

Berthold Busch

EU-Wettbewerbspolitik

Neue Entwicklungen und Kritik

Analysen

Forschungsberichte
aus dem Institut der deutschen Wirtschaft Köln

Berthold Busch

EU-Wettbewerbspolitik

Neue Entwicklungen und Kritik

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie. Detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-602-14863-9 (Druckausgabe)

ISBN 978-3-602-45478-5 (E-Book|PDF)

Herausgegeben vom Institut der deutschen Wirtschaft Köln

Grafik: Dorothe Harren

© 2010 Institut der deutschen Wirtschaft Köln Medien GmbH

Postfach 10 18 63, 50458 Köln

Konrad-Adenauer-Ufer 21, 50668 Köln

Telefon: 0221 4981-452

Fax: 0221 4981-445

iwmedien@iwkoeln.de

www.iwmedien.de

Druck: Hundt Druck GmbH, Köln

Inhalt

1	Einleitung	5
2	Leitbilder des Wettbewerbs	6
2.1	Klassik	7
2.2	Neoklassik	8
2.3	Workable Competition – funktionsfähiger Wettbewerb	9
2.4	Effizienzorientiertes Leitbild: Chicago School	12
2.5	Neuklassisches Konzept der Wettbewerbsfreiheit	14
2.6	Wettbewerbspolitik und Ordoliberalismus	17
2.7	Exkurs: Funktionen des Wettbewerbs	18
3	Die wettbewerbspolitische Orientierung im EG-Vertrag	19
3.1	Überblick	19
3.2	More Economic Approach	22
4	Die EU-Wettbewerbspolitik unter dem Einfluss neuer Entwicklungen	27
4.1	Kartellverbot	27
4.1.1	Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen	27
4.1.2	Regelbeispiele für verbotenes Verhalten	29
4.1.3	Ausnahmen vom Kartellverbot	30
4.1.4	Verordnung 17/1962 und Gruppenfreistellungsverordnungen	32
4.1.5	Umstellung auf das System der Legalausnahme	34
4.1.6	Bußgelder und Kronzeugenregelung	36
4.1.7	Privatrechtliche Durchsetzung von Kartellrecht	40
4.2	Missbrauchsverbot	41
4.3	Fusionskontrolle	51
4.3.1	Aufgaben der Fusionskontrolle	51
4.3.2	Arten von Fusionen	52
4.3.3	Rechtliche Grundlagen und Entstehung	54
4.3.4	Zuständigkeiten und Geltungsbereich	56
4.3.5	Aufgreifkriterien	58
4.3.6	Eingreifkriterien	60
4.3.7	Berücksichtigung von Effizienzsteigerungen	65
4.3.8	Marktmacht, Marktabgrenzung und Marktanteile	70
4.3.9	Empirie	75

5	Neue Entwicklungen der EU-Wettbewerbspolitik – kritisch gesehen	78
	Literatur	84
	Kurzdarstellung / Abstract	93
	Der Autor	94

1

Einleitung

Die Wettbewerbspolitik in der Europäischen Union (EU) hat in den letzten Jahren erhebliche Wandlungen durchgemacht. Das seit Anfang der 1960er Jahre gewachsene System hat sich dadurch erheblich verändert. Eine wichtige Änderung ist die stärkere Berücksichtigung ökonomischer Erkenntnisse und Zusammenhänge bei den Entscheidungen der EU-Kommission. Sie verfolgt damit – und zwar inzwischen seit einer Reihe von Jahren – einen sogenannten More Economic Approach. Dies gilt nicht nur für die Fusionskontrolle, sondern auch bei der Missbrauchsaufsicht. Im Kartellrecht war die herausragende Änderung die Umstellung des Verfahrens. Waren früher Kartelle per se verboten, konnten aber behördlich genehmigt werden, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt waren, so gilt heute unter diesen Voraussetzungen eine Legalausnahme. Das heißt: Einer vorherigen Anmeldung bedarf es nicht mehr. Daraus ergeben sich freilich mehr als nur verfahrensrechtliche Konsequenzen.

Von diesen Änderungen ist auch die deutsche Wettbewerbspolitik wegen des Vorrangs von EU-Recht direkt betroffen. Mehrfach mussten Vorschriften des deutschen Wettbewerbsrechts – die des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) – an die europäischen Vorgaben angepasst werden. Als jüngste Anpassung ist hier die siebte GWB-Novelle aus dem Jahr 2007 zu erwähnen, die das System der Legalausnahme in das deutsche Recht übernommen hat (Schmidt, 2005a, 536 ff.). Ein Ziel der siebten Novelle war es auch zu verhindern, dass wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen mit oder ohne grenzüberschreitende Auswirkungen unterschiedlich behandelt werden (Emmerich, 2008, 14; Hartog/Noack, 2005, 1397).

Wer sich mit Fragen der EU-Wettbewerbspolitik befasst, muss beachten, dass die Nummerierung der einschlägigen Vertragsartikel im Regelwerk der EU durch zwei Vertragsreformen geändert worden ist. Um hier für etwas mehr Klarheit zu sorgen, sind diese Änderungen in Übersicht 1 dokumentiert:¹

Die Änderungen in der EU-Wettbewerbspolitik, sowohl die stärkere Orientierung am More Economic Approach als auch das System der Legalausnahme, waren heftig umstritten und wurden dementsprechend kontrovers diskutiert. Diese Diskussionen werden erst vor dem Hintergrund verschiedener wettbewerbs-

¹ Im vorliegenden Text wird in der Regel die neue Nummerierung verwendet, außer bei wörtlichen Zitaten und in Fällen, in denen auf abgeleitete Rechtsakte verwiesen wird.

Die vertraglichen Grundlagen der EU-Wettbewerbspolitik

Übersicht 1

Regelungsbereich	EWG-Vertrag 1957 (später: EG-Vertrag)	EG-Vertrag als Teil des EU-Vertrags in der Fassung von Amsterdam 1999	Vertrag von Lissabon 2009 (Vertrag über die Arbeitsweise der EU – AEU-Vertrag)
Kartellverbot	Artikel 85	Artikel 81	Artikel 101
Missbrauchsverbot	Artikel 86	Artikel 82	Artikel 102

Eigene Zusammenstellung

politischer Leitbilder verständlich. Zum besseren Verständnis der Auseinandersetzungen werden daher im zweiten Kapitel die wichtigsten Leitbilder der Wettbewerbspolitik vorgestellt. Im dritten Kapitel wird auf die wettbewerbspolitische Orientierung im EG-Vertrag eingegangen. Das vierte Kapitel ist dem Instrumentarium der EU-Wettbewerbspolitik – dem Kartellverbot, dem Missbrauchsverbot und der Fusionskontrolle – gewidmet. Im fünften Kapitel wird ein kritisches Resümee gezogen.

2

Leitbilder des Wettbewerbs

Es dürfte unter Ökonomen nicht strittig sein, dass der Wettbewerb grundlegend für eine marktwirtschaftliche Ordnung ist. Wie wichtig Wettbewerb und damit Organisationen und Ressourcen zur Sicherung der Wettbewerbspolitik für die wirtschaftliche Performance von Volkswirtschaften sind, zeigen auch zwei aktuelle Untersuchungen, die sich mit dem Zusammenhang von Wettbewerbspolitik und dem Wachstum der Produktivität (Buccirosi et al., 2009) sowie dem Pro-Kopf-Wirtschaftswachstum (Clougherty, 2009) befassen. Sie deuten auf einen signifikanten Einfluss der Wettbewerbspolitik auf das Wachstum der totalen Faktorproduktivität hin und kommen zu dem Ergebnis, dass die Bereitstellung von finanziellen Mitteln für die Wettbewerbsbehörden zu einem höheren Pro-Kopf-Wachstum beiträgt.

Es gibt unter Ökonomen jedoch keine Übereinstimmung darüber, was Wettbewerb eigentlich ist und warum wir uns diesen Mechanismus genau bedienen. Daher soll zunächst ein kurzer Überblick über die wichtigsten wettbewerbs-

politischen Leitbilder gegeben werden.² Dieser soll helfen, Aussagen über die angemessene wettbewerbspolitische Ausrichtung in der EU einzuordnen und zu bewerten.

2.1 Klassik

Das klassische Leitbild des freien Wettbewerbs ist eine Reaktion auf den Absolutismus und den Merkantilismus des 18. Jahrhunderts, als der Staat in erheblichem Maß in den Wirtschaftsprozess eingriff, die Wirtschaft im Inland lenkte und im Außenhandel einen Handelsbilanzüberschuss anstrebte. Die Klassiker forderten demgegenüber Handlungsfreiheit für Unternehmen und für Konsumenten. Adam Smith³, einer der führenden Vertreter der klassischen Nationalökonomie, setzte auf die unsichtbare Hand des Marktes. Wenn der Einzelne seinen eigenwirtschaftlichen Interessen folge, dann hat dies Smith zufolge auch eine positive Wirkung auf die übrigen Wirtschaftsteilnehmer und dient damit auch dem Gesamtinteresse. Der Einzelne kann demnach nur dann wirtschaftlich erfolgreich auf Märkten agieren, wenn er die Interessen seiner Tauschpartner berücksichtigt. Die Klassiker betonten die Wirkung des Preismechanismus. Durch die Veränderungen von Preisen werden Signale über geänderte Knappheiten weitergegeben. Unternehmen und Verbraucher können sich daran mit ihren Produktions- und Konsumentscheidungen anpassen.⁴ Staatliche Lenkung und Eingriffe würden diesen Koordinationsprozess über Märkte und Preise nur stören. Aufgabe des Staates ist es vielmehr, die wirtschaftliche Freiheit zu gewähren und zu sichern. Die größte Gefahr für die Gewerbefreiheit sieht Smith in staatlichen Beschränkungen: Ohne staatliche Wettbewerbshindernisse wird sich der Wettbewerb von selbst einstellen. Smith sprach aber auch die Gefahren privater Wettbewerbsbeschränkungen an. „Geschäftsleute des gleichen Gewerbes kommen selten, selbst zu Festen und Zerstreung, zusammen, ohne dass das Gespräch in einer Verschwörung gegen die Öffentlichkeit endet oder irgendein Plan ausgeheckt wird, wie man die Preise erhöhen kann“ (Smith, 1999, 112). Er war aber skeptisch, ob man diese Zusammenkünfte, die man auch als Kartelle bezeichnen kann, untersagen könnte.

² Bei der folgenden Darstellung wurden insbesondere folgende Quellen herangezogen: Bartling, 1980a, 9 ff.; Berg, 1995, 245 ff.; Eickhoff, 2008; Emmerich, 2008, 4 ff.; Kerber/Schwalbe, 2007, Randnummer 992 ff.; Knieps, 2008, 67 ff.; Schmidt, 2005b, 1 ff. Auf die teilweise umfangreiche Kritik an den einzelnen Konzepten und Leitbildern kann hier nicht näher eingegangen werden; dazu sei auf die zitierten Quellen verwiesen.

³ „Adam Smith ist möglicherweise immer noch der Autor, der zum Wesen des Wettbewerbs am meisten zu sagen hat“ (Bartling, 1980a, 10).

⁴ Adam Smith ist mit seiner Entdeckung der unsichtbaren Hand des Marktes als erster Kybernetiker bezeichnet worden (Hayek, 1969, 256; Röpke, 1977, 357).

Im außenwirtschaftlichen Bereich ist das von David Ricardo nachhaltig geprägte Freihandelspostulat von Bedeutung. Weil das klassische Leitbild des Wettbewerbs den Koordinationsmechanismus der Preise betont, ist es „mit einem kybernetischen Selbststeuerungssystem verglichen worden“ (Kerber/Schwalbe, 2007, Randnummer 992) und zeichnet sich dadurch aus, dass es auf den Prozesscharakter des Wettbewerbs mit Aktion und Reaktion abstellt. Wettbewerb hat bei den Klassikern auch eine bedeutende politische Dimension, weil er als ein Verfahren zur herrschaftsfreien gesellschaftlichen Koordination gesehen wird.

2.2 Neoklassik

Mit der Entwicklung der neoklassischen Preistheorie, die mit Namen wie Léon Walras und Alfred Marshall verbunden ist, hat sich die Auffassung von Wettbewerb erheblich verändert. Insbesondere der Prozesscharakter des Wettbewerbs, das Zusammenspiel von Aktion und Reaktion, ist im neoklassischen Leitbild verloren gegangen. Wettbewerb wird hier mit dem Modell der vollkommenen Konkurrenz⁵ gleichgesetzt. Damit rückt die Marktstruktur in den Mittelpunkt des wettbewerbspolitischen Interesses. Das Modell der vollkommenen Konkurrenz (Polypol) ist durch viele Anbieter und Nachfrager gekennzeichnet, die über keinerlei Marktmacht verfügen. Man spricht daher auch von einer atomistischen Marktstruktur. Demzufolge können weder die einzelnen Nachfrager noch die einzelnen Anbieter den Preis beeinflussen; dieser bildet sich vielmehr durch den Ausgleich von Angebot und Nachfrage. Im Fall dieses Ausgleichs wird der Wettbewerb als vollkommen angesehen. Die Unternehmen verhalten sich als Mengenanpasser, das heißt, sie bieten jene Menge an, bei der ihre Grenzkosten dem Marktpreis entsprechen. Diese Preis-Grenzkosten-Regel gilt als allokatives Optimum und dient bei vielen wettbewerbspolitischen Entscheidungen als Referenzmaßstab.⁶

Aus der atomistischen Marktstruktur ergibt sich ein ganz bestimmtes Marktverhalten und daraus ein gesamtwirtschaftlich optimales Marktergebnis. Das wettbewerbspolitische Leitbild der vollkommenen Konkurrenz beruht damit auf einer Hypothese über den Zusammenhang von Marktstruktur, Marktverhalten und Marktergebnis. Damit wird auch gezeigt, dass im entgegengesetzten Fall – dem Monopol, bei dem es nur einen Anbieter gibt – keine gesamtwirtschaftlich optimale Allokation mehr zustande kommt. Der Monopolist verhält sich gewinn-

⁵ Zur Unterscheidung von vollkommener Konkurrenz, vollständiger Konkurrenz, Pure Competition und Perfect Competition vgl. Bartling (1980a, 13 f.).

⁶ Als Maß für die Marktmacht eines Unternehmens, also für eine Abweichung vom Zustand vollkommener Konkurrenz, wird beispielsweise der Lerner-Index herangezogen. Er gibt den im Preis enthaltenen Aufschlag auf die Grenzkosten an: $L = (p - GK)/p$, mit p = Preis und GK = Grenzkosten (Wagener/Eger, 2009, 385).

maximierend, wenn er seine Produktion nur so weit ausdehnt, bis sein Grenzerlös gleich den Grenzkosten ist. Diese als Cournot'scher Punkt bezeichnete Preis-Mengen-Kombination ist durch einen höheren Preis und eine geringere Menge als beim Polypol gekennzeichnet. Der Monopolist erzielt Differenzialgewinne zulasten der Konsumenten. Aus dieser Sicht ist es also Aufgabe der Wettbewerbspolitik, eine Marktstruktur mit möglichst vielen unabhängigen Anbietern anzustreben oder zu erhalten. Eine Weiterentwicklung der neoklassischen Preistheorie kann in dem Marktformenschema gesehen werden, bei dem sowohl auf der Angebots- als auch auf der Nachfrageseite eines Marktes eine unterschiedliche Anzahl von Marktteilnehmern miteinander kombiniert wird.⁷ Noch im Jahr 1955 wurde es in der Begründung zum Entwurf des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) als eine der Aufgaben des Gesetzgebers angesehen, „daß er die vollständige Konkurrenz in einem möglichst großen Umfang erhält“ (Deutscher Bundestag, 1955, 22). Wegen der restriktiven Annahmen im Modell der vollkommenen Konkurrenz und der Konzentration auf einen Zustand statt auf einen Prozess wurde dieses Modell jedoch zunehmend als wettbewerbspolitisches Leitbild infrage gestellt. In der Weiterentwicklung wurde dann die klassische Dichotomie von Polypol und Monopol durch die Analyse von monopolistischer Konkurrenz erweitert, worunter der Wettbewerb zwischen vielen Anbietern mit heterogenen Gütern verstanden wird (Bartling, 1980b, 281).

2.3 Workable Competition – funktionsfähiger Wettbewerb

Einen Meilenstein in der Weiterentwicklung des wettbewerbspolitischen Leitbilds setzte John M. Clark mit seinen Arbeiten über Workable Competition, im Deutschen auch als funktionsfähiger Wettbewerb bezeichnet. Auch dieses Leitbild verwendet das Marktstruktur-Marktverhaltens-Marktergebnis-Paradigma. Es berücksichtigt aber ausdrücklich die realen Gegebenheiten auf den Märkten, die aus der Sicht des neoklassischen Leitbilds Marktunvollkommenheiten sind, rückt also von dessen Idealzustand ab. Dies führt dazu, dass die Elemente der Marktstruktur, des Marktverhaltens und der Marktergebnisse wesentlich vielfältiger als im neoklassischen Leitbild sind (Übersicht 2). Unter Marktstruktur werden dabei die kurzfristig nicht zu verändernden Gegebenheiten auf einem Markt verstanden, die von den einzelnen Unternehmen als Datum hingenommen werden müssen. Dazu zählen neben der Anzahl der Anbieter, also den Marktanteilen, auch Marktein- und -austrittsschranken, der Grad der Markttransparenz, die Heterogenität

⁷ Neben dem Oligopol, bei dem wenige Anbieter auf eine große Zahl von Nachfragern treffen, sind hier noch das Monopson und das Oligopson zu erwähnen, bei denen ein beziehungsweise wenige Nachfrager auf eine große Zahl von Anbietern stoßen.

der Produkte sowie Skalen- und Verbundvorteile. Zu den Elementen des Marktverhaltens werden neben der Preis- und Mengensetzung auch die Innovationsfähigkeit, die Qualität, der Service und die Werbeaktivitäten gerechnet. Zu den Marktergebnissen zählen neben den sich am Markt ergebenden Preisen und Mengen auch der technische Fortschritt, die Vielfalt und die Qualität der Produkte sowie die Höhe der Gewinne. Die Industrieökonomik (Industrial Organization) hat versucht, die empirischen Zusammenhänge insbesondere zwischen den Elementen der Marktstruktur und den Marktergebnissen zu untersuchen. Dabei ging es nicht nur um den Einfluss der Zahl der Anbieter auf die Höhe der Gewinne, sondern es wurden weitere Faktoren wie die Markteintrittsschranken berücksichtigt. Klare empirische Ergebnisse stehen jedoch aus.

Elemente des Marktstruktur-Marktverhaltens- Marktergebnis-Paradigmas

Übersicht 2

Marktstrukturvariablen

Zu den kurzfristig von den Unternehmen nicht zu verändernden Elementen der Marktstruktur gehören:

- ökonomische Merkmale der Produkte wie etwa ihre Qualität, ihr Differenzierungsgrad, ihre Nähe zu Substituten;
- Zahl der Produzenten/Verkäufer am Markt, Grad der Anbieterkonzentration, Verteilung der Marktanteile und Grad der vertikalen Integration der Wertschöpfungsketten;
- Produktions- und Kostenstrukturen der Unternehmen (Skalen- und Verbundvorteile, Subadditivität der Kosten);
- Informationslage und Marktmacht der Nachfrager sowie Nachfragebedingungen (Trends, zyklische und saisonale Schwankungen);
- Marktein- und -austrittsbarrieren, versunkene Kosten.

Marktverhaltensvariablen

Die exogenen Marktstrukturvariablen beziehungsweise die Rahmenbedingungen bestimmen das Verhalten der Unternehmen, zum Beispiel deren:

- Preis-, Qualitäts- und Mengensetzung;
- Investitionsverhalten;
- Werbe- und Marketingaktivitäten;
- Forschungs- und Entwicklungsanstrengungen;
- Allianz- und Diversifizierungsstrategien sowie Kooperationsverhalten.

Marktergebnisvariablen

Aus den endogenen Marktverhaltensvariablen resultieren letztlich die Unternehmens- und Marktergebnisse. Zu diesen zählen unter anderem:

- Gewinnmargen der Firmen;
- Ressourcen- und Faktorproduktivitäten;
- Produktvarietät;
- allokativer Effizienz des Marktes (als Maß für die statische Effizienz) und die Produkt- und Prozessinnovationsrate (als Maß für die dynamische Effizienz).

Quelle: Bühler/Jaeger, 2002, 5

Aufbauend auf dem Marktstruktur-Marktverhaltens-Marktergebnis-Paradigma und den empirischen Analysen der Industrieökonomik wurde von der Harvard School in den 1950er und 1960er Jahren ein einflussreiches wettbewerbspolitisches Leitbild entwickelt, das große Wirkungen auf die US-amerikanische Wettbewerbspolitik (Antitrust) hatte. Insbesondere die Einführung der Fusionskontrolle kann auf dieses Leitbild zurückgeführt werden. Auch auf die europäische Wettbewerbspolitik und deren zentralen Begriff des wirksamen Wettbewerbs (Effective Competition) hat dieses Leitbild eingewirkt (Kerber/Schwalbe, 2007, Randnummer 1011). Dem Wettbewerb wurden dabei eine Reihe von Zielen zugeschrieben. Dazu zählen ökonomische Ziele wie optimale Allokation, technischer Fortschritt, internationale Wettbewerbsfähigkeit, Verteilungsgerechtigkeit, Konsumentensouveränität, aber auch weitergehende Ziele wie zum Beispiel die Begrenzung von wirtschaftlicher (und politischer) Macht. Zur Gewährleistung dieser Ziele fordert die Harvard School eine aktive staatliche Wettbewerbspolitik, wozu die Bekämpfung von Unternehmenskonzentration durch Fusionskontrolle und Entflechtung sowie die Verfolgung von Behinderungs- und Missbrauchsstrategien gehören. Nach dieser Auffassung haben sich selbst überlassene Märkte eine Tendenz zur Vermachtung.

In Deutschland ist das Workable-Competition-Konzept insbesondere von Erhard Kantzenbach (1966) aufgegriffen und unter dem Begriff des funktionsfähigen Wettbewerbs zu einem Leitbild für die praktische Wettbewerbspolitik entwickelt worden. Demnach hat der Wettbewerb verschiedene Funktionen. Kantzenbach unterscheidet zwischen den statischen und den dynamischen Funktionen des Wettbewerbs, die jeweils bestmöglich zu erfüllen seien. Zur ersten Kategorie gehören die Einkommensverteilung nach der Marktleistung, die Orientierung des Angebots an den Präferenzen der Konsumenten und die optimale Faktorallokation, das heißt die Lenkung der Produktionsfaktoren in ihre produktivsten Verwendungen. Zur zweiten Kategorie zählen die Förderung des technischen Fortschritts bei Produkten und Verfahren (Innovationen) sowie die flexible Anpassung von Produktion und Produktionskapazität an die sich ändernde Nachfragestruktur und die Produktionstechnik. Diesen dynamischen Funktionen misst Kantzenbach die größte Bedeutung bei. Sie werden ihm zufolge am besten erfüllt, wenn die Wettbewerbsintensität maximal ist, das heißt Vorsprungsgewinne durch die Reaktion der Konkurrenten wieder zunichtegemacht werden. Letztere wiederum ist von der Reaktionsverbundenheit der Unternehmen abhängig.

Kantzenbach identifiziert heterogene weite Oligopole als jene Marktstruktur, die am besten geeignet ist, die Funktionen des Wettbewerbs zu erfüllen. Insofern orientiert sich dieses wettbewerbspolitische Leitbild ebenfalls am Marktstruktur-

Marktverhaltens-Marktergebnis-Paradigma. Im heterogenen weiten Oligopol ist die optimale Wettbewerbsintensität erreicht.⁸ Im engen Oligopol mit dem Grenzfall Duopol ist zwar die Wettbewerbsintensität theoretisch am höchsten, es kommt jedoch leicht zu einem kollusiven Verhalten. Entscheidend ist laut Kantzenbach daher nicht die potenzielle, sondern die effektive Wettbewerbsintensität. Im anderen Grenzfall, dem heterogenen Polypol, ist die Wettbewerbsintensität am geringsten.

Für die praktische Wettbewerbspolitik folgt daraus, dass sie die Marktstruktur der weiten Oligopole anstreben soll. Das bedeutet, dass im Bereich der heterogenen Polypole Unternehmenszusammenschlüsse und unter Umständen auch Kartelle zugelassen werden sollten. Im Bereich enger Oligopole ist demnach eine strikte Fusionskontrolle erforderlich, auch Entflechtungsmaßnahmen sind nicht auszuschließen. Das Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs hatte in Deutschland großen Einfluss auf das Ende der 1960er Jahre vom Bundeswirtschaftsministerium erarbeitete neue Leitbild für die Wettbewerbspolitik. Das Konzept ging im Jahr 1973 auch in die zweite Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) ein, mit der die Fusionskontrolle in Deutschland eingeführt wurde. Die europäische Fusionskontrolle von 1990 wiederum orientierte sich weitgehend am deutschen Vorbild.

2.4 Effizienzorientiertes Leitbild: Chicago School

Die Vertreter der Chicago School lehnen das Leitbild des funktionsfähigen Wettbewerbs und das Marktstruktur-Marktverhaltens-Marktergebnis-Paradigma ab. Ihr wettbewerbspolitisches Credo setzt viel stärker auf die Marktkräfte und vertraut auf den Marktmechanismus. Die Chicago School stellt überdies die Effizienzwirkungen von Unternehmenszusammenschlüssen in den Mittelpunkt ihrer Analyse. Nicht ganz klar ist allerdings, ob bei der Beurteilung dieser Wirkungen in erster Linie die Konsumentenwohlfahrt⁹ oder die gesamtwirtschaftliche Wohlfahrt¹⁰ herangezogen wird. Vereinfacht ausgedrückt soll ein Zusammen-

⁸ Bei Kantzenbach ist der Grad der Marktvollkommenheit oder -unvollkommenheit eine erklärende Variable für die Wettbewerbsintensität. Die Variable „Marktvollkommenheit (-unvollkommenheit)“ wird mit dem Ausmaß der Markttransparenz (-intransparenz) und der Produkthomogenität (-heterogenität) beschrieben (Kantzenbach, 1966, 92). „Homogenität/Heterogenität“ bezieht sich dabei auf die Ähnlichkeit der Produkte, „eng/weit“ auf die Anzahl der Marktteilnehmer.

⁹ Einer der Vertreter der Chicago School, Robert H. Bork, bezeichnete die Konsumentenwohlfahrt als exklusives Ziel der Wettbewerbspolitik (Bork, 1978, 81 ff.).

¹⁰ Nach Kerber/Schwalbe (2007, Randnummer 1014) ist die Chicago School am Gesamtwohlfahrtsstandard orientiert. Die Umverteilung zwischen Konsumenten- und Produzentenrente sei für die Beurteilung des Wettbewerbs irrelevant. Nach Schmidt (2005b, 21) ist im Rahmen der Chicago School die Maximierung der Konsumentenwohlfahrt das Ziel der Wettbewerbspolitik. Nach Drexel (1998, 105) setzt die Chicago School (unzulässigerweise) Konsumentenwohlfahrt mit gesamtwirtschaftlicher Effizienz gleich.

schluss zulässig sein, wenn von dieser Wettbewerbsbeschränkung ein größerer Effizienzgewinn zu erwarten ist als vom Wettbewerb selbst. Dabei wird unterschieden zwischen den Auswirkungen einer Wettbewerbsbeschränkung auf die alloкатive Effizienz und den Auswirkungen auf die produktive Effizienz, wobei Letztere insbesondere auf Skaleneffekte zurückzuführen sind. Skaleneffekte treten auf, wenn „die durchschnittlichen totalen Kosten ... bei einer Vergrößerung der Ausbringungsmenge bis zur sog. mindestoptimalen Betriebsgröße sinken“ (Schmidt, 2005b, 86). Eine in der Regel durch einen Zusammenschluss bewirkte Verschlechterung der alloкатiven Effizienz kann möglicherweise durch einen Anstieg der produktiven Effizienz aufgewogen werden. Ein Referenzmaßstab, aber nicht ein angestrebter Endzustand, ist dabei wiederum die neoklassische Preistheorie und das Modell der vollkommenen Konkurrenz.

Nach Überzeugung der Vertreter der Chicago School bewirkt der Marktmechanismus, dass im Sinne eines „Survival of the fittest“ langfristig nur die wettbewerbsfähigsten Unternehmen überleben können. Unternehmen erreichen dies, indem sie – auch durch Fusionen – nach Effizienzgewinnen streben.¹¹ Ziel von Fusionen ist nach diesem Konzept nicht die Erlangung von Marktmacht, sondern die Verbesserung der Effizienz. Marktmacht kann überdies nur zeitlich begrenzt auftreten, weil hohe Gewinne einen Anreiz für andere Unternehmen darstellen, in diesen Markt einzutreten. Private Markt Zugangsbeschränkungen bestehen nach dieser Auffassung nicht. Markteintrittsbeschränkungen gehen vielmehr auf staatliche Interventionen und die Abschottung von Märkten durch protektionistische Maßnahmen zurück. Wenn es auf Märkten nur wenige Großunternehmen gibt, ist dies nach den Vertretern dieser Denkschule das Ergebnis des Wettbewerbs und unternehmerischer Aktivitäten und deutet auf das Vorhandensein von Economies of Scale und anderen Effizienzvorteilen hin. In diesem Zusammenhang ist auch die Theorie angreifbarer Märkte (Contestable Markets) von Bedeutung, die versucht, die Voraussetzungen für einen wirksamen potenziellen Wettbewerb herauszuarbeiten. Sind die Voraussetzungen dieser Theorie gegeben, kann es auch bei hoher Unternehmenskonzentration keine Preise geben, die langfristig über den durchschnittlichen Kosten liegen.¹²

Insgesamt ist die Chicago School skeptisch gegenüber staatlichen Eingriffen in den Wettbewerb. Die Empfehlungen münden in einem Plädoyer für mehr wettbewerbspolitische Behutsamkeit. So ist bei Eingriffen in die Marktstruktur, insbesondere bei der Fusionskontrolle, zumindest Zurückhaltung geboten. Eine zu restriktive horizontale Zusammenschlusskontrolle könnte nämlich verhindern,

¹¹ Eine Differenzierung in der Argumentation könnte sich ergeben, wenn zwischen externem und internem Unternehmenswachstum unterschieden wird.

¹² Zu weiteren Einzelheiten siehe Kerber/Schalwe (2007, Randnummer 1019 ff.).

dass effiziente Unternehmensgrößen entstehen. Vertikale und konglomerate Fusionen gelten als eher unproblematisch. Dementsprechend werden auch Entflechtungsmaßnahmen abgelehnt. Es wird allerdings die Gefahr gesehen, dass eine zunehmende Unternehmenskonzentration die Anreize für ein kollusives Verhalten der auf dem Markt verbleibenden Anbieter erhöht. Die Vertreter der Chicago School plädieren auch insofern nicht für wettbewerbspolitisches Laissez-faire, als sie wettbewerbsschädliches Verhalten der Unternehmen verhindern möchten. Preiskartelle sollen demnach verboten werden. Gefordert ist der Staat insbesondere bei der Beseitigung von staatlichen Marktzugangsbeschränkungen. Dazu gehören auch Einfuhrbeschränkungen.

In den USA hat die Chicago School während der Amtszeit von Präsident Ronald Reagan (1981–1989) an Einfluss auf die Wettbewerbspolitik gewonnen. Die US-amerikanische Antitrustpolitik, die lange als eine der strengsten der Welt galt, wurde gelockert. Die Regierung unter Präsident Reagan war von einer „Hände-weg-Politik“ gekennzeichnet, die von der Überzeugung geprägt war, dass die Märkte die Freiheit haben sollten, die effizientesten Unternehmen zu selektieren (Motta, 2004, 8). Erst unter Präsident George W. Bush ist die US-amerikanische Antitrustpolitik wieder vorsichtig auf eine mittlere Linie eingeschwenkt (Schmidt, 2005b, 254 f.) In der EU hat das wettbewerbspolitische Leitbild der Chicago School im Laufe der Zeit an Einfluss auf die Wettbewerbspolitik gewonnen, was sich insbesondere in dem sogenannten More Economic Approach manifestiert (siehe Abschnitt 3.2 und Kapitel 4).

2.5 Neuklassisches Konzept der Wettbewerbsfreiheit

Aufbauend auf den Vorstellungen der Klassiker zum Wettbewerb und beeinflusst durch die Arbeiten von Friedrich August von Hayek hat Erich Hoppmann das sogenannte neuklassische Konzept der Wettbewerbsfreiheit entwickelt. Es kann gewissermaßen als eine Gegenposition zu Kantzenbachs Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs gesehen werden.¹³ Für Hayek ist der Wettbewerb (auch) ein Instrument, um das in einer Gesellschaft verstreute, dezentrale Wissen nutzbar zu machen, also das Informationsproblem zu lösen. Er hat Wettbewerb daher als ein Entdeckungsverfahren beschrieben, dessen „Ergebnisse unvoraussagbar und im ganzen verschieden von jenen sind, die irgend jemand hätte bewusst anstreben können“ (Hayek, 1969, 250). Ein solches Wettbewerbsverständnis hat zur Folge, dass die einzelnen Wirkungen wettbewerblicher Prozesse nicht vor-

¹³ Die Ende der 1960er Jahre in den Jahrbüchern für Nationalökonomie und Statistik begonnene Hoppmann-Kantzenbach-Kontroverse hat in Deutschland laut Kerber/Schwalbe (2007, Randnummer 1036) fast eine ähnliche Bedeutung gehabt wie der Streit zwischen der Chicago School und der Harvard School in den USA.

hergesagt werden können. Märkte werden als komplexe Phänomene betrachtet. Möglich sind lediglich sogenannte Mustervoraussagen. Die Voraussetzung dafür, dass es zu einem wettbewerblichen Prozess kommt, ist die Möglichkeit individueller wirtschaftlicher Freiheit. Die Konkurrenz präsentiert sich als Bedingung der Freiheit. „Wo sie fehlt, ist auch in der ‚freien‘ Wirtschaft die Freiheit gering, denn jede Monopolisierung, in welcher Form sie sich auch vollziehe, raubt den Marktpartnern Alternativen und erhöht so ihre Abhängigkeit“ (Giersch, 1991, 75).

Hier setzt auch Hoppmann mit seinem Konzept der Wettbewerbsfreiheit an, die er als Wert oder als Ziel betrachtet. Wettbewerbsfreiheit wird sowohl auf der Marktneben- als auch auf der Marktgegenseite für notwendig erachtet. Unternehmen müssen die Möglichkeit haben, sich gegenüber ihren Konkurrenten durch wettbewerbliches Verhalten abzusetzen (Parallelprozess), und sowohl Anbieter als auch Nachfrager müssen in der Lage sein, zwischen Alternativen auszuwählen (Austauschprozess). Ist die Wettbewerbsfreiheit gewährleistet, kommt es zu insgesamt guten ökonomischen Ergebnissen. Wettbewerb führt dann zu ökonomischer Vorteilhaftigkeit und die ökonomischen Wettbewerbsfunktionen werden erfüllt, wozu Wachstum, technischer Fortschritt, Allokationseffizienz und Leistungssteigerung zählen. Hier bezieht sich Hoppmann auf die sogenannten Hayek'schen Mustervoraussagen. Wettbewerbspolitische Konzeptionen, die eine bestimmte Beziehung zwischen Marktstruktur, Marktverhalten und Marktergebnissen unterstellen, werden abgelehnt.

