

Die EU-Fusionkontrolle nach dem EuGH-Urteil ‚CK Telecoms‘

Arbeitstagung der Studienvereinigung Kartellrecht

Bonn, 7. Dezember 2023

Dr. Thomas Wessely

EWR-Mobilfunkmärkte haben überwiegend drei, teilweise auch vier Mobilfunknetzbetreiber

4 Mobilfunknetzbetreiber (11)



Dänemark



Frankreich



Italien



Lettland



Rumänien



Polen



Slowakei



Slowenien



Spanien



Schweden



UK

3 Mobilfunknetzbetreiber (20)



Österreich



Belgien



Bulgarien



Kroatien



Zypern



Tschechische
Republik



Estland



Finnland



Deutschland



Griechenland



Ungarn



Irland



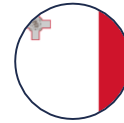
Liechtenstein



Litauen



Luxemburg



Malta



Niederlande



Norwegen



Portugal



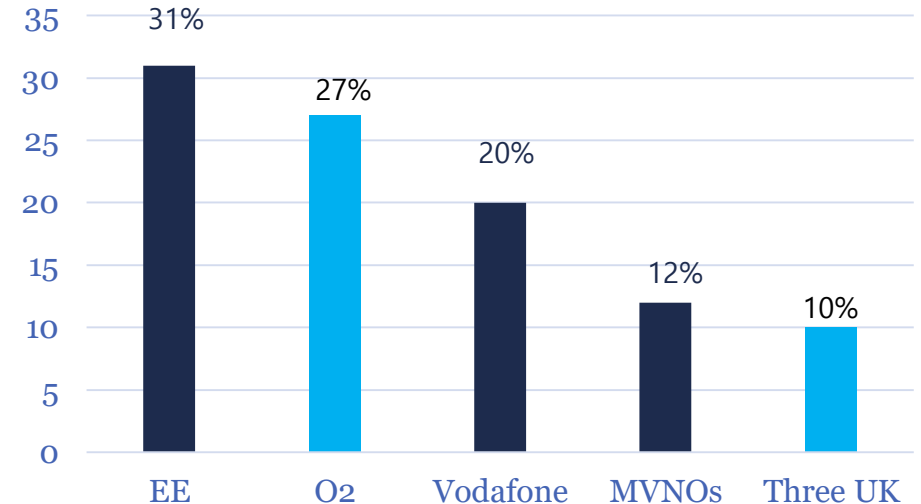
Schweiz

Die wettbewerbliche Position von Hutchison Three UK

Geringer Marktanteil auch 13 Jahre nach Markteintritt

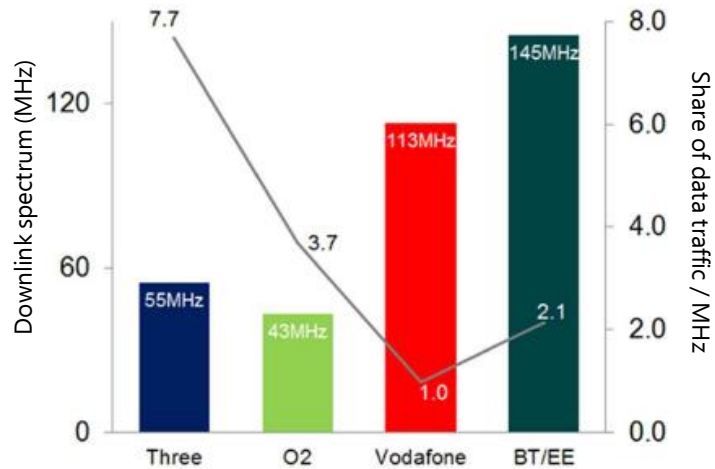
- 13 Jahre nach Markteintritt Marktanteil von nur 10%
- Akkumulierte Verluste von GBP 6,5 Mrd. und **negative Investmentrendite von -9%** ; im Jahr 2023 **negativer Cashflow**
- Die niedrigen Gewinnspannen, hohen Investitionskosten des Ausbaus von Hochgeschwindigkeits-Netzwerken, und **enormen Effizienzgewinne durch Skaleneffekte** erzeugen einen starken und anhaltenden Fusionsdruck im Telekommunikationssektor.
- Three (Hutchison) strebt nunmehr eine Fusion mit Vodafone an, welche **aktuell** von der CMA geprüft wird.

Marktanteile der Mobilfunknetzbetreiber – UK

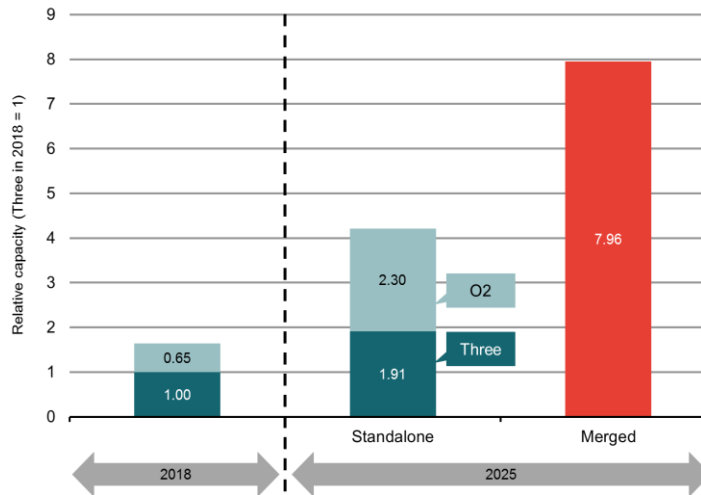


Wirtschaftlicher Hintergrund der Fusion

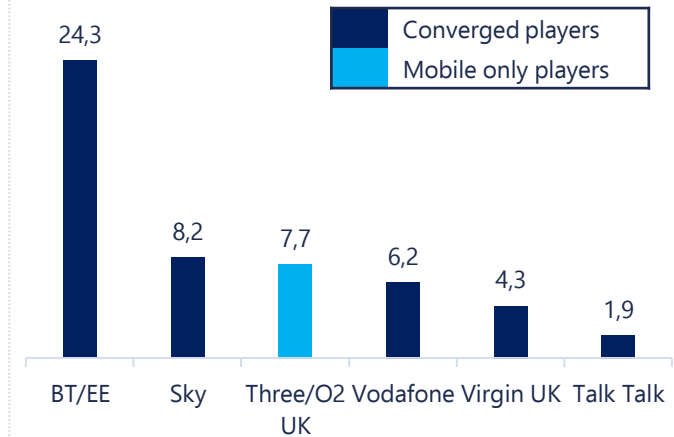
Vergleich des Spektrums der Betreiber und ihres Anteils am UK-Datenverkehr



Vergleich der Kapazität der Parteien mit derjenigen der fusionierten Einheit



Umsätze der größten Telco-Player in UK (2015, £ Mrd.)



