

# **Deutsche und Europäische Fusionskontrolle**

**Immenga / Mestmäcker**

6. Auflage 2020  
ISBN 978-3-406-72483-1  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](http://beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründete auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Natürlich ist umgekehrt auch **nicht ausgeschlossen, dass** die Kommission – **selbst wenn** sie eine uneingeschränkte Freigabe nach Art. 6 Abs. 1 lit. b erteilt – in der Entscheidungsgrundlage **detaillierte Ausführungen zur Marktdefinition** macht.<sup>114</sup> Hinzu kommt, dass jede Festlegung Einfluss auf künftige Entscheidungen haben kann. Eine klare Entscheidung führt zwar zu gewisser, angesichts der Dynamik der Märkte aber nie zu absoluter Rechtssicherheit (dazu oben Rn. 21). Ist der Markt erst einmal klar abgegrenzt, so müssen die Anmelder späterer Vorhaben daher unter Umständen Veränderungen auf den Märkten darlegen, die eine andere Marktdefinition nahelegen, um einer Untersagung zu entgehen.<sup>115</sup> Auch können fehlerhafte Ausführungen der Kommission zur Marktdefinition im Falle einer Freigabe grundsätzlich nicht separat gerichtlich angefochten werden.<sup>116</sup>

**cc) Exakte Marktdefinition.** Die exakte Marktdefinition kann in aller Regel 32 nicht anhand eindeutiger wissenschaftlicher Kriterien erfolgen. Auch sie basiert maßgeblich auf **Plausibilitätsüberlegungen und Erfahrungssätzen**.<sup>117</sup> Die Kommission kann allerdings umfangreiche **Ermittlungen** anstellen, wenn sie eine genaue Marktdefinition für erforderlich hält (vgl. Bekanntmachung Marktdefinition Rn. 33f.). Dabei können alternativ oder auch kumulativ vielfältige Umstände Bedeutung erlangen:

- Für die Marktdefinition kann der **Nachweis einer Substitution in jüngster Vergangenheit** eine Rolle spielen. Die Kommission bezeichnet Informationen über eine solche Substitution (Austauschbarkeit) als „grundlegend für die Definition des Marktes“.<sup>118</sup> Allerdings ist bei der Berücksichtigung zurückblickend gewonnener Erkenntnisse angesichts der Zukunftsgerichtetheit der Fusionskontrolle und der Dynamik der Marktentwicklung Vorsicht geboten.
- Die Kommission verweist in diesem Zusammenhang auch auf die **relative Entwicklung der Preise und Umsätze** der beiden auf ihre Austauschbarkeit geprüften Produkte,<sup>119</sup> womit Kreuzpreiselastizität und Preiskorrelationen angesprochen sind, für deren Feststellung die Kommission – mit zunehmender Tendenz – **quantitative Tests ökonometrischer und statistischer Art** durchführt.<sup>120</sup>
- Unter Rn. 6 bis 8 des Formblatts CO fragt die Kommission von den Beteiligten umfangreiche Angaben zu den betroffenen Märkten ab. Sie nutzt diese Informationen, um **Standpunkt und weitere Informationen von Seiten Dritter** (Nachfrager, Zulieferer, Wettbewerber) zu gewinnen.<sup>121</sup> Dies kann informell durch sog. „**Markttests**“ oder in Gestalt quantitativer Studien, aber auch formell im Wege eines Auskunftsersuchens nach Art. 11 FKVO<sup>122</sup> geschehen.<sup>123</sup> Besondere Bedeutung hat die **Ermittlung der Verbraucherpräferenzen**.<sup>124</sup>

<sup>114</sup> EuG 22.3.2000, verb. Rs. T-125 und T-127/97, Slg. 2000, II-1733 Rn. 90 „Coca-Cola“; vgl. Levy/Cook § 8.02[3].

<sup>115</sup> Vgl. Levy/Cook § 8.02 [3], die insoweit exemplarisch auf die Entscheidung KOMM. 1.10.2000, M.1980 Rn. 19 „Volvo/Renault V.I.“ und die gefestigte Kommissionspraxis zur sachlichen Marktdefinition für unterschiedliche Bustypen verweisen.

<sup>116</sup> EuG 22.3.2000, verb. Rs. T-125 und T-127/97, Slg. 2000, II-1733 Rn. 80ff. „Coca-Cola“.

<sup>117</sup> Vgl. aber Sandrock in: FS Kummer S. 449, 467ff., der die Marktdefinition als bloßen Erkenntnisakt bezeichnet.

<sup>118</sup> Bekanntmachung Marktdefinition Rn. 38.

<sup>119</sup> Bekanntmachung Marktdefinition Rn. 38.

<sup>120</sup> Vgl. dazu bereits oben Rn. 11f. und unten Rn. 51ff.; eingehend schon KOMM. 17.10.2001, M.2187 Rn. 20ff. „CVC/Lenzing“ sowie Bekanntmachung Marktdefinition Rn. 39; Monti S. 2ff.

<sup>121</sup> Dazu Art. 6 FKVO Rn. 43; s. auch Bekanntmachung Marktdefinition Rn. 33f., 38f.; umfassend auch Levy/Cook § 8.05ff.; vgl. Monti S. 5ff.

<sup>122</sup> Vgl. KOMM. 12.7.2000, M.1634 „Mitsubishi Heavy Industries“.

<sup>123</sup> Vgl. Bekanntmachung Marktdefinition Rn. 40.

<sup>124</sup> Vgl. Bekanntmachung Marktdefinition Rn. 41; dazu eingehend unten Rn. 43ff.

