
Vorlesungseinheit 7 – 20.5.2019

Auswirkungen horizontaler Zusammenschlüsse

Dr. Romina Polley

1

Gliederung Einheit 7 Auswirkungen horizontaler Zusammenschlüsse

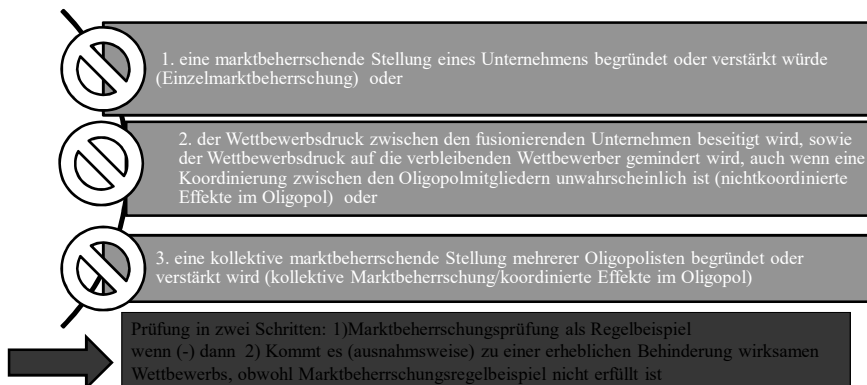
- I. **Beurteilung im Rahmen der Falllösung**
- II. **Anhaltspunkte für den Eintritt nicht-koordinierter Wirkungen**
- III. **Unilaterale (nichtkoordinierte) Effekte – die unmittelbare Anwendung des SIEC-Kriteriums**
- IV. **Anhaltspunkte für den Eintritt koordinierter Wirkungen**
- V. **Ausgleichsfaktoren**
- VI. **Der Fall T-mobile Austria/tele.ring**

Dr. Romina Polley

2

Grundlegendes zur materiellen Beurteilung iRd Falllösung Reichweite des SIEC-Test

„SIEC-Test = Marktbeherrschungstest + Erfassung nichtkoordinierter (unilateraler) Effekte im Oligopol“
→ Kommission wird Zusammenschlüsse für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklären (also untersagen), wenn durch sie



Dr. Romina Polley

3

Marktbeherrschung

Theories of Harm - EU

- Rechtsquellen
 - Art. 2 Abs. 3 FKVO:

„Zusammenschlüsse, durch die wirksamer Wettbewerb im gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde, insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, sind für mit dem gemeinsamen Markt unvereinbar zu erklären.“
 - Leitlinien für die Kommission für die Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse – Horizontal Merger Guidelines – ABL 2004 C 31/5
 - Leitlinien der Kommission zur Bewertung nicht horizontaler Zusammenschlüsse – Non Horizontal Merger Guidelines – ABL 2008 C 265/6
 - Entscheidungspraxis der EU-Kommission und der EU-Gerichte
- Gesamtwürdigung gem. Art. 2 Abs. 1 FKVO

Einzelmarktbeherrschung liegt vor, wenn ein einzelnes Unternehmen eine wirtschaftliche Machtposition inne hat, die es in die Lage versetzt einseitig – d. h. ohne Koordinierung mit anderen Unternehmen –, weitgehend unabhängig am Markt zu agieren, ohne daran durch den Wettbewerbsdruck von Seiten der Wettbewerber oder der Nachfrager nennenswert gehindert zu werden.



Die post-merger möglichen **einseitigen Verhaltensweisen** gegenüber den Wettbewerbern, Abnehmern und Verbrauchern werden als **nicht-koordinierte** bzw. **unilaterale** Effekte bezeichnet.

Dr. Romina Polley

4

Prüfungskriterien

Die Anhaltspunkte im Überblick für Marktbeherrschung und unilaterale Effekte

- Ob Anhaltspunkte für den Eintritt nicht-koordinierter Wirkungen nach dem Zusammenschluss bestehen, prüft die Kommission gemäß den Leitlinien für horizontale Zusammenschlüsse anhand von sechs Kriterien:

„Eine Reihe von Faktoren, die für sich genommen nicht unbedingt Ausschlag gebend sind, können darüber entscheiden, ob spürbare nicht koordinierte Wirkungen von einem Zusammenschluss zu erwarten sind. Es müssen nicht alle Faktoren gegeben sein, damit diese Wirkungen angenommen werden können. Auch ist dies nicht als eine erschöpfende Aufzählung anzusehen.“ (Rn. 26)