Three und O2 hatten beide Kapazitätsengpässe

Die fusionierte Einheit hätte eine um 89% höhere Netzwerk-Kapazität gehabt als die Summe der Kapazität der beiden Parteien

Die Parteien wollten Größenvorteile erzielen, um so besser mit den größeren Telcos konkurrieren zu können

Untersagung durch die Kommission

Die Schadenstheorien der Kommission

1

Beseitigung von Hutchison Three UK als wichtige Wettbewerbskraft

2

Wettbewerblesches Näheverhältnis der fusionierenden Parteien und Verlust des aufeinander ausgeübten Wettbewerbsdrucks

3

Prognostizierte Preiserhöhungen durch die Fusion (UPP/ GUPPI-Analysen)

Effizienzen

Die Kommission verneinte sämtliche geltend gemachte Effizienzen.

- Die **fusionierenden Parteien** machten verschiedene **Effizienzen geltend**, darunter –
- i. Netzwerkeffizienzen: dichtere Abdeckung, verbesserte Nutzung des Frequenzspektrums durch Roll-Out auf das größere Netz und durch Kombination des Spektrums beider Parteien
 - ii. Kostenvorteile von GBP 5 Mrd. netto
 - iii. Festkosten-Ersparnisse
 - iv. Steigerung der Investitionen um 20%

Die **Kommission verneinte** sämtliche geltende gemachte Effizienzen, u.a. aufgrund

- i. Der Unsicherheit der Implementierung und künftiger Marktbedingungen,
- ii. Möglichkeit der Parteien, die Kapazität in den Netzen auch ohne Fusion erhöhen zu können,
- iii. fehlender Verifizierbarkeit des genauen Maßes der Netzverbesserung,
- iv. der weniger beschränkenden Alternative eines Spectrum Sharing Agreement.

Abgelehnte Zusagen

Die Kommission lehnte die angebotenen Zusagen der Parteien als unzureichend ab.

1

Veräußerung Tesco Mobile (5% Marktanteil) an Tesco

2

Veräußerung eines Teils der Netzwerkkapazität („perpetual fractional interest in the merged entity’s network“) i.H.v. 20% an Sky gegen Zahlung von GBP 2,5 Mrd.

3

Veräußerung eines Teils der Netzwerkkapazität an Virgin Mobile

4

Network Sharing Commitment

5

4G/5G Commitment

Aufhebung der Untersagungsentscheidung durch das EuG im Jahr 2020



Sehr erfahrene Kammer – Sehr erfahrene Richter (Erste Kammer, Extended Composition), unter Vorsitz des Präsidenten des EuG, Marc van der Woude, der früher u.a. im Juristischen Dienst der Kommission tätig war. Drei der fünf Richter haben berufliche Erfahrungen im Kartellrecht. **Ein äußerst reflektiertes und ambitioniertes Urteil** – das Gericht richtete im Vorfeld der mündlichen Verhandlung umfassende rechtsdogmatische Fragen an die Parteien; die mündliche Verhandlung erstreckte sich über zwei volle Tage mit sehr intensive Diskussionen zwischen dem Gericht und den Parteien.



M. Van der Woude (President), J. Svenningsen, E. Buttigieg, P. Nihoul and U. Öberg (Berichterstatte)

Die Einführung des SIEC-Tests im Jahr 2004 hat die Eingriffsschwelle nicht gesenkt

Eine WWK muss sich abheben von normalen Wettbewerbern; besondere wettbewerbliche Nähe erforderlich

Die Feststellung einer WWK oder wettbewerblicher Nähe begründen nicht für sich allein genommen einen SIEC

UPP/GUPPI können nur dann als Beweismittel dienen, wenn sie einen erheblichen Preisanstieg zeigen und alle relevanten Faktoren incl. Effizienzen berücksichtigen

Die Kommission muss eine Gesamtbewertung der "Erheblichkeit" der Wettbewerbsbehinderung vornehmen

Höhere Eingriffsschwelle bei neuartigen Schadenstheorien

Erster Rechtsmittelgrund – Beweismaßstab

EuG: „Ernsthafte Wahrscheinlichkeit“

- Kommission muss „mit *ernsthafter Wahrscheinlichkeit*“ nachweisen, dass infolge des Zusammenschlusses erhebliche Wettbewerbsbehinderungen vorliegen werden.
- „Die anwendbare Beweiserfordernis ist folglich strenger als [...] ,eher wahrscheinlich als unwahrscheinlich‘ [...].“ (Rn. 118)
- „Hingegen ist es weniger streng als dasjenige des Fehlens eines begründeten Zweifels“ (Rn. 118)
- Die Klage hat diese Frage in keiner Weise vertreten oder auch nur aufgebracht.

EuGH: „Eher wahrscheinlich als unwahrscheinlich“

- Kommission braucht nur darlegen, „dass es eher wahrscheinlich als unwahrscheinlich ist, dass der betreffende Zusammenschluss wirksamen Wettbewerb im Binnenmarkt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindern würde“. (Rn. 87)
- Grund 1: alles andere würde der **Symmetrie** der Art. 2 (2) und Art. 2 (3) FKVO zuwiderlaufen. Es gibt **keine rechtliche Vermutung der Kompatibilität** mit dem Binnenmarkt.
- Grund 2: die **prospektive Natur der Analyse**: „Die *prospektive Natur der wirtschaftlichen Analyse, die die Kommission vorzunehmen hat, steht jedoch dem entgegen, dass dieses Organ für den Nachweis, dass ein Zusammenschluss wirksamen Wettbewerb erheblich behindern oder im Gegenteil nicht erheblich behindern würde, ein besonders hohes Beweismaß beachten muss.*“ (Rn. 86). Kommission hat Beurteilungsspielraum bei prospektiven wirtschaftl. Analysen.
- Aber: **Beweisstandard** ist von Anforderungen an die **Beweismittel** zu unterscheiden: „die Entscheidungen der Kommission über die Vereinbarkeit von Zusammenschlüssen mit dem Binnenmarkt [müssen] durch **hinreichend signifikante und überzeugende Beweismittel** erhärtet werden“ (Rn.75)
- Die Komplexität einer Schadenstheorie hat grundsätzlich keine Auswirkungen auf das erforderliche Beweismaß.