## Art. 2 FKVO 33–35

Erster Abschnitt. Fusionskontrollverordnung

- Schließlich sind auch eine Reihe **weiterer Faktoren** zu berücksichtigen, etwa die Schranken und Kosten der Nachfragesubstitution oder die Bildung von Teilmärkten aufgrund heterogener Nachfragergruppen.<sup>125</sup>
- 33 Der Kommission steht ein erheblicher **Beurteilungsspielraum** zu. Das gilt insbesondere für ökonomische Erwägungen<sup>126</sup> sowie für die Heranziehung ökonomischer Hilfsmittel und deren Eignung, besonders bei mangelnder Datenverfügbarkeit.<sup>127</sup> Das Gericht überprüft grundsätzlich nur, ob ein offensichtlicher Beurteilungsfehler seitens der Kommission vorgelegen hat<sup>128</sup> bzw. ob sie ihr Ermessen missbraucht hat.<sup>129</sup> Demgegenüber darf es die wirtschaftliche Beurteilung der Kommission nicht einfach durch seine eigene Einschätzung ersetzen.<sup>130</sup> Wenn die Kommission in den bisher entschiedenen Zusammenschlussfällen den sachlich relevanten Markt genauer abgegrenzt hat, neigte sie zu einer **relativ engen Marktabgrenzung**.<sup>131</sup> Für einige Branchen hat sich eine Kommissionspraxis herausgebildet.<sup>132</sup>
- 34 c) **Bedarfsmarktkonzept.** aa) **Grundsatz.** Nach dem „klassischen“ Bedarfsmarktkonzept kommt es als Abgrenzungskriterium für den sachlich relevanten Markt primär auf die **funktionelle Austauschbarkeit** (*reasonable substitutability*) an.<sup>133</sup> Nach der Definition der Kommission in Rn. 7 ihrer Bekanntmachung Marktdefinition 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.“ Die Kommission hat dazu in ihrer Entscheidung *DuPont/ICI* ausgeführt: „Damit zwei Erzeugnisse als substituierbar angesehen werden können, muss es für den Direktabnehmer eine realistische und rationale Möglichkeit sein, auf beispielsweise einen erheblichen Preisanstieg des einen Erzeugnisses dadurch zu reagieren, dass er sich in relativ kurzer Zeit auf das andere Erzeugnis umstellt“.<sup>134</sup> Diese Austauschbarkeit ist aus Sicht der Marktgegenseite – in Absatzmärkten also aus der Sicht der Verbraucher – zu bestimmen.<sup>135</sup>
- 35 bb) **Objektive funktionale Austauschbarkeit.** In einem ersten Schritt wird der Umfang der Untersuchung möglicher Austauschprodukte durch Untersuchung der Eigenschaften der Ware oder Dienstleistung und ihrer Verwendungsmöglichkeiten objektiv eingeschränkt. Diese objektive Betrachtung ist **für sich genommen** aber regelmäßig noch **nicht ausreichend** zur abschließenden Marktabgrenzung.<sup>136</sup> Eine ausschließlich objektiv-funktionale Austauschbarkeit würde an den realen Markt- und Wettbewerbsverhältnissen vorbeigehen.<sup>137</sup> Produkte können trotz nahezu identischer Eigenschaften unterschiedliche Verwendungsmöglichkeiten haben – und umgekehrt. Vor allem aber spielt letztlich die

<sup>125</sup> Bekanntmachung Marktdefinition Rn. 42f.; dazu und zu weiteren Aspekten unten Rn. 68 ff.

<sup>126</sup> Vgl. etwa EuG 13.5.2015, Rs. T-162/10, ECLI:EU:T:2015:283 Rn. 85 ff. „*Niki Luftfahrt/Kommission*“.

<sup>127</sup> KOMM. 1.2.2012, M.6166 Rn. 246ff. „*Deutsche Börse/NYSE Euronext*“ (bestätigt durch EuG 9.3.2015, Rs. T-175/12, „*Deutsche Börse/Kommission*“).

<sup>128</sup> EuG 28.4.1999, Rs. T-221/95, Slg. 1994, II-1299 Rn. 106 „*Endemol*“; EuG 6.6.2002, Rs. T-342/99, Slg. 2002, II-2585 Rn. 26 „*Airtours*“.

<sup>129</sup> EuG 7.6.2013, Rs. T-405/08 Rn. 51 „*SPAR Österreichische Warenhandels AG*“ mit Hinweis auf EuG 21.9.2005, Rs. T-87/05, Slg. 2005, II-3745 Rn. 151 „*EDP*“.

<sup>130</sup> EuG 7.6.2013, Rs. T-405/08 Rn. 51 „*SPAR Österreichische Warenhandels AG*“.

<sup>131</sup> Vgl. Fallstudien bei Levy/Cook § 8.03[1] und § 8.04; Kerber S. 28; kritisch dazu Siragusa/Subiotto WuW 1991, 872, 882.

<sup>132</sup> S. dazu insbesondere den Beispielkatalog unten Rn. 76 ff.

<sup>133</sup> Z.B. KOMM. 9.12.1991, M.149 „*Lucas/Eaton*“.

<sup>134</sup> KOMM. 30.9.1992, M.214 Rn. 23 „*Du Pont/ICI*“; s. auch KOMM. 30.10.2001, M.2416 Rn. 163 „*Tetra Laval/Sidel*“; vgl. Bos/Stuyck/Wytinck S. 336 f.; Kerber S. 28 m. w.N.

<sup>135</sup> Vgl. Bekanntmachung Marktdefinition Rn. 15; für die Einzelheiten s. sogleich Rn. 32 ff.

<sup>136</sup> Vgl. Bekanntmachung Marktdefinition Rn. 36; Navarra/Galarza/Crespo/Alonso Rn. 5.44.

<sup>137</sup> Vgl. schon Hopmann Abgrenzung S. 35 f.; Sandrock in: FS Kummer, S. 449, 469.

