches Kriterium unabhängig von dem Recht eines Staates, so dass keine automatische Harmonisierung bewirkt würde, vgl. oben II.1.a).

¹⁴⁷ Vgl. Fn. 9. Vgl. demgegenüber auf den Einfluss eines abweichenden Wortlautes hinweisend, Bundeskartellamt, Marktbeherrschungs- und SIEC-Test – Eine Bestandsaufnahme, Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht, 24.09.2004, S.16, das anregt, über einen abweichenden Wortlaut von § 36 GWB nachzudenken, der Abweichungen von der auf Unionsebene vorgenommenen Auslegung ermöglicht, sodass eine eigenständige deutsche Fusionskontrolle erleichtert und die Auslegungshoheit des BGH erhalten bleibt. Gleichzeitig befürchtet das Bundeskartellamt im Fall eines solchen Vorgehens jedoch Nachteile für die Rechtssicherheit, da das europäische Vorbild als Referenzrahmen dann gänzlich entfalle.

Frage, ob dem Bundeskartellamt und den Gerichten diesbezüglich eine eigene Auslegungshoheit zukommt, oder diese – aufgrund des Bedürfnisses der einheitlichen Auslegung europäischen Rechts – auch in den Fällen autonom harmonisierten nationalen Rechts allein dem Gerichtshof zukommt. Während grundsätzlich eine Bindung nationaler Behörden und Gerichte an die Leitlinien und Bekanntmachungen der Kommission auch seitens der Kommission selbst nicht angenommen wird¹⁴⁸, ist die Einschätzung im Fall der Kooperation zwischen nationalen und den europäischen Gerichten komplizierter, denn die Einbeziehung der europäischen Gerichte ist nur im Rahmen der vertraglich vorgesehen Rechtsmittelverfahren möglich. Ausgangspunkt der Prüfung ist daher ein Vorlageverfahren nach Art. 267 AEUV als alleinige Möglichkeit der nationalen Gerichte zur Kooperation mit dem Gerichtshof.

53 Art. 267 AEUV regelt in Absatz 2 die Möglichkeit und in Absatz 3 die Verpflichtung eines nationalen Gerichts, eine Auslegungsfrage i.S.d. Absatz 1 an den Gerichtshof zu richten. Gegenstand der Frage ist also entweder die Auslegung des Vertrages oder die Gültigkeit und die Auslegung der Handlungen der Organe der Union, also des Sekundärrechts. Das nationale Gericht könnte daher lediglich Fragen zur Auslegung der VO 139/2004/EG stellen. Nationale Normen, egal ob zur Umsetzung einer Richtlinie oder autonom erlassen, können nicht selbst Gegenstand einer Vorlage sein.¹⁴⁹ Zunächst ist jedoch zu prüfen, welchen Ursprungs ein solches Vorlagerecht, ggf. mit der einhergehenden Vorlagepflicht, ist.

3. Europarechtlicher oder nationaler Ursprung der Vorlage?

54 Die Vorlagepflicht des Art. 267 AEUV wird durch die Pflicht zur Unionstreue aus Art. 4 Abs. 3 EUV begründet.¹⁵⁰ Diese greift jedoch nicht für den Fall der Regelung rein innerstaatlicher Sachverhalte, denn diesbezüglich kann der Gesetzgeber eine gesplante Auslegung vorsehen, ohne dass sich daraus ein Verstoß gegen Unionsrecht ergibt.¹⁵¹ Wenn aber schon eine europäische Pflicht zur Übernahme der Aus-

¹⁴⁸ Bei den Leitlinien und Bekanntmachungen der Kommission handelt es sich nicht um bindendes sekundäres Unionsrecht. Sie sollen den betroffenen Unternehmen Orientierung bieten und geben lediglich die Auffassung der Kommission betreffend die Anwendung und Auslegung der jeweiligen Rechtsvorschriften wieder, vgl. *Heckenberger*, in *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, Europäisches und Deutsches Kartellrecht, 2. Auflage 2009, Anhang Art. 81 EG Rn 25f. Bereits auf Unionsebene binden die Leitlinien die europäischen Gerichte nicht. Auch nationale Kartellbehörden und Gerichte werden durch die Leitlinien nicht gebunden, vgl. dazu *Immenga/Mestmäcker*, in *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 4. Auflage 2007, Einleitung Rn. 87 sowie die Kommission selbst, Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG Vertrag, ABl. 2004, C 101/08, Rn. 4 und Kommission, Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der EU Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Artikel 81 und 82 des Vertrages, ABl. 2004, C 101/54 Rn. 8 und 19. So auch *Pohlmann*, WuW 2005, 1005f., die für den Fall der VO 1/2003/EG feststellt, dass im Fall einer „solch umfassenden Ausgestaltung der Loyalitätspflicht (d.h. wie im Fall der Regelungen in der VO 1/2003/EG) (...) es nicht möglich (ist), eine weit darüber hinausgehende Pflicht i.S. einer generell-abstrakten Bindung an die Kommissionsbekanntmachungen aus der allgemeinen Vorschrift des Art. 10 EG (nunmehr Art. 4 Abs. 3 EUV) herzuleiten“. A.A. im Hinblick auf eine jedenfalls „faktische“ Bindung aus Art. 10 Abs. 2 EG, *Geiger*, EuZW 2005, 325. Darüber hinausgehend *Schweda*, WuW 2004, 1133ff., der eine Bindung aus der Pflicht zur Unionstreue nach Art. 4 Abs. 3 EUV annimmt.

¹⁴⁹ Vgl. *Gaitanides* in von der Groeben/Schwarze, EU/EG Vertrag, 6. Auflage 2003, Art. 234 Rn. 27; *Wegener*, in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 4. Auflage 2011, Art. 267 AEUV Rn. 3.

¹⁵⁰ Zur Unionstreue nach dem Lissabon-Vertrag statt vieler *Müller-Graff*, ZHR 2009, 443, 449. Hierzu aus jüngerer Zeit instruktiv auch EuGH, Urt. v. 22.11.2007, Rs. C-446/05 – *Doulamis*, Rn. 19f.

¹⁵¹ Ebenso *Bunte*, in *Langen/Bunte*, Deutsches Kartellrecht, 11. Auflage 2010, Einführung zum GWB Rn. 74 betreffend die Auslegung von § 1 GWB; *Nettesheim*, in *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union, 40. Auflage 2009, Art. 249 EGV Rn. 151 und *Büdenbender*, ZEuP 2004, 36, 47. Auch das Prinzip des *effet utile* sei hier nicht betroffen, da das deutsche Recht die Wirksamkeit europäischen Rechts nicht beeinträchtigen kann. Auf die Diskussion, ob nicht die überschießende Umsetzung von Richtlinien auch in dem Überschussbereich wegen des Erfordernisses einer einheitlichen Auslegung Vorlagepflichten auslöst, kommt es vorliegend nicht an, denn das Tätigwerden des nationalen Gesetzgebers erfolgt gerade ohne jede europäische Verpflichtung. So insbesondere auch EuGH, Urt. v. 16. 07.1998, Rs.C-264/96 – *Imperial Chemical Industries plc/Kenneth Hall Colmer (HM Inspector of Taxes)*, Rn. 34, „Betrifft der Rechtsstreit vor dem nationalen Gericht also einen Sachverhalt, der nicht in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fällt, so ist dieses Gericht nach dem Gemeinschaftsrecht weder verpflichtet, seine Rechtsvorschriften gemeinschaftsrechtskonform auszulegen, noch, sie unangewendet zu lassen.“. Allerdings fordert der Gerichtshof das für die gesplante Anwendung zuständige Organ auf, im Fall einer solchen die daraus resultierende Rechtsunsicherheit zu beseitigen, soweit diese die sich aus Gemeinschaftsvorschriften ergebenden Rechte beeinträchtigen könnte.

legungspraxis nicht besteht¹⁵², kann auch keine unionsrechtliche Pflicht zur Vorlage einer Auslegungsfrage angenommen werden.¹⁵³ Die Grenzen, die der nationale Gesetzgeber der Anwendung des Unionsrechts auf rein innerstaatliche Sachverhalte setzen möchte, bestimmt allein das nationale Recht, so dass dafür ausschließlich die Gerichte des Mitgliedsstaates zuständig sind.¹⁵⁴ Mit der autonomen Harmonisierung begibt sich der Gesetzgeber bei einer entsprechend eigenständigen Ausgestaltung daher nicht zwangsläufig in eine Abhängigkeit von der europäischen Entwicklung, sondern behält die eigene Gestaltungsmöglichkeit. Im Rahmen seiner Gestaltungsmöglichkeit liegt dabei auch die Verpflichtung des Rechtsanwenders auf eine europarechtskonforme Auslegung, die jedoch nicht auf europäischem, sondern allein auf nationalem Recht beruht.¹⁵⁵

a) Die Möglichkeit einer national begründeten Vorlage

55 Die Stimmen in der Literatur nähern sich der Diskussion über das Bestehen eines Vorlagerechts bzw. einer Vorlagepflicht von verschiedenen Standpunkten, so werden teilweise europarechtliche Ausgangspunkte¹⁵⁶ gewählt. Entscheidend kann *u.E.* im Fall einer autonomen Harmonisierung jedoch nur ein nationaler Ansatz sein¹⁵⁷, denn nationale Gesetze werden durch die deutschen Gerichte angewendet und ausgelegt. Dies gilt umso mehr, als es sich im Fall der 8. GWB-Novelle nicht um eine überschießende Umsetzung einer Richtlinie handelt, sodass in der Folge auch keine einheitliche Auslegung zum Schutz ihrer effektiven Umsetzung erforderlich ist. Grundsätzlich sind vorliegend jedoch zwei Antworten auf die Frage nach einer Vorlage an den Gerichtshof möglich.

¹⁵² Vgl. hierzu die Ausführungen von *Schnorbus*, *RabelsZ* 2001, 654, 685f. m.w.N. So auch *Immenga/Mestmäcker* in *Immenga/Mestmäcker*, *GWB*, 4. Auflage 2007, Einleitung Rn. 90 und *Ruffert*, in *Calliess/Ruffert*, *EUV/AEU*, 4. Auflage 2011, Art. 288 AEUV Rn. 82f.

¹⁵³ So auch *Büdenbender*, *ZEuP* 2004, 36, 50; *Heinrichs*, in *Palandt*, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 70. Auflage 2011, Einl. Rn. 44 und *Glöckner*, in *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, *UWG*, 2. Auflage 2009, Teil B, Internationales und Europäisches Lauterkeitsrecht, Rn. 397. Differenzierend auch *Immenga/Mestmäcker*, in *Immenga/Mestmäcker*, *GWB*, 4. Auflage 2007, Einleitung Rn. 83, die eine zwingende Auslegungskompetenz des Gerichtshofs nur für den Fall der parallelen Anwendbarkeit des Unions- und des nationalen Rechts annehmen.

¹⁵⁴ EuGH, Urt. v. 17. Juni 1997, Rs. C-28/95 – *Leur-Blom*, Rn. 33. Der Gerichtshof stellt darüber hinaus diesbezüglich in seinen Entscheidungen klar, dass er nicht zur Prüfung der „Umstände (verpflichtet ist), die die nationalen Gerichte veranlasst haben, ihm die Fragen vorzulegen, und unter denen sie die gemeinschaftsrechtliche Bestimmung, um deren Auslegung sie ersucht haben, anzuwenden beabsichtigen“, vgl. EuGH, Urt. v. 18.10.1990, Rs. C-297/88, C-197/89 – *Dzodzi*, Rn. 39. So auch EuGH, Urt. v. 17.07.1997, Rs. C-28/95 – *Leur-Blom*, Rn. 24.

¹⁵⁵ Vgl. *Ruffert*, in *Calliess/Ruffert*, *EUV/AEU*, 4. Auflage 2011, Art. 288 AEUV Rn. 83 für den Fall der überschießenden Umsetzung von Richtlinien; *Büdenbender*, *ZEuP* 2004, 36, 48f., der eine solche Regelung auch für logisch hält. Denn „wer bereits europäisches Recht in rein nationales Recht ohne europarechtliche Vorgaben übernimmt, verhält sich konsistent, wenn dessen Auslegung am europäischen orientiert wird. Anderenfalls würde mit dem zweiten Schritt der Auslegung gleichfalls das Ergebnis teilweise korrigiert, das mit dem ersten Schritt einer Anpassung der nationalen Gesetzgebung an das europäische Recht jenseits europarechtlichen Zwangs gerade erreicht werden soll.“

¹⁵⁶ Argumente, die für eine unionsrechtlich begründete Pflicht zur europarechtskonformen Auslegung autonom harmonisierten Rechts vorgebracht werden können, nennt *Büdenbender*, *ZEuP* 2004, 36, 51f. Für eine Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV auch *Schnorbus*, *RabelsZ* 2001, 654, 699, soweit „eine für die nationale Gerichtsbarkeit bindende Koppelung des autonomen Rechts an Gemeinschaftsrecht oder angeglichenes Recht besteht“. Das Interesse des Gemeinschaftsrechts, dass aus dem Gemeinschaftsrecht übernommene Bestimmungen oder Begriffe einheitlich ausgelegt werden, verpflichte die Gerichte die Übereinstimmung mitgliedstaatlichen Rechts mit dem Gemeinschaftsrecht durch die Vorlage an den Gerichtshof zu gewährleisten, *ibid.* 699f. Ebenso *Krebs*, in *MüKo HGB*, 3. Auflage 2010, § 15 HGB Rn. 4, allerdings bezogen auf den Fall der richtlinienkonformen Umsetzung. Darüber hinaus auch *Säcker*, *WuW* 2010, 370, Fn. 32, der allerdings die Feststellung, dass „keine (Willkür-)Freiheit des nationalen Höchstgerichts besteht, vorzulegen oder nicht, sondern dass eine Vorlagepflicht besteht, wenn das Höchstgericht von der Auslegung des EuGH abweichen will“, lediglich aus der Tatsache herzuleiten scheint, dass der Gerichtshof seine Zuständigkeit annimmt, um künftige Auslegungsdivergenzen zu vermeiden.

¹⁵⁷ Vgl. hierzu die Nachweise unten in Fn. 158, 162, 164.

aa) Keine Vorlagemöglichkeit aus nationalem Recht

- 56 Bei dem Verfahren nach Art. 267 AEUV handelt es sich um die unionsrechtliche Eröffnung des europäischen Rechtsweges. Zum einen ist fraglich, ob der nationale Gesetzgeber über diese Eröffnung überhaupt disponieren kann.¹⁵⁸ Zum anderen ist darüber hinaus zu beachten, dass das Grundgesetz dem Gesetzgeber einen umfassenden Rahmen vorgibt. Seine Entscheidung für eine Harmonisierung muss er daher mit Mitteln des nationalen Rechts lösen, also innerhalb des bestehenden Instanzenzuges.
- 57 Im Ergebnis hat der Harmonisierungswille des Gesetzgebers eine – einer Verweisung vergleichbare – Wirkung, ohne dass es sich bei hierbei gesetzestechisch um eine dynamische Verweisung handelt. Ausgangspunkt ist ausschließlich der Normwortlaut. Dieser enthält jedoch nicht eine Verweisung auf Art. 2 Abs. 3 VO 139/2004/EG, sondern gibt das neu eingeführte Untersagungskriterium – im deutlichsten Fall mit identischem Wortlaut – wieder. Lediglich im Wege der Auslegung ist auf den jeweiligen Status Quo des Unionsrechts zurückzugreifen.¹⁵⁹ Dem Rechtsanwender wird vorgegeben, das europäische Recht in seiner aktuellen Anwendungspraxis zu berücksichtigen. Diese Berücksichtigung ändert jedoch nichts an der Verpflichtung des Richters, über die Anwendung des deutschen und die Berücksichtigung des europäischen Rechts selbst zu entscheiden. Er kann die Aufgabe, europäisches Recht bei der Anwendung des nationalen Rechts zu beachten, nicht durch eine Vorlage an den Gerichtshof an diesen abgeben. Die Tatsache, dass er bei in der europäischen Praxis noch unentschiedenen Fragen für das deutsche Recht eine Lösung finden muss, die den europäischen Rechtsgedanken möglichst gut entspricht, führt nicht zur Unzulässigkeit einer Entscheidung gem. Art. 20 Abs. 3 2. Hs. GG bzw. zu der Notwendigkeit sich an den Gerichtshof zu wenden. Denn nicht der verfahrensrechtliche Rahmen muss sich an den Willen des Gesetzgebers im Hinblick auf die Auslegung eines Gesetzes anpassen, sondern der Wille des Gesetzgebers wird innerhalb des von ihm geschaffen verfahrensrechtlichen Rahmens verwirklicht. Einen solchen Rahmen geben die Verfahrensordnungen vor.
- 58 Dies zeigt auch das Beispiel des mit einer ihm unbekanntem Frage konfrontierten Gerichts, das entscheidet, bevor eine im Ergebnis anderslautende Entscheidung des Gerichtshofes zu demselben Auslegungsproblem in anderer Sache ergeht. Zwar müssen die deutschen Gerichte diese Entscheidung in ihrer zukünftigen Praxis beachten, die Entscheidung des Gerichtshofs macht das deutsche Urteil jedoch nicht zu einem „Fehlurteil“, da keine bestehende Praxis missachtet werden konnte. Selbst wenn man so weit

¹⁵⁸ So lehnen *Habersack/Mayer*, JZ 1999, 913, 920 die Möglichkeit der Vorlage zum Gerichtshof bereits deswegen ab, weil es dem Gesetzgeber verwehrt ist, eine „über die Vorgaben des europäischen Rechts hinausgehende, unbedingte und unmittelbare Verweisung auf das europäische oder angegliche Recht vorzunehmen und dadurch die Voraussetzungen, unter denen nach Ansicht des Gerichtshofs das Vorabentscheidungsverfahren eröffnet ist, selbst zu schaffen.“ Darüber bedürfe eine Tätigkeit des Gerichtshofs seiner Legitimation als „gesetzlicher Richter“, was wiederum eine gesetzliche Regelung und nicht lediglich den Beschluss eines Gerichts voraussetze. A.A. diesbezüglich *Schnorbus*, *RabelsZ* 2001, 654, 701. Die Vorlagebefugnis ablehnend auch *Grigoleit/Herresthal*, JZ 2003, 118, 119; *Büdenbender*, *ZEuP* 2004, 36, 58.

¹⁵⁹ Selbst wenn der Gesetzgeber ein Vorgehen im Wege einer Verweisung gewählt hätte, griffen Bedenken gegen die unmittelbare Einbeziehung späterer Rechtsänderungen auf europäischer Ebene nicht durch. Geltend gemacht werden verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf das Rechtsstaats- und Bestimmtheitsprinzip gem. Art. 20 Abs. 3 GG und das Demokratieprinzip. Der Gesetzgeber gibt im Fall der „Vorgabe“ einer Harmonisierung im Wege der Auslegung keine Gesetzgebungskompetenzen aus der Hand. Er kann vielmehr durch eine Regelungsänderung jederzeit einen anderen gesetzgeberischen Willen bilden.

Darüber hinaus ist eine dynamische Verweisung zulässig, wenn „sie hinreichend klar erkennen [lässt], welche – ihrerseits klaren und bestimmten Normen – im Einzelnen gelten sollen, und wenn dem Bürger insgesamt die Rechtslage hinreichend klar sein kann“, vgl. *Grzeszick*, in *Maunz/Düring*, Grundgesetz, 61. EGL 2011, Art. 20 Rn. 55. Eine Verweisung auf geltendes europäisches Recht wird in der Literatur grundsätzlich für zulässig erachtet, vgl. *Schnorbus*, *RabelsZ* 2001, 654, 674 m.w.N. Beispielfähig für eine Verwendung dynamischer Verweisungen im Kartellrecht *Fuchs*, in *Immenga/Mestmäcker*, *GWB*, 4. Auflage 2007, § 2 Rn. 226f.

Anders offenbar *Mayer/Schürnbrand*, JZ 2004, 545, 550, die für den Fall einer überschießenden Umsetzung von Richtlinien nicht von einer dynamischen Verweisung ausgehen. Verwiesen werde nicht „auf den im Zeitpunkt der Umsetzung verbindlichen Text der Richtlinie, sondern auf den im Zeitpunkt der Umsetzung verbindlichen Text in der jeweiligen Auslegung des Gerichtshofs. Allerdings ist ein Vorgehen im Wege einer statischen Verweisung abzulehnen, da dies dem Harmonisierungsgedanken widerspricht, führte es doch dazu, dass europäisches und nationales Recht sich wieder auseinander entwickeln können.

gehen möchte und dem Gericht ein fehlerhaftes Verständnis der europäischen Praxis unterstellt, sieht die nationale Rechtsordnung eine Lösung für dieses Problem vor: Den Parteien steht der Instanzenzug offen.¹⁶⁰ Für Fälle, die im Bereich autonom harmonisierten Rechts angesiedelt sind, kann hier nichts anderes gelten, als für Fälle, die in den Anwendungsbereich „herkömmlicher“ nationaler Gesetze fallen.¹⁶¹ Auch hier haben eine Gesetzesänderung oder die Änderung höchstrichterlicher Rechtsprechung regelmäßig keinen Einfluss auf vor diesem Zeitpunkt ergangene, inhaltlich entgegengesetzt gefällte Urteile.

bb) National bedingte Vorlagepflicht

59 In der Literatur wird vielfach ein Vorlagerecht der nationalen Gerichte im Fall einer autonomen Harmonisierung angenommen.¹⁶² Zur Begründung wird vielfach auf europarechtliche Ansätze bzw. die Rechtsprechung des Gerichtshofs zurückgegriffen. Überzeugen könnte *u.E.* auch hier allenfalls ein nationaler Ansatz nach Art. 20 Abs. 3 2. Hs. GG, denn dem gesetzgeberischen Willen könnte nur gefolgt werden, wenn ein Vorlagerecht sicherstellt, dass im Sinne des Europarechts gehandelt wird. Der Richter müsste in diesem Fall alles tun können, um Zweifelsfragen zu klären. Bei diesem Ansatz gilt es jedoch zu bedenken, dass es sich in diesem Fall zwar um eine Vorlagepflicht aus nationalem Recht handelt, die Voraussetzungen für eine Vorlageentscheidung des Gerichtshofs sich jedoch auch in dieser Konstellation nach Art. 267 AEUV richten, wenn auch – da es sich nicht um eine europarechtlich vorgeschriebene Vorlage handelt – Absatz 2 anstatt Absatz 3 zur Anwendung kommt.¹⁶³

60 Zwar prüft das nationale Gericht die Voraussetzungen für eine Vorlage eigenständig, ohne dass der Gerichtshof eine detaillierte Nachprüfung vornimmt, verändern kann es die Vorlagevoraussetzungen jedoch nicht. Das entscheidende Kriterium ist entsprechend dem Wortlaut des Art. 267 Abs. 2 AEUV, dass das nationale Gericht eine Entscheidung des Gerichtshofs für den Erlass eines Urteils für erforderlich hält. Kommt das nationale Gericht jedoch bei seinen Überlegungen zu der Überzeugung, dass die Entscheidung des Gerichtshofs erforderlich ist, dann kann es *u.E.* dem Willen des Gesetzgebers nur dergestalt Genüge tun, indem es einen Vorlagebeschluss erlässt. Art. 20 Abs. 3 2. Hs. GG räumt dem Richter in diesem konkreten Fall kein Entscheidungsermessen ein. Begründet man mit der Bindung der Rechtsprechung an Recht und Gesetz ein Vorlagerecht muss damit auch eine Vorlagepflicht einhergehen.¹⁶⁴

¹⁶⁰ Nach Ausschöpfung des Rechtsweg besteht darüber hinaus die Möglichkeit, im Rahmen der Urteilsverfassungsbeschwerde gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG den Verstoß des letztinstanzlichen Gerichts gegen Art. 20 Abs. 3 GG geltend zu machen. Hat die Urteilsverfassungsbeschwerde Erfolg, hebt das Bundesverfassungsgericht die Entscheidung auf und verweist die Sache an das zuständige Fachgericht zurück, § 95 Abs. 2 BVerfGG.