Der rechtliche Maßstab für die Bewertung nicht-koordinierter Effekte ohne Marktbeherrschung

FKVO Artikel 2(3):

„Zusammenschlüsse, durch die **wirksamer Wettbewerb** im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben **erheblich behindert** würde, insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung, sind für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar zu erklären.“

FKVO Präambel – Erwägungsgrund 25:

„Zusammenschlüsse, in deren Folge der **beträchtliche Wettbewerbsdruck beseitigt** wird, den die fusionierenden Unternehmen aufeinander ausgeübt haben, **sowie der Wettbewerbsdruck auf die verbleibenden Wettbewerber gemindert** wird, zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führen, auch wenn eine Koordinierung zwischen Oligopolmitgliedern unwahrscheinlich ist.“

Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse – Rn. 26

„**Reihe von Faktoren**, die für sich genommen nicht unbedingt Ausschlag gebend sind, können darüber entscheiden, ob spürbare nicht koordinierte Wirkungen von einem Zusammenschluss zu erwarten sind.“

Hohe Marktanteile der fusionierenden Unternehmen

Zusammenschluss beseitigt eine wichtige Wettbewerbskraft

Wettbewerbsliche Nähe der fusionierenden Unternehmen

Angebotserhöhung durch Wettbewerber bei Preiserhöhungen unwahrscheinlich

Fusioniertes Unternehmen kann Wettbewerber am Wachstum hindern

Begrenzte Möglichkeiten der Kunden, zu anderen Anbietern überzuwechseln

Faktoren, die in der Kommissionsentscheidung begründet werden

Faktoren, die nicht in der Kommissionsentscheidung begründet werden

“Erheblichkeit” der Wettbewerbsbeschränkung

- EuG, Urteil EDP (2005), Rz. 45, 51: „Artikel 2 Absätze 2 und 3 der Verordnung Nr. 4064/89 nennt in der Tat **zwei kumulative Kriterien**, von denen sich das erste auf die Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung und das zweite darauf bezieht, dass durch die Begründung oder Verstärkung einer solchen Stellung wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt erheblich behindert würde.“ „**Ergäbe sich aus der angefochtenen Entscheidung, dass die Kommission nicht geprüft hat, ob das zweite Kriterium** des Artikels 2 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 **erfüllt ist**, oder nicht nachgewiesen hat, dass es erfüllt ist, **wäre daraus zu schließen, dass sie gegen diese Bestimmung verstoßen hat.**“ “[Der] Nachweis der Begründung oder der Verstärkung einer beherrschenden Stellung im Sinne des Artikels 2 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 [kann] in bestimmten Fällen dem Nachweis einer erheblichen Behinderung eines wirksamen Wettbewerbs entsprechen [...]. Diese Feststellung bedeutet nicht, dass das zweite Kriterium rechtlich mit dem ersten zusammenfällt, sondern lediglich, dass sich aus ein und derselben tatsachenbezogenen Prüfung eines bestimmten Marktes ergeben kann, dass beide Kriterien erfüllt sind.“
- EuG, Urteil CK Telecoms (2020), Rz. 289 f.: „[Es] ist festzustellen, dass **die Kommission** im angefochtenen Beschluss **zu keinem Zeitpunkt klargestellt hat, ob die festgestellten nicht koordinierten Auswirkungen „erheblich“ sind** oder im vorliegenden Fall, wie sie im 1227. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses darlegt, zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führen würden. Daher ist dem Vorbringen der Klägerin, wonach die Kommission nicht erläutert habe, auf welcher Grundlage sie zu dem Ergebnis gelangt sei, dass die angeblichen Behinderungen des Wettbewerbs infolge des Zusammenschlusses erheblich seien, zu folgen.“
- Der EuGH schweigt hierzu, obwohl Hutchison dies als Grund für die Unzulässigkeit der Klage vorgetragen hat.

Zweiter Rechtsmittelgrund – SIEC Test und die Struktur der rechtlichen Prüfung der nicht-koordinierten Effekte

Erwägungsgrund 25 – FKVO

„In Anbetracht der Auswirkungen, die Zusammenschlüsse in oligopolistischen Marktstrukturen haben können, ist die Aufrechterhaltung wirksamen Wettbewerbs in solchen Märkten umso mehr geboten. Viele oligopolistische Märkte lassen ein gesundes Maß an Wettbewerb erkennen. Unter bestimmten Umständen können **Zusammenschlüsse, in deren Folge der beträchtliche Wettbewerbsdruck beseitigt wird, den die fusionierenden Unternehmen aufeinander ausgeübt haben, sowie [„as well as“] der Wettbewerbsdruck auf die verbleibenden Wettbewerber gemindert wird**, zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führen, auch wenn eine Koordinierung zwischen Oligopolmitgliedern unwahrscheinlich ist.

Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse, Rn. 25

„Darüber hinaus können **Zusammenschlüsse in oligopolistischen Märkten, die zur Beseitigung wichtiger Wettbewerbszwänge, die von den fusionierenden Parteien vorher gegeneinander ausgeübt wurden, sowie zu einer Verringerung des Wettbewerbsdruck auf die verbleibenden Wettbewerber führen**, selbst bei geringer Wahrscheinlichkeit einer Abstimmung zwischen den Mitgliedern des Oligopols eine erhebliche Behinderung des Wettbewerbs darstellen. Die Fusionskontrollverordnung stellt klar, dass alle Zusammenschlüsse, welche zu solchen nicht koordinierten Wirkungen führen, ebenfalls für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt zu erklären sind.“

Zweiter Rechtsmittelgrund – SIEC Test

EuG-Urteil

- Ausgehend von der Formulierung “sowie” in Rz. 25 der Präambel der FKVO stellte das EuG fest, dass ein SIEC (außerhalb der Marktbeherrschung) nur vorliege, wenn die **Kommission kumulativ belegt**, dass (i) der Wettbewerb zwischen den Parteien eliminiert werde und (ii) hierdurch der Wettbewerbsdruck auf die verbleibenden Wettbewerber gemindert werde.



