

Björn A. Kuchinke, Thomas Henders

Der Zusammenschluss Sony/Bertelsmann und seine wettbewerbsökonomischen Konsequenzen

Die Genehmigung des Joint-Ventures von Sony und Bertelsmann gibt ein Beispiel für die neue Ausrichtung der europäischen Wettbewerbspolitik, die eine Abkehr von der formal-juristischen hin zu einer „ökonomischeren“ Herangehensweise mit sich bringt. Diese Methode weist allerdings auch Schwächen auf, weil die neu erarbeiteten Kriterien nicht immer zu ökonomisch sinnvollen Ergebnissen führen.

Das jahrelange Tauziehen um die Genehmigung des Musik-Joint-Ventures von Sony und Bertelsmann hatte mit dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 10. Juli 2008 die vorerst letzte Runde erreicht.¹ Dabei wurde die vorangegangene Entscheidung des Europäischen Gerichts erster Instanz (EuG)² in weiten Teilen aufgehoben und die Zusammenschlussfreigabe durch die Europäische Kommission aus dem Jahr 2004 bzw. 2007 bestätigt. Formal betrachtet ist zwar eine weitere gerichtliche Überprüfung einiger Punkte offen bzw. möglich. Der Bertelsmann-Konzern hat jedoch angekündigt, sich aus dem Tonträgergeschäft zurückzuziehen, weshalb der zukünftige gerichtliche Verlauf nur noch aus juristischer, nicht aber aus wettbewerbsökonomischer

Sicht interessant ist. Die relevanten Fragestellungen, die die offenen Fragen und Problemkreise, die sich durch das Verfahren stellen, sollen daher in diesem Beitrag aufgearbeitet werden.

Zunächst erfolgt eine überblicksartige Darstellung des Verlaufs des Zusammenschlusses von Sony und Bertelsmann. Gleichfalls wird ein kurzer Überblick über die neue, im Jahre 2004 überarbeitete Fusionskontrollverordnung (FKVO) gegeben. Anschließend werden die wettbewerbsökonomisch kritischen Punkte aus den Entscheidungen der Europäischen Kommission³ sowie des EuG und des EuGH auf Grundlage der entsprechenden Argumentationen in den dazugehörigen Entscheidungen bzw. Urteilen vorgestellt und bewertet. Der Beitrag schließt mit einer zusammenfassenden Beurteilung.

Ablauf des Verfahrens

Am 9. Januar 2004 haben die Unternehmen BMG (Bertelsmann Music Group) und Sony Corporation of America bekannt gegeben, sich zu einem Joint-Venture zusammenschließen zu wollen. Im Juli des Jahres 2004 ist die Fusion durch die Entscheidung der Europäischen Kommission genehmigt worden.⁴ Ende desselben Jahres hat Impala, eine Vereinigung unabhängiger Musiklabels, vor dem EuG gegen die Genehmigung der Europäischen Kommission geklagt und Vorwürfe in der Weise erhoben, dass die Kommission erhebliche Fehler bei der Prüfung des Fusionsvorhabens gemacht haben soll. Dabei wurde die Aufhebung der Entscheidung verlangt.

1 Vgl. Europäischer Gerichtshof (EuGH): Case No C-413/06 P Bertelsmann and Sony, Urteil vom 10. Juli 2008, URL: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=DE&Submit=Rechercher&docrequire=alldocs&numaff=C-413/06%20P&datefs=&datefe=&nomusuel=&domaine=&mots=&resmax=100>, Brüssel 2008. Zu einer ersten Einschätzung vor der Entscheidung des EuGH vgl. B. A. Kuchinke, T. Henders: Aktuelle Diskussionen zum Fall Sony/BMG und der Klage von Impala: Eine wettbewerbsökonomische Würdigung, in: F. Fechner (Hrsg.): Crossmediale Fusionen und Medienvielfalt. Juristische und ökonomische Betrachtungen, Medienrechtliche Schriften, Bd. 3, Ilmenau 2007, S. 158-189.

2 Vgl. Europäisches Gericht erster Instanz (EuG): Case No T-464/04 Impala v. Kommission, Urteil vom 13.7.2006, URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62004A0464:EN:HTML>, Brüssel 2006.

3 Vgl. Europäische Kommission: Case No Comp/M.3333 – Sony/BMG, Kommissionsentscheidung vom 19.7.2004, Brüssel 2004; Europäische Kommission: Fusionskontrolle: Kommission bestätigt Genehmigung des Tonträger-Joint-Ventures von Sony und BMG, Press Release, Referenz: IP/07/1437, 3.10.2007, URL: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/1437&format=HTML&aged=0&language=DE&guiLanguage=en>, Brüssel 2007.

4 Vgl. Europäische Kommission: Case No Comp/M. 3333 – Sony/BMG, a.a.O.

Dr. Björn A. Kuchinke ist wissenschaftlicher Assistent am Institut für Volkswirtschaftslehre, Fachgebiet Wirtschaftspolitik an der Technischen Universität Ilmenau.

Thomas Henders, Dipl.-Kaufmann, ist Mitarbeiter der Ernst & Young GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, Eschborn.