Für die praktische Wettbewerbspolitik bedeutet dies, die Wettbewerbsfreiheit zu schützen und zu sichern. Weil Einzelprognosen über die Wirkung wettbewerblicher Prozesse mit diesem Verständnis von Wettbewerb nicht zu vereinbaren sind, lehnt Hoppmann Einzelfallentscheidungen (diskretionäre Entscheidungen) im Sinne einer Rule of Reason prinzipiell ab. Wettbewerbsbeschränkungen sollen stattdessen durch allgemeine, abstrakte und gewisse Regeln im Sinne einer Rule of Law verboten werden. Da sie unterschiedslos auf alle Marktteilnehmer angewandt werden, spricht man auch von Per-se-Regeln.

Einzelfallentscheidungen würden eine Wirkungsanalyse eines konkreten Einzelfalls erfordern. Eine Fusionskontrolle lehnt Hoppmann aus diesem Grund ebenfalls ab, zudem sei sie interventionistisch. Hinzu kommt, dass er das Konzept des relevanten Marktes (siehe Abschnitt 4.3.8) ablehnt und stattdessen ein Gesamtmarkt-konzept anstrebt. Eine Fusion bedeutet jedoch eine Ex-ante-Koordination einzelwirtschaftlicher Pläne. Diese beeinträchtigt den marktlichen Koordinationsprozess und ist damit eine wettbewerbsbeschränkende Handlung. Daher fordert das neuklassische Wettbewerbskonzept ein generelles Fusionsverbot; ein Per-se-Verbot verlangt es auch für Kartelle. Die Kritik an diesem Konzept

Rule of Reason

Eine Rule of Reason kann als Abwägungsklausel in einer fallspezifischen Entscheidung bezeichnet werden. Sie stammt aus dem US-amerikanischen Wettbewerbsrecht. Nach dem Sherman Act von 1890 sind Handelsbeschränkungen generell verboten. Ausnahmen für eine Freistellung vom Kartellverbot enthielt diese Rechtsvorschrift nicht. Da aber nicht jede Beschränkung der wettbewerblichen Handlungsfreiheit auch den Wettbewerb beschränkt, wurde es schnell notwendig, diesen Verbotstatbestand nach seinem Zweck einzugrenzen und Maßstäbe für die Auslegung zu finden. Damit sollen wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen vom legitimen Einsatz unternehmerischer Aktionsparameter abgegrenzt werden (Künzler, 2008, 232; Mestmäcker/Schweitzer, 2004, 208). Zu diesem Zweck wurde vom US-amerikanischen Obersten Gerichtshof (Supreme Court) Anfang des 20. Jahrhunderts die Rule of Reason entwickelt. Demnach sollen vernünftige Wettbewerbsbeschränkungen nicht unter das allgemeine Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen durch den Sherman Act fallen (NZZ, 2002). Im Prinzip geht es darum, auch bei wettbewerbspolitischen Entscheidungen das Gebot der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen. Je stärker sich die Wettbewerbspolitik an Per-se-Regeln orientiert, desto geringer ist ihr diskretionärer Handlungsspielraum; je stärker sie sich an der Rule of Reason orientiert, desto größer wird der diskretionäre Handlungsspielraum (Schmidt/Schmidt, 2006, 35).

richtet sich insbesondere gegen seine mangelnde Operationalisierbarkeit.¹⁴ Kritisch wird zudem vermerkt, dass es durchaus zu Konflikten zwischen dem Ziel der Wettbewerbsfreiheit und anderen Zielen kommen könne (sogenannte Dilemma-These). Dazu zählen zum Beispiel die Förderung von Forschung und Entwicklung, optimale Unternehmensgrößen oder die internationale Wettbewerbsfähigkeit.

Mögliche Zielkonflikte zwischen Wettbewerb und technischem Fortschritt

In der Wettbewerbspolitik spielt die These eine Rolle, dass ein Zielkonflikt zwischen wirksamem Wettbewerb und technischem Fortschritt möglich oder gar wahrscheinlich ist. Dabei wird der Zusammenhang zwischen der Unternehmensgröße und der Innovationsneigung in den Fokus gerückt. Zum einen wird die Frage gestellt, ob große Unternehmen mehr Forschungs- und Entwicklungsaktivitäten betreiben als kleinere Unternehmen. Zum anderen geht es um den Zusammenhang zwischen Marktmacht, also relativer Unternehmensgröße, und Innovationsaktivitäten. Die These, dass große Unternehmen eher in der Lage sind, in Forschung und Entwicklung zu investieren, wird damit begründet, dass hier hohe Aufwendungen erforderlich sind, die sich kleinere Unternehmen nicht leisten könnten. Die zweite These geht von einer starken Korrelation zwischen Marktmacht, gemessen in hohen Konzentrationsgraden, und Forschungs- und Entwicklungsaktivitäten aus. Begründet wird dies damit, dass marktmächtige Unternehmen besser in der Lage sind, die wirtschaftlichen Vorteile einer Innovation zu internalisieren und Konkurrenten von einer Imitation abzuhalten. Hier gilt es jedoch zu berücksichtigen, dass Unternehmen, die ihre Konkurrenten dauerhaft von Imitationen abhalten können, auch der Anreiz zu ständigen Innovationen fehlt. Empirische Untersuchungen kommen überdies zu dem Ergebnis, dass die Zusammenhänge keineswegs so einfach sind wie behauptet, sondern dass eine Reihe weiterer Strukturkriterien bedeutsam sind (Schmidt, 2005b, 108 ff.).

¹⁴ „Hoppmann liefert nicht das, worauf die praktische Wettbewerbspolitik wartet“ (Eickhoff, 2008, 21; vgl. auch Schmidt, 2005b, 17 ff.). Zu einer allgemeinen Darstellung der Grenzen von Freiheit als Rechtsprinzip vgl. Schmidchen (2008, 153 ff.).

2.6 Wettbewerbspolitik und Ordoliberalismus

Der Grundgedanke, dass die Wettbewerbspolitik dem Ziel der wirtschaftlichen Freiheit dienen soll, findet sich auch bei prominenten Vertretern des Ordoliberalismus, auf dem das Wirtschaftsmodell der Sozialen Marktwirtschaft aufbaut. Zu den geistigen Vätern des Ordoliberalismus gehören der Ökonom Walter Eucken und der Jurist Franz Böhm. Nach Eucken beruht eine Wettbewerbsordnung im Sinne einer auf Wettbewerbsprinzipien gründenden Wirtschaftsordnung auf den konstituierenden Prinzipien, die sie herstellen, und den regulierenden Prinzipien, die sie funktionsfähig halten (Eucken, 1952, 245 ff.). Die Hauptaufgabe dabei ist es, den Preismechanismus funktionsfähig zu machen (Eucken, 1952, 255). Eucken versteht also Wettbewerbspolitik in einem sehr umfassenden Sinn. Zu den konstituierenden Prinzipien gehören die Währungspolitik, offene Märkte, Privateigentum, Vertragsfreiheit, Haftung und Konstanz der Wirtschaftspolitik. Zu den regulierenden Prinzipien zählt Eucken unter anderem die Monopolkontrolle, welche die Aufgabe hat, die auch in einer Wettbewerbsordnung möglichen Monopole zu beaufsichtigen. Nach Böhm dient die Monopolkontrolle nicht ausschließlich der Effizienzsicherung, sondern „zuvörderst der Sicherung der wirtschaftlichen Freiheit“ (Drexler, 1998, 114). Im Ordoliberalismus wird die individuelle Freiheit des einzelnen Wirtschaftsteilnehmers zum Ziel, das durch den Wettbewerb erreicht werden soll. Die wirtschaftliche Freiheit ist dabei die Voraussetzung für die wettbewerblichen Aktivitäten. Der Wettbewerb wiederum schützt die Freiheit gegen wirtschaftliche Macht auf den Märkten.

Die Gestaltung der Wirtschaftsordnung und eine aktive Wettbewerbspolitik sehen Ordoliberale als staatliche Aufgabe an. Die wirtschaftliche Freiheit soll durch die Bekämpfung von Kartellen und Monopolen vor wirtschaftlicher Macht gesichert werden. Ein wettbewerbspolitisches Laissez-faire führt nach den Vorstellungen des Ordoliberalismus hingegen zu einer Vermachtung der Märkte. Ein wichtiger Bestandteil der Wettbewerbspolitik ist aus diesen Gründen eine unabhängige Wettbewerbsbehörde.

Das Leitbild des Wettbewerbs bei Eucken ist die Marktform der vollständigen Konkurrenz, die durch eine große Anzahl von Anbietern und Nachfragern mit jeweils kleinem Marktanteil definiert ist, sodass hier keine wirtschaftliche Macht vorliegt. Die Marktteilnehmer nehmen zumindest subjektiv die Preise als gegeben hin. Weitere restriktive Annahmen, die dem Modell der vollkommenen Konkurrenz eigen sind, zum Beispiel die Homogenität der Produkte oder die vollständige Markttransparenz, spielen hier keine Rolle. Gleichwohl entspricht das Leitbild der vollständigen Konkurrenz nicht den heutigen Vorstellungen von Wettbewerb. Kritiker behaupten sogar, dass das Leitbild der vollständigen Konkurrenz einen

Zustand des Nichtwettbewerbs beschreibt, da Unternehmen nicht mit dem Preis und anderen Instrumenten zur Verkaufsförderung versuchen können, wettbewerbliche Vorstöße zu unternehmen (Drexl, 1998, 121).

2.7 Exkurs: Funktionen des Wettbewerbs

In Anbetracht der vielfältigen Vorstellungen von dem Wesen und den Aufgaben des Wettbewerbs verwundert es nicht, dass es keine abschließende oder allgemein anerkannte Definition von Wettbewerb gibt.¹⁵ Es besteht jedoch weitgehende Übereinstimmung darin, dass dem Wettbewerb eine Reihe von Funktionen zugeschrieben werden, denen allerdings je nach wettbewerbspolitischer Konzeption eine unterschiedliche Bedeutung beigemessen wird. Im Allgemeinen kann man zwischen den ökonomischen und den darüber hinausgehenden (metaökonomischen) Funktionen des Wettbewerbs unterscheiden.¹⁶ Zu den ökonomischen Funktionen zählen:

- **Die Allokations- oder Anpassungsfunktion.** Wettbewerb soll dafür sorgen, dass das Angebot von Produkten und Dienstleistungen immer wieder neu an die sich verändernde Nachfrage angepasst wird und die dazu notwendigen Produktionsfaktoren in diese Verwendungen gelenkt werden. Wettbewerb dient auf diese Weise auch dem Ziel der Konsumentensouveränität und ist unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes bedeutsam. Wettbewerb soll ferner dafür sorgen, dass die Allokation auf Veränderungen auf den Faktormärkten oder auf Veränderungen durch staatliche Datensetzung reagiert (Herdzina, 1999, 19).
- **Die Fortschrittsfunktion.** Wettbewerb soll dazu führen, dass die Unternehmen Anreize zu Innovationen haben und neue Produkte, Produktions- und Organisationsverfahren entwickeln. Hier spiegelt sich die Vorstellung vom Wettbewerb als Entdeckungsverfahren wider. Erfolgreiche Innovationen setzen sich am Markt durch, weil sie von anderen Unternehmen imitiert werden. Wettbewerb kann unter diesem Aspekt zu temporären Monopolen führen, die wieder abgebaut werden. Wettbewerb trägt damit auch zu wirtschaftlicher Entwicklung und zu Wachstum bei.
- **Die Verteilungsfunktion.** Wettbewerb soll dazu führen, dass Einkommen und Gewinne nur durch Leistungen erzielt werden können. Funktions- und leistungslose Einkommen, dazu zählen auch Monopolgewinne, sollen verhindert werden, denn sie gehen in der Regel zulasten der Marktgegenseite.

¹⁵ „Ziel der Wettbewerbspolitik ist die Erhaltung und Förderung von Wettbewerb. Es besteht aber keine Einigkeit darüber, welche konkreten Gegebenheiten als Wettbewerb zu bezeichnen sind“ (Herdzina, 1999, 11).

¹⁶ Vgl. dazu auch die Übersicht bei Herdzina (1999, 32).

In der Literatur ist die Abgrenzung der Funktionen des Wettbewerbs nicht einheitlich. Kantzenbach (1966, 16 f.) unterscheidet fünf (ökonomische) Wettbewerbsfunktionen, während bei Hoppmann nur von der ökonomischen Vorteilhaftigkeit die Rede ist (Eickhoff, 2008, 8 ff.).

Bei den außerökonomischen Funktionen ist vor allem das Freiheitsziel zu nennen, das die Handlungs- und Wahlfreiheit umfasst. Hier ist die Begrenzung wirtschaftlicher und – wenn man an das Eucken'sche Paradigma der Interdependenz der Ordnungen denkt – auch politischer Macht durch Wettbewerb von Bedeutung. Allerdings ist die Subsumierung des Freiheitsziels bei den Wettbewerbsfunktionen umstritten (Herdzina, 1999, 31 f.). Die Wettbewerbsfunktionen dienen wiederum der Erfüllung gesellschaftlicher Oberziele oder Grundwerte, wozu Freiheit, Wohlstand und Gerechtigkeit gezählt werden.

3 Die wettbewerbspolitische Orientierung im EG-Vertrag

3.1 Überblick

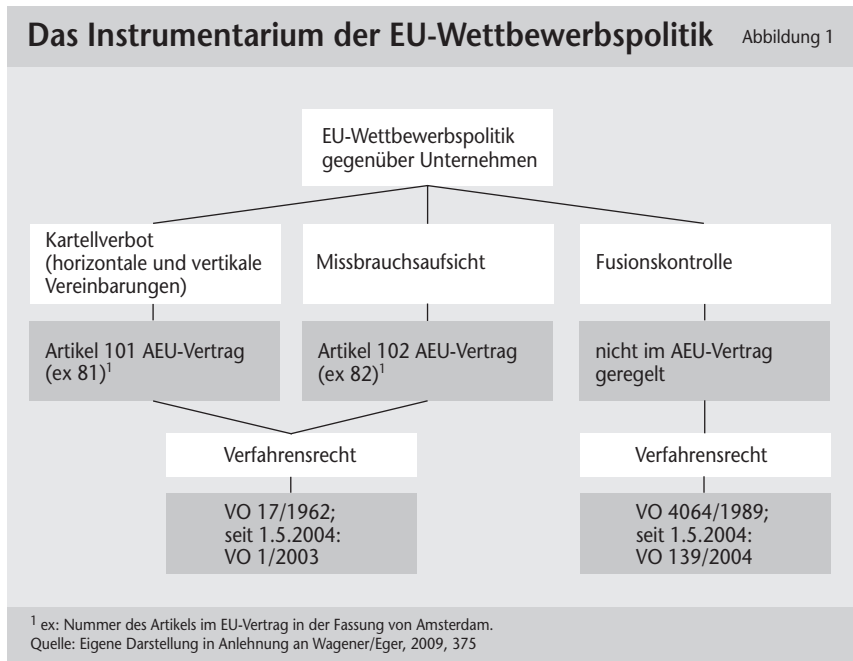
Die Wettbewerbspolitik gehört zu den ältesten Bestandteilen des EU-Regelwerks. Bereits der Vertrag über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (EWG-Vertrag) von 1957, der später in EG-Vertrag umbenannt wurde, enthielt in Artikel 85 das Kartellverbot und in Artikel 86 das Verbot der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung. Mit dem Amsterdamer Vertrag von 1999 wurden die Artikel des EG-Vertrags neu nummeriert, sodass das Kartellverbot in Artikel 81 und das Missbrauchsverbot in Artikel 82 geregelt waren. Eine Änderung der Vorschriften war damit nicht verbunden. Nachdem der Vertrag von Lissabon am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist, muss man sich wieder an eine neue Nummerierung gewöhnen. Artikel 81 wird zu Artikel 101 und Artikel 82 wird zu Artikel 102 (vgl. Übersicht 1, Kapitel 1) im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEU-Vertrag).¹⁷ Eine inhaltliche Änderung ist damit wiederum nicht verbunden.

Im EG-Vertrag, dem heute in den AEU-Vertrag überführten Regelwerk für die wirtschaftliche Säule der Europäischen Union, wurde der Wettbewerb an prominenter Stelle erwähnt. In Artikel 3 hieß es: „Die Tätigkeit der Gemeinschaft

¹⁷ Der Lissabonner Vertrag besteht aus zwei Teilen: dem Vertrag über die Europäische Union und dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union. Letzterer ersetzt den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EG-Vertrag).

umfasst ... ein System, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen schützt.“ Im Vertrag von Lissabon, der den bisherigen Vertrag über die Europäische Union ersetzt hat, ist diese Zielbeschreibung der Gemeinschaft nicht mehr an prominenter Stelle enthalten. Das Ziel eines freien und unverfälschten Wettbewerbs wurde vielmehr – angeblich auf französischen Druck – in ein Protokoll (Nummer 27) zum Lissabonner Vertrag verbannt. Die Konsequenz für die wettbewerbspolitische Ausrichtung der EU ist zumindest umstritten (siehe Kapitel 4).

Die Wettbewerbspolitik der EU gegenüber Unternehmen besteht im Wesentlichen aus drei Instrumenten (Abbildung 1). Zu nennen ist erstens das Kartellverbot nach Artikel 101 AEU-Vertrag, zweitens das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung nach Artikel 102 AEU-Vertrag und drittens die im Wesentlichen sekundärrechtlich (das heißt außerhalb der Verträge) geregelte Fusionskontrolle. Auf die ebenfalls der Wettbewerbspolitik zurechenbare Beihilfenkontrolle, das heißt auf die Aufsicht über staatliche Wettbewerbsverzerrungen, kann hier nur am Rande eingegangen werden.¹⁸



¹⁸ Für einen Überblick vgl. Oppermann (2005, 339 ff.).

Die Wettbewerbspolitik und das Wettbewerbsrecht der EU sind nicht losgelöst von den wettbewerbspolitischen Konzeptionen zu sehen, die sich im Zeitablauf verändert haben. Ein klar zu identifizierendes Leitbild, wie es in Kapitel 2 an mehreren Beispielen idealtypisch skizziert wurde, lässt sich dabei nicht ausmachen. Hinzu kommt, dass die Wettbewerbspolitik in der EU – anders als auf den nationalen Märkten – immer auch als ein Instrument zur Vollendung des Gemeinsamen Marktes angesehen worden ist und wird und damit auch einen stärker instrumentalen Charakter aufweist.

Wie die EU-Kommission in verschiedenen Veröffentlichungen wiederholt betont hat, ist das Ziel der europäischen Wettbewerbspolitik die Aufrechterhaltung eines wirksamen oder funktionsfähigen Wettbewerbs. Auch die Fusionskontrollverordnung stellt auf die Aufrechterhaltung von wirksamem Wettbewerb ab (zum Beispiel in Artikel 2). Wettbewerb ist dabei als effizienter Steuerungsmechanismus für ökonomische Vorgänge zu verstehen (Schmidt/Schmidt, 2006, 9). Die EU-Kommission verweist in ihren Veröffentlichungen auch darauf, dass Wettbewerbspolitik kein Selbstzweck, sondern ein wesentliches Werkzeug zur Steigerung der Markteffizienz ist (EU-Kommission, 2005a, 3).

In der Anfangszeit der europäischen Integration – Ende der 1950er Jahre – konnte sich Deutschland mit seinen wettbewerbspolitischen Vorstellungen, die damals stark vom Ordoliberalismus geprägt waren, gegenüber mehr industriepolitisch orientierten Vorstellungen über die Wettbewerbspolitik durchsetzen (Wegmann, 2008, 82 ff.). Deutschland war auch erfolgreich mit seiner Auslegung von Artikel 101 AEU-Vertrag (ex Artikel 81 beziehungsweise 85 EG-Vertrag) zum Kartellverbot, wonach ein System des Erlaubnis- oder Genehmigungsvorbehalts als Ausnahme vom allgemeinen Kartellverbot geschaffen wurde. Unternehmen mussten demnach Kartelle, welche die Ausnahmebestimmungen in Absatz 3 erfüllten, zur Genehmigung anmelden. Nicht zum Zuge kam damit die weniger restriktive Auffassung, nach der Kartelle, welche den in Absatz 3 genannten Bedingungen genügen, ohne vorherige Genehmigung (System der Legalausnahme) zulässig sind (Wegmann, 2008, 94; Hambloch, 2009, 85 ff.). Auch die deutsche Fusionskontrolle, die im Jahr 1973 mit der zweiten Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) eingeführt wurde, hatte großen Einfluss auf die ursprüngliche Ausgestaltung ihres europäischen Pendant. Heute gewinnt dagegen zunehmend der sogenannte More Economic Approach an Bedeutung, der stärker die konkreten ökonomischen Auswirkungen wettbewerbsrelevanten unternehmerischen Handelns in den Mittelpunkt stellt. Das Verfahren der Anmeldung von Kartellen ist überdies mittlerweile durch ein System der Legalausnahme ersetzt worden.

3.2 More Economic Approach

Der More Economic Approach in der Wettbewerbspolitik setzt auf eine stärkere Einzelfallanalyse konkreter (vermeintlicher) Wettbewerbsbeschränkungen. Dies führt zu einer abnehmenden Bedeutung von Per-se-Regeln¹⁹, die gerade im deutschen Wettbewerbsrecht und in der deutschen Wettbewerbspolitik eine große Rolle spielen. Mit dem More Economic Approach versucht die EU-Kommission, die wettbewerbsrechtliche Analyse im Sinne einer Modernisierung stärker ökonomisch zu fundieren (Röller, 2005, 37). Dieser Ansatz wird auch als eine neue Art eines wettbewerbspolitischen Leitbilds bezeichnet (Schmidt, 2008a, 224). Eine stärkere Orientierung der Wettbewerbspolitik an der ökonomischen Analyse²⁰ sei zudem hilfreich, um eine gewisse Konvergenz mit der Wettbewerbsaufsicht in anderen Ländern zu erreichen, insbesondere mit derjenigen der US-amerikanischen Wettbewerbsbehörden (Röller/Friederiszick, 2007, 4). Durch die Fokussierung der Wettbewerbspolitik auf ökonomische Ziele könnte demnach das Konfliktpotenzial zwischen den Wettbewerbsbehörden reduziert werden.

Beim More Economic Approach sind zwei Komponenten hervorzuheben: die stärkere Orientierung der Wettbewerbspolitik an den konkreten Auswirkungen unternehmerischer Maßnahmen, die unter die Wettbewerbsregeln der EU fallen, und die Ausrichtung an der Konsumentenwohlfaht. Man spricht daher auch von einem Ersatz von Per-se-Regeln durch konkrete Wirkungsanalysen. Leitprinzip dieses wirkungsbasierten Ansatzes ist das einer bilanzierenden Gesamtschau: Sowohl die möglichen wettbewerbsfördernden als auch die möglichen wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen eines unternehmerischen Verhaltens sollen im Einzelnen untersucht und gegeneinander abgewogen werden (Schmidtchen, 2008, 144). Dabei wird der wirkungsorientierte Ansatz des More Economic Approach dem eher strukturorientierten traditionellen Ansatz der Wettbewerbspolitik gegenübergestellt.

Der More Economic Approach versucht, in der Wettbewerbspolitik Erkenntnisse der modernen Ökonomik, vor allem der Industrieökonomik, zu berücksichtigen (Budzinski, 2008, 15). Damit ist auch ein verstärkter Rückgriff auf quantitative Untersuchungsmethoden verbunden (Christiansen, 2006, 150). Mario Monti, von 1999 bis 2004 der für Wettbewerb verantwortliche EU-Kommissar,

¹⁹ Eine Per-se-Regel kann in diesem Zusammenhang folgendermaßen definiert werden: „Es gibt bestimmte Verhaltensweisen oder Praktiken, die wegen ihres schädlichen Einflusses auf den Wettbewerb und mangels jeden ihn wieder ausgleichenden Vorteils unwiderleglich als unvernünftig und damit verboten angesehen werden“ (Schmidt, 1981, 282, der hier eine Entscheidung des US-amerikanischen Supreme Court von 1958 zitiert).

²⁰ Der deutschen Wettbewerbspolitik wird nachgesagt, dass ökonomische Zusammenhänge zu wenig berücksichtigt werden: „... in Kartellrechtssachen findet in Deutschland eine Beratung durch Ökonomen praktisch nicht statt“ (Möschel, 2004, 55); „... virtually every German lawyer thinks that economists are useless“ (LBR, 2010).

sah es als sein Mandat an, sicherzustellen, dass die Wettbewerbspolitik vollständig kompatibel mit dem ökonomischen Erkenntnisfortschritt²¹ ist.

Das entscheidende Kriterium, an dem die Wirkungen von wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen gemessen werden, ist die Konsumentenwohl­f­ahrt. Wettbewerb ist nach Auffassung der EU-Kommission kein Selbstzweck, sondern Mittel zur Wohlfahrtssteigerung oder -erhaltung (Röller/Strohm, 2007, Randnummer 1555). In der Ökonomik werden zwei Beurteilungsmaßstäbe diskutiert: die Gesamtwohlfahrt als Summe aus Konsumenten- und Produzentenwohl­f­ahrt sowie die Konsumentenwohl­f­ahrt (Schwalbe/Zimmer, 2006, 7 ff.). Die EU-Kommission legt in ihren Ausführungen zu dem für die Beurteilung konkreter Wettbewerbswirkungen entscheidenden Kriterium die Wohlfahrt der Verbraucher zugrunde. So heißt es im Zusammenhang mit dem Kartellverbot, „dass Artikel 81 den Wettbewerb zum Vorteil der Verbraucher schützen soll“ (Kommission, 2004a, Fußnote 31). „Mit den Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft soll durch den Schutz des Wettbewerbs der Wohlstand der Verbraucher gefördert und eine effiziente Ressourcenallokation gewährleistet werden“ (Kommission, 2004a, Tz. 33). In Bezug auf die Fusionskontrolle verweist die EU-Kommission darauf, es sei möglich, dass die durch eine Fusion entstehenden Effizienzvorteile die potenziellen Nachteile für Verbraucher, welche die Fusion sonst haben könnte, ausgleichen (Kommission, 2004b, Tz. 76).

Daraus wird der Schluss gezogen, dass die EU-Kommission heute konsequent einen an der Chicago School und somit ausschließlich an der Konsumentenwohl­f­ahrt orientierten Ansatz verfolgt. Darin liegt eine bewusste Abkehr von einer Wettbewerbspolitik, welche die wirtschaftliche Handlungsfreiheit von Unternehmen und Personen schützt (Weitbrecht/Mühle, 2008, 551). Die EU-Kommission argumentiert mit zwei Begründungen, warum die Konsumentenwohl­f­ahrt das Kriterium ist, an dem die Leitlinien für horizontale Unternehmenszusammenschlüsse die konkreten Wirkungen von Fusionen messen. Zum Ersten liefere die Fusionskontrollverordnung genügend Anhaltspunkte für eine entsprechende Interpretation. Zum Zweiten lasse sich die Konsumentenwohl­f­ahrt mit dem ökonomischen Konzept der Wohlfahrts- und Industrieökonomik verbinden, das als Mainstream gelte. Es bietet demnach die Chance, so die Argumentation, die zu erwartenden ökonomischen Wirkungen von Fusionen auf eine überschaubare Größe – nämlich den Preis nach der Fusion – mithilfe von Methoden zu ermitteln, die von der Mehrheit der Ökonomen anerkannt würden (Strohm, 2005, 127).

²¹ „... to ensure that competition policy is fully compatible with economic learning“ (Monti, 2004, 3).

Alle Teilbereiche der EU-Wettbewerbspolitik sind von der Neuorientierung des wettbewerbspolitischen Leitbilds betroffen, wenn auch in unterschiedlichem Ausmaß: die Fusionskontrolle, die Missbrauchsaufsicht und die Beihilfenkontrolle. Mitunter wird auch die Kartellpolitik in diesem Zusammenhang genannt.

In der Fusionskontrolle macht sich der More Economic Approach erstens durch eine Änderung des Untersagungskriteriums für Zusammenschlüsse und zweitens durch die ausdrückliche Berücksichtigung von Effizienzwirkungen bei der Prüfung eines Zusammenschlussvorhabens bemerkbar.²²

- Das Kriterium für die Untersagung eines Zusammenschlussvorhabens war in der Fusionskontrollverordnung von 1990 die Schaffung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. Dieses Kriterium wurde in der Fusionskontrollverordnung von 2004 ersetzt durch die „erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs“ (Significant Impediment to Effective Competition – SIEC). Das bedeutet, dass Fusionsuntersagungen nicht mehr in erster Linie an einer bestimmten Marktsituation oder an der Marktstruktur, sondern an den zu erwartenden Wettbewerbswirkungen festgemacht werden (Budzinski, 2008, 17). Durch den Übergang vom Marktbeherrschungstest zum neuen Beurteilungskriterium des SIEC-Tests wird die strukturorientierte Betrachtungsweise zugunsten eines Effects-Based-Ansatzes geöffnet (Heidrich, 2009, 31). Dadurch können Wettbewerbsbeschränkungen, die durch konglomerate und vertikale Zusammenschlüsse entstehen, leichter erfasst werden.

Die Orientierung an den wettbewerbslichen Wirkungen des Unternehmenszusammenschlusses mithilfe des SIEC-Tests entspricht dabei eher dem More Economic Approach als eine Orientierung an den Veränderungen der Marktstruktur. Für den Fall, dass das marktführende Unternehmen nicht an der Fusion beteiligt ist und kein koordiniertes Verhalten zu erwarten wäre, gleichwohl aber der Preiserhöhungsspielraum durch den Zusammenschluss ausgeweitet würde, wurde eine gewisse Schutzlücke bei der Verwendung des Marktbeherrschungstests gesehen (Gerhardt, 2010, 51). Die wettbewerbsbeschränkende Wirkung wurde dabei weniger in der Zunahme des Verhaltensspielraums des marktführenden Unternehmens erkannt als in der Wirkung auf die Wettbewerbsintensität im Markt (Bundeskartellamt, 2009, 5).

- Die Fusionskontrollverordnung von 2004 sieht bei der Prüfung der wettbewerbslichen Auswirkungen eines Zusammenschlussvorhabens ausdrücklich die Prüfung möglicher Effizienzwirkungen des Zusammenschlusses vor. Auch hier zeigt sich der stärker ergebnisorientierte Ansatz des More Economic Approach.

²² Der More Economic Approach hat bereits dazu geführt, dass ein Markt für Wettbewerbsgutachten entstanden ist. Große Unternehmen, die einen Zusammenschluss planen, lassen dieses Vorhaben von einschlägigen Beratungsfirmen auf die Wettbewerbsauswirkungen prüfen (Handelsblatt, 2009a).

Die Hinwendung zum More Economic Approach wird auch als eine Reaktion auf mehrere Urteile des Gerichts erster Instanz²³ angesehen. Diese Urteile hoben vier Entscheidungen der EU-Kommission in Zusammenschlussverfahren im Jahr 2002 auf, dem „Annus horribilis“ der Generaldirektion Wettbewerb (Hirsbrunner, 2003, 709; Podszun, 2009, 513). Die stärkere Orientierung der EU-Wettbewerbspolitik am More Economic Approach kann damit auf die Fusionskontrolle zurückgeführt werden. Das Gericht hatte zum ersten Mal im Jahr 2002 Untersagungsentscheidungen der EU-Kommission aufgehoben. Es kritisierte dabei sowohl die ökonomische Argumentation als auch den Umgang mit Beweisen. Damit wurden die Nachweisanforderungen an die EU-Kommission erhöht (Christiansen, 2006, 151). So forderte der Europäische Gerichtshof in der *Airtours*-Entscheidung von der EU-Kommission, die unmittelbaren und direkten Wirkungen eines Zusammenschlusses nachzuweisen (Strohm, 2005, 127). Das Gericht hatte festgestellt, „dass die in der Entscheidung dargestellte Untersuchung der voraussichtlichen Entwicklung nicht auf eindeutige Beweise gestützt ist und hinsichtlich von Faktoren, die für die Beurteilung einer etwaigen Begründung einer kollektiven beherrschenden Stellung wichtig sind, eine Reihe von Beurteilungsfehlern aufweist. Die EU-Kommission hat somit den Zusammenschluss untersagt, ohne rechtlich hinreichend dargetan zu haben, dass er zu einer kollektiven beherrschenden Stellung der daraus hervorgehenden drei großen Reiseveranstalter führen würde, die geeignet wäre, einen wirksamen Wettbewerb auf dem relevanten Markt erheblich zu behindern“ (Gericht erster Instanz, 2002, Randnummer 294). Da sich der More Economic Approach bislang am stärksten im Bereich der Fusionskontrolle manifestiert, liegt hier auch der Schwerpunkt der in Kapitel 4 folgenden Analyse (siehe Abschnitt 4.3).

Auch bei der Missbrauchsaufsicht wird der Übergang von einem verhaltensbasierten zu einem wirkungsbasierten Ansatz diskutiert, der Reformprozess ist allerdings noch im Gange (Budzinski, 2008, 19). Bislang sind bestimmte Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen verboten. Dazu zählen Preisdifferenzierung, Kampfpreisstrategien, Koppelungsbindungen sowie Bonus- und Rabattsysteme. Auch hier soll ein wirkungsbasierter Ansatz zum Zuge kommen, bei dem im Einzelfall die konkrete Auswirkung einer Verhaltensstrategie auf die Markteffizienz berücksichtigt wird (Budzinski, 2008, 19). Damit soll verhindert

²³ Die Abkürzungen für das Gericht erster Instanz sind nicht einheitlich: EuG, GeI oder EuGeI sind gebräuchlich. Das Gericht erster Instanz wurde 1989 zur Entlastung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) gegründet und ist für Anfechtungsklagen natürlicher und juristischer Personen sowie für die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen zuständig. Mit dem Lissabonner Vertrag lautet der Oberbegriff für die europäische Gerichtsbarkeit „Gerichtshof der Europäischen Union“. Die oberste Instanz heißt seither „Gerichtshof“ und das Gericht erster Instanz nur noch „Gericht“, weil es in erster und zweiter Instanz entscheiden kann.

werden, dass durch die genannten Verbote auch effiziente, also konsumentenwohlstandssteigernde oder wettbewerbsfördernde Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen erschwert oder gar verhindert werden (Budzinski, 2008, 19). Es geht dabei mithin um die grundsätzliche Gefahr einer Missbrauchskontrolle, dass durch staatliche Interventionen innovative Strategien eines marktbeherrschenden Unternehmens verhindert werden, die geeignet wären, den Wettbewerb zu beleben (Wagener/Eger, 2009, 338). Allerdings gestaltet sich die Umsetzung des More Economic Approach im Bereich der Missbrauchsaufsicht als besonders schwierig, weil das gesetzliche Missbrauchsverbot durch eine langjährige Rechtsprechung der Europäischen Gerichte konkretisiert worden ist, von der die EU-Kommission nicht abweichen kann (Weitbrecht/Mühle, 2008, 555).

