

Wettbewerbsrecht

Immenga / Mestmäcker

6. Auflage
ISBN 978-3-406-72480-0
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet 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 Entscheidungsbegründung **detaillierte Ausführungen zur Marktabgrenzung** macht.¹¹⁴ 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 Marktabgrenzung nahelegen, um einer Untersagung zu entgehen.¹¹⁵ Auch können fehlerhafte Ausführungen der Kommission zur Marktabgrenzung im Falle einer Freigabe grundsätzlich nicht separat gerichtlich angefochten werden.¹¹⁶

cc) Exakte Marktabgrenzung. Die exakte Marktabgrenzung kann in aller Regel **32** nicht anhand eindeutiger wissenschaftlicher Kriterien erfolgen. Auch sie basiert maßgeblich auf **Plausibilitätsüberlegungen und Erfahrungssätzen**.¹¹⁷ 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 Marktabgrenzung 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“.¹¹⁸ 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,¹¹⁹ womit Kreuzpreiselastizität und Preiskorrelationen angesprochen sind, für deren Feststellung die Kommission – mit zunehmender Tendenz – **quantitative Tests ökonomischer und statistischer Art** durchführt.¹²⁰
- 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.¹²¹ Dies kann informell durch sog. „**Markttests**“ oder in Gestalt quantitativer Studien, aber auch formell im Wege eines Auskunftsersuchens nach Art. 11 FKVO¹²² geschehen.¹²³ Besondere Bedeutung hat die **Ermittlung der Verbraucherpräferenzen**.¹²⁴

¹¹⁴ 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].

¹¹⁵ 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 Marktabgrenzung für unterschiedliche Bustypen verweisen.

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

¹¹⁷ Vgl. aber *Sandrock* in: FS Kummer S. 449, 467ff., der die Marktabgrenzung als bloßen Erkenntnisakt bezeichnet.

¹¹⁸ Bekanntmachung Marktdefinition Rn. 38.

¹¹⁹ Bekanntmachung Marktdefinition Rn. 38.

¹²⁰ 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.

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

¹²² Vgl. KOMM. 12.7.2000, M.1634 „Mitsubishi Heavy Industries“.

¹²³ Vgl. Bekanntmachung Marktdefinition Rn. 40.

¹²⁴ Vgl. Bekanntmachung Marktdefinition Rn. 41; dazu eingehend unten Rn. 43ff.

- Schließlich sind auch eine Reihe **weiterer Faktoren** zu berücksichtigen, etwa die Schranken und Kosten der Nachfragesubstitution oder die Bildung von Teilmärkten aufgrund heterogener Nachfragergruppen.¹²⁵
- 33 Der Kommission steht ein erheblicher **Beurteilungsspielraum** zu. Das gilt insbesondere für ökonomische Erwägungen¹²⁶ sowie für die Heranziehung ökonomischer Hilfsmittel und deren Eignung, besonders bei mangelnder Datenverfügbarkeit.¹²⁷ Das Gericht überprüft grundsätzlich nur, ob ein offensichtlicher Beurteilungsfehler seitens der Kommission vorgelegen hat¹²⁸ bzw. ob sie ihr Ermessen missbraucht hat.¹²⁹ Demgegenüber darf es die wirtschaftliche Beurteilung der Kommission nicht einfach durch seine eigene Einschätzung ersetzen.¹³⁰ Wenn die Kommission in den bisher entschiedenen Zusammenschlussfällen den sachlich relevanten Markt genauer abgegrenzt hat, neigte sie zu einer **relativ engen Marktabgrenzung**.¹³¹ Für einige Branchen hat sich eine Kommissionspraxis herausgebildet.¹³²
- 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.¹³³ 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.“¹³⁴ Diese Austauschbarkeit ist aus Sicht der Marktgegenseite – in Absatzmärkten also aus der Sicht der Verbraucher – zu bestimmen.¹³⁵
- 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 eingegrenzt. Diese objektive Betrachtung ist **für sich genommen** aber regelmäßig noch **nicht ausreichend** zur abschließenden Marktabgrenzung.¹³⁶ Eine ausschließlich objektiv-funktionale Austauschbarkeit würde an den realen Markt- und Wettbewerbsverhältnissen vorbeigehen.¹³⁷ Produkte können trotz nahezu identischer Eigenschaften unterschiedliche Verwendungsmöglichkeiten haben – und umgekehrt. Vor allem aber spielt letztlich die

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

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

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

¹²⁸ 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*“.