Guillaume Lorient

The GC saying the EC ought to focus on whether a deal removed “constraints between competitors” suggested the regulator should not closely scrutinize vertical or conglomerate deals, which is “against the spirit of the EUMR”

“The objective of the EC was to have a more economic approach, to look at the effects, rather than a static approach. That approach will not change because of the judgment”

“I don’t think the message should be that all of the sudden we will change and go back to a ‘tick the box’ approach”

The GC’s position is “contrary to the very spirit of that reform because it suggests it’s just a dominance test”.

EuGH-Urteil

- EuGH stellt fest, ein solches **kumulatives Verständnis würde die Effektivität der EU-Fusionskontrolle in Frage stellen**, da sonst niemals ein SIEC vorlage und die Kommission niemals Zusammenschlüsse untersagen könne, in denen nur eines der beiden Kriterien vorliege.
- Die Präambel könne nicht eine effektive Fusionskontrolle einschränken.

Die „wichtige Wettbewerbskraft“ („important competitive force“)

Fusionen, die eine wichtige Wettbewerbskraft beseitigen

Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse, Rn. 37f.

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

„In Märkten, wo Innovation einen wichtigen Wettbewerbsfaktor darstellt, kann ein Zusammenschluss die Fähigkeit und die Anreize für die Unternehmen erhöhen, Innovationen auf den Markt zu bringen, und damit den Wettbewerbsdruck für die Wettbewerber erhöhen, ihrerseits Innovationen auf diesen Markt zu bringen. Wirksamer Wettbewerb kann hingegen erheblich behindert werden, wenn sich zwei wichtige *Innovatoren* zusammenschließen, zum Beispiel zwei Unternehmen, deren Produkte für einen bestimmten Markt kurz vor der Einführung stehen. Auch ein Unternehmen mit einem relativ kleinen Marktanteil kann eine bedeutende Wettbewerbskraft werden, wenn *Erfolg versprechende Produkte kurz vor der Einführung* stehen.“

Wichtige Wettbewerbskraft – Begriff / Definition

Kommission vs. EuG



Kommission:

“Not necessary to be a ‘maverick’ on the market.”

Eine WWK ist ein Wettbewerber, welcher *“ contributes substantially and consistently to the competitive process”*

“each MNO plays today a very important role in the competitive dynamic and constrains the others”

“The Commission disagrees with the position advocated by the Notifying Party, namely that a firm can be considered as an [ICF] only if it stands out from its competitors in terms of its impact on competition.”

Keine WWK ist ein Wettbewerber, welcher *“due to a rather defensive and reactive competitive approach, could have a limited influence on the competitive process (e.g. a former incumbent with declining market shares)”*



EuG:

„Daraus folgt, dass der Kommission [...] ein **Rechtsfehler** [...] unterlaufen sind, als sie feststellte, dass **sich eine „wichtige Wettbewerbskraft“** hinsichtlich der Auswirkungen auf den Wettbewerb **von ihren Wettbewerbern nicht zu unterscheiden brauche**, da es ihr dieser Standpunkt gestattete, jedes Unternehmen auf einem oligopolistischen Markt, das einen Wettbewerbsdruck erzeugt, als „wichtige Wettbewerbskraft“ einzustufen.“ (Rz. 174)

„Die Kommission [hat] im vorliegenden Fall nicht [...] nachgewiesen [...], dass Three **einen besonders aggressiven Wettbewerb im Hinblick auf die Preise verfolgt und die anderen Marktteilnehmer gezwungen habe, ihre Preise anzupassen, oder dass die Preispolitik von Three die Dynamik des Wettbewerbs auf dem Markt**, gemäß der Definition des Begriffs „wichtige Wettbewerbskraft“, auf die oben in Rn. 170 hingewiesen worden ist und die die Kommission im Übrigen selbst in ihrer Klagebeantwortung dargelegt hat, **erheblich verändern konnte.**“ (Rz. 216)

„Allerdings ist die Tatsache, dass die Kommission festgestellt hat, Three habe auf den Wettbewerbsprozess einen **größeren Einfluss, als** anhand ihrer **Marktanteile** zu vermuten wäre, für sich genommen **kein hinreichender Beweis** für eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs im vorliegenden Fall.“ (Rz. 446)

WWK – Der Neukunden-Anteil (“gross add share”) als zentraler Maßstab Kommission vs. EuG

Absoluter Neukunden-Anteil

EuG: Ein **absoluter Neukunden-Anteil von 12%** ist **nicht ausreichend** um ein Unternehmen als WWK zu qualifizieren, insb. vor dem Hintergrund viel höherer Neukunden-Anteile bei anderen euro-päischen Zusammenschlüssen.

	T- Mobile / tele.ring (2005)	H3G Austria / Orange Austria (2012)	Telefónica Deutschland / E-Plus (2014)	H3G Ireland / Telefónica Ireland (2014)	H3G UK / Telefónica UK (2016)
Neukunden-Anteil des kleinsten Anbieters im Markt	> 50%	33.1%	20-30%	21%	12%

Relativer Neukunden-Anteil (zum Marktanteil)

- Die Kommission stuft Three UK als **wichtige Wettbewerbskraft** ein, da für das Jahr 2014 der Neukunden-Marktanteil den Gesamt-Marktanteil übersteige – und damit der wettbewerbliche Einfluss von Three UK höher sei als der Marktanteil, so dass der Test der Leitlinien erfüllt sei.
- EuG:** Eine **Differenz** zwischen Marktanteil und Neukunden-Anteil kann für sich genommen **nicht ausreichen**, um ein Unternehmen als wichtige Wettbewerbskraft zu qualifizieren, und eine geringe Differenz stellt überhaupt keinen Indikator in diese Richtung dar.

Neukunden-Anteil von Three UK verglichen mit Marktanteil (Privatkunden)

Jahr	2012	2013	2014
Marktanteil	11%	12%	12%
Neukunden- Anteil	11%	12%	12,4%

WWK mit 1% MA

Die KOM stuft Three UK im Wholesale-Markt als WWK ein, obwohl Three UK im Jahr vor dem Zusammenschluss (2014) nur einen Marktanteil von 1% hat (und im letzten Halbjahr von 2,5%). Dies stehe aber einem von der KOM für 2018 “projizierten” Neukundenanteil von [10-20%] gegenüber. Three UK habe somit einen höheren Einfluss auf den Wettbewerb, als der Marktanteil indiziere.

