

# Neubestimmung des Untersagungskriteriums in der EU-Fusionskontrolle – Der SIEC-Test im Urteil „CK Telecoms“

Albrecht Bach

*Erscheint in: Bien/Jickeli/Müller-Graff (Hrsg.): Schülersgabe für Wernhard Möschel zum 80. Geburtstag, Nomos Baden-Baden 2021 S. 49ff.*

## I. Einführung

Zu den grundlegenden Einsichten, die der Autor dieser Zeilen dem Jubilar verdankt, gehört die spezifische Rolle der rule of law im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen. Zu ihr gehört das Bewusstsein, dass „Gegenstand, Abgrenzung und inhaltliche Auffüllung“ dieses Rechts abhängig von normativen Setzungen und damit letztlich vom Willen des historischen Gesetzgebers sind.<sup>1</sup> Dieses Verständnis beeinflusst auch die Anwendung einzelner Bestimmungen des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen. Sie folgen, worauf *Wernhard Möschel* stets hingewiesen hat, den Eigengesetzlichkeiten der Rechtsanwendung. Juristische Beurteilungskriterien aber bleiben notwendig selektiv, reduzieren die Komplexität der „unendlichen Wirklichkeit interdependenten ökonomischen Geschehens“.<sup>2</sup> Dieses Verständnis vom Recht der Wettbewerbsbeschränkungen beeinflusst auch die Rolle von Erkenntnissen der Wettbewerbstheorie bei der Rechtsanwendung. Bei aller Bedeutung, die der Wettbewerbstheorie für die richtige Fundierung und die Überprüfung der Anwendungsergebnisse des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen zukommt, so bleibt ihre Rolle innerhalb des Rahmens juristischer Beurteilungskriterien letztlich eine dienende.

Der folgende Beitrag versucht aufzuzeigen, dass diese mit dem Jubilar verbundenen Erkenntnisse weder an Bedeutung noch an Aktualität eingebüßt haben. Im Urteil „CK Telecoms“ des EuG<sup>3</sup> geht es um den Inhalt der normativen Setzungen und die ausdrücklich formulierten Zielsetzungen des historischen Gesetzgebers. Es geht um die Rolle ökonomischer Konzepte bei der Rechtsanwendung und die sich daraus ergebenden Wirkungen für die Justiziabilität von Entscheidungen und damit letztlich auch um das Verhältnis diskretionärer Entscheidungen zur „rule of law in ihrer Stetigkeit“.<sup>4</sup>

## II. Das Urteil

Gegenstand des Urteils ist die Untersagungsentscheidung der Kommission zur geplanten Übernahme der Telefonica UK durch das zum Wettbewerber Hutchinson gehörende Erwerbsvehikel CK Telecoms Investments Ltd.<sup>5</sup> Die Entscheidung betraf einen der sogenannten 4:3 Zusammenschlüsse im Bereich von Mobiltelefondiensten. Die Hutchinson-Tochter wäre nach dem Erwerb zwar mit über 40% Marktanteil bei Mobiltelefondiensten Marktführer geworden, hätte aber nach den Feststellungen der Kommission keine marktbeherrschende Stellung erlangt. Die Kommission bejahte trotzdem eine erhebliche Behinderung wesentlichen Wettbewerbs durch den Zusammenschluss und untersagte diesen.

---

<sup>1</sup> *Möschel*, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Köln u.a. 1983, S. 1, Rn. 1.

<sup>2</sup> *Möschel* (Fn. 1), S. 49 f., Rn. 70.

<sup>3</sup> EuG, Urt. v. 28.5.2020, Rs. T-399/16, ECLI:EU:T:2020:217 – *CK Telecoms UK Investments Ltd / Kommission*.

<sup>4</sup> *Möschel* (Fn. 1), S. 53 f., Rn. 79.

<sup>5</sup> Entscheidung v. 11.5.2016, COMP/M.7612 – *Hutchinson 3G UK/Telefónica UK*.

Das Gericht hob die Untersagungsentscheidung auf. Es warf der Kommission im Kern vor, sich vom gesetzlichen Untersagungskriterium entfernt zu haben. Dabei arbeitet das Urteil Stellung und Reichweite des SIEC-Tests heraus. Kernstück für das Verständnis des SIEC-Tests ist aus Sicht des EuG Erwägungsgrund 25 der FKVO. Dort werde das Marktbeherrschungskriterium nur im Bereich unilateraler (nicht-koordinierter) Effekte auf oligopolistischen Märkten erweitert. Eine Untersagung ist danach auch möglich, wenn es durch solche Effekte zur wesentlichen Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs (SIEC) kommt. In Übereinstimmung mit der Zielsetzung des historischen Gesetzgebers beschränkt das EuG die Bedeutung des SIEC-Tests damit auf die sogenannten „gap cases“, also auf unilaterale Effekte, die mit dem Marktbeherrschungstest möglicherweise nicht zufriedenstellend erfasst werden können.

Statt auf das gesetzliche Untersagungskriterium habe sich die Kommission auf selbst gewählte Maßstäbe wie den Wegfall eines nahen Wettbewerbers gestützt. Das EuG wirft der Kommission darüber hinaus vor, sie verwirre in ihrer Entscheidung drei verschiedene Konzepte, nämlich das Untersagungskriterium SIEC, das Konzept der Beseitigung beträchtlichen Wettbewerbsdrucks und das Konzept der Beseitigung einer wichtigen Wettbewerbskraft, das die Kommission in der Entscheidung und in ihren Leitlinien verwende.<sup>6</sup> Die Verwirrung dieser drei Konzepte führe zu einer (unzulässigen) Ausweitung der Untersagungsmöglichkeit, weil jedes Verschwinden einer wichtigen Wettbewerbskraft nach der Argumentation der Kommission zur Beseitigung beträchtlichen Wettbewerbsdrucks und damit zur SIEC führe.<sup>7</sup> Dies sei rechtsirrig.