In der Kartellpolitik wird mitunter eine kartellverfahrensrechtliche Änderung mit dem More Economic Approach verknüpft (Budzinski, 2008, 17). Mit der am 1. Mai 2004 in Kraft getretenen neuen Kartellverordnung wurde das bisherige Prinzip der Anmeldung von Kartellen bei der EU-Kommission durch ein Legal-ausnahmesystem ersetzt. Dieser Verfahrenswechsel wurde unter anderem damit begründet, dass das bislang praktizierte System in Anbetracht der begrenzten personellen Ressourcen der EU-Kommission nicht mehr länger aufrechterhalten werden könnte. Nach der alten Rechtslage mussten Unternehmen, die eine Freistellung vom allgemeinen Kartellverbot des EG-Vertrags erreichen wollten, weil sie sich auf die Ausnahmestimmungen des Artikels 81 Abs. 3 berufen konnten, dies bei der EU-Kommission anmelden und genehmigen lassen. Nach der neuen Rechtslage müssen die Unternehmen selbst beurteilen, ob ihr Vorhaben die Ausnahmen vom allgemeinen Kartellverbot erfüllt. Dadurch – so die Argumentation der EU-Kommission – würden in der Generaldirektion Wettbewerb personelle Ressourcen frei für die Verfolgung von Hardcore-Kartellen, wodurch die Effizienz der Aufdeckung solcher illegalen Kartelle steige (Budzinski, 2008, 17).

In der Beihilfenkontrolle ist zwar ebenfalls eine Implementierung des More Economic Approach vorgesehen. Die Diskussion ist hier jedoch noch am wenigsten fortgeschritten. Bei der Prüfung, ob eine staatliche Beihilfe mit dem EG-Vertrag unvereinbar ist, werden vier Kriterien herangezogen: die Gewährung aus staatlichen Mitteln, die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige, die Verfälschung des Wettbewerbs und die Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten. Typischerweise wird so vorgegangen, dass das dritte und vierte Kriterium ohne weitere Prüfung als erfüllt gelten, wenn die beiden ersten Voraussetzungen zutreffen, also wenn sich die staatlichen Beihilfen auf bestimmte Unternehmen, Produktionszweige oder Regionen beschränken (Röller, 2005, 43 f.). Dies ist aus ökonomischer Sicht jedoch nicht selbstverständ-

lich. Finanzielle Staatshilfen könnten nämlich auch dazu dienen, Marktversagen zu korrigieren, soziale Probleme zu lindern oder die Bereitstellung öffentlicher Güter zu bewirken (Röller, 2005, 44).

Organisatorisch wurde der More Economic Approach im Jahr 2003 mit der Einrichtung der Position eines Chefökonomens samt Mitarbeitern innerhalb der Generaldirektion Wettbewerb verbunden. Dieses Team wirkt insbesondere bei der Bearbeitung von Fällen mit ökonomisch komplizierter Beweisführung mit und hält Kontakte zur Wissenschaft (Röller, 2005, 46). Zu seinen Aufgaben gehören gemäß dem Mandat der EU-Kommission die Beratung und Lenkung bei methodischen Fragen zu Ökonomik und Ökonometrie in der Anwendung der Wettbewerbsregeln. Außerdem zählen dazu die allgemeine Beratung und Lenkung bei einzelnen Wettbewerbsverfahren sowie die detaillierte Begleitung bei den wichtigsten und mit komplexen wirtschaftlichen Fragen verbundenen Wettbewerbsverfahren. Letzteres kommt vor allem dann infrage, wenn eine gründliche, quantitative Analyse erforderlich ist (EU-Kommission, 2005a, 23; Röller/Buigues, 2005, 20).

4

Die EU-Wettbewerbspolitik unter dem Einfluss neuer Entwicklungen

4.1 Kartellverbot

4.1.1 Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen

Artikel 101 Abs. 1 AEU-Vertrag verbietet Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen können und die bezwecken oder bewirken, dass der Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes verhindert, eingeschränkt oder verfälscht wird. Mit den Begriffen „Vereinbarungen“, „Beschlüsse“ und „Verhaltensweisen“ ist ein breites Spektrum unternehmerischer Aktionsmöglichkeiten erfasst. Beschlüsse und Vereinbarungen, die Absatz 1 von Artikel 101 verbietet, sind gemäß Absatz 2 nichtig. Aus der Nichtigkeit folgt eine Rechtsschutzverweigerung für das Kartell, was Interessenkonflikte und interne Fliehkräfte im Kreis der Kartellbeteiligten befördert (Möschel, 2007, 484) oder befördern soll.

Der Begriff „Vereinbarungen“ wird dabei sehr weit ausgelegt. Es wird darunter eine Willensübereinstimmung der beteiligten Unternehmen verstanden, die sowohl ausdrücklich als auch konkludent und schriftlich oder formlos erfolgen kann (Emmerich, 2008, 47). Nach einer Definition der EU-Kommission liegt eine Vereinbarung vor, „wenn die Beteiligten sich an einen gemeinsamen Plan halten, der ihr individuelles geschäftliches Verhalten begrenzt oder zu begrenzen geeignet ist, indem die Richtung ihrer gemeinsamen Handlungen oder Unterlassung von Handlungen am Markt festgelegt wird. Eine Vereinbarung muss nicht in schriftlicher Form erfolgen. Es müssen auch keinerlei Formalitäten erfüllt sein, und es sind keine vertraglichen Sanktionen oder Durchsetzungsmaßnahmen erforderlich. Der Vereinbarungstatbestand kann ausdrücklich gegeben oder durch das Verhalten der Beteiligten impliziert sein“ (Kommission, 2002, Tz. 137).

Unter Beschlüssen einer Unternehmensvereinigung werden alle Akte verstanden, durch die eine solche Organisation ihren Willen bildet. Sie sind ebenfalls formunabhängig (Mestmäcker/Schweitzer, 2004, 244). Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen sind wettbewerbsrechtlich relevant, wenn sie das Verhalten der Mitglieder steuern sollen (Mestmäcker/Schweitzer, 2004, 244). Zweck dieser Vorschrift dürfte es sein zu verhindern, das Verbot von Vereinbarungen für Unternehmen durch eine Delegation auf die überbetriebliche Ebene zu umgehen.

Abgestimmte Verhaltensweisen gelten als eng verwandt mit Vereinbarungen (Emmerich, 2008, 52). Sie unterscheiden sich von jenen durch das völlige Fehlen einer faktischen oder gar rechtlichen Verbindlichkeit. Das heißt, die beteiligten Unternehmen sind in der Befolgung der Abrede völlig frei (Emmerich, 2008, 53). Eine Abstimmung von Verhaltensweisen kann auch stillschweigend erfolgen, sie muss nicht ausdrücklich vereinbart werden (Kommission, 2004a, Tz. 15). Ein wichtiges Mittel für eine Verhaltensabstimmung von Unternehmen ist ein gegenseitiger Informationsaustausch. In der Praxis sind abgestimmte Verhaltensweisen oft nur mithilfe aufwendiger Indizienbeweise zu belegen (Emmerich, 2008, 56). Insbesondere wenn nur wenige Unternehmen auf einem Markt aktiv sind, ist wegen der oligopolistischen Reaktionsverbundenheit die Abgrenzung zwischen abgestimmten Verhaltensweisen und zulässigem Parallelverhalten schwierig (Mestmäcker/Schweitzer, 2004, 252). Der Europäische Gerichtshof (EuGH) stellt auf die Selbstständigkeit der unternehmerischen Entscheidung im Wettbewerb als Kriterium für ein abgestimmtes Verhalten ab. Eine einseitige Anpassung eines Unternehmens an die Aktionen eines anderen gilt demzufolge nicht als abgestimmte Verhaltensweise. Wenn ein Unternehmen also von sich aus der Preiserhöhung eines anderen Unternehmens folgt, ist dies aus wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten zulässig – es sei denn, es ist eine Kontaktaufnahme zwischen

den Unternehmen vorhergegangen. Eine solche hat zur Folge, dass die Ungewissheit über das Marktverhalten der Unternehmen erheblich verringert oder beseitigt wird (Kommission, 2004a, Tz. 15).

4.1.2 Regelbeispiele für verbotenes Verhalten

In dem Artikel des AEU-Vertrags, der Kartelle verbietet, werden folgende Verhaltensweisen ausdrücklich erwähnt: die Festsetzung von An- oder Verkaufspreisen oder sonstiger Geschäftsbedingungen; die Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes, der technischen Entwicklung oder der Investitionen; die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen; die wettbewerbsbenachteiligende Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern. Hinzu kommt die an den Abschluss von Verträgen geknüpfte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die nicht in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen. Die Aufteilung von Märkten oder Versorgungsquellen ist gerade unter integrationspolitischen Gesichtspunkten sehr problematisch, weil damit der Europäische Binnenmarkt künstlich segmentiert werden kann (Emmerich, 2008, 85).

Die Regelbeispiele haben keinen abschließenden Charakter für das Kartellverbot. Erfasst werden von diesen Regelbeispielen insbesondere die Kernbeschränkungen (sogenannte Hardcore-Kartelle), die als besonders schädlich für den Wettbewerb gelten. Die daran beteiligten Unternehmen einigen sich beim Einsatz wichtiger wettbewerblicher Aktionsparameter wie Preise und angebotenen Mengen auf Handlungsbeschränkungen, welche die Nachfrager schädigen. Durch die Absprachen können die beteiligten Unternehmen Marktmacht erreichen, die Preise erhöhen und die angebotenen Mengen verringern. Dadurch kommt es zu einer Umverteilung von den Konsumenten zu den Produzenten. Die Konsumentenrente nimmt zulasten der Produzentenrente ab und auch die Gesamtwohlfahrt einer Volkswirtschaft wird vermindert – um den sogenannten Dead-Weight-Loss, also die nicht realisierten Tauschgewinne (Kerber/Schwalbe, 2007, Randnummer 1202). Mit Preis- und Mengenkartellen sind darüber hinaus negative Wirkungen auf den technischen Fortschritt verbunden, weil der Anreiz sowohl für Produkt- als auch für Prozessinnovationen zurückgeht. Diese Kartelle führen insgesamt zu einer verzerrten Ressourcenallokation. Es besteht daher grundsätzliche Übereinstimmung, solche Kartelle per se zu verbieten (Kerber/Schwalbe, 2007, Randnummer 1202). Nach Auffassung der EU-Kommission kommt es bei derartigen Kartellen allein auf den Zweck der Wettbewerbsbeschränkungen an. Eine Berücksichtigung der konkreten Auswirkungen ist nicht erforderlich (Kommission, 2004a, Tz. 20).

Aus den genannten Regelbeispielen folgt auch, dass das Kartellverbot des AEU-Vertrags nicht nur horizontale, sondern auch vertikale Vereinbarungen erfasst. Dies kompliziert freilich die Anwendung des relevanten Artikels, da Vereinbarungen zwischen Unternehmen auf verschiedenen Produktionsstufen wesentlich differenzierter beurteilt werden müssen als zwischen Unternehmen auf derselben Stufe. Grundsätzlich können von vertikalen Vereinbarungen Effizienzvorteile ausgehen, indem die Koordination zwischen den beteiligten Unternehmen auf den verschiedenen Stufen einer Wertschöpfungskette verbessert wird (Kerber/Schwalbe, 2007, Randnummer 1344 ff.). Im Fall der EU kommt hinzu, dass beispielsweise Alleinvertriebs- oder Alleinbezugsvereinbarungen nicht generell negativ beurteilt werden. Gerade im Binnenmarkt können sie nämlich ein Mittel sein, um in die Märkte anderer Mitgliedstaaten einzudringen (Emmerich, 2008, 87).

4.1.3 Ausnahmen vom Kartellverbot

Das Kartellverbot von Artikel 101 AEU-Vertrag ist nicht absolut. Absatz 3 enthält eine Reihe von Ausnahmebestimmungen. Danach kann das Verbot unter folgenden Voraussetzungen für nicht anwendbar erklärt werden:

- Die Vereinbarungen, Beschlüsse und Verhaltensweisen müssen zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen.
- Die Verbraucher müssen angemessen an dem entstehenden Gewinn beteiligt werden.
- Den beteiligten Unternehmen dürfen keine Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung der Ziele nicht unerlässlich sind.
- Der Wettbewerb darf für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren nicht ausgeschaltet werden.

Diese vier Voraussetzungen – zwei positive und zwei negative – müssen gleichzeitig erfüllt sein. Sie gelten als abschließend, das heißt, wenn sie gegeben sind, darf die Ausnahmeregel nicht von weiteren Voraussetzungen abhängig gemacht werden. Inhaltlich stellt die Ausnahmenvorschrift auf die Entstehung von Effizienzgewinnen infolge der Vereinbarung ab. Dabei wird unterstellt, dass die fraglichen Wettbewerbsbeschränkungen aufgrund ihrer Effizienzgewinne gleichwohl wettbewerbsfördernde Wirkungen haben oder wirtschaftliche Vorteile erzeugen können, welche die negativen Wirkungen der Beschränkungen aufwiegen (Kommission, 2004a, Tz. 33). Effizienzgewinne können zum einen durch Kosteneinsparungen und zum anderen durch neue Produkte, eine Erweiterung der Produktvielfalt oder eine Verbesserung der Produktqualität entstehen. Die nicht

auf Kosteneinsparungen beruhenden Effizienzgewinne werden dabei als qualitative Effizienzsteigerungen bezeichnet (Kommission, 2004a, Tz. 59). Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass Kosteneinsparungen und Gewinne bei den beteiligten Unternehmen durch die infolge der Vereinbarungen gestiegene Marktmacht nicht als Effizienzgewinne gelten.

Für die Beteiligung der Verbraucher an den Effizienzgewinnen wird gefordert, dass die Vorteile aus der Wettbewerbsbeschränkung die damit verbundenen Nachteile zumindest ausgleichen. Die negativen Auswirkungen einer Vereinbarung dürfen die positiven also nicht überwiegen (Kommission, 2004a, Tz. 85). Dabei gilt, dass die Effizienzgewinne und die Weitergabe an die Verbraucher umso bedeutender sein müssen, je größer die festgestellte Wettbewerbsbeschränkung ist (Kommission, 2004a, Tz. 90). Ferner ist zu berücksichtigen, dass der Wettbewerb langfristig ein wichtiger Innovationstreiber ist. Wenn marktbeherrschende Unternehmen keinem wirksamen Wettbewerb ausgesetzt sind, fällt nicht nur diese Triebkraft aus. Es sinkt dann auch der Druck, Effizienzgewinne an die Verbraucher weiterzugeben (Kommission, 2004a, Tz. 92). Die EU-Kommission versteht unter dem Begriff „Verbraucher“ keinesfalls nur Endverbraucher, sondern alle Kunden der an der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung beteiligten Unternehmen – unabhängig davon, auf welcher Produktionsstufe diese Kunden stehen (Kommission, 2004a, Tz. 84).

Die dritte bereits genannte Voraussetzung kann als Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes betrachtet werden. Mit der vierten Voraussetzung soll sichergestellt werden, dass für einen wesentlichen Teil der betroffenen Waren der Wettbewerb nicht ausgeschaltet wird. Damit wird nach Auffassung der EU-Kommission dem Schutz des Wettbewerbs Vorrang eingeräumt vor möglichen wettbewerbsfördernden Effizienzgewinnen aus wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen. Der Schutz des Wettbewerbs auch auf lange Sicht bleibt demnach das „eigentliche Ziel“ (Kommission, 2004a, Tz. 105) der Vorschriften des Kartellverbots.

Abgesehen von den Ausnahmen in der Abwägungsregel des Artikels 101 Abs. 3 greift das Kartellverbot des Artikels 101 nur dann, wenn von der Wettbewerbsbeschränkung erkennbare Auswirkungen auf Dritte ausgehen, die deren – sonst bei Wettbewerb möglichen – Handlungsalternativen beeinträchtigen (Emmerich, 2008, 66). Dieses von der Rechtsprechung entwickelte, ungeschriebene Tatbestandsmerkmal soll verhindern, dass Artikel 101 auf Bagatellkartelle angewendet wird. Es stellt eine sogenannte De-minimis-Regel dar. Das Entscheidungskriterium ist, ob die Wettbewerbsbeschränkung für den Europäischen Binnenmarkt relevant ist. Wenn dies nicht der Fall ist, wird das Kartellverbot nicht

angewendet (Emmerich, 2008, 67). Insbesondere der EuGH hat in vielen Entscheidungen die Auswirkungen einer Maßnahme auf den Binnenmarkt in die Betrachtung einbezogen. Dahinter steht die Auffassung, dass nur derjenige Wettbewerb schutzwürdig ist, „der stark genug ist, die grundlegenden Forderungen des Vertrags zu erfüllen und seine Ziele zu verwirklichen“ (Emmerich, 2008, 60). Die Kommission hat bereits im Jahr 1970 zum Ausdruck gebracht, dass nach ihrer Auffassung solche Vereinbarungen nicht unter das Kartellverbot fallen, die den Handel zwischen den Mitgliedstaaten oder den Wettbewerb nur geringfügig beeinträchtigen (Kommission, 1999, Tz. 27).

Umstritten ist, ob Ausnahmen vom Kartellverbot auch im Rahmen von Artikel 101 Abs. 1 möglich sind, ob also schon hier im Sinne einer Rule of Reason (Emmerich, 2008, 77 ff.) der Verbotstatbestand anhand seines Zwecks ausgelegt werden soll. Auch wenn dies in einigen Fällen möglich ist (Mestmäcker/Schweitzer, 2004, 216 ff.), dürfen nach der Rechtsprechung des Gerichts erster Instanz die wettbewerbsfördernden gegen die wettbewerbswidrigen Aspekte einer Beschränkung nur im Rahmen der Prüfung des Absatzes 3 von Artikel 101 abgewogen werden (Kommission, 2004a, Fußnote 10).

4.1.4 Verordnung 17/1962 und Gruppenfreistellungsverordnungen

Die Durchführungsverordnung aus dem Jahr 1962 (VO 17/1962) zu den Artikeln 85 und 86 des damaligen EWG-Vertrags gehört zu den ersten Rechtsvorschriften, die vom Ministerrat erlassen wurden. Artikel 1 dieser Verordnung verbot Kartelle und die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung. Artikel 4 verpflichtete die Unternehmen, welche die Ausnahmen vom Kartellverbot nach dem relevanten Artikel – heute Artikel 101 Abs. 3 des AEU-Vertrags – in Anspruch nehmen wollten, zur vorherigen Anmeldung. Mit dieser Verordnung wurde das Prinzip des Erlaubnisvorbehalts in das europäische Kartellrecht eingeführt. Das bedeutet, dass Ausnahmen vom Kartellverbot von der EU-Kommission genehmigt werden mussten. Diese verfügte damit über ein Freistellungsmonopol. Damals konnte sich das französische System der Legalausnahme nicht durchsetzen. Nach diesem System sind Kartelle ohne Genehmigung gültig, wenn sie die vertraglich geregelten Ausnahmebestimmungen erfüllen (Hambloch, 2009, 103 ff.).

Eine seit langem praktizierte Ausnahme von der Einzelgenehmigungspflicht bei Kartellvereinbarungen, welche sich auf die Ausnahmetatbestände des Artikels 101 Abs. 3 berufen wollen, sind sogenannte Gruppenfreistellungen. Der Rat der EU hat die Kommission verschiedentlich ermächtigt, bestimmte Gruppen von Vereinbarungen vom Kartellverbot freizustellen (Oppermann, 2005, 316).

Mit diesen Gruppenfreistellungsverordnungen (GFVO) werden bestimmte Kategorien von Vereinbarungen, bei denen die zugrunde liegenden Sachverhalte und die wettbewerblich relevanten Wertungsgesichtspunkte ähnlich sind (Mestmäcker/Schweitzer, 2004, 337), vom Verbot ausgenommen. Eine konkrete Vereinbarung bedarf, wenn sie unter eine solche Gruppenfreistellungsverordnung fällt, nicht mehr einer Einzelgenehmigung. Bei den geregelten Gruppen von Vereinbarungen wird unter den in den Verordnungen genannten Voraussetzungen davon ausgegangen, dass die Freistellungsvoraussetzungen von Artikel 101 Abs. 3 vorliegen (Emmerich, 2008, 115). Die beteiligten Unternehmen müssen nur nachweisen, dass ihre Vereinbarung die Voraussetzung der GFVO erfüllt (Kommission, 2004a, Tz. 35). Entsprechend dem Regelungsumfang des Kartellverbots umfasst die GFVO auch vertikale Vereinbarungen. Zu den Gruppenfreistellungsverordnungen zählen:

- die GFVO 2790/1999 für Vertikalvereinbarungen vom 22. Dezember 1999 (Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften L 336/21),²⁴
- die GFVO 2658/2000 für Spezialisierungsvereinbarungen und
- die GFVO 2659/2000 für Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen vom 29. November 2000 (Amtsblatt L 304/3 und 304/7),
- die GFVO 1400/2002 für vertikale Vereinbarungen im Kraftfahrzeugsektor vom 31. Juli 2002 (Amtsblatt L 203/30) sowie
- die GFVO 772/2004 für Technologietransfervereinbarungen vom 27. April 2004 (Amtsblatt L 123/11).

Gruppenfreistellungsverordnungen enthalten sogenannte schwarze und graue Klauseln. Schwarze Klauseln bedeuten, dass die Vereinbarung solcher Beschränkungen zur Unanwendbarkeit der gesamten GFVO führt. Dazu zählen bei horizontalen Vereinbarungen Preisabsprachen, die Begrenzung von Produktionsmengen oder die Aufteilung von Märkten. Bei vertikalen Vereinbarungen gehört die Preisbindung der zweiten Hand dazu, ebenso wie die Festsetzung von Mindestpreisen, Gebietsschutzvereinbarungen oder Beschränkungen beim passiven Verkauf (Kommission, 2004a, Tz. 23). Bei derartigen Kernbeschränkungen geht die EU-Kommission davon aus, dass sie weder objektive wirtschaftliche Vorteile schaffen noch den Verbrauchern Vorteile bringen. Sie erfüllen mithin nicht die ersten beiden Ausnahmebedingungen des Artikels 101 Abs. 3 (Kommission, 2004a, Tz. 46). Graue Klauseln verbieten zwar ebenfalls bestimmte Vereinbarungen; die Anwendung solcher Beschränkungen führt aber nicht zur Unanwendbarkeit der gesamten GFVO (Emmerich, 2008, 104).

²⁴ Im Folgenden kurz: Amtsblatt, ab Februar 2003: Amtsblatt der Europäischen Union.

Gruppenfreistellungsverordnungen waren unter anderem eine Reaktion auf das sogenannte Masseproblem. Die in der Verordnung Nummer 17/1962 geregelte alleinige Zuständigkeit der Kommission für Freistellungen vom europarechtlichen Kartellverbot führte zu einer hohen Arbeitsbelastung der Behörde. Das förmliche Anmeldeverfahren mündete in einer förmlichen Freistellungsentscheidung, die den Unternehmen Rechtssicherheit gewährte, da sie von der EU-Kommission nun nicht mehr mit Geldbußen belegt werden konnten (Mestmäcker/Schweitzer, 2004, 331). Die EU-Kommission reagierte aufgrund der großen Zahl von Anmeldungen jedoch in der Regel mit Verwaltungsschreiben (Letters of Comfort), einer Art informeller Freistellung vom Kartellverbot. Diese Schreiben boten nicht die Rechtssicherheit einer förmlichen Freistellungsentscheidung. Mit dem Weißbuch über die Modernisierung der Vorschriften zum Wettbewerbsrecht kündigte die EU-Kommission einen Systemwechsel an (Kommission, 1999). Sie verkündete in diesem Zusammenhang, sie werde bei der Behandlung von Einzelfällen bei der Anwendung des Artikels 101 Abs. 1 einem stärker wirtschaftlichen Ansatz folgen, wodurch sich der Anwendungsbereich dieser Vorschrift auf Unternehmen mit einer gewissen Marktmacht beschränke (Kommission, 1999, Tz. 78). Sie bezieht sich hier also auf den More Economic Approach.

4.1.5 Umstellung auf das System der Legalausnahme

Mit der neuen Kartellverfahrensordnung,²⁵ die am 1. Mai 2004 in Kraft getreten ist, wurde das bisherige Ex-ante-Anmeldesystem für Kartelle auf ein System der Legalausnahme umgestellt (Emmerich, 2008, 18 ff.). Das bedeutet, dass wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, welche die Ausnahmevoraussetzungen des Artikels 101 Abs. 3 AEU-Vertrag erfüllen, kraft Gesetzes erlaubt sind, ohne dass sie bei der EU-Kommission angemeldet und von ihr genehmigt werden müssen. Die Unternehmen müssen allerdings das Vorliegen der Ausnahmevoraussetzungen beachten. Wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen unterliegen daher nur noch einer nachträglichen Kontrolle, wenn sie aus irgendeinem Grund – beispielsweise durch Beschwerden Dritter oder infolge einer Inanspruchnahme der Kronzeugenregelung – bei den Kartellbehörden bekannt werden.

Die EU-Kommission rechtfertigte diese Verfahrensänderung zum einen mit der hohen Arbeitsbelastung, die aus dem System der Ex-ante-Anmeldung erwachse und die durch die Erweiterung um mittel- und osteuropäische Staaten noch zunehmen werde (Budzinski/Christiansen, 2005, 165). Zum anderen seien die weit aus meisten angemeldeten Vereinbarungen und Absprachen wettbewerbspolitisch

²⁵ VO 1/2003 vom 16. Dezember 2002, in: Amtsblatt L 1 2003.

unbedenklich (Budzinski/Christiansen, 2005, 165). Außerdem verwies die EU-Kommission darauf, dass sie durch das neue System die Möglichkeit erhält, ihre Ressourcen auf die Verfolgung von Hardcore-Kartellen zu konzentrieren (Kommission, 1999, Tz. 42). Das alte System habe zwar zur Entwicklung eines kohärenten, überall in der Gemeinschaft anwendbaren Regelwerks beigetragen (Kommission, 1999, Tz. 24). Aufgrund dieses Regelwerks, das durch Gruppenfreistellungsverordnungen, Bekanntmachungen und Leitlinien ergänzt wird, bleibt laut EU-Kommission ein angemessenes Maß an Rechtssicherheit für die Unternehmen gewährleistet (Kommission, 1999, Tz. 51). Die Ex-ante-Anmeldung, so die abschließende Folgerung, sollte durch eine Ex-post-Kontrolle ersetzt werden.

Dem Systemwechsel im Kartellrecht vom Anmelde- und Freistellungssystem zur Legalausnahme ist besonders in Deutschland zum Teil heftig widersprochen worden. Kritik haben unter anderem die Monopolkommission (1999) und der Wissenschaftliche Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (2000) geübt. Auch die Bundesregierung hatte sich in ihrer Stellungnahme skeptisch geäußert (Bundesregierung, o. J.). Allerdings hat die Bundesregierung ihre anfänglichen Bedenken aufgegeben. Sie wollte einer einstimmigen Entscheidung im Rat der EU nicht im Wege stehen²⁶ (Klockner, 2002, 1151).

Kritiker bezweifelten, dass ein System der Legalausnahme ohne Änderung des EG-Vertrags eingeführt werden könnte. „Im Schrifttum überwiegen die Stimmen, welche die Verordnung 1/03 für gemeinschaftsrechtswidrig halten, soweit sie Art. 81 Absatz 3 für unmittelbar anwendbar erklärt“ (Mestmäcker/Schweitzer, 2004, 333 f.). Das Konzept der Legalausnahme, so eine weitere Kritik, beruhe auf einer mit dem Wortlaut des Vertrags nur schwer zu vereinbarenden Uminterpretation, einer nahezu willkürlich anmutenden Umdeutung des Artikels 81 Abs. 3 EG-Vertrag (Emmerich, 2008, 103 ff.). Kritisiert wurde außerdem, dass die EU-Kommission wegen der nicht mehr erforderlichen Anmeldungen nun keine Informationen mehr über die Wettbewerbssituation erhalte, dass die Rechtssicherheit leide, weil die Unternehmen nun selbst entscheiden müssten, ob ihre Vereinbarungen unter die Ausnahmeregelungen fallen, und dass die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung in der EU nicht mehr gewährleistet sei. Insgesamt wurde der Systemwechsel als eine Schwächung des Kartellrechts in der EU interpretiert.²⁷ Das System der Legalausnahme führe letztlich dazu, so die Kritiker, das bewährte Verbotssprinzip durch eine wirkungslose Missbrauchsaufsicht über Kartelle zu ersetzen (Emmerich, 2008, 19).

²⁶ Noch im Maastrichter Vertrag war für Entscheidungen auf dieser Rechtsgrundlage Einstimmigkeit erforderlich. Diese Anforderung wurde im Vertrag von Amsterdam in eine qualifizierte Mehrheit geändert.

²⁷ Vgl. zu der Kritik auch Möschel (1999, 504 ff.).

Der Übergang zum System der Legalausnahme wurde durch verschiedene Maßnahmen begleitet. Dazu zählen eine Dezentralisierung der Kartellrechtsdurchsetzung, schärfere Sanktionen und in jüngster Zeit auch Versuche der EU-Kommission, die private Kartellrechtsdurchsetzung zu erleichtern und Sammelklagen zu ermöglichen. Nach der neuen Kartellrechtsverordnung 1/2003 sind auch die nationalen Wettbewerbsbehörden und Gerichte in bestimmten Fällen für die Anwendung der einschlägigen Vorschriften zuständig. Dabei soll die Zusammenarbeit der nationalen Kartellbehörden durch das Netzwerk der europäischen Kartellbehörden (European Competition Network – ECN) unterstützt werden. Heute zeigt sich allerdings, dass die unter dem Stichwort „Subsidiaritätsprinzip“ propagierte Kartellrechtsreform gerade die zentrale Rolle der EU-Kommission gestärkt hat, obwohl man sich eigentlich eine Dezentralisierung auf die Fahnen geschrieben hatte (Weitbrecht/Mühle, 2008, 551).

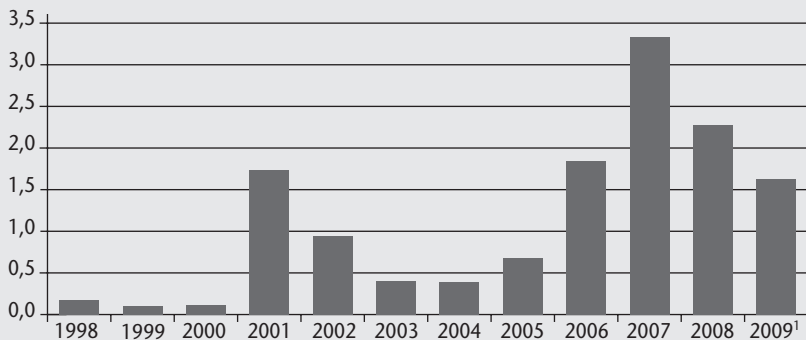
4.1.6 Bußgelder und Kronzeugenregelung

Die EU-Kommission kann Unternehmen, die gegen die Kartellregeln verstoßen, mit Geldbußen belegen, um sie auf diese Weise zur Einhaltung der Wettbewerbsvorschriften zu bewegen. So heißt es in der Verordnung 1/2003, dass die Beachtung der kartellrechtlichen Vorschriften des Vertrags und die Erfüllung der den Unternehmen daraus auferlegten Pflichten mit Geldbußen und Zwangsgeldern sichergestellt werden können (Rat der Europäischen Union, 2003, 6 ff.). Bußgelder verhängt die EU-Kommission schon seit vielen Jahren. Anfangs waren sie relativ

Entwicklung der Kartellbußgelder der EU (1)

Abbildung 2

pro Jahr, in Milliarden Euro



¹ Bis einschließlich 11. November 2009.

Quellen: Weitbrecht/Mühle, 2008, 553; EU-Kommission, 2010a

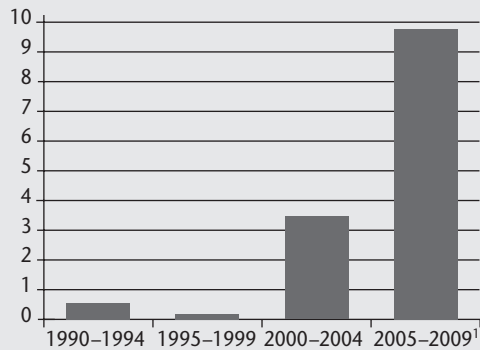
niedrig. Seit den 1980er Jahren ist jedoch ein kontinuierlicher Anstieg der Strafzahlungen zu verzeichnen (Emmerich, 2008, 188). Im Jahr 1998 wurde mit dem Bußgeld von 102 Millionen Euro gegen Volkswagen erstmals die 100-Millionen-Euro-Marke überschritten (Bechtold/Wernicke, 2009, 12).

Abbildung 2 zeigt, dass die Höhe der von der EU-Kommission pro Jahr verhängten Kartellbußen deutlichen Schwankungen unterliegt. Das mag damit zusammenhängen, dass die Anzahl der Kartellfälle gering ist. So wurden in den Jahren 2006 und 2008 jeweils sieben Fälle entschieden, im Jahr 2007 waren es acht Fälle.²⁸ Daraus ergeben sich, auf den einzelnen Fall bezogen, hohe Kartellbußen. Ein Vergleich von Fünf-Jahres-Perioden macht allerdings deutlich, dass die Höhe der Kartellbußgelder im Zeitablauf deutlich zugenommen hat (Abbildung 3).

Entwicklung der Kartellbußgelder der EU (2)

Abbildung 3

in Fünf-Jahres-Perioden, in Milliarden Euro



¹ Bis einschließlich 11. November 2009.
Quelle: EU-Kommission, 2010a

Für die Mitgliedstaaten hat diese Entwicklung den nicht unangenehmen Nebeneffekt, dass sich ihre Zahlungen an den EU-Haushalt verringern (FAZ, 2008). Kartellbußgelder werden nämlich zugunsten des EU-Haushalts vereinnahmt. Das ist nicht unproblematisch, weil die EU-Kommission keine unabhängige Kartellbehörde, sondern auch ein politisches Organ ist. Kritiker sprechen in diesem Zusammenhang sogar von einem rechtsstaatlich bedenklichen Zustand. Sie weisen dabei nicht nur auf die mitunter als astronomisch angesehenen Bußgeldhöhen, sondern auch darauf, dass die Gemeinschaftsgerichte keine echte Kontrolle über das von der EU-Kommission wahrgenommene Bußgeldermessen ausüben (Soltész, 2010, 81). Die höchsten verhängten Kartellbußgelder sind in Tabelle 1 aufgeführt.