Wichtige Wettbewerbskraft – Vermengung von “important competitive force” und “important competitive constraint”



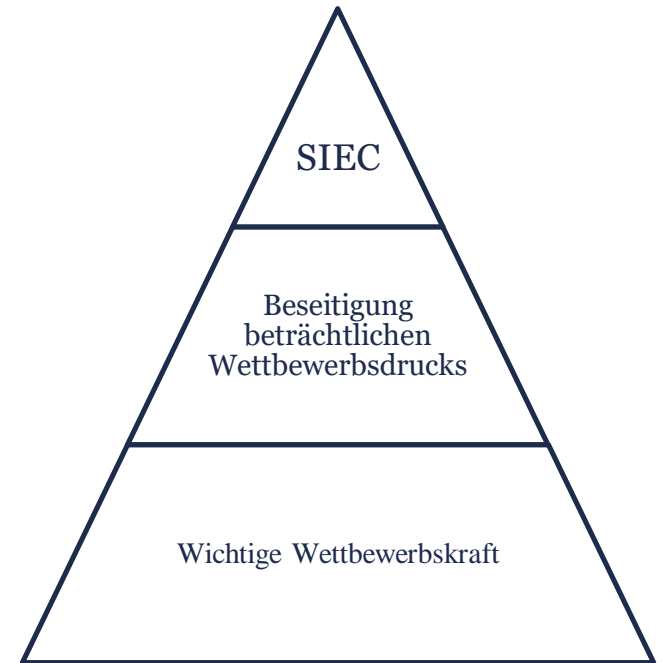
KOM in Entscheidung:

“[Three UK] constitutes an important competitive force or, in any event it exerts an important competitive constraint – it is not required to conclude that either party constitutes an important competitive force”



“Der von der Kommission im angefochtenen Beschluss verfolgte Ansatz liefe nämlich in der Praxis darauf hinaus, **drei Begriffe zu verwechseln**, nämlich den Begriff „erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs“, der das in Art. 2 Abs. 3 der Verordnung Nr. 139/2004 genannte rechtliche Kriterium ist, den Begriff „Beseitigung beträchtlichen Wettbewerbsdrucks“ im Sinne des 25. Erwägungsgrundes dieser Verordnung sowie den im angefochtenen Beschluss verwendeten und aus den Leitlinien abgeleiteten Begriff des „Verschwindens einer wichtigen Wettbewerbskraft“. Mit der **Vermengung dieser Begriffe** erweitert die Kommission den Anwendungsbereich von Art. 2 Abs. 3 der Verordnung Nr. 139/2004 erheblich, da jedes Verschwinden einer wichtigen Wettbewerbskraft der Beseitigung beträchtlichen Wettbewerbsdrucks gleichkäme, die ihrerseits den Schluss rechtfertigen würde, dass eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs vorliegt.

EuG-Urteil, Rn. 173



Der EuGH zur “wichtigen Wettbewerbskraft“

(161) In diesem Zusammenhang ist festzustellen, dass die Anforderungen für die Einstufung eines Unternehmens als „wichtige Wettbewerbskraft“, die sich unmittelbar auf die Heranziehung dieser Einstufung als relevanter Faktor für die Feststellung einer etwaigen erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs auswirken, nicht geeignet sein dürften, für die Kommission die Möglichkeit auszuschließen, Zusammenschlüsse, die zu spürbaren nicht koordinierten Auswirkungen führen und folglich einen wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigen könnten, für mit dem Binnenmarkt unvereinbar zu erklären. [Zirkuläres Argument: ein Unternehmen muss als ICF eingestuft werden können, wenn der Zusammenschluss zu einem SIEC zu führen droht] Andernfalls könnten nämlich die volle Wirksamkeit von Art. 2 Abs. 2 und 3 der Verordnung Nr. 139/2004 und insbesondere die praktische Wirksamkeit dieser Bestimmungen in Frage gestellt werden. [Effet utile]

(162) Insoweit bedeutet der Umstand, dass sich eine Partei eines Zusammenschlusses auf einem oligopolistischen Markt nicht von ihren Wettbewerbern abhebt, indem sie sich hinsichtlich der Preise als „besonders aggressiv“ erweist, nicht, dass ein Zusammenschluss, an dem ein solches Unternehmen beteiligt wäre, die Dynamik des Wettbewerbs nicht erheblich nachteilig verändern könnte. Es steht nämlich fest, dass mit der Kontrolle von Zusammenschlüssen gerade geprüft werden soll, inwiefern ein Zusammenschluss die für den Stand des Wettbewerbs auf einem bestimmten Markt maßgebenden Faktoren verändern könnte, um festzustellen, ob sich daraus eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs ergeben würde, ohne dass es insoweit darauf ankommt, ob ein unter den Zusammenschluss fallendes Unternehmen ein „besonders aggressives“ Unternehmen auf diesem Markt ist. (...) [Argument geht am Thema vorbei – natürlich kann der Zusammenschluss mit einem nicht preisaggressiven Unternehmen aus anderen Gründen zu einem SIEC führen]

(167) Unter diesen Umständen ist festzustellen, dass es für die Einstufung eines Unternehmens als „wichtige Wettbewerbskraft“ genügt, dass es, wie in Ziff. 37 der Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse dargelegt, auf den Wettbewerbsprozess einen größeren Einfluss hat, als anhand seiner Marktanteile oder ähnlicher Messgrößen zu vermuten wäre. [Feststellung ohne Begründung: Anzuwendender Test ist der in den Leitlinien der KOM]

(168) Somit hat das Gericht im vorliegenden Fall einen Rechtsfehler begangen, indem es in den Rn. 170 und 216 des angefochtenen Urteils festgestellt hat, dass die Kommission für die Einstufung von Three als „wichtige Wettbewerbskraft“ nachweisen müsse, dass dieses Unternehmen einen besonders aggressiven Wettbewerb im Hinblick auf die Preise verfolgt und die anderen Marktteilnehmer gezwungen habe, ihre Preise anzupassen, oder dass seine Preispolitik die Dynamik des Wettbewerbs auf dem Markt erheblich habe verändern können. [Schluss: eine wichtige Wettbewerbskraft kann auch ein Unternehmen sein, welches keinen Preisdruck ausübt und die Dynamik des Wettbewerbs nicht erheblich verändert(?)]

