

Markus Welzenbach

Die Vorbeugung preisbezogener Behinderungsmissbräuche in der Fusionskontrolle

Eine vergleichende Betrachtung unter besonderer
Berücksichtigung der europäischen, deutschen und
französischen Zusagenpraxis



Nomos

Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik

herausgegeben von
Prof. Dr. Florian Bien
Prof. Dr. Ulrich Schwalbe
Prof. Dr. Heike Schweitzer

begründet von
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ernst-Joachim Mestmäcker

Band 311

Markus Welzenbach

Die Vorbeugung preisbezogener Behinderungsmisbräuche in der Fusionskontrolle

Eine vergleichende Betrachtung unter besonderer
Berücksichtigung der europäischen, deutschen und
französischen Zusagenpraxis



Nomos

Diese Arbeit wurde durch ein Promotionsstipendium des Arbeitskreises Wirtschaft und Recht im Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft und durch Zuwendungen seitens der Deutsch-Französischen Hochschule gefördert.

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

Zugl.: Dissertation, Julius-Maximilians-Universität Würzburg/
Université Paris II Panthéon-Assas, 2021

ISBN 978-3-8487-8923-8 (Print)

ISBN 978-3-7489-3204-8 (ePDF)



Onlineversion
Nomos eLibrary

1. Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meinen Eltern und Hró

Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist im Rahmen eines Cotutelle-Promotionsverfahrens zwischen der Graduate School of Law, Economics & Society der Julius-Maximilians-Universität Würzburg und der Université Paris II Panthéon-Assas entstanden und wurde von beiden Fakultäten im Sommersemester 2021 als Dissertation angenommen. Sie wurde am 19. Oktober 2021 in Würzburg vor einer Jury de thèse, bestehend aus Prof. Dr. Florian Bien (Universität Würzburg), Prof. em. Dr. Laurence Idot (Université Paris II), Prof. Dr. Andreas Heinemann (Universität Zürich, Präsident der Schweizer Wettbewerbskommission) und Dr. Etienne Pfister (damaliger Chefökonom der Autorité de la concurrence, jetzt Partner bei RBB Economics), verteidigt. Bei allen Jurymitgliedern möchte ich mich herzlich dafür bedanken, dass sie dieses binationale Promotionsverfahren ermöglicht haben.

Auf deutscher Seite gilt mein Dank vor allem meinem Doktorvater Prof. Dr. Florian Bien, der mich nicht nur zu dem Thema der Arbeit, sondern auch zur Durchführung des deutsch-französischen Verfahrens ermutigt hat. Neben seinen wertvollen Ratschlägen verdanke ich ihm auch eine sowohl in fachlicher als auch persönlicher Hinsicht sehr prägende Zeit, die ich als wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl für globales Wirtschaftsrecht, internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Bürgerliches Recht verbringen durfte. Das produktive Arbeitsumfeld sowie die dort herrschende freundschaftliche Atmosphäre unter den Mitarbeitern werden mir immer in bester Erinnerung bleiben. Hierfür möchte ich mich zugleich bei allen ehemaligen Kolleginnen und Kollegen, insbesondere bei meinen Mitstreitern und Freunden Dr. Björn Becker, Moritz Fischer, Dr. Rüdiger Morbach und Agnès Reinhold, bedanken. Agnès Reinhold bin ich zudem für das Korrekturlesen der französischen Fassung meiner Dissertation sehr dankbar.

Du côté français, je voudrais, avant tout, remercier Madame le Professeur émérite Laurence Idot d'avoir accepté, sans hésitation, la co-direction de ma thèse, d'avoir accompagné et encouragé l'avancement du projet de thèse et d'avoir élaboré rapidement son rapport de soutenance. Je suis très reconnaissant que, outre ses conseils utiles, elle m'ait aussi donné la possibilité d'échanger sur mon projet de thèse avec plusieurs praticiens français renommés. Je voudrais également exprimer un grand merci à mes

Vorwort

collègues et amis franco-grecs Benjamin Blaquièrre, Docteur en droit, Evgenia Mitrovgeni-Polychronatou, Georgios Naziroglou, Docteur en droit, et Claire Saunier, Docteur en droit, qui m'ont accueilli chaleureusement à Paris et qui m'ont hébergé à plusieurs reprises pendant mes séjours de recherche en France.

Den Herausgebern der Schriftenreihe „Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik“ des Nomos-Verlags sei herzlichst für die Aufnahme meiner Arbeit gedankt. Besonderen Dank schulde ich zudem dem Arbeitskreis Wirtschaft und Recht im Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft, der mir ein Promotionsstipendium gewährte, und der Deutsch-Französischen Hochschule, die das Promotionsverfahren ebenfalls förderte.