Das Gericht hat letztendlich der Bitte von Impala nach einem beschleunigten Verfahren entsprochen und ist am 13. Juli 2006 zu dem Urteil gekommen, die Freigabe der Fusion aus dem Jahre 2004 aufzuheben.⁵ Damit musste die Europäische Kommission den Zusammenschluss erneut prüfen. Am 3. Oktober 2007 hat die Kommission ihre Entscheidung bekannt gegeben, den Zusammenschluss der Unternehmen erneut zu genehmigen, da aus Sicht der Wettbewerbsbehörden für die relevanten Märkte keine negativen Folgen zu erkennen gewesen sind.⁶

Bereits nach der Entscheidung des EuG haben Sony und BMG den EuGH angerufen und eine Nichtigkeitsklage eingereicht. Darin ist die Aufhebung des Urteils des EuG verlangt worden. Der EuGH hat die zweite Entscheidung der Europäischen Kommission am 10. Juli 2008 bestätigt und das Urteil des EuG in weiten Teilen aufgehoben.⁷

Neufassung der Fusionskontrollverordnung 2004

Die Grundlage für die Beurteilung von Zusammenschlussvorhaben mit europäischem Ausmaß bildet die europäische Fusionskontrollverordnung. Ihre Reformierung und die Novellierung der ergänzenden Durchführungsverordnung⁸ im Jahre 2004 hat die Herangehensweise der EU-Behörden bei Unternehmenszusammenschlüssen in einigen Bereichen erheblich geändert.⁹ Ein Umdenken in der Kontrolle von Zusammenschlussvorhaben ist bereits im Jahr 2002 eingeleitet worden, als das EuG gleich drei Untersagungsentscheidungen („schwarze Serie“) der Kommission aufhob. Hauptkritikpunkt war in allen drei Fällen eine unzureichende Sorgfalt bei der Beurteilung.¹⁰ Zudem hat der Fall *Airtours/First Choice* dem Gericht die Möglichkeit geboten, drei Voraussetzungen herauszustellen, die eine Entstehung oder Verstärkung einer kollektiven Marktbeherrschung begründen:¹¹

- Demnach ist erstens Markttransparenz erforderlich, durch welche die im relevanten Markt agierenden Teilnehmer Einblicke in das Handeln der Konkurrenten bekommen können. Nur auf diese Weise können homoge-

ne Verhaltensweisen, sogenannte „koordinierte Effekte“, entstehen.

- Zweitens müssen Retorsionsmaßnahmen, also Möglichkeiten zur Sanktionierung vorhanden sein, welche die Marktteilnehmer vor abweichendem Verhalten abschrecken.
- Zuletzt muss drittens sichergestellt sein, dass dieses Vorgehen nicht durch aktuelle oder potenzielle Konkurrenten bzw. durch Konsumenten auf diesem oder auf anderen Märkten gestört wird.

Mit der Novellierung der Fusionskontrollverordnung ist ein industrieökonomisch geprägtes Vorgehen in die Fusionskontrolle implementiert worden. Mithilfe ökonomischer Datenauswertung, spieltheoretischer Modelle und weiterer ökonomischer Methoden sollen auch eine Annäherung an die amerikanische Wettbewerbspraxis vollzogen und die Kommissionsentscheidungen auf eine fundierte ökonomische Basis gestellt werden.

Eine wesentliche Neuerung in der europäischen Fusionskontrolle ist dabei der veränderte Prüfungsmaßstab, der sich im Art. 2 Abs. 3 FKVO widerspiegelt. Dieses neu verfasste Eingreifkriterium soll im Gegensatz zur alten Gesetzesfassung auch einseitigen Verhaltensweisen von Unternehmen, sogenannten koordinierten Effekten, gerecht werden. Im Sinne des Effizienz Kriteriums soll die Kommissionsentscheidung auf Einzelfallprüfungen, also einer „rule of reason“, ausgerichtet sein, wodurch „Fehlertypen erster und zweiter Ordnung“ sowie deren Fehlerkosten vermindert werden können.¹² „Per se“-Verbote dagegen werden im Bereich der Fusionskontrolle abgelehnt und finden in der Praxis keine Anwendung.¹³

Mittlerweile hat sich die Ansicht durchgesetzt, dass es wenige Verhaltensweisen gibt, denen pauschal eine wettbewerbsbehindernde Wirkung unterstellt werden kann. Der „more economic approach“¹⁴ als neues Leitbild der europäischen Wettbewerbspolitik greift mit dem eingeschlagenen

5 Vgl. EuG: Case No T-464/04 *Impala v. Kommission*, a.a.O.

6 Vgl. Europäische Kommission: Fusionskontrolle, a.a.O.

7 Vgl. EuGH: Case No C-413/06 *Bertelsmann und Sony*, a.a.O.

8 Vgl. Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission vom 7. April 2004 zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen.

9 Vgl. Verordnung Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 20.1.2004.

10 Vgl. A. Christiansen: Die drei EuGI-Urteile zur EU-Fusionskontrolle im Jahre 2002 – Beitrag zum Doktoranden-Seminar am 10./11.4.2002, Marburg, URL: http://www.wiwi.uni-marburg.de/Lehrstuehle/VWL/WIPOL/downloads/free/Aufhebungsurteile_2002.pdf, Marburg 2002.

11 Vgl. Europäisches Gericht erster Instanz (EuG): Press Release No 50/02, Case T-342/99 – *Airtours v. Kommission*, Urteil des Gerichts erster Instanz vom 6. Juni 2002, URL: <http://curia.europa.eu/de/actua/communiqués/cp02/aff/cp0250de.htm>, Brüssel 2002.

12 Vgl. A. Schmidt: Wie ökonomisch ist der „more economic approach“? Einige kritische Anmerkungen aus ordnungsökonomischer Sicht, Freiburger Diskussionspapiere zur Ordnungsökonomik 06/10, URL: http://www.eucken.de/publikationen/06_10bw.pdf, Freiburg 2006, S. 8 f.

13 Vgl. G. Knieps: Wettbewerbsökonomie. Regulierungstheorie, Industrieökonomie, Wettbewerbspolitik, 2. überarbeitete Auflage, Berlin 2005, S. 132.

14 Vgl. zum „more economic approach“ z.B. D. Schmidtchen: Der „more economic approach“ in der Wettbewerbspolitik, in: *Wirtschaft und Wettbewerb*, 56. Jg. (2006), Nr. 1, S. 6 ff.