Verbrauchersicht die entscheidende Rolle.<sup>138</sup> Sie kann im Einzelfall sogar dazu führen, dass für zwei objektiv identische Produkte unterschiedliche Märkte anzunehmen sind. So unterteilte die Kommission beispielsweise den Produktmarkt für (objektiv identische) Kfz-Teile in einen Erstausstatter- und einen Ersatzteil- bzw. Anschlussmarkt.<sup>139</sup> Zudem ist nur ein „hinreichender Grad an Austauschbarkeit“ erforderlich.<sup>140</sup> Die Austauschbarkeit ist letztlich wertend zu bestimmen.<sup>141</sup>

**a) Eigenschaften der Ware oder Dienstleistung.** Nach der Definition in Rn. 6.1.1 des Formblatts CO kann ein relevanter Produktmarkt „in einigen Fällen aus einer Reihe von Erzeugnissen und/oder Dienstleistungen bestehen, die weitgehend die gleichen physischen oder technischen Merkmale aufweisen und voll austauschbar sind“. Dieses Kriterium stellt zunächst auf objektive Eigenschaften der Ware oder Dienstleistung ab. Das Kriterium „Eigenschaft“ umfasst sowohl die rein technisch-physikalischen als auch chemischen Gegebenheiten.<sup>142</sup> Gemeinsame oder ähnliche objektive Eigenschaften können auf einen einheitlichen Markt hindeuten. Doch ist diese Folgerung nicht zwingend. Umgekehrt schließen unterschiedliche Eigenschaften für sich genommen die Annahme der Zugehörigkeit zu demselben Markt noch nicht aus.<sup>143</sup>

Bei **Waren** sind im Bereich der technisch/physikalischen Gegebenheiten bisher neben den allgemeinen Produktunterschieden<sup>144</sup> u.a. die Zuladung,<sup>145</sup> Sitzplatzkapazität,<sup>146</sup> die Ausstattung,<sup>147</sup> der technische Standard gemessen an der Neuwertigkeit, Reichweite, Grad der Wasserabsorption, Hitzebeständigkeit, Recyclingfähigkeit, Festigkeit oder Farbechtheit der Produkte,<sup>148</sup> aber auch rechtliche Rahmenbedingungen<sup>149</sup> (beispielsweise DIN-Normen) sowie die Verschreibungspflichtigkeit<sup>150</sup> bei **Arzneimitteln** entscheidungserheblich geworden. Im Bereich der **chemischen Produkte** ist die genaue Zusammensetzung maßgeblicher Faktor.<sup>151</sup> In der **Musikindustrie** ist eine Detailabgrenzung anhand der verschiedenen Musikgenres erörtert worden.<sup>152</sup> Der Markt für den Online-Vertrieb von Musiktiteln ist von dem Markt für den Verkauf derselben Titel auf Datenträgern über den Ein-

<sup>138</sup> Dazu noch unten Rn. 41 ff.

<sup>139</sup> KOMM. 29.5.1991, M.43 Rn. 10 „Magneti/Marelli/CEAC“; 31.7.1991, M.12 Rn. 12–31 „Varta/Bosch“; 23.9.1991, M.134 Rn. 9–11 „Mannesmann/Boge“ und KOMM. 23.9.1993, M.360 Rn. 15 „Arvin/Sogefi“. Auf dieses Beispiel weist auch, ohne Quellenangabe, die Bekanntmachung Marktdefinition in Rn. 36 hin.

<sup>140</sup> EuGH 13.2.1979, Rs. 85/76, Slg. 1979, 461 Rn. 28 „Hoffmann-La Roche“.

<sup>141</sup> So z. B. auch Füller in: MünchKomm EUWettbR Einl Rn. 1673.

<sup>142</sup> Vgl. KOMM. 12.11.1992, M.222 Rn. 24 u. 56 „Mannesmann/Hoesch“; 9.11.1994, M.469 Rn. 19 „MSG Media Service“.

<sup>143</sup> KOMM. 6.5.1998, M.970 Rn. 26 „TKS/ITW Signode/Titan“; Füller in: MünchKomm EUWettbR Einl Rn. 1058.

<sup>144</sup> Vgl. z.B. KOMM. 17.10.2001, M.2187 Rn. 31 ff. „CVC/Lenzing“; 20.4.2002, M.2780 Rn. 9 „General Electric/Enron Wind Turbine Business“; vgl. Bekanntmachung Marktdefinition Rn. 36.

<sup>145</sup> KOMM. 7.11.1990, M.4 „Renault/Volvo“.

<sup>146</sup> An diesem Abgrenzungskriterium, insbesondere aber an der Unterteilung in die Kategorien 20–39, 40–59 und 60 und mehr Sitze, ist zum Teil heftige Kritik geübt worden; vgl. an Stelle vieler Kleinmann RIW 1992, 347.

<sup>147</sup> KOMM. 14.4.1993, M.318 „Thomson/Short“; 18.1.1991, M.50 „AT&T/NCR“.

<sup>148</sup> KOMM. 23.9.1991, M.134 „Mannesmann/Boge“; 13.12.1991, M.164 „Mannesmann/VDO“; 9.12.1991, M.149 „Lucas/Eaton“; 15.10.1993, M.337 „Knorr-Bremse/Allied Signal“; 14.4.1993, M.322 „Alcan/Inespal/Palco“; 14.4.1994, M.420 „CPG/GEC Alsthom“; 27.7.1994, M.442 „Elf Atochem/Rüttgers“; 19.7.1991, M. 68 „Tetra Pak/Alfa-Laval“; 2.10.1991, M. 53 „Aérospatiale-Alenia/de Havilland“.

<sup>149</sup> KOMM. 12.11.1992, M.222 „Mannesmann/Hoesch“.

<sup>150</sup> KOMM. 29.4.1993, M.310 „Harrison & Crosfield/Akzo“; 19.9.1994, M.500 „American Home Products/American Cyanamid“.

<sup>151</sup> KOMM. 29.4.1991, M.63 „Elf/Ertoil“; 13.6.1991, M.85 „Elf/Occidental“; 10.2.1995, M.533 „TWD/AKZO-Nobel-Kuagtextil“.

<sup>152</sup> KOMM. 2.9.2002, M.2883 Rn. 12 „Bertelsmann/Zomba“; in KOMM. 19.7.2004, M.3333 Rn. 12 „Sony/BMG“ aber ausdrücklich offengelassen.