Falsch sei aber auch die Auffassung der Kommission, eine „wichtige Wettbewerbskraft“ müsse sich noch nicht einmal von ihren Wettbewerbern hinsichtlich der Wirkung auf den Wettbewerb abheben, weil dann schlicht jeder halbwegs gewichtige Wettbewerber als „wichtige Wettbewerbskraft“ angesehen werden könne. Dies wiederum würde der Kommission die Untersagung horizontaler Zusammenschlüsse allein wegen der Verringerung des Wettbewerbsdrucks durch Wegfall eines Wettbewerbers erlauben.<sup>8</sup>

Das EuG attackiert ausdrücklich das Konzept des „nahen Wettbewerbers“ (close competitor). Dieser Begriff finde sich nicht in der FKVO, sondern nur in den Merger Guidelines der Kommission.<sup>9</sup> Art. 2 Abs. 3 FKVO in Verbindung mit Erwägungsgrund 25 verlange die Beseitigung beträchtlichen Wettbewerbsdrucks. „Closeness of competition“ sei in der Rechtsprechung als wirtschaftliches Beweismittel<sup>10</sup> anerkannt, aber eben auch nicht mehr. Es könne sein, dass die beiden Mobilfunknetzbetreiber relativ nahe Wettbewerber seien, das reiche aber nicht aus, um die Beseitigung beträchtlichen Wettbewerbsdrucks zu belegen, die die Parteien des Zusammenschlusses aufeinander ausübten und

---

<sup>6</sup> EuG, Urt. v. 28.5.2020, Rs. T-399/16, ECLI:EU:T:2020:217, Rn. 173 – *CK Telecoms UK Investments Ltd / Kommission*.

<sup>7</sup> EuG, Urt. v. 28.5.2020, Rs. T-399/16, ECLI:EU:T:2020:217, Rn. 173 – *CK Telecoms UK Investments Ltd / Kommission*.

<sup>8</sup> EuG, Urt. v. 28.5.2020, Rs. T-399/16, ECLI:EU:T:2020:217, Rn. 175 – *CK Telecoms UK Investments Ltd / Kommission*.

<sup>9</sup> EuG, Urt. v. 28.5.2020, Rs. T-399/16, ECLI:EU:T:2020:217, Rn. 234 – *CK Telecoms UK Investments Ltd / Kommission*.

<sup>10</sup> EuG, Urt. v. 28.5.2020, Rs. T-399/16, ECLI:EU:T:2020:217, Rn. 236 – *CK Telecoms UK Investments Ltd / Kommission*.

könne nicht ausreichen, um eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs darzutun;<sup>11</sup> wäre dies anders, müsste grundsätzlich jeder Zusammenschluss, der die Zahl der Anbieter von 4 auf 3 reduzierte, verboten werden.<sup>12</sup>

Das Urteil hat – zu Recht – Aufsehen erregt.<sup>13</sup> Es wurde in eine Reihe gestellt mit den Urteilen aus der Niederlagenserie der Kommission in den Fällen *Airtours/First Choice*, *Schneider/Legrand* und *Tetra Laval/Sidel*.<sup>14</sup> Der Kommission nahestehende Vertreter beklagten, die Untersagungsvoraussetzungen würden so viel zu stark erhöht.<sup>15</sup>

### III. Ökonomisierung des Untersagungskriteriums in der Kommissionspraxis

Die Kommission hatte sich ursprünglich eher kritisch zur Forderung nach der Einführung eines SIEC-Tests geäußert. Insbesondere der beabsichtigten Angleichung an die Praxis in den USA und im Vereinigten Königreich zum SLC-Test begegnete sie mit Skepsis.<sup>16</sup> Allerdings erkannte die Kommission rasch, welche Spielräume das SIEC-Kriterium eröffnete. Faktisch hat die Kommission den von ihr postulierten Übergang zu einem vom Marktbeherrschungstest losgelösten SIEC-Test genutzt, um eine an zunehmend offener formulierten ökonomischen Kriterien orientierte Analyse durchzusetzen.<sup>17</sup>

Die Leitlinien der Kommission zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse<sup>18</sup> markieren diesen Übergang zu offener formulierten ökonomischen Kriterien. Zwar werden im Zusammenhang mit nicht koordinierten Effekten die Aussagen aus dem Erwägungsgrund 25 der Fusionskontrollverordnung fast wörtlich referiert.<sup>19</sup> Im Vordergrund steht aber ein Verständnis des SIEC bei nicht koordinierten Wirkungen, dessen Anleihen aus den US Horizontal Merger

---

<sup>11</sup> EuG, Urt. v. 28.5.2020, Rs. T-399/16, ECLI:EU:T:2020:217, Rn. 249 – *CK Telecoms UK Investments Ltd / Kommission*.

<sup>12</sup> EuG, Urt. v. 28.5.2020, Rs. T-399/16, ECLI:EU:T:2020:217, Rn. 249 – *CK Telecoms UK Investments Ltd / Kommission*, zitiert nach der insoweit klareren Formulierung der englischen Urteilsgründe.

<sup>13</sup> *Nicholas Forwood*, früher Richter am EuGH und am EuG, sprach von einer „bomb shell“, *The General Court’s CK Telecoms ruling: Is Three the New Magic Number? Towards a re-assessment of unilateral effects in merger review*, Concurrence Webinar vom 1.7.2020; *Bach*, *CK Telecoms oder der Abschied vom bloßen Regelbeispiel der Marktbeherrschung im SIEC-Test*, NZKart 2020, 337.

<sup>14</sup> *Bischke/Brack*, *Neuere Entwicklungen im Kartellrecht: Nach langer Zeit mal wieder: Das EuG hebt eine Untersagungsentscheidung der Kommission in einem Fusionsfall auf und verschärft die Anforderungen an Untersagungen in oligopolistischen Märkten*, NZG 2020, 823; skeptisch *Göhsl/Rottmann*, *Nichtkoordinierte Effekte in der Europäischen Zusammenschlusskontrolle im Lichte der „CK Telecoms“-Entscheidung des Europäischen Gerichts*, ZWeR 2020, 493, 495.

<sup>15</sup> *Massimo Motta*, *Hutchinson ruling risks making merger control too exacting*, 4.6.2020, zitiert nach MLex.

<sup>16</sup> Vgl. Kommission, *Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen*, KOM (2002) 711 endg., Abl. C 2003, 20/4, Rn. 55.

<sup>17</sup> Ähnlich *Wagemann*, in: *Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts*, 4. Auflage, München 2020, § 16, Rn. 54.

<sup>18</sup> Kommission, *Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen*, ABl. C 31/5 v. 5.2.2004.

<sup>19</sup> *Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse* (Fn. 18), Ziff. 25.