Weg der Einzelfallprüfung genau diese Erkenntnis auf.¹⁵ Mit dieser Neuausrichtung der Fusionskontrolle in der EU geht allerdings auch ein nicht unerheblicher Mehraufwand für die Kommission einher, da nun umfangreiche Studien und Analysen herangezogen werden müssen. Nicht zuletzt wegen der Unsicherheiten in Bezug auf die hohen Beweisanforderungen bei der Prüfung von Marktbeherrschung durch die Kommission wird die aktuelle Fusionskontrollverordnung immer noch diskutiert.

Erneute Überprüfung durch die Europäische Kommission 2007

In der Nichtigkeitsklage von Sony/BMG gegen das Urteil des EuG sind verschiedene Beschwerdepunkte ins Feld geführt worden. Diese bestanden hauptsächlich in Rechts- und Bewertungsfehlern.¹⁶ Das EuGH geht in seinem Urteil vom 10. Juli 2008 auf die fehlerhaften Verhaltensweisen und Interpretationen des EuG explizit ein. Unhaltbar ist nach Meinung des EuGH in diesem Zusammenhang die Argumentation von Sony/BMG, dass für eine Untersagung eines Zusammenschlusses die Kommission ein umfassenderes Fundament an Beweisen benötigt als für eine Freigabe. Die Richter verwerfen damit im Vorfeld die Auffassung, es gebe sozusagen zunächst eine Vermutung zur Vereinbarkeit eines geplanten Zusammenschlusses mit dem gemeinsamen Markt. Die Vorgehensweise wurde bei einer Zusammenschlussprüfung bereits vorab klargestellt: Gemäß der Rechtsprechung im Fall Tetra-Laval sind hierbei Ursache-Wirkungs-Ketten heranzuziehen. Dabei ist von der Kette mit der größten Wahrscheinlichkeit auszugehen. Der Gerichtshof verweist dabei auf den unmissverständlichen Wortlaut der §§ 2 Abs. 2 und 3 FKVO, die keine unterschiedlichen Beweisanforderungen an eine zu genehmigende oder eine zu versagende Fusion stellen.¹⁷

Als ein weiterer nicht zu unterschätzender Sachverhalt im Zuge der gesamten juristischen Auseinandersetzung ist die „Mitteilung der Beschwerdepunkte“ durch die Europäische Kommission zu werten. Im Rahmen dieser Mitteilung zu Beginn der Zusammenschlussprüfung hat die Europäische Kommission schließlich noch selbst Bedenken bezüglich einer Genehmigung geäußert. Diese wurden allerdings später von ihr ad acta gelegt und mündeten in der Freigabe des Zusammenschlusses. Die Europäische Kommission macht

sich an dieser Stelle angreifbar, da diese Haltung zunächst widersprüchlich erscheint. An dieser Stelle muss allerdings darauf hingewiesen werden, dass die „Mitteilung der Beschwerdepunkte“ einen formalen Schritt des Kartellverfahrens darstellt, bei dem die Behörde die Beteiligten über die Beschwerdepunkte in Kenntnis setzt, die im jeweiligen Fall angeführt werden. Die letztendliche Entscheidung wird durch diesen „ersten Eindruck“ nicht vorweggenommen. Auch hat sich die Kommission nicht für eine davon abweichende Entscheidung zu rechtfertigen. Der Klage durch Impala ist dadurch möglicherweise dennoch zu Auftrieb verholfen worden. Es kann somit die Frage gestellt werden, ob dieser „Fehler“ hätte vermieden werden können. Ob eine andere Haltung der Kommission bei der „Mitteilung der Beschwerdepunkte“ die Klage von Impala hätte verhindert, kann nur vermutet, aber nicht abschließend beantwortet werden.

Die Airtours-Kriterien

Im Zuge der juristischen Streitigkeiten ist auch über die Auslegung der Airtours-Kriterien diskutiert worden. Bereits Impala hat bei seiner Klage gegen die Kommissionsentscheidung darauf hingewiesen, dass die Airtours-Kriterien fehlerhaft angewendet worden seien. Daraufhin widmete sich das EuG eingehend der Überprüfung, ob die Kommission den Kriterien in korrekter Weise Rechnung getragen hat.¹⁸

Die Rechtsmittelführerinnen Sony und Bertelsmann machen im EuGH-Verfahren geltend, dass es bei der Frage der Markttransparenz als Hinweis auf eine kollektive Marktbeherrschung für die Kommission verpflichtend gewesen wäre, nachzuweisen, ob die Majors¹⁹ zum einen über einen Mechanismus zur Preiskontrolle verfügen und zum anderen, ob sie diesen auch tatsächlich nutzen.²⁰ Gleichzeitig erheben sie gegenüber dem EuG den Vorwurf, in Wahrheit einer abgeschwächten Auslegung zu folgen und eine Markttransparenz bereits bei rechtlich unzureichenden Faktoren zu unterstellen.²¹ Wird der Auffassung des EuG gefolgt, kann bereits bei äußerst vagen Vermutungen der Schluss gezogen werden, dass eine wettbewerbschädigende Markttranspa-

15 Vgl. D. Schmidtchen: Wettbewerbsfreiheit, Per se Verbote und die Rule of Reason – Anmerkungen zum institutionenökonomisch-evolutionären Wettbewerbsleitbild, 17. Mai 2006, URL: <http://www.uni-saarland.de/fak1/fr12/csle/publications/2006-04Wettbewerb.pdf>, Saarbrücken 2006, S. 23; A. Schmidt, a.a.O., S. 3.