## Art. 2 FKVO 38

Erster Abschnitt. Fusionskontrollverordnung

zelhandel zu unterscheiden. Begründet wurde dies insbesondere mit der direkten Verfügbarkeit der Online-Titel und der Möglichkeit, Musiktitel online einzeln auszuwählen.<sup>153</sup> Besonders nah liegt die Austauschbarkeit bei homogenen Produkten verschiedener Hersteller wie z. B. Strom.<sup>154</sup>

- 38 In Bezug auf **Dienstleistungen** waren bei Zusammenschlüssen im Banken- und Versicherungsbereich<sup>155</sup> sowie in den Bereichen Kreuzfahrten<sup>156</sup> und Fernsehen<sup>157</sup> die jeweiligen **Produktpaletten** maßgeblich. In einigen Fällen wurde die das spezielle Produkt betreffende Vertriebsleistung zur Abgrenzung herangezogen.<sup>158</sup> Waren Anbieter von **Postzustellungs-**<sup>159</sup> bzw. **Telekommunikationsleistungen**<sup>160</sup> involviert, so standen deren spezifische Vertriebsleistungen im Vordergrund. **Versandhandelsunternehmen** wurden aufgrund der Möglichkeit abgegrenzt, zu Hause ohne Verkäufer die Ware auszuwählen und diese gegebenenfalls bei Erstattung des vollen Kaufpreises zurückzugeben. Ferner wurden ihre günstigen Kreditkonditionen sowie fehlende alternative Einkaufsmöglichkeiten in der Region als erheblich angesehen.<sup>161</sup> Die Geschäftstätigkeit der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen war somit eher durch die Vertriebsleistung als durch die einzelnen Produkte gekennzeichnet. Im **Lebensmittelhandel** wurden die Geschäfte zunächst anhand ihrer Ladenfläche in drei Kategorien (kleine spezialisierte Geschäfte, Geschäfte mit weniger als 400 qm und solche mit einer größeren Grundfläche) unterteilt;<sup>162</sup> später wurde diese Aufteilung auf fünf Marktsegmente erweitert.<sup>163</sup> In **Luftverkehrsentscheidungen** wurde die Austauschbarkeit nach Streckenlänge, den Entfernungen zwischen den Flughäfen, der Frequenz von Flügen und speziellen Städtepaaren bestimmt.<sup>164</sup> Im Bereich **Ferienreisen** wurden Ozeankreuzfahrten von sonstigen (landbasierten) Reisen wegen der speziellen Art der angebotenen Leistungen (etwa Betreuung an Bord, Möglichkeit, verschiedene Landungsorte anzusteuern etc.) abgegrenzt.<sup>165</sup> Entscheidungen im Bereich **Unternehmensberatung** führten zu einer differenzierten Einteilung in vier unterschiedliche Märkte (Wirtschaftsprüfung und Buchführung für große Unternehmen, für kleine und mittlere Unternehmen, Steuerberatung und Unternehmensfinanzierungsberatung).<sup>166</sup> Bei Dienstleistungen sind des Weiteren die Einhaltung technischer Standards bzw. Sicherheitsaspekte sowie spezielles Know-how ausschlaggebende Faktoren.<sup>167</sup>

<sup>153</sup> KOMM. 13.10.2000, M.2050 Rn. 26 ff. „Vivendi/Canal+/Seagram“; bestätigt in 19.7.2004, M.3333 Rn. 21 „Sony/BMG“.

<sup>154</sup> Vgl. Riesenkampff/Steinbarth in Loewenheim et al. Art. 2 Rn. 24.

<sup>155</sup> KOMM. 4.2.1991, M. 21 „Dresdner Bank/Banque Nationale de Paris“; 14.1.1992, M.183 „Schweizer Rück/Elvira“.

<sup>156</sup> KOMM. 19.7.1993, M.334 „Costa Crociere/Chargeurs/Accor“.

<sup>157</sup> KOMM. 2.8.1994, M.410 „Kirch/Richemont/Telepiù“; 6.9.1994, M.489 „Bertelsmann/News International/VOX“; 21.12.1994, M.525 „VOX II“; 9.11.1994, M.469 Rn. 32 ff. „MSG Media Service“.

<sup>158</sup> KOMM. 24.2.1992, M.166 Rn. 21–25 „Torras/Sarrio“; 29.10.1993, M.330 Rn. 29 ff. „McCorck/CPC/Rabobank/Ostmann“; 18.4.1994, M.426 Rn. 2 „Rhône-Poulenc/Cooper“.

<sup>159</sup> KOMM. 2.12.1991, M.102 „TNT/GD NET“.

<sup>160</sup> KOMM. 22.12.1993, M.394 „RWE/Mannesmann/Deutsche Bank“.

<sup>161</sup> KOMM. 31.3.1991, M.70 Rn. 12–15 „Otto/Grattan“; 25.4.1991, M.80 Rn. 12–15 „La Redoute/Empire“.

<sup>162</sup> KOMM. 17.12.1990, M.27 Rn. 5–7 „Promodes/Dirsa“; 3.2.1992, M.179 Rn. 7 „Spar/Dansk Supermarked“.

<sup>163</sup> KOMM. 19.4.1993, M.320 Rn. 13 „Ahold/Jerónimo Martins/Inovação“.

<sup>164</sup> KOMM. 5.10.1992, M.157 Rn. 25 „Air France/Sabena“; KOMM. 27.11.1992, M.259 Rn. 20–25 „BA/TAT“; 17.2.1993, M.278 „BA/Dan Air“; 13.9.1991, M.130 Rn. 12 „Delta Air Lines/Pan Am“.

<sup>165</sup> KOMM. 24.7.2002, M.2706 Rn. 124f. „Carnival Corporation/P&O Princess“.

<sup>166</sup> KOMM. 5.9.2002, M.2816 Rn. 26 „Ernst & Young/Andersen France“; 20.5.1998, M.1016 Rn. 22 ff. „Price Waterhouse/Coopers & Lybrand“.

<sup>167</sup> KOMM. 26.11.1992, M.266 „Rhône Poulenc Chimie/SITA“; 7.6.1994, M.448 „GKN/Brambles/Leto Recycling“.