- ❖ Hohe Marktanteile der fusionierenden Unternehmen (Rn. 27),
- ❖ Fusionierende Unternehmen sind nahe Wettbewerber (Rn. 28 ff.),
- ❖ Möglichkeiten der Kunden, zu einem anderen Anbieter zu wechseln (Rn. 31),
- ❖ die Möglichkeit der Wettbewerber, ihr Angebot zu erhöhen (Rn. 32 ff.),
- ❖ Fähigkeit des fusionierten Unternehmens, die Wettbewerber am Wachstum zu hindern (Rn. 36) und
- ❖ Beseitigung einer wichtigen Wettbewerbskraft durch den Zusammenschluss (Rn. 37 f.).

1) Marktstruktur: Marktanteil und Marktkonzentration

Marktanteile als Ausgangspunkt der Untersuchung auf nicht-koordinierte Wirkungen

- je größer die Absatzbasis, auf der höhere Gewinnspannen nach einer Preiserhöhung erzielt werden können, umso wahrscheinlicher wird es, dass sich Preiserhöhung für fusionierenden Unternehmen rentiert

Vergleich relativer Marktanteile

- auch **Verhältnis zu den Marktanteilen der Konkurrenzunternehmen** als Indiz für Marktmacht

Vermutungswirkung

- Insgesamt lässt sich von den Marktanteilen auf die **Marktstärke** von Anbietern und Nachfragern in einem Markt schließen
- Anders als das GWB (§ 18 Abs. 4-6 GWB) enthält die FKVO keine Vermutungen zugunsten der Unternehmen; in ErwG. 32 aber bezgl. der Unbedenklichkeit (bis 25%)

Marktanteilsentwicklung

- Entwicklung der Marktanteile der Zusammenschlussbeteiligten und der übrigen Marktbeteiligten über einen Zeitraum von mehreren Jahren sind ebenfalls relevant

2) Zusammenschluss naher Wettbewerber

Art des bestehenden Wettbewerbs zwischen den Zusammenschlussparteien spielt bei der wettbewerblchen Beurteilung von Zusammenschlüssen durch die Kommission immer wichtigere Rolle

- Prüfung, inwieweit die Zusammenschlussparteien nahe Wettbewerber sind
- bzw. Produkte auf dem Markt anbieten, die von den Kunden als **besonders nahe Substitutionsprodukte** (engl. „close substitutes“) angesehen werden
 - Nähe der Wettbewerber spielt insb. für heterogene Produkte entscheidende Rolle

„So könnte ein Zusammenschluss zwischen zwei Herstellern, deren Produkte für eine große Anzahl von Kunden die erste und die zweite Kaufwahl sind, zu spürbaren Preiserhöhungen führen. Ein zentraler Faktor für die Untersuchung kann somit die Tatsache sein, dass die Rivalität zwischen den Parteien eine wichtige Antriebskraft des Wettbewerbs im Markt war. Auch hohe Gewinnspannen vor dem Zusammenschluss können spürbare Preiserhöhungen wahrscheinlicher machen.“ (Horizontalleitlinien, Rn. 28)

Hintergrund: Wenn fusionierte Einheit den Preis für eines der nahen Substitute erhöht, werden relativ viele derjenigen Kunden, die die Preiserhöhung nicht akzeptieren, auf das andere nahe Substitut ausweichen, das ebenfalls von der fusionierten Einheit angeboten wird → fusionierte Einheit kann Kundenverluste als Folge von Preiserhöhungen künftig besser „auffangen“.

Zur Ermittlung des Substitutionsgrades greift die Kommission auf eine quantitative Analyse ökonomischer Daten zurück
(diese umfassen Erhebungen der Kundenpräferenzen, Analysen des Kaufverhaltens und Schätzungen der Kreuzpreiselastizitäten der betreffenden Produkte)

Dr. Romina Polley

7

3) Gegengewichtige Marktmacht

Wahlmöglichkeiten der Abnehmer

- (insbesondere in konzentrierten Märkten) können Ausweichmöglichkeiten der Nachfrager unter **quantitativen wie qualitativen** Gesichtspunkten eingeschränkt sein