Schließlich möchte ich meinen Eltern, Margit und Christof Welzenbach, für die stets liebevolle Unterstützung während Studium, Promotion und Referendariat danken. Der größte Dank gebührt jedoch zweifellos meiner Lebensgefährtin Argyro Triantafyllou. Da ich mich während der Promotionszeit immer auf ihre Unterstützung und ihr Verständnis verlassen konnte, hat sie ganz erheblich zum Gelingen dieses Projektes beigetragen. Aus diesem Grund ist die Arbeit neben meinen Eltern auch ihr gewidmet.

Würzburg, im April 2022

Markus Welzenbach

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	27
A. Hintergrund der Untersuchung	27
B. Gang der Darstellung	31
Erster Teil: Die <i>ex post</i> -Kontrolle preisbezogener Behinderungsmisbräuche	33
A. Formen des preisbezogenen Behinderungsmisbrauchs	33
I. Überblick	33
II. Kampfpreise im engeren Sinne	36
III. Missbräuchliche Rabattsysteme	37
IV. Kosten-Preis-Scheren	38
B. Maßnahmen des <i>public</i> und des <i>private enforcement</i> bei preisbezogenem Behinderungsmisbrauch	39
I. Behördliche Maßnahmen	39
II. Privater Rechtsschutz	41
C. Praktische Schwierigkeiten und Nachteile der <i>ex post</i> -Kontrolle	41
I. Praktische Schwierigkeiten für die Wettbewerbsbehörden	41
II. Schwierigkeiten bei der privaten Kartellrechtsdurchsetzung	43
III. Abnahme der vom Missbrauchsverbot ausgehenden Abschreckungswirkung	44
D. Reformbestrebungen im Hinblick auf die retrospektive Missbrauchsaufsicht	45
I. Aufnahme einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungsmöglichkeit in das GWB?	46
II. Die beabsichtigte Einführung der missbrauchsunabhängigen <i>injonction structurelle</i> in Frankreich	46
III. Die Verabschiedung des § 19a GWB und des DMA	47
E. Fazit	49

Inhaltsverzeichnis

Zweiter Teil: Drohende preisbezogene Behinderungsmisbräuche als Teil der wettbewerblichen Bedenken bei Fusionen	50
A. Der Zusammenhang zwischen den Schadenstheorien bei Fusionen und drohenden preisbezogenen Behinderungsmisbräuchen	50
I. Die gestiegene Bedeutung des künftigen Unternehmensverhaltens in der Fusionskontrolle	50
II. Die im Anschluss an eine Fusion drohenden Missbrauchsformen	53
1. Fusionen mit horizontalen Auswirkungen	54
a) Schadenstheorien	54
b) Drohende preisbezogene Behinderungsmisbräuche	55
2. Fusionen mit vertikalen Auswirkungen	56
a) Schadenstheorien	56
b) Drohende preisbezogene Behinderungsmisbräuche	57
(1) Die Gefahr einer Kosten-Preis-Schere	57
(2) Beispiele aus der Praxis	58
i. Der Fall <i>Canal Plus/TPS</i>	59
(a) Überblick über das Verfahren	59
(b) Wettbewerbsbedenken	60
ii. Der Fall <i>KPN/Reggefiber</i>	60
(a) Die Parteien und das Vorhaben	60
(b) Wettbewerbsbedenken	61
3. Fusionen mit konglomeraten Auswirkungen	62
a) Schadenstheorien	62
b) Drohende preisbezogene Behinderungsmisbräuche	63
(1) Die Gefahr des Einsatzes missbräuchlicher Bündelrabatte	63
(2) Beispiele aus der Praxis	64
i. Der Fall <i>Eurotunnel/Actifs de SeaFrance</i>	65
ii. Der Fall <i>Canal Plus Overseas/Mediaserv u.a.</i>	65
(a) Die Parteien und das Vorhaben	65
(b) Wettbewerbsbedenken	66
iii. Der Fall <i>RATP Développement/Keolis</i>	67
(a) Die Parteien und das Vorhaben	67
(b) Wettbewerbsbedenken	67
iv. Der Fall <i>Telia Company/Bonnier Broadcasting Holding</i>	68
(a) Die Parteien und das Vorhaben	68
(b) Wettbewerbsbedenken	68