**β) Verwendungsmöglichkeiten.** Neben den Produkteigenschaften sind die Verwendungsmöglichkeiten der Produkte ein zweiter Faktor, um die Suche nach potenziell damit austauschbaren Produkten objektiv einzuschränken. Aufgrund ihrer unterschiedlichen Nutzung hat die Kommission bei **Waren** unterschiedliche Produktmärkte anhand der Kriterien privat/geschäftlich,<sup>168</sup> privat/öffentliche Hand,<sup>169</sup> kommerziell/militärisch,<sup>170</sup> sowie anhand unterschiedlicher Behandlungszwecke oder Einsatzmöglichkeiten<sup>171</sup> abgegrenzt. Im Bereich **Zucker** erfolgt die Abgrenzung in separate Märkte anhand des Verwendungszwecks (Haushaltszucker, Industriezucker und Zucker für Handelsmarken).<sup>172</sup> Verschiedene **Kabelmärkte** bestehen z.B. mit Blick auf die unterschiedliche Verwendung (und daraus resultierende abweichende Anforderungen an die Kabeleigenschaften) für die Übermittlung von Daten, Starkstrom usw.<sup>173</sup> Bei **Bussen** kann trotz gewisser Austauschbarkeit zwischen Stadt- und Reisebussen differenziert werden.<sup>174</sup> Bei **Dienstleistungen** erfolgte die Abgrenzung in der Regel aufgrund der unterschiedlichen Angebotspalette.<sup>175</sup> Für **Senderechte** in Bezug auf Filme und Sportereignisse werden auch aufgrund der beschränkten Übertragungskapazitäten von Free-TV Anbietern getrennte Märkte für Pay- und Free-TV Angebote angenommen.<sup>176</sup>

Sind zwei Waren oder Dienstleistungen im Hinblick auf ihre Verwendungsmöglichkeiten objektiv austauschbar, so reicht dies – ebenso wie eine weitgehende Identität der Eigenschaften – für sich genommen noch nicht aus, um eine Zugehörigkeit zu einem einheitlichen Markt anzunehmen. **Softdrinks und Mineralwasser** sind beispielsweise jeweils geeignet, den Durst zu löschen, gehören aber trotzdem verschiedenen Märkten an.<sup>177</sup> Gleichermaßen gilt für **Tissue-Tücher und Lufttrockner**. Obgleich beide zum Abtrocknen der Hände geeignet sind, bilden sie aufgrund ihrer spezifischen Verwendung durch die **Kunden** jeweils getrennte Märkte. Lufttrockner werden z.B. von Abnehmern gegenüber Tissue-Tüchern dort bevorzugt, wo Papierabfall nach Möglichkeit vermieden werden soll.<sup>178</sup>

**cc) Verbrauchersicht.** **α) Begriff und Leitbild.** Über die Austauschbarkeit entscheiden letztlich nicht die objektiven Produkteigenschaften, sondern die Verbraucher. Dabei stellt die Kommission regelmäßig auf die Verbrauchersicht im Sinne einer „reaktiven Äquivalenz“<sup>179</sup> ab. Die Beachtung der subjektiv-funktionellen Austauschbarkeit darf allerdings nicht so weit gehen, auf einzelne Nachfrager abzustellen und deren subjektive, teilweise irrationale Vorstellungen und Empfindungen als Maßstab zu wählen. Es bestünde die Gefahr von „Mikromärkten“. In der deutschen Rechtsprechungs- und Kartellamtspraxis wird überwiegend auf den „verständigen Verbraucher“ abgestellt.<sup>180</sup> Auf europäischer Ebene ist zunächst festzuhalten, dass mit „Verbrauchern“ wie bei Art. 101 Abs. 3 AEUV und Art. 102 AEUV nicht nur die privaten Endverbraucher, sondern **letztlich alle Abnehmer**

<sup>168</sup> KOMM. 22.2.1991, M.57 „Digital/Kienzle“; 17.7.1991, M.105 „ICL/Nokia Data“.

<sup>169</sup> KOMM. 14.2.1991, M.477 „Mercedes-Benz/Kässbohrer“.

<sup>170</sup> KOMM. 25.2.1991, M.17 „Aérospatiale/MBB“.

<sup>171</sup> KOMM. 12.11.1992, M.222 „Mannesmann/Hoesch“; 23.9.1991, M.134 „Mannesmann/Boge“; KOMM. 31.7.1991, M.12 „Varta/Bosch“; 6.6.1991, M.81 „VIAG/Continental Can“; 10.6.1991, M.72 „Sanofi/Sterling Drug“; 2.10.1991, M.53 „Aérospatiale-Alenia/de Havilland“; 30.9.1992, M.214 „Du Pont/ICI“; 28.9.1992, M.256 „Linde/Fiat“.

<sup>172</sup> KOMM. 20.12.2001, M.2530 Rn. 23 „Südzucker/Saint Louis Sucre“.

<sup>173</sup> KOMM. 18.12.1991, M.165 Rn. 11 „Alcatel/AEGV Kabel“.

<sup>174</sup> KOMM. 14.2.1995, M.477 Rn. 9 „Mercedes/Kässbohrer“.

<sup>175</sup> KOMM. 18.1.1991, M.50 „AT&T/NCR“; 2.4.1993, M.286 „Zürich/MMI“; 9.11.1994, M.469 Rn. 20 ff. „MSG Media Service“.

<sup>176</sup> Vgl. KOMM. 30.3.2005 M.3595 Rn. 15 f. „Sony/MGM“.

<sup>177</sup> KOMM. 22.7.1992, M.190 Rn. 7 ff. „Nestlé/Perrier“.

<sup>178</sup> KOMM. 31.1.2001, M.2097 Rn. 32 u. 34 „SCA/Metsä Tissue“.

<sup>179</sup> Dieser Begriff ist geprägt von Hoppmann Abgrenzung S. 36 f.; s. auch Baum WuW 1980, 402; vgl. KOMM. 9.11.1994, M.469 Rn. 32 ff. „MSG Media Service“.

<sup>180</sup> Vgl. nur die Beispiele bei Fuchs in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 18 Rn. 32 ff.