16 Vgl. ausführlich zu den juristischen Einzelheiten S. Hirsbrunner, C. v. Köckritz: Da capo senza fine – Das Sony/BMG-Urteil des EuGH, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 19/2008, S. 591-596.

17 Vgl. EuGH (2008), a.a.O., Rn. 46, 47; mit Verweis auf Kommission/Tetra-Laval, Rn. 43.

18 Vgl. EuG: Case No T-464/04 Impala v. Kommission, a.a.O., Rn. 254.

19 Als Major werden die größten Unternehmen der Branche bezeichnet.

20 Vgl. EuGH: Case No C-413/06 Bertelsmann und Sony, a.a.O., Rn. 110; zur kollektiven Marktbeherrschung in jüngeren Entscheidungen im Überblick auch E. Wagner: Die Analyse kollektiver Marktbeherrschung im Vergleich zur europäischen Fusionskontrolle, in: Wirtschaft und Wettbewerb, 59. Jg. (2009), Nr. 6, S. 619-631.

21 Vgl. EuGH 2008: Case No C-413/06 Bertelsmann und Sony, a.a.O., Rn. 111. Es muss hinzugefügt werden, dass die Vorgehensweise der Kommission bei der Überprüfung eines Zusammenschlussvorhabens zwar in vielerlei Hinsicht durch den EuG sowie den EuGH vorgegeben ist, der Kommission allerdings ein Beurteilungsspielraum beigemessen wird. Vgl. M. A. Dausen: Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 26. Ergänzungslieferung, 2008, Rn. 115; mit Hinweis auf die Entscheidung Kommission/Tetra-Laval.

renz im Sinne der Airtours-Kriterien vorliegt. Der Gerichtshof führt hierzu aus, dass eine „abgemilderte“ Herleitung von Marktbeherrschung, also eine allein auf vagen Indizien beruhende Vermutung (sogenannter Impala Test), als solche nicht zu beanstanden sei. Die Tatsachenwürdigung ist nach gängiger Rechtsprechung allein Sache des Gerichts.

Diese im Zuge des Impala-Urteils durchgeführte Anreicherung bzw. Ergänzung der bis dahin bestehenden Rechtsprechung wird in der Literatur als „Impala-Test“ bezeichnet und steht für den auf Basis von Vermutungen und Indizien begründeten Nachweis einer bereits bestehenden kollektiven Marktbeherrschung.²²

Auch die Monopolkommission hat sich in ihrem siebzehnten Hauptgutachten mit den abgeschwächten Beweisanforderungen von Seiten der Kommission beschäftigt.²³ Hier wird die Frage aufgeworfen, ob diese Vorgehensweise künftig wirklich eine Erleichterung der Beweisführung zur Folge hat. Es bleibt abzuwarten, ob eine Indizien-gestützte Vorgehensweise, d.h. der erwähnte „Impala Test“, den Forderungen nach einer wirksameren Beweisführung speziell gegen oligopolistische Marktbeherrschung gerecht wird.

Der EuGH führt dazu aus, dass die Kommission verpflichtet sei, bezüglich der Begründung oder Verstärkung einer kollektiven Marktbeherrschung die zukünftige Marktsituation zu antizipieren und zu würdigen. Hierbei seien Faktoren heranzuziehen, die insbesondere Teilnehmer eines engen Oligopols in die Lage bringen, ihr Verhalten abzustimmen. Ist durch einen Zusammenschluss davon auszugehen, dass die betroffenen Teilnehmer des Oligopols einen Nutzen darin sehen, auf dem relevanten Markt einheitlich vorzugehen, kann eine wettbewerbs- und wohlfahrtsschädigende kollektive Marktbeherrschung unterstellt werden.²⁴

Bei der Beschreibung der Airtours-Kriterien und deren Handhabung von Seiten der Kommission betont der EuGH zu Recht, dass die Kriterien nicht isoliert zu prüfen, sondern immer im gesamtwirtschaftlichen Kontext zu sehen sind. Demnach muss beispielsweise neben dem bloßen Vorliegen von Transparenz auch ein Mechanismus nachgewiesen werden, der stillschweigende Koordination begünstigt.²⁵ Diesbezüglich sei die Transparenz als Teilkomponente zum Beweis einer kollektiven Marktbeherrschung nicht losgelöst

zu untersuchen. Vielmehr muss ein dazugehöriger Mechanismus zur Koordinierung von Verhaltensweisen diagnostiziert werden. Folglich ist nicht die Transparenz selbst, sondern der damit verknüpfte Mechanismus quasi als Indikator zu beweisen. Vereinzelt Faktoren, die auf einen potenziell transparenten Markt hinweisen, reichen demnach nicht aus. In diesem Zusammenhang können sowohl dem EuG als auch der Europäischen Kommission Versäumnisse vorgehalten werden.

Nachdem die Europäische Kommission offenbar überzeugt war, die Airtours-Kriterien bei der Freigabe in korrekter Weise berücksichtigt zu haben, äußert der EuGH in seiner Nichtigkeitsentscheidung Kritik und präsentierte eine eigene Interpretation zur Auslegung dieser Kriterien. Angesichts der entstandenen Verwirrung in dieser Sache schafft nun der Gerichtshof in einigen Punkten Klarheit: Hierzu zählen seine Äußerungen zur Darlegung eines wettbewerbs-schädigenden Mechanismus, die gesamtwirtschaftliche Einbettung der Kriterien als auch die Zulässigkeit einer „abgeschwächten“ Analyse seitens des EuG.