4. Fazit	69
a) Horizontale Fusionswirkungen	69
b) Vertikale und konglomerate Fusionswirkungen	70
B. Der Nachweis zukünftiger preisbezogener Behinderungsmöglichkeiten im Rahmen der Fusionskontrollprüfung	71
I. Von der Rechtsprechung aufgestellte Anforderungen an den Nachweis eines zukünftigen wettbewerbswidrigen Verhaltens	71
1. Die <i>Tetra Laval</i> -Entscheidung des EuG	72
a) Überblick über das Verfahren	72
b) Die Differenzierung zwischen strukturellen und verhaltensbezogenen Konglomeratwirkungen	73
c) Anforderungen an den Nachweis verhaltensbezogener Konglomeratwirkungen	74
d) Vorgaben in Bezug auf die Anreizprüfung	75
(1) Die Pflicht zur Berücksichtigung der von den Wettbewerbsvorschriften ausgehenden Abschreckungswirkung	75
(2) Die Pflicht zur Berücksichtigung von Verhaltenszusagen	76
2. Die <i>Tetra Laval</i> -Entscheidung des EuGH	76
a) Bestätigung der grundsätzlichen Anforderungen an den Nachweis verhaltensbezogener Konglomeratwirkungen	76
b) Ablehnung einer strengen Prüfung der von den Wettbewerbsvorschriften ausgehenden Abschreckungswirkung	77
3. Die <i>General Electric</i> -Entscheidung des EuG	78
a) Überblick über das Verfahren	78
b) Bestätigung und Präzisierung der <i>Tetra Laval</i> - Rechtsprechung in Bezug auf konglomerate Fusionswirkungen	79
c) Ausweitung der Nachweisanforderungen auf vertikale Fusionswirkungen	80
d) Mögliche Beweismittel für den Nachweis der Wahrscheinlichkeit eines zukünftigen Verhaltens	81
4. Die Entscheidungen <i>Impala</i> und <i>Cisco</i>	82
a) Die <i>Impala</i> -Entscheidung	82
b) Die <i>Cisco</i> -Entscheidung	83

Inhaltsverzeichnis

5. Zwischenfazit: Kein Ende konglomerater Schadenstheorien	84
II. Beweisführung in der Behördenpraxis	86
1. Überblick	86
2. Beweisführung im Hinblick auf die Abschottung von Einsatzmitteln	87
a) Die Prüfung der Fähigkeit zur Abschottung	87
b) Die Prüfung des Anreizes zur Abschottung	88
c) Die Ermittlung der voraussichtlichen Gesamtauswirkungen auf den wirksamen Wettbewerb	90
3. Beweisführung im Hinblick auf konglomerate Bündelstrategien	91
a) Die Prüfung der Fähigkeit zur Abschottung	91
b) Die Prüfung des Anreizes zur Abschottung	92
c) Die Ermittlung der voraussichtlichen Gesamtauswirkungen auf den wirksamen Wettbewerb	93
III. Praktische Schwierigkeiten und Nachteile in Bezug auf die gegenwärtige Behördenpraxis	93
1. Die aufwändige Ermittlung der wahrscheinlichen Kausalketten	94
a) Die zunehmende „Materialschlacht“ in Fusionskontrollverfahren	94
b) Die Verschärfung der praktischen Schwierigkeiten infolge der kurzen Prüffristen	95
2. Die Ungewissheiten bei der Prognose des künftigen Unternehmensverhaltens und des Marktergebnisses	97
3. Die Justiziabilität von Wirtschaftlichkeitsanalysen	99
a) Der unklare Beurteilungsspielraum der Europäischen Kommission	99
b) Praktische Schwierigkeiten bei der gerichtlichen Kontrolle ökonomischer Analysen	101
4. Die nachträgliche Missbrauchsaufsicht als anreizhemmender Faktor?	103
a) Die unterschiedlichen Positionen in der Gerichts- und Behördenpraxis	103
b) Abschreckungswirkung bei preisbezogenem Behinderungsmissbrauch fraglich	103
c) Argumente gegen die Berücksichtigung einer von der nachträglichen Missbrauchsaufsicht ausgehenden Abschreckungswirkung	104

d) Die Vorteile eines präventiven Eingreifens	107
5. Argumente gegen eine strenge Profitabilitätsprüfung in Bezug auf drohende preisbezogene Behinderungsmisbräuche	109
a) Rentabilität keine konstitutive Voraussetzung für die Annahme eines Missbrauchs	109
b) Gewinnmaximierung nicht alleiniges Motiv einer Kampfpreisstrategie	110
6. Ergebnis	113
IV. Vorschläge zur Änderung der Beweisführung	114
1. Der Vorschlag von <i>Eißler</i>	114
a) Inhalt des Vorschlags	114
b) Kritische Würdigung	115
(1) Vorteile des Ansatzes	115
(2) Schwächen des Ansatzes	116
i. Konflikt mit Grundprinzipien des Fusionskontrollverfahrens	116
ii. Praktische Schwierigkeiten	117
(3) Fazit	119
2. Der Vorschlag von <i>Eilmansberger/Bien</i>	119
a) Inhalt des Vorschlags	119
b) Kritische Würdigung	120
(1) Vorteile des Ansatzes	120
(2) Schwächen des Ansatzes	121
i. Die Notwendigkeit der unterschiedlichen Behandlung vertikaler und konglomerater Abschottungsstrategien	122
(a) Unterschiedlicher Strukturbezug der Fusionstypen	122
(b) Unterschiedliches Gefährdungspotenzial der in Rede stehenden Verhaltensweisen	123
ii. Missbrauchsgeneigte Marktbedingungen in Vertikalfällen eher anzunehmen	124
(3) Fazit	126
3. Eigener Vorschlag	127
a) Beweisführung in Bezug auf eine drohende Kosten- Preis-Schere	127
(1) Grad der Marktbeherrschung im vorgelagerten Markt	128
(2) Die Bedeutung des Vorleistungsprodukts	128