## Art. 2 FKVO 42–44

Erster Abschnitt. Fusionskontrollverordnung

angesprochen sind.<sup>181</sup> Dies zeigt auch Art. 2 Abs. 1 lit. b FKVO, der von „Zwischen- und Endverbrauchern“ spricht. Hierzu zählen sowohl die gegenwärtigen als auch die potenziellen Kunden der Fusionsparteien.<sup>182</sup> Für die Bestimmung der Verbrauchersicht ist dabei die Sichtweise des durchschnittlichen Angehörigen der angesprochenen Verkehrskreise, d.h. des „**Durchschnittsverbrauchers**“ maßgeblich. Dass die Kommission diese Sichtweise teilt, geht u.a. aus Rn. 8.2 des Formblatts CO hervor, wonach sie von den anmeldenden Parteien umfangreiche Angaben zur Nachfragestruktur auf den betroffenen Märkten und für jedes einzelne Segment eine Beschreibung des „typischen Kunden“ fordert.

42 Aber auch dort, wo private Endverbraucher als Abnehmer angesprochen sind, wird nicht der „teilweise geradezu dumme, teilweise aus Affekt irrational handelnde und teilweise hilflose Kunde zu einem verständigen Verbraucher hochstilisiert“,<sup>183</sup> wie dies lange Zeit im deutschen Lauterkeitsrecht geschah. Vielmehr geht das europäische Recht schon seit Langem zu Recht vom Leitbild eines aufgeklärten, vernünftig denkenden Verbrauchers aus.<sup>184</sup> Dieses vom Gerichtshof aus den Grundfreiheiten abgeleitete Leitbild ist auch für die Auslegung sekundärrechtlicher Vorschriften wie der FKVO verbindlich.<sup>185</sup> Des Hinweises auf den „verständigen“ Verbraucher (wie im deutschen Recht) bedarf es daher nicht. Mit dieser „teilweisen Objektivierung der subjektiven Äquivalenz“ gelingt es der Kommission neben den objektiven Kriterien auch subjektive Aspekte, wie Verbrauchergewohnheiten und Verbraucherpräferenzen, und damit die tatsächlichen Verhaltensweisen der Verbraucher am Markt hinreichend zu berücksichtigen.

43 **β) Verbraucherpräferenzen.** Die Kommission zieht zur Marktabgrenzung auch die Verbraucherpräferenzen bzw. die so genannte Marktübung heran.<sup>186</sup> Relativ konstante Marktanteile der einzelnen Produkte über einen längeren Zeitraum deuten auf eingefahrene Käufergewohnheiten aufgrund von **Geschmack, Bequemlichkeit** u.ä. Faktoren hin. So können z.B. bei Getränken der Geschmack und das Image zur Abgrenzung eines eigenständigen Marktes führen.<sup>187</sup> Gleichermaßen gilt für Lebensmittel, z.B. mit der Folge einer separaten Marktannahme bei unterschiedlichen Fleischsorten.<sup>188</sup> Hat sich das Marktverhalten der Abnehmer bisher nur bei wesentlichen technischen Änderungen und Innovationen geändert, so spricht dies gegebenenfalls eher gegen eine Austauschbarkeit von Produkten.<sup>189</sup>

44 In der Entscheidung *VIAG/Continental Can* wird der Produktmarkt durch die sich im Käuferverhalten niederschlagenden **Käufergewohnheiten** bestimmt. So wird von den Käufern von Bier als Verpackung (von Billigangeboten abgesehen) nur Glas und Aluminium, bei Softdrinks hingegen auch eine Plastikverpackung akzeptiert.<sup>190</sup> Im Fall *Nestlé/Perrier* führten die Aspekte der Reinheit und Gesundheit und das vom Verbraucher akzeptierte Image von Mineralwasser als natürliches Produkt sowie das unterschiedliche Bedarfsdeckungsverhalten der Konsumenten zur Abgrenzung eines eigenständigen Marktes.<sup>191</sup> In *PepsiCo/KAS* stellte die geschmackliche Festlegung des Nachfragers das entscheidende Ab-

<sup>181</sup> Vgl. nur Schröter/van Vormizele in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 101 AEUV Rn. 313 m. w.N.

<sup>182</sup> So auch Horizontalleitlinien Rn. 79 Fn. 105; Nichthorizontalleitlinien Rn. 16.

<sup>183</sup> So aber die Befürchtung bei Sandrock in: FS Kummer S. 470; vgl. auch Fischötter in: FS Pfeiffer S. 627ff., der für vermehrte Verkehrsbefragungen plädiert.

<sup>184</sup> Vgl. nur die unterschiedlichen Verbraucherbilder des EuGH und der Bundesregierung in den Urteilen EuGH 20.2.1979, Rs. 120/78, Slg. 1979, 649ff. „Cassis de Dijon“ und EuGH 13.3.1994, Rs. 16/83, Slg. 1984, 1299ff. „Prantl (Bocksbeutel)“.

<sup>185</sup> Dazu Körber Grundfreiheiten und Privatrecht S. 89f.

<sup>186</sup> XXIV. Wettbewerbsbericht Rn. 280.

<sup>187</sup> KOMM. 10.6.2003, M.3130 Rn. 19 „Arla Foods/Express Dairies“; 27.9.2001, M.2276 Rn. 18 „The Coca-Cola Company/Nestle JV“; 22.1.1997, M.794 Rn. 26 u. 34 „Coca-Cola Enterprises/Amalgamated Beverages GB“; 24.1.2006 M. 3942 Rn. 19 „Adidas/Reebok“.

<sup>188</sup> KOMM. 9.3.1999, M.1313 Rn. 22ff. „Danish/Crown/Vestjyske Slagterier“.

<sup>189</sup> KOMM. 17.10.2001, M.2187 Rn. 49 „CVC/Lenzing“.

<sup>190</sup> KOMM. 6.6.1991, M.81 Rn. 12 „VIAG/Continental Can“.