Wettbewerbsökonomische Einschätzung

Bei der Klage von Impala müssen zunächst die spezifischen Sachverhalte hervorgehoben werden, die eine Rolle im Rahmen einer ökonomischen Analyse spielen können. Dieser Fall ist insofern interessant, als dass hierbei ein mögliches Parallelverhalten in Oligopolmärkten beobachtet werden kann und auch die reformierte Fusionskontrollverordnung in diesem Zusammenhang zu sehen ist. Hinter dem Begriff „more economic approach“ verbirgt sich eine Neuausrichtung in der europäischen Wettbewerbspolitik, die gemeinsam mit der Rechtsprechung der letzten Jahre eine Abkehr von der formal-juristischen hin zu einer „ökonomischeren“ Herangehensweise mit sich bringt.²⁶

Im Sinne von Schmidtchen kommt es also – überspitzt formuliert – dazu, dass durch einen „wirkungsbasierten Ansatz“ eine Ausrichtung am Einzelfall vorgenommen wird, anstatt die Schwächung der Wettbewerbssituation anhand standardisierter Prinzipien abzuleiten.²⁷ Zum Ersten wird hier das Ziel verfolgt, die Rechtssicherheit für die betroffenen Unternehmen zu verbessern. Dies soll durch eine erhöhte Transparenz in Folge der Nutzung ökonomischer Modelle erreicht werden.²⁸ Ob die Rechtssicherheit faktisch durch diese Vorgehensweise erhöht wird, kann allerdings ange-

22 Vgl. G. Weidenbach, H. Leupold: Das Impala-Urteil des EuG – Gemeinsame Marktbeherrschung „letzter Akt“?, in: Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht, Nr. 10 (2006), S. 435 f.

23 Vgl. Monopolkommission (Hrsg.): Siebzehntes Hauptgutachten 2006/2007, Bundestagsdrucksache 16/10140, Baden-Baden 2007, Rn. 613 ff.

24 Vgl. EuGH: Case No C-413/06 Bertelsmann und Sony, a.a.O., Rn. 122.

25 Vgl. EuGH: Case No C-413/06 Bertelsmann und Sony, a.a.O., Rn. 125, 126.

26 Vgl. z. B. EuG, a.a.O., T-342/99.

27 Vgl. D. Schmidtchen, a.a.O., S. 19.

28 Vgl. A. Christiansen: Die „Ökonomisierung“ der EU-Fusionskontrolle: Mehr Kosten als Nutzen?, in: Wirtschaft und Wettbewerb, 55. Jg. (2005), Nr. 3, S. 287.

zweifelt werden.²⁹ Der Fall Sony/BMG gibt einen Einblick in die konkrete Anwendung einer „ökonomisierten“ Handhabung der Zusammenschlusskontrolle im Sinne des „more economic approach“ und gleichzeitig Aufschluss über die Defizite dieser neuartigen wettbewerbspolitischen Ausrichtung.³⁰ Zum Zweiten wird durch die neu geschaffenen Bewertungsleitlinien die Orientierung der Fusionskontrolle am Effizienzkriterium, genauer gesagt an der Konsumentenwohl-fahrt, erweitert.³¹

Es ist des Weiteren zu erkennen, dass das EuG im Fall der Klage von Impala die Ansprüche an die Darlegungspflichten abgemildert hat, während die Gerichtsentscheidungen vor 2006 die Beweisführung zur Prüfung einer marktbeherrschenden Stellung seitens der Kommission in gewissem Maße verschärft hatte. Den Airtours-Kriterien kann die Kommission bereits durch Indizien und Vermutungen im Hinblick auf kollektive Marktbeherrschung gerecht werden. Dies vergrößert den Beurteilungsspielraum tendenziell, allerdings nur zum Nachweis einer bereits bestehenden kollektiven Marktbeherrschung. Ob das Impala-Urteil diesbezüglich eine konsequente Fortentwicklung darstellt, ist strittig, da einerseits die Darlegung von Vermutungen und Indizien lediglich als Hilfestellung oder Ergänzung, andererseits aber auch als Dissonanz zur früheren Rechtsprechung betrachtet wird.³²

Als Novum an sich wird allerdings die Tatsache gesehen, dass der EuG bei der Klage durch Impala überhaupt zwischen der Schaffung und der Verstärkung unterscheidet einer marktbeherrschenden Stellung stattfindet, was einen separaten Nachweis beider Sachverhalte erfordert. Das bedeutet, dass erstens der Status quo analysiert und zweitens die zukünftigen Marktgegebenheiten prognostiziert werden müssen, um eine kollektive Marktbeherrschung nachzuweisen.

Analyse der Fehlertypen erster und zweiter Ordnung

Bei der Überprüfung von Fusionsentscheidungen der Europäischen Kommission ist, insbesondere ex post, eine abweichende ökonomische Einschätzung möglich. Erfolgt eine Freigabe eines Zusammenschlussvorhabens durch die Kommission, während eine Analyse nach ökonomischen Gesichtspunkten für eine Untersagung der Fusion sprechen

würde, kommt es zu einer ungerechtfertigten Freigabe, die als Fehlertyp erster Ordnung bezeichnet wird. Im umgekehrten Fall, also einer Kommissionsentscheidung, die eine Fusion untersagt, obwohl sie aus ökonomischer Sicht unbedenklich oder sogar sinnvoll wäre, entsteht ein Fehlertyp zweiter Ordnung. Bei beiden Fehlertypen wird ein Wohlfahrtsoptimum verfehlt. Ein Fehler erster Ordnung führt unter diesen Umständen zu einem direkten Wohlfahrtsverlust während ein Fehler zweiter Ordnung eine durch die Kommission vor-enthaltende Wohlfahrtssteigerung mit sich bringt.³³ Problematisch ist allerdings, dass sich zukünftige Auswirkungen eines Zusammenschlusses in Bezug auf Effizienz nicht oder nur unzureichend prognostizieren lassen.³⁴ Darüber hinaus ist unklar, ob die fusionierenden Unternehmen zukünftig potenzielle Effizienzspielräume tatsächlich nutzen.³⁵