„Für die Kunden der fusionierenden Parteien kann es schwierig sein, zu anderen Anbietern überzuwechseln, wenn nur wenige alternative Anbieter vorhanden sind oder erhebliche Umstellungskosten entstehen würden. Die Kunden sind in einem solchen Fall Preiserhöhungen besonders ausgesetzt. Der Zusammenschluss kann die Fähigkeit der Kunden beeinträchtigen, sich vor Preiserhöhungen zu schützen“ (Horizontalleitlinien, Rn. 31)

Erhöhung des Angebots der Wettbewerber bei Preiserhöhungen unwahrscheinlich

- Unfähigkeit zur Produktionsausweitung bei Wettbewerbern kann vor allem in homogenen Produktmärkten ein Indiz für nicht-koordinierte Wirkungen sein. Ohne zur Verfügung stehende freie Kapazität ist unwahrscheinlich, dass sie einer Preiserhöhung der fusionierten Einheit entgegenreten.
- Bei Frage, ob Absatzsteigerung bei Preiserhöhung der fusionierten Einheit gewinnbringend ist, spielt auch die **Kostenstruktur der Wettbewerber** eine zentrale Rolle
 - Diese wird etwa dadurch beeinflusst, ob sie ihre Vorprodukte selbst herstellen

Dr. Romina Polley

8

4) Fähigkeit des fusionierten Unternehmens, die Wettbewerber am Wachstum zu hindern

Beachte: auch hier entscheidend, dass das fusionierte Unternehmen erst infolge des Zusammenschlusses die Fähigkeit zu einem solchen Verhalten bekommt

- denn das Bestreben, die Konkurrenten am Wachstum zu hindern, ist an sich Bestandteil der normalen wettbewerblichen Auseinandersetzung

VERTIKALE INTEGRATION

= Kontrolle über Vormaterialien u. Vertriebswege
Kann Risikofaktor für das Entstehen nichtkoordinierter Wirkungen darstellen

KONTROLLE ÜBER PATENTE FINANZKRAFT DES FUSIONIERENDEN UNTERNEHMEN

BESONDERHEITEN BEI INFRASTRUKTURMÄRKTEN

In Märkten, wo das Zusammenwirken verschiedener Infrastrukturen oder Plattformen von Bedeutung ist, kann ein Zusammenschluss der fusionierten Einheit die Möglichkeit verschaffen und ihr den Anreiz geben, die Kosten zu erhöhen oder die Qualität der Dienstleistungen der Mitbewerber zu mindern (Horizontalleitlinien, Rn. 38)

Bsp.: Netzindustrien: Wo Wettbewerber auf Zusammenschaltung oder die Erbringung von Netz-Vorleistungen eines marktstarken Unternehmens angewiesen sind, stehen sie in der Gefahr, nur zu hohen Kosten oder mit schlechter Qualität beliefert zu werden. Denn für den Leistungserbringer kann es attraktiv sein, seine Position auf dem Vorleistungsmarkt zur Verbesserung seiner Position auf dem nachgelagerten Markt, in dem er in stärkerem Wettbewerb steht, zu nutzen. Zudem können sich mit zunehmender Größe des fusionierenden Unternehmens Netzwerkeffekte ergeben, da die Netzleistung des Marktführers für Endkunden (direkte Netzwerkeffekte) und für die Anbieter von Zusatzprodukten oder -dienstleistungen (indirekte Netzwerkeffekte) regelmäßig attraktiver ist als die Leistung kleinerer Konkurrenten

Dr. Romina Polley

9

5) Beseitigung einer wichtigen Wettbewerbskraft durch den Zusammenschluss

„Einige Unternehmen haben auf den Wettbewerbsprozess einen größeren Einfluss, als anhand ihrer Marktanteile oder ähnlicher Messgrößen zu vermuten wäre. Ein Zusammenschluss unter Beteiligung eines solchen Unternehmens könnte die Wettbewerbsdynamik in einer spürbar wettbewerbswidrigen Weise verändern, insbesondere, wenn es sich um einen bereits konzentrierten Markt handelt. So kann z. B. ein Unternehmen jüngst in den Markt eingetreten sein, von dem zu erwarten ist, dass es in Zukunft spürbaren Wettbewerbsdruck auf die übrigen im Markt tätigen Unternehmen ausübt.“ (Horizontalleitlinien, Rn. 37)


SOG. MAVERICK

(vgl. hierzu: COMP/M.3916
T-Mobile/tele.ring)