<sup>191</sup> KOMM. 22.7.1992, M.190 Rn. 10f. „Nestlé/Perrier“.

grenzungskriterium dar.<sup>192</sup> Ähnliches gilt trotz sehr ähnlicher Eigenschaften und Verwendungsmöglichkeiten für die Märkte für Neureifen und runderneuerte Reifen.<sup>193</sup> Auch unterschiedliche nationale Präferenzen und **Bautraditionen**,<sup>194</sup> **lokale Einkaufsgewohnheiten**<sup>195</sup> bzw. eine „*buy national-policy*“<sup>196</sup> können spezielle Verbraucherpräferenzen begründen. Bei Konsumentenprodukten kann es auch auf eine Unterscheidung von Marken und „No Name“-Produkten ankommen.<sup>197</sup> In anderen Fällen wurden eine unterschiedliche Marktübung bzw. interne Betriebsabläufe (Ausstattung/Logistik) zur Abgrenzung herangezogen.<sup>198</sup> Außerdem können verschiedene nationale Sicherheitsstandards zu unterschiedlichen Verbraucherpräferenzen führen.<sup>199</sup>

Die Kommission greift, soweit verfügbar, auch auf Erfahrungen mit dem Produktaustausch durch die Nachfrager und auf **Marketing-Studien der Unternehmen** zurück.<sup>200</sup> So wurde beispielsweise in der Entscheidung *Coca Cola Enterprises/Amalgamated Beverages GB* eine durch *Coca Cola* in Auftrag gegebene Marktstudie bei der Bestimmung des relevanten Marktes herangezogen.<sup>201</sup> Die Anmelder können der Kommission auch von sich aus eigens für das konkrete Verfahren erstellte Untersuchungen und Studien zur Marktabgrenzung vorlegen.<sup>202</sup> Die Kommission gibt dazu Hinweise in Rn. 30f. ihrer „Best Practices Submission“.<sup>203</sup> Doch versteht es sich von selbst, dass die Kommission **Verbraucherbefragungen** und anderen Studien dieser Art deutlich vorsichtiger und kritischer gegenübertritt als solchen, die von ihr selbst in Auftrag gegeben oder von Dritten zu anderen Zwecken erstellt wurden und insoweit hinsichtlich des konkreten Verfahrens „neutraler“ sind.<sup>204</sup> Im Fall *KLM/Martinair* hat die **Kommission selbst** Verbraucherbefragungen in Auftrag gegeben, um die Austauschbarkeit von Flughäfen zu ermitteln.<sup>205</sup> Auch die **Untersuchungen und Ansichten nationaler Wettbewerbsbehörden oder anderer Kommissionsstellen** können herangezogen werden.<sup>206</sup>

γ) **Heterogene Verbrauchergruppen.** Eine eindeutige Entscheidung über die funktionale Austauschbarkeit lässt sich aus Sicht „der Verbraucher“ nur dann fällen, wenn die Nachfrager eine hinreichend homogene Gruppe bilden.<sup>207</sup> Bestehen zwei oder mehrere heterogene Nachfragergruppen, so ist nach Rn. 8.3. des Formblatts CO für jedes Segment der typische Kunde zu charakterisieren. Sind die verschiedenen heterogenen Nachfrager-

<sup>192</sup> KOMM. 21.12.1992, M.289 „*PepsiCo/KAS*“.

<sup>193</sup> Vgl. EuGH 9.11.1983, Rs. 322/81, Slg. 1983, 3461 Rn. 47 ff. „*Michelin*“; Füller in: Münch-Komm EUWettbR Einl Rn. 1058.

<sup>194</sup> KOMM. 21.2.2002 M.2495 Rn. 22 „*Haniel/Fels*“ (Baumaterialien); dazu auch *Hacker/Korthals* in: Schulte, Hdb. Fusionskontrolle Rn. 1226.

<sup>195</sup> KOMM. 20.12.1990, M.26 III.1.b „*Cargill/Unilever*“.

<sup>196</sup> KOMM. 25.2.1991, M.17 Rn. 11 „*MBB/Aérospatiale*“.

<sup>197</sup> KOMM. 5.7.2012, M.6455 Rn. 201ff. „*SCA/Georgia Pacific Europe*“; 28.5.2013, M.6813 Rn. 187 ff. „*McCain Foods Group/Lutosa Business*“.

<sup>198</sup> KOMM. 19.12.1991, M.113 Rn. 14 „*Courtaulds/SNIA*“; 2.12.1991, M.102 Rn. 21 „*TNT/GD NET*“.

<sup>199</sup> KOMM. 12.11.1992, M.222 Rn. 25 „*Mannesmann/Hoesch*“; 31.10.2007 M. 4842 „*Danone/Numico*“.

<sup>200</sup> Vgl. Bekanntmachung Marktdefinition Rn. 41.

<sup>201</sup> KOMM. 22.1.1997, M.794 Rn. 42ff., 47 ff. und 62 „*Coca Cola Enterprises/Amalgamated Beverages GB*“.

<sup>202</sup> Z.B. KOMM. 24.7.2002, M.2706 Rn. 60 ff. „*Carnival Corporation/P&O Princess*“ (dort im Ergebnis durch die Kommission abgelehnt).

<sup>203</sup> Abrufbar unter [www.fkvo.eu](http://www.fkvo.eu) oder [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/best\\_practices\\_submission\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/best_practices_submission_en.pdf) sowie [www.fkvo.eu](http://www.fkvo.eu).

<sup>204</sup> S. Bekanntmachung Marktdefinition Rn. 41; vgl. z.B. KOMM. 24.7.2002, M.2706 Rn. 35 ff. „*Carnival Corporation/P&O Princess*“; *Hacker/Korthals* in: Schulte, Hdb. Fusionskontrolle Rn. 1218.

<sup>205</sup> KOMM. 17.12.2008, M.5141 Rn. 103ff. „*KLM/Martinair*“; s. auch *Bardong* in: Langen/Bunte Art. 2 Rn. 53.

<sup>206</sup> Vgl. beispielsweise KOMM. 27.8.2004, M.3517 Rn. 13 „*CVC/Permira/AA*“.

<sup>207</sup> Dies ist auch der Normalfall, vgl. nur Monopolkommission, V. Hauptgutachten, Rn. 628.