Die gesamtwirtschaftlichen Kosten eines Fehlers erster Ordnung werden in der Literatur teilweise höher eingestuft als die Kosten eines Fehlers zweiter Ordnung.³⁶ Die Wettbewerbsveränderung durch eine Fusionsgenehmigung sei deswegen gravierender, da bei einer Versagung zumindest der Status quo beibehalten würde.³⁷ Analog kann auch angenommen werden, dass die negativen Folgen einer ökonomisch ungerechtfertigten Fusionsfreigabe größer sind, als bei der Untersagung einer ökonomisch unbedenklichen Fusion. Die Monopolkommission trifft in dieser Frage keine pauschale Aussage. Über die Wahrscheinlichkeit, dass es künftig zu Fehlern erster oder zweiter Ordnung kommt, wird kontrovers diskutiert. Einerseits kann argumentiert werden, dass durch die novellierte Fusionskontrollverordnung und der implementierten, stärker ökonomisch ausgerichteten Herangehensweise derartige Fehler vermieden werden. Andererseits wird ein Zielkonflikt zwischen der umfangreichen ökonomischen Einzelfallprüfung und dem wirksamen Wettbewerbschutz gesehen. Anstatt die Beweisforderung bei unsicheren Zukunftsprognosen zu verringern, fordert das EuG beispielsweise eine verstärkte Analyse von der

29 Vgl. A. Christiansen: Der „more economic approach“ in der EU-Fusionskontrolle, in: Zeitschrift für Wirtschaftspolitik, 55. Jg. (2006), Nr. 2, S. 157 f.

30 Vgl. A. Schmidt, a.a.O., S. 16 ff.

31 Vgl. Europäischer Rat: Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Amtsblatt der Europäischen Union Nr. C 031, 5.2.2004, Brüssel 2004, Rn. 76-88.

32 Vgl. A. Bartosch: Das Urteil des EuG in der Rechtssache Impala/Kommission, in: Recht der internationalen Wirtschaft, Nr. 10 (2006), S. 733; vgl. G. Weidenbach, H. Leupold, a.a.O., S. 436.

33 Vgl. A. Christiansen, a.a.O., S. 160.

34 Vgl. W. Hefermehl, H. Köhler, J. Bornkamm: UWG Kommentar, 26. Auflage, Berlin 2008, Rn. 1.15a.

35 Empirische Untersuchungen haben überdies ergeben, dass in den letzten zwei Jahrzehnten 50 bis 70% der weltweit prognostizierten Effizienzgewinne aus Zusammenschlüssen nicht realisiert worden sind. Vgl. Deutscher Bundestag: Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Drucksache 15/3640, 17. September 2004, URL: <http://dip.bundestag.de/btd/15/036/1503640.pdf>, Berlin 2004, S. 10. Vgl. zu Effizienzgewinnen auch L.-H. Röller, J. Stennek, F. Verboven: Efficiency Gains from Mergers, in: European Economy, Vol. 5 (2001), S. 31-128.

36 Vgl. L.-H. Röller, H. W. Friederiszick: Ökonomische Analyse in der EU Wettbewerbspolitik, in: Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht, 11. St. Galler Internationales Kartellrechtsforum 2004, Band 6, St. Gallen 2004, S. 18; vgl. A. Christiansen: Die drei EuGI-Urteile zur EU-Fusionskontrolle ..., a.a.O., S. 161 f.

37 Vgl. W. Frenz: Die Kontrolle von Fusionsgenehmigungen als Spiegelbild von Untersagungen, in: Wirtschaft und Wettbewerb, 57. Jg. (2007), Nr. 2, S. 139.

Kommission. Dieser Sachverhalt wird als widersprüchlich betrachtet, denn durch umfassende Beweisführungen steigt der Grad an Unsicherheit für die prüfende Kommission an, so dass nach dem juristischen Grundsatz „Im Zweifel für die Freiheit“ eine Entscheidung zugunsten der Fusion ausfallen könnte, selbst dann, wenn diese zu einer marktbeherrschenden Stellung führt.³⁸ Dies lässt sich jedoch nur im Einzelfall beurteilen.³⁹

Koordiniertes und nicht koordiniertes Verhalten in Oligopolmärkten

In oligopolistischen Märkten wie der Musikbranche können neben „klassischen“ Kartellvereinbarungen auch Verhaltensweisen unter den konkurrierenden Unternehmen auftreten, die als „koordinierte Effekte“ bezeichnet werden.⁴⁰ Gemeint ist damit z.B. ein stillschweigendes Parallelverhalten bezüglich Produktpreis oder Angebotsmenge, das nicht explizit durch Absprachen im Sinne des Art. 81 EG-Vertrag hervorgerufen wird. Die Unternehmen haben hierbei den Anreiz, überhöhte Preise festzusetzen bzw. geringere Mengen anzubieten, um ihren Gewinn zu maximieren. Mitentscheidend für ein solches Parallelverhalten ist, ähnlich wie in der üblichen Kartelltheorie auch, ob und inwieweit ein Zwang für einzelne Unternehmen besteht, sich an dem gemeinsamen Verhalten zu beteiligen. Davon zu unterscheiden sind sogenannte „nicht koordinierte Effekte“ oder „unilaterale Effekte“, die bei Veränderung der Wettbewerbssituation durch den Wegfall eines Konkurrenten durch Fusionierung entstehen. Sowohl bei koordinierten als auch bei nicht koordinierten Verhaltensweisen können Preise entstehen, die über dem Wettbewerbsniveau liegen.