Inhaltsverzeichnis

(3) Entschärfung des Missbrauchspotenzials durch strukturelle Gegebenheiten der nachgelagerten Märkte?	129
(4) Keine Prognose der konkreten Auswirkungen der Verhaltensweise	130
b) Beweisführung in Bezug auf drohende konglomerate Bündelrabatte	130
(1) Prüfkriterien im Hinblick auf die <i>Fähigkeit</i> zum Einsatz von Bündelrabatten	131
(2) Prüfkriterien im Hinblick auf den <i>Anreiz</i> zum Einsatz von Bündelrabatten	131
(3) Keine Prognose der konkreten Auswirkungen der Verhaltensweise	133
 Dritter Teil: Fusionskontrollrechtliche Maßnahmen gegen eine drohende Kosten-Preis-Schere	 134
A. Freigabe mit Abhilfemaßnahmen oder Untersagung des Zusammenschlussvorhabens?	134
I. Untersagung des Zusammenschlussvorhabens	134
II. Freigabe mit Abhilfemaßnahmen	135
1. Bedingte Freigabe nach Zusagen der Fusionsparteien	135
2. Einseitige behördliche Vorgaben („ <i>injonctions</i> “ und „ <i>prescriptions</i> “) nach französischem Recht	137
3. Rechtsfolgen bei Verstößen gegen Abhilfemaßnahmen	138
a) Auf europäischer und deutscher Ebene	138
b) In Frankreich	139
III. Die größere praktische Bedeutung von Abhilfeentscheidungen	140
1. Überblick über die Entscheidungspraxis	140
2. Gründe für die größere praktische Bedeutung von Abhilfeentscheidungen	141
IV. Fazit	145
B. Die Wahl der anzuwendenden Abhilfemaßnahme	145
I. Überblick über das Spektrum möglicher Abhilfemaßnahmen	145
II. Veräußerungszusagen	148
1. Die Präferenz der Wettbewerbsbehörden für Veräußerungszusagen	148

2. Mögliche Arten von Veräußerungsverpflichtungen zur Verhinderung einer Kosten-Preis-Schere	149
a) Veräußerungen betreffend den vorgelagerten Markt	150
(1) Teilweise Veräußerung des vorgelagerten Geschäftsbereichs	151
i. Wirkungsweise der Maßnahme	151
ii. Beispiele aus der Praxis	151
(2) Vollständige Veräußerung des vorgelagerten Geschäftsbereichs	152
i. Wirkungsweise der Maßnahme	152
ii. Keine Unverhältnismäßigkeit der Maßnahme	152
iii. Strukturelle Entflechtungen in der Fusionskontrollpraxis	154
b) Veräußerungen betreffend den nachgelagerten Markt	154
(1) Teilweise Veräußerung des nachgelagerten Geschäftsbereichs	154
(2) Vollständige Veräußerung des nachgelagerten Geschäftsbereichs	155
3. Praktische Grenzen im Hinblick auf Veräußerungsverpflichtungen	156
a) Unmöglichkeit der Veräußerung einer lebens- und wettbewerbsfähigen Einheit	156
b) Effizienzgewinne infolge vertikaler Integration	157
c) Das Verfolgen besonderer wettbewerblicher Ziele (Fall <i>CCIP/Unibail</i>)	159
d) Kein geeigneter Erwerber ersichtlich	160
4. Fazit	161
III. Verhaltenszusagen	162
1. Die Anwendbarkeit verhaltensbezogener Abhilfemaßnahmen	162
a) Die Bedenken im Zusammenhang mit verhaltensbezogenen Zusagen	162
b) Die besonders kritische Haltung gegenüber Verhaltenszusagen in Deutschland	164
(1) Das Verbot einer laufenden Verhaltenskontrolle gemäß § 40 Abs. 3 S. 2 GWB	164