Guidelines<sup>20</sup> unübersehbar sind. Die Leitlinien der Kommission übernehmen das zentrale Kriterium erhöhter Marktmacht („enhancing market power“) aufgrund nicht koordinierter Effekte und stellen, ebenso wie die US Horizontal Merger Guidelines, letztlich darauf ab, ob Anreize zu Preiserhöhungen geschaffen werden. Dies zeigt sich bei der Darstellung der Kriterien für nicht koordinierte Effekte. Hohe Marktanteile werden unter dem Aspekt diskutiert, dass mit ihnen die Wahrscheinlichkeit steige, Marktmacht auszuüben.<sup>21</sup> Zentrale Bedeutung wird der wettbewerblichen Nähe der Zusammenschlussparteien zugemessen. Mit einem zunehmenden Maß an Substituierbarkeit zwischen den Produkten der fusionieren Unternehmen steige die Wahrscheinlichkeit spürbarer Preiserhöhungen.<sup>22</sup>

Marktanteile und Substituierbarkeit von Produkten der Zusammenschlussbeteiligten sind durchaus sachgerechte Kriterien für die Beurteilung von Zusammenschlussvorhaben. Sie wurden entsprechend auch unter dem Marktbeherrschungstest herangezogen. Von Bedeutung ist vielmehr, dass diese Kriterien nun zur Umsetzung eines Tests auf erhöhte Marktmacht oder die Wahrscheinlichkeit von Preiserhöhungsanreizen genutzt werden, die sich in den Untersagungskriterien der Fusionskontrollverordnung selbst nicht finden. Damit deutet sich die Verselbstständigung ökonomischer Kriterien bei der Beurteilung von Zusammenschlüssen an.

Das konnte den Jubilar schwerlich überraschen. Er hatte den US-amerikanischen SLC-Test als einen Gefährdungstatbestand eingeordnet und hellsichtig formuliert, man müsse sich darüber im Klaren sein, dass bei solcher generalklauselartiger Formulierung der Eingriffskriterien die Entwicklung der eigentlich konkretisierenden Maßstäbe in der Hand der Rechtsanwendungsorgane liege.<sup>23</sup>

Es ist zunächst wenig verwunderlich, dass eine Behörde die Spielräume nutzt, die ihr gegeben werden. Das in Europa vorherrschende Administrativsystem im Bereich der Fusionskontrolle führt ohnehin dazu, dass sich die Maßstäbe für die Untersagung faktisch aus der Praxis der Behörde ergeben. Das wird mit dem Rückgriff auf Leitlinien noch verstärkt, in denen die Behörde ihr wettbewerbspolitisches Verständnis und ihre Auffassung zur Rechtslage zum Maßstab ihres zukünftigen Handelns erklärt. Umso wichtiger werden dann die in der europäischen Fusionskontrolle seltenen Fälle, in denen sich die Untersagungspraxis der Kommission der gerichtlichen Kontrolle stellen muss.

Das eigentliche Problem ergibt sich aus der Kombination von systembedingten Spielräumen des Administrativsystems, Spielräumen aus einem vermeintlich offen formulierten Untersagungskriterium und behördlich interpretierten ökonomischen Kriterien, die nur noch schwerlich als Rechtsanwendung einzuordnen sind. Das EuG sieht die spezifischen Gefahren des Administrativsystems durchaus und stellt dem Urteil ein ungewöhnliches Bekenntnis zu seiner Kontrollfunktion gerade bei der Anwendung des Wettbewerbsrechts voran.<sup>24</sup> Der Gefahr einer zunehmenden Unbestimmtheit des Untersagungskriteriums begegnet das Urteil mit einer Rückbesinnung auf die Zielsetzung des histori-

---

<sup>20</sup> U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines, 9.8.2010, abrufbar unter: <https://www.justice.gov/atr/horizontal-merger-guidelines-08192010#foot11> (zuletzt abgerufen am: 4.1.2021).

<sup>21</sup> Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse (Fn. 18), Ziff. 27.

<sup>22</sup> Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse (Fn. 18), Ziff. 28.

<sup>23</sup> *Möschel* (Fn. 1), S. 460 f., Rn. 728.

<sup>24</sup> EuG, Urt. v. 28.5.2020, Rs. T-399/16, ECLI:EU:T:2020:217, Rn. 72 ff. – *CK Telecoms UK Investments Ltd / Kommission*, mit der programmatischen Überschrift „Zum Umfang der gerichtlichen Kontrolle von Zusammenschlüssen“.

schen Gesetzgebers und mit dem Versuch, Maßstäbe aus dem deutlich juristisch konturierten Marktbeherrschungskriterium abzuleiten.<sup>25</sup> Die ökonomisch geprägten Argumente werden einerseits an der Vereinbarkeit mit den rechtlichen Kriterien gemessen, andererseits werden die auf sie gestützten Analysen einer engmaschigen gerichtlichen Kontrolle unterworfen. Damit formuliert das Urteil letztlich doch Maßstäbe zum Verhältnis von Ökonomie und Recht. Ein Begriff freilich wird zu Recht sorgfältig vermieden, der des „more economic approach“. Es geht nicht um mehr oder weniger Ökonomie, sondern um das richtige Verständnis rechtlicher Maßstäbe und ihres Verhältnisses zur Ökonomie.<sup>26</sup>

## IV. Stellung des SIEC-Kriteriums

Die zentrale Frage des Rechtsstreits lag in der Höhe der Interventionsschwelle für die Untersagung des Zusammenschlusses zwischen den beiden britischen Mobilfunknetzbetreibern. Das Gericht sah sich dabei aufgerufen, Bedeutung und Reichweite des SIEC-Tests ausdrücklich zu klären, zumal nach eigener Einschätzung die Unionsgerichte bislang noch keine Gelegenheit hatten, die Fusionskontrollverordnung in der Neufassung von 2004 auf einen Zusammenschluss mit nicht-koordinierten Effekten auf einem oligopolistischen Markt anzuwenden.<sup>27</sup> Das Gericht referiert kurz die Zielsetzungen bei der 2004 erfolgten Änderung des Untersagungskriteriums in Art. 2 Abs. 3 FKVO.<sup>28</sup> Es stützt sich bei seiner Auslegung aber auf systematisch-teleologische Aspekte. Danach ist Fusionskontrolle Teil des Systems unverfälschten Wettbewerbs. Sie muss Zusammenschlüsse erfassen, die wirksamen Wettbewerb im Binnenmarkt oder in einem wesentlichen Teil desselben beeinträchtigen. Dies soll unter bestimmten Voraussetzungen auch Fälle unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle erfassen. Dabei sei das Untersagungskriterium Art. 2 Abs. 3 FKVO im Licht der Begründungserwägung 25 der Fusionskontrollverordnung auszulegen.