¹²⁹ 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*“.

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

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

¹³² S. dazu insbesondere den Beispielkatalog unten Rn. 76 ff.

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

¹³⁴ 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.

¹³⁵ Vgl. Bekanntmachung Marktdefinition Rn. 15; für die Einzelheiten s. sogleich Rn. 32 ff.

¹³⁶ Vgl. Bekanntmachung Marktdefinition Rn. 36; *Navarra/Galarza/Crespo/Alonso* Rn. 5.44.

¹³⁷ Vgl. schon *Hoppmann* Abgrenzung S. 35 f.; *Sandrock* in: FS Kummer, S. 449, 469.

Verbrauchersicht die entscheidende Rolle.¹³⁸ 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 Erstausrüster- und einen Ersatzteil- bzw. Anschlussmarkt.¹³⁹ Zudem ist nur ein „hinreichender Grad an Austauschbarkeit“ erforderlich.¹⁴⁰ Die Austauschbarkeit ist letztlich wertend zu bestimmen.¹⁴¹

α) 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.¹⁴² 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.¹⁴³

Bei **Waren** sind im Bereich der technisch/physikalischen Gegebenheiten bisher neben den allgemeinen Produktunterschieden¹⁴⁴ u.a. die Zuladung,¹⁴⁵ Sitzplatzkapazität,¹⁴⁶ die Ausstattung,¹⁴⁷ der technische Standard gemessen an der Neuwertigkeit, Reichweite, Grad der Wasserabsorption, Hitzebeständigkeit, Recyclingfähigkeit, Festigkeit oder Farbechtheit der Produkte,¹⁴⁸ aber auch rechtliche Rahmenbedingungen¹⁴⁹ (beispielsweise DIN-Normen) sowie die Verschreibungspflichtigkeit¹⁵⁰ bei **Arzneimitteln** entscheidungserheblich geworden. Im Bereich der **chemischen Produkte** ist die genaue Zusammensetzung maßgeblicher Faktor.¹⁵¹ In der **Musikindustrie** ist eine Detailabgrenzung anhand der verschiedenen Musikgenres erörtert worden.¹⁵² Der Markt für den Online-Vertrieb von Musiktiteln ist von dem Markt für den Verkauf derselben Titel auf Datenträgern über den Ein-

¹³⁸ Dazu noch unten Rn. 41 ff.

¹³⁹ KOMM. 29.5.1991, M.43 Rn. 10 „Magnet/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.

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

¹⁴¹ So z. B. auch Füller in: MünchKomm EUWettbR Einl Rn. 1673.

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

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

¹⁴⁴ 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.

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

¹⁴⁶ 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.

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

¹⁴⁸ 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“.

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

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

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

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

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

- 38 In Bezug auf **Dienstleistungen** waren bei Zusammenschlüssen im Banken- und Versicherungsbereich¹⁵⁵ sowie in den Bereichen Kreuzfahrten¹⁵⁶ und Fernsehen¹⁵⁷ die jeweiligen **Produktpaletten** maßgeblich. In einigen Fällen wurde die das spezielle Produkt betreffende Vertriebsleistung zur Abgrenzung herangezogen.¹⁵⁸ Waren Anbieter von **Postzustellungs-**¹⁵⁹ bzw. **Telekommunikationsleistungen**¹⁶⁰ 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.¹⁶¹ 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;¹⁶² später wurde diese Aufteilung auf fünf Marktsegmente erweitert.¹⁶³ In **Luftverkehrsentscheidungen** wurde die Austauschbarkeit nach Streckenlänge, den Entfernungen zwischen den Flughäfen, der Frequenz von Flügen und speziellen Städtepaaren bestimmt.¹⁶⁴ 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.¹⁶⁵ 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).¹⁶⁶ Bei Dienstleistungen sind des Weiteren die Einhaltung technischer Standards bzw. Sicherheitsaspekte sowie spezielles Know-how ausschlaggebende Faktoren.¹⁶⁷

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

¹⁵⁴ Vgl. *Riesenkampff/Steinbarth* in Loewenheim et al. Art. 2 Rn. 24.

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

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

¹⁵⁷ 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“.

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

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

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

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

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

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

¹⁶⁴ 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“.

¹⁶⁵ KOMM. 24.7.2002, M.2706 Rn. 124 f. „Carnival Corporation/PEO Princess“.