Rechtslage zur WWK nach dem EuGH-Urteil

- Es findet der Test der HMG Anwendung ("mehr Einfluss als nach den Marktanteilen zu vermuten wäre") - eine Formel, die nicht viel Sinn zu machen scheint
- WWK muss sich nicht abheben von einem normalen Wettbewerber (entgegen dem Begriff "wichtige" Wettbewerbskraft)
- WWK muss nicht besonders preisaggressiv sein
- Es kann mehrere WWK in einem Markt geben
- Angesichts einer völlig uferlosen Praxis der KOM zum Konzept der WWK verweigert der EuGH jegliche Begrenzung / Konturierung des Konzepts der WWK

Bewertung: Das EuGH-Urteil ignoriert die rechtlichen Vorgaben der FKVO

- *FKVO Erwägungsrund 25*: Oligopole sind nicht per se wettbewerbsbeschränkend - es muss zwischen wettbewerbsbeschränkenden Oligopolen und Oligopolen „mit gesundem Wettbewerb“ unterschieden werden.
- *Art. 2 Abs. 3 FKVO*: erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs „insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung“, s. auch Leitlinien zur Beurteilung horizontaler Zusammenschlüsse, Rn. 25: „im Allgemeinen“ durch Begründung einer marktbeherrschenden Stellung) – spiegelt die Absicht des Gesetzgebers wider, die **Interventionsschwelle** in der Fusionskontrolle **nicht herabzusenken**.
- *Leitlinien zur Beurteilung horizontaler Zusammenschlüsse, Rn. 4*: “Die Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung eines einzelnen Unternehmens durch einen Zusammenschluss war die üblichste Grundlage für die Feststellung, dass ein Zusammenschluss zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führen würde. Außerdem wurde dieser Begriff auch auf die gemeinsame Marktbeherrschung in einem Oligopol angewandt. Folglich ist zu erwarten, dass den meisten Fällen von Unvereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt weiterhin die Feststellung von **Marktbeherrschung** zugrunde liegen wird. Dieser Begriff ist somit ein **wichtiger Anhalt dafür, welcher Maßstab der Wettbewerbsschädigung** bei der Ermittlung der Frage anzuwenden ist, ob ein Zusammenschluss **geeignet ist, einen wirksamen Wettbewerb spürbar zu behindern**, und ob eingegriffen werden muss.” (bestätigt durch das EuG-Urteil, Rn. 90)
- Die Wettbewerbsbeschränkung muss “erheblich” (“significant”) sein – eine einfache Beschränkung ist nicht ausreichend.
- Die hohe Eingriffsschwelle muss die hohe Interventionsschwelle für koordinierte Wirkungen widerspiegeln (Airtours-Urteil).
- Als Strukturkontrolle sollte die Fusionskontrolle zurückhaltend bei der Einbeziehung verhaltensbezogener Faktoren sein.

Wettbewerbliche Nähe

Leitlinien zur Beurteilung horizontaler Zusammenschlüsse

Rn. 28-30

„Die Produkte können in dem relevanten Markt so differenziert sein, dass bestimmte Produkte nähere Substitute als andere sind. Mit dem **zunehmenden Maß an Substituierbarkeit** zwischen den Produkten der fusionierenden Unternehmen wird es wahrscheinlicher, dass diese ihre Preise spürbar erhöhen werden

So könnte ein Zusammenschluss zwischen zwei Herstellern, deren Produkte **für eine große Anzahl von Kunden die erste und die zweite Kaufwahl** sind, zu spürbaren Preiserhöhungen führen. Ein zentraler Faktor für die Untersuchung kann somit die Tatsache sein, dass die Rivalität zwischen den Parteien eine wichtige Antriebskraft des Wettbewerbs im Markt war. Auch hohe Gewinnspannen vor dem Zusammenschluss können spürbare Preiserhöhungen wahrscheinlicher machen. Der Anreiz für die fusionierenden Unternehmen, die Preise zu erhöhen, wird stärker eingeschränkt, wenn **konkurrierende Unternehmen nahe Substitute zu den Produkten der fusionierenden Unternehmen herstellen**, als wenn sie weniger nahe Substitute anbieten

Es besteht deshalb eine **geringere Wahrscheinlichkeit**, dass ein Zusammenschluss wirksamen Wettbewerb, vor allem durch die Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung, erheblich behindert, wenn ein **hohes Maß an Substituierbarkeit zwischen den Produkten der fusionierenden Unternehmen und den Produkten der Wettbewerber** besteht.

Wenn Daten verfügbar sind, kann der Grad an Substituierbarkeit durch Erhebungen der Kundenpräferenzen, Analysen des Kaufverhaltens, Schätzungen der Kreuzpreiselastizitäten der betreffenden Produkte oder der Umlenkungskennziffern bewertet werden. In Bietermärkten ist es möglich zu ermitteln, ob in der Vergangenheit die von einer der bietenden Parteien abgegebenen Gebote durch das Vorhandensein der anderen fusionierenden Partei beeinflusst wurden.“

Kundenwechselraten („Diversioin Ratios“)

Table 1: Diversioin ratios from Three to competitors - provider level (MNP data)

Source	O2 UK	EE	Vodafone	BT Mobile	Tesco Mobile	Other MVNOs (exc. BT + Tesco)	Sample size
2014 MNP DATA	24%	32%	22%	0%	12%	10%	230,709

Table 2: Diversioin ratios from O2 UK to competitors - provider level (MNP data)

Source	Three	EE	Vodafone	BT Mobile	Tesco Mobile	Other MVNOs (exc. BT + Tesco)	Sample size
2014 MNP DATA	15%	31%	17%	0%	10%	27%	616,360

Wettbewerbliche Nähe – EuG und EuGH



Kommission:

“Therefore, based on the results of the market investigation and the overall body of qualitative evidence in its file, the Commission considers that **Three and O2 compete closely with each other and the other MNOs**”