### 1. Stärkung des Marktbeherrschungstests statt Herabstufung zum Regelbeispiel

Das EuG rückt bei seiner Auslegung das Marktbeherrschungskriterium ins Zentrum. Das erscheint aus heutiger Sicht überraschend, insbesondere wenn das Gericht hervorhebt, mit der Neufassung des Untersagungskriteriums in Art. 2 Abs. 3 der Fusionskontrollverordnung sei nicht nur die Fortgeltung des Marktbeherrschungskonzepts, sondern sogar dessen Stärkung beabsichtigt gewesen.<sup>29</sup>

Es muss durchaus in Erinnerung gerufen werden, dass in der wettbewerbspolitischen Diskussion um die Neufassung des Untersagungskriteriums in der Fusionskontrollverordnung keinesfalls Einigkeit bestand, mit dem SIEC-Test ein bestimmtes ökonomisches Konzept umzusetzen. Die Neufassung des Untersagungskriteriums stellt vielmehr einen der für die Europäische Union typischen Formelkompromisse dar. Durch eine Neukombination schon in der Fassung

---

<sup>25</sup> Dazu unter IV. 1. und 4.

<sup>26</sup> Ähnlich *Auer/Petit*, CK Telecoms v. Commission: The Maturation of the Economic Approach in Competition Case Law, JECLAP 2020, 225.

<sup>27</sup> EuG, Urt. v. 28.5.2020, Rs. T-399/16, ECLI:EU:T:2020:217, Rn. 85 – *CK Telecoms UK Investments Ltd / Kommission*.

<sup>28</sup> EuG, Urt. v. 28.5.2020, Rs. T-399/16, ECLI:EU:T:2020:217, Rn. 86 ff. – *CK Telecoms UK Investments Ltd / Kommission*.

<sup>29</sup> EuG, Urt. v. 28.5.2020, Rs. T-399/16, ECLI:EU:T:2020:217, Rn. 88 – *CK Telecoms UK Investments Ltd / Kommission*.

der Verordnung 4064/89 vorhandener Elemente in Art. 2 Abs. 3 FKVO, nämlich der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs und der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, sollte in erster Linie sichergestellt werden, dass keine relevante Lücke im Falle unilateraler Effekte in engen Oligopole bestand. Ob es tatsächlich solche „gap cases“ gab, die bei einem reinen Marktbeherrschungstest durch die Lücke gefallen wären, blieb durchweg umstritten. Nicht zuletzt die Kommission verneinte dies.<sup>30</sup>

Unstreitig dagegen haben die Begründungserwägungen der Fusionskontrollverordnung eine restriktive Auslegung des Begriffs der wesentlichen Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs vorgenommen. Die schon mehrfach erwähnte Begründungserwägung 25 formuliert insoweit eindeutig, dass sich dieser Begriff des SIEC 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. Diese Begründungserwägung spricht unmissverständlich von einem *Konzept* der Marktbeherrschung, das also durchaus fortbestehen soll. Ein Wechsel zu einem neuen generellen Konzept der SIEC ist dort nicht angelegt. In Bezug auf die erhebliche Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs spricht die Begründungserwägung nur von einem „Begriff“. Dieser Begriff wird zudem auf eine begrenzte Gruppe von Fällen beschränkt, in denen ein enges Oligopol besteht, keines der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen nach dem Zusammenschluss marktbeherrschend wäre und sich wettbewerbsschädigende Auswirkungen aus nicht koordiniertem Verhalten ergeben.

Die Vorstellung vom Wechsel zu einem SIEC-Konzept und dem Marktbeherrschungskriterium als „bloßem Regelbeispiel“ stützt sich auf den Wortlaut von Art. 2 Abs. 3 FKVO und die dortige „Insbesondere“-Formulierung. Dieser Wortlaut lässt sich durchaus so verstehen, als gehe es vorrangig um SIEC und das Entstehen oder die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung seien nur besonders häufige Fälle einer solchen Wettbewerbsbeeinträchtigung. Diesem Verständnis folgen die Leitlinien zur Beurteilung horizontaler Zusammenschlüsse ebenso wie die Begründung zum Regierungsentwurf einer 8. GWB-Novelle.<sup>31</sup>

Dieses Verständnis reduziert die Begründungserwägung 25 entweder zum bedeutungslosen Wortgeplänkel oder auf die Aussage, dass mit der Neufassung eben auch die mögliche Lücke hinsichtlich nicht-koordinierter Effekte auf oligopolistischen Märkten geschlossen werden soll. Beides wird schon ganz allgemein der Bedeutung von Begründungserwägungen für die Auslegung von Verordnungen schwerlich gerecht. In Bezug auf das materielle Untersagungskriterium in Art. 2 FKVO erhalten die Begründungserwägungen noch wesentlich mehr Gewicht. Zusammenschlüsse sind nämlich nach Art. 2 Abs. 1 FKVO ausdrücklich auch nach den Zielen dieser Verordnung zu prüfen. Diese Ziele ergeben sich aus den Begründungserwägungen im Allgemeinen und im Hinblick auf das Untersagungskriterium aus Begründungserwägung 25 im Besonderen. Diese Begründungserwägung formuliert das Ziel, wirksamen Wettbewerb gerade auf Märkten mit oligopolistischen Marktstrukturen aufrecht zu erhalten. Aus diesem Ziel wird die Erweiterung des Untersagungskriteriums abgeleitet. Diese ausdrückliche Zielorientierung in Art. 2 Abs. 1 FKVO stärkt die vom EuG in der Sache CK Telecoms vorgenommene restriktive Auslegung. Sie begründet auch ein erhebliches Maß an Skepsis gegenüber einer schlichten Bestätigung der Kommissionspraxis durch den Gerichtshof im Rechtsmittelverfahren.

---

<sup>30</sup> Grünbuch der Kommission über die Revision der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates, KOM/2001/0745 endg., Ziffer 167.

<sup>31</sup> BT-Dr. 17/9852, 28 f.

Für die Frage nach der Reichweite des SIEC Tests ist unerheblich, ob mit der Neufassung von Art. 2 Abs. 3 FKVO tatsächlich eine Stärkung des Marktbeherrschungskonzepts intendiert war, wie dies das EuG annimmt.<sup>32</sup> Dies lässt sich am ehesten damit begründen, dass mit der Schließung einer möglichen Anwendungslücke Einwände gegen das Marktbeherrschungskonzept an Gewicht verlieren.