Dr. Romina Polley

10

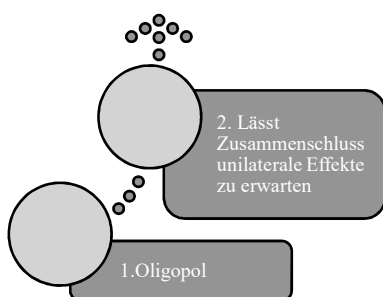
Unilaterale (nichtkoordinierte) Effekte im Oligopol – unterhalb der Marktbeherrschung

- 
- 1) Systematischer Hintergrund / Vorgehen in der Falllösung
 - 2) Beseitigung wichtiger Wettbewerbszwänge (Fallgruppenbildung)
 - 3) Sog. Gap-Fälle in der Praxis

Dr. Romina Polley

11

Unilaterale Effekte Vorgehen im Rahmen der Falllösung



- Zunächst ist zu prüfen, ob es sich um einen **oligopolistisch strukturierten** Markt handelt
 - Der Markt muss also **konzentriert**, d.h. durch wenige Wettbewerber mit hohen Marktanteilen gekennzeichnet sein.
- In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob der Zusammenschluss **unilaterale Effekte** der fusionierten Einheit erwarten lässt
 - Dafür muss nachgewiesen werden, dass Zusammenschluss zur **Beseitigung wichtiger Wettbewerbszwänge** sowie zu einer **Verringerung des Wettbewerbsdrucks** auf die verbleibenden Wettbewerber führen wird.
 - Preiserhöhungsspielraum

Dr. Romina Polley

12

1) Systematischer Hintergrund

- Sofern bei horizontalem Zusammenschluss weder der Nachweis einer Einzelmarktbeherrschung noch der einer kollektiv marktbeherrschende Stellung gelingt
 - zu prüfen, ob der Zusammenschluss auch ohne Marktbeherrschung eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs erwarten lässt
 - Direkte bzw. unmittelbare Anwendung des SIEC-Tests
- Zwei Bereiche:
 - Zusammenschlusseffekte, die einem einzelnen Unternehmen einseitige Verhaltensspielräume geben, ohne dass zugleich die Voraussetzungen für Einzelmarktbeherrschung vorliegen (**sog. unilaterale Effekte außerhalb des Tatbestands der Einzelmarktbeherrschung**)
 - Zumindest unter wettbewerbstheoretischen Überlegungen sind weiterhin auch koordinierte Effekte außerhalb des Regelbeispiels der kollektiven Marktbeherrschung denkbar (diese sollen jedoch im Folgenden nicht weiter erläutert werden), wie in der Praxis liegt der Schwerpunkt auf unilateralen Effekten

	Unilaterale Effekte	Koordinierte Effekte
Marktbeherrschungsregelbeispiel	Einzelmarktbeherrschung	Kollektive Marktbeherrschung
Direkter SIEC-Test	Unilaterale Effekte im Oligopol	Koordinierte Effekte außerhalb kollektiver Marktbeherrschung

Dr. Romina Polley

13

2) Beseitigung wichtiger Wettbewerbszwänge (Fallgruppen)

Beachte: Kommission unterscheidet in den Horizontalleitlinien (Rn. 24 ff) nicht zwischen nichtkoordinierten Wirkungen bei Marktbeherrschung und unilateralen Effekten → die bereits dargestellten Prüfungskriterien können auch in Oligopolsachverhalten relevant werden

Den Horizontalleitlinien der Kommission lassen sich insoweit drei Fallgruppen entnehmen, die insbesondere in Oligopolsachverhalten Bedeutung erlangen können:

- Zusammenschlüsse zwischen Unternehmen, deren Produkte (in einem eher heterogenen Markt) nahe Substitute bilden (Horizontalleitlinien, Rn. 28),
- Zusammenschlüsse mit Unternehmen, die, obgleich sie über keine besonders hohen Marktanteile verfügen, besonderen Wettbewerbsdruck ausgeübt haben oder die (bei Ausbleiben des Zusammenschlusses) das Potential besitzen, dies in Zukunft zu tun (Rn. 37 f.) und
- Zusammenschlüsse, durch die eine neue Einheit entsteht, die über eine besondere Fähigkeit verfügt, die Wettbewerber am Wachstum zu hindern (Rn. 36).