Die Verordnung 1/2003 ist hinsichtlich der Höhe des Bußgelds vergleichsweise vage. Daraus ergibt sich ein großer Ermessensspielraum für die EU-Kommission (Emmerich, 2008, 190). In Artikel 23 Abs. 3 der Verordnung wird festgelegt, dass

²⁸ Ein Kartellfall betrifft naturgemäß mehr als ein Unternehmen.

Die höchsten Kartell- bußgelder der EU

Tabelle 1

Produktbereich des Kartells	Jahr	Millionen Euro
Autoglasscheiben	2008	1.383,9
Gas	2009	1.106,0
Aufzüge und Fahrtreppen	2007	992,3
Vitamine	2001	790,5
Gasisolierte Schaltanlagen	2007	750,7
Parafinwaxse	2008	676,0
Synthetischer Kautschuk	2006	519,1
Flachglas	2007	486,9
Gipsplatten	2002	458,5
Bleichmittel	2006	388,1

Quelle: EU-Kommission, 2009

sowohl die Schwere der Zu-
widerhandlung als auch deren
Dauer zu berücksichtigen ist
(Rat der Europäischen Union,
2003, 17). Außerdem darf die
Geldbuße nach Artikel 23
Abs. 2 dieser Verordnung für
jedes an der Zuwiderhand-
lung beteiligte Unternehmen
10 Prozent seines im voraus-
gegangenen Geschäftsjahr
erzielten Gesamtumsatzes²⁹
nicht übersteigen. Diese Vor-
schrift folgt einer Vorgabe des
EuGH, wonach die Geldbuße

im Verhältnis zur Größe des Unternehmens stehen muss (Engelsing, 2007, 471). Die EU-Kommission hat den Modus Vivendi der Verhängung von Geldbußen in mehreren Leitlinien konkretisiert, zuletzt im Jahr 2006. Mit den neuen Leitlinien soll die abschreckende Wirkung der Geldbußen erhöht werden (Engelsing, 2007, 471).

Die EU-Kommission bezieht die Bußgeldhöhe auf den tatbezogenen Umsatz für die Dauer der Zuwiderhandlung (Engelsing, 2007, 482). Dabei legt sie den Wert der vom betroffenen Unternehmen im relevanten räumlichen Markt innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) verkauften Waren oder Dienstleistungen zugrunde, die mit dem Verstoß in einem unmittelbaren oder mittelbaren Zusammenhang stehen. Grundsätzlich kann ein Betrag von bis zu 30 Prozent dieses Umsatzes festgelegt werden (Kommission, 2006, Tz. 12 ff.). Bei Hardcore-Kartellen tendiert die EU-Kommission dazu, diese Obergrenze auszuschoöpfen. Dieser Grundbetrag wird mit der Zahl der Jahre der Zuwiderhandlung multipliziert. Hinzu kommt eine sogenannte Eintrittsgebühr in Höhe von 15 bis 25 Prozent des tatbezogenen Umsatzes. Anschließend wird der gesamte Betrag um erschwerende Umstände erhöht und um mildernde Umstände verringert.

Die EU-Kommission kann mit einem Aufschlag die finanzielle Leistungsfähigkeit des Unternehmens berücksichtigen, um eine abschreckende Wirkung

²⁹ Diese Obergrenze bezieht sich auf die von allen Konzernunternehmen weltweit mit allen Produkten erzielten Umsätze (Baker & McKenzie, 2006, 2).

zu erzielen (Engelsing, 2007, 480). Zu diesem Zweck ist es möglich, dass sie das Bußgeld gegen Unternehmen erhöht, die besonders hohe Umsätze mit Waren oder Dienstleistungen haben, die nicht mit der Zuwiderhandlung im Zusammenhang stehen. Für Wiederholungstäter kann der Grundbetrag der Geldbuße um bis zu 100 Prozent erhöht werden. Aufgrund der vagen und breit gefassten EU-Wettbewerbsvorschriften hat die EU-Kommission einen Anreiz, das Potenzial der Vorschriften voll auszuschöpfen. Die „Gerichte können später korrigierend nachsteuern“ (Kirchner, 2008, 5). Kritisiert wird außerdem, dass die EU-Kommission die Höhe der Geldbußen allzu schematisch festlege und sich am tatbezogenen Umsatz und an der Dauer der Verstöße orientiere, während sie belastbare Feststellungen über Folgen für Preise und Wettbewerb nicht selten schuldig bleibe (Drauz, 2010, 7). Wenn das so wäre, würde sie damit freilich in dieser Hinsicht nicht dem More Economic Approach folgen.

Zwei Entwicklungen haben ebenfalls zu der empirisch feststellbaren Zunahme der Höhe der Kartellbußgelder beigetragen. Zum einen scheint das Kalkül der EU-Kommission aufgegangen zu sein, dass sie mit dem Systemwechsel zur Legalausnahme inzwischen mehr Kapazitäten frei hat, um sogenannte Hardcore-Kartelle zu verfolgen (Kirchner, 2008, 5). Das sind Kartelle, die keine Ausnahmeregelungen des AEU-Vertrags in Anspruch nehmen können und bei denen besonders hohe Bußgelder verhängt werden. Zum anderen wirkt sich auch das Kronzeugenprogramm der EU-Kommission aus. Seit dem Jahr 1996 praktiziert die Kommission eine Kronzeugenregelung, das sogenannte Leniency-Programme (Kommission, 1996). Sie will damit Unternehmen einen Anreiz geben, von der illegalen Absprache abzuweichen und sich den Kartellbehörden zu offenbaren. Zu diesem Zweck verspricht sie Nachlässe bei den Bußgeldern, unter bestimmten Bedingungen gar eine völlige Strafbefreiung. Dem Vernehmen nach ist die EU-Kommission damit in den letzten Jahren so erfolgreich, dass sie gar nicht allen Fällen nachgehen kann, die im Rahmen der Kronzeugenregelung an sie herangetragen werden (FAZ, 2008). Nach einer Studie der Unternehmensberatung Alvarez & Marsal (2009, 22) haben Kronzeugen im Zeitraum von Januar 2006 bis Oktober 2009 einen Strafnachlass von 2,8 Milliarden Euro erhalten. Die Gesamtsumme der Bußgelder betrug nach dieser Untersuchung im genannten Zeitraum 11,9 Milliarden Euro (Alvarez & Marsal, 2009, 38). Allerdings ist in der Gesamtsumme auch das Rekordbußgeld gegen Intel in Höhe von mehr als 1 Milliarde Euro enthalten, das wegen eines Verstoßes gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Artikel 102 AEU-Vertrag) erging, also nicht wegen eines Kartellfalls.

4.1.7 Privatrechtliche Durchsetzung von Kartellrecht

Grundsätzlich liegt es nahe, die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts einer staatlichen Behörde zu übertragen, denn Wettbewerb kann als öffentliches Gut interpretiert werden (Kerber/Schwalbe, 2007, Randnummer 1508). Hier gilt sowohl das Prinzip der Nichtausschließbarkeit als auch das der Nichtrivalität im Konsum. Neben der Tätigkeit der Kartellbehörden zur Einhaltung des Wettbewerbsrechts wird aber auch dem Privatrecht in diesem Zusammenhang eine Funktion zugeschrieben.

Allerdings ist die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts nicht unumstritten, zumindest werden negative Auswüchse nicht ausgeschlossen. Zum einen wird argumentiert, dass die Kartellbehörden aufgrund mangelnder Ressourcen nicht für eine effektive Einhaltung des Wettbewerbsrechts sorgen könnten. Eine flächendeckende Durchsetzung der Wettbewerbsregeln sei nur dann möglich, wenn betroffene Dritte dazu motiviert werden könnten, auf Schadenersatz oder Unterlassung zu klagen. Dabei wird auch auf die Erfahrungen in den USA verwiesen, wo Schadenersatzansprüche von Dritten bei der Durchsetzung der Antitrustgesetze eine wichtige Funktion haben (Emmerich, 2008, 110 f.).

Zum anderen werden die US-amerikanischen Erfahrungen allerdings auch herangezogen, um davon abzuraten, Kartellrecht mittels privatrechtlicher Verfahren durchzusetzen. Der Erfolg privater Klagen in den USA, so die Argumentation, liege an den spezifischen juristischen Rahmenbedingungen, die in anderen Ländern nicht existieren und teilweise auch gar nicht wünschenswert sind (Möschel, 2007, 486). So ist in den USA ein Strafschadenersatz (Punitive Damages) möglich, der das Dreifache des nachgewiesenen Schadens beträgt.³⁰ Dies behindert Möschel (2007, 486 f.) zufolge nicht nur Kronzeugenregelungen, sondern widerspricht auch den deutschen Rechtsgrundsätzen (Ordre Public). Daher werden entsprechende Urteile US-amerikanischer Gerichte hier nicht anerkannt. Sammelklagen in den USA weisen, argumentiert Möschel (2007, 487), teilweise eine Nähe zur Erpressung auf: Es geht vor allem darum, die betroffenen Unternehmen mit negativer Publizität zu belasten und zu Vergleichszahlungen zu bewegen. Darauf gehen Unternehmen ein, um aus den Schlagzeilen zu kommen. In den USA kommt ein weiterer Klageanreiz hinzu. Nach der sogenannten American Rule muss auch ein unterlegener Kläger nicht für die Anwaltskosten des zu Unrecht Beklagten aufkommen. Wirtschaftlich starken Klägern erwächst daraus ein zusätzliches Einschüchterungspotenzial. Ein weiteres Argument gegen die

³⁰ Begründet wird dies mit der Auffassung, dass bei einem einfachen Schadenersatz die Abschreckungswirkung insgesamt zu gering ist (Kerber/Schwalbe, 2007, Randnummer 1513).

privatrechtliche Kartellrechtsdurchsetzung besteht darin, dass Private in der Regel eigennützige Zwecke verfolgen, die keineswegs auch den öffentlichen Interessen an einem wirksamen Wettbewerb entsprechen müssen. Das privatrechtliche Vorgehen gegen Kartelle kann Möschel (2007, 489) zufolge daher aus strategischen Gründen für wettbewerbsbeschränkende Zwecke missbraucht werden. Ein weiteres Argument gegen die stärkere privatrechtliche Durchsetzung des Kartellverbots lautet, dass Deutschland und Europa durch die Tätigkeit der Kartellbehörden ein kontinuierlich hohes Niveau an Wettbewerbsschutz gewährleisten, was in den USA nicht immer der Fall sei (Haucap, 2009, 286).

Problematisch ist die privatrechtliche Durchsetzung des Wettbewerbsrechts auch im Zusammenhang mit Kronzeugenregelungen. Wenn Kronzeugen trotz Straffreiheit mit hohen Schadenersatzforderungen rechnen müssen, werden Kronzeugenprogramme weniger effektiv (Haucap, 2009, 286). Durch ihre Offenbarung gegenüber den Kartellbehörden geben Kronzeugen Kartellverstöße zu und laden damit quasi zu Schadenersatzklagen ein.

Im Jahr 2005 hatte die EU-Kommission ein Grünbuch über Schadenersatzklagen bei einer Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts vorgelegt (Kommission, 2005) und damit einen Konsultationsprozess eingeleitet. Mit dem Grünbuch verfolgte die EU-Kommission den Zweck, die private Durchsetzung des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts insbesondere mithilfe von Schadenersatzklagen zu fördern. Dies sollte zum einen dem Ziel dienen, die Opfer eines Kartells zu entschädigen. Zum anderen sollte damit eine abschreckende Wirkung erreicht werden. Die EU-Kommission brachte im Grünbuch unter anderem die Möglichkeit für Sammelklagen in die Diskussion. Eine weitere Option betraf die Festsetzung eines doppelten bis dreifachen Schadenersatzes. Diese Vorschläge wurden teilweise heftig kritisiert (FAZ, 2006). Im Jahr 2008 folgte ein Weißbuch (Kommission, 2008b) mit abgeschwächten Empfehlungen. Der Vorschlag zur Einführung eines doppelten Strafschadenersatzes wurde darin nicht mehr verfolgt (Weitbrecht/Mühle, 2008, 552). Auch die im Weißbuch enthaltenen Vorschläge stießen in Deutschland überwiegend auf Ablehnung (BMWi et al., 2008). Einen Legislativvorschlag zur Einführung von Sammelklagen in das Wettbewerbsrecht der EU hatte die EU-Kommission entgegen ursprünglichen Absichten im Jahr 2009 nicht mehr vorgelegt. Der neue für Wettbewerbspolitik zuständige Kommissar, Joaquín Almunia, hat kürzlich eine neue Initiative angekündigt (EuZW, 2010).

4.2 Missbrauchsverbot

Artikel 102 des AEU-Vertrags untersagt den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen im Gemeinsamen Markt

oder in einem wesentlichen Teil davon, wenn dadurch der Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt werden kann. Es müssen also vier Bedingungen erfüllt sein: Marktbeherrschung, ihr Missbrauch, der Gemeinsame Markt oder ein wesentlicher Teil sowie der Handel zwischen den Mitgliedstaaten müssen betroffen sein. Anders als beim Kartellverbot gibt es beim Missbrauchsverbot keine vertraglich vorgesehenen Ausnahmen, also keine Freistellungsmöglichkeit. Ob der More Economic Approach hieran etwas ändern kann, ist fraglich (Emmerich, 2008, 145 ff.). Beim Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch mehrere Unternehmen kommt neben Artikel 102 auch die Anwendung von Artikel 101 AEU-Vertrag (Kartellverbot) infrage. Verboten ist nur der Missbrauch, aber nicht die Bildung – zum Beispiel durch internes Wachstum – oder das Vorhandensein einer marktbeherrschenden Stellung (Kilian, 2008, 168). Anders wäre dies im Fall einer dekonzentrativen Wettbewerbspolitik, zu deren Instrumenten Entflechtungsmaßnahmen zählen.³¹

Die Definitionen und Feststellungen von Marktbeherrschung und Missbrauch, die auch bei der Fusionskontrolle (siehe Abschnitt 4.3.8) angewendet werden, sind in der EU-Wettbewerbspolitik im Rahmen von Artikel 102 AEU-Vertrag entwickelt worden. Für die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung ist dabei der Marktanteil des oder der handelnden Unternehmen von besonderer Bedeutung. Bei Marktanteilen unterhalb von 25 Prozent wird in der Regel nicht von einer marktbeherrschenden Stellung ausgegangen, während bei Anteilen von 50 Prozent und mehr meist ohne weitere Prüfung Marktbeherrschung angenommen wird (Emmerich, 2008, 140). Wenn allein aufgrund der Höhe des Marktanteils nicht auf eine marktbeherrschende Stellung geschlossen werden kann, müssen noch andere Faktoren zur Beurteilung herangezogen werden. Es handelt sich dabei vor allem um Elemente der Marktstruktur. Dazu zählen hohe Markteintrittsschranken, herausragende wirtschaftliche Ressourcen, erheblicher technischer Fortschritt, fehlender potenzieller Wettbewerb, aber auch besonders enge Beziehungen zur öffentlichen Hand sowie gesetzliche Privilegien (Emmerich, 2008, 141). Nach einer Definition des EuGH ist Marktbeherrschung mit der wirtschaftlichen Machtstellung eines Unternehmens verbunden, „die dieses in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs ... zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und schließlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennens-

³¹ Im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP für die 17. Legislaturperiode wird angekündigt, dass in das deutsche Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) als Ultima Ratio ein Entflechtungsinstrument aufgenommen werden soll. Das Bundeswirtschaftsministerium hat diese Absichtserklärung inzwischen konkretisiert und einen Gesetzesentwurf vorgelegt.

werten Umfang unabhängig zu verhalten“ (EuGH, 1978, zweiter Leitsatz). Marktbeherrschung führt demnach zu einem übermäßigen, vom Wettbewerb nicht mehr hinreichend kontrollierbaren Verhaltensspielraum eines Unternehmens (Emmerich, 2008, 139).

Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung kann allgemein als marktstrukturbedingte Wettbewerbsbeschränkung durch ein marktbeherrschendes Unternehmen (Kilian, 2008, 169) bezeichnet werden. Aufgrund der Marktstruktur haben die anderen Marktteilnehmer kaum Handlungsalternativen. In dem im Jahr 2002 ausgelaufenen EGKS-Vertrag wurde der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darin gesehen, dass diese für Zwecke verwendet wird, die mit dem Vertrag in Widerspruch stehen. Diese Definition gilt fort (Emmerich, 2008, 144). Aus verschiedenen Urteilen des EuGH folgt, dass jene Verhaltensweisen eines Unternehmens in marktbeherrschender Stellung als missbräuchlich gelten, welche die Struktur des Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist. Diese Verhaltensweisen müssen außerdem die Aufrechterhaltung noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung mit Mitteln behindern, die von den Instrumenten eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktteilnehmer abweichen (Müller-Graff, 2007, 473).

Im Allgemeinen werden zwei Grundformen des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung unterschieden: der Ausbeutungs- und der Behinderungsmissbrauch. Unter Ausbeutungsmissbrauch versteht man die missbräuchliche Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung gegenüber den Vertragspartnern auf vor- oder nachgelagerten Märkten, während sich der Behinderungsmissbrauch auf die Marktnebenseite, also auf die Konkurrenten des marktbeherrschenden Unternehmens bezieht. Von Behinderungsmissbrauch kann gesprochen werden, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Konkurrenten mit anderen Mitteln als der Wettbewerbsfähigkeit seiner Produkte oder Dienstleistungen vom Markt ausschließt (Kommission, 2009, Tz. 6). In der Praxis ist vor allem dieser Behinderungsmissbrauch von Bedeutung (Müller-Graff, 2007, 475). Daneben ist vom sogenannten Strukturmissbrauch die Rede, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen gezielt in die Struktur der Märkte zum Nachteil des Wettbewerbs eingreift. Hierunter fallen vor allem vom marktbeherrschenden Unternehmen erzwungene Unternehmenszusammenschlüsse (Emmerich, 2008, 145).

Die Missbrauchsaufsicht hat große Probleme, ein konkretes unternehmerisches Verhalten als missbräuchlich zu definieren. So gilt die ökonomische Analyse der Wirkungen vertikaler Vereinbarungen als äußerst schwierig und ist immer noch mit großen Unsicherheiten behaftet (Kerber/Schwalbe, 2007, Randnummer 1395).

Mögliche Effizienzgewinne und wettbewerbsbeschränkende Wirkungen von vertikalen Vereinbarungen

Übersicht 3

Man spricht von vertikalen Vereinbarungen, wenn Wirtschaftssubjekte auf aufeinanderfolgenden Marktstufen sich zu einem Verhalten verpflichten, das sie im freien Einsatz ihrer Wettbewerbsparameter hemmt. Dabei kann es sowohl zu Effizienzgewinnen als auch zu Wettbewerbsbeschränkungen kommen.

Effizienzgewinne

- **Bessere Koordination:** Die Abstimmung zwischen Zulieferern, Produzenten und Händlern kann durch vertikale Vereinbarungen verbessert werden, was wiederum zu einer verbesserten Gesamtleistung führen dürfte.
- **Weniger Trittbrettfahrerverhalten:** Ohne vertikale Vereinbarungen zwischen Produzenten und Händlern kann die Beratungsleistung im Handel unter Umständen zu gering ausfallen, wenn sich die Kunden vor der Kaufentscheidung im Fachhandel beraten lassen, dann aber bei Händlern kaufen, die keine Beratungsleistung anbieten.
- **Erleichterung transaktionsspezifischer Investitionen:** In vertikalen Wertschöpfungsketten sind oftmals Investitionen notwendig, die nur in dieser einen Verwendungsrichtung wirtschaftlich sinnvoll sind. Ohne vertikale Vereinbarungen, zum Beispiel ohne Alleinbezugsvereinbarungen, sinken die Investitionen. Zum Beispiel vermeiden Zulieferer dann den Kauf von Spezialmaschinen. Auf der Seite des Handels werden Investitionen zur Markterschließung erleichtert, wenn sie von einer Alleinvertriebsvereinbarung oder von Gebietsschutzregelungen begleitet werden.
- **Realisierung von Größenvorteilen:** Größenvorteile können realisiert werden, wenn es wegen der Vertriebskosten sinnvoll ist, nur wenige Händler zu beliefern.
- **Vermeidung der doppelten Marginalisierung:** Wenn sich auf zwei aufeinanderfolgenden Marktstufen Monopolunternehmen gegenüberstehen, würde das gewinnmaximierende Verhalten der beiden Monopolisten zu einer doppelten Monopolpreisbildung führen, was allokativ besonders ineffizient wäre.
- **Bessere Kommunikation:** Vertikale Vereinbarungen können die Kommunikation zwischen den beteiligten Unternehmen verbessern, was zu Lerneffekten führt und die Ausnutzung von komplexerem Wissen verbessert. Dadurch vermindern sich sogenannte dynamische Transaktionskosten.

Wettbewerbsbeschränkende Wirkungen

- **Beschränkung des Händler- und des Herstellerwettbewerbs:** Eine Alleinvertriebsvereinbarung (Gebietsmonopol) zwischen einem Produzenten und einem Händler kann zum einen dazu benutzt werden, den Wettbewerb zwischen den Händlern auszuschalten, woraufhin sich die Innovationsfähigkeit auf dieser Ebene vermindert. Zum anderen kann die damit verbundene Preiserhöhung dazu führen, dass auch andere Hersteller ihre Preise erhöhen, weil sie davon ausgehen, dass der Hersteller, der sich vertikal gebunden hat, glaubwürdig auf höhere Preise setzt. Durch die Ausschaltung des Händlerwettbewerbs kann also auch der Wettbewerb auf der Ebene der Hersteller verringert werden. Exklusivverträge zwischen Händlern und Herstellern führen dazu, dass anderen Herstellern der Vertriebsweg über den sich an einen bestimmten Hersteller bindenden Händler verschlossen ist.
- **Stabilere Oligopole:** Die oligopolistische Koordination zwischen Herstellern wird erleichtert, wenn durch vertikale Preisbindung die Markttransparenz erhöht wird. Dadurch steigt die Glaubwürdigkeit wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen zwischen Oligopolisten, weil heimliche, selektive Preissenkungen erschwert werden.
- **Übertragung von Marktmacht auf andere Marktstufen:** Durch vertikale Unternehmenszusammenschlüsse kann unter bestimmten Bedingungen Marktmacht von einer Marktstufe auf andere

– vor- oder nachgelagerte – Stufen übertragen werden. Ein Beispiel ist die Möglichkeit, durch ein Monopol bei einer wesentlichen Einrichtung, zum Beispiel im Bereich der Infrastruktur, den Zugang zu einem Folgemarkt zu versperren.

- Weniger Innovationen: Vertikale Vereinbarungen sind überdies dazu geeignet, innovative Wettbewerbsprozesse zu beeinträchtigen, die auf mehreren Ebenen der Wertschöpfungskette ablaufen.
- Verstärkung durch Marktmacht: Die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen vertikaler Vereinbarungen sind umso eher wahrscheinlich, je marktmächtiger die beteiligten Unternehmen sind. Umgekehrt gilt, dass bei schwachen Marktpositionen der beteiligten Unternehmen nur selten mit wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen zu rechnen ist.

Quelle: Kerber/Schwalbe, 2007, Randnummer 1343 ff.

Die wettbewerbliche Beurteilung einer konkreten Verhaltensweise ist auch deshalb so kompliziert, weil diese Verhaltensweise mitunter sowohl positive als auch negative Auswirkungen auf den Wettbewerb und die Wohlfahrt in einer Volkswirtschaft haben kann (Übersicht 3; Kerber/Schwalbe, 2007, Randnummer 1465).

Beim Ausbeutungsmissbrauch besteht die Schwierigkeit vor allem darin, dass die Ergebnisse, zu denen ein nicht beschränkter Wettbewerb geführt hätte, im Wesentlichen unbekannt sind. Damit fehlt ein Maßstab für das wettbewerbsbeschränkende Verhalten (Emmerich, 2008, 145). Besonders deutlich wird das Problem beim sogenannten Preissmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen. Hier müsste die Kartellbehörde die marktbedingten Effekte von den marktbedingten Effekten trennen, um die Höhe des missbräuchlichen Preises bestimmen zu können (Hoppmann, 1974, 391). Das ist ein empirisch ziemlich hoffnungsloses Unterfangen. Sowohl die Konstruktion eines Als-ob-Wettbewerbs als auch der Rückgriff auf räumliche oder zeitliche Vergleichsmärkte sind höchst problematisch. Das gilt auch für die Bestimmung der Kosten eines Unternehmens, um einen Maßstab zu erlangen, mit dem man die Preise dieses Unternehmens vergleichen könnte. Überdies müsste dann auch noch eine Entscheidung über eine angemessene Gewinnhöhe getroffen werden, die gleichfalls nicht objektiv bestimmt werden kann (Hoppmann, 1974, 392). Für die Antwort auf die Frage nach einem marktmachtmäßig überhöhten Preis gibt es keine objektiven Kriterien.

Beim Nachweis von Behinderungsmissbrauch besteht die Schwierigkeit in der Abgrenzung zum zulässigen Einsatz wettbewerblicher Aktionsparameter durch das marktbeherrschende Unternehmen. Hier besteht die Gefahr, dass eine zu restriktive Missbrauchsaufsicht ein innovatives Verhalten des betreffenden Unternehmens unterbindet, was dem Wettbewerb und damit den Verbrauchern letztlich schadet (Wagener/Eger, 2009, 388). Überdies kann man die Entscheidung eines Unternehmens über seine vertikale Wertschöpfungstiefe als normale einzelwirtschaftliche Entscheidung ansehen. Das legt auch die Theorie der Firma nahe (Kerber/Schwalbe, 2007, Randnummer 1404).

Die ordnungspolitische Problematik der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen wird in einer Entscheidung des Gerichts erster Instanz (1998, Tz. 139) besonders deutlich, in der es heißt, „daß Unternehmen in beherrschender Stellung unter besonderen Umständen das Recht zu bestimmten Verhaltensweisen und Maßnahmen abzusprechen ist, die für sich genommen nicht mißbräuchlich sind und die sogar nicht zu beanstanden wären, wenn sie von nichtbeherrschenden Unternehmen an den Tag gelegt oder vorgenommen würden“. Nach Auffassung der EU-Kommission hat ein marktbeherrschendes Unternehmen eine besondere Verantwortung dafür, dass es den Wettbewerb im Gemeinsamen Markt nicht beeinträchtigt (Kommission, 2009, Tz. 1).

Artikel 102 AEU-Vertrag nennt beispielhaft vier Fälle von missbräuchlichem Verhalten, die jedoch keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben und sowohl den Ausbeutungs- als auch den Behinderungsmisbrauch betreffen. Andere Fälle können durch die Generalklausel in Artikel 102 Satz 1 erfasst werden. Das erste Regelbeispiel benennt die Erzwingung von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen. Von unangemessenen Preisen wird ausgegangen, wenn sie in keinem vertretbaren Verhältnis zum wirtschaftlichen Wert der Ware stehen (Emmerich, 2008, 149). Das größte Problem ist hier der Maßstab, also die Bestimmung des wirtschaftlichen Werts. Sowohl die Ermittlung über Vergleichsmärkte als auch die Ermittlung über Kosten ist mit großen methodischen Schwierigkeiten verbunden. Zudem ist hier der Unterschied zwischen Preisdiskriminierung und Preisdifferenzierung im Sinne von sachlich gerechtfertigten Preisunterschieden bedeutsam (Kerber/Schwalbe, 2007, Randnummer 1426). Im Zusammenhang mit dem Tatbestand der Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen ist die EU-Kommission besonders gegen Urheberrechtsverwertungsgesellschaften vorgegangen (Emmerich, 2008, 152). So hat die Brüsseler Behörde die Regelungen über das Verbot der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung erstmals im Jahr 1971 in einer Entscheidung gegen die Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte (GEMA) angewendet (Hambloch, 2009, 122 f.)

Das zweite Regelbeispiel ist die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher. Beispielhaft zu erwähnen sind hier Ausschließlichkeitsbindungen, Rabattsysteme, Geschäftsverweigerungen und die Verweigerung des Zugangs zu wesentlichen Einrichtungen (Essential Facilities). Treuerabatte, die den ausschließlichen Bezug beim marktbeherrschenden Unternehmen belohnen sollen, werden häufig als missbräuchlich angesehen (Emmerich, 2008, 155). Unter ökonomischen Gesichtspunkten können Rabatte als eine Strafsteuer angesehen werden, die das marktbeherrschende

Unternehmen gegen neue Konkurrenten erhebt. Ein in den Markt eintretendes Unternehmen muss dann mit seinem Preis noch unter den rabattierten Preis des Marktbeherrschers heruntergehen, um die Kunden für den entgangenen Rabatt zu entschädigen (EAGCP, 2005, 37). Dagegen gelten Mengen- oder Funktionsrabatte als wettbewerblich unbedenklich, da sie sich sachlich rechtfertigen lassen, beispielsweise weil größere Mengen abgenommen werden (Emmerich 2008, 156).

Auch die Geschäftsverweigerung wird unter dem zweiten Regelbeispiel subsumiert. Nach der Essential-Facility-Doktrin müssen die Inhaber von Infrastrukturen über diese Einrichtungen den Zugang zu vor- oder nachgelagerten Märkten gewähren, auch wenn sie infolgedessen dort Konkurrenz erhalten. Die Voraussetzung ist, dass es keine technischen oder wirtschaftlichen Alternativen gibt und dass es sich um Märkte mit neuen Produkten mit entsprechenden Vorteilen für die Verbraucher handelt (Emmerich, 2008, 161). Betroffen davon sind außer Netzmonopolen und klassischen Infrastruktureinrichtungen auch gewerbliche Schutzrechte (Emmerich, 2008, 159).

Essential-Facility-Doktrin

Die Essential-Facility-Doktrin basiert auf dem Konzept der wesentlichen Einrichtungen. Sie hat ihren Ursprung in der Entscheidung eines US-amerikanischen Gerichts aus dem Jahr 1912 gegen ein Gemeinschaftsunternehmen von 14 Eisenbahngesellschaften, die den Bahnhof von St. Louis kontrollierten. Das Gericht verpflichtete das Gemeinschaftsunternehmen, auch anderen Eisenbahngesellschaften diskriminierungsfreien Zugang zu dieser wesentlichen Einrichtung zu gewähren (Mestmäcker/Schweitzer, 2004, 447).

Die Essential-Facility-Doktrin ist juristisch und ökonomisch problematisch. Zum einen bedeutet der erzwungene Zugang zu wesentlichen Einrichtungen einen Eingriff in die Eigentumsrechte eines Unternehmens und in die Vertragsfreiheit. Zum anderen kann die Anwendung der Doktrin dazu führen, dass Unternehmen, die gezwungen werden, ihren Konkurrenten Zugang zu den wesentlichen Einrichtungen zu gewähren, einen geringeren Innovations- und Investitionsanreiz haben. Daher wird die Kontrolle über eine wesentliche Einrichtung auch nicht per se als Missbrauch angesehen. Aus ökonomischer Sicht ist zu prüfen, ob es für einen Konkurrenten physisch nicht möglich oder ob es volkswirtschaftlich unwirtschaftlich ist, die als Inputfaktor für die Leistungserstellung unerlässliche wesentliche Einrichtung selbst zu erstellen (Kerber/Schwalbe, 2007, Randnummer 405). Hinzu kommt, dass ohne den Zugang zu der wesentlichen Einrichtung auf dem betreffenden Markt kein wirksamer Wettbewerb möglich ist. Nach einem Urteil des Gerichts erster Instanz kann die Verweigerung des Zugangs nur in außergewöhnlichen Fällen als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung untersagt werden, und zwar in folgenden drei Fällen: Die Weigerung betrifft Erzeugnisse oder Dienstleistungen, die für den Marktzugang unerlässlich sind. Die Verweigerung ist geeignet, jeglichen wirksamen Wettbewerb auszuschließen. Die Entstehung neuer Produkte wird verhindert. Liegen diese drei außergewöhnlichen Umstände vor, ist die Lizenzverweigerung missbräuchlich, es sei denn, sie ist objektiv gerechtfertigt (Gericht erster Instanz, 2007).

Das dritte Regelbeispiel umfasst die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern. Die grundlose Diskriminierung durch marktbeherrschende Unternehmen gilt als grundsätzlich

unvereinbar mit einer Wettbewerbsordnung. Es soll verhindert werden, dass solche Unternehmen auf den vor- oder nachgelagerten Märkten einzelne Lieferanten oder Abnehmer gegenüber anderen benachteiligen (Emmerich, 2008, 162 ff.). Als Diskriminierung wird auch die Quersubventionierung in einem Unternehmen angesehen. Gemeint ist damit die Subventionierung von Diensten, die im Wettbewerb stehen, mit Erlösen aus Diensten, für die ein Monopol besteht. Unterschiedliche Abnahme- oder Lieferbedingungen sind allerdings dann zulässig, wenn sie objektiv gerechtfertigt werden können, etwa durch unterschiedlich hohe Kosten.

Das vierte in Artikel 102 genannte Regelbeispiel für missbräuchliches Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens betrifft Koppelgeschäfte. Bei diesen müssen Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die nicht in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen. Mit der Regel sollen die Vertragspartner davor geschützt werden, Leistungen beziehen zu müssen, die sie nicht haben wollen (Emmerich, 2008, 165). Ein unstrittener Fall ist die Entscheidung der EU-Kommission gegen Microsoft aus dem Jahr 2004, bei der es unter anderem um den Vorwurf ging, dass das Unternehmen durch ein missbräuchliches Koppelgeschäft gegen Artikel 102 (ex 82) verstößt (EU-Kommission, 2004). Die EU-Kommission sah eine unzulässige Koppelung darin, dass Microsoft sein Betriebssystem für PCs zusammen mit dem Windows Media Player vertrieb. Das Gericht erster Instanz hat sich in seinem Urteil über die Klage von Microsoft gegen diese Entscheidung der Rechtsauffassung der EU-Kommission angeschlossen, dass es sich bei diesem Koppelgeschäft um einen Verstoß gegen das Missbrauchsverbot handelt (Gericht erster Instanz, 2007, Randnummer 1330). Die wettbewerbspolitische Begründung dafür lautet, dass mögliche Entwickler von komplementärer Software von Innovationen abgehalten werden, wenn sie damit rechnen müssen, dass das marktbeherrschende Unternehmen eine konkurrierende Software in sein Betriebssystem integriert (Wagner/Eger, 2009, 392).