## Art. 2 FKVO 47, 48

Erster Abschnitt. Fusionskontrollverordnung

gruppen hinreichend groß und lässt sich ihnen gegenüber längerfristig eine Preisdifferenzierung (oder eine andere differenzierte Absatzstrategie) durchführen, kann der Markt in selbstständige **Teilmärkte** zerfallen.<sup>208</sup> Die Eignung des Zusammenschlusses zur erheblichen Wettbewerbsbehinderung ist in diesem Fall für jeden relevanten Teilmarkt gesondert zu prüfen.<sup>209</sup> Auch unterschiedliche Vertriebskanäle können zur Annahme eigener Märkte führen.<sup>210</sup> Beispielsweise wurden Gasmärkte nach Maßgabe der drei Vertriebswege (Leitung, Belieferung per Tankwagen, Belieferung mit Gasflaschen) sachlich voneinander abgegrenzt.<sup>211</sup>

47 **cc) Preis.** Neben den Eigenschaften und Verwendungsmöglichkeiten der Produkte und Dienstleistungen ist der Preis der wichtigste Faktor für die Kundenwahl. Die Kommission rückt den Preis „aus verfahrensmäßigen und praktischen Erwägungen“ sogar in den Mittelpunkt der Prüfung der Nachfragesubstituierbarkeit und der Marktabgrenzung insgesamt.<sup>212</sup> Das entspricht dem wettbewerbstheoretischen Konzept der Kommission, denn sie orientiert sich traditionell überwiegend am klassischen preistheoretischen Marktmachtkonzept. Der Marktbeherrschungsbegriff wird mehr oder minder im Sinne von Preisbestimmungsmacht verstanden.<sup>213</sup> Dies ergibt sich nicht nur bei der Betrachtung einiger Kriterien auf der Marktbeherrschungsebene selbst,<sup>214</sup> sondern gilt bereits bei der Marktabgrenzung.<sup>215</sup>

48 **a) Absolute Preisdifferenz.** Absolute Preisunterschiede zwischen Produkten mit gleichen oder ähnlichen Eigenschaften oder Verwendungszwecken können dazu führen, dass diese Produkte unterschiedlichen Produktmärkten zuzurechnen sind.<sup>216</sup> Dies gilt insbesondere, soweit unterschiedliche Qualitätsstufen mit entsprechendem Preisgefälle existieren.<sup>217</sup> Die Kommission geht davon aus, dass absolute Preisdifferenzen in der Größenordnung von 5% bis 10% noch keine Annahme getrennter Märkte rechtfertigen.<sup>218</sup> Dem ist zuzustimmen, denn würden bereits geringe Preisunterschiede die Annahme getrennter Märkte begründen, so würde im Ergebnis der Preiswettbewerb beseitigt.<sup>219</sup> Insbesondere bei homogenen Gütern (wie z.B. Strom) sind Preisunterschiede für sich genommen nicht geeignet, um die Annahme getrennter Märkte zu rechtfertigen.<sup>220</sup> Wesentliche, absolute Preisunterschiede führen allerdings in einer Reihe von Entscheidungen zur **Annahme verschiedener Produktmärkte**.<sup>221</sup> In der Entscheidung *Nestlé/Perrier* betonte die Kommission: „Ver-

<sup>208</sup> Bekanntmachung Marktdefinition Rn. 43; KOMM. 19.12.2011, M.6403 Rn. 22 „Volkswagen/KPI Polska/Skoda Auto Polska/VW Bank Polska/VW Leasing Polska“; BGH WuW/E 1711 (1714) „Mannesmann/Brueninghaus“; Monopolkommission, V. Hauptgutachten, Rn. 628; Fischötter in: FS Pfeiffer S. 627, 632f.

<sup>209</sup> Dazu im Einzelnen unten Rn. 68ff.

<sup>210</sup> Hacker in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer Art. 2 Rn. 59.

<sup>211</sup> Vgl. KOMM. 18.4.2012, M.6504 Rn. 29 „Linde/Air Products Homecare“.

<sup>212</sup> Bekanntmachung Marktdefinition Rn. 15.

<sup>213</sup> So auch Kerber S. 119; zur Kritik ders. S. 132ff.

<sup>214</sup> Vgl. die Beispiele bei Kerber S. 126.

<sup>215</sup> Dies gilt auch für die Bestimmung des geographischen Referenzmarktes, bei der die Kommission ausdrücklich auf die Preiselastizität von Importen abgestellt hat, KOMM. 30.7.1991, M.62 Rn. 21f., 27 „Eridania/ISI“. Sie misst die Elastizitäten nicht direkt, sondern untersucht die Homogenität der Wettbewerbsbedingungen aufgrund einer Analyse verschiedener struktureller Merkmale; vgl. XXI. Wettbewerbsbericht Anhang III S. 406.

<sup>216</sup> Gleiches gilt, sofern das relevante Teilprodukt auf den Preis des Endproduktes erheblichen Einfluss hat; ausführlich hierzu KOMM. 30.9.1992, M.214 „Du Pont/ICI“; 7.1.2004, M.2978 Rn. 209 u. 216 „Lagarde/Natexis/VUP“ (getrennte Märkte für Paperbacks und Hardcover-Bücher); s. auch Levy/Cook § 8.03[4][a] m. w. N.

<sup>217</sup> Im Fall KOMM. 14.4.1994, M.420 „CPG/GEC Alsthom/KPR/Kone Corporation“ war eine Unterscheidung zwischen Standardware und Spezialanpassung möglich.

<sup>218</sup> KOMM. 30.10.1995, M.646 Rn. 11f. „TKS/ITW Signode/Titan“.

<sup>219</sup> So zu Recht auch Füller in: MünchKomm EUWettbR Einl Rn. 1044.

<sup>220</sup> Füller in: MünchKomm EUWettbR Einl Rn. 1044.

<sup>221</sup> Z. B. KOMM. 6.6.1991, M.81 Rn. 12 „VIAG/Continental Can“; 23.9.1991, M.134 Rn. 13 „Mannesmann/Boge“; 2.10.1991, M.53 Rn. 8 „Aérospatiale-Alenia/de Havilland“; 30.9.1992, M.214