Dr. Romina Polley

14

3) Die sog. Gap-Fälle in der Praxis

FKVO Rn. 25: SIEC erfasst neben Marktbeherrschung

„Auswirkungen eines Zusammenschlusses [...], die sich aus nicht koordiniertem Verhalten von Unternehmen ergeben, die auf dem jeweiligen Markt keine beherrschende Stellung haben würden“

- Fälle, in denen der Einzelmarktbeherrschungstest an seine Grenzen gerät
 - Heterogene Produkte, starke Kundenpräferenzen, die sich nicht im Marktanteil abbilden
 - Parteien sind gemeinsam nicht größter Anbieter, aber besonders enge Wettbewerber

3) Die sog. Gap-Fälle in der Praxis

COMP/M.3916 T-Mobile/tele.ring

- Bedenken: Schaffung einer Marktstruktur mit zwei führenden symmetrischen Anbietern, Eliminierung eines Mavericks

COMP/M.6497 H3G/Orange; BWB/KG A1/Yesss!

- Bedenken KOM: Parteien besonders nahe Wettbewerber im Privatkunden- und im Datendienstsegment
- Bedenken BWB: Parteien besonders nahe Wettbewerber im Prepaid-Segment
- Bedenken als unilateraler Effekt formuliert, aber am Mobilfunkmarkt koordiniertes oder unilaterales Szenario realistischer?

3) Die sog. Gap-Fälle in der Praxis

COMP/M.6570 UPS/TNT

- Paketzustellung: 4-3 Merger bei „Integratoren“ mit eigener Flugzeugflotte (Marktführer: DHL, UPS, TNT, FedEx)
- Kein ausreichender Wettbewerbsdruck auf DHL und UPS durch FedEx und andere Zusteller (nicht-Integratoren)
- Unilaterale oder koordinierte Effekte?


COMP/M.5658 Unilever/Sara Lee

- Deodorants: Unilever: AXE, Rexona, Dove; Sara Lee: Sanex
- Kein „Gap“ Case, da größter Anbieter auf Märkten mit Bedenken
- Analyse unilateraler Effekte – Verteidigung, andere Anbieter (u.a. Nivea) seien engere Wettbewerber von Sanex verworfen
- Voraussichtliche Preiserhöhungen bei Merger Simulation Analyse
- **Kritik:** in jüngerer Zeit keine Beschränkung mehr auf Gap-Fälle (vgl. Dethmers, ECLR 2016, 435 ff)

Dr. Romina Polley

17

Anhaltspunkte für den Eintritt koordinierter Wirkungen (Kollektive Marktbeherrschung)

- 
- 1) Grundlagen/Terminologie
 - 2) Wettbewerbsschädigende Wirkung
 - 3) Anwendbarkeit der FKVO auf koordinierte Wirkungen (Fall Gencor/Lonrho)
 - 4) Die Voraussetzungen der Anwendbarkeit (Airtours-Fall)
 - 5) Eintritt von Marktstrukturveränderungen durch den Zusammenschluss - Nachweisschwierigkeiten

Dr. Romina Polley

18

1) Grundlagen

- Lässt sich **Einzelmarktbeherrschung nicht feststellen**, so untersucht die Kommission, ob mehrere Unternehmen gemeinsam den Markt beherrschen:
- Insoweit lautet die Ausgangsfrage: ob die besonderen Marktbedingungen geeignet sind, die Unternehmen dazu zu veranlassen, ihr Verhalten stillschweigend miteinander abzustimmen und letztlich **als Gruppe „wie ein marktbeherrschendes Unternehmen“ aufzutreten**.
 - Dabei gilt es zunächst zwei Begriffe zu klären
 - (1) „kollektiv“**
 - Deutet auf das **Fehlen hinreichenden Innenwettbewerbs** zwischen den Oligopolisten hin
 - (2) „Marktbeherrschung“**
 - (wie bei Einzelmarktbeherrschung) wird hiermit auf den **fehlenden Außenwettbewerb** – oder genauer: auf die fehlende Kontrolle des Handlungsspielraums der herrschenden Gruppe durch aktuellen oder potentiellen Wettbewerb oder durch Nachfragemacht der Kunden hingewiesen
- **Beachte:** Vorliegen einer Vereinbarung oder anderer rechtlicher Bindungen zwischen den beteiligten Unternehmen nicht erforderlich. Eine kollektiv beherrschenden Stellung kann sich vielmehr auch *„aus anderen verbindenden Faktoren ergeben und hängt von einer wirtschaftlichen Beurteilung und insbesondere einer Beurteilung der Struktur des fraglichen Marktes ab“*. (EuGH „Impala“)