Ein dem Behinderungsmissbrauch zuzurechnender Verstoß gegen Artikel 102 sind Kampfpreise, auch wenn diese im AEU-Vertrag nicht als ein Regelbeispiel aufgeführt werden. Kampfpreise gelten als wettbewerbswidrig, wenn sie von marktbeherrschenden Unternehmen eingesetzt werden, um trotz der Verluste, die dadurch entstehen, Wettbewerber aus dem Markt zu drängen oder diese zu disziplinieren (Mestmäcker/Schweitzer, 2004, 435). Zur Strategie der Kampfpreisunterbietung zählen auch Praktiken wie die Quersubventionierung und das sogenannte Preissqueezing. Bei einer Quersubventionierung werden Gewinne aus einem profitablen Bereich, in dem möglicherweise noch ein Monopol besteht, dazu verwendet, Verluste in anderen Bereichen auszugleichen. Beim Preis-

squeezing verlangen vertikal integrierte Unternehmen für Vorprodukte, die sie an einstufige Konkurrenten liefern, besonders hohe Preise, damit diese auf dem Endkundenmarkt nicht mehr wettbewerbsfähig sind (Emmerich, 2008, 167). Auch hier werden die Schwierigkeiten eines konkreten Nachweises von Missbrauch – also die Abgrenzung zu dem erlaubten Einsatz des Aktionsparameters Preis – bei einem marktbeherrschenden Unternehmen deutlich. Zudem darf hier nicht unberücksichtigt bleiben, dass von niedrigen Preisen zunächst einmal die Verbraucher profitieren. Die EU-Kommission legt als Maßstab die durchschnittlichen vermeidbaren Kosten und die langfristigen durchschnittlichen Grenzkosten zugrunde (Kommission, 2009, Tz. 26). Die durchschnittlichen vermeidbaren Kosten werden dabei als die Kosten verstanden, die ein Unternehmen hätte vermeiden können, wenn es auf die Produktion verzichtet hätte. In der Regel sind dies die durchschnittlichen variablen Kosten (Kommission, 2009, Fußnote 18). Wenn ein Unternehmen auf die Deckung dieser Kosten verzichtet, dann deutet dies nach Auffassung der EU-Kommission darauf hin, dass es kurzfristig bewusst Gewinneinbußen hinnimmt und ein ebenso effizienter Wettbewerber die Kunden nur verlustbringend bedienen kann.

Die EU-Kommission will das Missbrauchsverbot stärker unter das Paradigma des More Economic Approach stellen. Im Jahr 2005 wurde von der Economic Advisory Group on Competition Policy (EAGCP) ein Bericht unter der Überschrift „An economic approach to Article 82“ veröffentlicht (EAGCP, 2005). Im Dezember desselben Jahres eröffnete die EU-Kommission (2005b) mit einem Diskussionspapier der Generaldirektion Wettbewerb zur Anwendung von Artikel 102 AEU-Vertrag (ex 82 EG-Vertrag) in Fällen des Behinderungsmissbrauchs eine öffentliche Konsultation. In dem Papier befasste sich die EU-Kommission unter anderem mit der Frage, ob und wie Effizienzgewinne im Verfahren der Missbrauchsaufsicht berücksichtigt werden sollen. Dabei vertritt sie die These, dass die Auswirkungen der fraglichen Maßnahmen auf den Markt stärker bei der Beurteilung der Wettbewerbswirkungen einbezogen werden sollen als bisher. Dabei geht es auch um die Berücksichtigung von Effizienzvorteilen als Rechtfertigung für ein an sich missbräuchliches Verhalten (Emmerich, 2008, 132 f.). Aus juristischer Sicht ist diese Vorgehensweise kritisiert worden: Sie sei nicht nur mit dem Wortlaut der einschlägigen Vertragsartikel unvereinbar, sondern auch in der Sache unakzeptabel, weil es nicht vorstellbar wäre, den Missbrauch von Marktmacht mit „nahezu beliebig manipulierbaren“ Effizienzvorteilen (Emmerich, 2008, 133) zu rechtfertigen. „Die Folge wäre freilich ein nahezu totaler Verlust an Rechtssicherheit zugunsten wechselnder ökonomischer Theorien, die ohnehin in der Praxis niemand nachvollziehen kann“ (Emmerich, 2008, 145).

Die EU-Kommission (2005c) wendet gegen den Vorwurf mangelnder Rechtssicherheit ein, dass die meisten Verhaltensweisen, die unter Artikel 102 fallen, gleichzeitig positive und negative Folgen für den Wettbewerb haben können und daher nicht von vornherein als grundsätzlich legal oder illegal betrachtet werden sollten.

Die EU-Kommission hat inzwischen eine Mitteilung mit Erläuterungen zu ihren Prioritäten bei der Anwendung von Artikel 102 auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen vorgelegt (Kommission, 2009). Auf der Internetseite der EU-Kommission heißt es dazu: „The guidance paper sets out an economic and effects-based approach to exclusionary conduct.“ In der Mitteilung wird die Möglichkeit erwähnt, dass Unternehmen ein zur Ausschließung von Wettbewerb führendes Verhalten mit Effizienzvorteilen begründen können, wenn diese ausreichend sind, dass den Verbrauchern wahrscheinlich „unter dem Strich kein Schaden entsteht“ (Kommission, 2009, Tz. 30). Dazu müssen vier Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein. Erstens müssen die Effizienzvorteile das Ergebnis des fraglichen Verhaltens sein, zum Beispiel technische Verbesserungen zur Qualitätssteigerung und Kostensenkungen bei Produktion oder Vertrieb. Zweitens muss das fragliche Verhalten für die Effizienzvorteile unverzichtbar sein, das heißt, es dürfen keine weniger wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen zur Verfügung stehen. Drittens müssen die Effizienzvorteile mögliche negative Wirkungen auf den Wettbewerb und das Verbraucherwohl aufwiegen. Viertens darf der wirksame Wettbewerb nicht ausgeschaltet werden. Gibt es keinen Restwettbewerb mehr, dann werden die Effizienzvorteile nicht berücksichtigt. Eine monopolähnliche Stellung kann also nicht mit Effizienzvorteilen gerechtfertigt werden. Diese Anforderungen dürften in der Praxis beträchtliche Hürden darstellen.

Die Mitteilung der EU-Kommission behandelt zudem verschiedene Missbrauchsformen wie Ausschließlichkeitsbindungen und Rabatte, Koppelung und Bündelung, Kampfpreise, Lieferverweigerungen und Kosten-Preis-Scheren. In all diesen Fällen sollen demnach mögliche Effizienzvorteile geprüft werden können. Auch wenn sich die EU-Kommission kritisch zu Kampfpreisen äußert, so will sie im Einzelfall auch prüfen, ob Unternehmen Kampfpreise mit dem Argument rechtfertigen können, dass ihnen die niedrigen Preise Größen- oder Effizienzvorteile durch Marktexpansion einbringen (Kommission, 2009, Tz. 74). Der Anwendung des More Economic Approach in der Missbrauchsaufsicht sind jedoch durch den EU-Vertrag Grenzen gesetzt. Artikel 102 des AEU-Vertrags dient zwar auch, aber nicht allein dem Schutz der Konsumentenwohlfahrt (Kellerbauer, 2010, 73 f.).

4.3 Fusionskontrolle

Zum Instrumentarium der Wettbewerbspolitik in der EU gehört auch die Fusionskontrolle. Sie ist darauf gerichtet, externes Unternehmenswachstum zu kontrollieren. Die Fusionskontrolle setzt – wie auch das Kartellverbot – an der Marktstruktur an. Beide Instrumente der Wettbewerbspolitik versuchen, wettbewerbsverringere Veränderungen der Marktstruktur zu verhindern. Sie können daher auch als präventive Marktstrukturpolitik bezeichnet werden. Die Missbrauchsaufsicht als Marktverhaltenskontrolle wird demgegenüber nur als „zweite Wahl“ betrachtet, weil sie Wettbewerbsbeschränkungen weniger effizient entgegenwirkt. Die Fusionskontrolle soll die Entstehung oder Erhöhung von Marktmacht vermeiden. Die Missbrauchsaufsicht versucht dagegen, die wettbewerbschädlichen Wirkungen von bereits bestehender Marktmacht zu bekämpfen. Dies ist jedoch – wie in Abschnitt 4.2 gezeigt – problematisch, und zwar aufgrund der ambivalenten Wirkungen insbesondere vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen und der damit verbundenen Schwierigkeit, objektive Kriterien für missbräuchliches Verhalten zu finden.

4.3.1 Aufgaben der Fusionskontrolle

Die Zusammenschlusskontrolle durch die EU-Kommission soll verhindern, dass die Marktmacht von Unternehmen infolge einer Fusion spürbar erhöht wird und diese dadurch in die Lage versetzt werden, dem Verbraucher die Vorteile des Wettbewerbs vorzuenthalten. Zu diesen Vorteilen zählen die „Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse“ (Kommission, 2004b) niedrige Preise, hochwertige Produkte, eine große Auswahl an Waren und Dienstleistungen sowie Innovationen. Im Rahmen der EU-Wettbewerbspolitik wird Marktmacht definiert als die Fähigkeit eines oder mehrerer Unternehmen, gewinnbringend die Preise zu erhöhen, Absatz, Auswahl oder Qualität der Waren oder Dienstleistungen zu verringern, Innovationen einzuschränken oder die Wettbewerbsparameter auf andere Weise zu beeinflussen (Kommission, 2004b, Tz. 8). Aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht kann Marktmacht definiert werden als die Fähigkeit eines Unternehmens, für ein Gut oder eine Leistung einen Preis zu verlangen, der über den Grenzkosten liegt (Schwalbe/Zimmer, 2006, 49).³²

Bei der Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen berücksichtigt die EU-Kommission laut Artikel 2 der Fusionskontrollverordnung (Rat der Euro-

³² Aus dieser Definition folgt, dass Marktmacht nicht notwendigerweise die Folge einer Wettbewerbsbeschränkung sein muss. Sie kann auch das Ergebnis einer Innovation sein, durch die ein Unternehmen gegenüber seinen Wettbewerbern einen (temporären) Innovationsvorsprung erzielt. Dieser Vorsprung wird über die Imitation durch andere Unternehmen im Laufe der Zeit zunichtegemacht.

päischen Union, 2004, 6 f.) „die Notwendigkeit, im Gemeinsamen Markt wirksamen Wettbewerb aufrechtzuerhalten und zu entwickeln, insbesondere im Hinblick auf die Struktur aller betroffenen Märkte und den tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerb durch innerhalb oder außerhalb der Gemeinschaft ansässige Unternehmen“. Sie berücksichtigt außerdem „die Marktstellung sowie die wirtschaftliche Macht und die Finanzkraft der beteiligten Unternehmen, die Wahlmöglichkeiten der Lieferanten und Abnehmer, ihren Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten, rechtliche oder tatsächliche Marktzutrittschranken, die Entwicklung des Angebots und der Nachfrage bei den jeweiligen Erzeugnissen und Dienstleistungen, die Interessen der Zwischen- und Endverbraucher sowie die Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts, sofern diese dem Verbraucher dient und den Wettbewerb nicht behindert“. Mit diesen Beurteilungsfaktoren, die neben der Erfassung des Marktanteils zu berücksichtigen sind, soll im Sinne „des stets notwendigen Gesamturteils“ (Mestmäcker/Schweitzer, 2004, 596) geklärt werden, inwieweit durch den Zusammenschluss die dem Unternehmen zur Verfügung stehenden finanziellen und technischen Ressourcen verstärkt werden, weil davon das künftige Marktverhalten beeinflusst wird (Monopolkommission, 1989, Tz. 81).

4.3.2 Arten von Fusionen

Grundsätzlich sind drei Arten von Unternehmenszusammenschlüssen denkbar: Bei horizontalen Fusionen schließen sich Unternehmen zusammen, die in demselben Markt auf derselben Marktstufe tätig sind. Ein Beispiel dafür ist die Übernahme eines Automobilunternehmens durch einen Wettbewerber. Bei vertikalen Fusionen kommt es zu einem Zusammenschluss von Unternehmen, die zwar im selben Markt, aber auf unterschiedlichen Stufen tätig sind, beispielsweise wenn ein Unternehmen, das an die Endverbraucher liefert, einen Lieferanten übernimmt, also ein Automobilunternehmen einen Hersteller von Bremsen aufkauft. Unter konglomeraten Fusionen versteht man Zusammenschlüsse von Unternehmen, die auf verschiedenen Märkten agieren und weder in einer Wettbewerbsbeziehung noch in einer Abnehmer-Lieferanten-Beziehung stehen (Mestmäcker/Schweitzer, 2004, 619). Ein Beispiel dafür ist der Erwerb eines Mobilfunkherstellers durch ein Unternehmen, das in der Medizintechnik tätig ist.

Horizontale Zusammenschlüsse gelten als potenziell gefährlich für den Wettbewerb, weil sie die Anbieterzahl auf einem Markt in Richtung eines Oligopols oder gar Monopols vermindern, sodass am Ende die Konkurrenz auf dem betreffenden Markt eingeschränkt oder vollständig ausgeschaltet ist. Horizontale Fusionen sind mit einem steigenden Marktanteil verbunden.

Bei den vertikalen Zusammenschlüssen kann man zwischen Vorwärts- und Rückwärtsintegration unterscheiden. Gemeinsam ist ihnen, dass vormals über Märkte bezogene Leistungen nach der Fusion unternehmensintern erbracht werden. Als wettbewerbspolitisch problematisch werden vertikale Zusammenschlüsse angesehen, weil sie mit dem Ausschluss von anderen Unternehmen auf vor- oder nachgelagerten Marktstufen einhergehen können (Emmerich, 2008, 221). Dadurch können andere Unternehmen von ihren Beschaffungs- oder Absatzmärkten abgeschnitten werden. Eine andere Möglichkeit besteht darin, dass Konkurrenten auf der Einkaufsseite unter Preisdruck geraten, weil die Zahl der unabhängigen Lieferanten infolge des vertikalen Zusammenschlusses zurückgeht. Eine Erhöhung des Marktanteils der beteiligten Unternehmen ist mit einer vertikalen Fusion in der Regel nicht verbunden. Vertikale Integration war früher im Bereich von Rohstoffvorkommen und deren Weiterverarbeitung verbreitet, hat sich aber zunehmend in die Kommunikations- und Medienwirtschaft verlagert. Aufgrund dieser Entwicklung haben vertikale Zusammenschlüsse in der Fusionskontrollpraxis der EU-Kommission an Bedeutung gewonnen (Mestmäcker/Schweitzer, 2004, 616 f.).

Konglomerate, mitunter auch als diagonale Zusammenschlüsse bezeichnete Veränderungen der Marktstruktur können den Wettbewerb sowohl beschränken als auch fördern. Ihre Wirkung ist daher nur schwer zu durchschauen (Emmerich, 2008, 222). Da bei konglomeraten Fusionen kein aktueller Wettbewerber verschwindet, entfalten sie nur unter bestimmten Voraussetzungen wettbewerbschädliche Wirkungen, sodass es hier um einen Grenzbereich der Fusionskontrolle geht (Bundeskartellamt, 2006, 1).

Vielfach werden „Größe an sich“ und die damit verbundenen Möglichkeiten strategischen Verhaltens auf verschiedenen Märkten als ein Problem für die Wettbewerbspolitik angesehen. In diesem Zusammenhang werden wettbewerbsbeschränkende Wirkungen von diagonalen Zusammenschlüssen mit der sogenannten Deep-Pocket-Doktrin begründet. Danach sind große Unternehmen willens und in der Lage, auf einzelnen Märkten Verluste in Kauf zu nehmen, um Konkurrenten zu disziplinieren oder zu vernichten (Mestmäcker/Schweitzer, 2004, 619). Diese Ansicht ist jedoch keineswegs unwidersprochen geblieben. In einem Urteil, mit dem das Gericht erster Instanz im Jahr 2002 eine Untersagungsentscheidung der EU-Kommission für nichtig erklärte, führte es aus, dass die Wirkungen eines konglomeraten Zusammenschlusses allgemein als neutral oder sogar als vorteilhaft für den Wettbewerb anzusehen sind (Brei, 2003, 588), auch wenn nachteilige Wirkungen in bestimmten Fällen möglich sind (Mestmäcker/Schweitzer, 2004, 620). Damit hat das Gericht die Anforderungen an die Nach-

weisbarkeit wettbewerbsbeschränkender Wirkungen derartiger Fusionen für den Geltungsbereich des EU-Wettbewerbsrechts sehr hochgeschraubt. Je weiter die betroffenen Märkte auseinanderliegen, desto schwieriger dürfte der Nachweis einer wettbewerbsbeschränkenden Wirkung sein (Brei, 2003, 589). Insofern ist bei diagonalen Fusionen die Unterscheidung von Marktverkettungszusammenschlüssen und reinen Konglomeraten von Bedeutung (Emmerich, 2008, 222).

Nicht horizontale Zusammenschlüsse werden insgesamt als weniger wettbewerbschädigend angesehen als horizontale Fusionen. Während horizontale Zusammenschlüsse direkt einen Wettbewerber verschwinden lassen, sind die Wirkungen bei vertikalen oder konglomeraten Zusammenschlüssen vielfältiger. Bei letzteren beiden gibt es deutlichere Hinweise auf Effizienzgewinne, weil durch solche Zusammenschlüsse oftmals Transaktionskosten eingespart werden sollen (Lyons, 2008, 35). Ein weiterer positiver Effekt kann bei einer vertikalen Integration dadurch entstehen, dass eine vorher bestehende doppelte Monopolpreisbildung beseitigt wird (vgl. Übersicht 3, Abschnitt 4.2). Wenn sowohl der Lieferant als auch der Abnehmer in einer Lieferkette über ein Monopol verfügt, kommt es zweimal zu einer Monopolpreisbildung mit entsprechend verknapptem Angebot. Diese Situation wird durch einen Zusammenschluss beseitigt (Kerber/Schwalbe, 2007, Randnummer 1360).

4.3.3 Rechtliche Grundlagen und Entstehung

Der AEU-Vertrag enthält – anders als für das Kartellverbot gemäß Artikel 101 und für das Verbot der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung gemäß Artikel 102 – keine eigene Rechtsgrundlage für die Fusionskontrolle. Schon in den 1960er Jahren hatte die EG-Kommission in einer Stellungnahme zur Anwendbarkeit der Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag auf die Unternehmenskonzentration ausgeführt, dass eine Fusion, welche die Monopolisierung eines Marktes bewirkt, als missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung anzusehen sei (Hambloch, 2009, 120). Der EuGH hatte dies im Jahr 1973 in der Entscheidung *Continental Can* bestätigt und erklärt, dass auch eine Fusion als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nach Artikel 86 angesehen werden könne (Schmidt/Schmidt, 2006, 90). Mit diesen Regeln konnten aber nur solche Fälle erfasst werden, in denen ein bereits marktbeherrschendes Unternehmen ein anderes Unternehmen übernimmt. Außerdem war es damit nur möglich, bereits vollzogene Zusammenschlüsse zu untersuchen, gegebenenfalls zu verbieten und dann zu entflechten. Somit war die Tragweite des Missbrauchsartikels des EG-Vertrags für die Fusionskontrolle sehr gering (Monopolkommission, 1989, Tz. 27). Für eine umfassende Politik gegenüber wettbewerbswidrigen Fusionen

reichte dies nicht aus (Mestmäcker/Schweitzer, 2004, 18; Rat der Europäischen Union, 2004, Erwägungsgrund 7). Auch die Bestrebungen, mit Artikel 85 EWG-Vertrag (Kartellverbot) bestimmte Fälle des Erwerbs von Anteilen an einem Unternehmen durch ein anderes Unternehmen zu erfassen, konnten eine eigenständige Fusionskontrolle nicht ersetzen (Schmidt/Schmidt, 2006, 91). Zudem wurde eine gemeinschaftsweite wettbewerbsrechtliche Regelung von Zusammenschlüssen immer wichtiger, da der Abbau der Grenzen im Europäischen Binnenmarkt vermehrt zu grenzüberschreitenden Fusionen führte. Eine Vergrößerung des Marktes begünstigt eine Verringerung der Zahl der dort tätigen Unternehmen. Es war deshalb zu erwarten, dass der Prozess der europäischen Integration zu einer Konsolidierung auf der Unternehmensebene führt (Lyons, 2008, 10).

All dies zusammengenommen hat dazu beigetragen, dass der Ministerrat im Jahr 1989 eine Fusionskontrollverordnung erlassen hat, die 1990 in Kraft getreten ist (Rat der Europäischen Gemeinschaften, 1989). Das Ziel war, eine eindeutige rechtliche Voraussetzung für die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen zu schaffen. Strittig war damals unter den Mitgliedstaaten jedoch die grundsätzliche Ausrichtung der Fusionskontrolle; das Verhältnis von Industriepolitik und Wettbewerbspolitik wurde intensiv diskutiert. Der Streit über die Philosophie der europäischen Fusionskontrolle ist auch damit zu erklären, dass von den damaligen Mitgliedstaaten nur Deutschland, Frankreich, Irland und das Vereinigte Königreich überhaupt über ein derartiges wettbewerbspolitisches Instrument verfügten (Monopolkommission, 1989, Tz. 14). Umstritten war insbesondere, ob Ausnahmen vom Fusionsverbot zulässig sind, wenn der wettbewerbschädliche Zusammenschluss (vermeintlich) höherrangigen Zielen wie der Industrie- oder Sozialpolitik dient (Monopolkommission, 1989, Tz. 118). Der Verordnungsentwurf enthielt eine entsprechende Bestimmung. Danach sollten Zusammenschlüsse genehmigt werden können, wenn sie den allgemeinen Zielen des EWG-Vertrags dienen. Deutschland und das Vereinigte Königreich lehnten dies ab, weil sie darin ein Einfallstor für eine interventionistische Industriepolitik sahen (Mestmäcker/Schweitzer, 2004, 642 f.). Frankreich dagegen hatte nichts gegen Großunternehmen im Binnenmarkt einzuwenden, da es traditionellerweise darauf setzt, dass große Unternehmen mit hohem Marktanteil wettbewerbsfähiger sind als kleinere Unternehmen (Sturm, 2008, 116 f.). Industriepolitisch motiviert war auch die Absicht des Verordnungsentwurfs, die Wettbewerbsfähigkeit der betroffenen Wirtschaftszweige im internationalen Wettbewerb zu berücksichtigen (Monopolkommission, 1989, Tz. 111).

Die Fusionskontrollverordnung von 1990 ist im Jahr 2004 novelliert worden. Die Novelle gibt den aktuellen rechtlichen Rahmen für die Kontrolle von Unter-

nehmenszusammenschlüssen vor. Wegen der mangelnden primärrechtlichen Verankerung der Fusionskontrolle ist die aktuelle Verordnung (Rat der Europäischen Union, 2004) auch auf die Vertragsergänzungskompetenz des Artikels 308 EG-Vertrag gestützt worden. Nach dieser Vorschrift konnte der Rat auf Vorschlag der Kommission einstimmig Regelungen erlassen, wenn ein Tätigwerden der Gemeinschaft erforderlich erschien, um im Rahmen des Gemeinsamen Marktes eines ihrer Ziele zu verwirklichen und der Vertrag die dafür notwendigen Befugnisse nicht enthielt.³³ Außerdem stützt sich die Fusionskontrollverordnung auf den einstigen Artikel 83 EG-Vertrag, der den Rat ermächtigte, Verordnungen oder Richtlinien zu erlassen, die der Verwirklichung der damals in den Artikeln 81 und 82 enthaltenen Grundsätze dienen.

4.3.4 Zuständigkeiten und Geltungsbereich

Für Unternehmenszusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung ist grundsätzlich ausschließlich die EU-Kommission zuständig; die nationalen Wettbewerbsbehörden haben prinzipiell keine Kompetenzen.

Das Fusionskontrollverfahren

Unternehmenszusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung müssen vor ihrem Vollzug bei der EU-Kommission angemeldet werden. Dadurch wird ein Vorprüfverfahren ausgelöst. Hierin wird geprüft, ob EU-Recht anzuwenden ist und ob ein Hauptprüfverfahren eröffnet werden muss, weil ernsthafte Bedenken gegen die Fusion bestehen. Seit dem Jahr 1990 wurden gut 86 Prozent der angemeldeten Vorhaben im Vorprüfverfahren mit einer Genehmigung abgeschlossen (siehe Abschnitt 4.3.9). Sowohl für das Vorprüfverfahren als auch für das Hauptprüfverfahren gelten enge Fristen. Entscheidungen der EU-Kommission können von den beteiligten Unternehmen vor dem Gericht (ehemals Gericht erster Instanz) angefochten werden. Auch Dritte, insbesondere Konkurrenten, können gegen eine Freigabeentscheidung der EU-Kommission klagen, wenn sie von der Entscheidung unmittelbar und individuell betroffen sind. Wenn die EU-Kommission während ihrer Prüfung wettbewerbsrechtliche Probleme erkennt und dies den Unternehmen mitteilt, können diese ihre Pläne ändern und durch sogenannte Abhilfemaßnahmen versuchen, die Bedenken der EU-Kommission zu zerstreuen.

Quellen: Emmerich, 2008, 239 ff.; Mestmäcker/Schweitzer, 2004, 546 ff.; Kommission, 2008a

Die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten sind jedoch zuständig für Zusammenschlüsse, welche die Kriterien für eine gemeinschaftsweite Bedeutung nicht erfüllen. Allerdings sieht die Fusionskontrollverordnung (FKVO) in vier Fällen eine Verweisungsmöglichkeit vor.³⁴ Zum Ersten ist es bei Fusionen von gemeinschaftsweiter Bedeutung möglich, dass Unternehmen vor der Anmeldung

³³ Mit Inkrafttreten des Lissabonner Vertrags wurde diese Vertragsergänzungsvorschrift geändert und ist zu Artikel 352 AEU-Vertrag geworden.

³⁴ Vgl. zur Diskussion Böge (2004b, 17 ff.).

eines Zusammenschlusses bei der EU-Kommission einen begründeten Antrag auf Prüfung in einem Mitgliedstaat stellen können (Artikel 4 Abs. 4 FKVO). Zum Zweiten kann auch ein Mitgliedstaat im Fall eines Zusammenschlusses mit gemeinschaftsweiter Bedeutung unter bestimmten Bedingungen bei der EU-Kommission die Rückverweisung an die nationale Wettbewerbsaufsicht verlangen, wenn es in dem Mitgliedstaat zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs kommt (Artikel 9 FKVO). Dies ist die sogenannte deutsche Klausel (Emmerich, 2008, 196 f.). Diese Bestimmung ist bedeutsam, wenn ein Zusammenschluss trotz gemeinschaftsweiter Bedeutung vor allem auf lokaler Ebene zu Wettbewerbsbeschränkungen führt (Mestmäcker/Schweitzer, 2004, 542). Zum Dritten kann ein Unternehmen im Fall eines Zusammenschlusses ohne gemeinschaftsweite Bedeutung die Verweisung an die EU-Kommission beantragen, wenn ansonsten der Fall in mindestens drei Mitgliedstaaten wettbewerbsrechtlich geprüft werden könnte (Artikel 4 Abs. 5 FKVO). Von einer einzigen Anlaufstelle können sich die beteiligten Unternehmen Erleichterungen versprechen, weil Mehrfachanmeldungen vermieden werden und nicht mehrere Prüfverfahren durchgeführt werden müssen. Zum Vierten kann die EU-Kommission auch auf Antrag eines Mitgliedstaates einen Zusammenschluss ohne gemeinschaftsweite Bedeutung prüfen, wenn der Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt und der Wettbewerb erheblich behindert wird (Artikel 22 FKVO). Dieser Fall dürfte für solche Länder von Interesse sein, die über keine eigene Fusionskontrolle verfügen. Weil diese Bestimmung auf Betreiben der Niederlande eingeführt wurde, spricht man von der niederländischen Klausel (Mestmäcker/Schweitzer, 2004, 540).

Schließlich gibt es noch eine Ausnahmeregel, und zwar für den Fall, dass ein Mitgliedstaat berechnete Interessen schützen will, die in der Fusionskontrollverordnung nicht berücksichtigt werden (Artikel 21 FKVO). Zu diesen Interessen zählen explizit „die öffentliche Sicherheit, die Medienvielfalt und die Aufsichtsregeln im Banken- und Versicherungswesen sowie in anderen regulierten Bereichen“ (Emmerich, 2008, 196). Andere öffentliche Interessen, die ein Land geltend machen kann, müssen der EU-Kommission mitgeteilt werden. Im Fall der berechtigten Interessen bleibt es zwar auch dabei, dass ein Mitgliedstaat eine von der EU-Kommission verbotene Fusion nicht genehmigen kann. Allerdings kann ein Land einen von der EU-Kommission erlaubten Zusammenschluss aus den genannten Gründen untersagen (Emmerich, 2008, 196).

Die Fusionskontrollvorschriften des EU-Rechts gelten auch für Unternehmen, die ihren Sitz außerhalb der EU haben. Ausdrücklich heißt es dazu in Erwägungsgrund 10 FKVO: „Ein Zusammenschluss von gemeinschaftsweiter Bedeutung

sollte dann als gegeben gelten, wenn der Gesamtumsatz der beteiligten Unternehmen die ... Schwellenwerte überschreitet und sie in erheblichem Umfang in der Gemeinschaft tätig sind, unabhängig davon, ob der Sitz der beteiligten Unternehmen sich in der Gemeinschaft befindet“ (Rat der Europäischen Union, 2004, 2). Die EU-Kommission vertritt die Auffassung, dass sie auch für Unternehmenszusammenschlüsse in Drittstaaten zuständig ist, wenn die Fusion sich nachteilig auf den Wettbewerb in der EU auswirkt (Emmerich, 2008, 206). Aus völkerrechtlichen Gründen muss der Zusammenschluss dafür aber einen unmittelbaren und wesentlichen Einfluss auf die EU haben (Emmerich, 2008, 206). Dies kann natürlich zu Konflikten mit den Wettbewerbsbehörden anderer Länder führen. Aufsehen erregte zum Beispiel die Untersagung des Zusammenschlusses zweier US-amerikanischer Unternehmen – General Electric und Honeywell – durch die EU-Kommission, der von der US-amerikanischen Aufsichtsbehörde, dem Justizministerium (Department of Justice), bereits genehmigt worden war. Die beiden Unternehmen gaben daraufhin ihre Fusionspläne auf (Emmerich, 2008, 206; Hirsbrunner, 2002, 454; Wagener/Eger, 2009, 404). Auch gegen die Übernahme von Sun Microsystems durch Oracle in den USA hatte die EU-Kommission Einwände erhoben, obwohl das US-amerikanische Justizministerium der Fusion schon zugestimmt hatte (Handelsblatt, 2009b; FAZ, 2009). Im Januar 2010 genehmigte die EU-Kommission allerdings den Zusammenschluss ohne Auflagen (Spiegel Online, 2010).

4.3.5 Aufgreifkriterien

Die EU-Fusionskontrolle greift bei Unternehmenszusammenschlüssen von gemeinschaftsweiter Bedeutung. Die Definition der gemeinschaftsweiten Bedeutung erfolgt anhand von Umsatzwerten, den sogenannten Aufgreifkriterien. Als Regelfall hat ein Zusammenschluss gemeinschaftsweite Bedeutung, wenn folgende Umsätze erzielt werden (Artikel 1 Abs. 2 FKVO):

- ein weltweiter Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen von zusammen mehr als 5 Milliarden Euro und
- ein gemeinschaftsweiter Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen von jeweils mehr als 250 Millionen Euro.

Eine gemeinschaftsweite Bedeutung liegt dann nicht vor, wenn die beteiligten Unternehmen jeweils mehr als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Gesamtumsatzes in ein und demselben Mitgliedstaat erzielen (Zwei-Drittel-Klausel). Damit werden die Regelungsinteressen der Gemeinschaft von der vorwiegend nationalen Bedeutung des Zusammenschlusses abgegrenzt (Mestmäcker/Schweitzer, 2004, 537 f.).

Ein Zusammenschluss hat außerdem gemeinschaftsweite Bedeutung, wenn er die genannten Schwellen zwar nicht erreicht, aber kumulativ die folgenden Kriterien (Artikel 1 Abs. 3 FKVO) erfüllt werden (Bieber et al., 2005, 429):

- Der weltweite Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen beträgt zusammen mehr als 2,5 Milliarden Euro.
- Der Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen übersteigt in mindestens drei Mitgliedstaaten jeweils 100 Millionen Euro.
- In jedem von mindestens drei unter Punkt 2 erfassten Mitgliedstaaten beträgt der Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen jeweils mehr als 25 Millionen Euro.
- Der gemeinschaftsweite Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen liegt jeweils über 100 Millionen Euro.

Eine gemeinschaftsweite Bedeutung wird auch bei dieser zweiten Gruppe dann nicht angenommen, wenn die beteiligten Unternehmen jeweils mehr als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Gesamtumsatzes in ein und demselben Mitgliedstaat erzielen. Die Regelung in Artikel 1 Abs. 3 FKVO wurde im Jahr 1997 neu eingefügt. Mit ihr sollen bei Zusammenschlüssen, die zwar nicht die hohen Umsatzschwellen der grundsätzlichen Regelung erreichen, gleichwohl aber erhebliche grenzüberschreitende Auswirkungen haben können, Mehrfachanmeldungen in drei oder mehr Mitgliedstaaten vermieden werden (Mestmäcker/Schweitzer, 2004, 538).

Bei der Interpretation dieser Schwellenwerte ist zu berücksichtigen, dass sie seit dem Jahr 1990 unverändert sind. Aus diesem Grund hat der Einfluss der EU-Kommission auf die Wettbewerbspolitik im Rahmen der Fusionskontrolle im Zeitablauf zugenommen. Laut Datenbank AMECO der EU-Kommission (2010c) lag der Harmonisierte Verbraucherpreisindex (HVPI) auf dem Gebiet der EU-15 im Jahr 1990 bei 69,4 (auf der Basis 2005 = 100) und im Jahr 2009 bei 108,5. Das bedeutet, dass der Verbraucherpreisindex heute das 1,563-Fache des Werts von 1990 beträgt. Inflationsbereinigt müsste der erste Schwellenwert nach Artikel 1 Abs. 2 FKVO heute daher bei 7,8 Milliarden Euro weltweitem Gesamtumsatz liegen oder, anders gependet: Der Schwellenwert beträgt in realer Rechnung heute nur noch 3,2 Milliarden Euro.

Nach der Fusionskontrollverordnung setzt die Definition eines Zusammenschlusses an Vorgängen an, durch die eine dauerhafte Veränderung der Kontrolle an den beteiligten Unternehmen und damit eine Veränderung an der Marktstruktur entsteht. Damit werden auch Gemeinschaftsunternehmen erfasst, die dauerhaft als selbstständige wirtschaftliche Einheiten funktionieren (Rat der Europäischen Union, 2004, 3).