## 2. Voraussetzungen für SIEC-Fälle

In seinem Urteil CK Telecoms schränkt das EuG nicht nur den Anwendungsbereich des SIEC Tests im Vergleich zum Marktbeherrschungstest ein. Es identifiziert vielmehr auch die nach seiner Vorstellung ausschließlichen Kriterien, an denen das Bestehen einer wesentlichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs im verbliebenen Anwendungsbereich zu messen ist. Das Gericht bezieht sich dabei erneut auf die Begründungserwägung 25. Es entnimmt Satz 3 dieser Begründungserwägung nicht nur eine Beschreibung möglicher Probleme in oligopolistischen Marktstrukturen. Er versteht die dort genannten Folgen vielmehr als zwei kumulative Voraussetzungen für die erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs auf solchen Märkten.<sup>33</sup> SIEC setzt danach voraus, dass in Folge des Zusammenschlusses erstens der beträchtliche Wettbewerbsdruck beseitigt wird, den die fusionierenden Unternehmen bisher aufeinander ausgeübt haben, sowie zweitens der Wettbewerbsdruck auf die verbleibenden Wettbewerber gemindert wird.

In der Auseinandersetzung mit der konkreten Untersagungsentscheidung besteht das EuG auf den strikten Anforderungen dieser beiden kumulativen Bedingungen. Es wendet sich insbesondere gegen eine Aufweichung des ersten Kriteriums durch Begriffe wie „nahe Wettbewerber“ oder „wichtige Wettbewerbskraft“, wie sie in den Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse ebenso wie in der Untersagungsentscheidung<sup>34</sup> herangezogen werden. Gefordert ist nach der Überzeugung des EuG die Beseitigung beträchtlichen Wettbewerbsdrucks zwischen den fusionierenden Unternehmen. Dafür genügt nicht, dass das erworbene Unternehmen eine wichtige Wettbewerbskraft darstellt. Dieses Kriterium ist gerade auf Märkten mit oligopolistischen Marktstrukturen annähernd belanglos. Warum soll einer der Oligopolisten zwar Wettbewerber, aber kein wichtiger Wettbewerber sein. Ließe man für die wesentliche Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs schon die Beseitigung einer wichtigen Wettbewerbskraft genügen, so führt dies, wie das EuG zu Recht feststellt, zu einer deutlichen Ausweitung der Untersagungsmöglichkeiten. Im Urteil wird dies dahingehend zugespitzt, dass ein solches Verständnis der Untersagungsmöglichkeiten es der Kommission erlauben würde, jeden horizontalen Zusammenschluss auf einem oligopolistischen Markt zu untersagen.<sup>35</sup>

In den Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse ist die Kommission mit dem Merkmal der wichtigen Wettbewerbskraft durchaus vorsichtig umgegangen. Bei Ziffer 37 betont sie lediglich, dass einige Unternehmen auf den Wettbewerbsprozess einen größeren Einfluss haben könnten, als dies anhand ihrer Marktanteile oder anderer Messgrößen zu vermuten wäre. Diese sicherlich zutreffende Feststellung illustriert aber gleichzeitig das Problem sich schleichend verselbstständigender ökonomischer Kriterien. Aus einer Relativierung bestehender Marktanteile bei der

---

<sup>32</sup> EuG, Urt. v. 28.5.2020, Rs. T-399/16, ECLI:EU:T:2020:217, Rn. 88 – *CK Telecoms UK Investments Ltd / Kommission*.

<sup>33</sup> EuG, Urt. v. 28.5.2020, Rs. T-399/16, ECLI:EU:T:2020:217, Rn. 96 – *CK Telecoms UK Investments Ltd / Kommission*.

<sup>34</sup> Entscheidung v. 11.5.2016, COMP/M.7612 – *Hutchinson 3G UK/Telefónica UK*.

<sup>35</sup> EuG, Urt. v. 28.5.2020, Rs. T-399/16, ECLI:EU:T:2020:217, Rn. 150 – *CK Telecoms UK Investments Ltd / Kommission*.

Bewertung des Wettbewerbspotenzials wird ein Prüfmerkmal im Rahmen des SIEC-Tests, das eine Schwelle markiert, die deutlich unterhalb der Beseitigung einer wichtigen Wettbewerbskraft liegt.

Dagegen dürfte sich das zweite Kriterium in Begründungserwägung 25 Satz 3 als weniger anspruchsvoll erweisen. Gefordert wird nur die Minderung des Wettbewerbsdrucks auf die verbleibenden Wettbewerber. Dieser Druck muss nicht beträchtlich gewesen sein. Gerade in engen Oligopolen wird aber regelmäßig davon auszugehen sein, dass das Ausscheiden eines Oligopolisten den Wettbewerbsdruck auf die verbleibenden Mitglieder des Oligopols reduziert.

### **3. Was bleibt von der wettbewerblichen Nähe?**

Die Betonung der beiden kumulativen Kriterien in Begründungserwägung 25 Satz 3 verbindet das EuG mit einer deutlichen Absage an die Bedeutung bloßer wettbewerblichen Nähe für die Untersagungsvoraussetzungen. Auch in Bezug auf die wettbewerbliche Nähe hat sich in der Praxis eine deutliche Aufweichung von Kriterien ergeben.

In der historischen Debatte um die Existenz von Schutzlücken oder so genannter Gap Cases wurde häufig auf das Beispiel Heinz/Beech-Nut verwiesen. In diesem US-amerikanischen Fall eines beabsichtigten Zusammenschlusses zwischen der Nummer zwei und der Nummer drei auf dem Markt für Babyfertiernahrung mit Marktanteilen von ca. 17% und ca. 15%<sup>36</sup> war die hohe Austauschbarkeit der Produkte beider Anbieter von besonderer Bedeutung. Supermärkte entschieden sich regelmäßig, neben dem Marktführer Gerber mit einem Marktanteil von 65% entweder den einen oder den anderen der Zusammenschlussbeteiligten als Alternative zu führen. Aus Sicht der Supermärkte wiesen die beiden Anbieter ein hohes Maß an Substituierbarkeit auf. Die Möglichkeit, auch solche Fälle untersagen zu können, wurde als Vorteil des SLC-Tests dargestellt.