2) Wettbewerbsschädigende Wirkung

- Die **Rechtfertigung für die Gleichbehandlung** marktbeherrschender Einzelunternehmen und marktbeherrschender Oligopole liegt in der vergleichbaren schädlichen Wirkung beider Fallgruppen auf Dritte.
- Begriff der koordinierten Wirkungen beschreibt einen ökonomischen Wirkungszusammenhang, der bereits unter der alten FKVO rechtl. fassbar gemacht wurde
- Begriffe „koordinierte Wirkungen“, „kollektive oder gemeinsame Marktbeherrschung“, „Oligopolmarktbeherrschung“ und „stillschweigende Kollusion“ beschreiben dasselbe Phänomen

3) Anwendbarkeit der FKVO auf koordinierte Wirkungen (Urteil des EuG v. - 25.3.1999, Rs. T-102/96, Gencor)

- **Geltungsbereich von Art. 2 FKVO**
 - Bezieht seinem **Wortlaut** nach weder das Entstehen koordinierter Wirkungen noch die Begründung oder Verstärkung einer kollektiven marktbeherrschenden Stellung ausdrücklich ein.
 - Nach der Neufassung von Art. 2 FKVO lassen sich Wortlaut und Systematik allerdings auch nicht mehr gegen eine Anwendbarkeit in Stellung bringen
 - Unter Art. 2 Abs. 3 FKVO aF war nur von „einer“ beherrschenden Stellung die Rede, während bei kollektiver Marktbeherrschung allen Oligopolmitgliedern beherrschende Stellungen zukämen
- Etwaige Auslegungszweifel sind jedenfalls durch die Entscheidung des EuG in der Sache **Gencor/Kom.** ausgeräumt, in der die Anwendbarkeit der FKVO auch auf die kollektive Marktbeherrschung ausdrücklich klargestellt wurde

Dr. Romina Polley

21

4) Die Voraussetzungen der Anwendbarkeit (Urteil des EuG v. 6. 6. 2002 - Rs. T-342/99, Airtours/Kommission)

- **Besondere Marktstruktur als Ausgangspunkt**
- Konzentrierter Markt mit wenigen Wettbewerbern ohne Binnenwettbewerb zwischen Oligopolisten
- Markt mit **besonderer Transparenz**
 - Transparenz muss so weitgehen, dass jedes Mitglied des beherrschenden Oligopols mit hinreichender Genauigkeit und Schnelligkeit die Entwicklung des Verhaltens aller anderen Mitglieder auf dem Markt in Erfahrung bringen kann
- **Drei sog. „Airtours-Kriterien“ bilden Prüfungsmaßstab**
 - Horizontale Leitlinien der Kommission (2004) zu koordinierten Effekten basieren primär auf der Entscheidung des EuG in Airtours/Kommission (2002)
 - ❖ **Transparenz**: Jedes Mitglied des beherrschenden Oligopols muss das Verhalten der anderen Mitglieder in Erfahrung bringen können, um festzustellen, ob sie einheitlich vorgehen oder nicht
 - ❖ **Sanktionen**: Aus Gründen der Disziplin muss es einen Abschreckungsmechanismus gegen Abweichungen vom gemeinsamen Vorgehen geben
 - ❖ **Gegendruck**: Die Reaktionen von Außenstehenden, d.h. von aktuellen oder potenziellen Wettbewerbern außerhalb des Oligopols, oder von Kunden, dürfen den voraussichtlichen und gewünschten Effekt des gemeinsamen Verhaltens nicht in Frage stellen

Dr. Romina Polley

22

5) Marktstrukturveränderungen durch den Zusammenschluss - Nachweisschwierigkeiten

- Wie auch bei der Einzelmarktherrschaft ist auch bei der kollektiven Marktherrschaft zu prüfen, ob eine solche durch den Zusammenschluss begründet oder verstärkt wird – in der Praxis der Kommission wurde Kausalität nur in wenigen Fällen bejaht
- Hintergrund: nicht unerhebliche **Nachweisschwierigkeiten** im Einzelfall
 - Anders als die Feststellung einer bestehenden, erweist sich die begründete Prognose einer zukünftigen kollektiven Marktherrschaft als sehr schwierig
 - Dies ist im Wesentlichen darauf zurückzuführen, dass zwei der Tatbestandsvoraussetzungen (Transparenz und Abschreckungsmechanismus) stark **an subjektive Elemente anknüpfen**, denen eine schwere Prognostizierbarkeit immanent ist.
- **Beweislast** liegt insoweit bei der Kommission und stellte diese regelmäßig vor erhebliche praktische Schwierigkeiten