Nach Ansicht des EuG kommt es im vorliegenden Urteil nicht darauf an, ob ein koordiniertes Verhalten im Oligopol erleichtert wird. Wesentlich ist vielmehr, ob die Transparenz erhöht und dadurch eine marktbeherrschende Stellung ermöglicht werden kann.⁴¹ Eine Markttransparenz auf diesbezüglich hinreichendem Niveau ist nach Meinung der Richter im vorliegenden Fall gegeben.

Klagen Dritter gegen Kommissionsentscheidungen

Der EuGH äußert sich detailliert über die Vorgehensweise, die für die Kommission verpflichtend sein soll, wenn sie ein Zusammenschlussvorhaben überprüft. Damit gibt sie auch eine für Außenstehende transparente Prozedur vor, die klar

38 Vgl. I. Schmidt: More economic approach versus Justitibilität (Kommentar), in: *Wirtschaft und Wettbewerb*, 55. Jg. (2005), Nr. 9, S. 877.

39 Vgl. Monopolkommission, a.a.O., Rn. 776.

40 Vgl. V. Emmerich: *Kartellrecht: Ein Studienbuch*, 10. Auflage, München 2006, Rn. 55.

41 Vgl. EuG: Case No T-464/04 *Impala v. Kommission*, a.a.O., Rn. 532, 254; W. Frenz, a.a.O., S. 143 f.

ist und somit gegen „marktlich inkonforme“ Konkurrentenklagen immunisiert. Es zeigt sich, dass die Konkurrenz zunehmend bereit ist, gegen Freigabeentscheidungen der Kommission zu klagen.⁴² Die aktuelle Entscheidung des EuGH erschwert die Klagemöglichkeit gegen Zusammenschlussvorhaben künftig allerdings, da sie die Darlegungspflichten für derartiges Vorgehen erweitert hat.

Im Falle von *Impala* hat ein Verband unabhängiger Labels gegen die Entscheidung der Kommission geklagt.⁴³ Unternehmen, die in Konkurrenz zueinander stehen, können den Rechtsweg wählen, um eine Fusion zu beeinflussen. Damit besteht die Möglichkeit, ihre Rivalität auf nicht wettbewerbskonforme Ebenen zu verlagern.⁴⁴ So kann das Ziel verfolgt werden, die Entstehung starker Konkurrenzunternehmen zu verhindern oder zumindest durch Verursachung von Kosten unattraktiver zu machen. Dabei darf nicht vergessen werden, dass beim Kläger ebenfalls Kosten anfallen. Ein Unternehmen wird in einem einfachen Kosten-Nutzen-Kalkül nur dann klagen, wenn der erwartete Nutzen die Kosten überwiegt. Die potenzielle Klagemöglichkeit wird also nicht notwendigerweise ausgenutzt werden, und überdies muss es bei einer Klage nicht zwangsläufig zu wettbewerbsökonomisch unerwünschten Ergebnissen kommen.

Teilweise wird die Auffassung vertreten, dass von diesem Verfahren ein negatives Signal für die betroffenen Unternehmen hinsichtlich der Rechtssicherheit ausgehen kann. Der Grund hierfür wird darin gesehen, dass Fusionen auch im Nachhinein scheitern können, wenn sich ein Kläger findet.⁴⁵ Dieses Argument ist jedoch ökonomisch so nicht zu halten bzw. als kritisch anzusehen. Bislang sind ex post viele Fehler der zweiten Ordnung zu erkennen, d.h. es sind zu viele wettbewerbsökonomisch problematische Freigaben im Rahmen der Fusionskontrolle erfolgt.⁴⁶ Es ist insofern ein asymmetrisches Verhalten bei den Entscheidungen der Kommission zu erkennen. Dieser Fakt wäre z.B. auch damit zu erklären, dass die Bürokraten in Brüssel eher eine Genehmigung ausgesprochen haben, weil eine Freigabe einfacher und mit

42 Vgl. S. Hirsbrunner: Neue Entwicklungen in der Europäischen Fusionskontrolle in den Jahren 2003-2004, in: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Nr. 16 (2005), S. 521.

43 Siehe auch Europäisches Gericht erster Instanz (EuG): Case T-114/02, *Babylist v. Kommission*, Urteil vom 3.4.2003, URL: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/gettext.pl?lang=de&num=79969596T19020114&doc=T&ouvert=T&seance=ARRET>, Brüssel 2003.

44 Vgl. G. Aigner, O. Budzinski, A. Christiansen: The analysis of coordinated Effects in EU merger Control: Where do we stand after Sony/BMG and *Impala*?, in: *European competition journal*, H. 2 (2007), URL: <http://www.uni-due.de/wiwi-essen/pdf/156.pdf>, S. 20.

45 Vgl. z.B. o.V.: *Sony/BMG – Ratlosigkeit*, in: *Handelsblatt* vom 13.7.2006, *Wirtschaft und Wettbewerb News*, URL: <http://www.vhb.de/wuw/news/index.html>.

46 Vgl. T. Duso, D. D. J. Neven, L.-H. Röller: *The Political Economy of European Merger Control: Evidence using Stock Market Data*, Discussion Paper FS IV 02-34, Wissenschaftszentrum Berlin 2002, URL: <http://skylla.wz-berlin.de/pdf/2002/iv02-34.pdf>, S. 4.

weniger Aufwand verbunden ist. Durch die Klagemöglichkeit wird sich das Verhalten der europäischen Wettbewerbshüter wahrscheinlich ändern. Dies ist wettbewerbsökonomisch zu begrüßen.