Inhaltsverzeichnis

(2) Die Umsetzung des Verbots einer laufenden Verhaltenskontrolle in der Kartellamtspraxis	166
i. Die Einschränkung des Anwendungsbereichs von Verhaltenszusagen im Leitfaden „Zusagen in der Fusionskontrolle“	166
ii. Die generelle Ablehnung bestimmter Zusagentypen	168
iii. Die geringe Bedeutung von eigenständigen Verhaltenszusagen in der jüngeren Amtspraxis	169
c) Die größere Bedeutung von Verhaltenszusagen in der französischen Fusionskontrollpraxis	171
(1) Überblick über die bisherige Praxis	171
(2) Gründe für die größere Offenheit gegenüber Verhaltenszusagen	172
i. Die frühere Zuständigkeit des Wirtschaftsministers und ihre Auswirkungen auf die aktuelle Zusagenpraxis	173
ii. Der pragmatische und stärker einzelfallbezogene Ansatz der Autorité	174
(3) Eine strengere Haltung gegenüber Verhaltenszusagen in der zukünftigen Behördenpraxis?	175
d) Stellungnahme: Die generelle Eignung von Verhaltenszusagen	176
(1) Die Risiken einer großzügigen Entgegennahme von Verhaltenszusagen	176
(2) Argumente gegen eine restriktive Haltung gegenüber Verhaltenszusagen	178
i. Verstöße auch bei strukturellen Zusagen möglich	178
ii. Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Struktur- und Verhaltenszusagen	181
iii. In der Praxis oftmals Maßnahmenpakete	181
iv. Die Vorteile von Verhaltenszusagen	182
(3) Fazit	183
e) Würdigung der deutschen Praxis im Hinblick auf § 40 Abs. 3 S. 2 GWB	184
(1) Die Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen zulässigen und unzulässigen Verhaltenszusagen	185

(2) Die bisweilen mangelnde Kohärenz in der Amtspraxis	186
(3) Die mögliche Privilegierung von Gemeinschaftsunternehmen	187
i. Der Fall <i>Telekom/EWE</i>	188
ii. Kritik	189
(4) Fazit	191
f) Lösungsansätze bezüglich der deutschen Rechtslage	191
(1) <i>De lege lata</i> : Restriktive Auslegung des § 40 Abs. 3 S. 2 GWB	191
i. Kein Verstoß gegen § 40 Abs. 3 S. 2 GWB bei zeitlich begrenzter Verhaltensverpflichtung	192
ii. Festlegung einer konkreten Höchstdauer für verhaltensbezogene Zusagen	193
iii. Keine Einbeziehung der Überwachungstätigkeit Dritter in das Verbot der laufenden Verhaltenskontrolle	194
(2) <i>De lege ferenda</i> : Ersatzlose Streichung des § 40 Abs. 3 S. 2 GWB	197
(3) Fazit	198
2. Zugangszusagen	198
a) Zielsetzungen von Zugangsverpflichtungen	198
b) Mögliche Bedenken im Hinblick auf die Wirksamkeit von Zugangszusagen	199
(1) Fehlende Wirksamkeit von Zugangszusagen laut der Merger Remedies Study?	199
(2) Eignung zur nachhaltigen Beseitigung der Wettbewerbsprobleme?	201
i. Die unterschiedliche Bedeutung des Kriteriums des nachhaltigen strukturellen Effekts von Zusagen in der Behördenpraxis	201
(a) Bundeskartellamt	201
(b) Europäische Kommission	202
(c) Autorité de la concurrence	202
ii. Stellungnahme	203
(a) Berücksichtigung des Prognosecharakters der Entscheidung	204
(b) Differenzierung nach den konkret betroffenen Märkten	204

Inhaltsverzeichnis

(c) Nachhaltige Lösung aufgrund eines Maßnahmenbündels	206
c) Fazit	206
3. Lieferzusagen	207
a) Zielsetzungen von Lieferverpflichtungen	207
b) Mögliche Bedenken im Hinblick auf die Wirksamkeit von Lieferverpflichtungen	208
c) Fazit	209
C. Die Dauer verhaltensbezogener Abhilfemaßnahmen	210
I. Festlegung einer absoluten Laufzeit	210
1. Die Schwierigkeiten bei der Festlegung der Laufzeit einer Maßnahme	210
2. Die Praxis der Wettbewerbsbehörden	211
a) Autorité de la concurrence	211
b) Bundeskartellamt	213
(1) Begleitende Lieferpflichten	213
(2) Eigenständige Verhaltenszusagen	213
3. Stellungnahme und Fazit	214
II. Auflösend bedingte Verhaltenspflichten	216
1. Der Fall <i>Friesland Foods/Campina</i>	216
a) Überblick über das Zusammenschlussvorhaben	216
b) Die Abhilfemaßnahmen hinsichtlich des Zugangs zu Rohmilch	217
(1) Befristete Liefervereinbarungen	217
(2) Milchlieferungen über die Dutch Milk Foundation	217
(3) Austrittsprämien für bestehende Genossenschaftsmitglieder	218
c) Zwischenergebnis	219
2. Bewertung	220
a) Auf den konkreten Einzelfall zugeschnittene Abhilfemaßnahmen	220
b) Bedenken im Zusammenhang mit auflösend bedingten Verhaltenspflichten	221
c) <i>Ex post</i> -Bewertung der Maßnahmen	222
3. Fazit	224