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

¹⁶⁷ 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 Verwendungs- 39
möglichkeiten der Produkte ein zweiter Faktor, um die Suche nach potenziell damit
austauschbaren Produkten objektiv einzugrenzen. Aufgrund ihrer unterschiedlichen Nut-
zung hat die Kommission bei **Waren** unterschiedliche Produktmärkte anhand der Kriterien
privat/geschäftlich,¹⁶⁸ privat/öffentliche Hand,¹⁶⁹ kommerziell/militärisch,¹⁷⁰ sowie anhand
unterschiedlicher Behandlungszwecke oder Einsatzmöglichkeiten¹⁷¹ abgegrenzt. Im Bereich
Zucker erfolgt die Abgrenzung in separate Märkte anhand des Verwendungszwecks
(Haushaltszucker, Industriezucker und Zucker für Handelsmarken).¹⁷² Verschiedene **Ka-
belmärkte** bestehen z.B. mit Blick auf die unterschiedliche Verwendung (und daraus re-
sultierende abweichende Anforderungen an die Kabeleigenschaften) für die Übermittlung
von Daten, Starkstrom usw.¹⁷³ Bei **Bussen** kann trotz gewisser Austauschbarkeit zwischen
Stadt- und Reisebussen differenziert werden.¹⁷⁴ Bei **Dienstleistungen** erfolgte die Ab-
grenzung in der Regel aufgrund der unterschiedlichen Angebotspalette.¹⁷⁵ Für **Sen-
derechte** 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.¹⁷⁶

Sind zwei Waren oder Dienstleistungen im Hinblick auf ihre Verwendungsmöglichkeiten 40
objektiv austauschbar, so reicht dies – ebenso wie eine weitgehende Identität der Eigen-
schaften – für sich genommen noch nicht aus, um eine Zugehörigkeit zu einem einheitli-
chen Markt anzunehmen. **Softdrinks und Mineralwasser** sind beispielsweise jeweils ge-
eignet, den Durst zu löschen, gehören aber trotzdem verschiedenen Märkten an.¹⁷⁷
Gleiches 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.¹⁷⁸

cc) Verbrauchersicht. α) Begriff und Leitbild. Über die Austauschbarkeit entschei- 41
den letztlich nicht die objektiven Produkteigenschaften, sondern die Verbraucher. Dabei
stellt die Kommission regelmäßig auf die Verbrauchersicht im Sinne einer „reaktiven Äqui-
valenz“¹⁷⁹ 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 Ge-
fahr von „Mikromärkten“. In der deutschen Rechtsprechungs- und Kartellamtspraxis wird
überwiegend auf den „verständigen Verbraucher“ abgestellt.¹⁸⁰ 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**

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

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

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

¹⁷¹ 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“.

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

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

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

¹⁷⁵ 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“.

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

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

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

¹⁷⁹ 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“.

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

angesprochen sind.¹⁸¹ 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.¹⁸² 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“,¹⁸³ 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.¹⁸⁴ Dieses vom Gerichtshof aus den Grundfreiheiten abgeleitete Leitbild ist auch für die Auslegung sekundärrechtlicher Vorschriften wie der FKVO verbindlich.¹⁸⁵ 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.¹⁸⁶ 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.¹⁸⁷ Gleiches gilt für Lebensmittel, z. B. mit der Folge einer separaten Marktannahme bei unterschiedlichen Fleischsorten.¹⁸⁸ 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.¹⁸⁹

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.¹⁹⁰ 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.¹⁹¹ In *PepsiCo/KAS* stellte die geschmackliche Festlegung des Nachfragers das entscheidende Ab-

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

¹⁸² So auch Horizontalleitlinien Rn. 79 Fn. 105; Nichthorizontalleitlinien Rn. 16.

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

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

¹⁸⁵ Dazu *Körber Grundfreiheiten und Privatrecht* S. 89 f.

¹⁸⁶ XXIV. Wettbewerbsbericht Rn. 280.

¹⁸⁷ KOMM. 10.6.2003, M.3130 Rn. 19 „*Arla Foods/Express Dairies*“; 27.9.2001, M.2276 Rn. 18 „*The Coca-Cola Company/Nestlé 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*“.

¹⁸⁸ KOMM. 9.3.1999, M.1313 Rn. 22 ff. „*Danish/Crown/Vestjyske Slagteier*“.

¹⁸⁹ KOMM. 17.10.2001, M.2187 Rn. 49 „*CVC/Lenzing*“.

¹⁹⁰ KOMM. 6.6.1991, M.81 Rn. 12 „*VIAG/Continental Can*“.