Decision, para. 438

Without denying the close competitive interaction that exist between the Parties, EE and Vodafone, the Commission preliminary considers that currently Three and O2 compete closely with each other. The **competitive pressure exerted by Three and O2 on each other is nothing but the demonstration of the vigorous competitive dynamic existing between MNOs in the retail market...**”

SO, para. 331



EuG:

„Die meisten der im angefochtenen Beschluss angeführten Beispiele zielen jedoch nicht darauf ab, den Grad der Nähe zwischen den Parteien zu ermitteln oder zu zeigen, dass sie aufeinander einen beträchtlichen Wettbewerbsdruck ausüben, sondern versuchen vor allem nachzuweisen, dass Three und O2 „nahe Wettbewerber“ und nicht „besonders nahe Wettbewerber“ sind. Die Kommission scheint daher eher die Nähe des Wettbewerbs zwischen Three und O2 zum einen und den beiden anderen Mobilfunknetzbetreiber zum anderen zu untersuchen. Im 1183. Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses kommt sie nämlich zu dem Ergebnis, dass die vier Mobilfunknetzbetreiber und nicht nur Three und O2 „nahe Wettbewerber“ seien.“ (Rz. 242)

„Daraus folgt, dass Three und O2 [...] keine besonders nahen Mobilfunknetzbetreiber waren, auch wenn auf einem solchen Markt alle Betreiber naturgemäß alle mehr oder weniger nahe beieinander sind. (Rz. 247)

EuGH-Urteil – Wettbewerbliche Nähe

(188) Insoweit hat die Kommission in Ziff. 28 der Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse zu Recht darauf hingewiesen, dass die Produkte in dem relevanten Markt so differenziert sein könnten, dass bestimmte Produkte nähere Substitute als andere seien, und dass es mit dem zunehmenden Maß an Substituierbarkeit zwischen den Produkten der fusionierenden Unternehmen wahrscheinlicher werde, dass diese ihre Preise nach dem Zusammenschluss spürbar erhöhen würden. Daher kann, wie die Generalanwältin in Nr. 121 ihrer Schlussanträge im Kern ausgeführt hat, ein höherer Grad der Nähe des Wettbewerbs zwischen den Parteien eines Zusammenschlusses ein Indiz dafür sein, dass es eher wahrscheinlich als unwahrscheinlich ist, dass der Zusammenschluss einen wirksamen Wettbewerb im Binnenmarkt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindern wird, während ein geringerer Grad an Nähe des Wettbewerbs zwischen diesen Parteien ein Indiz für das Gegenteil sein kann. [zutreffender Ausgangspunkt: je größer die Nähe, desto wahrscheinlicher die wesentliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs]

(189) In diesem Zusammenhang bedeutet die Anforderung bei der Beurteilung der Nähe des Wettbewerbs zwischen den Parteien eines Zusammenschlusses, dass es sich bei diesen um „besonders nahe“ Wettbewerber handeln müsse, das Vorliegen eines sehr hohen Maßes an Substituierbarkeit zwischen den Produkten dieser Parteien auf einem differenzierten Produktmarkt. Ein solches Maß an Substituierbarkeit ist aber nicht zwingend erforderlich. Denn selbst wenn die Substituierbarkeit zwischen den Produkten der Parteien des Zusammenschlusses nicht besonders hoch ist, kann auch zwischen den Produkten dieser Parteien und denen der nicht an dem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen ein geringeres Maß an Substituierbarkeit bestehen, was die Parteien des Zusammenschlusses dazu veranlassen kann, die Preise ihrer Produkte zu erhöhen. [Wettbewerbsbeschränkungen bei geringer Nähe zwischen den Parteien wegen gleichzeitiger geringer Nähe zu den Wettbewerbern? Logisch-mathematisch unklar. Widerspruch zur Aussage der Kommission in Entscheidung, dass alle Wettbewerber „compete closely with each other“]

(190) Außerdem können, wie es in Ziff. 28 der Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse im Wesentlichen heißt, hohe Gewinnspannen vor dem Zusammenschluss spürbare Preiserhöhungen nach dem Zusammenschluss wahrscheinlicher machen. Diese Margen können aber auch darauf hindeuten, dass die Parteien des betreffenden Zusammenschlusses weder die engsten Wettbewerber noch besonders nahe Wettbewerber sind. [Hohe Margen können auch bei geringer Nähe zu wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen führen]

(191) Daher kann nicht der Schluss gezogen werden, dass nur ein Zusammenschluss zwischen besonders nahen Wettbewerbern einen wirksamen Wettbewerb auf dem betreffenden Markt erheblich behindern könnte. [Schiefe Schlussfolgerung: die relevante Frage ist, welche wettbewerbliche Nähe erforderlich ist, um diese Nähe als eigenständiges Indiz für einen SIEC anzusehen]

Rechtslage zum Konzept der “wettbewerblichen Nähe” nach dem EuGH-Urteil

- Es findet der Test der HMG Anwendung – mit Formeln, die eher einleuchten als der Test der WWK
- Zusammenschlüsse können aufgrund “wettbewerblicher Nähe” untersagt werden, ohne dass die Parteien eine besondere wettbewerbliche Nähe zueinander haben – was paradox erscheint
- Der EuGH lässt in seinen oberflächlichen Ausführungen völlig offen, wann wettbewerbliche Nähe zu verneinen ist
- Mit viel gutem Willen lassen sich Schranken in das Urteil hineinlesen und in den HMG erkennen – aber es ist offen, ob diese weiterhelfen, wenn das Erfordernis besonderer Nähe vom EuGH ausdrücklich verneint wurde
- Zudem erging das Urteil in einem Fall besonders geringer Nähe der Parteien, was ein desaströses Präjudiz ist

Vierter Rechtsmittelgrund – UPP/ GUPPI Analyse

EuG-Urteil

- **Detaillierte Auseinandersetzung** mit UPP-Test in Rn. 260-283.
- Da die UPP-Analyse bei horizontalen Fusionen **immer** eine Preiserhöhung ergibt, ist sie kein überzeugendes Beweis-mittel, wenn die KOM keine Schwelle definiert, oberhalb derer das UPP-Ergebnis einen SIEC indiziert.
- Preiserhöhungsanreiz war vorliegend **niedriger** als in vergleichbaren Fällen in der Vergangenheit.
- Erwartete Preiserhöhung muss **erheblich** sein.
- Wenn die KOM die Preiserhöhungsanreize untersucht, muss sie **alle relevanten Faktoren** mit berücksichtigen, während der UPP-Test nur auf einer begrenzten Zahl an Faktoren beruht.
- Da jede Fusion Effizienzen mit sich bringen wird (durch Integration und Rationalisierung von Produktions- und Vertriebsmitteln) und diese Anreize zu Preissenkungen geben können, muss die KOM auch solche **standardmäßigen Effizienzgewinne** in ihrem quantitativen Modell berücksichtigen.