D. Die Konkretisierung verhaltensbezogener Verpflichtungen	225
I. Materielle Vorgaben an die Fusionsparteien	226
1. Materielle Vorgaben hinsichtlich des Vorleistungspreises	226
a) Die knappen Ausführungen in den Behördenleitfäden	226
(1) Abhilfemaßnahmenmitteilung der Kommission	226
(2) Zusagenleitfaden des Bundeskartellamtes	227
(3) Lignes directrices der Autorité de la concurrence	228
b) Präzise Festsetzung des Vorleistungspreises in Form von <i>price caps</i>	228
(1) Beispiele aus der Praxis	229
i. Der Fall <i>Verbund/Energie Allianz</i>	229
(a) Das Vorhaben und die Wettbewerbsbedenken	229
(b) Abhilfemaßnahmen	230
ii. Der Fall <i>Telekom Austria/eTel Austria u.a.</i>	230
(a) Das Vorhaben und die Wettbewerbsbedenken	230
(b) Abhilfemaßnahmen	231
iii. Der Fall <i>KPN/Reggefiber</i>	232
(2) Bewertung	232
i. Vorteile einer präzisen Vorleistungspreisfestsetzung	232
ii. Schwierigkeiten und Nachteile im Zusammenhang mit einer präzisen Vorleistungspreisfestsetzung	233
(a) Aufwändige Berechnung sowie fehlende Ressourcen der Wettbewerbsbehörde	233
(b) Die Notwendigkeit komplexer Preisanpassungsregelungen	235
(c) Mögliche negative Auswirkungen einer präzisen Regulierung des Vorleistungspreises	236
iii. Fazit	237
c) Zugang zu FRAND-Bedingungen	238
(1) Inhalt und Anwendungsbereich von FRAND-Zusagen	238
(2) Bewertung	239
i. Vorteile von FRAND-Zusagen	239

Inhaltsverzeichnis

ii.	Praktische Schwierigkeiten und Nachteile im Zusammenhang mit FRAND-Zusagen	240
(a)	Kontrollprobleme infolge des wenig präzisen Inhalts	240
(b)	Kein hinreichender Schutz vor einer Kosten-Preis-Schere	242
iii.	Fazit	243
d)	Zugang zu „marktüblichen Bedingungen“	244
(1)	Inhalt der Zusage	244
(2)	Bewertung	245
i.	Kontrollschwierigkeiten	245
ii.	Marktübliche Bedingungen nicht gleichbedeutend mit Wettbewerbspreisen	245
iii.	Fazit	247
e)	Diskriminierungsfreier Vorleistungspreis ohne Kosten-Preis-Scheren-Effekt	247
(1)	Der Zusammenschluss <i>Canal Plus/TPS</i>	248
(2)	Der Zusammenschluss <i>Canal Plus Overseas/Mediaserv u.a.</i>	250
i.	Wettbewerbsbedenken	250
ii.	Abhilfemaßnahmen	250
(3)	Der Zusammenschluss <i>SFR/Numericable</i>	252
i.	Die Parteien und das Vorhaben	252
ii.	Wettbewerbsbedenken	252
iii.	Abhilfemaßnahmen	253
iv.	Die mit der Öffnung des Kabelnetzes verfolgten Ziele	254
(4)	Bewertung am Beispiel <i>Canal Plus Overseas/Mediaserv u.a.</i>	256
i.	Die unterschiedliche Ausgestaltung der Abhilfemaßnahmen	256
ii.	Der Mehrwert des Kosten-Preis-Scheren-Verbots	256
iii.	Die schwierige Kontrolle in der Praxis	258
iv.	Fazit	259
f)	Relative Preissetzung	260
(1)	Einführung: Preissetzung in Relation zu den Kosten bzw. Endkundenpreisen der fusionierten Einheit	260