¹⁶¹ Dies stellt im Vergleich zur Situation der Annahme einer Vorlagemöglichkeit des nationalen Richters auch keine ungerechtfertigte Benachteiligung der Parteien dar. Im Fall „rein nationaler Gesetze“ hat der Richter auch keine Möglichkeit, externen Sachverstand zur Auslegung einer Vorschrift heranzuziehen. Man täte den deutschen Richtern darüber hinaus Unrecht, wenn man ihnen die Kompetenz abspräche, die europäische Entscheidungspraxis im Bereich der Fusionskontrolle nachzuvollziehen und entsprechend im nationalen Recht anzuwenden.

¹⁶² Glöckner, in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2. Auflage 2009, Teil B, Internationales und Europäisches Lauterkeitsrecht, Rn. 397 sowie Koch, WuW 2006, 710, 719, der die Frage ob darüber hinaus auch eine Vorlagepflicht besteht offen lässt und lediglich feststellt, dass der deutsche Gesetzgeber mit seiner Übernahme des Unions- in das deutsche Recht „zugleich eine Entscheidungszuständigkeit des EuGH im Bereich des deutschen Kartellrechts eröffnet“ hat.

¹⁶³ Denn eine europarechtliche Vorlagepflicht liegt wie oben bereits dargelegt gerade nicht vor. Vgl. 3.2.1 und Fn. 153.

¹⁶⁴ Aus der nationalen Entscheidung für die Übernahme von Unionsrecht in die nationale Rechtsordnung folgert auch Wegener, in Calliess/Ruffert, 4. Auflage 2011, Art. 267 AEUV Rn. 4, die Pflicht der obersten nationalen Gerichte zur Vorlage entsprechender Auslegungsfragen. So auch BGH, Urt. v. 9.04.2002, Az. XI ZR 91/99 – Heininger, der aus der „durch das deutsche Recht geforderten Gleichbehandlung der verschiedenen Haustürsituationen das Erfordernis der richtlinienkonformen Auslegung ableitete und dem Gerichtshof Auslegungsfragen in einem - nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallenden – Fall vorlegte; und Hess, RabelsZ 2002, 470, 486 ff.

b) Stellungnahme

- 61 Für beide vorgestellten Möglichkeiten lassen sich verschiedene Argumente vorbringen. Auf den ersten Blick scheint es natürlich, den Gerichtshof bei Zweifelsfragen hinzuzuziehen. Insbesondere können Befürworter einer Vorlagemöglichkeit auf die Entscheidungspraxis des Gerichtshofs verweisen, denn dieser hatte in der Vergangenheit bereits mehrfach die Gelegenheit, sich mittelbar zu national harmonisiertem Recht bzw. dem Vorgang der Harmonisierung zu äußern.¹⁶⁵
- 62 Der Gerichtshof nimmt seine Zuständigkeit grundsätzlich großzügig an. Zum einen ergebe sich weder aus dem Wortlaut, noch aus dem Sinn und Zweck der Verträge ein Ausschluss des Vorlageverfahrens im Fall der Verweisung nationalen Rechts auf Unionsrecht, und zum anderen bestehe „im Gegenteil für die Gemeinschaftsrechtsordnung ein offensichtliches Interesse daran, dass jede Bestimmung des Gemeinschaftsrecht unabhängig davon, unter welchen Voraussetzungen sie angewandt werden soll, eine einheitliche Auslegung erhält, damit künftige unterschiedliche Auslegungen verhindert werden.“¹⁶⁶
- 63 Der Gerichtshof bejaht seine Zuständigkeit insbesondere nicht nur in den Fällen, in denen eine in der nationalen Norm enthaltene explizite Verweisung europäisches Recht für anwendbar erklärt¹⁶⁷, sondern auch im Fall einer nicht unmittelbaren Regelung, bei der der Gesetzgeber beschließt, innerstaatliche sowie solche Sachverhalte, die unmittelbar von der Richtlinie erfasst sind, gleich zu behandeln.¹⁶⁸ Angesichts der Rechtsprechungspraxis ist *u.E.* auch davon auszugehen, dass es genügt, wenn unionsrechtliche Bestimmungen wörtlich wiedergegeben werden, da die bloße Frage der Regelungstechnik nicht entscheidend für eine Annahme oder Ablehnung der Zuständigkeit sein kann.¹⁶⁹
- 64 Allerdings setzt der Gerichtshof der grundsätzlichen Annahme seiner Zuständigkeit in der Entscheidung *Kleinwort Benson* auch Grenzen.¹⁷⁰ Er nimmt seine Befugnis nur unter den Voraussetzungen an, dass seine Entscheidung in der Folge durch das nationale Gericht und die handelnden Behörden bindend berücksichtigt werden müssen. Eine Bindung besteht nach seiner Ansicht im Fall der unmittelbaren und unbedingten Verweisung auf das Unionsrecht im nationalen Recht.¹⁷¹ Diese liege jedoch nicht vor, wenn die europäische Norm lediglich als „Gesetzesmuster“ verwandt wird.¹⁷² Dies nahm der Gerichtshof in dem konkreten Fall an, da sich aus der nationalen Norm eine Bindungswirkung nur für die vom Gemeinschaftsrecht direkt betroffenen Sachverhalte ergab, während die Auslegung durch die Gemeinschaftsorgane im Fall von rein nationalen Sachverhalten lediglich berücksichtigt werden musste.¹⁷³

¹⁶⁵ Aufgrund der Tatsache, dass es in diesen Fällen jedoch nur mittelbar um die Auslegung europäischen Rechts ging, wurden sowohl seitens der jeweils betrauten Generalanwälte, als auch seitens der Kommission und auch der Regierungen der betroffenen Mitgliedstaaten Bedenken gegen die Zuständigkeit zur Entscheidung der Vorlagefragen vorgetragen. So z.B. GA *Darmon*, Schlussanträge v. 3.07.1990, Rs. C-297/88, C-197/90 – Dzodzi, Rn. 9ff., der der Ansicht ist, dass es außerhalb des Gemeinschaftsrechts kein Gemeinschaftsrecht geben kann und dem Hinweis, dass sich in der Folge zahlreiche ungelöste Anschlussfragen, wie z. B. eine Vorlagepflicht bzw. zur Bindungswirkung des Urteils stellen; vgl. auch GA *Tesouro*, Schlussanträge v. 31.01.1995, Rs. 346/93 – Kleinwort Benson, Rn. 18ff., der dem Gerichtshof empfahl, in Abkehr von seiner Rechtsprechung die Zuständigkeit in diesen Fällen abzulehnen, da eine Beantwortung der Fragen auf einen „Verfahrensmisbrauch“ hinauslaufe, *ibid.* Rn. 27. und GA Jacob, Schlussanträge v. 17. 09.1996, Rs. C-28/95 – Leur-Blom, Rn. 67ff.

¹⁶⁶ EuGH, Urt. v. 18.10.1990, Rs. C-297/88, C-197/89 – Dzodzi, Rn. 36 f. und EuGH, Urt. v. 17.07.1997, Rs.C-28/95 – Leur-Blom, Rn. 25, bestätigt in EuGH, Urt. v. 11.12.2007, Rs. C-280/06 – Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Rn. 21.

¹⁶⁷ Vgl. EuGH, Urt. v. 11.12.2007, Rs. C-280/06 – Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Rn. 23 ff.

¹⁶⁸ EuGH, Urt. v. 17.07.1997, Rs.C-28/95 – Leur-Blom, Rn. 34.

¹⁶⁹ GA *Tesouro*, Schlussanträge v. 31.01.1995, Rs. 346/93 – Kleinwort Benson, Rn. 17.

¹⁷⁰ In den, auf das Urteil in Sachen *Kleinwort Benson* folgenden, Entscheidungen wird jedoch nicht deutlich, ob die in dieser Entscheidung getroffene Unterscheidung generelle Wirkung haben soll.

¹⁷¹ EuGH, Urt. v. 28.03.1995, Rs. C- 346/93 – Kleinwort Benson, Rn. 16.

¹⁷² EuGH, Urt. v. 28.03.1995, Rs. C- 346/93 – Kleinwort Benson, Rn. 16.

¹⁷³ EuGH, Urt. v. 28.03.1995, Rs. C- 346/93 – Kleinwort Benson, Rn. 21. Auslöser des Vorlageverfahrens war ein Streit über die Zuständigkeit englischer Gerichte für eine Erstattungsklage der Bank Kleinwort Benson gegen den Glasgow District Council. Der britische Civil Jurisdiction and Judgement Act von 1982, dessen Hauptzweck es war, das Übereinkommen vom 27. September 1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen zu realisieren, regelte zugleich ein System zur Verteilung der gerichtlichen Zuständigkeiten zwischen England, Wales, Schottland

- 65 Die Trennlinien, die der Gerichtshof in den verschiedenen Fällen zwischen der Annahme und der Ablehnung seiner Zuständigkeit zieht, sind jedoch nicht scharf. Nach der Entscheidung *Kleinwort Benson* kann als Indiz der Grad der Bindungswirkung einer Auslegungsentscheidung des Gerichtshofs gelten, den dieser dem jedenfalls „de facto“ mitvorgelegten nationalen Gesetz entnehmen kann. Allerdings sollte der Gesetzgeber mit dem Versuch einer „Dosierung“ der Vorlagewahrscheinlichkeit durch seine Gerichte bzw. der Annahmewahrscheinlichkeit des Gerichtshofs vorsichtig sein, denn dieser ist in seinen Entscheidungen nicht konsistent. So beschränkte sich in der Sache *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* die explizite gesetzliche Anlehnung auf den ersten Titel des italienischen Kartellgesetzes. Das seitens der Kommission vorgetragene Argument, die durch die Fragen betroffenen Vorschriften des italienischen Gesetzes entstammten nicht diesem, sondern den Titeln II und VII des Gesetzes, nahm der Gerichtshof mit dem Hinweis nicht auf, dass das italienische Gericht in seinem Ersuchen ausdrücklich auf den ersten Titel des Gesetzes und die dort enthaltene Verweisung auf das Unionsrecht Bezug nehme.¹⁷⁴
- 66 Für den nationalen Gesetzgeber bedeutet diese Entscheidungspraxis, unabhängig davon welcher Ansicht man folgen möchte, eine Herausforderung. Von einem sicheren Ausschluss der Entscheidungsannahme des Gerichtshofs könnte der nationale Gesetzgeber wohl lediglich dann mit hoher Wahrscheinlichkeit ausgehen, wenn eine Berücksichtigung des Urteils sichtlich im Ermessen der nationalen Entscheidungsträger liegt. Dann läge ein unionsrechtlich unzulässiges Tätigwerden des Gerichtshofs als bloßes Beratungsorgan vor. In diesem Fall wäre der Gesetzgeber gut beraten, klarzustellen, dass zwar eine Übernahme des Grundkonzepts SIEC erfolgen, dieses allerdings eine eigenständige Ausprägung erfahren soll. Ein bloßer Verzicht auf die Angabe einer Harmonisierungsabsicht genüge *u.E.* nach nicht.¹⁷⁵
- 67 Wählte der Gesetzgeber einen Weg ohne eindeutige Stellungnahme, übernehme jedoch zur gleichen Zeit den Wortlaut ganz oder teilweise, ist nicht auszuschließen, dass es seitens der damit befassten deutschen Gerichte zu einer Vorlage an den Gerichtshof kommt.¹⁷⁶ Ob der Gerichtshof an der in *Kleinwort Benson* getroffenen Differenzierung festhält oder der Tendenz, seine Zuständigkeit wie im Fall *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* trotz valider Gegenargumente betreffend der Bindung des Gerichts zu bejahen, folgt, ist nur schwer zu prognostizieren.¹⁷⁷ Von herausragender Bedeutung scheint in

und Nordirland. Das Gesetz enthielt dazu Vorschriften, die sich an das Übereinkommen anlehnten. Darüber hinaus war eine Vorschrift enthalten, die bestimmte, dass „alle vom Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften im Zusammenhang mit Titel II des Übereinkommens von 1968 aufgestellten einschlägigen Grundsätze und alle einschlägigen Entscheidungen dieses Gerichtshofs zur Bedeutung oder Wirkung irgendeiner Vorschrift dieses Titels zu berücksichtigen“ sind. Demgegenüber bestimmte das Gesetz im Fall der direkten Anwendbarkeit des Übereinkommens, dass „gemäß den vom Gerichtshof aufgestellten Grundsätzen und allen einschlägigen Entscheidungen des Gerichtshofs entschieden“ wird. (Hervorh. durch die Verf.).

¹⁷⁴ EuGH, Urt. v. 11.12.2007, Rs. C-280/06 – *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Rn. 27.

¹⁷⁵ Vgl. eingangs unter III.1.

¹⁷⁶ So i.E. auch *Koch*, WuW 2006, 710, 714, der davon ausgeht, dass eine Angleichung der nationalen an die europäische Regelungsebene die generelle Vermutung begründet, dass der Gesetzgeber nicht nur den formalen Gesetzeswortlaut, sondern auch die materielle Rechtslage vereinheitlichen wolle.

¹⁷⁷ Die Ansicht von *Habersack/Mayer*, JZ 1999, 913, 920, dass ein deutsches Gesetz das Kriterium der Bindungswirkung in der Entscheidung *Kleinwort Benson* in keinem Fall erfüllen können, da eine unbedingte und unmittelbare Verweisung schon dadurch ausgeschlossen werde, dass Art. 23 Abs. 1 GG im Fall des autonom harmonisierten Rechts nicht greife und dass so jede Verweisung auf das Gemeinschaftsrecht „unter dem Vorbehalt der Vereinbarkeit des rein nationalen Rechts mit der Verfassung“ stehe, hat zwar in der Sache ihre Berechtigung, setzt jedoch zum einen voraus, dass der Gerichtshof streng an seiner *Kleinwort Benson* Entscheidung festhält und zum anderen umfassend prüft, oder davon ausgeht, dass das vorliegende Gericht eine dementsprechende Prüfung im Rahmen seiner Vorlageentscheidung bereits vorgenommen hat. Darauf hindeutend auch das Urteil des Gerichtshofs vom 17.04.2008, Rs. C-404/06 – *Quelle*. Den von *Quelle* vorgetragenen Einwand, dass das vorliegende Gericht darauf hingewiesen habe, dass die zur Umsetzung der Richtlinie erlassene Norm nur eine einzige Auslegung zulasse und das deutsche Verfassungsrecht eine Auslegung *contra legem* untersage und somit, so *Quelle*, das Gericht der Antwort des Gerichtshofs keine Rechnung tragen könne (Rn. 18), hat der Gerichtshof nicht berücksichtigt. Er stellte vielmehr fest, dass „die Ungewissheit, ob es dem nationalen Gericht, nachdem der Gerichtshof eine Vorlagefrage zur Auslegung einer Richtlinie beantwortet hat, möglich ist, das nationale Recht unter Beachtung der vom Gerichtshof entwickelten Grundsätze im Lichte der Antwort auszulegen, (...) sich auf die Verpflichtung des Gerichtshofs, über die Frage zu befinden nicht auswirken (können)“, vgl. *ibid.* Rn. 22. Zwar betrifft dieses Urteil einen Fall der richtlinienkonformen Auslegung, es ist aber nicht ersichtlich, dass der Gerichtshof über

jedem Fall die Beurteilung der Erforderlichkeit der Vorlage seitens des nationalen Gerichts zu sein.¹⁷⁸ Der Gesetzgeber sollte sich dieser Möglichkeit daher bewusst sein, denn in dem Fall, dass eine Entscheidung seitens des Gerichtshofs ergeht, gälte, dass die Entscheidung das vorlegende Gericht nicht nur in dem konkreten Verfahren¹⁷⁹, sondern auch über das konkrete Verfahren hinaus, bindet.¹⁸⁰ In diesem Fall übte der Gerichtshof als Unionsorgan bindende Gestaltungswirkung auf das deutsche Recht aus.

68 Auf den zweiten Blick ist eine solche Vorlage *u.E.* im Fall der autonomen Harmonisierung der Fusionskontrolle jedoch systemwidrig, sodass die vorangestellten Überlegungen im Ergebnis bloße Hypothesen sind. Das deutsche Recht unterliegt den in der Verfassung und den Verfahrensordnungen vorgesehenen Regeln. Es besteht daher abseits des Anwendungsbereichs des Unionsrechts keine Möglichkeit, die Entscheidungsverantwortung an den Gerichtshof abzugeben. Aus der Entscheidung des Gerichtshofs, seine Zuständigkeit anzunehmen, kann insbesondere auch nicht die Zulässigkeit des Vorabentscheidungsverfahrens angenommen werden. Weder ist der Schluss vom europäischen auf das nationale Recht, noch der Schluss von der verfahrensrechtlichen Möglichkeit auf die rechtsmethodische Zulässigkeit zulässig.

69 Für ein Vorabentscheidungsverfahren besteht darüber hinaus auch keine Notwendigkeit, denn Richter sind auch in allen anderen Bereichen des nationalen Rechts aufgefordert, neu eingeführte Normen auszulegen und zur Anwendung zu bringen. Der Verzicht auf Vorlageentscheidungen garantiert zudem, dass auch weiterhin effektiver Rechtsschutz im Fusionskontrollverfahren möglich ist.¹⁸¹ Müssten Unternehmen in Zukunft damit rechnen, dass im Fall einer Klage gegen die Entscheidung des Bundeskartellamtes noch ein Verfahren nach Art. 267 AEUV durchgeführt wird, verlängerte sich der Zeitraum bis zu einer Entscheidung erheblich. Es ist daher davon auszugehen, dass diese in den meisten Fällen zu spät käme, so dass es darüber hinaus auch zweckmäßig ist, auch zukünftig Rechtsfragen betreffend das deutsche Fusionskontrollrecht mit den Mitteln des nationalen Rechts zu lösen.

4. Fazit

70 Soweit der Gesetzgeber beabsichtigt, das deutsche Fusionskontrollrecht an das europäische Modell anzupassen, bedarf eine solche Harmonisierung keiner expliziten gesetzlichen Regelung, sondern kann allein durch die wörtliche Übernahme des SIEC-Tests bewirkt werden, sollte der Gesetzgeber nicht explizit anders Stellung beziehen. Diese Angleichung bedeutet jedoch keine Aufgabe von Souveränität. Zwar ist der Verweis als umfassende Bezugnahme auf das zum jeweiligen Entscheidungszeitpunkt geltende Recht zu verstehen, allerdings behält der Gesetzgeber die Freiheit, die Harmonisierung zu verändern, wenn er mit der europäischen Entwicklung nicht einverstanden ist.

71 Das harmonisierte Recht bleibt deutsches Recht. Als solches ist es durch die Behörden und Gerichte eigenständig anzuwenden. Ein Vorlagerecht bzw. die damit einhergehende Vorlagepflicht ist mit den oben genannten Argumenten *u.E.* abzulehnen. Allerdings bedeutet dies nicht, dass der Gerichtshof sich

das, im Rahmen der Vorlageentscheidung betroffene, nationale Gesetz hinaus eigenständig prüft, ob eine Bindung seiner Entscheidung für das vorlegende nationale Gericht besteht.

¹⁷⁸ So auch Habersack/Mayer, JZ 1999, 913, 919, mit Hinweis darauf, dass der Gerichtshof selbst eine Erforderlichkeit dann annimmt, wenn der nationale Gesetzgeber nationale Sachverhalte dem Unionsrecht unterwirft, um eine Inländerdiskriminierung zu vermeiden, eine Richtlinie erweitert umsetzt oder eine unbedingte oder unmittelbare Verweisung enthalten ist.

¹⁷⁹ Zum Umfang der Bindung vgl. u.a. *Karpenstein* in Grabitz/Hilf, 40. Auflage 2009, Art. 234 EG Rn. 94 und *Wegener*, in Calliess/Ruffert, EUV/AEU, 4. Auflage 2011, Art. 267 AEUV Rn. 47

¹⁸⁰ Vgl. u.a. *Karpenstein* in Grabitz/Hilf, 40. Auflage 2009, Art. 234 EG Rn. 96 f. und *Wegener*, in Calliess/Ruffert, EUV/AEU, 4. Auflage 2011, Art. 267AEUV Rn. 49.

¹⁸¹ Auf die Bedeutung der Verfahrensdauer hinweisend auch *Kühnen*, KSzW 2011, 3, 8. So ist zu beachten, dass Vorlageverfahren nach Art. 267 AEUV zuletzt im Durchschnitt eine Verfahrensdauer von 16,1 Monaten aufwiesen. Vgl. EuGH, Pressemitteilung vom 02.03.2011, Nr. 13/11, S. 1.

im Fall einer Vorlage für unzuständig erklären würde. In diesem Fall übernehme der Gerichtshof auch die Gestaltung deutschen Rechts.