EuGH-Urteil

- EuG hat unrichtigerweise angenommen, dass die KOM die Angabe der Kl. zur Preiserhöhung nicht bestritten habe
- Vergleich mit vorangegangenen KOME nicht maßgeblich, da sie keinen rechtlichen Rahmen für die Fusionskontrolle vorgeben können, sondern **lediglich Hinweisharakter** haben und der Sachverhalt ein anderer war (Zusagen)
- FKVO kennt keine Vermutung von Effizienzen; die Beweislast liegt bei den Parteien
- Annahme von "standardmäßigen Effizienzen" würde den Effekt Utile der Fusionskontrolle untergraben

Der EuGH stellte zwei spezifische Fehler im Urteil des EuG fest, welche allerdings nicht die übrigen Feststellungen des EuG zum UPP/GUPPI-Test berühren

Das EuGH-Urteil: Bewertung und Konsequenzen

- Das Urteil des EuG hat an Einzelstellen unglückliche Formulierungen – aber das EuGH-Urteil ist ein primär politisches Urteil.
- Es fehlt dem EuGH-Urteil an jedwedem Versuch der gesetzlichen Auslegung. Stattdessen rechtfertigt der EuGH seine Bewertung überwiegend rein zirkulär damit, dass die Effektivität der Fusionskontrolle erhalten bleiben muss (Erhalt des ‚effet utile‘ der FKVO) und verweist durchweg auf die Horizontal Merger Guidelines.
- Uferlose und widersinnige Auslegung des Begriffs der „wichtigen Wettbewerbskraft“
- EuGH verweigert rechtliche Kriterien und klaren Prüfungsmaßstab für das des Konzept der „wettbewerblichen Nähe“
- Kommission dürfte das Urteil als Bestätigung ihrer Praxis zum UPP-Test bewerten
- EuGH billigt Verweis der Kommission auf kumulative Wirkung von Einzelargumenten, die für sich gesehen nicht aussagekräftig sind
- EuGH ignoriert das Erfordernis der „Erheblichkeit“ der Wettbewerbsbeschränkung (im Gegensatz zur früheren Rechtsprechung)
- Konsequenz:
 - Deutliches Absenken der Eingriffsschwelle im Widerspruch zum Wortlaut von FKVO und Horizontal Merger Guidelines und damit im Gegensatz zum klaren Willen des Gesetzgebers.
 - EuGH ebnet Weg für eine Entwicklung, in der die für eine Untersagung erforderliche Wettbewerbsbeschränkung nicht mehr qualifiziert ist – im Ergebnis Konvergenz zu Art. 101 AEUV
 - Der SIEC-Test verliert durch Gesamtbewertung für sich jeweils nicht aussagekräftiger Kriterien jegliche Kontur - EuGH überlässt der Kommission weitreichenden Freiraum, der juristisch kaum noch überprüfbar ist.
 - Dies dürfte Ausweichen der Kommission auf nicht-koordinierte Effekte als Schadenstheorie zum Normalfall machen (und die Schadenstheorien der Marktbeherrschung und koordinierten Effekte marginalisieren).
- Begrenzung des „Schadens“ über rigorose Prüfung der Beweismittel? (beachte laufende Zurückverweisung des Falls zum EuG)

„Inter-Institutional Dialogue“

mlex

Vestager to discuss EU antitrust procedures with bloc's top judges

28 Nov 2022 | 14:14 GMT | Insight

By Lewis Crofts and Nicholas Hirst

The EU's top competition enforcer, Margrethe Vestager, will today discuss potential changes to antitrust rules with the bloc's most senior judges at a meeting in Luxembourg. The European Commission has seen some of its investigative procedures criticized by companies and judges in recent litigation.



Back-up-Folien

SIEC Test und die Struktur der rechtlichen Prüfung der nicht-koordinierten Effekte

Erwägungsgrund 25 – FKVO

„In Anbetracht der Auswirkungen, die Zusammenschlüsse in oligopolistischen Marktstrukturen haben können, ist die Aufrechterhaltung wirksamen Wettbewerbs in solchen Märkten umso mehr geboten. Viele oligopolistische Märkte lassen ein gesundes Maß an Wettbewerb erkennen. Unter bestimmten Umständen können Zusammenschlüsse, in deren Folge der beträchtliche Wettbewerbsdruck beseitigt wird, den die fusionierenden Unternehmen aufeinander ausgeübt haben, sowie [„as well as“] der Wettbewerbsdruck auf die verbleibenden Wettbewerber gemindert wird, zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führen, auch wenn eine Koordinierung zwischen Oligopolmitgliedern unwahrscheinlich ist.

Die Gerichte der Gemeinschaft haben jedoch bisher die Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 nicht ausdrücklich dahingehend ausgelegt, dass Zusammenschlüsse, die solche nicht koordinierten Auswirkungen haben, für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar zu erklären sind.

Daher sollte im Interesse der Rechtssicherheit klargestellt werden, dass diese Verordnung eine wirksame Kontrolle solcher Zusammenschlüsse dadurch vorsieht, dass grundsätzlich jeder Zusammenschluss, der einen wirksamen Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindern würde, für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar zu erklären ist.

Für die Anwendung der Bestimmungen des Artikels 2 Absätze 2 und 3 wird beabsichtigt, den Begriff „erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs“ dahin gehend auszulegen, dass er sich über das Konzept der Marktbeherrschung hinaus ausschließlich auf diejenigen wettbewerbsschädigenden Auswirkungen eines Zusammenschlusses erstreckt, die sich aus nicht koordiniertem Verhalten von Unternehmen ergeben, die auf dem jeweiligen Markt keine beherrschende Stellung haben würden.“

Grounds of EC's Appeal

Standard of Proof

UPP test and standard efficiencies

SIEC test

No overall assessment

ICF and Closeness

Network Sharing

Verfahrensdauer