(2) Die Notwendigkeit eines zusätzlichen Preisabschlags zugunsten der Wettbewerber?	262
i. Argumente gegen einen Preisabschlag	263
(a) Zwang zur Subventionierung der Wettbewerber	263
(b) Fehlende Neutralität der Abhilfemaßnahmen und Schutz weniger effizienter Wettbewerber	263
ii. Argumente für einen Preisabschlag	264
(a) Margenbeschneidung trotz preislicher Gleichbehandlung möglich	264
(i.) Preisliche Gleichbehandlung als Vorgabe in Abhilfemaßnahmen	265
(ii.) Kein hinreichender Schutz vor einer Kosten-Preis-Schere	265
(b) Vorleistungspreise der eigenen nachgelagerten Einheit bisweilen keine Wettbewerbspreise	266
(c) Anregung des Wettbewerbs und Erleichterung des Markteintritts	268
(d) Vorübergehender Schutz des Restwettbewerbs in der Übergangsphase nach der Fusion	270
(i.) Die Zusagen im Rahmen der <i>Bahnstrom</i> -Entscheidung der Kommission	271
(ii.) Die Übertragbarkeit des Maßnahmeninhalts auf fusionskontrollrechtliche Verpflichtungen	272
(3) Fazit	272
2. Materielle Vorgaben hinsichtlich des Endkundenpreises	273
a) Die geringe praktische Bedeutung der Endkundenpreisregulierung	274
b) Argumente gegen eine Regulierung des Endkundenpreises	275
(1) Kein Substitut für eine unmögliche oder unzweckmäßige Veräußerung	275
(2) Senkung der Endkundenpreise mitunter sehr unwahrscheinlich	276

Inhaltsverzeichnis

(3) Die Regulierung des Endkundenpreises als unpopuläre Maßnahme	277
c) Ergebnis	278
II. Verfahrensspezifische Vorkehrungen	278
1. Pflicht zur Abstimmung der Abhilfemaßnahmen mit den Regulierungsbehörden	279
a) Die unterschiedlichen Formen der Mitwirkung einer Regulierungsbehörde	279
b) Die besondere Rolle der Regulierungsbehörde im Fall <i>KPN/Reggefiber</i>	280
c) Bewertung	282
(1) Hintergründe und Vorteile des starken Einflusses der OPTA im Fall <i>KPN/Reggefiber</i>	282
(2) Unklare Kompetenzverteilung als mögliche Folge einer engen Behördenkooperation	284
(3) Das Risiko unzureichender Regulierungsentscheidungen	286
d) Fazit	287
2. Pflicht zur Veröffentlichung eines Referenzangebots	287
a) Referenzangebot ohne Genehmigungsvorbehalt (Fall <i>Canal Plus/TPS</i>)	288
(1) Die verfahrensspezifischen Vorgaben in den Abhilfemaßnahmen	288
(2) Bewertung	289
(3) Fazit	290
b) Referenzangebot mit Genehmigungsvorbehalt und durchzuführendem Kosten-Preis-Scheren-Test (Fall <i>SFR/Numericable</i>)	290
(1) Die verfahrensspezifischen Vorgaben in den Abhilfemaßnahmen	290
(2) Die Genehmigungsentscheidung hinsichtlich des Referenzangebots	291
i. Verfahrensablauf	291
ii. Inhalt der Genehmigungsentscheidung	292
(3) Bewertung	294
i. Vorteile des Vorgehens im Fall <i>SFR/</i> <i>Numericable</i>	294
(a) Die Behebung des Informationsdefizits seitens der Wettbewerbsbehörde	294

(b) Der beträchtliche Zeitgewinn für die Wettbewerbsbehörde	295
(c) Die Einführung einer weiteren Kontrollebene	295
(d) Eine transparente Preissetzung für die Wettbewerber	296
ii. Praktische Schwierigkeiten und Nachteile im Hinblick auf das Vorgehen im Fall <i>SFR/Numericable</i>	297
(a) Die langfristige Bindung behördlicher Ressourcen	297
(b) Der fehlende Anreiz zur zügigen Umsetzung der Zusagen	299
(c) Mögliche zwischenzeitliche Preisänderungen	300
(d) Die Nachteile für die Wettbewerber	300
(e) Die Möglichkeit einer faktischen Verkürzung der Zusagendauer	300
iii. Schlussfolgerungen und Möglichkeiten zur Optimierung des Genehmigungsverfahrens	301
(a) Kurze Zeitfristen für die Genehmigung des Referenzangebots	301
(b) Konkrete Vorgaben in den Abhilfemaßnahmen in Bezug auf den durchzuführenden Kosten-Preis-Scheren-Test	302
(c) Aufschiebend bedingte Freigabeentscheidung	303
iv. Fazit	305
E. Besondere Überwachungs- und Durchsetzungsmechanismen bei verhaltensbezogenen Abhilfemaßnahmen	306
I. Die Einbeziehung eines Überwachungstreuhänders	306
II. Die Kontrolle durch Wettbewerber	308
1. Die selbstständige Durchsetzung der Zusagen mit Hilfe von Schiedsklauseln	308
2. Die unterschiedliche Bedeutung von Schiedszusagen in der Praxis der Wettbewerbsbehörden	309
3. Kompetenzstreitigkeiten durch die Aufnahme von Schiedsklauseln?	312
4. Der praktische Mehrwert von Schiedszusagen	313