IV. HARMONISIERUNGSFOLGEN BEI ANGLEICHUNG DES UNTERSAGUNGSKRITERIUMS

72 Die Diskussion um die Angleichung des deutschen Fusionskontrollregimes kann nicht bei der Frage des Untersagungskriteriums stehen bleiben. Zum einen geht es um die generelle Frage, ob man eine Harmonisierung auf „halben Wege“ stehen lassen will, zum anderen müssen sich Gesetzgeber und Rechtsanwender vergegenwärtigen, dass das europäische und das deutsche System über das Untersagungskriterium hinaus bedeutsame Unterschiede aufweisen und sich die Frage gefallen lassen, ob das deutsche System im Fall der alleinigen Übernahme des SIEC Tests ein kohärentes System bleibt oder sich neue Sollbruchstellen auftun.

1. Konsumentenwohlfahrt als neuer Maßstab

73 Fraglich ist, ob bei einer Harmonisierung des Untersagungskriteriums gleichsam als Annex auch eine Modifikation der Zielsetzung¹⁸² und damit der konkreten ökonomischen Ausrichtung der Wettbewerbsanalyse erfolgen muss.¹⁸³ In der Literatur wurde insoweit bereits in der Vergangenheit verschiedentlich darauf hingewiesen, dass ein auswirkungsorientierter Ansatz („*effects based approach*“) im Bereich der Fusionskontrolle konzeptionell dem strukturellen deutschen Ansatz überlegen sei.¹⁸⁴ Die Wahl des Wohlfahrtsstandards hat dabei Auswirkungen auf die Beurteilung eines Zusammenschlusses insgesamt.¹⁸⁵

a) Ergebnisoffenheit und Institutionenschutz

74 Nach dem Verständnis, das bislang den nationalen Fusionskontrollvorschriften zugrunde liegt, handelt es sich bei dem Wettbewerb um einen ergebnisoffenen Prozess.¹⁸⁶ Dieser Ansatz wird gemeinhin aus der erkenntnistheoretischen Position von *Hayeks* abgeleitet, wonach eine „konstitutionelle Ungewissheit“ im Hinblick auf die Prognostizierbarkeit künftigen Marktgeschehens existiere und diese Grenze unüberwindlich sei.¹⁸⁷ Hieraus wird geschlussfolgert, dass deswegen eine Orientierung an konkreten Ziel-

¹⁸² Soweit die Diskussion um die Zielsetzungen der Fusionskontrolle Teil der breiteren Diskussion um die Ziele des Wettbewerbsrechts insgesamt ist, kann dem vorliegend nur in Ansätzen nachgegangen werden. Insoweit sei vertiefend auf die Darstellungen etwa bei *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2006, S. 7 ff., 373 ff. m.w.N.; *Möschel*, JITE 191, 7 ff; *Ehlermann/Laudati*, Robert Schuman Centre Annual on European Competition Law 1996/97, S. 255 ff. oder auch Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. 2009 C 45/7, verwiesen. Im Hinblick auf die Zielsetzungen auf europäischer Ebene vgl. auch die Ausführungen unter IV.3.b) a.E.

¹⁸³ Insoweit ist zu berücksichtigen, dass sich mit der sukzessiven Implementierung des Konsumentenwohlfahrtsstandards im Rahmen des sog. „more economic approach“ die Unionsteleologie, die der Auslegung und Anwendung des Primär-, wie Sekundärrechts zugrunde liegt, seit den späten 1990er Jahren gravierend verändert hat. Vgl. dazu *Terhechte*, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 43. Auflage 2011, Art. 3 EUV Rn. 42 m.w.N.; *Basedow*, WuW 2007, 712 ff.; *Schmidtchen*, WuW 2006, 6 ff.; sowie als frühe deutliche Befürwortung des Konsumentenwohlfahrtsstandards *Monti*, 30. Bericht zur Wettbewerbspolitik 2000/01, Vorwort.

¹⁸⁴ *Wiedemann*, in Wiedemann, Kartellrecht, 2. Auflage 2008, § 23 Rn. 1 auf die insoweit bestehenden grundsätzlichen Unterschiede zwischen Missbrauchsaufsicht nach Art. 102 AEUV, §§ 19, 29 GWB einerseits und der Fusionskontrolle andererseits hinweisend. So wohl auch *Kirchner*, ZHR 2009, 775 ff. Vgl. auch *Basedow*, WuW 2007, 712, 714, sowie weitergehend von *Weizsäcker*, WuW 2007, 1078 ff., 1081 ff.; *ders.*, Marktzutrittsschranken, in Oberender, Effizienz und Wettbewerb, 2005 S. 43 ff.

¹⁸⁵ Darauf hinweisend auch *Röller/Strohm*, Ökonomische Analyse des Begriffs „significant impediment to effective competition“, 2004, S. 8.

¹⁸⁶ In die gleiche Richtung geht wohl auch die früher noch vom EuGH vertretene Auffassung. Vgl. etwa EuGH, Urt. v. 21.02.1973, Rs. 6/72 – *Continental Can/Kommission*, Rn. 26, 29.

¹⁸⁷ Grundlegend hierzu von *Hayek*, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, 1969, S. 249 ff., der vor diesem Hintergrund „Wettbewerb als Entdeckungsverfahren“ begreift.

setzungen, wie etwa der Konsumentenwohlfahrt, nicht statthaft, nach *von Hayek* sogar eine „Anmaßung von Wissen“¹⁸⁸, sei. Es müsse vielmehr der Wettbewerb „als Institution“ geschützt werden. Allein so könne der Unbestimmtheit des Ergebnisses eines Wettbewerbsprozesses Rechnung getragen werden.¹⁸⁹ Dieser Schutz müsse kompromisslos und absolut erfolgen, um ein „echtes Ergebnis“ ohne staatliche Prägung zu erreichen.

75 Bei der Verfolgung dieses Ansatzes ergeben sich bestimmte Wohlfahrtseffekte allenfalls als indirekte Folgewirkungen, wobei diese jedoch auf die Gesamtwohlfahrt bezogen wären.¹⁹⁰ Eine dahingehende Steuerung, dass nur solche Wohlfahrtseffekte gewünscht sind, die auch den Konsumenten zu Gute kommen, ist nach dem ergebnisoffenen Ansatz hingegen nicht möglich.¹⁹¹ Im Gegenteil ist eine solche Steuerung bereits im Ansatz nicht beabsichtigt, da davon ausgegangen wird, dass der Wettbewerb selbst eine Anpassung der Angebotsseite an die Anforderungen der Nachfrager, wie auch die übrigen Marktgegebenheiten bewirkt und nur so eine effiziente Ressourcenallokation erreicht werden kann.

b) Ergebnisorientierung und Wohlfahrtsstandard

76 Eine Ergebnisorientierung wurde zunächst in der US-amerikanischen Wettbewerbspolitik entwickelt.¹⁹² Hiernach wird der Wettbewerbsschutz als wohlfahrtstheoretischer Ansatz lediglich als Mittel zur Erreichung verschiedenster Zielsetzungen begriffen, wobei je nach zugrunde liegender Strömung diese Ziele differieren und zum Teil, etwa unter dem Einfluss der „Chicago School“, auch stark zurückgenommen sind.¹⁹³ Zielsetzungsunabhängig wird „Wettbewerb“ danach über bestimmte favorisierte Marktergebnisse definiert und der zugrunde liegende Prozess danach soweit geschützt, wie die verfolgten Zielsetzungen dies rechtfertigen.

77 Nach dem heute in den USA vorherrschenden ergebnisorientierten Ansatz¹⁹⁴, wird die Maximierung der Gesamtwohlfahrt als zentrale Zielsetzung begriffen. Dies korrespondiert mit einem weiten Verständnis von Verbraucherschutz, nach dem die Summe aus Konsumentenrente und Produzentenrente zu berücksichtigen ist. Hiernach ist ein Zusammenschluss etwa dann zu genehmigen, wenn eine Steigerung der Produzentenrente eine Absenkung der Konsumentenrente überwiegt. Dies wird im Kern damit begründet,

¹⁸⁸ *Von Hayek*, The Pretence of Knowledge, Lecture to the Memory of Alfred Nobel v. 11.12.1974, abrufbar unter http://nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/1974/hayek-lecture.html.

¹⁸⁹ Vertiefend *Strohm*, Effizienzgesichtspunkte und Europäische Wettbewerbspolitik, in Oberender, Effizienz und Wettbewerb, 2005, S. 113 ff.; sowie auch *Zimmer*, WuW 2007, 1198 f. auch unter Anknüpfung an den Einfluss der ordoliberalen Schule auf das GWB.

¹⁹⁰ *Böge/Jacobi*, BB 2005, 113.

¹⁹¹ Zwar ist zuzugeben, dass nach dem Ansatz der deutschen Fusionskontrollvorschriften eine Ausrichtung an der Wohlfahrt der Konsumenten erfolgt, jedoch ist dies – wie dargestellt – ein lediglich mittelbarer und nicht zielgerichtet angesteuerter Effekt. Er ergibt sich jedoch faktisch aus der Prämisse, dass bestimmte Marktstrukturen als negativ bewertet werden, da sie zu – als solche deklarierten nachteiligen – Marktergebnissen führen. Insoweit wird nach der Konzeption des § 36 Abs. 1 GWB die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung in den Blick genommen, um so einen Schutz der Marktgegenseite zu bewirken. Vgl. auch bereits die Ausführungen unter II.1.b). Hierin wäre dann die – gleichsam als Reflex entstehende – Bezugnahme auf die Konsumentenwohlfahrt zu sehen, da davon ausgegangen wird, dass Folge einer bestimmten Marktstruktur ein relativer Grenzkostenaufschlag und somit gerade eine Verringerung der Konsumentenwohlfahrt ist. Aus der Nichtsteuerung des Ergebnisses folgt jedoch bereits, dass daneben auch weitere Effekte – gleichfalls in Reflexwirkung – verfolgt werden.

¹⁹² *Schmidt*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 8. Auflage 2005, S. 37 ff.

¹⁹³ Vgl. auch *Zimmer*, WuW 2008, 1198, 1199 f. unter Bezugnahme etwa auf die Konzeption nach *Kantzenbach*, *Bork* und *Posner*; sowie ferner *Kirchner*, ZHR 2009, 775 ff.

¹⁹⁴ Anders als noch unter dem Einfluss der „Harvard School“, werden darüber hinaus keine weiteren Zielsetzungen verfolgt. In der *Brown Shoe* Entscheidung vertrat der Supreme Court noch implizit die Auffassung, dass auch eine Gefährdung der Marktposition von Wettbewerbern eine Untersagung eines Zusammenschlussvorhabens begründen könne. Vgl. bereits zu der Entscheidung und der diesbezüglichen vehementen Kritik Fn. 27 a.E. Zu der „sozialen Konzentrationstheorie“ des Supreme Court unter dem Einfluss der „Harvard School“ vgl. auch die Darstellung bei *Denzel*, Materielle Fusionskontrolle in Europa und den USA, 2004, S. 81 ff. Schließlich finden sich auch vereinzelt in älteren US-amerikanischen Entscheidungen Hinweise auf Ziele wie eine Umverteilung von Wohlstand oder andere sozialpolitische Erwägungen.

dass nur so alle gesamtwirtschaftlichen Vorteile abgebildet und eine optimale Wirkung der Fusionskontrolle erzielt werden kann.

78 Grundsätzlich ist jedoch zu beachten, dass ein wirkungsorientierter Ansatz nicht von vorneherein auf einen bestimmten Wohlfahrtsstandard festgelegt ist. So wird in der ökonomischen Diskussion zum Teil auf die Gesamtwohlfahrt¹⁹⁵, zum Teil auf die Konsumentenwohlfahrt¹⁹⁶ abgestellt.

c) Verschränkter Ansatz

79 Der europäische Ansatz im Bereich der Fusionskontrolle unterscheidet sich *de lege lata* von den vorstehend skizzierten ergebnisoffenen, respektive ergebnisorientierten Ansätzen dadurch, dass er zweistufig ausgebildet ist.¹⁹⁷ So hat *Zimmer* dargelegt, dass – im Lichte der Rechtsprechung des Gerichtshofs – auf einer ersten Prüfungsstufe ein ergebnisoffener Ansatz angewendet wird. Hiernach muss die Kommission nicht nachweisen, dass ein Zusammenschlussvorhaben unmittelbar kausal einen Schaden für den Verbraucher zur Folge hat. Der durch die Fusionskontrolle vermittelte Schutz erstreckt sich danach zunächst nur auf den Schutz des Wettbewerbs selbst. In dieser ersten Stufe kann im Kern eine Eingrenzung der aufgegriffenen Fälle gesehen werden. Danach sind solche unterhalb einer bestimmten, durch Strukturkriterien beschriebenen, Schwelle stets freizugeben, andere oberhalb einer entsprechenden Schwelle stets zu untersagen. Im Zwischenbereich findet eine nähere kartellbehördliche Untersuchung statt.¹⁹⁸ Auf einer zweiten Prüfungsstufe kommt dann eine ergebnisorientierte Betrachtung zur Anwendung.¹⁹⁹ Hiernach kann ein Zusammenschlussvorhaben dann freizugeben sein, wenn – trotz einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs selbst – mit ihm zugleich positive Auswirkungen für die betroffenen Verbraucher einhergehen („*trade off*“).²⁰⁰ Diesen beiden Prüfungsstufen bilden einen integrierten Ansatz, der sich von einer „*efficiency defense*“ im eigentlichen Sinne unterscheidet.²⁰¹ Sind solche positiven Wirkungen jedoch nicht festzustellen, so bleibt es bei der, auf der ersten Prüfungsstufe getroffenen, Feststellung

¹⁹⁵ *Schmidtchen*, Die Neue Wettbewerbspolitik auf dem Prüfstand, in Oberender, Effizienz und Wettbewerb, 2005, S. 173 ff.; *Schmidtchen*, in Eger/Bigus/Ott/von Wangenheim, Festschrift für Hans-Bernd Schäfer zum 65. Geburtstag, S. 474 ff.

¹⁹⁶ *Neven/Röller*, International Journal of Industrial Organisation 2006, 829 ff.

¹⁹⁷ *Zimmer*, WuW 2007, 1198, 1206 unter Bezugnahme auf EuGH, Urt. v. 15.03.2007, Rs. C-96/04 P - British Airways/Kommission, Rn. 30, 69, 84 ff., 107. Weniger deutlich noch *Zimmer/Schwalbe*, Kartellrecht und Ökonomie, 2006, S. 376 ff.

¹⁹⁸ *Strohm*, Effizienzen in der Fusionskontrolle, 2004, Rn. 16; *Röller/Stennek/Verboven*, European Economy 2001, 31, 100. Weitergehend wurde noch vorgeschlagen, dass eine nähere Prüfung unter besonderer Berücksichtigung von Effizienzen immer dann stattfinden soll, wenn die mögliche (strukturelle) Wettbewerbsbeeinträchtigung gering und „deswegen“ die Wahrscheinlichkeit von Effizienzen besonders hoch ist. So *Verouden/Bengtsson/Albaek*, Antitrust Bulletin 2004, 243, 279. Dem ist jedoch überzeugend von *Yde/Vita* unter Bezugnahme auf die Bedeutung der Nachfrageelastizität entgegengetreten worden. Nähert sich die Absatzkurve danach an den Zustand vollständiger Konkurrenz an, so wird daraus eine zugleich sinkende Wahrscheinlichkeit der Weitergabe von Effizienzen an den Konsumenten abgeleitet. Näher *Yde/Vita*, Antitrust Law Journal 1996, 735, 743. Hiernach kann es u.U. bei einer Eingrenzung nach Strukturkriterien dazu kommen, dass gerade in Fällen, in denen ein besonderes Maß an Effizienzen generiert werden kann, eine Effizienzbetrachtung auf Grund von Strukturermägungen nicht zugelassen wird.

¹⁹⁹ *Zimmer*, WuW 2007, 1198, 1206, der dieses Zusammenspiel auch unter Bezugnahme auf Art. 101 Abs. 3, Art. 102 AEUV als „kohärentes Gebäude des Wettbewerbsrechts“ bezeichnet. Implizit – zumindest für Art. 101 Abs. 3 AEUV – von einem gleichen Ansatz ausgehend auch *Strohm*, Effizienzgesichtspunkte und Europäische Wettbewerbspolitik, in Oberender, Effizienz und Wettbewerb, 2005, S. 113, 114 f.; in der Bewertung ebenso *Kirchner*, ZHR 2009, 775, 798 f.

²⁰⁰ Wie nachfolgend dargestellt wird, folgt diese Orientierung am Konsumentenwohlfahrtsstandard jedoch ausschließlich aus den nicht verbindlichen Leitlinien. Vgl. auch Fn. 205. Dies ist etwa von *Kirchner* zu Recht kritisiert worden. Er hat insoweit darauf verwiesen, dass sich die Kommission danach unter Überdehnung der Ermächtigung des Erwägungsgrunds 28 VO 139/2004/EG, gleichsam durch die Hintertür, legislative Befugnisse angeeignet habe und so i.E. die „principal-agent“-Kette der europäischen Rechtssetzung verlängert habe. *Kirchner*, ZHR 2009, 775, 789 f.; ähnlich wohl auch *Basedow*, WuW 2007, 712, 714.

²⁰¹ Hiervon abzugrenzen ist der integrierte Ansatz, nach dem Effizienzen bereits in der Wettbewerbsanalyse unter Heranziehung der preistheoretischen Partialanalyse unmittelbare Berücksichtigung finden. Grundsätzlich ist auch – wie im US-amerikanischen Recht – eine doppelte Berücksichtigung von Effizienzen in einem kombinierten Ansatz möglich. Vgl. bereits Fn. 34. In praktischer Hinsicht ist die Berücksichtigungsfähigkeit von Effizienzen durch eine Änderung der FormCO flankiert worden. So sind Zusammenschlussparteien aufgefordert, bereits im Rahmen der Anmeldung eines Vorhabens auf mögliche Effizienzen hinzuweisen. Vgl. näher Fn. 302.

unter Heranziehung des ergebnisoffenen Ansatzes.²⁰² Ein solches zweistufiges Verständnis des Ansatzes der Fusionskontrollverordnung entspricht auch dem Gehalt der Erwägungsgründe. Während Erwägungsgrund 6 eine (ergebnisoffene) Ausrichtung auf die „Auswirkungen auf die Wettbewerbsstruktur“ postuliert²⁰³, geht Erwägungsgrund 24 *prima facie* weiter und erstreckt den Fokus auf die „Auswirkungen auf den Wettbewerb“. Jedoch folgt aus diesem Wortlaut nicht, dass sich die Betrachtung über den tradierten Strukturansatz hinaus bereits auf eine Wirkungsorientierung erstrecken soll. Ein Anknüpfungspunkt für einen Wohlfahrtsstandard findet sich demgegenüber in Erwägungsgrund 29, ohne dass hieraus jedoch bereits eine Festlegung auf die Gesamt- oder die Konsumentenwohlfahrt folgt.²⁰⁴ Eine solche Festlegung folgt in hinreichender Deutlichkeit nur aus den Leitlinien zu horizontalen Zusammenschlüssen, die den Konsumentenwohlfahrtsstandard vorgeben.²⁰⁵ Wie *Strohm* herausgestellt hat, lag dieser Wahl die Erwägung zugrunde, dass eine Wettbewerbsbehörde vermeiden solle, Wohlfahrtsgewinne einer Marktseite mit Verlusten der anderen Marktseite zu verrechnen und deswegen eine Schlechterstellung der Konsumenten ausgeschlossen werden sollte (Erfordernis des „consumer pass-on“).²⁰⁶

80 Zu beachten ist jedoch, dass es sich im Ergebnis – ungeachtet der Tatsache, dass von einem zweistufigen Prüfungsaufbau ausgegangen werden kann – um einen integrierten Ansatz und mithin auf zweiter Stufe nicht um eine „*defense*“ im eigentlichen Sinne handelt. So sind beide Prüfungsstufen Teil der Wettbewerbsanalyse selbst.²⁰⁷

81 Der, der Fusionskontrolle insoweit eigene Wohlfahrtsstandard, der als Indikator für die Wohlfahrtssteigerung oder -erhaltung herangezogen wird, ist danach im Vergleich zum US-amerikanischen Ansatz enger gefasst und erstreckt sich auf den Maßstab der Konsumentenwohlfahrt als Kriterium für die Ergebnisorientierung.²⁰⁸ Hiernach wird die mögliche Vorteilhaftigkeit eines Vorhabens für den Verbraucher als Bezugspunkt erfasst.²⁰⁹ So ist zu prüfen, ob sich zusammenschlussbedingt für die Verbraucher ein höheres Nutzenniveau ergibt, das etwa aus einem Absinken der Preise bei gleichbleibender Leistung resultieren kann.

²⁰² Zur Berücksichtigung von Effizienzen vgl. auch die Ausführungen unter IV.3.b).

²⁰³ Dies korrespondiert insoweit mit dem Strukturansatz der VO 4064/89/EWG.

²⁰⁴ Eine Festlegung folgt auch nicht bereits aus Art. 2 Abs. 1 lit. b FKVO, der auf die Dienlichkeit für den Verbraucher Bezug nimmt. Hier ist insbesondere die Wortidentität mit der Vorgängervorschrift in VO 4064/89/EWG zu berücksichtigen, die gegen eine solche Festlegung spricht. So auch *Strohm*, Effizienzen in der Fusionskontrolle, 2004, Rn. 11, der im Hinblick auf die genannte Orientierung an den Interessen der Verbraucher anmerkt, dass diese gerade keinen Bezug zu einem konkreten Wohlfahrtsstandard aufweist.

²⁰⁵ Kommission, Horizontalleitlinien, Rn. 83.

²⁰⁶ *Strohm*, Effizienzen in der Fusionskontrolle, 2004, Rn.10.

²⁰⁷ *Gerhard*, Common Market Law Review 2003, 1367, 1400.

²⁰⁸ Die Konsumentenwohlfahrt lässt sich dabei definieren als die Differenz zwischen der maximalen Zahlungsbereitschaft der Nachfrager und dem Kaufpreis für ein Gut. Darüber hinaus ist die europäische Fusionskontrolle auch auf den Verbraucherschutz gerichtet, was aber der Begriff der Konsumentenwohlfahrt so gerade nicht meint.