V. Ausgleichsfaktoren

- Prüfung möglicher nicht-koordinierter oder koordinierter Wirkungen des Zusammenschlusses bildet lediglich den ersten Prüfungsschritt
- Wettbewerbswidriger Marktmachtzuwachs, der eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs zur Folge hat, kann nämlich durch gegengewichtige Ausgleichsfaktoren verhindert werden
- Bei horizontalen Zusammenschlüssen in erster Linie **3 Ausgleichsfaktoren**:
 1. Gegenläufige Nachfragemacht der Abnehmerseite,
 2. Leicht möglicher Marktzutritt durch potentielle Wettbewerber und
 3. Mögliche Effizienzgewinne.

V. Ausgleichsfaktoren bei horizontalen Zusammenschlüssen

Nachfragemacht der Marktgegenseite (gegengewichtige Nachfragemacht)

- Frage, ob Nachfrager in Lage wären der fusionierten Einheit ausreichend Druck entgegenzusetzen, um sie an Preiserhöhungen zu hindern
- Dementsprechende Nachfragemacht ist dann anzunehmen, wenn Abnehmer glaubhaft androhen kann im Falle einer Preiserhöhung zeitnah zu einer anderen Lieferquelle zu wechseln
- Praktische Wirksamkeit hängt von Struktur des Nachfragemarktes ab
 - Je konzentrierter die Nachfrageseite ist, desto wahrscheinlicher ist, dass Nachfrager in der Lage sind, ihre Lieferanten von Preiserhöhungen abzuhalten

Marktzutritt und potentieller Wettbewerb

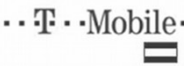
- Nur dann als Ausgleichsfaktor zu qualifizieren, wenn Marktzutritt neuen Wettbewerbers hinreichend wahrscheinlich erscheint
- Dabei spielen vor allem Marktzutrittsschranken eine Rolle – hierzu zählen etwa:
 - Notwendigkeit einer ausreichend großen Betriebsgröße zur Marktteilnahme (Economies of scale) oder
 - Schranken, die sich aus der Stellung des Unternehmens ergeben (wie beispielsweise aufgrund des Rufs oder der Kundentreue)

V. Ausgleichsfaktoren bei horizontalen Zusammenschlüssen

Berücksichtigung von Effizienzvorteilen als „Ausgleichsfaktor“

- **Grundidee:** Einzelfallabwägung von allokativem Effizienzverlust durch Marktmacht mit dem Gewinn an produktiver Effizienz (zuerst Williamson 1968)
 - Gesamtwohlstandsstandard
 - Quantitative Schätzung der Fusionseffekte notwendig
 - **Drei kumulative Bedingungen in Leitlinien** (Horizontalleitlinien, Rn. 76-88) :
 - Vorteile für die Verbraucher
 - Fusionsspezifität
 - Nachprüfbarkeit - Beweislast hier bei Unternehmen
- Keine echte Tradeoff-Analyse, sondern Konsumentenwohlstandsstandard
- In der Praxis schwer nachzuweisen