In den Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse wird das Kriterium wettbewerblicher Nähe zunächst nur für Märkte mit stark differenzierten Produkten diskutiert. Mit einer zunehmenden Substituierbarkeit zwischen den Produkten der fusionierenden Unternehmen werde es wahrscheinlicher, dass diese ihre Preise spürbar erhöhen.<sup>37</sup> Aus diesem Erfordernis einer besonderen Substitutionsbeziehung im Falle differenzierter Produkte wurde schleichend die Annahme, die wesentliche Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs liege immer dann besonders nahe, wenn es sich bei den Zusammenschlussbeteiligten um nahe Wettbewerber handele. Gerade das Beispiel der Mobilfunknetzbetreiber macht deutlich, dass dieses Kriterium eine deutliche Produktdifferenzierung voraussetzt, wenn es nicht vollständig bedeutungslos werden soll. Insoweit wendet sich das Urteil in Sachen CK Telecoms nicht notwendig gegen den Analyserahmen der Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse, wohl aber gegen die nachfolgende Kom-

---

<sup>36</sup> Das Zusammenschlussvorhaben wurde aufgegeben, nachdem auf die Berufung der Federal Trade Commission das Berufungsgericht das beantragte einstweilige Vollzugsverbot erließ, *FTC v. H.J.Heinz Co. and Milnot Holding Corp.*, U.S. District Court of Appeals for the District of Columbia, 27.4.2001, No. 00-5362, abrufbar unter: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2001/04/010427heinz-milnot-appellatecourtppinion.pdf> (zuletzt abgerufen am 4.1.2021).

<sup>37</sup> Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse (Fn. 18), Ziff. 28



missionpraxis. Die mit dem Urteil erfolgte Relativierung des Kriteriums ist in jeder Hinsicht begrüßen. Dies gilt ungeachtet der Einsicht, dass gewisse Substitutionseffekte auch im Verhältnis zu weniger nahen Wettbewerbern eintreten.<sup>38</sup>

#### 4. Versuch der Maßstabsbildung mittels des Marktbeherrschungstests

Das EuG betont im Urteil CK Telecoms nicht nur die Bedeutung des Marktbeherrschungstests. Es entnimmt diesem Test auch einen Maßstab für das Vorliegen einer erheblichen Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs. Das Untersagungskriterium in Art. 2 Abs. 3 FKVO müsse dahingehend ausgelegt werden, dass es in bestimmten Fällen auch unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle Untersagungen auf oligopolistischen Märkten erlaube, sofern die Wettbewerbsbedingungen in einem Umfang beeinträchtigt werden, der den Folgen einer marktbeherrschenden Stellung entspricht.<sup>39</sup> Eine solche Äquivalenz zu den wettbewerblichen Wirkungen einer marktbeherrschenden Stellung soll dann vorliegen, wenn der neu geschaffenen Einheit die Möglichkeit verschafft werde, selbst die Wettbewerbsparameter zu bestimmen und insbesondere zu einem Preissetzer zu werden, statt Preisnehmer zu bleiben.<sup>40</sup>

Dieser Versuch der Maßstabsbildung begegnet erheblichen Bedenken. Wie das Urteil selbst herausarbeitet, soll für die in Erwägungsgrund 25 bezeichneten Fälle gerade die Untersagungsmöglichkeit unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle geschaffen werden. Wenn dies Wettbewerbsbeeinträchtigungen voraussetzte, die denjenigen einer marktbeherrschenden Stellung entsprechen, bliebe für die Anwendung des zusätzlichen Kriteriums fast kein Raum. Dies wird auch bei dem Versuch deutlich, diejenigen Fälle zu beschreiben, in denen die geforderte Äquivalenz vorliegt.<sup>41</sup> Die Möglichkeit, selbst die Wettbewerbsparameter zu bestimmen, erinnert deutlich an den Kern der Marktbeherrschungsdefinition nach der Rechtsprechung der Unionsgerichte, nämlich die Möglichkeit, sich Wettbewerbern und Abnehmern gegenüber in nennenswertem Umfang unabhängig verhalten zu können.<sup>42</sup> Auch der Wechsel vom Preisnehmer zum Preissetzer deutet in dieselbe Richtung. Das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung geht gerade mit der Möglichkeit einher, Preise oberhalb der Wettbewerbspreise zu setzen, wenngleich eingeräumt werden muss, dass dieses Kriterium auch generell zur Definition von Marktmacht verwandt wird.<sup>43</sup> Preisführerschaft wird zumindest als Indiz für eine unabhängige Preispolitik gesehen.<sup>44</sup>

---

<sup>38</sup> Deziert gegen eine Einschränkung auf engste Wettbewerber *Göhl/Rottmann*, Nichtkoordinierte Effekte in der Europäischen Zusammenschlusskontrolle im Lichte der „CK Telecoms“-Entscheidung des Europäischen Gerichts, ZWeR 2020, 493, 508ff.

<sup>39</sup> EuG, Urt. v. 28.5.2020, Rs. T-399/16, ECLI:EU:T:2020:217, Rn. 90 – *CK Telecoms UK Investments Ltd / Kommission*.

<sup>40</sup> EuG, Urt. v. 28.5.2020, Rs. T-399/16, ECLI:EU:T:2020:217, Rn. 90 – *CK Telecoms UK Investments Ltd / Kommission*; in der deutschen Fassung geht der Begriff des *price taker* leider verloren.

<sup>41</sup> EuG, Urt. v. 28.5.2020, Rs. T-399/16, ECLI:EU:T:2020:217, Rn. 88 – *CK Telecoms UK Investments Ltd / Kommission*.

<sup>42</sup> Grundlegend EuGH, Urt. v. 14.2.1978, Rs. 27/76, ECLI:EU:C:1978:22, Rn. 63/66 – *United Brands*.

<sup>43</sup> So etwa in der Rechtsprechung des US Supreme Courts, vgl. *NCAA v. Board of Regents of the University of Oklahoma*, 468 U.S. 85, 109 n.38 (1984).

<sup>44</sup> *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht – Band 1. EU: Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 6. Auflage, München 2019, Art. 102 AEUV, Rn. 112 m.w.N.

Auch rein praktisch bedeutet das vom EuG eingeführte Äquivalenzkriterium keinen Zuwachs an Rechtssicherheit. Fälle, in denen zumindest unklar blieb, ob sie mit dem Marktbeherrschungstest erfasst werden können, werden nicht dadurch rechtssicher identifiziert, dass die Wirkungen des Zusammenschlusses denjenigen einer marktbeherrschenden Stellung entsprechen sollen. Wenn es zutrifft, dass mit dem SIEC-Test die Untersagungsvoraussetzungen nur in dem durch Erwägungsgrund 25 beschriebenen Umfang erweitert werden, so muss diesem Kriterium ein eigener, zusätzlicher Anwendungsbereich verbleiben. Der Versuch einer Präzisierung mittels eines Äquivalenztests zur Marktbeherrschung beseitigt diesen eigenständigen Anwendungsbereich und grenzt an eine Tautologie.