²⁰⁹ *Zimmer*, WuW 2007, 1198, 1203 m.w.N. sowie unter Bezugnahme auf deutliche Äußerungen von *Albers*, der gerade eine „Akzentverschiebung der Wettbewerbspolitik (der Kommission) mit Folgen für den Schutzgegenstand des Wettbewerbsrechts“ im Vergleich zur früheren ergebnisoffenen Ansicht (vgl. dazu grundlegend für das europäische Recht Fn. 186) in den Blick nimmt. Vgl. zudem *Zimmer*, *ibid.*, 1198, 1204 zur Kritik an der eigenmächtigen Veränderung des Schutzgegenstandes des Kartellrechts seitens der Kommission. Zurückhaltender demgegenüber *Kirchner*, ZHR 2009, 775, 779, unter Hinweis auf die Absicht der Kommission, durch die von ihr erlassenen Leitlinien die Rechtsprechung der Unionsgerichte zu prägen. Ebenso – mehr unter Anknüpfungen an pragmatische Erwägungen der Kommission eine Verdeutlichung des ökonomischen Nutzens der europäischen Integration für die Verbraucher zu bewirken – *Eilmansberger*, ZWeR 2009, 437 f. Während in den ersten Jahren nach Erlass der VO 139/2004/EG der Wohlfahrtsstandard als seitens der Kommission verfolgter Zielsetzung für die Fusionskontrolle zum Teil noch bestritten wurde, wird nach nunmehr nahezu einhelliger Ansicht angenommen, dass diese Auffassung – gerade auch mit Blick auf die 2007 erlassenen Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse – nicht mehr aufrecht erhalten werden kann. Vgl. Kommission, Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („Nicht-Horizontalleitlinien“), ABl. 2008 C 265/6, Rn. 13. So in der Bewertung auch *Riesenkampff/Lehr*, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Auflage 2009, Art. 2 FKVO Rn. 176. Vgl. ferner zur Bewertung *Montag*, Effizienz und Wettbewerb in der rechtlichen Praxis am Beispiel der europäischen Fusionskontrolle, in Oberender, Effizienz und Wettbewerb, 2005, S. 95 ff.

82 Zielsetzung ist danach eine Ausrichtung der Prüfung eines Zusammenschlussvorhabens an den prognostizierten wirtschaftlichen Auswirkungen, wobei das Kriterium der Konsumentenwohl­fahrt inso­weit in erster Linie eine Verengung der Betrachtung, insbesondere auf das Kriterium des Preises, bedeutet und sich somit vom Leitbild der vollständigen Konkurrenz unterscheidet. Präzise gefasst fungiert die Konsumentenwohl­fahrt wettbewerbspolitisch danach als Indikator für einen, (vermeintlich) funktionie­renden, unverfälschten Wettbewerb.

d) Bewertung

83 Die Ausrichtung an einem der vorstehend skizzierten Ansätze kann grundsätzlich erhebliche Aus­wirkungen im Rahmen der wettbewerbliehen Beurteilung haben. So strahlt sie etwa auf die Frage der Be­rücksichtigungsfähigkeit von Effizienzerwägungen im Rahmen der wettbewerbliehen Prüfung eines Zu­sam­menschlussvorhabens aus. Nicht ohne Grund hat der stellvertretende Generalstaatsanwalt beim DoJ *James* etwa festgestellt „In sum, we appear to disagree over the meaning of competition.“²¹⁰ Dabei be­steht nach wie vor Streit innerhalb der Wirtschaftswissenschaften, wie auch zwischen Wirtschafts- und Rechtswissenschaften darüber, ob und bejahendenfalls welcher Wohl­fahrtsstandard gewählt werden soll­te.²¹¹

84 Während *de lege lata* der strukturelle Ansatz des deutschen Wettbewerbsrechts gleichsam eine Ermächtigungsgrundlage für solche kartellbehördlichen Interventionen bildet, die sich gegen abstrakt als wettbewerbswidrig erkannte Marktstrukturen richten, orientiert sich der ergebnisorientierte Ansatz der Konsumentenwohl­fahrt an den Auswirkungen eines Vorhabens für die Verbraucher. Eine solche Ergeb­nisorientierung ist gerade kennzeichnend für das Verständnis, das der SIEC-Test in der bisherigen Praxis erfahren hat. Inso­weit ist auch zu beachten, dass die Untersuchung nach diesen beiden Ansätzen unter Betrachtung eines unterschiedlichen Zeithorizonts erfolgt. Während ein ergebnisoffener Ansatz die mit­tel­fristige Beeinträchtigung der Wettbewerbsstrukturen im Blick hat²¹², werden unter Heranziehung eines Wohl­fahrtsstandards kurzfristige Wirkungen in den Blick genommen²¹³, d.h. konkret nach dem Kon­sumen­tenwohl­fahrtsstandard, ob es kurzfristig zu nachteiligen Wirkungen für die Verbraucher, insbesonde­re in Gestalt von Preisveränderungen kommt.

85 Streng genommen kann – unter ausschließlicher Bezugnahme auf einen Wohl­fahrtsstandard – eine Freigabe auch dann erfolgen, wenn – losgelöst von Strukturkriterien – mit einem Zusammenschluss ent­sprechende Wohl­fahrtswirkungen einhergehen.²¹⁴ Dies gilt nach dem SLC-Test unter Heranziehung des Gesamtwohl­fahrtsstandards immer dann, wenn die Summe aus Konsumenten- und Produzentenrente po­sitiv ist.²¹⁵

86 *U.E.* kann ein wünschenswerter wirkungsorientierter Einsatz der Fusionskontrollvorschriften nur unter gleichzeitiger Adaption eines Wohl­fahrtsstandards erfolgen.²¹⁶ Die Auswahl eines konkreten Wohl­

²¹⁰ *James*, Reconciling Divergent Enforcement Policies, Fordham Corporate Law Institute v. 25.10.2001 im Zusammenhang mit der divergierenden Beurteilung des Vorhabens *GE/Honeywell* durch Europäische Kommission und DoJ.

²¹¹ *Immenga*, WuW 2006, 463; *Kirchner*, ZHR 2009, 775 ff.

²¹² *Böge*, Effizienz und Wettbewerb aus Sicht des Bundeskartellamtes, in Oberender, Effizienz und Wettbewerb, 2005, S. 129 ff.

²¹³ Kurzfristig bedeutet insoweit einen Zeithorizont von $t = 0$, da die herangezogenen Modellierungsansätze der Preistheorie stets komparativ statisch sind. Vgl. auch Fn. 216.

²¹⁴ *Röller/Stennek/Verboven*, European Economy 2001, 31, 95.

²¹⁵ *Schwalbe*, Die Berücksichtigung von Effizienzgewinnen in der Fusionskontrolle – Ökonomische Aspekte, in Oberender, Effizienz und Wettbewerb, 2005, S. 63, 64 ff. unter Bezugnahme auf das Modell von *Williamson* („*Williamson-Trade-Off*“), wonach ein Zusammenschluss auch dann freizugeben sein kann, wenn es zwar für die Verbraucher zu Preissteigerungen kommt, der insoweit bewirkte Wohl­fahrtsverlust jedoch durch einen Anstieg der Produzentenrente überkompensiert wird.

²¹⁶ Soweit auch dynamische Ansätze in Alternative zu statischen Wohl­fahrtsstandards in Betracht kommen, dürfte eine Orientie­rung im Lichte der entsprechenden internationalen Ausrichtung der Fusionskontrolle, insbesondere unter Berücksichtigung des anglo-amerikanischen Rechtsraums, gegenwärtig nicht in Betracht kommen.

fahrtsstandards folgt dabei nicht aus der ökonomischen Theorie, sondern ist vom Gesetzgeber zu entscheiden.²¹⁷ Aus ökonomischer Perspektive ist jedoch zu konstatieren, dass eine Orientierung am Standard der Konsumentenwohlfahrt nicht als optimal zu bewerten ist²¹⁸, da solche Effekte systematisch ausgeblendet werden, die gesamtwirtschaftlich eine Wohlfahrtssteigerung bewirken²¹⁹, dynamische Effekte keine Berücksichtigung finden²²⁰ und nach dem von der Kommission verfolgten Ansatz erhebliche Aufklärungskosten anfallen, die faktisch eine Absenkung der Konsumentenwohlfahrt bewirken.²²¹ Vor diesem Hintergrund sollte erwogen werden, eine Orientierung an einem Wohlfahrtsstandard in einer der VO 139/2004/EG vergleichbaren – offenen – Weise vorzunehmen.²²² Soweit die Kommission gegenwärtig ausschließlich auf die Konsumentenwohlfahrt als Bezugspunkt abstellt, sollte dieser Ansatz – im Lichte der Harmonisierungsbestrebungen – auch für das deutsche Recht übernommen werden.

2. Einführung des Spürbarkeitskriteriums

87 § 36 Abs. 1 GWB enthält nicht nur das Merkmal der Begründung einer marktbeherrschenden Stellung, sondern erfasst auch ihre Verstärkung als Untersagungsgrund. Gleiches erfasst das auch das Regelbeispiel in Art. 2 Abs. 3 VO/139/2004/EG. Doch trotz des insoweit sogar identischen Wortlautes, ist die Handhabe des Kriteriums der „Verstärkung einer beherrschenden Stellung“ in der deutschen und europäischen Praxis unterschiedlich. Während im Unionsrecht auf die Spürbarkeit der Verstärkung abgestellt wird, ist eine solche für eine Untersagung nach dem GWB nicht erforderlich.

a) Kein Spürbarkeitskriterium nach § 36 Abs. 1 GWB

88 Es ist ständige deutsche Rechtsprechung, dass im Rahmen der Prüfung von Zusammenschlüssen das Tatbestandsmerkmal der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nicht unter Rückgriff auf die zu § 1 GWB entwickelten Grundsätze²²³ einer spürbaren Veränderung des unternehmerischen Verhaltensspielraums ausgelegt wird.²²⁴ Der BGH sieht weder im „Wortlaut des Gesetzes noch

²¹⁷ Davon ausgehend auch *Strohm*, Effizienzen in der Fusionskontrolle, 2004, Rn.10.

²¹⁸ Näher hierzu *Schmidtchen*, Effizienz als Leitbild der Wettbewerbspolitik, in Oberender, Effizienz und Wettbewerb, 2005, S. 9 ff.; *Kirchner*, ZHR 2009, 775 ff., 797 f.; wohl a.A. *Strohm*, Effizienzen in der Fusionskontrolle, 2004, passim.

²¹⁹ Dies folgt insoweit schon aus der Wahl der Konsumentenwohlfahrtsstandards anstelle des Gesamtwohlfahrtsstandards und der damit einhergehenden Ausblendung der Produzentenrente.

²²⁰ Eines der grundsätzlichen Kernprobleme des Wohlfahrtsstandards ist die Tatsache, dass Wettbewerbsprozesse dynamisch sind, der Konsumenten-, wie der Gesamtwohlfahrtsstandard aber von einer statischen Betrachtung ausgehen. Die Validität der ermittelten Ergebnisse ist damit abhängig von der Dynamik der Interaktion der Marktteilnehmer. Vor allem Veränderungen auf Seiten der Nachfrage nach einer Dienstleistung oder einem Produkt sind insoweit von besonderer Bedeutung. Dies vermag ein Wohlfahrtsstandard nicht zu erfassen, weswegen er in der ökonomischen Literatur z.T. sehr kritisch betrachtet wird. Vertiefend *Strohm*, INFER Research Edition 2002.

²²¹ So ist zunächst zu berücksichtigen, dass die Prognose der konkreten Auswirkungen eines Zusammenschlussvorhabens für die betroffenen Unternehmen durch die Kartellbehörde bereits kompliziert ist. Insoweit ist insbesondere zu ermitteln, ob und in welchem Umfang etwa Skaleneffekte eintreten. Zudem ist in einem zweiten Schritt etwa die Nachfragekurve zu ermitteln, um – ausgehend von der Annahme, dass diese das bestimmende Kriterium für die Frage bildet, ob ein Unternehmen Kosteneinsparungen an die Konsumenten weitergibt oder den Wegfall eines Wettbewerbers zu einer Preiserhöhung nutzt – das Gewinnoptimum nach Internalisierung, etwa der Kosteneinsparungen, zu bestimmen. Insbesondere der hier anzusetzende Prognosezeitraum, der regelmäßig bei mehr als einem Jahr liegen dürfte, birgt erhebliche Probleme in der Modellierung.

²²² Eine starre Festlegung auf die Konsumentenwohlfahrt ist vor dem Hintergrund der beschriebenen Defizite bereits nicht wünschenswert. Auch ist zu berücksichtigen, dass die Anknüpfung an diesen Maßstab für die Fusionskontrolle ausschließlich aus den nicht verbindlichen Leitlinien der Kommission folgt und danach seitens der Unionsgerichte im Rahmen der ihnen möglichen Auslegung von Art. 2 Abs. 2, 3 VO 139/2004/EG überprüfbar ist. Die erforderliche Berücksichtigung der Erwägungsgründe (insbes. 24, 29) steht einer Abkehr von der Konsumenten- hin zur Gesamtwohlfahrt nicht entgegen.

²²³ Im Fall des § 1 GWB ist in jedem Einzelfall zu prüfen, ob „die Vereinbarung eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezweckt oder in spürbarer Weise bewirkt“ (Hervorh. d. Verf.), vgl. *Mestmäcker/Veelken*, in *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 4. Auflage 2007, § 36 Rn. 198; *Rieger*, in *FK*, 60. Lfg. Juni 2006, § 36 Rn. 55.

²²⁴ BGH, Beschl. v. 18.12.1979, Az. KVR 2/79 – Springer-Elbe/Wochenblatt, WuW/E BGH 1685, 1691f. Der BGH stellt bei der Feststellung der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf die Frage ab, ob „die Macht auf einem bestimmten

nach dem Zusammenhang der einzelnen Vorschriften oder nach der Zielsetzung des Gesetzes“ Gründe für die Annahme eines solchen Kriteriums.²²⁵ Erforderlich, aber auch ausreichend, ist dementsprechend die Feststellung der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, die zwar bei einer ganz geringen Veränderung der Marktanteile verneint werden kann²²⁶, im Fall ihrer Annahme jedoch nach Ansicht des BGH keiner graduellen Abstufung der ermittelten Verstärkung offen steht.²²⁷

89 Der gewählte Ansatz ermöglicht zwar keine graduelle Differenzierung, ist jedoch nicht statisch („*sliding scale*“), denn je stärker die Position des marktbeherrschenden Unternehmens ist, umso geringer sind die Anforderungen hinsichtlich einer festgestellten Verstärkungswirkung. Andernfalls, so *Ruppelt*, könnten besonders marktstarke Unternehmen Wettbewerber aufkaufen, da kein Spielraum mehr für eine weitere Verstärkung bestehe.²²⁸

90 Aus der Tatsache, dass allein das Merkmal der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung entscheidungserheblich ist, ergibt sich, dass dem Bundeskartellamt bei seinen Entscheidungen kein Entscheidungsspielraum eingeräumt ist. Die Annahme oder Verneinung des Untersagungskriteriums ist daher in einem Beschwerdeverfahren gem. § 63 GWB einer umfassenden Kontrolle durch die Gerichte zugänglich.²²⁹

b) Spürbarkeitskriterium nach VO 139/2004/EG

91 Anders als in der deutschen Fusionskontrolle, ist das Spürbarkeitskriterium in der europäischen Praxis fast allgegenwärtig. Zwar ist es in der VO 139/2004/EG selbst nicht enthalten, vielmehr sieht Erwägungsgrund 26 vor, dass „eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs (...) im Allgemeinen aus der Begründung oder Stärkung einer beherrschenden Stellung (resultiert)“. Daraus ist jedoch nicht zu folgern, dass mit der Feststellung der Stärkung einer marktbeherrschenden Stellung in jedem Fall eine erhebliche Behinderung des Wettbewerbs angenommen werden muss. Bereits in Randnummer 1 der Horizontalleitlinien gibt die Kommission nämlich vor, dass es gem. Art. 2 Abs. 2, 3 VO 139/2004/EG ihre

Markt neutralisierende Wirkung des Wettbewerbs im Wege der der Änderung von markt- und unternehmensbezogenen Strukturen in noch höherem Maße eingeschränkt wird, als dies schon vor dem Zusammenschluss der Fall war“. Anders noch, BKartA, Beschl. v. 12.05.1976, Az. B 7 U 67/75 – GKN/Sachs, WuW/E BKartA, 1625, 1629, das als Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung „jede nach allgemeiner wirtschaftlicher Erfahrung spürbare Vergrößerung des durch die marktbeherrschende Stellung gewährten Verhaltensspielraums“ ansah.

Aus jüngerer Zeit vgl. BGH, Beschl. v. 11.11.2008, Az. KVR 60/07 – E.ON/Stadtwerke Eschwege, WuW/E DE-R, 2451, 2461; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 2.11.2005, Az. VI-Kart30/04 (V) – Rethmann/GfA Köthen, WuW/E DE-R, 1625, 1629 sowie BKartA, Beschl. v. 30.09.2005, Az. B 9 – 50/05 – Railion/RBH, WuW/E DE-V 1113, 1122 f. Anders hat sich das Bundeskartellamt jedoch im Fall verschiedener Beteiligungen von Energie-Verbundunternehmen an Stadtwerken entschieden. Hier gab das Bundeskartellamt teilweise den Kauf von Beteiligungen unter der Anwendung von Spürbarkeitsgrenzen frei, vgl. *Mestmäcker/Veelken*, in Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Auflage 2007, § 36 Rn. 182 Fn. 30. Kritisch dazu vgl. Monopolkommission, 15. Hauptgutachten 2003, Rn. 686 unter Hinweis auf die zuvor skizzierte ständige Rechtsprechung.

²²⁵ BGH, Beschl. v. 21.02.1978, Az. KVR 4/77 – Kfz-Kupplungen, WuW/E BGH, 1501, 1512, bestätigt in BGH, Beschl. v. 7.07.1992, Az. KVR 14/91 – Warenzeichenübertragung, WuW/E BGH, 2783, 2793.

²²⁶ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.04.2003, Az. Kart 9/00 (V) – Melitta/Airflo, WuW/E DE-R 1114, 1116ff. Das OLG Düsseldorf hob hier die Untersagung des Zusammenschlusses durch das Bundeskartellamt auf, da ein Marktanteilszuwachs von ca. 0.4% mit darüber hinaus abnehmender Tendenz nicht ausreiche, um die Annahme einer Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zu begründen. Allerdings i.E. aufgehoben durch BGH, Beschl. v. 5.10.2004, WuW/E DE-R 1355, 1358ff.

²²⁷ BGH, Beschl. v. 18.12.1979, Az. KVR 2/79 – Springer-Elbe/Wochenblatt, WuW/E BGH 1685, 1692.

²²⁸ *Ruppelt*, in Langen/Bunte, Deutsches Kartellrecht, 11. Auflage 2010, § 36 Rn. 38 Die Gefahr solcher gezielter Akquisitionsstrategien im Wege der „Salami-Taktik“ aufwerfend auch Bundeskartellamt, Marktbeherrschungs- und SIEC-Test – Eine Bestandsaufnahme, Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht, 24.09.2009, S. 7.

²²⁹ Aus § 71 Abs. 5 S. 1 GWB ergibt sich eine umfassende Kontrollbefugnis. Es besteht weder ein überprüfungsfreier Beurteilungsspielraum bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, noch ein kontrollfreier Ermessensspielraum; *Kühnen*, in Loevenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Auflage 2009, § 71 Rn. 50. So auch *Richter*, in Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 2. Auflage 2008, § 21 Rn. 69.

Aufgabe ist, zu ermitteln, ob ein Zusammenschluss einen wirksamen Wettbewerb spürbar behindert, d.h. ob der Zusammenschluss die Marktmacht der Unternehmen „spürbar“ erhöhen würde.²³⁰

- 92 Spürbar ist nicht bereits jede Möglichkeit zur einseitigen Preiserhöhung bzw. jede Erleichterung koordinierten Verhaltens.²³¹ Im Ergebnis ist dieses Verständnis der Kommission auch im Wortlaut von Art. 2 Abs. 2, 3 VO 139/2004/EG angelegt. Die Tatsache, dass das Regelbeispiel erfüllt ist, macht die Prüfung der erheblichen Wettbewerbsbehinderung nicht entbehrlich.²³² Diese Einschränkung kann daher insbesondere Auswirkungen auf die Erfassung von Unilateralfällen im Wege des Ansatzes des „third party dominance“-Konzepts haben.²³³ Die in diesen Konstellationen auftretenden Handlungsspielräume sind teils so gering, dass ihre Spürbarkeit sorgfältig festzustellen wäre.²³⁴
- 93 Eine besondere Ausprägung erfährt das Spürbarkeitskriterium im Fall der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens.²³⁵ In diesem Fall gelten grundsätzlich die zu Art. 101 Abs. 1 AEUV entwickelten Kriterien, so dass die Kommission, wenn auch nicht ausdrücklich, die Marktanteilsschwellen aus der sog. Bagatellbekanntmachung²³⁶ berücksichtigt.
- 94 Unterschiede bestehen im Vergleich zum deutschen Recht auch im Hinblick auf die gerichtliche Überprüfbarkeit der Entscheidung. Die Unionsgerichte prüfen in Wettbewerbssachen, da es sich um die Nachprüfung von Entscheidungen zu komplexen wirtschaftlichen Sachverhalten handelt, nur eingeschränkt und billigen der Kommission einen weiten Entscheidungsspielraum zu.²³⁷ Dieser wird lediglich dann als verletzt betrachtet, wenn die Würdigung der Tatsachen durch die Kommission offensichtlich fehlerhaft ist.²³⁸

c) Bewertung

- 95 Mit der Einführung des SIEC Kriteriums wird bei entsprechender Übernahme aus dem europäischen Recht bereits auf Ebene des Tatbestandes das Kriterium der „Erheblichkeit“ mit übernommen. Mit der Übernahme einher geht *u.E.* auch die Einführung einer expliziten Spürbarkeitsprüfung. Diese kann in einzelnen Fällen unter Umständen dann auch dazu führen, dass das Untersagungskriterium enger zu fassen ist als vor seiner Änderung, da die bloße Tatsache der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung unter Umständen nicht mehr zur Rechtfertigung einer Untersagung ausreicht.²³⁹ Davon ging auch das

²³⁰ *Riesenkampff/Lehr*, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Auflage 2009, Art. 2 FKVO Rn. 53.