4.3.6 Eingreifkriterien

Nach der Fusionskontrollverordnung sind Unternehmenszusammenschlüsse zu untersagen, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil davon erheblich behindert würde. Dies gilt besonders für Fusionen, die eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Artikel 2 Abs. 3 FKVO). Als Voraussetzung für eine Untersagung wird damit auf den SIEC-Test Bezug genommen. Dies ist eine Änderung, die mit der Novellierung der Fusionskontrollverordnung im Jahr 2004 in das EU-Recht aufgenommen wurde (vgl. Abschnitt 3.2). Vorher galt als Untersagungskriterium die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. In Artikel 2 Abs. 3 der FKVO von 1989 hieß es: „Zusammenschlüsse, 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.“ Mit der Novellierung ist der zweite Teil – also die erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs – zum zentralen Beurteilungskriterium für Fusionen geworden. Die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung gilt nunmehr (nur noch) als Regelbeispiel (Röller/Strohm, 2007, Randnummer 1532), allerdings als wichtigster Fall der erheblichen Wettbewerbsbehinderung (Röller/Strohm, 2007, Randnummer 1549).

Ein wichtiger Grund für das Kriterium der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs sind aus wirtschaftstheoretischer und industrieökonomischer Sicht mögliche nachteilige Effekte auf den Wettbewerb, auch ohne dass durch die Fusion eine marktbeherrschende Stellung entsteht (Röller/Strohm, 2007, Randnummer 1536). So stellt Erwägungsgrund 25 der FKVO klar, dass der Begriff der Behinderung wirksamen Wettbewerbs so auszulegen ist, dass er sich über das Konzept der Marktbeherrschung hinaus auf solche wettbewerbsschädlichen Fusionswirkungen erstreckt, die sich aus dem Verhalten von Unternehmen ergeben, die keine marktbeherrschende Stellung haben (Rat der Europäischen Union, 2004, 4). Hier wurde eine gewisse Schutzlücke für den Wettbewerb bei der Anwendung des Marktbeherrschungstests gesehen (Bundeskartellamt, 2009, 4). Wenn das marktführende Unternehmen nicht an der Fusion beteiligt ist, dann besteht dieser Argumentation zufolge die Gefahr, dass die negativen wettbewerblichen Wirkungen des Zusammenschlussvorhabens unterschätzt werden (Underenforcement).

Die Leitlinien für horizontale Unternehmenszusammenschlüsse (Kommission, 2004b, Tz. 24 ff. und 39 ff.) unterscheiden zwischen koordinierten und nicht koordinierten Effekten auf oligopolistisch strukturierten Märkten:

Von **koordinierten Effekten** spricht man, wenn durch den Zusammenschluss eine Marktstruktur entsteht, in der es den Unternehmen erleichtert oder überhaupt erst möglich wird, ihr Verhalten auch ohne eine formelle Absprache, etwa in Form eines Kartells, aufeinander abzustimmen.³⁵ Das ist wettbewerbspolitisch problematisch. Der Zusammenschluss kann durch die Verringerung der Zahl der Unternehmen eine Marktstruktur schaffen, bei der Anreize für Unternehmen entstehen, die Preise zu erhöhen und oder die Mengen zu reduzieren (Röller/Strohm, 2007, Randnummer 1537). Man spricht in diesem Fall auch von einer stillschweigenden Kollusion, weil keine expliziten Kartellvereinbarungen erforderlich sind. Koordinierte Effekte stimmen damit mit der kollektiven Marktbeherrschung überein (Budzinski, 2008, 17 f.; Hirsbrunner, 2005, 519).

Ein Unternehmenszusammenschluss soll nach der FKVO untersagt werden, wenn eine solche Koordinierung als wahrscheinliche Fusionsfolge zu erwarten ist (Budzinski/Christiansen, 2005, 167). Die Horizontalleitlinien geben dabei vier kumulative Bedingungen für koordiniertes Verhalten vor (Kommission, 2004b, Tz. 39 ff.; Christiansen, 2006, 155). Erstens müssen die Möglichkeiten zu Abstimmungen relativ einfach sein, was insbesondere auf Märkten mit homogenen Produkten und wenigen Anbietern der Fall sein dürfte. Zweitens muss eine ausreichende Überwachung des Verhaltens der koordinierenden Unternehmen möglich sein. Drittens müssen glaubhafte Abschreckungsmechanismen greifen, wenn ein Unternehmen von den Koordinierungsmodalitäten abweicht. Viertens dürfen die Ergebnisse der Koordinierung nicht durch außenstehende Wettbewerber oder Kunden gefährdet werden. Besonders problematisch ist es, wenn durch den Zusammenschluss ein solcher Außenseiter oder Einzelgänger seine Unabhängigkeit aufgibt (Kommission, 2004b, Tz. 42; Christiansen, 2006, 155).

Insgesamt gesehen gelten die Bedingungen für koordiniertes Verhalten allerdings als eher selten erfüllbar. Es muss sich um weitgehend homogene Produkte handeln, die Unternehmen müssen über ähnliche Kostenstrukturen und Gewinnmargen verfügen und die potenzielle Konkurrenz muss vergleichsweise gering sein (The Economist, 2010, 76). Als viel wahrscheinlicher gelten dagegen die **nicht koordinierten Effekte**. Hierbei verhalten sich die Unternehmen weiterhin unabhängig, weshalb auch von einseitigen oder unilateralen Wirkungen gesprochen wird.³⁶ Mit den nicht koordinierten Effekten soll das von der Industrie-

³⁵ „Koordinierte Effekte bezeichnen ... Fusionswirkungen, die aus der Änderung der strategischen Interaktion resultieren, in dem die Unternehmen ihre Wettbewerbstätigkeit zugunsten einer Koordination einschränken. Eine solche Koordination kann auch ohne explizite Absprache erreicht werden“ (Bundeskartellamt, 2006, 18).

³⁶ „Als unilaterale oder nicht-koordinierte Effekte werden die Fusionswirkungen bezeichnet, die sich aus der Veränderung der individuellen Anreize und entsprechend zu erwartenden Verhaltensreaktionen aller Marktteilnehmer ergeben, ohne dass sich die Art der strategischen Interaktion ändert“ (Bundeskartellamt, 2006, 18).

ökonomik und der Oligopoltheorie analysierte strategische Verhalten von Unternehmen erfasst werden. Die einzelnen Marktteilnehmer berücksichtigen bei ihren Entscheidungen die Auswirkungen des eigenen Verhaltens auf die anderen Unternehmen und umgekehrt (Röller/Strohm, 2007, Randnummer 1561).

Dabei ist von Bedeutung, dass der vor dem Zusammenschluss von den Fusionspartnern aufeinander ausgeübte Wettbewerbsdruck entfällt (Röller/Strohm, 2007, Randnummer 1562). Dies kann zum Beispiel in engen, aber wettbewerblichen Oligopolen mit heterogenen Produkten der Fall sein (Gerhardt, 2010, 51). So heißt es in den Horizontalleitlinien, dass die unmittelbarste Wirkung einer Fusion im Verlust des Wettbewerbs zwischen den fusionierenden Unternehmen liegt (Kommission, 2004b, Tz. 24). Mit dem Zusammenschluss wird der vor der Fusion bestehende Wettbewerbsdruck beseitigt. Dieser hat beispielsweise verhindert, dass ein Unternehmen seine Preise erhöhte, weil es fürchten musste, dadurch seinen Absatz zu vermindern (Motta, 2004, 233).

Der Fall Heinz/Beechnut

Nicht koordinierte Effekte haben im US-amerikanischen Fusionsfall Heinz/Beechnut eine wichtige Rolle gespielt. Es handelte sich um ein Zusammenschlussvorhaben auf dem Markt für Babynahrung. Dieser Markt wurde über einen Zeitraum von 60 Jahren von nur drei Anbietern mit einem Marktanteil von zusammen 98 Prozent dominiert. Mit potenziellem Wettbewerb war also nicht zu rechnen. Die Markteintrittsschranken wurden als hoch bezeichnet. Den größten Anteil hatte mit 65 Prozent die Firma Gerber. Die beiden anderen Anbieter, die Firma Heinz und die Firma Beechnut, wollten im Jahr 2000 fusionieren. Das marktführende Unternehmen war am Zusammenschlussvorhaben also nicht beteiligt. Ein einfacher Test auf das Begründen oder Entstehen einer marktbeherrschenden Stellung hätte hier nicht zu dem Nachweis einer Wettbewerbsverminderung geführt. Das fusionierte Unternehmen wäre nämlich nur auf einen Marktanteil von etwa 33 Prozent gekommen. Gleichwohl hätte sich die Wettbewerbsintensität verringert. Zum einen wären in dem entstandenen Duopol eine stillschweigende Kollusion und koordinierte Effekte wahrscheinlich gewesen. Zum anderen wurde mit sogenannten nicht koordinierten Wirkungen gerechnet. In diesem Zusammenhang ist eine Besonderheit des US-amerikanischen Lebensmitteleinzelhandels bedeutsam. In US-amerikanischen Supermärkten werden typischerweise nur zwei verschiedene Babynahrungsmarken angeboten und die Produkte des Marktführers von praktisch allen Läden. Der Kampf um den zweiten Regalplatz wurde zwischen Heinz und Beechnut intensiv geführt. Dieses Kopf-an-Kopf-Rennen wäre zwischen den fusionierten Unternehmen weggefallen. Die Federal Trade Commission, die zuständige US-amerikanische Wettbewerbsbehörde, hat den Zusammenschluss untersagt. Ein Berufungsgericht hat diese Entscheidung bestätigt, das Vorhaben wurde daraufhin unterlassen. In Europa führte dieser Fall zu einer Diskussion, ob der Marktbeherrschungstest diese Konstellation hätte erfassen können.

Quellen: Röller/Strohm, 2007, Randnummer 1568 f.; Schwalbe/Zimmer, 2006, 201 f.; United States District Court, 2000

Auch die nicht an der Fusion beteiligten Unternehmen könnten von dem Zusammenschluss profitieren. Infolge von Preiserhöhungen des fusionierten Unternehmens dürfte sich nämlich ein Teil der Nachfrage zu den Wettbewerbern

verlagern, die dann ebenfalls ihre Preise anheben können (Kommission, 2004b, Tz. 24). Dies zeigt auch eine aktuelle empirische Analyse (Clougherty/Duso, 2009, iv) der Auswirkungen von Fusionen auf außenstehende Firmen. Die Entwicklung der Aktienkurse dieser Unternehmen deutet darauf hin, dass sie übernormale Gewinne bei der Ankündigung eines Zusammenschlusses verzeichneten. Alle Zusammenschlüsse, die zu solchen nicht koordinierten Wirkungen führen, sind nach den EU-Wettbewerbsregeln mit dem Gemeinsamen Markt nicht vereinbar (Kommission, 2004b, Tz. 25).

Die wettbewerbsfeindlichen Wirkungen sind damit weitgehend unabhängig von den Marktanteilen der fusionierenden Unternehmen. Letztere müssen auch keineswegs eine marktbeherrschende Stellung erlangen (Budzinski, 2008, 18). Hohe Marktanteile sind zwar weder eine notwendige noch eine hinreichende Bedingung für diese Art von wettbewerbsfeindlichen Effekten (Röller/Strohm, 2007, Randnummer 1567). Die EU-Kommission zählt in den Leitlinien aber hohe Marktanteile der fusionierenden Unternehmen zu den Faktoren, die darüber entscheiden, ob spürbare nicht koordinierte Wirkungen durch einen Zusammenschluss zu erwarten sind. Dies gilt auch für die Fälle, dass die fusionierenden Unternehmen nahe Wettbewerber sind, dass die Möglichkeiten der Kunden, zu einem anderen Anbieter zu wechseln, begrenzt sind, dass die Erhöhung des Angebots durch die Wettbewerber bei Preiserhöhungen unwahrscheinlich ist, dass das fusionierte Unternehmen fähig ist, die Wettbewerber am Wachstum zu hindern und dass durch den Zusammenschluss eine wichtige Wettbewerbskraft beseitigt wird (Kommission, 2004b, Tz. 27 ff.). Im Prinzip geht es darum, dass ein Unternehmen zwar nicht marktbeherrschend ist, aber dennoch die Wettbewerbsparameter spürbar und nachhaltig beeinträchtigen kann (Hirsbrunner, 2005, 519). Es wird daher diskutiert, ob auch der Marktbeherrschungstest in der Lage wäre, nicht koordinierte Effekte im Oligopol zu erfassen (Schwalbe/Zimmer, 2006, 201).

Der SIEC-Test gilt als Kompromiss zwischen dem Wunsch vieler Länder, am alten Marktbeherrschungskriterium festzuhalten, und der Forderung Irlands und des Vereinigten Königreichs, den US-amerikanischen SLC-Test (Substantial Lessening of Competition) zu übernehmen (Emmerich, 2008, 193 f.). Das in den USA angewandte Untersagungskriterium ist die wesentliche Verminderung des Wettbewerbs. Es gilt außerdem in Australien, Kanada, Neuseeland sowie in Irland und dem Vereinigten Königreich als Untersagungstatbestand (Röller/Strohm, 2007, Randnummer 1540). Trotz der Ähnlichkeiten betont die EU-Kommission die Eigenständigkeit des SIEC-Kriteriums (Budzinski/Christiansen, 2005, 166).

Das neue materielle Beurteilungskriterium hat bei verschiedenen Entscheidungen der EU-Kommission eine Rolle gespielt. Dazu zählen die Fälle T-Mobile

Austria/tele.ring, Linde/BOC sowie REWE/ADEG (Hirsbrunner, 2009, 241 f.). Im erstgenannten Fall wollte T-Mobile Austria den österreichischen Mobiltelefonanbieter tele.ring übernehmen. Das daraus entstandene Unternehmen wäre zwar nicht Marktführer geworden. Die EU-Kommission hatte jedoch Bedenken, dass der Zusammenschluss zur Beseitigung eines Unruhestifters in dem Markt führen würde, denn tele.ring hatte durch günstige Preise einen erheblichen Wettbewerbsdruck auf die beiden größten Anbieter Mobilkom und T-Mobile Austria ausgeübt. Durch den Zusammenschluss wäre nach Ansicht der EU-Kommission der wirksame Wettbewerb erheblich behindert worden: „Nach der Übernahme von tele.ring durch T-Mobile, wie sie ursprünglich geplant war, wäre der Betreiber vom österreichischen Mobilfunkmarkt verschwunden, der den Verbrauchern in den letzten Jahren die niedrigsten Preise bot. Auf der Grundlage von Preisvergleichen und einer Untersuchung des Betreiberwechselverhaltens ist die EU-Kommission zum Schluss gekommen, dass tele.ring erheblichen Wettbewerbsdruck vor allem auf die beiden größten Betreiber, Mobilkom und T-Mobile Austria, ausgeübt hat. Wäre die Übernahme wie ursprünglich geplant erfolgt, hätte dies eine erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs im österreichischen Markt für Mobilfunkdienste für Endverbraucher zur Folge gehabt, auch wenn T-Mobile dadurch in Österreich nicht zum Marktführer geworden wäre“ (EU-Kommission, 2006a). Die Fusion wurde daher nur unter Auflagen genehmigt.

Auch im Fall Linde/BOC argumentierte die EU-Kommission damit, dass durch die Übernahme von BOC durch Linde eine disziplinierende Kraft wegfallen würde. Linde sei erst seit kurzem auf dem Großhandelsmarkt für Helium tätig. Das Unternehmen verfolgte eine aggressive Geschäftspolitik, um seine Stellung auf diesem Markt auszubauen. Der von der EU-Kommission durchgeführte Markttest habe gezeigt, dass Linde nach dem Erwerb von BOC – einem der drei wichtigsten Großhändler weltweit – nicht mehr über dieselben Wettbewerbsanreize verfügen würde. Auch diese Fusion wurde nur unter Auflagen genehmigt (EU-Kommission, 2006b).

Im Fall REWE/ADEG hatte die EU-Kommission – wohl aufgrund des Drucks eines Beschwerdeführers – die wettbewerbliche Analyse auf die lokale Ebene ausgedehnt und unilaterale Wirkungen des Zusammenschlusses abgeleitet. Weil in einigen lokalen Märkten die beteiligten Unternehmen einen höheren Marktanteil als auf nationaler Ebene hatten und dort ein großer Teil der österreichischen Bevölkerung lebt, schloss die EU-Kommission, dass ein Zusammenschluss zu einer Preiserhöhung auch auf nationaler Ebene führen werde. Auch in diesem Fall wurde der Zusammenschluss genehmigt, weil REWE Veräußerungsverpflichtungen in den umstrittenen Bezirken eingegangen war (Hirsbrunner, 2009, 242).

4.3.7 Berücksichtigung von Effizienzsteigerungen

Neben der Berücksichtigung von nicht koordinierten Effekten unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle ist mit dem More Economic Approach auch die Einbeziehung möglicher Effizienzgewinne eines Zusammenschlusses verbunden. In der Fusionskontrollverordnung von 2004 ist ausdrücklich die Möglichkeit vorgesehen, Effizienzgewinne bei der Beurteilung von Fusionen zu beachten. Dadurch wird es möglich, den negativen Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die Marktstruktur erwartete Effizienzvorteile entgegenzusetzen.³⁷

Effizienzwirkungen spielen in der Wettbewerbspolitik, besonders im Konzept der Chicago School (vgl. Abschnitt 2.4), eine große Rolle. Dabei ist sowohl die allokativen als auch die produktiven Effizienz von Bedeutung. Die allokativen Effizienz beschreibt die volkswirtschaftlich optimale Verteilung der Ressourcen (gemäß dem Kriterium Preis = Grenzkosten). Die produktiven Effizienz bezieht sich auf den effizienten Einsatz von Ressourcen im einzelnen Unternehmen. Hier spielen Größenvorteile eine Rolle. Dabei kann es durchaus zu einem Konflikt kommen, weil eine Verminderung der allokativen Effizienz, also die Verzerrung von Preisen und Mengen, mit einer Erhöhung der produktiven Effizienz einhergehen kann. Davon zu unterscheiden ist die sogenannte X-Effizienz oder X-Ineffizienz. Damit wird das Phänomen bezeichnet, dass sich Unternehmen aus verschiedenen Gründen nicht so effizient verhalten, wie sie eigentlich könnten (Schmidt, 2005b, 96). Deshalb wird ein Teil der möglichen Steigerung der produktiven Effizienz nicht realisiert.

Bereits im Jahr 1968 hat Oliver Williamson einen solchen Trade-off zwischen Wohlfahrtsverlusten durch Monopolisierung und Wohlfahrtsgewinnen durch Kostensenkungen beschrieben (Williamson, 1968, 18 ff.). Er unterstellte dabei einen Zusammenschluss bislang unabhängiger Unternehmen zu einem Monopol. In diesem Fall steigt der Preis von seinem ursprünglichen Niveau (Preis = Grenzkosten) an, und bei einem normalen Verlauf der Nachfragekurve sinkt die angebotene Menge. Es entsteht ein sogenannter Dead-Weight-Loss, die allokativen Effizienz sinkt. Wenn nun durch die Fusion der Unternehmen die produktiven Effizienz steigt, also die Grenzkosten sinken, dann sollen diese beiden Effekte gegeneinander abgewogen werden. In dem Fall, in dem die Steigerung der produktiven Effizienz die Verminderung der allokativen Effizienz übersteigt, kommt es zu einem Wohlfahrtsgewinn. Die Wettbewerbsbehörden sollten nach Ansicht von Williamson bei ihrer Entscheidung beide Effekte berücksichtigen, das heißt

³⁷ Bei der Fusionskontrollverordnung von 1990 war der Vorschlag Frankreichs und anderer Länder, eine Effizienzverteidigung (Efficiency Defence) in den Gesetzestext aufzunehmen, um die Wettbewerbsfähigkeit europäischer Unternehmen auf den Weltmärkten zu steigern, noch an ordnungspolitischen Bedenken Deutschlands und des Vereinigten Königreichs gescheitert (Wagener/Eger, 2009, 407).

„an efficiency defense deserves consideration“ (Williamson, 1968, 33). Wenn die positiven Effekte in Form von steigenden Skalenerträgen oder Synergieeffekten größer sind als die allokativen Verluste aufgrund fusionsbedingt zunehmender Marktmacht, sollte der Zusammenschluss genehmigt werden (Kerber/Schwalbe, 2007, Randnummer 1017).

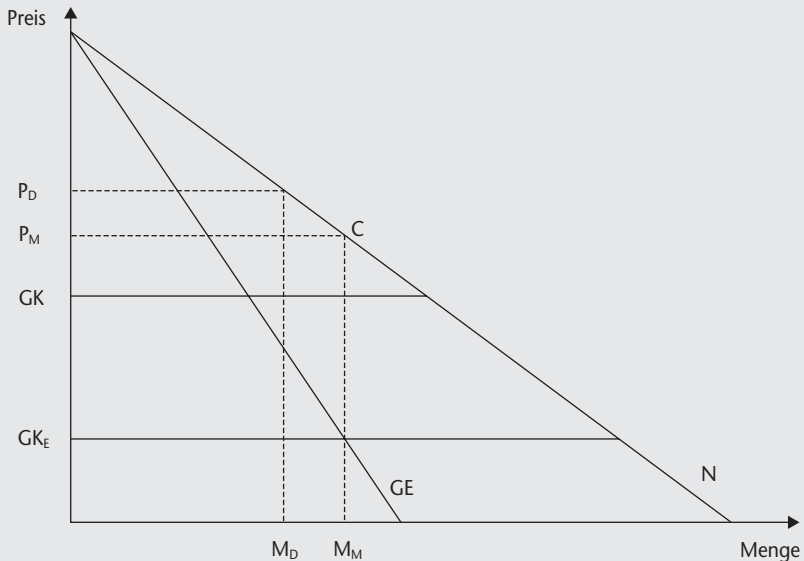
Dieser idealtypische Zusammenhang wird in Abbildung 4 beschrieben. Ausgangspunkt ist die in einem Duopol zum Preis P_D angebotene Menge M_D . Durch den Zusammenschluss werden Effizienzvorteile realisiert, was dazu führt, dass die Grenzkosten auf das Niveau von GK_E sinken. Weil sich der Monopolist gewinnmaximierend verhält, wenn er jene Menge anbietet, bei der die Grenzkosten dem Grenzertrag entsprechen, kommt es zur Menge M_M , die über der im Duopol angebotenen Menge liegt, und zum Preis P_M , der niedriger als der Duopolpreis ist.

Die Feststellung, dass es zu einem positiven Gesamteffekt aus einer Verminderung der allokativen Effizienz und einer Zunahme der produktiven Effizienz

Der Williamson-Trade-off zwischen allokativer und produktiver Effizienz

Abbildung 4

Fusion von Duopolisten zum Monopol mit Realisierung von Effizienzgewinnen (erhebliche Reduktion der Grenzkosten)



P_D, M_D : Preis und Menge vor Fusion; P_M, M_M : Preis und Menge nach Fusion; GE: Grenzerlös; GK: Grenzkosten; GK_E : Grenzkosten nach Realisierung von Effizienzgewinnen; N: Nachfrage; C: Cournot'scher Punkt.
Quelle: Eigene Darstellung in Anlehnung an Schwalbe, 2005, 65 f.

kommt, sagt aber noch nichts darüber aus, ob davon die Produzenten oder die Verbraucher oder möglicherweise beide profitieren. Um diese Frage zu klären, ist es erforderlich, einen Wohlfahrtsstandard zu definieren. Hierfür kann der Gesamtwohlfahrtsansatz oder der Konsumentenwohlfahrtsansatz herangezogen werden (Schwalbe, 2005, 66 f.). Sie unterscheiden sich in der Beurteilung der Wirkungen einer Fusion auf die Konsumentenrente und die Produzentenrente. Nach dem Gesamtwohlfahrtsansatz wäre eine Fusion zu genehmigen, wenn infolgedessen der Anstieg der produktiven Effizienz die Verminderung der allokativen Effizienz überkompensiert. Ob es dabei auch zu einer Verminderung der Konsumentenrente – also einer Umverteilung von den Konsumenten zu den Produzenten – kommt oder nicht, ist nach diesem Ansatz nicht entscheidungsrelevant (Kerber/Schwalbe, 2007, Randnummer 1058). Nach dem Konsumentenwohlfahrtsansatz ist eine Fusion hingegen nur dann genehmigungsfähig, wenn durch sie die Konsumentenrente steigt, also die Effizienzwirkungen so groß sind, dass es nach dem Zusammenschluss zu einer Preissenkung kommt und auch die verkaufte Menge steigt. Eine Verrechnung zwischen Produzentenrente und Konsumentenrente ist demnach für die Beurteilung der Effizienzwirkungen nicht zulässig.

Zugunsten des Konsumentenwohlfahrtsansatzes wird angeführt, dass er leichter anzuwenden ist, weil er an der Verringerung der Preise gemessen werden kann. Ebenfalls wird für diesen Wohlfahrtsstandard als Maßstab für Zusammenschlüsse ins Feld geführt, dass sich die Konsumenten im politischen Prozess schlechter durchsetzen können als Produzenten, die leichter Lobbyarbeit leisten könnten (Motta, 2004, 20). Die Gegenposition verweist darauf, dass im Rahmen der Wettbewerbspolitik nicht über Umverteilungsfragen entschieden werden soll, sondern dass dies eine Angelegenheit für die Steuer- und Sozialpolitik ist. Überdies, so die Argumentation weiter, führt eine Erhöhung der Produzentenrente zu höheren Ausschüttungen für die Eigentümer der Unternehmen, was auch den Konsumenten zugutekommt (Kerber/Schwalbe, 2007, Randnummer 1059). Eine rein ökonomische Begründung für einen der beiden Ansätze ist wohl nicht möglich (Schwalbe, 2005, 67; Kerber/Schwalbe, 2007, Randnummer 1060; Künzler, 2008, 111). Die Antwort auf die Frage nach dem geeigneten Wohlfahrtsstandard hat letztlich normativen Charakter und wird auch von den nationalen Präferenzen beeinflusst. Das könnte erklären, dass Länder einen unterschiedlichen Wohlfahrtsstandard anwenden. Die EU hat sich aber klar festgelegt: Wettbewerbspolitik und Fusionskontrolle sollen sich am Ziel der Konsumentenwohlfahrt orientieren.³⁸

³⁸ Der Artikel 2 Abs. 1b FKVO, in dem die Prüfmaßstäbe der EU-Kommission im Fall einer Zusammenschlussanmeldung normiert sind, erwähnt unter anderem die Entwicklung des technischen und des wirtschaftlichen Fortschritts, allerdings unter dem Vorbehalt, dass diese dem Verbraucher dienen (Rat der Europäischen Union, 2004).

Die Berücksichtigung von Effizienzzuwächsen infolge einer Fusion bei der wettbewerbspolitischen Beurteilung wird in der Fusionskontrollverordnung in Erwägungsgrund 29 beschrieben. Demnach sollte begründeten und wahrscheinlichen Effizienzvorteilen, die von den beteiligten Unternehmen dargelegt werden, Rechnung getragen werden, um die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb im Gemeinsamen Markt bestimmen zu können. Es sei möglich, dass die durch den Zusammenschluss bewirkten Effizienzvorteile die negativen Auswirkungen der Fusion auf den Wettbewerb, insbesondere den möglichen Schaden für die Verbraucher, ausgleichen, sodass wirksamer Wettbewerb nicht erheblich behindert würde.

Sehr viel detaillierter geht die EU-Kommission in den „Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse“ (Kommission, 2004b) auf die Berücksichtigung von Effizienzvorteilen ein. Dort sind diesem Thema 13 Textziffern (Tz.)³⁹ gewidmet. Zunächst führt die EU-Kommission aus, dass Restrukturierungen infolge von Zusammenschlüssen die Wettbewerbsfähigkeit eines Wirtschaftszweigs erhöhen können, wodurch sich die Wachstumsbedingungen verbessern und der Lebensstandard erhöht. Es sei möglich, dass Effizienzvorteile negative Auswirkungen auf den Wettbewerb, insbesondere potenzielle Nachteile für Verbraucher, ausgleichen könnten. Im Rahmen ihrer Prüfung des Fusionsvorhabens berücksichtigt die EU-Kommission daher auch die Entwicklung des technischen Fortschritts, sofern er vorteilhaft für den Verbraucher ist und keine Wettbewerbshindernisse errichtet (Tz. 76).

Die EU-Kommission kann zu dem Ergebnis gelangen, aufgrund der Effizienzvorteile einen Zusammenschluss nicht zu untersagen. Das kommt dann infrage, wenn die Effizienzvorteile der Fusion geeignet sind, die Fähigkeit und den Anreiz des fusionierten Unternehmens zu verstärken, den Wettbewerb zum Vorteil der Verbraucher zu beleben, wodurch den nachteiligen Effekten der Fusion entgegengewirkt werden kann (Tz. 77). Das Interesse des fusionierten Unternehmens, Effizienzvorteile an die Verbraucher weiterzugeben, hängt vom verbleibenden, aber auch vom potenziellen Wettbewerbsdruck ab (Tz. 84).

Die Effizienzvorteile müssen fusionspezifisch und überprüfbar sein und den Verbrauchern zugutekommen – diese Bedingungen gelten kumulativ (Tz. 78). Effizienzvorteile müssen eine unmittelbare Folge des Zusammenschlusses sein und dürfen nicht auch durch weniger wettbewerbswidrige Alternativen erreicht werden können. Beteiligte Unternehmen müssen rechtzeitig alle relevanten Aus-

³⁹ Die folgenden Textziffern beziehen sich auf den Leitfaden für horizontale Zusammenschlüsse der Kommission (2004b).

künfte geben (Tz. 85). Die Nachprüfbarkeit – wo es möglich ist, werden Zahlenangaben verlangt – wird in Tz. 86 konkretisiert. Die Beweislast liegt bei den antragstellenden Unternehmen (Tz. 87).

Die Effizienzvorteile sollen erheblich sein, sich rechtzeitig einstellen und den Verbrauchern in den relevanten Märkten zugutekommen (Tz. 79). Effizienzgewinne können umso weniger berücksichtigt werden, je weiter sie in die Zukunft projiziert werden (Tz. 83).

Zusammenschlüsse können zu verschiedenen Arten von Effizienzvorteilen führen. Kosteneinsparungen bei Produktion oder Vertrieb können zum Beispiel Möglichkeiten und Anreize schaffen, niedrigere Preise zu verlangen. Die Rückgänge bei den variablen Kosten und den Grenzkosten fallen dabei stärker ins Gewicht als eine Senkung der Fixkosten, denn eine Senkung der variablen Kosten führt grundsätzlich eher zu niedrigeren Preisen. Kosteneinsparungen allein aufgrund von Wettbewerbsbeschränkungen gelten nicht als Effizienzvorteil zugunsten der Verbraucher (Tz. 80). Vorteile für Verbraucher ergeben sich auch aufgrund neuer oder verbesserter Produkte, zum Beispiel aus Effizienzvorteilen in Forschung und Entwicklung. Gemeinschaftsunternehmen zur Entwicklung eines neuen Produkts sind hierfür ein Beispiel (Tz. 81). Effizienzgewinne können das Risiko koordinierter Wirkungen im relevanten Markt vermindern, denn sie können den Anreiz erhöhen, mehr zu produzieren und die Preise zu senken (Tz. 82).

Hirsbrunner (2009, 244) führt dazu resümierend aus, dass die EU-Kommission in der Praxis durch die in den Leitlinien für horizontale Fusionen genannten Bedingungen hohe Anforderungen an die Berücksichtigung von Effizienzgewinnen stellt. Aus der EU-Kommission wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Berücksichtigung von Effizienzgewinnen keine Effizienzverteidigung (Efficiency Defence) im Sinne eines zweistufigen Verfahrens bedeute (Strohm, 2005, 116 ff.). Die Unternehmen hätten also nicht die Möglichkeit, auf von der EU-Kommission festgestellte wettbewerbsbeschränkende Wirkungen eines Zusammenschlussvorhabens mit einer Effizienzverteidigung zu reagieren. Vielmehr ist es die Aufgabe der EU-Kommission selbst, Effizienzgewinne in ihrem (einstufigen) Prüfungsverfahren quasi als zusätzlichen Faktor der Wettbewerbsanalyse zu berücksichtigen. Dies bedeutet in letzter Konsequenz, dass sich Effizienzen nur dann positiv auf die Entscheidung auswirken, wenn zu erwarten ist, dass durch die Effizienzsteigerung der Wettbewerb als Rivalitätsprozess gestärkt wird (Strohm, 2005, 117). Für die Berücksichtigung industriepolitischer Motive bei der Entscheidung über ein Zusammenschlussvorhaben sei daher kein Platz (Strohm, 2005, 118 f.).

Mit der Berücksichtigung von Effizienzgewinnen ist eine Tendenz zur Einzelfallanalyse verbunden. Diese Tendenz lässt sich damit begründen, dass für den Einzelfall mehr Gerechtigkeit angestrebt wird (Budzinski, 2008, 21). Wenn für jeden Fall dessen Auswirkungen auf die Konsumentenwohlfaht untersucht werden, dann kann im Idealfall richtig entschieden werden. Im Unterschied dazu führen allgemeine Regeln wie Per-se-Verbote dazu, dass zwar in der Mehrheit der Fälle wettbewerbsschädliches Verhalten untersagt wird. Es kann aber zu Fehlentscheidungen kommen, wenn ein konkreter Zusammenschlussfall mit einer Erhöhung der Konsumentenwohlfaht verbunden gewesen wäre. Sie werden als sogenannte Fehler erster Ordnung bezeichnet (Over-Enforcement). Ein Fehler zweiter Ordnung (Under-Enforcement) wäre es, ein unzulässiges Handeln nicht zu verfolgen (Schmidtchen, 2005, 30). Fehler erster Ordnung sind problematisch, weil ineffiziente Unternehmen im Markt bleiben können. Fehler zweiter Ordnung führen zu einer Verminderung der Konsumentenrente aufgrund verringerten Wettbewerbs (Bundeskartellamt, 2007, 5).

4.3.8 Marktmacht, Marktabgrenzung und Marktanteile

Mit der Fusionskontrolle soll verhindert werden, dass eine Marktstruktur entsteht, bei der die Marktmacht spürbar erhöht wird. Dies impliziert, dass ein gewisses Maß an Marktmacht als unschädlich angesehen wird oder dem Wettbewerb sogar förderlich ist, weil diese Marktmacht zu Innovationen anregt. Innovative Unternehmen müssen über eine temporäre Machtstellung verfügen, um sich die Renditen ihrer Innovationen aneignen zu können (Schwalbe/Zimmer, 2006, 57). Hier wird man an die in Abschnitt 2.5 beschriebene These erinnert, dass es einen Zielkonflikt zwischen wirksamem Wettbewerb und technischem Fortschritt geben kann. Marktmacht fördert demnach die Innovationsneigung, weil sie dabei hilft, eine Innovation vor zu schnellen Imitationen zu schützen (Schmidt, 2005b, 111). Marktmacht wird daher erst ab einer bestimmten Höhe für wettbewerbsspolitisch bedenklich gehalten. Ab dieser Grenze beschränkt Marktmacht wirksamen Wettbewerb. Man kann dieses Maß an Marktmacht als Marktbeherrschung interpretieren. Auf diese Weise lässt sich der juristische Begriff der Marktbeherrschung mit dem ökonomischen Konzept der Marktmacht verbinden, ohne aber die Unterscheidung zwischen beiden aufzugeben (Schwalbe/Zimmer, 2006, 58).