Fallbesprechung T-Mobile Austria/tele.ring
Sachverhalt

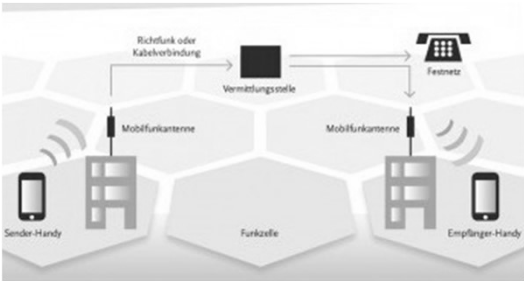


Betreiber	1. Hälfte 2005		2004		2003		2002	
	Umsatz	Kunden	Umsatz	Kunden	Umsatz	Kunden	Umsatz	Kunden
Mobikom	[35-45] ^{80%}	[35-45] ^{80%}	[35-45] ^{80%}	[35-45] ^{80%}	[40-50] ^{80%}	[40-50] ^{80%}	[40-50] ^{80%}	[40-50] ^{80%}
T-Mobile	[20-30] ^{80%}	[20-30] ^{80%}	[20-30] ^{80%}	[20-30] ^{80%}	[20-30] ^{80%}	[20-30] ^{80%}	[20-30] ^{80%}	[25-35] ^{80%}
Tele.ring	[10-20] ^{80%}	[10-20] ^{80%}	[10-20] ^{80%}	[10-20] ^{80%}	[5-15] ^{80%}	[5-15] ^{80%}	[5-15] ^{80%}	[<5] ^{80%}
T-Mobile/tele.ring zusammen	[30-40]^{80%}	[30-40]^{80%}	[30-40]^{80%}	[30-40]^{80%}	[30-40]^{80%}	[30-40]^{80%}	[30-40]^{80%}	[30-40]^{80%}
ONE	[15-25] ^{80%}	[15-25] ^{80%}	[15-25] ^{80%}	[15-25] ^{80%}	[15-25] ^{80%}	[15-25] ^{80%}	[15-25] ^{80%}	[15-25] ^{80%}
H3G	[<5] ^{80%}	[<5] ^{80%}	[<5] ^{80%}	[<5] ^{80%}	[<5] ^{80%}	[<5] ^{80%}	0%	0%

Quelle: Anmeldende Partei in der Anmeldung

Fallbesprechung T-Mobile Austria/tele.ring

Nationaler Markt für die Erbringung von mobilen Kommunikationsdienstleistungen auf der Endkundenstufe



T-Mobile Austria/tele.ring (COMP/M.3916 v. 26.4.2006) Wettbewerbliche Beurteilung: Beseitigung eines sog. Mavericks

„Einige Unternehmen haben auf den Wettbewerbsprozess einen größeren Einfluss, als anhand ihrer Marktanteile oder ähnlicher Messgrößen zu vermuten wäre.“ (HMG Rn. 37)

❖ Die Rolle tele.rings als **besonders dynamische Wettbewerbskraft**

- Ergibt sich aus einer **Analyse von Marktanteilsentwicklung, Wechselverhalten und Preisentwicklung**: So konnte tele.ring in den Jahren 2002 bis 2005 erhebliche Marktanteile hinzugewinnen, während die beiden größten Anbieter T-Mobile und Mobilkom beständig Kunden eingebüßt hatten
- wesentliche Zahl der abgewanderten T-Mobile- und Mobilkom- Kundschaft von tele.ring als Neukunden gewonnen

❖ **Anreizstrukturen** für ein Fortsetzen preisaggressiven Vorgehens

- Ergibt sich aus den Eigenheiten des Marktes für Mobiltelefonie:
- **hohe Fixkosten für den Aufbau eines Netzes** nach den gesetzlichen Vorgaben und **geringe variable Kosten** aus → breiter Kundenstamm erforderlich, um die Investitionskosten sowie die Netzbetriebskosten zu amortisieren

❖ Rolle der **anderen Wettbewerber** nach der beabsichtigten Transaktion: Kein adäquater Ersatz für tele.ring

Dr. Romina Polley

29

Fallbesprechung T-mobile Austria/tele.ring Wettbewerbliche Beurteilung

❖ Zukünftige Entwicklung von tele.ring:
Kausalität des Zusammenschlusses für negative Preisentwicklung

- ohne die Fusion hätte tele.ring auch in der näheren Zukunft eine besondere, den Preissetzungsspielraum der großen Anbieter disziplinierende Rolle eingenommen.

❖ Hinzu kommen die **negativen Auswirkungen auf die Marktstruktur**: mit zwei ähnlich großen Netzbetreibern (Mobilkom und T-Mobile), einem viel kleineren (One) und einem sehr kleinen Netzbetreiber

❖ **Zahlreiche Zusagen seitens T-Mobile**

Zielten darauf ab, die kleineren Wettbewerber - insbesondere H3G, die Nummer 5 im Markt - dahin gehend zu stärken, dass sie den Verlust tele.rings als aggressiver Wettbewerbskraft ausgleichen konnten

❖ **Bewertung und Ausblick**

- Gänzliches Absehen von der Prüfung einer Einzelmarktbeherrschung (in Einklang mit den Horizontalleitlinien)
- Keine weitergehenden Ausführungen zur Frage möglicher koordinierter Effekte („stillschweigende Kollusion“)
- wohl wegen der hohen Beweisanforderungen

Dr. Romina Polley

30