²³¹ *Riesenkampff/Lehr*, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Auflage 2009, Art. 2 FKVO Rn. 55.

²³² *Ehricke* weist dem Kriterium der Erheblichkeit eine allein zeitliche Komponente zu. Eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung weise eine gewisse Nachhaltigkeit auf, sodass der unkontrollierbare Verhaltensspielraum der Beteiligten hinreichend stabil sein müsse, in FK, 58. Lfg. Oktober 2005, Art. 2 FKVO Rn. 123f. Kritisch dazu, *Immenga/Körber*, in Immenga/Mestmäcker, EG Recht, 4. Auflage 2007, Art. 2 FKVO Rn. 197ff.

²³³ Vgl. näher bereits unter II.3.

²³⁴ Vgl. *Kühnen*, KSzW 2011, 3, 6, der davon ausgeht, dass die meisten dieser Fälle, die Schwelle zur Erheblichkeit nicht überschreiten dürften, insbesondere nicht bei der Betrachtung im deutschen Recht, da aufgrund von Art. 14 GG in diesem Fall keine geringen Anforderungen an die Erheblichkeit gestellt werden dürften.

²³⁵ *Lindemann*, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Auflage 2009, Art. 2 FKVO Rn. 193; *Schröer*, in FK, 60. Lfg. Juni 2006, Art. 2 FKVO Rn. 290. In Einzelfällen wurde die Spürbarkeit dabei auch bei höheren kombinierten Marktanteilen abgelehnt. Zur Entscheidungspraxis der Kommission im Fall von Gemeinschaftsunternehmen, vgl. *Schröer*, in FK, 60. Lfg. Juni 2006, Art. 2 FKVO Rn. 291.

²³⁶ Kommission, Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gem. Art. 81 Abs. 1 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken („de minimis“), ABl. 2001/C 368/7, S. 13ff.

²³⁷ *Schütte*, in Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 2. Auflage 2008, § 49 Rn. 227. Die Gerichte beschränken sich auf die Überprüfung der Einhaltung von Verfahrensvorschriften, des Vorliegens einer ausreichenden Begründung, der zutreffende Feststellung des Sachverhaltes sowie des Nichtvorliegens einer fehlerhaften Würdigung und eines Ermessensmissbrauchs.

²³⁸ EuGH, Urt. v 29.05.1997, Rs. C-26/96 – Rotexchemie, Rn. 11. Für einen Eindruck davon welchen Umfang diese Kontrolle in praxi gleichwohl erreichen kann, vgl. Fn. 68ff.

²³⁹ *Wagemann*, in Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 2. Auflage 2008, § 16 Rn. 55.

Bundeswirtschaftsministerium bereits im Jahr 2004 im Rahmen der Diskussion über eine Neufassung des § 36 Abs. 1 GWB aus.²⁴⁰

96 Das Bundeskartellamt ist der Ansicht, dass die „*sliding scale*“, d.h. der variierende Prüfungsmaßstab, je nach der Wettbewerbsintensität des Marktes, auch in den SIEC Test integriert werden könne und verweist zur Begründung auf die Horizontalleitlinien der Kommission.²⁴¹ Die Tatsache, dass unter bestimmten Umständen auch der Zusammenschluss mit einem potentiellen Wettbewerber untersagt werden könne²⁴², zeige, dass die Wettbewerbsintensität des Marktes bei der Beurteilung der Untersagungsvoraussetzungen Berücksichtigung findet. Allerdings setzt der SIEC-Test auch dann noch voraus, dass spürbare wettbewerbswidrige Wirkungen entstehen.²⁴³

97 Mit dem Spürbarkeitskriterium käme dabei nicht nur auf das Bundeskartellamt ein neuer Prüfauftrag zu. Da es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, unterliegt die Spürbarkeit der Wettbewerbsbehinderung der umfassenden Nachprüfung durch die deutschen Gerichte. Anders als auf europäischer Ebene, kommt der Kartellbehörde in Deutschland bei der Bewertung wirtschaftlicher Sachverhalte kein gerichtskontrollfester Entscheidungsspielraum zu.²⁴⁴ Die Gerichte werden aufgefordert sein, unter Berücksichtigung der Praxis von Kommission und Gerichtshof, zu beurteilen, ob es sich um eine spürbare Wettbewerbsbehinderung handelt oder nicht.

3. Modifikation der „Rechtfertigungsgründe“

98 Sowohl das europäische wie auch das deutsche Fusionskontrollregime verfügen über Korrektive, die eine Freigabe des Zusammenschlusses ermöglichen, obwohl die Voraussetzungen des jeweiligen Untersagungskriteriums zunächst erfüllt sind. Diese Instrumente lassen sich dabei begrifflich unter den Terminus „Rechtfertigungsgründe“ fassen²⁴⁵, unterscheiden sich im Hinblick auf ihre Wirkungsweise jedoch voneinander. Gemein ist ihnen, dass sie seitens der Unternehmen vorzubringen sind und eine Berücksichtigung von Amts wegen nicht erfolgt.²⁴⁶ Dies wird regelmäßig daraus abgeleitet, dass einerseits eine

²⁴⁰ BMWi, 21.06.2004, Diskussionspapier für die Neufassung von § 36 Abs. 1 GWB, S. 4 (unveröffentlicht) „Zugleich wird wie im europäischen Recht eine ausdrückliche Erheblichkeitsschwelle eingeführt. Das Bundeskartellamt darf einen Zusammenschluss nur bei einer erheblichen Veränderung der Wettbewerbsintensität verbieten. Erst wenn die Reduzierung der Wettbewerbsintensität einen spürbaren Nachteil für die Verbraucher erwarten lässt, ist eine Untersagung gerechtfertigt.“ (Hervorh. d. Verf.)

Die Frage, ob „in Folge einer Übernahme des SIEC-Tests (...) Anforderungen an die eine Untersagung tragenden Verstärkungswirkungen im Sinne eines zusätzlichen Spürbarkeitskriteriums (bestehen)“ offen lassend, Bundeskartellamt, Marktbeherrschungs- und SIEC-Test – Eine Bestandsaufnahme, Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht, 24. 09.2009, S. 7.

²⁴¹ Bundeskartellamt, Marktbeherrschungs- und SIEC-Test – Eine Bestandsaufnahme, Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht, 24.09.2009, S. 7

²⁴² Kommission, Horizontalleitlinien, Rn. 58ff.

²⁴³ Dies räumt auch das Bundeskartellamt in seiner Betrachtung ein, *ibid.* S. 7.

²⁴⁴ Insbesondere hat der Harmonisierungswille des Gesetzgebers keine Auswirkungen auf den Umfang der gerichtlichen Kontrolle. Die Anpassung des Untersagungskriteriums führt daher nicht zur Begründung eines Beurteilungsspielraums des Bundeskartellamtes.

²⁴⁵ *Riesenkampff/Lehr*, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Auflage 2009, Art. 2 FKVO Rn. 165 unter Verweis darauf, dass dieser Terminus nicht im rechtstechnischen Sinne zu verstehen ist, sondern aus der Tatsache abzuleiten ist, dass auf entsprechende Einwendung seitens der betroffenen Unternehmen ein Zusammenschlussvorhaben dennoch freigegeben werden kann. Kritischer zur Terminologie *Immenga/Körber*, EG-Wettbewerbsrecht, 4. Auflage 2007, Art. 2 FKVO Rn. 383 m.w.N. Insbesondere ist insoweit zu beachten, dass es dennoch bei dem integrierten und insoweit „einstufigen“ Prüfungskonzept der Wettbewerbsanalyse bleibt, wenn auch diese – wie in konzeptioneller Hinsicht dargestellt wurde – in zwei Prüfungsstufen unterteilt werden kann. Vgl. bereits IV.1.c). Während ein Rechtfertigungsansatz im eigentlichen Sinne gerade dadurch gekennzeichnet ist, dass zuvor eine tatsächliche Feststellung der Wettbewerbsbeeinträchtigung erfolgt, gegen die als „*defense*“ bestimmte Einwendungen geltend gemacht werden können, ist die Berücksichtigung hier nach dem klassischen Modell von *Williamson* integriert aufgebaut, sodass eine Abwägung erfolgt, innerhalb derer etwa Effizienzen als ein Prüfungspunkt Berücksichtigung finden.

²⁴⁶ *Albers/Hacker*, in Schröter/Jakob/Meederer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2003, Art. 2 FKVO Rn. 412; *Riesenkampff/Lehr*, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Auflage 2009, Art. 2 FKVO Rn. 165, 166, 174 f.; vgl. exemplarisch auch Kommission, Entsch. v. 03.02.1999, Az. IV/M.1221 – Rewe/Meinl, Rn. 64 („Die Beweislast für einen fehlen-

asymmetrische Informationsverteilung vorliegt, nach der nur die Unternehmen über die erforderlichen komplexen Angaben verfügen und ferner eine solche Sachlage nur im Ausnahmefall vorliegt und damit für die Kartellbehörde bei Feststellung der Wettbewerbsbeeinträchtigung gleichsam eine Vermutung greift, die seitens der Unternehmen gegebenenfalls zu widerlegen ist. Mit der Novellierung der Fusionskontrollverordnung im Jahr 2004 wurden diese „Rechtfertigungsgründe“ näher ausdifferenziert. Von besonderer Bedeutung ist insoweit die in Erwägungsgrund 29 VO 139/2004/EG aufgenommene Möglichkeit der Berücksichtigung von Effizienzen im Rahmen der Wettbewerbsanalyse.

99 § 36 Abs. 1 2. Hs. GWB enthält demgegenüber die sog. Abwägungsklausel. Weisen die Zusammenschlussbeteiligten nach, „dass durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und dass diese Verbesserungen die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen“, ist der Zusammenschluss trotz der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch das Bundeskartellamt freizugeben.

100 Im Rahmen der 8. GWB-Novelle stellt sich somit die Frage, ob mit einer Adaption des SIEC-Tests unter gleichzeitigem Harmonisierungsbestreben des Untersagungstatbestandes von nationaler und europäischer Fusionskontrolle im Sinne einer Anpassung ersterer an letztere zugleich auch eine Harmonisierung mit den in der VO 139/2004/EG implementierten „Rechtfertigungsgründen“, insbesondere eine Einführung der Berücksichtigung von Effizienzen, einhergehen muss.

a) Rechtslage nach dem GWB

101 Ein erstes Korrektiv, das jedoch systematisch bereits im Rahmen des Tatbestands greift, ist das Konzept der sog. Sanierungsfusion.²⁴⁷ Das GWB kennt keine explizite Sanierungsklausel²⁴⁸, die Fälle werden daher im Rahmen der Kausalität des Zusammenschlusses für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung geprüft.²⁴⁹ Diese fehlt in Fällen, in denen die marktbeherrschende Stellung auch ohne den Zusammenschluss entstanden oder verstärkt worden wäre. Das Bundeskartellamt nimmt dies unter drei kumulativen Bedingungen an: Auch ohne den Zusammenschluss scheidet das Unternehmen aus dem Markt aus (1), zur Übernahme durch das marktbeherrschende Unternehmen gibt es keine Alternative (2) und im Fall des Ausscheidens aus dem Markt, fiel der Marktanteil des Unternehmens ohnehin im Wesentlichen dem Erwerber zu (3).²⁵⁰

den Kausalzusammenhang (im Fall der Sanierungsfusion) trifft (...) die fusionierenden Unternehmen.“). Vgl. – in Bezug auf die Berücksichtigung von Effizienzen – auch Kommission, Horizontalleitlinien, Rn. 87.

²⁴⁷ Ihren Ursprung hat die Sanierungsfusion im Fall *International Shoe Company/FTC*. In diesem Fall wurde die Fusion der seinerzeit weltweit größten Schuhhersteller freigegeben. Das Zielunternehmen war unmittelbar von der Insolvenz bedroht und verfügte in Folge einer erheblichen Reduktion seines Vermögens nur über geringe Erfolgsaussichten für eine Sanierung. Der Supreme Court stützte seine Entscheidung danach insbesondere auf die Erwägung des Schutzes von Aktionären, Vertragspartnern und Angestellten, der anders als durch eine Übernahme seitens des bis dato größten Wettbewerbers nicht zu gewährleisten wäre. Hier wurde erstmalig zwischen der „*failing firm defense*“ als Betroffenheit eines Unternehmens insgesamt und der „*failing division defense*“ als Betroffenheit lediglich eines Geschäftsbereichs unterschieden. Vgl. Supreme Court, Entsch. v. 06.01.1930, 208 U.S. 291 – *International Shoe Company/FTC*. Näher auch Supreme Court, Entsch. v. 10.03.1969, 394 U.S. 131 – *Citizen Publishing Company/United States*. Zur Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes u.a. BKartA, Beschl. v. 10.12.2002, Az. B 6 – 98/02 – Tagesspiegel/Berliner Zeitung, WuW/E DE-V 695, 704f.; BKartA, Beschl. v. 2.05.2003, Az. B 3 – 8/03 – Aijnomoto/Orsan, WuW/E DE-V, 777, 784; BKartA, Beschl. v. 10.03.2005, Az. B 10 – 123/04 – Rhön/Grabfeld, WuW/E DE-V 1087, 1102ff., BKartA, Beschl. v. 11.04.2006, Az. B 6 -142/05 – RTL/n-tv, WuW/E DE-V 1226, 1233f.; BKartA, Beschl. v. 6.06.2007, Az. B 3 – 6/07 – LBK Hamburg/Mariahilf, WuW/E DE-V 1407, 1421f.

²⁴⁸ Nach *Mestmäcker/Veelken*, in Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Auflage 2007, § 36 Rn. 328, hielt der Gesetzgeber diese nicht für nötig, da in der Regel die Voraussetzungen der Zusammenschlusskontrolle nicht vorlägen.

²⁴⁹ *Ruppelt*, in Langen/Bunte, Deutsches Kartellrecht, 11. Auflage 2010, § 36 Rn. 42.

²⁵⁰ *Mestmäcker/Veelken*, in Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Auflage 2007, § 36 Rn. 329. Nach ihrer Sicht kommt es jedoch nicht allein auf eine Betrachtung der Marktanteile an, sondern auch auf die übrigen Ressourcen des sanierungsbedürftigen Unternehmens. Eine hohe Anzahl potentieller Bewerber kann einen hohen Dekonzentrationseffekt bedeuten und somit eine Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen bewirken. Zum Übergang der Marktanteile vgl. auch BGH, Beschl. v. 23.10.1979, Az. KVR

- 102 Im Hinblick auf das letzte Erfordernis deutete das Bundeskartellamt zuletzt jedoch an, zukünftig allgemeiner darauf abzustellen, ob „sich die Wettbewerbsverhältnisse durch die Fusion nicht schlechter darstellen würden, als es bei einem Ausscheiden des zu übernehmenden Unternehmens der Fall wäre“.²⁵¹ Die Darlegungs- und Beweislast liegt bei den Zusammenschlussbeteiligten.²⁵² Insbesondere ist darzulegen, dass kein anderer möglicher Erwerber Interesse zeigt, dessen Erwerb weniger nachteilig für den Wettbewerb wäre.²⁵³ Die Wirkungen, die auf dem beherrschten Markt eintreten, werden dabei bereits im Rahmen des Untersagungskriteriums geprüft, Wirkungen, die auf anderen Märkten eintreten, fallen unter § 36 Abs. 1 2. Hs. GWB.²⁵⁴
- 103 Während andere Rechtsordnungen entweder einen Effizienzeinwand (in Gestalt einer „*efficiency defense*“ oder eines integrierten Ansatzes²⁵⁵) oder einen umfassenden Erlaubnisgrund des öffentlichen Interesses („*public interest test*“) als Korrektiv in der Fusionskontrolle einsetzen, kommt im GWB die Abwägungsklausel zum Tragen.²⁵⁶ Bei ihrer Anwendung kann das Bundeskartellamt lediglich Verbesserungen der Marktstruktur anerkennen.²⁵⁷ Außerhalb wettbewerblicher Auswirkungen liegende Aspekte können allenfalls im Rahmen einer Ministererlaubnis nach § 42 GWB Berücksichtigung finden.
- 104 Die Besonderheit der Abwägungsklausel ist, dass in die Betrachtung die Verbesserung der Bedingungen auf dritten Märkten einfließt, die nicht unmittelbar durch das Zusammenschlussvorhaben betroffen sind.²⁵⁸ Einer besonderen Beziehung zwischen den Märkten bedarf es nicht. In der Regel handelt es sich in den Anwendungsfällen der Abwägungsklausel jedoch um Märkte, zwischen denen Substitutionskonkurrenz besteht, oder um vor- oder nachgelagerte Märkte.²⁵⁹ Entscheidend ist nach ständiger Rechtsprechung, dass die Verbesserungen kausal aus dem Zusammenschluss folgen. Lassen sich die Verbesse-

3/78 – Zementmahlanlage II, WuW/E BGH, 1655, 1660. Zu den einzelnen möglichen Konstellationen vgl. *Rieger*, in FK GWB, 60. Lfg. Juni 2006, § 36 Rn. 78.

²⁵¹ BKartA, Fallbericht v. 10.09.2009, Az. B 6 – 67/09 – Ebersbacher Zeitung/Rhein-Neckar-Zeitung, S. 3 unter Verweis auf Monopolkommission, 42. Sondergutachten, Die Pressefusionskontrolle in der Siebten GWB-Novelle 2004, Rn. 140, „Nach Ansicht der Monopolkommission sollte es deshalb für eine Sanierungsfusion ausreichen, dass sich die Wettbewerbsverhältnisse durch die Fusion nicht schlechter darstellen werden, als es bei einem Ausscheiden des zu übernehmenden Unternehmens der Fall wäre“.

²⁵² BKartA, Beschl. v. 24.11.2007, Az. B 6 – 158/07 – Lotto Rheinland Pfalz, WuW/E DE-V 1517, 1533.

²⁵³ *Rieger*, in FK GWB, 60. Lfg. Juni 2006, § 36 Rn. 77.

²⁵⁴ BKartA, Tätigkeitsbericht 1979, S. 79f. zu dem Beschl. Karstadt/Neckermann, der trotz einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung im Bereich des Warenhaus-Einzelhandels freigegeben wurde, um in den Bereichen Versandhandel und Touristik weitere Verschlechterungen zu verhindern.

²⁵⁵ Zur Differenzierung vgl. auch IV.3.b).

²⁵⁶ *Grave*, KSzW 2011, 57, der die Abwägungsklausel daher als auf internationaler Ebene einzigartig bezeichnet. Sie stellt eine Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips in Form des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dar und sichert die Rechte aus Art. 2 und 14 GG; *Richter*, in Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 2. Auflage 2008, § 20 Rn. 153.

²⁵⁷ So bereits BGH, Beschl. v. 12.12.1978, Az. KVR 6/77 – Erdgas Schwaben, WuW/E BGH, 1533, 1539 sowie BGH, Beschl. v. 8.09.1994, Az. KVR 8/93 – Anzeigenblätter II, WuW/E BGH, 2899, 2092 f. Bloße betriebswirtschaftliche Vorteile, die durch den Zusammenschluss auf Seiten der Unternehmen eintreten, genügen also nicht, wenn sie nicht zugleich mit einer Verbesserung der Marktstruktur verbunden sind. Hierzu *Rieger*, in FK, 60. Lfg. Juni 2006, § 36 Rn. 79 und *Ruppelt*, in Langen/Bunte, Deutsches Kartellrecht, 11. Auflage 2010, § 36 Rn. 49.

Mangels einer Definition des Merkmals „Marktstruktur“ orientiert sich die Praxis an den gleichen Merkmalen wie im Fall der Prüfung von Marktbeherrschung, vgl. BKartA, Beschl. v. 3.04.2008, Az. B 7 – 200/07 – Kabel Deutschland, WuW/E DE-V, 1567, 1573. *Grave* schlägt als „Faustformel“ vor, dass der Zusammenschluss „die Zahl, Größe oder Ressourcen-Ausstattung der auf dem Verbesserungsmarkt tätigen Unternehmen verändern muss“. Vgl. *Grave*, KSzW 2011, 57, 59.

²⁵⁸ *Kahlenberg/Peter*, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Auflage 2009, § 36 Rn. 178. Dies folgt daraus, dass Verbesserungen, die auf den betroffenen Märkten eintreten, bereits bei der Prüfung des Untersagungskriteriums zu berücksichtigen sind, sodass die gesonderte Abwägung nur in Betracht kommt, wenn es um dritte Märkte geht. So auch *Ruppelt*, in Langen/Bunte, Deutsches Kartellrecht, 11. Auflage 2010, § 36 Rn. 50. Vgl. auch BKartA, Beschl. vom 30.09.2005, Az. B 9 – 50/05 – Railion/RBH, WuW/E DE-V, 1113, 1124 und BKartA, Marktbeherrschungs- und SIEC-Test – Eine Bestandsaufnahme, Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht am 24.09.2009, S. 10.