Marktbeherrschung ist in den Rechtsvorschriften der EU zum Wettbewerb nicht definiert. Vielmehr hat sich eine Definition aus der Rechtsprechung zu Artikel 102 AEU-Vertrag (Missbrauchsverbot) entwickelt, die auch für die Fusionskontrolle übernommen wurde (Röller/Strohm, 2007, Randnummer 1534).

Danach ist mit der „beherrschenden Stellung ... 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 schließlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten“ (EuGH, 1978, zweiter Leitsatz).

Die Feststellung sowohl von Marktmacht als auch von Marktbeherrschung ist in der Regel nur möglich, wenn man sie auf einen bestimmten Markt bezieht, also den relevanten Markt abgrenzt. Ob die in der Fusionskontrollverordnung normierten Untersagungsvoraussetzungen daher in einem konkreten Fall erfüllt sind, kann nur unter Bezugnahme auf den jeweils betroffenen relevanten Markt beurteilt werden (Emmerich, 2008, 207). Eine direkte Feststellung von Marktmacht dürfte kaum möglich sein, da Marktmacht im ökonomischen Sinn als Abweichung der Preise von den Grenzkosten definiert wird und die Bestimmung der Grenzkosten auf große konzeptionelle Schwierigkeiten stößt (Schwalbe/Zimmer, 2006, 62).⁴⁰

Bei der indirekten Feststellung von Marktmacht werden die Marktanteile eines Unternehmens bestimmt und daraus Schlüsse über die Marktmacht oder Marktbeherrschung gezogen. Bei der Fusionskontrolle kann mit dieser Vorgehensweise geprüft werden, wie sich durch einen Zusammenschluss die Marktanteile verändern. Die Vorgehensweise ist dreistufig: Abgrenzung des relevanten Marktes, Bestimmung der Marktanteile, Prüfung auf Marktmacht (Kerber/Schwalbe, 2007, Randnummer 1145).

Bei der Marktabgrenzung ist (zumindest theoretisch) zwischen der räumlichen und sachlichen sowie mitunter auch der zeitlichen Dimension des relevanten Marktes zu unterscheiden. Ein gängiges Konzept zur Marktabgrenzung ist das auch von der EU-Kommission im Rahmen der Fusionskontrollverordnung angewendete Bedarfsmarktkonzept (Emmerich, 2008, 207). Nach diesem Konzept umfasst der sachlich relevante Produktmarkt „sämtliche Erzeugnisse und/oder Dienstleistungen, die von den Verbrauchern hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als austauschbar oder substituierbar angesehen werden“ (Kommission, 1997, Tz. 7). Verlangt wird ein hinreichender Grad von Austauschbarkeit zwischen allen zum selben Markt zählenden Erzeugnissen hinsichtlich ihrer Verwendbarkeit (Mestmäcker/Schweitzer, 2004, 600). Dabei ist eine nach objektiven Kriterien ermittelte

⁴⁰ Als Instrumente und Verfahren zur direkten Erfassung von Marktmacht werden der Lerner-Index, die Preiselastizität der Residualnachfrage und die Vergleichsmarktanalyse genannt. Zu den methodischen Schwierigkeiten vgl. Kerber/Schwalbe (2007, Randnummer 1141 ff.).

Funktionalität eines Produkts erforderlich (Mestmäcker/Schweitzer, 2004, 603). Der räumlich relevante Markt umfasst demnach „das Gebiet, in dem die beteiligten Unternehmen die relevanten Produkte oder Dienstleistungen anbieten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet“ (Kommission, 1997, Tz. 8). Der räumliche relevante Markt kann der Weltmarkt⁴¹, der europäische Markt, ein nationaler Markt, aber auch regionaler oder lokaler Art sein (Mestmäcker/Schweitzer, 2004, 606).

Bei der EU-Wettbewerbspolitik beinhaltet die räumliche Marktabgrenzung (Mestmäcker/Schweitzer, 2004, 605 ff.) noch einen weiteren Aspekt, denn der räumlich relevante Markt muss ein wesentlicher Teil des Gemeinsamen Marktes sein. Dabei gilt in der Fusionskontrolle – anders als beim Kartellverbot – nicht die zusätzliche Bedingung, dass der zwischenstaatliche Handel beschränkt wird. Als wesentlicher Teil des Gemeinsamen Marktes gelten die Territorien der Mitgliedstaaten, aber auch Teilgebiete großer Mitgliedstaaten.

Kritisch wird gegenüber dem einfachen Bedarfsmarktkonzept eingewandt, dass es oft zu einer zu engen Marktabgrenzung führt (Kerber/Schwalbe, 2007, Randnummer 1147). Zur Lösung dieses Problems kann bei der Abgrenzung des relevanten Marktes in sachlicher und räumlicher Hinsicht das Konzept des hypothetischen Monopoltests im Rahmen der Fusionskontrolle herangezogen werden (Kerber/Schwalbe, 2007, Randnummer 1148 f.). Dieser wird auch als SSNIP-Test bezeichnet (Small but Significant Non-transitory Increase in Price). Es handelt sich dabei um ein Gedankenexperiment (Motta, 2004, 102 ff.; Wagener/Eger, 2009, 387). Der Grundgedanke lautet, dass man nur dann von Marktmacht auf einem Markt ausgehen kann, wenn zumindest ein Monopolist den Preis dauerhaft anheben könnte.⁴² Wenn umgekehrt ein hypothetischer Alleinanbieter nicht in der Lage ist, durch eine Preiserhöhung seinen Gewinn zu steigern, sind seiner Macht auf diesem Markt Grenzen gesetzt. Das bedeutet nämlich, dass die Kunden bei den betroffenen Produkten und Gebieten leicht auf Substitute ausweichen können. In diesem Fall werden dem betreffenden Markt – gedanklich – so lange weitere Produkte und Gebiete hinzugefügt, bis eine

⁴¹ Ein Beispiel für den Weltmarkt als relevanten Markt ist die Herstellung von Motoren für große Verkehrsflugzeuge.

⁴² Anders ist die Situation bei der Marktabgrenzung im Fall der Missbrauchsaufsicht. Bei der Frage, ob ein Unternehmen seine Marktmacht missbräuchlich ausnutzt, ist der am Markt bereits erzielte Preis von Interesse und nicht der Preis, der sich nach einem Zusammenschluss ergeben könnte. Denn es ist davon auszugehen, dass das betreffende Unternehmen seine Marktmacht schon ausgenutzt und den Preis bereits über ein Niveau hinaus erhöht hat, das sich bei Wettbewerb ergäbe. Hier besteht beim SSNIP-Test die Gefahr, dass der Markt eher zu weit abgegrenzt und damit die Marktmacht des Unternehmens aufgrund der dann geringeren Marktanteile unterschätzt wird. Dieses Problem wird in der Literatur unter dem Stichwort „Cellophane Fallacy“ diskutiert (Kerber/Schwalbe, 2007, Randnummer 1164 ff.).

hypothetische Preiserhöhung zu einer kleinen, aber dauerhaften Erhöhung der Gewinne führt. Die unterstellte Gewinnhöhe ist rein normativ und wird meist in einem Bereich von 5 bis 10 Prozent angesiedelt (Kerber/Schwalbe, 2007, Randnummer 1149).

Aus der Definition des relevanten Marktes durch die EU-Kommission folgt, dass das Abgrenzungsprinzip die Substituierbarkeit aus Sicht der Marktgegenseite ist. Bei Zusammenschlüssen auf Angebotsmärkten sind dies die Abnehmer, bei Fusionen auf Nachfragemärkten die Anbieter (Mestmäcker/Schweitzer, 2004, 603). Dabei ist sowohl die Nachfragesubstitution als auch die Angebotssubstitution von Bedeutung. Beide können der Marktmacht des potenziellen Monopolisten Schranken setzen (Kommission, 1997, Tz. 15 ff.; Kerber/Schwalbe, 2007, Randnummer 1151 ff.). Zur Beurteilung der wettbewerblichen Wirkungen eines Zusammenschlussvorhabens kann zum einen gefragt werden, ob die Nachfrager auf andere Produkte und oder andere Gebiete ausweichen können – dies ist sicherlich die am wirksamsten disziplinierende Kraft. Zum anderen kann gefragt werden, ob und wie leicht andere Unternehmen in den Markt, in dem es zu einer Fusion kommen soll, eindringen können.

Die Möglichkeit zur Nachfragesubstitution wird durch die Preiselastizität der Nachfrage beschrieben. Sie gibt an, um wie viel Prozent die Nachfrage nach einem Produkt variiert, wenn der Preis dieses Produkts um 1 Prozent verändert wird. Reagiert die Nachfrage sehr unelastisch auf eine Preiserhöhung, so kommt es nur zu einer geringen Mengenreduktion. Das fusionierte Unternehmen könnte dann mit dieser Strategie seinen Gewinn steigern. Bei einer sehr elastischen Nachfrage würde schon eine kleine Preissteigerung zu einem überproportionalen Nachfragerückgang führen. Die Konsumenten können also leicht auf Substitute in sachlicher und räumlicher Hinsicht ausweichen. Hier ist die Marktmacht eines Monopolisten äußerst begrenzt. Auch die Kreuzpreiselastizität kann bei der Prüfung der Reaktionsmöglichkeiten herangezogen werden. Die Kreuzpreiselastizität gibt an, um wie viel Prozent sich die Nachfrage nach einem Produkt ändert, wenn der Preis eines anderen Produkts um 1 Prozent verändert wird. Sie dient damit zur Ermittlung von engen Substituten. Eine hohe positive Kreuzpreiselastizität deutet auf enge, eine geringe positive Kreuzpreiselastizität auf weite Substitute hin (Kerber/Schwalbe, 2007, Randnummer 1151 f.). Ist die Kreuzpreiselastizität negativ, handelt es sich um komplementäre Produkte.

Für die Marktabgrenzung kann auch geprüft werden, ob es auf der Angebotsseite des betrachteten Marktes zu einer Substitution kommen kann. Dies ist dann der Fall, wenn Unternehmen, die bereits ähnliche Produkte herstellen, ihre Produktionskapazität kurzfristig ohne größeren Aufwand auf die relevanten Erzeug-

nisse umstellen können, also über eine hohe Angebotsflexibilität verfügen. Sie werden auch als Unternehmen im Markteingangsbereich bezeichnet (Mestmäcker/Schweitzer, 2004, 602). Hier sind Einflussfaktoren wie vorhandene Produktionsanlagen, Know-how, Distributionssysteme und freie Kapazitäten von Bedeutung (Kerber/Schwalbe, 2007, Randnummer 1157). Ein Beispiel, das die EU-Kommission explizit erwähnt, ist die Papierherstellung (Kommission, 1997, Tz. 22). Es gibt eine Reihe verschiedener Papierprodukte, die aus der Sicht der Nachfrager nicht substituierbar sind. Beispielsweise kann ein hochwertiger Kunstband nicht auf billigem Papier gedruckt werden. Papierfabriken seien aber in der Lage, innerhalb kurzer Zeit ihre Produktion auf die Herstellung anderer Papiersorten umzurüsten. In diesem Fall müsste man alle verschiedenartigen Papierqualitäten zum relevanten Markt zählen. Sind jedoch erhebliche Anpassungen bei den vorhandenen Kapazitäten, strategische Entscheidungen oder zeitliche Verzögerungen auf der Angebotsseite erforderlich, wird die Angebotssubstituierbarkeit von der EU-Kommission bei der Abgrenzung des relevanten Marktes nicht berücksichtigt (Kommission, 1997, Tz. 20 ff.). Wichtig für die Angebotssubstitution kann auch die potenzielle Konkurrenz sein. Wenn das fusionierte Unternehmen in der Lage ist, die Preise dauerhaft zu erhöhen, kann dies den Zutritt von Unternehmen als profitabel erscheinen lassen, die bislang noch nicht auf diesem Markt tätig waren (Kerber/Schwalbe, 2007, Randnummer 1151 ff.).⁴³

Nach der Abgrenzung des relevanten Marktes können die Marktanteile der dort tätigen Unternehmen bestimmt werden. Die EU-Kommission geht unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte davon aus, dass sehr hohe Marktanteile – das heißt von 50 Prozent und mehr – für sich allein als marktbeherrschende Stellung aufgefasst werden können (Kommission, 2004b, Tz. 17). Unterhalb dieser Grenze können aufgrund anderer Einflussfaktoren, wozu beispielsweise das Vorhandensein von Kapazitätsengpässen zählt, ebenfalls Wettbewerbsbedenken gegen eine Fusion bestehen. Als Untergrenze wird in der Fusionskontrollverordnung ein Wert von 25 Prozent genannt. Wenn der Marktanteil der beteiligten Unternehmen diesen Wert nicht überschreitet, kann davon ausgegangen werden, dass ein Zusammenschluss wirksamen Wettbewerb nicht verhindert und daher mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist (Rat der Europäischen Union, 2004, Erwägungsgrund 32). Zusätzlich zieht die EU-Kommission auch den Herfindahl-Hirschmann-Index (HHI) zur Beurteilung der wettbewerblichen Auswirkungen eines Zusammenschlusses heran. Der HHI ist definiert als die Summe der quadrierten Marktanteile aller Unternehmen in einem Markt

⁴³ Für die sachliche Marktabgrenzung in einem konkreten Zusammenschlussvorhaben existieren eine Reihe von empirischen Verfahren. Vgl. zu Einzelheiten Kerber/Schwalbe (2007, Randnummer 1169 ff.).

(Schwalbe/Zimmer, 2006, 215).⁴⁴ Anders als bei der einfachen Marktanteilsbetrachtung werden durch die Quadrierung die Unternehmen mit den größten Marktanteilen stärker gewichtet.⁴⁵ Es lassen sich Fälle zeigen, in denen ein Zusammenschluss bei der Betrachtung allein der Marktanteilsveränderungen als unbedenklich angesehen würde, bei Hinzuziehung des HHI aber als problematisch angesehen werden müsste.⁴⁶

Die EU-Kommission berücksichtigt nicht nur den absoluten Wert des HHI, sondern auch die Veränderung der Konzentration infolge des Zusammenschlusses, den sogenannten Delta-Wert; das ist die Differenz zwischen dem Vor-Fusions- und dem Nach-Fusionswert. Liegt nach der Fusion der HHI unterhalb von 1.000, so folgen daraus in der Regel keine Bedenken hinsichtlich des künftigen horizontalen Wettbewerbs in diesem Markt (Kommission, 2004b, Tz. 19 f.). Dies sind im Allgemeinen Märkte mit zehn oder mehr Wettbewerbern. Ebenfalls als wettbewerblich unbedenklich gilt ein Vorhaben, bei dem es nach dem Zusammenschluss entweder zu einem HHI zwischen 1.000 und 2.000 und einem Delta-Wert von weniger als 250 kommt oder bei dem der HHI oberhalb von 2.000 und der Delta-Wert unter 150 liegt. Bei HHI-Werten oberhalb von 2.000 gilt die Unbedenklichkeit in Sachen Wettbewerb allerdings nicht, wenn besondere Umstände vorliegen. Dazu zählen folgende Punkte: An dem Zusammenschluss ist ein potenzieller Wettbewerber beteiligt oder ein Unternehmen, das erst vor kurzem in den Markt eingetreten ist. Es beteiligen sich Unternehmen, deren Innovationspotenzial sich nicht in Marktanteilen niederschlägt. Es entstehen in erheblichem Ausmaß Überkreuzbeteiligungen. Eins der fusionierenden Unternehmen ist ein Einzelgänger (sogenannter Maverick), der koordiniertes Verhalten mit hoher Wahrscheinlichkeit stören würde. Es liegen Anzeichen für eine Marktkoordinierung vor und der Marktanteil von einem der beteiligten Unternehmen liegt bei mindestens 50 Prozent (Kommission, 2004b, Tz. 20).

4.3.9 Empirie

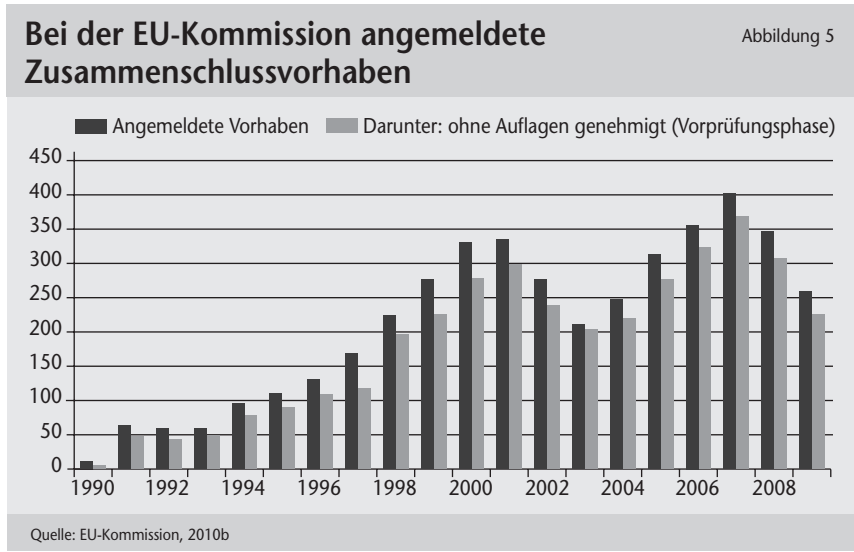
Seit der Einführung der EU-Fusionskontrolle im Jahr 1990 wurden bei der EU-Kommission 4.274 Zusammenschlussvorhaben angemeldet (Stand: Dezember 2009). 3.697 davon, das sind gut 86 Prozent, wurden von der EU-Kommission

⁴⁴ Theoretisch kann der HHI einen Wert zwischen null und 10.000 annehmen; null, wenn es unendlich viele Unternehmen mit einem Marktanteil von jeweils null gibt, und 10.000, wenn es nur ein Unternehmen mit einem Marktanteil von 100 Prozent gibt (Wagener/Eger, 2009, 401).

⁴⁵ Zur theoretischen Rechtfertigung vgl. Schwalbe/Zimmer (2006, 215). Dort wird gezeigt, dass im Cournot-Modell ein direkter Zusammenhang besteht zwischen der Marktmacht, gemessen am Lerner-Index, der den prozentualen Preisaufschlag auf die Grenzkosten angibt, und der Konzentration, gemessen mit dem HHI.

⁴⁶ Vgl. Röller/Friederiszick (2007, 14).

ohne Auflagen genehmigt, weil sie gemäß Artikel 6 Abs. 1b der FKVO keinen Anlass zu ernsthaften Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt gesehen hat. Abbildung 5 belegt zwei Fusionswellen. Die erste kulminierte im Jahr 2001 und lässt sich mit dem New-Economy-Boom erklären. Die zweite begann im Jahr 2004 und erreichte im Jahr 2007 ihren Höhepunkt. Dieser Zusammenschlusswelle hat die weltweite Finanz- und Wirtschaftskrise, die im Jahr 2007 mit der Subprimekrise in den USA begann, ein Ende gesetzt. Zwischen der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung und der Zahl der Fusionsanmeldungen besteht damit ein recht enger Zusammenhang. Dies zeigt auch die Korrelation zwischen der Zahl der Anmeldungen und der realen Veränderung des Bruttoinlandsprodukts (BIP). Korreliert man die Zahl der Anmeldungen im Jahr t mit der realen Veränderung des BIP im Jahr $t-1$, so errechnet sich ein Korrelationskoeffizient von 0,52.



Verboten wurden im Zeitraum von 1990 bis 2009 lediglich 20 Fusionsvorhaben. Optimistisch betrachtet kann man diese geringe Zahl als Hinweis darauf werten, dass die Existenz einer europäischen Fusionskontrolle eine abschreckende Wirkung hat und wettbewerbsschädliche Zusammenschlussvorhaben verhindert (Lyons, 2008, 47). Die Differenz in Höhe von 557 Fällen⁴⁷ erklärt sich unter anderem mit Verweisungen an nationale Kartellbehörden, mit zurückgezogenen

⁴⁷ 4.274 Anmeldungen abzüglich 3.697 Erlaubnissen abzüglich 20 Verboten.

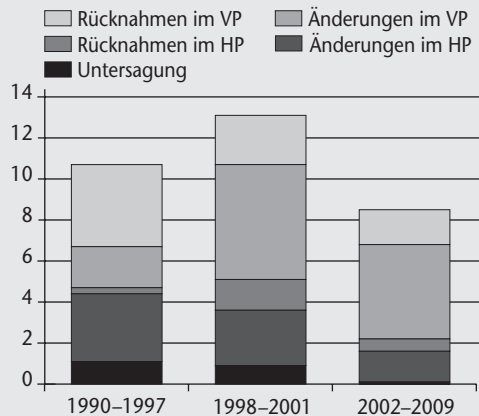
Vorhaben, mit Genehmigungen im Hauptprüfverfahren und mit Genehmigungen, die unter Auflagen erteilt worden sind. In dem betrachteten Zeitraum wurden insgesamt 131 Anmeldungen wieder zurückgezogen, was damit erklärt werden kann, dass die beteiligten Unternehmen während des Verfahrens erkannten, dass ihr Vorhaben wahrscheinlich nicht genehmigt werden würde. 281 Zusammenschlüsse wurden nach Änderungen durch die Unternehmen für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärt. Firmen haben die Möglichkeit, nach der Anmeldung eines Zusammenschlussvorhabens die Genehmigungsfähigkeit durch sogenannte Abhilfemaßnahmen zu erhöhen. Am häufigsten geht es dabei um Zusagen zur Veräußerung beispielsweise von Geschäftsteilen, gewerblichen Schutzrechten, Beteiligungen an Gemeinschaftsunternehmen oder Minderheitsbeteiligungen (Mestmäcker/Schweitzer, 2004, 651).

Bei der Beurteilung der Wirkung der EU-Fusionskontrolle ist ein ausschließlicher Blick auf die Zahl der Untersagungen freilich zu eng. So kann schon die Existenz der Zusammenschlusskontrolle selbst dazu führen, dass bestimmte, nämlich nicht genehmigungsfähige Fusionen gar nicht erst unternommen werden. Quantifizieren lässt sich diese Wirkung aber kaum. Allerdings gehen auch von Genehmigungen mit Auflagen, ja sogar von Rücknahmen, wettbewerbliche Auswirkungen aus. Setzt man die Anzahl der Rücknahmen im Vorprüf- und im Hauptprüfverfahren sowie die Genehmigungen mit Auflagen in den beiden Verfahrensabschnitten und die Verbote in Beziehung zur Zahl der Anmeldungen insgesamt, kann man eine Art Interventionsrate der Fusionskontrolle ermitteln (Lyons, 2008, 37 ff.). Im Zeitablauf ergibt sich das in Abbildung 6 dargestellte Bild.

Die Phase von 1990 bis 1997 kann als eine Periode angesehen werden, in der mit der (1990 eingeführten) Fusionskontrolle erste praktische Erfahrungen gesammelt worden sind. Wie Abbildung 5 zeigt, kam es in dieser Zeit zu einem kontinuierlichen An-

Interventionen im Rahmen der EU-Fusionskontrolle Abbildung 6

in Prozent der angemeldeten Zusammenschlussvorhaben



VP: Vorprüfverfahren; HP: Hauptprüfverfahren.
 Quellen: Lyons, 2008; EU-Kommission, 2010b; eigene Berechnungen

stieg der angemeldeten Zusammenschlussvorhaben. Die Periode von 1998 bis 2001 ist durch einen Fusionsboom gekennzeichnet. Die dritte Phase beginnt mit den Entscheidungen des Gerichts erster Instanz – heute Gericht – gegen die Untersagungen der EU-Kommission und mündet in die Reform der Fusionskontrolle.

In der ersten Phase in Abbildung 6 fällt der verhältnismäßig große Anteil der Rücknahmen im Vorprüfverfahren auf. Das deutet darauf hin, dass die Unternehmen erst lernen mussten, das neue wettbewerbspolitische Instrument der EU-Fusionskontrolle richtig einzuschätzen. In der zweiten Phase ist die hier definierte Interventionsrate am höchsten. Sie wird durch eine hohe Zahl von Änderungen im Vorprüfverfahren dominiert. Hier ist zu beachten, dass die EU-Kommission erst im Jahr 1997 ausdrücklich die Befugnis erhielt, Zusagen der Unternehmen über Änderungen beim Zusammenschluss bereits im Vorprüfverfahren zu berücksichtigen und entsprechende Bedingungen zu stellen oder Auflagen zu erlassen (Emmerich, 2008, 242). Auch in der dritten Phase ist dieses Instrument die am meisten genutzte wettbewerbspolitische Intervention. Unter Effizienzgesichtspunkten kann es als positiv beurteilt werden, dass die Einigungen auf Abhilfemaßnahmen in einem frühen Verfahrensstadium erfolgen (Lyons, 2008, 46 f.).

5

Neue Entwicklungen der EU-Wettbewerbspolitik – kritisch gesehen

Der Versuch, mit dem More Economic Approach in der EU-Wettbewerbspolitik zu mehr Einzelfallgerechtigkeit zu gelangen, ist nicht unproblematisch. Ein häufig geäußertes Einwand ist, dass mehr Einzelfallgerechtigkeit in der Regel zulasten der Rechtssicherheit geht. So hat das Diskussionspapier der EU-Kommission über den Behinderungsmissbrauch (EU-Kommission, 2005b) nach Ansicht von Kritikern gezeigt, dass die Anwendung der Methodik der modernen Industrieökonomik in einem unauflösbaren Konflikt mit der Rechtssicherheit steht und der Möglichkeit der EU-Kommission, Bußgelder zu verhängen – jedenfalls im Bereich der Missbrauchsaufsicht (Weitbrecht/Mühle, 2008, 555). Ob dies, wie von juristischer Seite mitunter vorgebracht wird, tatsächlich einen „nahezu totalen Verlust an Rechtssicherheit zugunsten wechselnder ökonomischer Theorien, die ohnehin in der Praxis niemand nachvollziehen kann“ (Emmerich, 2008, 145), zur Folge hätte, mag übertrieben sein. Ganz von der Hand weisen

lässt sich das Argument aber sicher nicht. Immerhin ist nicht zu leugnen, dass mit dem More Economic Approach der Beurteilungsspielraum der EU-Kommission größer wird, weshalb sich die Vorhersehbarkeit der Ergebnisse verringert (Christiansen, 2006, 159).

Schwerwiegender ist der Einwand, dass Prognosen über die voraussichtlichen Auswirkungen von Zusammenschlussvorhaben und damit auch über die wettbewerbsbeschränkenden und die möglichen effizienzsteigernden Effekte mit sehr großen Unsicherheiten behaftet sind. Dies lässt sich im Fall von Unternehmenszusammenschlüssen damit belegen, dass viele Fusionen scheitern. Auch wenn es keine exakte Aussage darüber gibt, wie viele Fusionen nicht die in sie gesetzten Erwartungen erfüllen, gelangen diverse Untersuchungen jedoch zu recht eindeutigen Ergebnissen. Kleinert/Klodt (2000) kamen in einer Studie zu der Schlussfolgerung, dass gerade bei großen Zusammenschlüssen auch das Erfolgsrisiko hoch ist. In über 50 Prozent der Fälle war die Profitabilität bei Fusionen mit einem Fusionsvolumen von mehr als 5 Milliarden US-Dollar nach dem Zusammenschluss geringer als vorher. Bei Fusionen mit einem Volumen von 1 bis 5 Milliarden US-Dollar kam es genau bei der Hälfte zu einer Profitabilitätsreduzierung (Kleinert/Klodt, 2000, 67). Bestätigt werden diese Ergebnisse durch eine Studie von Bain & Company (2004), nach der jede zweite Großfusion Unternehmenswerte vernichtet. Zwei Drittel von 250 weltweit befragten Managern haben zudem in dieser Befragung von Bain & Company geantwortet, dass sie die realisierbaren Synergien auf der Kosten- und Umsatzseite überschätzt hatten. Auch eine Meta-studie aus dem Jahr 2004 bestätigt die Einschätzung, dass die fusionierten Unternehmen oft nicht die erwarteten Ergebnisse erzielen (King et al., 2004, 196): “Thus, after decades of research the overwhelming conclusion must be that M&A activity, on average, does not positively contribute to an acquiring firm’s performance.” Die Autoren kommen zu dem Schluss, dass die Forschung es nicht geschafft hat, die für Fusionen relevanten Erfolgsfaktoren zu identifizieren.

Einer Studie von A.T. Kearney zufolge konnten nur 30 Prozent der Fusionen in Deutschland in einem Zeitraum von drei Jahren die angestrebten Verbesserungen in Bezug auf bestimmte Kriterien erreichen. Zusammenfassend heißt es in dieser Studie: „Die Statistik zeigt, dass trotz bester Chancen viele Fusionen und Akquisitionen erfolglos bleiben: Die Wachstumschancen ergeben sich nicht, oder können nicht genutzt werden, die Einsparungen können nicht umgesetzt werden“ (A.T. Kearney, 2004, 3). Als mögliche Erklärung kann das Konzept der X-Ineffizienz (Organisational Slack) herangezogen werden. Es besagt, dass Organisationen und auch Individuen nicht so effizient arbeiten, wie sie eigentlich könnten (Schmidt, 2005b, 96). Die Ursache für das beschränkt effiziente Verhalten wird

in fehlenden Anreizen gesehen. Dabei wird zwischen unternehmensinternen und unternehmensexternen Einflussfaktoren unterschieden. Zu den unternehmensinternen Determinanten gehören zum Beispiel die Unternehmenskultur, die Anzahl der Hierarchieebenen und das Ausmaß der Bürokratisierung. Zu den unternehmensexternen Einflussfaktoren werden die Wettbewerbsintensität und die Stellung des Unternehmens im Markt gezählt (Schmidt, 2005b, 97).

In einer jüngeren wirtschaftsrechtlichen Expertise wird darauf hingewiesen, dass schätzungsweise 60 bis 70 Prozent aller Fusionen scheitern – jedenfalls in dem Sinne, dass der Unternehmenswert der beteiligten Unternehmen nicht erhöht wird, die erhofften Synergien also ausbleiben (Seibt/Wollenschläger, 2009, 1579). In Anbetracht dieser Befunde stellt sich durchaus die Frage nach der Prognostizierbarkeit von Effizienzvorteilen durch Zusammenschlüsse. Wenn selbst Firmeninsider, wozu man die Manager und Entscheidungsträger von Unternehmen zählen muss, die an den Zusammenschlüssen beteiligt sind, nicht in der Lage sind, die Auswirkungen einer Fusion korrekt zu beurteilen, so darf mit Fug und Recht bezweifelt werden, dass eine externe Instanz wie die EU-Kommission dies besser kann.

Hinzu kommt ein Aspekt, der mit dem Begriff des „unexakten“ Charakters ökonomischen Wissens beschrieben wird (Christiansen, 2006, 164). Wegen der dauerhaften Divergenzen in der ökonomischen Wettbewerbstheorie und aufgrund des Pluralismus von Ansätzen sind demnach eindeutige Aussagen zu den Wirkungen konkreter Zusammenschlussvorhaben nicht zu erwarten (Christiansen, 2006, 158).

Eine Analyse der Auswirkungen von 165 großen Fusionen und Übernahmen im Zeitraum von 1990 bis 2002, die von der EU-Kommission im Rahmen des Fusionskontrollverfahrens geprüft wurden, kommt zu dem Ergebnis, dass entgegen der naheliegenden Vermutung Konkurrenten, die nicht am Zusammenschluss beteiligt waren, von den Fusionen profitiert haben (Clougherty/Duso, 2009). Gemessen wurde dies durch Aktienkursveränderungen nach der Ankündigung des Zusammenschlusses. Das Ergebnis lässt sich zum einen mit der allgemeinen Verringerung des Wettbewerbsdrucks infolge der Fusion erklären, was tendenziell zu steigenden Preisen und Gewinnen führt. Zum anderen bietet sich die Erklärung an, dass nicht erfolgreiche Zusammenschlüsse für die beteiligten Unternehmen ein Handicap im Wettbewerbsprozess bedeuten, wovon nicht beteiligte Konkurrenten profitieren können (Clougherty/Duso, 2009, 4 ff.). Die dem More Economic Approach zugrunde liegende Hypothese von der Prognostizierbarkeit möglicher Effizienzgewinne von Fusionen muss auch in Anbetracht dieser Ergebnisse kritisch hinterfragt werden. Die Ergebnisse sprechen auch nicht unbedingt für die Annahme, dass von Fusionen Vorteile für Verbraucher zu erwarten sind.

Ein weiterer, auch durch empirische Studien gestützter Einwand gegenüber dem More Economic Approach lautet, dass Fusionen in der Regel zu einer Verminderung des Wettbewerbs führen. Vor allem wenn durch eine Fusion eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird, kann dies kaum mit möglichen ausgleichenden Effizienzwirkungen gerechtfertigt werden. Gerade marktbeherrschende Unternehmen haben wegen des geringen Wettbewerbsdrucks gar keinen Anreiz, mögliche Effizienzgewinne an die Nachfrager weiterzugeben. Sie haben auch kaum einen Anreiz, weiterhin nach Effizienzsteigerungen zu suchen (Böge, 2004a, 147). Hier kann auf das bereits beschriebene Konzept der X-Ineffizienz verwiesen werden, wonach intensiver Wettbewerb als unternehmensexterne Determinante die X-Ineffizienz tendenziell senkt.

Mehr Einzelfallgerechtigkeit zu erreichen, mag auf den ersten Blick als ein erstrebenswertes Ziel erscheinen. Ein Blick auf ein anderes Gebiet der Wirtschaftspolitik zeigt jedoch, dass es hier zu neuen Problemen kommen kann. Dass nämlich das Steuerrecht immer komplizierter geworden ist, hat auch damit zu tun, dass Einzelfallgerechtigkeit ein wichtiges Ziel der Steuerpolitik ist.

Gegen eine zum Prinzip erhobene Einzelfallanalyse sind weitere Einwände vorgebracht worden (Schwalbe, 2009, 63 ff.): ein methodologischer, ein ökonomischer und ein wirtschaftspolitischer Einwand. Aus wissenschaftstheoretischer Sicht ist es demnach problematisch, für jeden Einzelfall eine eigene Theorie oder ein eigenes Modell zu entwickeln. Aufgabe einer Wissenschaft ist es vielmehr, Phänomene zu erfassen und zu systematisieren. Eine immerfort zu wiederholende Einzelfallanalyse ist überdies unökonomisch, weil Ressourcen verschwendet werden. Es ist Aufgabe der Ökonomik, justiziable Regeln zu entwickeln, die Entscheidungen erlauben, die möglichst wenige Fehler enthalten. Der wirtschaftspolitische Einwand schließlich besagt, dass mit einer Einzelfallanalyse in der Wettbewerbspolitik die Tür für industriepolitisch motivierte Eingriffe in die Marktstruktur geöffnet werden kann (Schwalbe, 2009, 65).