Inhaltsverzeichnis

5. Fehlender Bedarf an Streitschlichtungsmechanismen wegen möglicher behördlicher Konkretisierungsverfahren?	314
a) Eine sinnvolle Ergänzung behördlicher Verfahrensvorkehrungen	315
b) Eine „Auffanglösung“ bei nicht durchführbaren behördlichen Konkretisierungsverfahren	315
III. Ergebnis	316
Vierter Teil: Besonderheiten bei fusionskontrollrechtlichen Maßnahmen gegen drohende konglomerate Bündelrabatte	318
A. Veräußerungszusagen	318
I. Veräußerungen bei horizontalen und konglomeraten Bedenken	319
II. Veräußerungen bei rein konglomeraten Bedenken	319
III. Fazit	320
B. Verhaltenszusagen	320
I. Vorübergehende Übertragung einer Geschäftstätigkeit an einen Dritten	321
1. Der Fall <i>Antilles Glaces/Brasserie Lorraine</i>	321
2. Der Fall <i>RATP Développement/Keolis</i>	322
II. Vorübergehende Lizenzerteilung	323
III. Verzicht auf Bündelrabatte	323
1. Reine Verhaltenszusagen gegen konglomerate Fusionswirkungen?	324
a) Kommission und Autorité de la concurrence	324
b) Bundeskartellamt	325
(1) Die offenen Fragen im Hinblick auf das Verbot einer laufenden Verhaltenskontrolle	325
(2) Die nicht immer kohärente Entscheidungspraxis des Bundeskartellamts	327
i. Der Fall <i>Bild.de/T-Online</i>	327
ii. Der Fall <i>Getinge/Heraeus</i>	328
iii. Der Fall <i>Axel Springer/ProSiebenSat.1</i>	330
c) Stellungnahme	331
2. Das Verbot von Bündelrabatten in der französischen Praxis	333
a) Der Fall <i>Lactalis/Pochat</i>	334

b) Der Fall <i>Somfy/Zurflüh-Feller</i>	334
c) Der Fall <i>LDC Volaille/Arrivé</i>	335
d) Der Fall <i>Eurotunnel/Actifs de SeaFrance</i>	335
e) Der Fall <i>Canal Plus Overseas/Mediaserv u.a.</i>	336
f) Der Fall <i>Antilles Glaces/Brasserie Lorraine</i>	337
g) Der Fall <i>Labeyrie Fine Foods/Les Aquaculteurs Landais/ Groupe Aqualande</i>	338
h) Der Fall <i>Ecolab/Anios</i>	339
3. Bewertung der französischen Praxis	340
a) Eignung der Zusagen zur nachhaltigen Ausräumung der Wettbewerbsbedenken?	340
b) Kontrollierbarkeit der Zusagen?	342
(1) Die Unterschiede im Hinblick auf die ergänzenden Verpflichtungen	342
(2) Stellungnahme	343
c) Preisregulierung als mildere Alternativlösung?	344
IV. Abschließende Stellungnahme und Empfehlungen zu den möglichen Arten von Verhaltenszusagen	346
Fünfter Teil: Ergebnis der Untersuchung	349
Literaturverzeichnis	359
Materialienverzeichnis	371
A. Europäische Kommission	371
B. Bundeskartellamt	372
C. Autorité de la concurrence	372
D. Andere Behörden und internationale Organisationen	373
E. Sonstige Materialien	374
Verzeichnis zitierter Entscheidungen	377
A. Unionsgerichtsbarkeit	377
I. Europäischer Gerichtshof	377
II. Europäisches Gericht	377
B. Deutsche Gerichtsbarkeit	378
I. Bundesgerichtshof	378
II. Oberlandesgericht Düsseldorf	378

Inhaltsverzeichnis

C. Französische Gerichtsbarkeit	378
I. Conseil constitutionnel	378
II. Conseil d'État	379
D. Entscheidungen der Kartellbehörden	379
I. Europäische Kommission	379
II. Bundeskartellamt	381
III. Autorité de la concurrence	382
IV. Entscheidungen des französischen Wirtschaftsministers	384
V. Andere Kartellbehörden	384