²⁵⁹ *Kahlenberg/Peter*, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Auflage 2009, § 36 Rn. 178; BGH, Beschl. v. 12.12.1978, Az. KVR 6/77 – Erdgas Schwaben, WuW/E BGH, 1533, 1538ff. sowie BKartA, Beschl. v. 12.10.2007, Az. B 8 – 59/07 – trac-x, WuW/E DE-V 1500, 1504ff.

rungen auch auf anderem Wege erreichen, ist die Anwendung der Abwägungsklausel ausgeschlossen.²⁶⁰ Nicht geklärt ist bis dato, ob die Verbesserungen bereits unmittelbar durch den Zusammenschluss entstehen müssen, oder ob auch durch Nebenbestimmungen bewirkte Verbesserungen berücksichtigungsfähig sind.²⁶¹

105 Die Zusammenschlussparteien tragen die Darlegungs- und Beweislast für die Anwendungsvoraussetzungen der Abwägungsklausel²⁶², wobei im Fall der Kausalität des Zusammenschlusses für die Verbesserungen der Nachweis einer hohen Wahrscheinlichkeit ausreicht.²⁶³ Tragen die Parteien hierzu schlüssig vor, können sie den Nachweis aber nicht selbst erbringen, ist es am Bundeskartellamt diesbezügliche Ermittlungen vorzunehmen.²⁶⁴

106 Eine Freigabe aufgrund der Abwägungsklausel erfordert jedoch, dass die Verbesserungen die Nachteile der Marktbeherrschung nicht lediglich aufwiegen, sondern gemäß des Wortlauts des § 36 Abs. 1 2. Hs. GWB überwiegen.²⁶⁵ In der Literatur wird das Überwiegenserfordernis kritisiert. Das Kriterium sei materiell ungerechtfertigt und verfassungsrechtlich bedenklich.²⁶⁶ Vielmehr müsse es für die Freigabe des Zusammenschlusses genügen, wenn die Verschlechterungen „aufgewogen“ würden.²⁶⁷

²⁶⁰ *Kahlenberg/Peter*, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Auflage 2009, § 36 Rn. 179; *Ruppelt*, in Langen/Bunte, Deutsches Kartellrecht, 11. Auflage 2010, § 36 Rn. 52; jeweils unter Hinweis auf BGH, Beschl. v. 12.12.1978, Az. KVR 6/77 – Erdgas Schwaben, WuW/E BGH, 1533, 1540. Zur Feststellung der Kausalität bedarf es daher eines Vergleiches der Marktstrukturen mit und ohne Zusammenschluss. Nach BKartA, Beschl. v. 3.04.2008, B 7 – 200/07 – Kabel Deutschland, WuW/E DE-V, 1567, 1574 f. genügt es, dass „mit erheblichen zusätzlichen Impulsen durch den Zusammenschluss gerechnet werden (kann)“, die zu der Belebung des Wettbewerbs hinzukommen.

²⁶¹ Die Praxis des Bundeskartellamtes ist insoweit uneinheitlich, eine gerichtliche Entscheidung darüber liegt soweit ersichtlich noch nicht vor. Vgl. BKartA, Beschl. v. 3.07.2000, Az. B 8 U – 309/99 – RWE/VEW, WuW/E DE-V 301, 312; BKartA, Beschl. v. 19.12.2007, Az. B 8 123/07 – E.ON Avacon/WEVG, Rn. 25; BKartA, Beschl. v. 23.10.2007, Az. B 8 93/07 – RWE/SWKN, Rn. 34f abrufbar unter www.bundeskartellamt.de.

Für die Möglichkeit der Berücksichtigung von Nebenbestimmungen auch *Rieger*, FK GWB, 60. Lfg. Juni 2006, § 36 Rn. 76, der allerdings davon ausgeht, dass die kompensierende Wirkung im Regelfall nicht für die Anwendung der Abwägungsklausel genügen werde. Anders *Ruppelt*, in Langen/Bunte, Deutsches Kartellrecht, 11. Auflage 2010, § 36 Rn. 56, „(...) Dies gilt in i.d.R. auch für Zusagen bzw. Bedingungen und Auflagen, die nicht auf die Beseitigung der Strukturverschlechterungen auf dem vom Zusammenschluss betroffenen Markt, sondern auf eine Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen auf anderen Märkten gerichtet sind, da diese nicht durch den Zusammenschluss verursacht werden“.

²⁶² OLG Düsseldorf, Beschl. v. 18.10.2006, Az. VI-Kart 2/05 (V) – SES/DPC, WuW/E DE-R, 1845, 1850.

²⁶³ BGH, Beschl. v. 12.12.1978, Az. KVR 6/77 – Erdgas Schwaben, WuW/E BGH, 1533, 1540; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 18.10.2006, Az. VI-Kart 2/05 (V) – SES/DPC, WuW/E DE-R, 1845, 1853.

²⁶⁴ *Richter*, in Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 2. Auflage 2008, § 20 Rn. 165; *Ruppelt*, in Langen/Bunte, Deutsches Kartellrecht, 11. Auflage 2010, § 36 Rn. 57. So auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 18.10.2006, Az. VI-Kart 2/05 (V) – SES/DPC, WuW/E DE-R, 1845, 1853.

²⁶⁵ Zu den Anforderungen an das „Überwiegen“ vgl. BGH, Beschl. v. 29.09.1981, Az. KVR 2/80 – Zeitungsmarkt München, WuW/E BGH, 1854, 1861. Zu berücksichtigen sind das jeweilige Gewicht und die Bedeutung der betroffenen Märkte. Ist der Markt, auf dem es zu einer marktbeherrschenden Stellung kommt, im Vergleich zu dem Markt, auf dem die Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten von überragender Bedeutung, können die Verbesserungen jedenfalls nicht überwiegen. Nach Ansichten in der Literatur, darf jedoch nicht verlangt werden, dass die Verbesserungen auf dem Markt, auf dem sie eintreten, zur Beseitigung einer auf diesem bestehenden marktbeherrschenden Stellung führen, *Kahlenberg/Peter*, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Auflage 2009, § 36 Rn. 180; *Mestmäcker/Veelken*, in Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Auflage 2007, § 36 Rn. 333. So auch OLG Düsseldorf Beschl. v. 18.10.2006, Az. VI-Kart 2/05 (V) – SES/DPC, WuW/E DE-R, 1845, 1851, „Jedoch können anders als das BKartA meint wettbewerbliche Verbesserungen auf einem Drittmarkt nicht nur dann berücksichtigt und in die erforderliche Abwägung eingestellt werden, wenn dieser Markt von einem Unternehmen beherrscht wird. Der Wortlaut der Vorschrift und die Gesetzesmaterialien geben für eine solche restriktive Sichtweise nichts her.“ Anders demgegenüber noch BKartA, Beschl. v. 22.02.2002, Az. B 7 – 168/01 – Liberty/Viola, WuW/E DE-V 558, 565, „Eine Verbesserung kann daher spiegelbildlich nur dann die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen, wenn sie geeignet ist, Marktbeherrschung abzubauen oder zumindest abzumildern. Auch wäre, forderte man keine Beherrschung auf den Verbesserungsmärkten, unklar, was unter einer Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen zu verstehen ist“. So auch BKartA, Beschl. v. 28.12.2004, Az. B 7 – 150/04 – SES/DPC, WuW/E DE-V, 1039, 1042, mit dem Hinweis, dass eine extensive Auslegung der Vorschrift bedeuten würde, dass es insbesondere bei konglomeraten Zusammenschlüssen, die eine Vielzahl von Märkten betreffen, zu einer Aufweichung der Fusionskontrolle kommen könnte.

²⁶⁶ *Kahlenberg/Peter*, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Auflage 2009, § 36 Rn. 180; *Bechtold*, GWB, 5. Auflage 2008, § 36 Rn. 27.

²⁶⁷ Dagegen *Grave*, KSzW 2011, 57, 61 mit dem Hinweis, dass eine solche Interpretation die umverteilende Wirkung der Abwägungsklausel vernachlässige. Das Überwiegenserfordernis stelle darüber hinaus eine Absicherung gegen Unwägbarkeiten dar, die der Abwägungsspielraum bei einer Behördenentscheidung mit sich bringt.

- 107 Das dritte Korrektiv für den Fall, dass zunächst eine Untersagung durch das Bundeskartellamt erfolgt ist, ist die Ministererlaubnis gem. § 42 GWB.²⁶⁸ In diesem Verfahren geht es nicht um eine Berücksichtigung wettbewerblicher Aspekte. Vielmehr greift es, wenn „die Wettbewerbsbeschränkung von gesamtwirtschaftlichen Vorteilen des Zusammenschlusses aufgewogen wird oder der Zusammenschluss durch ein überragendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt ist“.²⁶⁹ § 42 Abs. 1 S. 1 GWB. Satz 2 ermöglicht darüber hinaus auch die Berücksichtigung der Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen auf Märkten außerhalb des Geltungsbereiches des GWB. Der Minister ist dabei an die Feststellungen des Bundeskartellamtes betreffend die wettbewerblichen Wirkungen gebunden. Eine Überprüfung der Untersagungsentscheidung findet nicht statt²⁷⁰, es sei denn die Feststellungen sind offensichtlich unplausibel, spekulativ oder widersprüchlich.²⁷¹
- 108 Inhaltlich geht es in dem Verfahren lediglich um die Abwägung der gesamtwirtschaftlichen Vor-, mit den wettbewerblichen Nachteilen des Zusammenschlusses.²⁷² Gem. § 42 Abs. 1 S. 2 GWB kann in die Abwägung auch die Erhaltung oder der Ausbau der Wettbewerbsfähigkeit auf Auslandsmärkten eingestellt werden.²⁷³
- 109 In der Praxis ist das Instrument der Ministererlaubnis selten geblieben.²⁷⁴ Seit ihrer Einführung wurden 21 Anträge gestellt; 8 hatten Erfolg.²⁷⁵ Auch gegen die Entscheidung im Verfahren nach § 42 GWB steht dem Antragsteller der Rechtsweg mit der Anfechtungsbeschwerde gem. § 63 Abs. 1 GWB offen. Anders als bei Entscheidungen des Bundeskartellamtes ist die gerichtliche Kontrolldichte jedoch eingeschränkt. In entsprechender Anwendung des § 71 Abs. 5 S. 2 GWB – unmittelbar betrifft dieser le-

²⁶⁸ Das Verfahren wurde 1973 in das GWB eingeführt, da man befürchtete, die Abwägungsklausel werde nicht genügen, um in allen Fusionskontrollfällen Ergebnisse zu erzielen, die dem Allgemeininteresse entsprechen; *Riesenkampff/Lehr*, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Auflage 2009, § 42 Rn. 1.

²⁶⁹ Der Begriff der gesamtwirtschaftlichen Vorteile ist ein Unterfall der Interessen der Allgemeinheit, *Bechtold*, GWB, 5. Auflage 2008, § 42 Rn. 7, der auf die Berücksichtigung wirtschaftlicher Umstände beschränkt ist; *Riesenkampff/Lehr*, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Auflage 2009, § 42 Rn. 5. Über die Alternative der überragenden Interessen der Allgemeinheit können auch nicht wirtschaftliche Aspekte Berücksichtigung finden, d.h. sozial-, regional-, militär- oder gesundheitspolitische Aspekte. Beispiele für beide Fallgruppen bei *Bechtold*, GWB, 5. Auflage 2008, § 42 Rn. 9.

²⁷⁰ BMWi, Verfügung v. 26.06.1975, Az. IB 6 – 221024/16 – VAW-Kaiser, WuW/E BWM 149; BMWi, Verfügung v. 5.07.2002, Az. I B 1 – 220840/129 – E.ON Ruhrgas, WuW/DE-V, 573, 581; *Riesenkampff/Lehr*, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Auflage 2009, § 42 Rn. 3 Fn. 7 unter Verweis auf das 3. Sondergutachten der Monopolkommission, S. 33ff. A.A. *Bechtold*, GWB, 5. Auflage 2008, § 42 Rn. 5, da der Minister in diesem Fall an bereits als falsch erkannte Feststellungen des BKartA gebunden wäre. Der Minister sei verpflichtet, sich sein eigenes Bild zu machen, dies könne er nur, wenn er nicht an die Feststellungen des Bundeskartellamtes gebunden ist.

²⁷¹ BMWi, Verfügung v. 5.07.2002, Az. I B 1 – 220840/129 – E.ON Ruhrgas, WuW/DE-V, 573, 581.

²⁷² Nur kurzfristige Vorteile reichen angesichts der dauerhaften schädlichen Veränderung der Wettbewerbsstruktur nicht aus. Je stärker die vom BKartA festgestellten Nachteile sind, desto größeres Gewicht müssen die auf Dauer entstehenden Gemeinwohl-vorteile aufweisen; *Riesenkampff/Lehr*, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Auflage 2009, § 42 Rn. 9. Die Vorteile müssen aber nicht der Wirtschaft insgesamt zugutekommen. Es genügen auch Vorteile für eine bestimmte Anzahl an Unternehmen, wenn diese Verbesserung für die Gesamtwirtschaft von einigem Gewicht ist. So auch *Ruppelt*, in Langen/Bunte, Deutsches Kartellrecht, 11. Auflage 2010, § 42 Rn. 4.

²⁷³ Dabei muss der Zusammenschluss zur dauerhaften Sicherung der Wettbewerbsfähigkeit unerlässlich sein, BMWi, Verfügung v. 9.12.1981, Az. I B 6 – 220840/50 – IHB- Wibau, WuW/E BWM 177, 179f.; BMWi, Verfügung v. 22.07.1997, Az. I B 6 – 220840/112 Kali+Salz/PCS, WuW/E BWM 225, 227. Aufgrund der in die Zukunft gerichteten Beurteilung ist es ausreichend, dass die Wettbewerbsfähigkeit mit hinreichender Sicherheit erhalten wird, BMWi, Verfügung vom 5.07. 2002, Az. I B 1 – 220840/129 – E.ON Ruhrgas, WuW/DE-V, 573, 584. Beziehen sich die Gemeinwohl-vorteile auf vergangene oder gegenwärtige Sachverhalte, müssen sie konkret belegbar sein. Hieran werden in der Entscheidungspraxis hohe Anforderungen gestellt.

²⁷⁴ Dies entspricht dem, bereits in der gesetzlichen Formulierung „im Einzelfall“ zum Ausdruck kommenden, Ausnahmecharakter der Vorschrift, vgl. *Ruppelt*, in Langen/Bunte, Deutsches Kartellrecht, 11. Auflage 2010, § 42 Rn. 1.

²⁷⁵ BMWi, Verfügung v. 1.02.1974 – I B 5 - 810607– Veba/Gelsenberg, WuW/E BWM 147; BMWi, Verfügung v. 17.10.1976, Az. I B 6 – 221024/16 – Babcock/Artos, WuW/E BWM 155; BMWi, Verfügung v. 1.08.1977, Az. I B 6 – 220840/20 – Thyssen-Hüller, WuW/E BWM 159; BMWi, Verfügung v. 5.03.1979, Az. I B 6 – 220840/15 – Veba-BP, WuW/E BWM 165; BMWi, Verfügung v. 9.12.1981, Az. I B 6 – 220840/50 – IHB – Wiebau, WuW/E BWM 177; BMWi, Verfügung v. 6.09.1989, Az. I B 6 – 220840/93 – Daimler-MBB, WuW/E BWM 191; BMWi, Verfügung vom 5.07. 2002, Az. I B 1 – 220840/129 – E.ON Ruhrgas, WuW/DE-V, 573 und zuletzt BMWi, Verfügung v. 17.04.2008, Az. I B 1 – 221410/03 – Universitätsklinikum Greifswald, WuW/E DE-V 1691.

Darüber hinaus wurden 7 Anträge abgelehnt. Die übrigen 6 Anträge wurden, teilweise nach der einzuholenden, im konkreten Fall negativen Stellungnahme der Monopolkommission, zurückgenommen.

diglich Ermessensentscheidungen - ist dem Gericht die Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung entzogen. Dem Minister kommt hier eine politische Einschätzungsprerogative zu.²⁷⁶

b) Rechtslage nach der VO 139/2004/EG

110 In den, die VO 139/2004/EG flankierenden Leitlinien, hat die Kommission ein geschlossenes Systems von „Rechtfertigungsfaktoren“ angeführt, die geeignet sein können, die zunächst getroffene wettbewerbliche Beurteilung für ein Zusammenschlussvorhaben zu revidieren.²⁷⁷ Es handelt sich hierbei insbesondere um die Faktoren der „*Countervailing Power*“, die Wahrscheinlichkeit von Marktzutritten²⁷⁸, die Voraussetzungen der Annahme einer Sanierungsfusion und die Berücksichtigung von Effizienzen. Hinzu treten die Möglichkeit einer Berücksichtigung außerwettbewerblicher Erwägungen, sowie die „Abwägungsklausel europäischer Prägung“.²⁷⁹

111 Die Freigabe eines Zusammenschlusses bei Annahme einer Sanierungsfusion kommt nach dem Verständnis der Kommission nur dann in Betracht, wenn eine mögliche Behinderung des Wettbewerbs auf Ebene der ersten Prüfungsstufe festgestellt wurde.²⁸⁰ Begründet wurde diese Figur in der *Kali+Salz*-Entscheidung²⁸¹ und nachfolgend vom Gerichtshof bestätigt.²⁸² Im Kern wird danach angenommen, dass es in diesem Fall bereits an der Kausalität zwischen Zusammenschluss und Wettbewerbsbeeinträchtigung mangelt. Ein Fall der Sanierungsfusion liegt dabei immer dann vor, wenn sich die Wettbewerbsstruktur auch ohne den Zusammenschluss in mindestens gleichem Ausmaß verschlechtern würde.²⁸³ Hierbei sind insbesondere²⁸⁴ die im zweiten von der Kommission entschiedenen Sanierungsfusionsfall *BASF/Eurodiol/Pantochim* aufgestellten Kriterien heranzuziehen, nach denen das kumulativ vorliegende kurzfristige Ausscheiden des zu übernehmenden Unternehmens aus dem Markt²⁸⁵, das Nicht-Vorliegen einer weniger wettbewerbswidrigen Verkaufsalternative²⁸⁶ und die endgültige Herausnahme der Werte des ausscheidenden Unternehmens aus dem Markt im Fall von dessen Ausscheiden²⁸⁷ vorauszusetzen

²⁷⁶ KG, Beschl. v. 7.02.1978, Az. Kart. 15/77 – Thyssen-Hüller, WuW/E OLG 1937. Nicht unter den Ausschlussstatbestand fällt die Wertung der Lage und Entwicklung auf Einzelmärkten oder bei einem bestimmten Industriezweig. Darüber hinaus, ist dem Gericht nur die Würdigung selbst nicht möglich. Es prüft daher gleichwohl, ob die zugrundeliegenden Tatsachen vollständig und zutreffend festgestellt worden sind, so *Kühnen*, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Auflage 2009, § 71 Rn. 52.

²⁷⁷ Systematisch sind hier diese Faktoren nach Abschnitt IV bis VII der Horizontalleitlinien im Anschluss an die analytische Untersuchung des Vorhabens zu betrachten.

²⁷⁸ Diese sind vorliegend nicht Gegenstand der Darstellung.

²⁷⁹ *Riesenkampff/Lehr*, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Auflage 2009, Art. 2 FKVO Rn. 183 ff. m.w.N.

²⁸⁰ Vgl. zu dem auch insoweit zur Anwendung kommenden zweistufigen Prüfungsaufbau bereits die Ausführungen unter IV.1.c).

²⁸¹ Kommission, Entsch. v. 14.12.1993, Az. IV/M.308 – *Kali+Salz/MdK/Treuhand*.

²⁸² EuGH, Urt. v. 31.03.1998, Rs. 68/94 – Frankreich, u.a./Kommission, Rn. 90 ff., 124.; dazu vertiefend *GA Tesouro*, Schlussanträge v. 06.02.1997, Slg. 1998 I 1375 ff. Ebenso wie auch unter dem Regime der VO 4064/89/EWG findet die Figur der Sanierungsfusion keine unmittelbare Anknüpfung im Wortlaut der VO 139/2004/EG. Vgl. ausführlich zur europäischen Praxis *Bürger*, Die erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs in Art. 2 der Verordnung Nr. 4064/89 und in Art. 2 der Verordnung Nr. 139/2004, 2005, S. 113 ff. Sowie mit Bezug zur Finanzmarktkrise *Tzouganatos*, Zusammenschlusskontrolle und „Sanierungsfusionen“ in Zeiten der Wirtschaftskrise, in Grundmann/et al., FS Hopt – Unternehmen, Markt, Verantwortung, 2010, S. 2957 ff.

²⁸³ Kommission, Horizontalleitlinien, Rn. 89 a.E.

²⁸⁴ Darüber hinaus können grundsätzlich auch weitere Kriterien heranzuziehen sein, die die Annahme belegen, dass im Fall der Freigabe die Wettbewerbssituation im relevanten Markt nicht in negativer Hinsicht gegenüber dem Fall einer Untersagung abweicht. Näher *Baccaro*, ECLR 2004, 11 ff.

²⁸⁵ Dies wird in jedem Fall bei Vorliegen eines Insolvenzantrages, ggfs. aber auch bereits im Vorfeld bei einer Sachlage angenommen, in der eine mit hinreichender Wahrscheinlichkeit nicht abzuwendende Konkursgefahr vorliegt. Darauf hindeutend Kommission, Entsch. v. 11.07.2001, Az. COMP/M.2314 – *BASF/Eurodiol/Pantochim*, Rn. 144, wenn auch sich in diesem Fall das Zielunternehmen bereits im Konkursverfahren befand.

²⁸⁶ Diese Voraussetzung wird dabei aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz abgeleitet. Zu ermitteln ist hiernach, ob ein alternativ erwerbsinteressiertes Unternehmen existiert, bei dessen Erwerb weniger Wettbewerbsbedenken entstehen würden. Vgl. bereits Kommission, Entsch. v. 14.12.1993, Az. IV/M.308 – *Kali+Salz/MdK/Treuhand*, Rn. 71.

²⁸⁷ Insoweit ist im Anschluss an die *Kali+Salz* Entscheidung des Gerichtshofs zu beachten, dass dies im Fall eines Marktes mit zwei Wettbewerbern, von denen einer aus diesem Ausscheiden würde, insbesondere daraus folgen kann, dass der Marktanteil des letzteren Unternehmens ohnehin dem Verbleibenden zufallen würde. Vgl. EuGH, Urt. v. 31.03.1998, Rs. 68/94 – Frankreich,

sind.²⁸⁸ Im Falle der Verstärkung einer kollektiven marktbeherrschenden Stellung folgt die Beurteilung einer Sanierungsfusion im Wesentlichen den gleichen Erwägungen.²⁸⁹ Steht kein Ausscheiden eines Unternehmens insgesamt, sondern lediglich eines Geschäftsbereichs in Rede („*failing division defense*“), erhöht dies nach Ansicht der Kommission den Begründungsaufwand für den Nachweis der fehlenden Kausalität.²⁹⁰

112 Bei horizontalen wie auch nicht-horizontalen Zusammenschlüssen sind nach der VO 139/2004/EG Effizienzen zu berücksichtigen.²⁹¹ Diese können – nach der Ratio des Erwägungsgrundes 29²⁹² – dazu führen, dass die durch einen Zusammenschluss verursachte Wettbewerbsbeeinträchtigung durch weitere Vorteile ausgeglichen wird.²⁹³ Unter dem Regime des Marktbeherrschungstests der VO 4064/89/EWG hatte die Kommission demgegenüber noch festgestellt, dass bei Vorliegen von struktureller Marktbeherrschung eine Berücksichtigung von Effizienzen keine Rolle spielen könne.²⁹⁴ Auch spiele eine Berücksichtigung von Effizienzen dann keine Rolle, wenn ein Zusammenschlussvorhaben bereits nach rein struktu-

u.a./Kommission, Rn. 116 f.; ebenso Kommission, Entsch. v. 14.12.1993, Az. IV/M.308 – Kali+Salz/MdK/Treuhand, Rn. 71. In anderen Fällen hat die Kommission aber auch die Unvermeidlichkeit der Stilllegung von Produktionskapazitäten des ausscheidenden Unternehmens ins Auge gefasst, wobei sie ihre Beurteilung insoweit auch auf hierdurch bedingte Produktionsengpässe für die Nachfrager stützte und nicht lediglich die Stärkung der Stellung des verbleibenden Unternehmens betrachtete. Kommission, Entsch. v. 11.07.2001, Az. COMP/M.2314 – BASF/Eurodiol/Pantochim, Rn. 151, 163. Hierzu *Strohm*, WuW 2001, 1203 ff.