##### 5. Absage an Prägung durch ökonomische Kriterien in Kommissionsleitlinien

Das Urteil thematisiert ausdrücklich die Praxis der Kommission, zur Begründung ihrer Untersagungsentscheidung Konzepte heranzuziehen, die sich nicht in der Fusionskontrollverordnung finden. Hervorgehoben wird das Kriterium der wettbewerblichen Nähe, das die jüngere Entscheidungspraxis der Kommission zu nicht koordinierten Effekten prägt. Das EuG lehnt es allerdings entschieden ab, die Entscheidungspraxis der Kommission zum Maßstab seiner eigenen gerichtlichen Kontrolle zu machen.<sup>45</sup> Auch wenn Leitlinien der Kommission durchaus nützliche Orientierungspunkte darstellten, so seien sie letztlich nur eine Beschreibung dessen, wie die Kommission als Verwaltungsbehörde die maßgeblichen Regelungen, insbesondere unter *ökonomischen* Aspekten, anwende. Das Gericht scheint dabei durchaus einen Gegensatz zwischen diesen ökonomischen Aspekten und den rechtlichen Maßstäben zu sehen. Es wendet sich letztlich gegen Versuche, unter Berufung auf das ökonomisch Richtige in diskretionären Entscheidungen die „rule of law“ zu modifizieren oder selbstgewählte Konzepte an die Stelle gesetzlicher Regelungen zu setzen. Letztlich ist dies eine Frage der Maßstäbe. Dem vom EuG betonten Vorrang rechtlicher Maßstäbe kann deshalb auch nicht wirklich entgegen gehalten werden, der EuG lasse die hinter nichtkoordinierten Effekten liegende ökonomische Theorie in Teilen außer Acht.<sup>46</sup>

## V. Beweismaßstab für die Untersagung

Das EuG sieht sein Urteil im Fall CK Telecoms als Grundsatzentscheidung. Dafür spricht schon das den eigentlichen Gründen vorangestellte Bekenntnis zu den Aufgaben des Gerichts und der damit verbundenen Kontrolldichte bei Wettbewerbssachen.<sup>47</sup> Es überrascht daher nicht, dass das Urteil ausdrücklich Stellung zum Beweismaßstab für Untersagungsentscheidungen im Bereich der Fusionskontrolle nimmt. Voraussetzung einer Untersagung sei eine ernsthafte Wahrscheinlichkeit<sup>48</sup> (*strong probability*<sup>49</sup>) für den Eintritt einer wesentlichen Beeinträchtigung wirksamen

---

<sup>45</sup> EuG, Urt. v. 28.5.2020, Rs. T-399/16, ECLI:EU:T:2020:217, Rn. 100 – *CK Telecoms UK Investments Ltd / Kommission*.

<sup>46</sup> So der Vorwurf von *Göhsel/Rottmann*, Nichtkoordinierte Effekte in der Europäischen Zusammenschlusskontrolle im Lichte der „CK Telecoms“-Entscheidung des Europäischen Gerichts, ZWeR 2020, 493, 521.

<sup>47</sup> EuG, Urt. v. 28.5.2020, Rs. T-399/16, ECLI:EU:T:2020:217, Rn. 72 ff. – *CK Telecoms UK Investments Ltd / Kommission*.

<sup>48</sup> Die im Hinblick auf Beweismaßstäbe ungebrauchliche Formulierung geht erkennbar auf die „probabilité sérieuse“ in der französischen Urteilsfassung zurück, EuG, Urt. v. 28.5.2020, Rs. T-399/16, ECLI:EU:T:2020:217, Rn. 118 – *CK Telecoms UK Investments Ltd / Kommission*.

<sup>49</sup> Der Begriff in der (englischen) Verfahrenssprache des Rechtsstreits dürfte sich durchsetzen.

Wettbewerbs. Dabei verwirft das Gericht ausdrücklich den von der Kommission verteidigten Maßstab einer nur überwiegenden Wahrscheinlichkeit („eher wahrscheinlich als unwahrscheinlich“).<sup>50</sup> Die Kommission hatte sich dabei auf Ausführungen von Generalanwältin *Kokott* im Verfahren *Bertelsmann u. Sony/Impala* gestützt, wonach es ausreiche, wenn die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung wahrscheinlicher sei als deren Ausbleiben.<sup>51</sup> Fordere man den Eintritt der Wirkungen als sehr wahrscheinlich oder besonders wahrscheinlich, müsse die Kommission, so *Kokott*, sehenden Auges wettbewerbsschädliche Zusammenschlüsse genehmigen.

Wenig überraschend entzündete sich an der Frage des Beweismaßstabs besonders rasch Kritik an der Entscheidung des EuG. Der Maßstab sei deutlich zu hoch, kritisierte der frühere Chief Economist Massimo Motta.<sup>52</sup> In ihrem Rechtsmittel zum EuGH wirft die Kommission dem Urteil vor, der Maßstab der starken Wahrscheinlichkeit sei strenger als der sich aus der Rechtsprechung und der Fusionskontrollverordnung ergebenden Maßstab, wonach die Kommission ihre Untersagung auf den Eintritt der Wirkungen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit stützen könne.

Bemerkenswert ist auch, dass das EuG einen deutlichen Zusammenhang zwischen den Beweisanforderungen und den von der Kommission bemühten Schadenstheorien herstellt. Je zukunftsgerichteter, komplexer oder unsicherer die angewandte Schadenstheorie, desto höher müssten die Anforderungen der Unionsgerichte bei der Überprüfung der Kommissionsentscheidung sein.<sup>53</sup> In jedem Fall erforderlich seien hinreichend realistische und plausible Szenarien, theoretisch denkbare Szenarien reichten nicht aus.<sup>54</sup>

## VI. Konsequenzen des Urteils

Die unmittelbaren Konsequenzen des Urteils für die Entscheidungspraxis der Kommission dürften sich in Grenzen halten. Die Kommission hat selbstverständlich Rechtsmittel gegen die Aufhebung der Untersagungsentscheidung eingelegt. Sie wirft dem Gericht nicht weniger vor, als dass das Urteil den Zweck der Reform von 2004 untergrabe und die Grenzen der gerichtlichen Kontrolle überschreite.<sup>55</sup> Die Kommission wird darauf setzen, ein ihr günstiges Urteil des Gerichtshofs herbeizuführen. In der Zwischenzeit ist allenfalls damit zu rechnen, dass die Kommission im Falle unilateraler Effekte intensiver prüft und versucht, weniger Angriffsflächen für Kritik als im Fall *CK Telecoms* zu bieten. Dagegen kann nicht erwartet werden, dass die Kommission sich grundsätzlich positiver gegenüber 4:3-Zusammenschlüssen, noch dazu im Bereich der Mobiltelefondienste, positionieren wird. Ebenso wenig ist davon auszugehen, dass die Kommission ihren bisherigen Begründungsansatz zur Auslegung des SIEC-Kriteriums verlassen wird, ohne dass der EuGH dies faktisch erzwingt.