¹⁹¹ KOMM. 22.7.1992, M.190 Rn. 10 f. „*Nestlé/Perrier*“.

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

Die Kommission greift, soweit verfügbar, auch auf Erfahrungen mit dem Produktaus-tausch durch die Nachfrager und auf **Marketing-Studien der Unternehmen** zurück.²⁰⁰ 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.²⁰¹ Die Anmelder können der Kommission auch von sich aus eigens für das konkrete Verfahren erstellte Untersuchungen und Studien zur Markt-abgrenzung vorlegen.²⁰² Die Kommission gibt dazu Hinweise in Rn. 30f. ihrer „Best Practices Submission“.²⁰³ 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 „neutral“ sind.²⁰⁴ Im Fall *KLM/Martinair* hat die **Kommission selbst** Verbraucherbefragungen in Auftrag gegeben, um die Austauschbarkeit von Flughäfen zu ermitteln.²⁰⁵ Auch die **Untersuchungen und Ansichten nationaler Wettbewerbsbehörden oder anderer Kommissionstellen** können herangezogen werden.²⁰⁶

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.²⁰⁷ 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-

¹⁹² KOMM. 21.12.1992, M.289 „PepsiCo/KAS“.

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

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

¹⁹⁵ KOMM. 20.12.1990, M.26 III.1.b „Cargill/Unilever“.

¹⁹⁶ KOMM. 25.2.1991, M.17 Rn. 11 „MBB/Aérospatiale“.

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

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

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

²⁰⁰ Vgl. Bekanntmachung Marktdefinition Rn. 41.

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

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

²⁰³ Abrufbar unter www.fkvo.eu oder http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/best_practices_submission_en.pdf sowie www.fkvo.eu.

²⁰⁴ 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.

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

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

²⁰⁷ Dies ist auch der Normalfall, vgl. nur Monopolkommission, V. Hauptgutachten, Rn. 628.

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

- 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.²¹² 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.²¹³ Dies ergibt sich nicht nur bei der Betrachtung einiger Kriterien auf der Marktbeherrschungsebene selbst,²¹⁴ sondern gilt bereits bei der Marktabgrenzung.²¹⁵
- 48 **α) Absolute Preisdifferenz.** Absolute Preisunterschiede zwischen Produkten mit gleichen oder ähnlichen Eigenschaften oder Verwendungszwecken können dazu führen, dass diese Produkte unterschiedlichen Produktmärkten zuzurechnen sind.²¹⁶ Dies gilt insbesondere, soweit unterschiedliche Qualitätsstufen mit entsprechendem Preisgefälle existieren.²¹⁷ Die Kommission geht davon aus, dass absolute Preisdifferenzen in der Größenordnung von 5 % bis 10 % noch keine Annahme getrennter Märkte rechtfertigen.²¹⁸ Dem ist zuzustimmen, denn würden bereits geringe Preisunterschiede die Annahme getrennter Märkte begründen, so würde im Ergebnis der Preiswettbewerb beseitigt.²¹⁹ Insbesondere bei homogenen Gütern (wie z. B. Strom) sind Preisunterschiede für sich genommen nicht geeignet, um die Annahme getrennter Märkte zu rechtfertigen.²²⁰ Wesentliche, absolute Preisunterschiede führten allerdings in einer Reihe von Entscheidungen zur **Annahme verschiedener Produktmärkte**.²²¹ In der Entscheidung *Nestlé/Perrier* betonte die Kommission: „Ver-

²⁰⁸ 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, 632 f.

²⁰⁹ Dazu im Einzelnen unten Rn. 68 ff.

²¹⁰ *Hacker* in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer Art. 2 Rn. 59.

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

²¹² Bekanntmachung Marktdefinition Rn. 15.

²¹³ So auch *Kerber* S. 119; zur Kritik *ders.* S. 132 ff.

²¹⁴ Vgl. die Beispiele bei *Kerber* S. 126.

²¹⁵ 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. 21 f., 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.

²¹⁶ 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 „Lagardère/Natexis/VUP“ (getrennte Märkte für Paperbacks und Hardcover-Bücher); s. auch *Levy/Cook* § 8.03[4][a] m. w. N.

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

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

²¹⁹ So zu Recht auch *Füller* in: MünchKomm EUWettbR Einl Rn. 1044.

²²⁰ *Füller* in: MünchKomm EUWettbR Einl Rn. 1044.

²²¹ 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