²⁸⁸ Kommission, Entsch. v. 11.07.2001, Az. COMP/M.2314 – BASF/Eurodiol/Pantochim, Rn. 135 ff.; auf diese Kriterien Bezug nehmend Kommission, Horizontalleitlinien, Rn. 90.

²⁸⁹ Kommission, Entsch. v. 01.07.2002, Az. IV/M.2810 – Deloitte&Touche/Andersen (UK), Kommission, Entsch. v. 05.09.2002, Az. IV/M.2816 – Ernst&Young France/Andersen France. Insoweit ist als erste Voraussetzung die Unausweichlichkeit der Reduktion der Oligopolmitglieder erforderlich. Im Kern stützte die Kommission die Beurteilung hier darauf, dass durch den Zusammenschluss Anreize zu kollusivem Verhalten der Oligopolmitglieder abgeschwächt würden. Deutlich Kommission, Entsch. v. 01.07.2002, Az. IV/M.2810 – Deloitte&Touche/Andersen (UK), Rn. 55 f.

²⁹⁰ Kommission, Entsch. v. 03.02.1999, IV/M.1221 – Rewe/Meinl, Rn. 65. Diese erhöhten Kausalitätsanforderungen begründet die Kommission damit, dass „andererseits (...) jeder Zusammenschluss, bei dem es um die Veräußerung eines angeblich unrentablen Geschäftsbereichs geht, damit fusionskontrollrechtlich gerechtfertigt werden (können), dass der Veräußerer erklärt, ohne den Zusammenschluss diesen Bereich seiner geschäftlichen Aktivitäten einzustellen.“ Mit diesen Erwägungen lehnte die Kommission in dem genannten Fall die Annahme einer Sanierungsfusion ab, da sie hierin lediglich eine strategische Unternehmensentscheidung erkannte. Kommission, *ibid.*, Rn. 66.

²⁹¹ Vgl. zu diesem Erfordernis Erwägungsgrund 29 VO 139/2004/EG im Hinblick auf horizontale Zusammenschlüsse, sowie ferner die Feststellung der Kommission in den Leitlinien zu nicht-horizontalen Zusammenschlüssen, dass solche vertikalen und konglomeraten Zusammenschlüsse in besonderem Maß Potential für Effizienzgewinne bieten. Nach Auffassung der Kommission war jedoch bereits Art. 2 Abs. 1 lit. b VO 4064/89/EWG geeignet, eine Erfassung von Effizienzen zu ermöglichen. Vgl. Kommission, Vorschlag einer Fusionskontrollverordnung, Rn. 60. Diese Position leitet sich insbesondere aus der weitgehenden Wortgleichheit mit Art. 101 Abs. 3 AEUV ab, für den die Berücksichtigung von Effizienzen anerkannt ist. Vgl. auch Protokollerklärung von Rat und Kommission, WuW 1990, 240, Spiegelstrich 4.

²⁹² Erwägungsgrund 29 VO 139/2004/EG lautet in seinem hier relevanten Kern „(...) dass die durch einen Zusammenschluss bewirkten Effizienzvorteile die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb, insbesondere den möglichen Schaden für die Verbraucher, ausgleichen, so dass durch den Zusammenschluss wirksamer Wettbewerb (...) nicht erheblich behindert würde.“

²⁹³ Es handelt sich insoweit ebenfalls um einen als „*rebuttal*“ zu umschreibenden Ansatz und mithin keine Rechtfertigung („*defense*“) im eigentlichen Sinne.

²⁹⁴ Kommission, Entsch. v. 09.11.1994, Az. IV M.469 – MGS Media Service, Rn. 100. In diesem Fall stellte die Kommission noch heraus, dass das hier maßgebliche Kriterium der Förderung „technischen und wirtschaftlichen Fortschritts“ nach Art. 2 Abs. 1 lit. b VO 4064/89/EWG – insoweit wortgleich in VO 139/2004/EG – erfordere, dass das Zusammenschlussvorhaben selbst keine Behinderung des Wettbewerbs zur Folge habe. Ebenso im Kern Kommission, Entsch. v. 19.07.1995, Az. IV/M.490 – Nordic Satellite Distribution; Kommission, Entsch. v. 27.05.1998, Az. IV/M.993 – Bertelsmann/Kirch/Premiere, Rn. 122. Vgl. demgegenüber aber die Feststellung der Kommission in ihrer ersten Untersagungsentscheidung *Aerospatiale/Alenia/de Havilland* in der sie – die nunmehr in den Horizontalleitlinien niederlegten – Berücksichtigungskriterien für Effizienzen erstmalig umriss und feststellte, dass diese einen erheblichen Umfang haben, aus dem Zusammenschluss kausal herrühren und an die Konsumenten weitergegeben werden müssten. Kommission, Entsch. v. 02.10.1991, Az. IV/M.053 – Aerospatiale/Alenia/de Havilland, Rn. 65 ff. In vergleichbarer Weise auch Kommission, Entsch. v. 28.04.1992, Az. IV/M.126 – Accor/Wagons-Lits, Rn. 26, feststellend, dass eine Weitergabe von Effizienzen in Folge einer weitgehend unelastischen Nachfrage bei Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung unwahrscheinlich sei. Ebenso Kommission, Entsch. v. 04.12.1996, Az. IV/M.774 – Saint Gobain/Wacker Chemie/Nom, Rn. 246. Ferner insgesamt kritisch zur Berücksichtigung von Effizienzen Kommission, Entsch. v. 09.03.1999, Az. IV/M.1313 – Danish Crown/Vestjyske Slagterier, Rn. 198. In gewisser Weise die grundsätzlich kritische Haltung nach der VO 4064/89/EWG aufgreifend Kommission, Horizontalleitlinien, Rn. 84 a.E.

reller Betrachtung freizugeben sei.²⁹⁵ Die Frage, ob eine Generierung besonders hoher Effizienzen eine Untersagung begründen könne („*efficiency offense*“), ließ sie explizit offen.²⁹⁶ Die geringe Bedeutung der Betrachtung von Effizienzen folgte dabei unter dem Regime des Marktbeherrschungstests insbesondere aus der Tatsache, dass im Kern der Schutz der Wettbewerbsstruktur gewährleistet werden sollte.

113 Wie dargestellt wurde²⁹⁷, folgt die bei der Prüfung von Effizienzen anzulegende Orientierung an der Konsumentenwohlfahrt nicht bereits aus der VO 139/2004/EG selbst, sondern wurde von der Kommission in den Horizontalleitlinien erstmals festgeschrieben.²⁹⁸ Der den Leitlinien immanente Ansatz betreffend berücksichtigungsfähige Effizienzen entspricht weitgehend dem wohlfahrtstheoretischen Preisstandard, da insoweit auf die Preisreduktion und zeitnahe Weitergabe derselben an die Konsumenten abgestellt wird. Hiernach ist erforderlich, dass Effizienzvorteile erheblich sind, sich rechtzeitig einstellen und an den Konsumenten weitergereicht werden²⁹⁹ sowie ferner kausal aus dem Zusammenschluss herrühren und nicht durch weniger wettbewerbswidrige Alternativen in gleichem Umfang erzielt werden können³⁰⁰ sowie nachprüfbar sind.³⁰¹ Berücksichtigungsfähig sind danach insbesondere Kosteneinsparungen und qualitative Effizienzgewinne.³⁰²

114 Berücksichtigungsfähig sind nur solche Effizienzen, die sich auf dem vom Zusammenschluss betroffenen Markt ergeben. Dies folgt bereits zwingend aus der Konzeption als integrierter („*rebuttal*“) Ansatz. Hiernach können denklogisch nur Effizienzen Berücksichtigung finden, durch die das konkrete Wettbewerbsproblem auf dem relevanten Markt „gelöst“ wird.

115 In der kartellbehördlichen Praxis nach der VO 139/2004/EG haben Effizienzen bislang noch keine besondere Bedeutung gespielt. Es ist jedoch davon auszugehen, dass sich dies mit zunehmender Verbesserung kartellrechtsspezifischer quantitativer Untersuchungsansätze ändern wird. Der Grund, warum die Sachlage bei der Berücksichtigung von Effizienzen in den USA fundamental anders ist, ist ein verfahrensrechtlicher. So müssen FTC oder DoJ eine – etwa im Kern auf Effizienzerwägungen gestützte – Frei-

²⁹⁵ Deutlich Kommission, Entsch. v. 23.05.2003, COMP/M.3108 – Office Depot/Guilbert, Rn. 69 („(...) the present transaction is unlikely to create or strengthen a dominant position (...), the assessment of claimed efficiencies (...) are not necessary for the purposes of this decision.“) Vgl. im Zusammenhang hiermit auch den Fall *Newscorp/Telepiù*, in dem die Kommission eine Sanierungsfusion ablehnte, aber in Folge von Effizienzen die mit einer Fortexistenz des ansonsten möglicherweise aus dem Markt ausscheidenden Unternehmens einhergingen, den Zusammenschluss dennoch unter Bedingungen freigab, da dies den Interessen der Verbraucher entspreche. Kommission, Entsch. v. 02.04.2003, Az. COMP/M.2876 – Newscorp/Telepiù, Rn. 205 ff. Zu diesem Schluss kommt auch Montag, *Effizienz und Wettbewerb in der rechtlichen Praxis*, in Oberender, *Effizienz und Wettbewerb*, 2005, 95, 103 f.

²⁹⁶ Kommission, Entsch. v. 18.01.1991, Az. IV/M.50 – AT&T/NCR, Rn. 30.

²⁹⁷ Vgl. bereits IV.1.c).

²⁹⁸ Kommission, Horizontalleitlinien, Rn. 79 ff. Soweit zu Kritik an diesem Vorgehen bereits Fn. 209.

²⁹⁹ Kommission, Horizontalleitlinien, Rn. 79.

³⁰⁰ Kommission, Horizontalleitlinien, Rn. 85.

³⁰¹ Kommission, Horizontalleitlinien, Rn. 86 ff. Die Nachprüfbarkeit und das Erfordernis der Rechtzeitigkeit weisen eine gewisse Wechselbezüglichkeit auf. Da – im Lichte des anzusetzenden – (statischen) Wohlfahrtsstandards eine Untersuchung unter Heranziehung gleicher Nachfragekurven vorgenommen wird, müssen Effizienzen „rechtzeitig“ eintreten, um nachprüfbar und damit berücksichtigungsfähig zu sein.

³⁰² Insoweit können die Leitlinien zu Art. 81 Abs. 3 EG (nun Art. 101 Abs. 3 AEUV) herangezogen werden. Vgl. Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG, ABl. 2004 C 101/97, Rn. 59, wobei diese Effizienzen lediglich von besonderer Bedeutung, nicht aber abschließend sind. Vgl. zu qualitativen Effizienzgewinnen aber auch Kommission, Horizontalleitlinien, Rn. 81. Vgl. auf die besondere Bedeutung von diesen beiden Effizienzgewinnen hindeutend auch Abschnitt 9.3 des Formblatts CO in Verordnung 802/2004/EG zur Durchführung der Verordnung 139/2004/EG des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 2004 L 133/1 i.d.F. der VO 1033/2008/EG, ABl. 2008 L 279/3. Zu beachten ist jedoch, dass die Betrachtung qualitativer Effizienzgewinne im Kern über den Ansatz der preistheoretischen Analyse, nach dem alleine Kostenreduktionen zu berücksichtigen sind, hinausgeht. Im Ergebnis wird hierdurch jedoch der Umfang der betrachtungsfähigen Güter über homogene, die nach der Preistheorie alleine in Betracht kämen, hinaus erweitert. Dies ist aus ökonomischer Sicht nicht unproblematisch, da davon ausgegangen wird, dass qualitative Effizienzgewinne in gleicherweise durch endogenes wie durch exogenes Wachstum erzielt werden können. Vgl. ausführlich *Neven/Seabright*, *Synergies and dynamic efficiencies in Merger Analysis*, Final Report to DG ECFIN, 2003, passim.

gabeentscheidung nicht begründen.³⁰³ Sie sehen sich somit, im Vergleich zur Europäischen Kommission, einem geringeren Argumentations- und Nachweisaufwand gegenüber.³⁰⁴

116 Wie dargelegt wurde, können Effizienzen nach der VO 139/2004/EG in Folge des gewählten integrierten Ansatzes nur auf den vom Zusammenschluss betroffenen Märkten selbst berücksichtigt werden. Daneben ist jedoch – vergleichbar der Abwägungsklausel des § 36 Abs. 1 GWB – eine Berücksichtigung auch der wettbewerblichen Auswirkungen auf Drittmärkten nach Art. 2 Abs. 1 lit. a VO 139/2004/EG möglich.³⁰⁵ Die Kommission hat jedoch – soweit ersichtlich – von dieser Berücksichtigungsmöglichkeit bislang keinen Gebrauch gemacht, allerdings folgt daraus nach überwiegender Ansicht nicht, dass eine solche „Verrechnung“ von Zusammenschlusswirkungen im europäischen Recht ausgeschlossen wäre. Nach vorzugswürdiger Ansicht ist insoweit eine Kausalität zwischen dem Vorhaben und den positiven Auswirkungen auf den Drittmärkten erforderlich.³⁰⁶

117 Gestützt durch die Änderungen des Vertrages von Lissabon ist ferner zu beachten, dass auch unter dem Regime der VO 139/2004/EG unter Anknüpfung an die Rechtsprechung des Gerichts im Fall *Vittel* von 1995³⁰⁷, eine Rechtfertigung³⁰⁸ unter Anknüpfung an außerwettbewerbliche Zielsetzungen theoretisch möglich ist.³⁰⁹ Dieser Ansatz ist in der Literatur bislang weitgehend einhellig abgelehnt worden.³¹⁰ Zweifelhaft ist jedoch, ob dies nach dem 01.12.2009 so weiter Geltung beanspruchen kann. Nach der vorherigen Rechtslage war nach Art. 3 Abs. 1 lit. g EG als rechtsstaatlich verbindliches Ziel die Schaffung eines Systems festgeschrieben, das den Wettbewerb innerhalb der Gemeinschaft vor Verfälschungen schützt.³¹¹ Mit dem Lissabon-Vertrag wurde jedoch – auf Betreiben Frankreichs³¹² – Art. 3 Abs. 1 EG, ebenso wie

³⁰³ Ein solches Begründungserfordernis besteht demgegenüber nur, wenn eine Untersagungsentscheidung beabsichtigt ist und FTC oder DoJ das Vorhaben deswegen selbst vor Gericht bringen. Damit einher geht die – wenig verwunderliche – Feststellung, dass FTC und DoJ noch in keinem Fall einen „efficiency case“ vor Gericht verloren haben. So *Strohm*, Effizienzgesichtspunkte und Europäische Wettbewerbspolitik, in Oberender, Effizienz und Wettbewerb, 2005, S. 113, 120 Fn. 22.

³⁰⁴ Darüber hinaus ist jedoch zu beachten, dass die Kommission Unternehmen zwar im Rahmen der FormCO zur Anführung von möglichen Effizienzen anhält, sich jedoch mit diesen in kaum einer Entscheidung näher auseinandersetzt.

³⁰⁵ *Immenga/Körber*, in *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht, 4. Auflage 2007, Art. 2 FKVO Rn. 396 unter Hinweis auf den Verordnungsentwurf von 1988, in dem eine Abwägungsklausel deutscher Prägung enthalten war; ausführlich auch *Bechtold*, *EuZW* 1996, 389.

³⁰⁶ *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, 2. Auflage 2009, Art. 2 FKVO Rn. 80; a.A. *Albers/Hacker*, in *Schröter/Jakob/Meederer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2003, Art. 2 FKVO Rn. 426, die insoweit „Unvermeidbarkeit“ fordern.

³⁰⁷ EuGH, Urt. v. 27.04.1995, Rs. T-12/93 – *Comite Central d'Entreprise de la Societe Anonyme Vittel et al./Kommission*. In diesem Fall verwies das Gericht auf die grundsätzliche Möglichkeit der Kommission auch außerwettbewerbliche Erwägungen in die Betrachtung aufzunehmen. Im konkreten Fall ging es etwa um die Auswirkungen des Vorhabens auf die Stellung von Arbeitnehmern der zusammenschlussbeteiligten Unternehmen und die damit verknüpften Auswirkungen auf die Beschäftigungssituation in der Union insgesamt.

³⁰⁸ Insoweit ist *u.E.* davon auszugehen, dass es sich insoweit um eine Rechtfertigung im eigentlichen Sinne und damit außerhalb des integrierten Ansatzes handelt, da die Berücksichtigung außerwettbewerblicher Gesichtspunkte und damit gerade nicht die in sich geschlossene Wettbewerbsanalyse selbst betroffen ist.

³⁰⁹ Dies war auch im ersten Entwurf zur FKVO von 1973 vorgesehen, in dem nach Art. 1 Abs. 3 Zusammenschlüsse auch dann freizugeben waren, wenn sie „für die Verwirklichung eines im allgemeinen Interesse der Gemeinschaft liegenden vorrangigen Zieles unerlässlich sind.“ Diese Zielsetzung wurde jedoch nachfolgend nicht aufgegriffen und die Fusionskontrolle auf eine wettbewerbliche Prüfung ausgerichtet. Vgl. aber Kommission, 3. Bericht über die Wettbewerbspolitik, 1974, Rn. 29.

³¹⁰ Statt vieler *Riesenkampff/Lehr*, in *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, Kartellrecht, 2. Auflage 2009, Art. 2 FKVO Rn. 183 unter Bezugnahme darauf, dass sich in der weiteren Praxis der Kommission bislang keine Anknüpfungspunkte für soziale oder industriepolitische Erwägungen finden.

³¹¹ Vgl. EuGH, Urt. v. 21.02.1973, Rs. 6/72 – *Continental Can*. Zu Bedeutung am deutlichsten in der englischsprachigen Fassung des Urteils „If Article 3(f) (i.e. Art. 3 Abs. 1 (g) EG) provides for the institution of a system ensuring that competition in the Common Market is not distorted, then it requires a fortiori that competition must not be eliminated. This requirement is so essential that without it numerous provisions of the Treaty would be pointless.“ Vgl. ebenso aus jüngerer Zeit EuGH, Urt. v. 15.03.2007, Rs. C-95/04 P – *British Airways/Kommission*, Rn. 68; EuGH, Urt. v. 20.09.2001, Rs. C-453/99 – *Courage/Crehan*, Rn. 20; EuGH, Urt. v. 21.09.1999, Rs. C-67/96 – *Albany International*, Rn. 54. Vgl. hierzu auch im Kontext der Missbrauchsaufsicht *Mestmäcker*, Zum Begriff des Missbrauchs in Art. 86 EGV, in *FS Raisch*, 1995, S. 441, 444.

³¹² Rat, Pressemitteilung vom 23.06.2007, „European Council statements made by Nicolas Sarkozy, President of the Republic, during his final joint press conference with Bernard Kouchner“, veröffentlicht unter <http://www.elysee.fr/elysee/root/bank/print/78960.htm>. („We have obtained a major reorientation on the objectives of the Union. Competition is no longer an objective of the Union or an end in itself, but a means to serve the internal market.“). Nachfolgend

Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 EG³¹³ ersatzlos gestrichen. Nach Ansicht der Kommission ist dennoch von einer Fortgeltung der früheren Zielsetzung unter Anknüpfung an Art. 51 EUV i.V.m. Protokoll Nr. 27³¹⁴ auszugehen.³¹⁵ Jedoch ist zu beachten, dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass etwa unter Anknüpfung an die neue Zielsetzung der sozialen Marktwirtschaft in Art. 3 Abs. 3 S. 2 EUV und Protokoll Nr. 26 eine Anknüpfung an außerwettbewerbliche Zielsetzungen in der künftigen Entscheidungspraxis erfolgt. Insbesondere für die Fusionskontrolle kann dieses Problem virulent werden. Kommt für Missbrauchsaufsicht, Kartellverbot und Beihilfenrecht noch eine Herleitung der Wettbewerbsorientierung aus Art. 101, 102, 107 AEUV selbst in Betracht, ist dies für die Fusionskontrolle so nicht möglich. Vor diesem Hintergrund hat *Rittner* alternativ eine Anknüpfung an das „Wesen des (gemeinsamen) Marktes“ vorgeschlagen³¹⁶ und *Müller-Graff* eine Herleitung aus der Grundrechtecharta im Sinne eines dort verankerten Schutzes der Marktwirtschaft gegenüber unionalen Maßnahmen.³¹⁷ Es erscheint jedoch nicht ausgeschlossen, dass künftig – insbesondere in Lichte der Tatsache, dass Entscheidungen der Kommission kaum als stets frei von politischen Erwägungen bezeichnet werden können – der Ansatz des Gerichts aus 1995 eine Wiederbelebung erfahren wird.

c) Bewertung

- 118 Im Rahmen der 8. GWB-Novelle steht daher neben der Frage, ob im Rahmen der gewünschten Harmonisierung auch die bei der wettbewerblichen Prüfung im integrierten Ansatz zu berücksichtigenden „Rechtfertigungsgründe“ eine Angleichung an das europäische Vorbild finden sollen, auch diejenige, ob darüber hinausgehend auch die weiteren außerwettbewerblichen Erwägungsgründe harmonisiert werden können und sollen. Hierbei ist neben der Einführung von Effizienzerwägungen im Sinne des Erwägungsgrundes 29, die Frage der Beibehaltung von § 36 Abs. 1 2. Hs. GWB mit der Folgefrage, ob es dort bei einem „Überwiegen“ bleiben soll, oder die Anforderungen gesenkt und ein „Aufwiegenskriterium“ eingeführt wird³¹⁸, zu beantworten.
- 119 Im Rahmen eines integrierten Ansatzes, insbesondere im Lichte der hier vorgeschlagenen Einführung eines auf zweiter Prüfungsstufe ergebnisorientierten Betrachtungsansatzes³¹⁹, kann *u.E.* der Weg an einer Angleichung der Rechtfertigungsgründe nicht vorbeiführen. Im Hinblick etwa auf die Behandlung von Sanierungsfusionen dürfte nach jetzigem Stand der Auslegungspraxis der Schritt hin zu einer Anglei-

auch Sarkozy „The word protection is no longer a taboo.“ sowie „(I hope that the different wording could) give a different jurisprudence to the Commission (and) favour the emergence of European champions“. Vgl. vertiefend *Selmayr*, Der Vertrag ohne Pathos, in Mestmäcker/Möschel/Nettesheim, Verfassung und Politik im Prozess der europäischen Integration, 2008, S. 47, 73f.