---

<sup>50</sup> EuG, Urt. v. 28.5.2020, Rs. T-399/16, ECLI:EU:T:2020:217, Rn. 118 – *CK Telecoms UK Investments Ltd / Kommission*.

<sup>51</sup> *GA Kokott*, Schlussanträge v. 13.12.2007, Rs. C-413/06 P, ECLI:EU:C:2007:790, Rn. 209-211 – *Bertelsmann und Sony Corporation of America / Impala*.

<sup>52</sup> *Massimo Motta*, Hutchinson ruling risks making merger control too exacting, 4.6.2020, zitiert nach MLex.

<sup>53</sup> EuG, Urt. v. 28.5.2020, Rs. T-399/16, ECLI:EU:T:2020:217, Rn. 111 – *CK Telecoms UK Investments Ltd / Kommission*.

<sup>54</sup> EuG, Urt. v. 28.5.2020, Rs. T-399/16, ECLI:EU:T:2020:217, Rn. 332 – *CK Telecoms UK Investments Ltd / Kommission*.

<sup>55</sup> Beim EuGH anhängige Rs. C-376/20 P, Rechtsmittel eingelegt am 7. August 2020, Rechtsmittelgründe und wesentliche Argumente.

Die Konsequenzen für die deutsche Fusionskontrollpraxis sind weitaus schwieriger zu ermessen. Im Ausgangspunkt teilt das deutsche Fusionskontrollrecht das Untersagungskriterium mit der europäischen Fusionskontrolle. Der Wunsch nach einer kohärenten oder gar einheitlichen Auslegung dieses Kriteriums ist nicht zu übersehen. Dennoch fehlt dem deutschen Recht der für die Argumentation des Europäischen Gerichts entscheidende Erwägungsgrund 25 der Fusionskontrollverordnung. Die Anwendung des SIEC-Kriteriums wird in Deutschland auch in den Gesetzesmaterialien nicht auf die sog. „gap cases“ reduziert. Vielmehr wird dort umgekehrt der Eindruck eines universell geeigneten Maßstabs erweckt, mit dem sich in allen Fallgestaltungen sachgerechte Ergebnisse erzielen lassen.<sup>56</sup> Allerdings fehlt auch in Deutschland bislang Rechtsprechung zur Auslegung des SIEC-Tests gerade im Verhältnis zum Marktbeherrschungstest. Es ist unverkennbar, dass gerade das OLG Düsseldorf dem SIEC-Test mit erheblicher Zurückhaltung begegnet. Dem dortigen 1. Kartellsenat ist es bislang noch immer gelungen, Untersagungsfälle allein auf der Basis des Marktbeherrschungskriteriums zu lösen. Eine Auseinandersetzung mit möglicherweise weiterreichenden Untersagungsmöglichkeiten auf der Basis des SIEC-Tests wurde geradezu sorgsam vermieden. Paradebeispiel ist das Urteil zur Untersagungsentscheidung im Fall Edeka/Tengelmann. Dort hatte das Bundeskartellamt die Untersagung vorrangig mit dem Wegfall eines nahen Wettbewerbers begründet.<sup>57</sup> Das OLG Düsseldorf konnte die Untersagungsentscheidung aufrechterhalten, weil zumindest in einzelnen Regionalmärkten auch die Verstärkung einer bestehenden marktbeherrschenden Stellung von Edeka bejaht werden konnte.<sup>58</sup> Damit wurde das Regelbeispiel als erfüllt angesehen. Eine Auseinandersetzung mit den Untersagungs Voraussetzungen unterhalb von Marktbeherrschung war damit nicht mehr erforderlich und unterblieb.

Das Bundeskartellamt dürfte durchaus mit gewisser Sorge auf die Auslegung des Untersagungskriteriums durch das EuG im Fall CK Telecoms blicken. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die dort formulierte Schwelle zum Nachweis der Untersagungs Voraussetzungen. Die von EuG geforderte „strong probability“ geht wahrscheinlich über die „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ hinaus, die jedenfalls dem Bundeskartellamt für die Bejahung der Untersagungs Voraussetzungen ausreicht.

Auch für Deutschland hat das CK Telecoms-Urteil schlaglichtartig deutlich gemacht, dass zentrale Fragen für die Untersagungspraxis des Bundeskartellamts letztlich bis heute nicht gerichtlich geklärt sind. In Deutschland hat das Bundeskartellamt in der Praxis die Spielräume des SIEC-Kriteriums ebenfalls im Sinne eines stärker ökonomisch orientierten Verständnisses genutzt. Spätestens im Falle einer Bestätigung der CK Telecoms-Entscheidung durch den EuGH wird sich die Frage stellen, inwieweit dies mit den gesetzlichen Maßstäben vereinbar war. Wieder einmal wird es um die Rolle normativer Setzungen durch den Gesetzgeber einerseits und ökonomischer Konzepte andererseits gehen.

---

<sup>56</sup> Die Begründung zum Regierungsentwurf einer 8. GWB-Novelle behauptete: „Das Untersagungskriterium der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs ermöglicht eine zweifelsfreie, flexible und damit optimale Erfassung aller potentiell wettbewerblich kritischen Fälle“, BT-Dr. 17/9852, 28.

<sup>57</sup> Bundeskartellamt, Beschl. v. 31.3.2015 – B2-96/14, Rn. 258: „Die Prüfung der wettbewerblichen Nähe ist vorliegend von zentraler Bedeutung“.

<sup>58</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 23.8.2017 – VI-Kart 5/16 (V) – *Fusionsuntersagung EDEKA/Tengelmann*, NZKart 2017, 542.