Insgesamt sind die Erfahrungen mit der neuen Fusionskontrollverordnung und dem Effizienztest nach Ansicht des Bundeskartellamts eher verhalten. Es gibt zwar keine eindeutigen Ergebnisse über die Zielerreichung (Bundeskartellamt, 2009, 2, mit weiteren Nachweisen). Es ist – soweit ersichtlich – bislang aber noch kein Fall aufgetreten, in dem eine Untersagung aufgrund nachgewiesener Effizienzen unterblieben wäre (Bundeskartellamt, 2009, 3). Dies bestätigt die Einschätzung, dass Effizienzgewinne nur in sehr seltenen Fällen bei Fusionskontrollentscheidungen relevant sein dürften. Denn es müssen zahlreiche Bedingungen erfüllt sein. Der Nutzen einer solchen Regelung ist daher eher fraglich, auch weil der Versuch, Effizienzen nachzuweisen, mit Kosten verbunden ist (Schwalbe, 2005, 82 ff.).

In den Fusionskontrollregimen einzelner Länder ist die sogenannte Effizienzrede möglich. Dies ist laut Bundeskartellamt (2009, 9) aber in der Praxis bislang nur in wenigen Fällen entscheidungserheblich gewesen. Kritisch vermerkt die Behörde gegenüber dem sogenannten Williamson-Trade-off (vgl. Abbildung 4, Abschnitt 4.3.7), dass dieser eher die kurzfristig wirksamen Effizienzgewinne bezüglich Allokation und Preiswirkungen berücksichtigt, nicht aber die dynamischen Aspekte des Wettbewerbs hinsichtlich technischen Fortschritts und Innovation. Daraus kann sich mittel- bis langfristig ein Konflikt ergeben (Bundeskartellamt, 2009, 9 f.; Schmidt, 2008b, 68 ff.).

Auch die Erfahrungen mit dem SIEC-Test, der den Marktbeherrschungstest abgelöst hat, sind eher ernüchternd. Bislang gebe es keinen Fall, der unstreitig die als Schutzlücke im Marktbeherrschungstest beschriebene Konstellation aufgewiesen hat. Es habe noch keinen Untersagungsfall in Europa gegeben, in dem das Marktbeherrschungskriterium nicht anwendbar war. Daher gibt es Zweifel an der empirischen Relevanz des neuen Tests (Bundeskartellamt, 2009, 2 ff.; Gerhardt, 2010, 51).

Im Übrigen entspricht der More Economic Approach in der Wettbewerbspolitik einer instrumentellen Sichtweise auf den Wettbewerb, wie sie zwar einigen wettbewerbspolitischen Konzeptionen eigen ist – aber dies ist nicht die einzige Interpretation von Wettbewerb. Mit wettbewerbspolitischen Konzeptionen, die sich stärker am Verständnis von Wettbewerb als einem Entdeckungsverfahren orientieren, lässt sich dieser Ansatz nur schwerlich vereinbaren.

Überdies wurde es bislang im EG-Vertrag in Artikel 3, der den Tätigkeitskatalog der Gemeinschaft beschrieb, ausdrücklich als Aufgabe genannt, den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen zu schützen. Dabei wurde der Wettbewerb nicht durch ein übergeordnetes Ziel der Konsumentenwohl- fahrt oder der Gesamtwohlfahrt relativiert (Basedow, 2007, 714). Der Vertrag von Lissabon könnte hier einen fundamentalen Wandel bewirken, denn die Festlegung auf ein System des unverfälschten Wettbewerbs ist dort nicht mehr an prominenter Stelle enthalten, sondern vielmehr in einem Protokoll (Nummer 27) versteckt worden. Vor kurzem wurde in der Presse berichtet, dass die EU-Kommission die Wettbewerbspolitik künftig an den Zielen der neuen Wachstumsstrategie ausrichten will, die unter der Überschrift „Europa 2020“ steht. Die Wettbewerbspolitik soll damit anderen Zielen untergeordnet werden, wozu auch umweltpolitische und industriepolitische Vorgaben zählen (FAZ, 2010). Somit schleichen sich wieder Bestrebungen ein, die bereits Ende der 1980er Jahre bei der Konzipierung der europäischen Fusionskontrolle kritisch diskutiert und letztlich nicht in die entsprechenden Rechtsvorschriften aufgenommen worden

waren (vgl. Abschnitt 4.3.3). Bereits damals wurde gefordert, bei wettbewerbspolitischen Entscheidungen auch andere Ziele des EG-Vertrags zu berücksichtigen. Damit würde die Wettbewerbspolitik zunehmend für andere Zwecke instrumentalisiert.

Als weiterer Kritikpunkt am More Economic Approach kommt hinzu, dass das Freiheitsziel bei dieser Sichtweise zu kurz kommt. In diesem Ansatz wird eine bewusste Abkehr von einer Wettbewerbspolitik gesehen, welche die wirtschaftliche Handlungsfreiheit von Unternehmen und Einzelpersonen schützt (Weitbrecht/Mühle, 2008, 551). Es ist ein Unterschied, ob die Wettbewerbspolitik die individuelle Handlungsfreiheit und damit den Wettbewerbsprozess schützen will oder ob sie direkt die wirtschaftliche Wohlfahrt zu erhöhen trachtet (Künzler, 2008, 537).

Insgesamt ist ein gehöriges Maß an Skepsis gegenüber dem More Economic Approach angebracht. Dies gilt sowohl mit Blick auf die theoretische Fundierung in Anbetracht konkurrierender wettbewerbspolitischer Leitbilder als auch hinsichtlich der bisherigen praktischen Umsetzung. Sollte sich zudem die EU-Kommission bei der Beurteilung wettbewerbsrelevanter Vorhaben wie Kartellen oder Fusionen verstärkt an ökologischen und industriepolitischen Vorgaben orientieren, wäre dies ein klarer Bruch mit der Tradition der EU-Wettbewerbspolitik, die den Wettbewerb vor Beschränkungen schützen wollte.

Literatur

Alvarez & Marsal, 2009, Competition Cases in the European Union, o. O.

A.T. Kearney, 2004, Nicht nur größer, sondern auch profitabler. Nur Dynamik macht Bankenfusionen erfolgreich, Ergebnisse der Studie „Excellence in Merger Integration 2004“, Berlin

Bain & Company, 2004, Fusionen. Weg vom teuren Lotteriespiel, Pressemitteilung, München

Baker & McKenzie, 2006, Höhere Geldbußen für Verstöße gegen das EG-Kartellrecht, Mandanteninformation, URL: http://www.bakernet.com/NR/rdonlyres/F4D162ED-5B71-4E04-9F0D-540234A9596A/0/german_antitrust_increasedfines_ca_oct06.pdf [Stand: 2010-05-04]

Bartling, Hartwig, 1980a, Leitbilder der Wettbewerbspolitik, München

Bartling, Hartwig, 1980b, Monopolistische Konkurrenz, in: Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft, Bd. 5, Stuttgart, S. 280–286

Basedow, Jürgen, 2007, Konsumentenwohlfahrt und Effizienz. Neue Leitbilder der Wettbewerbspolitik?, in: Wirtschaft und Wettbewerb, 57. Jg., Nr. 7-8, S. 712–715

Bechtold, Rainer / **Wernicke**, Stephan, 2009, Grenzenlos? Kartellbußen ohne Maß, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung, Nr. 37, 13.2.2009, S. 12

Berg, Hartmut, 1995, Wettbewerbspolitik, in: Bender, Dieter et al. (Hrsg.), Vahlens Kompendium der Wirtschaftstheorie und -politik, Bd. 2, München, S. 239–300

Bieber, Roland / **Epiney**, Astrid / **Haag**, Marcel, 2005, Die Europäische Union. Europarecht und Politik, Baden-Baden

BMWi – Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie / Bundesministerium der Justiz / Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz / Bundeskartellamt, 2008, Stellungnahme des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie, des Bundesministeriums der Justiz, des Bundesministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz und des Bundeskartellamts zum Weißbuch „Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts“ der Europäischen Kommission, URL: <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/S-T/stellungnahmen-weissbuch-schadenersatzklagen,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf> [Stand: 2010-02-10]

Böge, Ulf, 2004a, Reform der Europäischen Fusionskontrolle, in: Wirtschaft und Wettbewerb, 54. Jg., Nr. 2, S. 138–148

Böge, Ulf, 2004b, Weichenstellung in der Europäischen Wettbewerbspolitik aus Sicht des Bundeskartellamtes, in: Die Wende in der Europäischen Wettbewerbspolitik, Referate des XXXVI. FIW-Symposiums, Köln, S. 11–24

Bork, Robert H., 1978, The Antitrust Paradox, New York

Brei, Gerald, 2003, Begräbnis erster Klasse für die Fusionskontrolle konglomerater Zusammenschlüsse, in: Wirtschaft und Wettbewerb, 53. Jg., Nr. 6, S. 585–598

- Buccirossi, Paolo / Ciari, Lorenzo / Duso, Tomaso / Spagnolo, Giancarlo / Vitale, Cristiana**, 2009, Competition policy and productivity growth. An empirical assessment, Discussion Paper, SP II 2009-12, Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung, URL: <http://bibliothek.wzb.eu/pdf/2009/ii09-12.pdf> [Stand: 2010-03-29]
- Budzinski, Oliver**, 2008, Wettbewerbsfreiheit und More Economic Approach. Wohin steuert die Europäische Wettbewerbspolitik?, in: Grusevaja, Marina / Wonke, Christoph / Hösel, Ulrike / Dunn, Malcolm H. (Hrsg.), Quo vadis Wirtschaftspolitik?, Frankfurt am Main, S. 15–38
- Budzinski, Oliver / Christiansen, Arndt**, 2005, Aktuelle Reformen in der Europäischen Wettbewerbspolitik, in: WiSt – Wirtschaftswissenschaftliches Studium, 34. Jg., Nr. 3, S. 165–168
- Bühler, Stefan / Jaeger, Franz**, 2002, Einführung in die Industrieökonomik, Berlin
- Bundeskartellamt**, 2006, Konglomerate Zusammenschlüsse in der Fusionskontrolle. Bestandsaufnahme und Ausblick, Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 21.9.2006, Bonn, URL: http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Diskussionsbeitraege/060830_AK_Kartellrecht.pdf [Stand: 2010-03-15]
- Bundeskartellamt**, 2007, Die Zukunft der Missbrauchsaufsicht in einem ökonomisierten Wettbewerbsrecht, Hintergrundpapier für die Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht am 20.9.2007, Bonn, URL: http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Diskussionsbeitraege/070920_AK_Kartellrecht.pdf [Stand: 2010-03-15]
- Bundeskartellamt**, 2009, Marktbeherrschungs- und SIEC-Test. Eine Bestandsaufnahme, Hintergrundpapier für die Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht am 24.9.2009, Bonn, URL: http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Diskussionsbeitraege/09_Proftagungspapier.pdf [Stand: 2010-03-15]
- Bundesregierung** – Regierung der Bundesrepublik Deutschland, o. J., Stellungnahme der Regierung der Bundesrepublik Deutschland zum Weißbuch der Europäischen Kommission über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Artikel 81 und 82 EGV, o. O.
- Christiansen, Arndt**, 2006, Der More Economic Approach in der EU-Fusionskontrolle, in: Zeitschrift für Wirtschaftspolitik, 55. Jg., Nr. 2, S. 150–174
- Clougherty, Joseph A.**, 2009, Competition Policy Trends and Economic Growth. Cross-National Empirical Evidence, Discussion Paper, SP II 2009-16, Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung, URL: <http://bibliothek.wzb.eu/pdf/2009/ii09-16.pdf> [Stand: 2010-03-29]
- Clougherty, Joseph A. / Duso, Tomaso**, 2009, The Impact of Horizontal Mergers on Rivals. Gains to Being Left Outside a Merger, Discussion Paper, SP II 2008-17, Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung, URL: <http://bibliothek.wzb.eu/pdf/2008/ii08-17r.pdf> [Stand: 2010-03-29]
- Deutscher Bundestag**, 1955, Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Drucksache 2/1158, Bonn
- Drauz, Götz**, 2010, Härte gegen Kartellsünder bringt der EU Zustimmung, in: Handelsblatt, Nr. 8, 13.1.2010, S. 7

- Drexl**, Josef, 1998, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, Tübingen
- EAGCP** – Economic Advisory Group on Competition Policy, 2005, An economic approach to Article 82, Report by the EAGCP, Luxemburg, URL: http://ec.europa.eu/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf [Stand: 2010-03-29]
- Eickhoff**, Norbert, 2008, Die Hoppmann-Kantzenbach-Kontroverse, Universität Potsdam, Volkswirtschaftliche Diskussionsbeiträge der Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Fakultät, Nr. 95, Potsdam
- Emmerich**, Volker, 2008, Kartellrecht, München
- Engelsing**, Felix, 2007, Die Bußgeldleitlinien der Europäischen Kommission von 2006, in: Wirtschaft und Wettbewerb, 56. Jg., Nr. 5, S. 470–482
- Eucken**, Walter, 1952, Grundsätze der Wettbewerbspolitik, Bern
- EuGH** – Europäischer Gerichtshof, 1978, Urteil des EuGH vom 14.2.1978 in der Rechtsache 27/76 (United Brands Company und United Brands Contineaal BV gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften; Chiquita-Bananen), URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61976J0027:DE:HTML> [Stand: 2010-03-24]
- EU-Kommission**, 2004, Kommission schließt Untersuchung gegen Microsoft mit Abhilfemaßnahmen und Geldbuße ab, Pressemitteilung IP/04/382 vom 24.3.2004, URL: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/04/382&format=HTML&aged=1&language=DE&guiLanguage=en> [Stand: 2010-03-24]
- EU-Kommission**, 2005a, XXXIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik 2003, Luxemburg, URL: http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2003/de.pdf [Stand: 2010-02-19]
- EU-Kommission**, 2005b, DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Brüssel, URL: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf> [Stand: 2010-05-04]
- EU-Kommission**, 2005c, Diskussionspapier der EU-Kommission über Marktmissbräuche. Fragen und Antworten, Memo/05/486 vom 19.12.2005; URL: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/05/486&format=HTML&aged=1&language=DE&guiLanguage=en> [Stand: 2010-03-24]
- EU-Kommission**, 2006a, Kommission genehmigt Übernahme des österreichischen Mobilfunkbetreibers tele.ring durch T-Mobile mit Auflagen, Pressemitteilung IP/06/535 vom 26.4.2006, URL: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/06/535&format=HTML&aged=1&language=DE&guiLanguage=de> [Stand: 2010-03-25]
- EU-Kommission**, 2006b, Kommission genehmigt unter Auflagen Übernahme von BOC durch Linde, Pressemitteilung IP/06/737 vom 6.6.2006, URL: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/06/737&format=HTML&aged=1&language=DE&guiLanguage=en> [Stand: 2010-03-25]
- EU-Kommission**, 2009, Antitrust: Commission action against cartels. Questions and answers, MEMO/09/496, Brüssel, URL: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/09/496&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en> [Stand: 2010-05-04]

- EU-Kommission** – Generaldirektion Wettbewerb, 2010a, Cartel statistics, situation as of 2010-01-25, URL: <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf> [Stand: 2010-04-22]
- EU-Kommission** – Generaldirektion Wettbewerb, 2010b, Fusionen, Statistiken, URL: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf> [Stand: 2010-04-22]
- EU-Kommission** – Generaldirektion Wirtschaft und Finanzen, 2010c, Annual Macroeconomic Database (AMECO), URL: http://ec.europa.eu/economy_finance/db_indicators/ameco/index_en.htm [Stand: 2010-03-25]
- EuZW** – Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2010, Wettbewerbskommissar Almunia zur Sammelklage, 21. Jg., Nr. 4, Europa-Report, 15.2.2010, S. 123
- FAZ** – Frankfurter Allgemeine Zeitung, 2006, Wirtschaft wehrt sich gegen Schadensersatzklagen, Nr. 200, 29.8.2006, S. 17
- FAZ**, 2008, Hohe Kartellbußen mindern deutschen Beitrag zum EU-Haushalt, Nr. 7, 9.1.2008, S. 11
- FAZ**, 2009, Kartellbehörden streiten wegen Oracle, Nr. 262, 11.11.2009, S. 15
- FAZ**, 2010, Neue Wettbewerbspolitik in Europa, Nr. 58, 10.3.2010, S. 11
- Gerhardt**, Sybille, 2010, Marktbeherrschungs- und SIEC-Test, Tagungsbericht über die Arbeitskreissitzung Kartellrecht am 24.9.2009 im Bundeskartellamt, in: Wirtschaft und Wettbewerb, 60. Jg., Nr. 1, S. 50–56
- Gericht erster Instanz**, 1998, Urteil des Gerichts vom 17.7.1998 in der Rechtssache T-111/96 (ITT Promedia NV), URL: http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/startseite [Stand: 2010-04-30]
- Gericht erster Instanz**, 2002, Urteil des Gerichts vom 6.6.2002 in der Rechtssache T-342/99 (Airtours), URL: http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/startseite [Stand: 2010-03-23]
- Gericht erster Instanz**, 2007, Urteil des Gerichts vom 17.9.2007 in der Rechtssache T-201/04 (Microsoft), URL: http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/startseite [Stand: 2010-03-24]
- Giersch**, Herbert, 1991 [1961], Allgemeine Wirtschaftspolitik, Wiesbaden
- Hambloch**, Sibylle, 2009, Europäische Integration und Wettbewerbspolitik, Baden-Baden
- Handelsblatt**, 2009a, Ökonomen als Dienstleister, Nr. 208, 28.10.2009, S. 7
- Handelsblatt**, 2009b, Streit zwischen EU und Oracle spitzt sich zu, Nr. 218, 11.11.2009, S. 26
- Hartog**, Johanna / **Noack**, Britta, 2005, Die 7. GWB-Novelle, in: WRP – Wettbewerb in Recht und Praxis, 51. Jg., Nr. 11, S. 1396–1407
- Haucap**, Justus, 2009, Kartellrecht, Verschärfung durch Sammelklagen, in: Wirtschaftsdienst, 89. Jg., Nr. 5, S. 286
- Hayek**, Friedrich August von, 1969, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, in: Hayek, Friedrich August von (Hrsg.), Freiburger Studien, Tübingen, S. 249–256
- Heidrich**, Thomas, 2009, Das evolutiv-systemtheoretische Paradigma in der Wettbewerbstheorie, Baden-Baden

- Herdzina**, Klaus, 1999, Wettbewerbspolitik, Stuttgart
- Hirsbrunner**, Simon, 2002, Neue Entwicklungen der Europäischen Fusionskontrolle im Jahr 2001, in: *EuZW – Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 13. Jg., Nr. 15, S. 453–460
- Hirsbrunner**, Simon, 2003, Neue Entwicklungen der Europäischen Fusionskontrolle, in: *EuZW – Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 14. Jg., Nr. 23, S. 709–712
- Hirsbrunner**, Simon, 2005, Neue Entwicklungen der Europäischen Fusionskontrolle in den Jahren 2003/2004, in: *EuZW – Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 16. Jg., Nr. 17, S. 519–523
- Hirsbrunner**, Simon, 2009, Neue Entwicklungen der Europäischen Fusionskontrolle, in: *EuZW – Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 20. Jg., Nr. 8, S. 239–246
- Hoppmann**, Erich, 1974, Preiskontrolle. Mittel der Systemveränderung, in: *Wirtschaftsdienst*, 54. Jg., Nr. 8, S. 389–392
- Kantzenbach**, Erhard, 1966, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, Göttingen
- Kellerbauer**, Manuel, 2010, Der More Economic Approach bei der Anwendung des Artikels 82 EG-Vertrag. Auswirkungen der Mitteilung über die Kommissionsprioritäten auf das Vorgehen gegen Behinderungsmissbräuche in der Europäischen Union, in: Möschel, Wernhard (Hrsg.), 50 Jahre Wettbewerbsgesetz in Deutschland und in Europa, Baden-Baden, S. 69–92
- Kerber**, Wolfgang / **Schwalbe**, Ulrich, 2007, Ökonomische Grundlagen des Wettbewerbsrechts, in: Säcker, Franz J. / Hirsch, Günther / Montag, Frank (Hrsg.), Münchener Kommentar, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Bd. 1, München, S. 238–430
- Kilian**, Wolfgang, 2008, Europäisches Wirtschaftsrecht, München
- King**, David R. / **Dalton**, Dan R. / **Daily**, Catherine M. / **Covin**, Jeffrey G., 2004, Meta-analyses of post-acquisition performance. Indications of unidentified moderators, in: *Strategic Management Journal*, Vol. 25, No. 2, S. 187–200
- Kirchner**, Christian, 2008, EU-Kartellbußen. Richtige und falsche Anreize, in: *Wirtschaftsdienst*, 88. Jg., Nr. 1, S. 5
- Kleinert**, Jörn / **Klodt**, Henning, 2000, Megafusionen, Trends, Ursachen und Implikationen, Kieler Studien, Nr. 302, Tübingen
- Klocker**, Peter, 2002, Fit machen für den Kulturwechsel, in: *Wirtschaft und Wettbewerb*, 52. Jg., Nr. 12, S. 1151
- Knieps**, Günter, 2008, Wettbewerbsökonomie, Berlin
- Kommission** der Europäischen Gemeinschaften, 1996, Mitteilung über die Nichtfestsetzung oder die niedrigere Festsetzung von Kartellbußen im Kartellrecht, in: *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften*, Nr. C 207, 18.7.1996, S. 4–6
- Kommission** der Europäischen Gemeinschaften, 1997, Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, in: *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften*, Nr. C 372, 9.12.1997, S. 5–13

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, 1999, Weißbuch über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag, in: Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, Nr. C 132, 12.5.1999, S. 1–33

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, 2002, Entscheidung vom 5.12.2001 in einem Verfahren nach Artikel 81 EG-Vertrag und Artikel 53 EWR-Abkommen (Sache COMP/E-1/36.604 – Zitronensäure), in: Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, Nr. L 239, 6.9.2008, S. 18–65

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, 2004a, Bekanntmachung, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, in: Amtsblatt der Europäischen Union, Nr. C 101, 27.4.2004, S. 97–118

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, 2004b, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, in: Amtsblatt der Europäischen Union, Nr. C 31, 5.2.2004, S. 5–18

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, 2005, Grünbuch Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, KOM(2005) 672 endgültig, Brüssel, URL: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/de/com/2005/com2005_0672de01.pdf [Stand: 2010-05-04]

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, 2006, Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, in: Amtsblatt der Europäischen Union, Nr. C 210, 1.9.2006, S. 2–5

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, 2008a, Mitteilung über nach der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission zulässige Abhilfemaßnahmen, in: Amtsblatt der Europäischen Union, Nr. C 267, 22.10.2008, S. 1–27

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, 2008b, Weißbuch Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, KOM(2008) 165 endgültig, Brüssel, URL: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/whitepaper_de.pdf [Stand: 2010-05-04]

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, 2009, Mitteilung, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, KOM(2009) 864 endgültig, Brüssel

Künzler, Adrian, 2008, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?, Tübingen

LBR, 2010, LBR: Rating The Regulators, URL: <http://www.global-competition.com/rating/rating.htm#Germany> [Stand: 2010-04-27]

Lions, Bruce, 2008, An Economic Assessment of EC Merger Control: 1958–2007, CCP Working Paper, No. 08-17, URL: http://www.uea.ac.uk/polopoly_fs/1.104670!ccp08-17.pdf [Stand: 2010-03-29]

Mestmäcker, Ernst-Joachim / **Schweitzer**, Heike, 2004, Europäisches Wettbewerbsrecht, München

Monopolkommission, 1989, Konzeption einer europäischen Fusionskontrolle, Sondergutachten, Nr. 17, Baden-Baden

Monopolkommission, 1999, Kartellpolitische Wende in der Europäischen Union? Zum Weißbuch der Kommission vom 28.4.1999, Sondergutachten, Nr. 28, Baden-Baden

Monti, Mario, 2004, A reformed competition policy. Achievements and challenges for the future, Speech/04/477, Center for Economic Reform, URL: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/04/477&format=DOC&aged=1&language=EN&guiLanguage=en> [Stand: 2010-02-19]

Möschel, Wernhard, 1999, Europäische Wettbewerbspolitik auf Abwegen, in: Wirtschaftsdienst, 79. Jg., Nr. 8, S. 504–512

Möschel, Wernhard, 2004, Juristisches versus ökonomisches Verständnis eines Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen, in: Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb (Hrsg.), Die Wende in der Europäischen Wettbewerbspolitik, Referate des XXXVI. FIW-Symposiums, Köln, S. 55–66

Möschel, Wernhard, 2007, Behördliche oder privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts?, in: Wirtschaft und Wettbewerb, 57. Jg., Nr. 5, S. 483–492

Motta, Massimo, 2004, Competition Policy. Theory and Practice, Cambridge (UK)

Müller-Graff, Peter-Christian, 2007, Kommentierung zu Artikel III-162. Missbrauch marktbeherrschender Stellung, in: Vedder, Christoph / Heintschel von Heinegg, Wolff (Hrsg.), Europäischer Verfassungsvertrag, Baden-Baden, S. 470–479

NZZ – Neue Zürcher Zeitung, 2002, „Rule of reason“ im EU-Kartellrecht?, 223. Jg., Nr. 24, 30.1.2002

Oppermann, Thomas, 2005, Europarecht, München

Podszun, Rupprecht, 2009, Der More Economic Approach im Lauterkeitsrecht, in: Wettbewerb in Recht und Praxis, 55. Jg., Nr. 5, S. 509–518

Rat der Europäischen Gemeinschaften, 1989, Verordnung (EWG) Nr. 4064/1989 des Rates vom 31.12.1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, in: Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, Nr. L 395, 30.12.1989, S. 1–12

Rat der Europäischen Union, 2003, Verordnung Nr. 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, in: Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, Nr. L 1, 4.1.2003, S. 1–25

Rat der Europäischen Union, 2004, Verordnung Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (EG-Fusionskontrollverordnung), in: Amtsblatt der Europäischen Union, Nr. L 24, 29.1.2004, S. 1–22

Röller, Lars-Hendrik, 2005, Der ökonomische Ansatz in der europäischen Wettbewerbspolitik, in: Monopolkommission (Hrsg.), Zukunftsperspektiven der Wettbewerbspolitik, Baden-Baden, S. 37–46

Röller, Lars-Hendrik / **Buigues**, Pierre A., 2005, The Office of the Chief Competition Economist at the European Commission, URL: http://ec.europa.eu/dgs/competition/officechiefecon_ec.pdf [Stand: 2010-03-29]

Röllner, Lars-Hendrik / **Friederiszick**, Hans W., 2007, Ökonomische Analyse in der EU-Wettbewerbspolitik. Ein erstes Résumé, in: Baudenbacher, Carl (Hrsg.), Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht, 13. St. Galler Internationales Kartellrechtsforum 2006, Basel, S. 203–220, URL: http://www.esmt.org/fm/312/%C3%96konomische_Analyse_in_der_EU_Wettbewerbspolitik.pdf [Stand: 2010-03-23]

Röllner, Lars-Hendrik / **Strohm**, Andreas, 2007, Ökonomische Analyse des Begriffs „significant impediment to effective competition“, in: Säcker, Franz J. / Hirsch, Günther / Montag, Frank (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, Bd. 1, Europäisches Wettbewerbsrecht, München, S. 430–443

Röpke, Jochen, 1977, Die Strategie der Innovation, Tübingen

Schmidt, André, 2008a, Ordnungsökonomische Wettbewerbskonzepte: Die Wettbewerbspolitik im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Effizienz, in: ORDO – Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft, Bd. 59, S. 209–236

Schmidt, Ingo, 1981, Per se Rule oder Rule of Reason, in: WiSt – Wirtschaftswissenschaftliches Studium, 10. Jg., Nr. 6, S. 282–284

Schmidt, Ingo, 2005a, Hauptprobleme der 7. Kartellnovelle. Die Wende in der Kartellpolitik, in: Wirtschaftsdienst, 85. Jg., Nr. 8, S. 536–540

Schmidt, Ingo, 2005b, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, Stuttgart

Schmidt, Ingo, 2008b, More Economic Approach. Der Performance-Test als „invitation to nonenforcement“, in: Grusevaja, Marina / Wonke, Christoph / Hösel, Ulrike / Dunn, Malcolm H. (Hrsg.), Quo vadis Wirtschaftspolitik?, Frankfurt am Main, S. 65–74

Schmidt, Ingo / **Schmidt**, André, 2006, Europäische Wettbewerbspolitik und Beihilfenkontrolle, München

Schmidtchen, Dieter, 2005, Effizienz als Leitbild der Wettbewerbspolitik, in: Oberender, Peter (Hrsg.), Effizienz und Wettbewerb, Berlin, S. 9–41

Schmidtchen, Dieter, 2008, Wettbewerbsfreiheit oder Effizienz? Zur Zweisamkeit von Recht und Ökonomie im Bereich der Wettbewerbspolitik, in: ORDO – Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft, Bd. 59, S. 143–184

Schwalbe, Ulrich, 2005, Die Berücksichtigung von Effizienzgewinnen in der Fusionskontrolle. Ökonomische Aspekte, in: Oberender, Peter (Hrsg.), Effizienz und Wettbewerb, Berlin, S. 63–94

Schwalbe, Ulrich, 2009, Per-se Regeln und der „More Economic Approach“, in: Vanberg, Viktor J. (Hrsg.), Evolution und freier Wettbewerb. Erich Hoppmann und die aktuelle Diskussion, Tübingen, S. 61–77

Schwalbe, Ulrich / **Zimmer**, Daniel, 2006, Kartellrecht und Ökonomie, Frankfurt am Main

Seibt, Christoph H. / **Wollenschläger**, Bernward, 2009, Haftungsrisiken für Manager wegen fehlgeschlagener Post Merger Integration, in: Der Betrieb, 62. Jg., Nr. 30, S. 1579–1583

- Smith**, Adam, 1999 [1776], *Der Wohlstand der Nationen*, München
- Soltész**, Ulrich, 2010, Best practices der Kommission zum Kartellrecht. Noch kein Quantensprung, in: *EuZW – Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 21. Jg., Nr. 3, S. 81
- Spiegel Online**, 2010, Genehmigung durch EU-Kommission. Oracle darf Sun übernehmen, 21.1.2010, URL: <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/0,1518,673177,00.html> [Stand: 2010-04-30]
- Strohm**, Andreas, 2005, Effizienzgesichtspunkte und Europäische Wettbewerbspolitik, in: Oberender, Peter (Hrsg.), *Effizienz und Wettbewerb*, Berlin, S. 113–129
- Sturm**, Roland, 2008, Wettbewerbspolitik. Die Fortschritte ihrer Europäisierung, in: Bos, Ellen / Dieringer, Jürgen (Hrsg.), *Die Genese einer Union der 27*, Wiesbaden, S. 113–123
- The Economist**, 2010, Low definition. Trustbusters want to put less emphasis on market definition when assessing mergers, 27.2.2010, S. 76
- United States District Court** for the District of Columbia, 2000, Federal Trade Commission, H. J. Heinz Company et al., Public Version, URL: <http://www.ftc.gov/os/2000/07/heinzmemo.htm> [Stand: 2010-03-25]
- Wagener**, Hans-Jürgen / **Eger**, Thomas, 2009, *Europäische Integration*, München
- Wegmann**, Milène, 2008, Der Einfluss des Neoliberalismus auf das Europäische Wettbewerbsrecht 1946 bis 1965, Baden-Baden
- Weitbrecht**, Andreas / **Mühle**, Jan, 2008, Europäisches Kartellrecht 2003–2008, in: *EuZW – Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 19. Jg., Nr. 18, S. 551–560
- Williamson**, Oliver E., 1968, Economies as an antitrust defense. The welfare tradeoffs, in: *American Economic Review*, Vol. 58, No. 1, S. 18–36
- Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie**, 2000, Reform der Europäischen Kartellpolitik, Gutachten vom 1.7.2000, in: Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (Hrsg.), *Der Wissenschaftliche Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie*, Sammelband der Gutachten 1998 bis 2007, Stuttgart, S. 2105–2113

Kurzdarstellung

In der Europäischen Union ist ein Wandel der wettbewerbspolitischen Orientierung festzustellen. Erstens wurde das Anmeldeverfahren im Kartellrecht durch ein System der Legalausnahme ersetzt, bei dem begründete Ausnahmen vom allgemeinen Kartellverbot nicht mehr vorab bei den Wettbewerbsbehörden angemeldet werden müssen. Zweitens setzt der sogenannte More Economic Approach, der seit etwas mehr als zehn Jahren zunehmend verfolgt wird, weniger auf Per-se-Verbote von Wettbewerbsbeschränkungen, sondern will stärker die konkreten wirtschaftlichen Auswirkungen möglicher wettbewerbsbeschränkender Maßnahmen berücksichtigen. Dieser Ansatz findet sowohl bei der Missbrauchsaufsicht als auch bei der Fusionskontrolle Anwendung. In der Fusionskontrolle wird demnach besonderer Wert auf die möglichen Effizienzgewinne von Zusammenschlussvorhaben gelegt, die wettbewerbsbeschränkende Wirkungen aufwiegen können, wenn sie den Verbrauchern zugutekommen. Kritisch ist gegenüber dem neuen Ansatz vorzubringen, dass er die Prognostizierbarkeit der Wirkungen von Fusionen überschätzt. Viele Unternehmenszusammenschlüsse erfüllen nicht die in sie gesetzten Erwartungen und scheitern. Dieses empirisch beobachtbare Phänomen ist ein Beleg dafür, dass selbst Fusionsinsider kaum in der Lage sind, tragfähige Prognosen abzugeben.

Abstract

There has been a perceptible re-orientation of competition policy in the European Union. Firstly, in competition law the notification process has been replaced by a system of legal exceptions, so that justifiable exceptions to the general ban on cartels need no longer be notified to the competition authorities. Secondly, the more economic approach which has been increasingly applied over the last decade relies less on bans of non-competitive behaviour per se and takes more account of the specific economic effects of measures which could potentially impede competition. This approach is used in the control of both abusive practices and mergers. In the case of mergers control, particular weight is given to the potential efficiency gains to be achieved by proposed mergers, which, if they benefit consumers, could compensate for the detrimental effects on competition. Criticism can be levelled at the new approach in its overestimation of the predictability of the effects of mergers. Many company mergers do not live up to expectations and fail. This empirically observable phenomenon is evidence that even those involved in mergers struggle to deliver reliable forecasts.

Der Autor

Dr. rer. pol. **Berthold Busch**, geboren 1957 in Marburg an der Lahn; Studium der Volkswirtschaftslehre und Promotion an der Philipps-Universität Marburg; seit 1984 im Institut der deutschen Wirtschaft Köln, Arbeitsbereich Europäische Integration innerhalb des Wissenschaftsbereichs Wirtschaftspolitik und Sozialpolitik; seit 1999 Leiter der IW-Verbindungsstelle Brüssel.