³¹³ Die hierin enthaltene Orientierung an einer „offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“ findet sich nunmehr lediglich in Art. 97b AEUV in dem Abschnitt über die Wirtschafts- und Währungspolitik.

³¹⁴ Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb, in ABl. 2008 C 115/309.

³¹⁵ Wohl in diesem Sinne auch *Kroes*, Speech/07/689; sowie *Hatje/Kindt*, NJW 2008, 1761, 1765f; vorsichtiger *Roth*, ZHR 2008, 670, 713; *Riley*, CEPS Policy Brief, No. 142, S. 2; *Basedow*, FAZ vom 30.08.2007, S. 14; *Basedow*, EuZW 2008, 225 unter Hinweis darauf, dass die nunmehr geltenden Ziele „letztlich nur durch staatliche Regulierung und damit Eingriffe in die Freiheit der Bürger zu verwirklichen sind“; sowie *Ehlermann* in FT vom 22.06.2007, S. 2: „This is not just a political signal. It would also have an impact on how the courts interpret the law.“; ebenso auch *Petit/Neyrinck*, CPI 2010/2, 1, 3ff, 5 „In sum (...) the transfer of the content of Article 3(1)(g) of the EC Treaty to Protocol No. 27 could possibly entail a weakening of competition law within the EU legal order.“

³¹⁶ *Rittner*, WuW 2007, 967. Darüber hinaus sieht er den Schutz des unverfälschten Wettbewerbs als Ausdruck der Grundkonzeption des Vertrages an, von der durch eine Streichung in den Zielbestimmungen nicht abgewichen werden könne.

³¹⁷ *Müller-Graff*, ZHR 2009, 443, 449.

³¹⁸ Im Referentenentwurf von 1971 verlangte § 24 Abs. 1 Nr. 2 GWB lediglich, dass „diese marktbeherrschende Stellung nicht durch eine Verbesserung der Wettbewerbsvoraussetzungen auf diesen oder anderen Märkten aufgewogen wird“; BT-Drs. 7/76, S. 5, (Hervorh. d. Verf.). Allerdings wurde der Wortlaut im Laufe des Verfahrens dahingehend geändert, dass „diese Verbesserungen die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen“ müssen, BGBl. 1973 I 64 v. 04.08.1973, S. 921. Auch der Hinweis, dass die Verbesserungen auf „diesen oder anderen Märkten“ eintreten können entfiel; geblieben ist nur noch die Anforderung, dass „Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen“ eintreten.

³¹⁹ Vgl. bereits IV.1.d).

chung an den europäischen Ansatz klein sein. Nicht anders lassen sich die Ausführungen des Bundeskartellamtes im Fall *Ebersbacher Zeitung/Rhein-Neckar-Zeitung* verstehen.

120 Soweit angenommen wird, dass mit der Übernahme des SIEC-Tests auch eine Anpassung an den Wohlfahrtsstandard der Fusionskontrollverordnung und dessen konkrete Interpretation seitens der Europäischen Kommission einhergeht, folgt hieraus *u.E.* denkotwenig auch eine Einführung der Berücksichtigung von Effizienzen. Während innerhalb des ergebnisoffenen Ansatzes, der gegenwärtig § 36 Abs. 1 GWB zugrunde liegt, eine explizite Effizienzrede nicht möglich ist³²⁰, muss jedoch bei Abstellen auf Wohlfahrtserwägungen auch eine Berücksichtigung von Effizienzen erfolgen, da diese hierauf unmittelbare Auswirkungen haben.

121 Dem wird zum Teil entgegengehalten, dass auch die Kommission im Rahmen der Novellierung der Fusionskontrollverordnung davon ausgegangen sei, dass unter Heranziehung des Marktbeherrschungstests eine Berücksichtigung von Effizienzen möglich gewesen sei.³²¹ Dies ist zwar – vor dem Hintergrund der (nicht ganz widerspruchsfreien) Praxis der Kommission unter der VO 4064/89/EWG³²² – nicht von vorneherein von der Hand zu weisen, jedoch stößt eine Effizienzberücksichtigung bei einem, im Kern auf den Schutz der Struktur ausgerichteten, Ansatz schnell an ihre Grenzen. Auch ist zu beachten, dass eine Harmonisierung so weit wirken muss, wie dies den Untersagungstatbestand als Harmonisierungsziel, sowie damit denkotwenig verknüpfte Folgeaspekte betrifft. Hiernach werden Effizienzen in die Angleichung einbezogen.³²³ Dies sollte danach auch in Gestalt eines integrierten („*rebuttal*“) Ansatzes erfolgen und gerade nicht als „*efficiency defense*“. Hiernach sind auch die in der Literatur geäußerten Befürchtungen, dass Effizienzen gleichsam ein Einfallstor für industriepolitische Erwägungen darstellen würden, zurückzuweisen.³²⁴ Die Anbindung erfolgt ausschließlich an wettbewerbliche Erwägungen im Lichte des gewählten ergebnisoffenen Ansatzes, wobei insoweit nach dem *u.E.* stimmigen europäischen Konzept auf den wohlfahrtstheoretischen Preisstandard abzustellen ist.

122 Aus einer Berücksichtigung von Effizienzen folgt nicht bereits, dass die Abwägungsklausel des § 36 Abs. 1 2. Hs. GWB entfallen muss. Sie bildet als echter „Rechtfertigungsgrund“³²⁵ ein eigenständiges Konzept, das – wie auch das Bundeskartellamt festgestellt hat – im Fall der Einführung des SIEC-Tests beibehalten werden kann.³²⁶

123 In der Vergangenheit war die Abwägungsklausel nicht unumstritten. Bereits im Rahmen der 6. GWB-Novelle wurde ihre Streichung vorgeschlagen, jedoch im Ergebnis nicht vollzogen.³²⁷ Auch das

³²⁰ Dies folgt dabei daraus, dass das zugrundeliegende Strukturkriterium eine Obergrenze der Berücksichtigungsfähigkeit von Effizienzen vorgibt.

³²¹ Insoweit wird u.a. darauf verwiesen, dass Fusionskontrollverordnung und Horizontalleitlinien zeitlich parallel beraten wurden. Während der SIEC-Test erst gegen Ende der Beratungen eingeführt wurde, hatte die Kommission bereits zuvor, als sie sich selbst noch für die Beibehaltung des Marktbeherrschungstests des Art. 2 Abs. 3 VO 4064/89/EWG aussprach, die Ausführungen zu Effizienzen in einer Form vorgeschlagen, die nahezu der heutigen Fassung in den Leitlinien entsprach.

³²² Vgl. Fn. 294.

³²³ A.A. wohl BKartA, Marktbeherrschungs- und SIEC-Test – Eine Bestandsaufnahme, Arbeitskreis Kartellrecht, 24.09.2009. S. 10.

³²⁴ Kritisch etwa *Schürgas*, INFER Research Edition 2002/8, 25. Dem ist nur insoweit zuzustimmen, dass die Beurteilung möglicherweise anders ausginge, wenn man annähme, dass eine freie Kombinierbarkeit einer „*defense*“ mit anderen Abwägungsmaßstäben möglich wäre. Demgegenüber wie hier *Schmidtchen*, Effizienz als Leitbild der Wettbewerbspolitik, in Oberender, Effizienz und Wettbewerb, 2005, S. 9, 30 f.

³²⁵ Zur Abgrenzung vgl. Fn. 245.

³²⁶ BKartA, Marktbeherrschungs- und SIEC-Test – Eine Bestandsaufnahme, Arbeitskreis Kartellrecht, 24.09.2009. S. 12. Soweit das Amt hinaus anführt, dass sich vertreten lasse, dass auch die Abwägungsklausel Effizienzen erfasst könne, kann sich dies *u.E.* dann nur auf solche beziehen die auf Drittmärkten auftreten und damit nicht bereits vom integrierten Ansatz erfasst werden.

³²⁷ Vgl. etwa BR-Drs. 852/97, S. 57, dort wird festgestellt, dass die Abwägungsklausel problematisch sei, weil geeignete Kriterien für die notwendige Abwägung auf verschiedenen Märkten im Einzelfall schwierig zu ermitteln sein könnten und dem Bundeskartellamt bei der Beurteilung ein Entscheidungsspielraum bleibe. Darüber hinaus werde die Abwägungsklausel mit der Einführung der Möglichkeit, einen Zusammenschluss unter Bedingungen und Auflagen freizugeben, entbehrlich. Von der Strei-

Bundeswirtschaftsministerium hielt anlässlich erster Überlegungen im Hinblick auf eine Harmonisierung die Abwägungsklausel für entbehrlich, da das europäische Recht eine Abwägung bereits auf tatbestandlicher Ebene ermögliche.³²⁸ Dem ist jedoch nur partiell zuzustimmen. Die Abwägung auf Tatbestandsebene erstreckt sich hiernach lediglich auf die Märkte, auf denen durch das Vorhaben wettbewerbliche Bedenken entstehen. So ist das Pendant des § 36 Abs. 1 2. Hs. GWB in der Abwägungsklausel europäischer Couleur nach Art. 2 Abs. 1 lit. a VO 139/2004/EG zu sehen. Insoweit ist *Grave* zuzustimmen, der sich für die Beibehaltung der Abwägungsklausel auch im Fall einer Übernahme des SIEC-Tests ausspricht, da die Abwägungsklausel gerade die Berücksichtigung aller wettbewerblichen Wirkungen eines Zusammenschlusses ermögliche³²⁹ und durch eine Einführung des SIEC-Tests nicht ersetzt werden könne.³³⁰ Im Hinblick auf die Folgefrage, ob – wie *de lege lata* – weiterhin ein „Überwiegen“ zu fordern ist, ist *Kühnen* zuzustimmen, der für eine „Lockerung“ des § 36 Abs. 1 2. Hs. GWB dahingehend plädiert, dass die Gleichgewichtigkeit wettbewerbsrechtlich wünschenswert ist.³³¹

124 Soweit darüber hinaus außerwettbewerbliche Erwägungen in der Prüfung eines Zusammenschlussvorhabens eine Rolle spielen können und möglicherweise vor dem Hintergrund des Urteils des Gerichts im Fall *Vittel*³³² „post Lissabon“ auch wieder spielen werden, ist eine Angleichung nicht angezeigt. Das Instrument des Ministererlaubnis nach § 42 GWB kann eine solche Berücksichtigung für das deutsche Recht effizienter bewerkstelligen.

V. FAZIT

125 Soll und wird es zum Abschied vom wohlbekanntem und etablierten Fusionskontrollrechtsregime kommen? Diese Frage dürfte nach den bislang bekannten Äußerungen der Regierung dahingehend zu beantworten sein, dass mit der 8. GWB-Novelle die deutsche Fusionskontrolle ein neues Gesicht erhalten wird. Während die Übernahme des SIEC-Kriteriums als sicher gelten darf, ist der Umfang der vorgesehenen Harmonisierung darüber hinaus noch nicht geklärt. Entscheidend ist *u.E.* die Frage, welcher Umfang auch in Zukunft kohärente Entscheidungen gewährleistet.

126 Im Wettbewerbsrecht sind wettbewerbspolitische und wettbewerbsrechtliche Fragen eng miteinander verknüpft. *Fleischer/Körper* haben diesbezüglich einen Dreiklang als Voraussetzung für eine erfolgreiche Rezeption fremden Rechts formuliert, der einen Bogen vom wettbewerbspolitischen Leitbild, über die gesetzliche Grundstruktur hin zur rechtsdogmatischen Feinsteuerung spannt.³³³ Eine Harmonisierung kann danach nur erfolgreich sein, wenn sie diese Kriterien gleichermaßen in den Blick nimmt und insbesondere Funktionsweise und Wechselbezüglichkeit reflektiert.

127 Wie unter 2. dargestellt, bedarf es *u.E.* der Einführung des SIEC-Tests zur Schließung einer Schutzlücke im deutschen Recht genauso wenig, wie es seiner Einführung seinerzeit zur Schließung einer Schutzlücke in der VO 4064/89/EWG bedurfte. Trifft der Gesetzgeber nun eine Harmonisierungsentscheidung, handelt er daher nicht aus einer praktischen Notwendigkeit heraus. Im Wege der Auslegung der bestehenden deutschen Regelungen können die gleichen Ergebnisse erzielt werden, wie nach der VO

chung wurde jedoch letztlich wegen Bedenken im Hinblick auf Strukturen im Bereich landwirtschaftlicher Verarbeitungs- und Vermarktungsunternehmen abgesehen; *Bechtold*, GWB, 5. Auflage 2008, § 36 Rn. 25; *Grave*, KSzW 2011, 57, 58.

³²⁸ BMWi, Diskussionspapier für die Neufassung von § 36 Abs. 1 GWB, 21.06.2004. Die Abwägungsklausel sei insbesondere enger gewesen, da sie nur Vorteile auf anderen Märkten erfasst habe, diese Fälle in der Praxis jedoch eine geringe Rolle spielten.

³²⁹ *Grave*, KSzW 2011, 57, 61 ff. Insbesondere unter dem geltenden Rechtsrahmen bliebe als Alternative zur Abwägungsklausel lediglich ein Vorgehen gem. § 42 GWB im Rahmen der Ministererlaubnis. Diese Weise aber die unschärferen Kriterien auf und unterliege zudem nur einer eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle.

³³⁰ *Grave*, KSzW 2011, 57, 63.

³³¹ *Kühnen*, KSzW 2011, 3, 9.

³³² Vgl. die Ausführungen unter Fn. 307.

³³³ *Fleischer/Körper*, WuW 2001, 6ff.

139/2004/EG, hierfür ist nicht zuletzt die Praxis des Bundeskartellamts der letzten 38 Jahre deutlicher Beleg. Der Tatbestand des § 36 Abs. 1 1. Hs. GWB kann im Rahmen der teleologischen Auslegung insbesondere auch sog. „Unilateralfälle“ erfassen. Nach hier vertretener Ansicht ist dabei ein ökonomisches Verständnis von Marktbeherrschung anzulegen und diesem Ansatz der Vorzug vor dem „*third party dominance*“-Konzept sowie einer Lösung über die Abgrenzung des relevanten Marktes zu geben.

128 Führt der Gesetzgeber dennoch den SIEC-Test ein, dann entscheidet er sich insbesondere vor dem Hintergrund des Fehlens der „Schutzlücke“, dem europäischen Leitbild als solchem zu folgen, dem sog. „*more economic approach*“, dies ist auch begrüßenswert. Im Rahmen einer solchen Entscheidung birgt jedoch eine nur selektive Übernahme einzelner Elemente die unter 2.4 dargestellten Risiken einer möglichen Fehlentwicklung, denn die europäische Praxis wird nicht allein durch das Untersagungskriterium, sondern durch dessen Begrenzung und Auslegung in den Erwägungsgründen sowie den Leitlinien geprägt. So würde eine bloße Übernahme des SIEC-Tests ohne die der VO 139/2004/EG inhärente Begrenzung die Gefahr der faktischen Implementierung des US-amerikanischen SLC-Tests und dessen Abhängigkeit von der ökonomischen Interpretation der Wettbewerbsbeeinträchtigung mit sich bringen. Zwar ist dem Bundeskartellamt eine „Anwendung mit Augenmaß“ zu unterstellen, jedoch sollte nicht auch nur die Gefahr eines Wiederauflebens der „*Incipiency Doctrine*“ oder eines vergleichbar restriktiven Ansatzes bestehen. Dem könnte durch eine Verankerung von Erwägungsgrund 25 im Tatbestand des § 36 Abs. 1 GWB am besten Rechnung getragen werden.

129 *U.E.* sollte der Gesetzgeber mit einer Harmonisierung nicht „auf halbem Wege stehen bleiben“, sondern das europäische Konzept in Gänze zum Vorbild nehmen. Für bestimmte Aspekte, etwa das Spürbarkeitskriterium ergibt sich die Anpassung bereits aus der Übernahme des Tatbestandes an sich. Im Hinblick auf andere Rechtsinstitute, etwa die Sanierungsfusion, ist auch ohne gesetzgeberische Maßnahmen eine Angleichung bereits in weiten Teilen erfolgt.

130 Kernfrage und entscheidend für den Erfolg der Harmonisierung ist *u.E.* vielmehr die Entscheidung für das ökonomische Leitbild und die Anpassung an den europäischen Wohlstandsstandard. Mit der Entscheidung für das SIEC-Kriterium fällt eine Entscheidung für einen – verglichen mit dem Marktbeherrschungstest – ergebnisorientierten Ansatz. Damit einhergehen sollte *u.E.* auch eine verstärkte Ergebnisorientierung im Hinblick auf das Ziel der Fusionskontrolle an sich. Eine solche gewährleistet der unter 4.1.3. in Anknüpfung an *Zimmer* beschriebene zweistufige Prüfungsansatz, der auf zweiter Stufe eine Bezugnahme auf den Wohlstandsstandard und damit insbesondere auch auf Effizienzerwägungen im Rahmen des integrierten wettbewerblichen Prüfungsansatzes vorsieht. Nach Erwägungsgrund 29 der VO 139/2004/EG sind Effizienzvorteile, anders als noch unter dem Marktbeherrschungstest, zu berücksichtigen. Zwar verlangt eine solche keine Festlegung auf einen bestimmten Wohlstandsstandard, die Kommission hat sich jedoch im Rahmen der durch sie erlassenen Horizontalleitlinien für den Konsumentenwohlstandsstandard entschieden. Will der Gesetzgeber SIEC übernehmen, führt dies *u.E.* trotz der Tatsache, dass in der Praxis der Kommission – aus weitgehend verfahrensrechtlichen Gründen – Effizienzen bislang keine hervorgehobene Rolle gespielt haben, dennoch zu deren Einführung. Ihre Betrachtung ist allerdings auf den vom Zusammenschluss unmittelbar betroffenen Markt beschränkt. Aufgrund des gesetzgeberischen Harmonisierungsgedankens bietet es sich hier darüber hinaus an, die damit verbundene Orientierung an einem Wohlstandsstandard im Gleichklang mit der europäischen Vorlage auszugestalten. Dabei sollte die gesetzgeberische Ausgestaltung im Ansatz offen sein, um einem möglichen und *u.E.* wünschenswerten Wechsel vom Konsumenten- hin zum Gesamtwohlstandsstandard folgen zu können.

131 Die Darstellungen zu 3. zeigen gleichwohl, dass sich der Gesetzgeber mit der Harmonisierung keineswegs in eine Abhängigkeit von der Entwicklung des europäischen Rechts begibt. Es besteht weder die unionsrechtliche Pflicht zur einer Harmonisierung, noch zu einer unionsrechtskonformen Auslegung

des harmonisierten Rechts. Eine solche kann mit dem entsprechenden Willen des Gesetzgebers lediglich durch die Regelungen des GWB bzw. ihre Begründung bestimmt werden, will dieser nicht explizit eine abweichende Anwendung der deutschen Vorschriften. Verantwortung für die Anwendung des harmonisierten Rechts tragen allein die Behörden und Gerichte. *U.E.* besteht dabei insbesondere nicht die Möglichkeit für den Gerichtshof – im Rahmen von Vorlageverfahren – unmittelbar Einfluss auf die Entwicklung des deutschen Rechts zu nehmen.

132 Diese Gestaltungsfreiheit ermöglicht dem Gesetzgeber auch die Beibehaltung spezifischer deutscher Rechtsinstitute, wie der Abwägungsklausel gem. § 36 Abs. 1 2. Hs. GWB und der Ministererlaubnis gem. § 42 GWB. Diese ist in diesen beiden Fällen auch wünschenswert, ermöglichen sie doch eine weitergehende und effizientere Berücksichtigung wettbewerblicher und gemeinwohlbezogener Verbesserungen, ohne dass sie in einem kohärenten System als Fremdkörper wirken würden. Ob die Berücksichtigung außerwettbewerblicher Ziele im europäischen Recht nach Änderung der Vertragsziele eine Renaissance erlebt, wird die Zeit zeigen.

133 Trotz des „Systemwechsels“ im Fall des Untersagungskriteriums und den unmittelbar daran anknüpfenden Folgefragen, bewirkt dieser allein nach wie vor keine Vollharmonisierung mit dem Unionsrecht. Auch darüber hinaus bestehen Unterschiede, die der Gesetzgeber in den Blick nehmen kann. So stimmt z.B. der Zusammenschlussbegriff des § 37 GWB nicht mit dem der VO 139/2004/EG überein und es dürfte auch insoweit für die Zukunft ein Harmonisierungsbedarf bestehen. Die deutschen Aufgreifattbestände gehen zum einen mit der Erfassung von Beteiligungen von 25 % weiter als ihr europäisches Pendant, setzen sie doch nicht zugleich den Erwerb von Kontrolle voraus. Zum anderen erfasst das GWB, anders als das europäische Recht, keine Gleichordnungskonzerne.

134 Die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers bietet diesem umfassende Möglichkeiten. Strebt er eine erfolgreiche Harmonisierung des deutschen mit dem Unionsrecht an, muss er über das Untersagungskriterium hinaus sowohl an das europäische wettbewerbpolitische Leitbild, als auch an die Feinheiten des deutschen Fusionskontrollregimes denken, um aus beiden Elementen auch zukünftig ein kohärentes System zu formen.

* * * * *