Die Monopolkommission vertritt ausdrücklich die Meinung, dass die generelle Möglichkeit von Drittklagen sinnvoll ist und eine Einschränkung dieses Instrumentes die Wachsamkeit der Wettbewerber verringert. Die Fusionskontrollverordnung schützt sowohl die Institution des Wettbewerbs an sich als auch das allgemeine Vertrauen in die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs. Die Gefahr politischer Einflussnahme würde zudem bei einer Einschränkung der Klagemöglichkeit ansteigen.⁴⁷

Abschließende Bemerkungen

Der Fall Sony/BMG stellt beispielhaft dar, welche juristischen Probleme und Rechtsunsicherheiten sich bei der Bewertung ökonomischer Sachverhalte ergeben können. Abschließend stehen aus wettbewerbsökonomischer Sicht grundlegende Fragen im Mittelpunkt, die sich wie folgt zusammenfassen lassen:

- Wie muss eine Kartellbehörde vorgehen, um den Airtours-Kriterien formal-juristisch gerecht zu werden?
- Sind diese Kriterien ökonomisch sinnvoll, insbesondere unter Berücksichtigung von Effizienz und Wohlfahrts Gesichtspunkten?
- Welchen Prüfungsaufwand bringen die Airtours-Kriterien mit sich (und steht der diesbezügliche Aufwand in wirtschaftlicher Relation zum gewünschten Ergebnis)?
- Welche eigene Wirkung entfaltet ein Prüfungsprozess auf ein Zusammenschlussvorhaben, insbesondere in Hinblick auf die Stellung von Konkurrenten, dem Zeit- und Kostenfaktor sowie möglicher Rechtsunsicherheiten auf Seiten der Unternehmen?

Generell ist zu resümieren, dass das Urteil des EuG die Diskussion über eine wirksame Wettbewerbspolitik in Europa verstärkt hat. Dies ist selbstverständlich auch im Kontext der drei bereits genannten Urteile aus dem Jahr 2002 zu sehen. Die Abkehr von einer primär formal geleiteten Herangehensweise bei der Zusammenschlusskontrolle hin zu einem mehr ökonomisch-fundierten Ansatz ist in den letzten Jahren beschritten worden. Gleichzeitig werden aber auch dessen Schwächen deutlich. Diese zeigen sich im vorliegenden Fall, denn ob eine stärkere ökonomische Fallprüfung im Sinne des „more economic approach“ zu einer anderen Kommis-

sionsentscheidung geführt hätte, ist weiterhin unklar, wie auch die Schlussanträge der Generalstaatsanwältin Juliane Kokott bereits im Dezember 2007 zum Ausdruck gebracht haben. Eine weitere Verfeinerung der Entscheidungsfindung wäre zwar denkbar, aber eine Erhöhung der Komplexität wäre wahrscheinlich weder der Entscheidungsqualität noch der Rechtssicherheit dienlich.⁴⁸ Im Fall der Übernahme des finnischen Unternehmens Instrumentarium durch die General Electric beispielsweise haben die ökonomischen Daten in einigen Bereichen den weiteren Erkenntnissen der Kommission widersprochen. Aus diesem Grund ist hierbei Vorsicht geboten.⁴⁹

Sicher scheint bislang nur, dass dem „Impala-Test“ in Zukunft keine wesentliche Bedeutung mehr beigemessen wird, da innerhalb der Fusionskontrollverordnung künftig der SIEC-Test (significant impediment of effective competition) Anwendung findet, der im Rahmen des „more economic approach“ den bis dahin angewendeten Marktbeherrschungstest abgelöst hat. Lediglich im Zusammenhang mit Art. 82 EG-Vertrag gilt noch der Marktbeherrschungstest. Wie lange dies noch anhält, ist fraglich, da der „more economic approach“ auch in weiteren wettbewerbsrelevanten Teilen des EG-Vertrags Einzug hält.⁵⁰

Die Konsequenzen aus dem Urteil vom 10. Juli 2008 durch den EuGH sind vielfältig. Die Frage nach Fehlern erster oder zweiter Ordnung ist jedoch schwer zu beantworten, weil immer noch Unklarheit darüber besteht, welchen Überprüfungsaufwand eine Kartellbehörde eingehen muss oder sollte, um zu einem ökonomisch sinnvollen Ergebnis zu kommen. Es kann allenfalls vermutet werden, dass durch die Bestätigung und Stärkung der Argumentation der Kommission die Rechtssicherheit verbessert worden ist, da diese als primäre Instanz der Zusammenschlusskontrolle glaubwürdiger und kompetenter aus diesem Verfahren hervorgeht. Mehr Klarheit ist allerdings bei der Auslegung der Airtours-Kriterien geschaffen worden, die zur Durchführung des Kartellverfahrens herangezogen worden sind. Somit kann zumindest die oben genannte Fragestellung nach der formal-juristischen Umsetzung der Kriterien als in weiten Teilen beantwortet gelten.

48 Vgl. A. Schmidt, a.a.O., S. 19.

49 Vgl. U. Immenga, E.-J. Mestmäcker: Wettbewerbsrecht, Kommentar, Art. 2 FKVO, 4. Auflage, Berlin 2007, Rn. 13. Zur Kritik vgl. z.B. H.-C. Hausmann: Das Microsoft-Urteil: Zwischen Kartellrecht und gewerblichen Schutzrechten, in: Multimedia und Recht, Nr. 11 (2008), S. 383. Überspitzt formuliert könnte der ausschließliche Einsatz von ökonomischen Methoden dazu führen, dass der Fokus auf eine effektbasierte Betrachtung verlagert wird, also die Aussagen der Modelle höher gewichtet werden als die strikte Einhaltung der existierenden formalen Kriterien.

50 Vgl. Economic Advisory Group for Competition Policy (EAGCP): An economic approach to Article 82, URL: http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf, Brüssel 2005; vgl. G. Weidenbach, H. Leupold, a.a.O., S. 437.

47 Vgl. Monopolkommission, a.a.O., Rn. 85, Rn. 780.