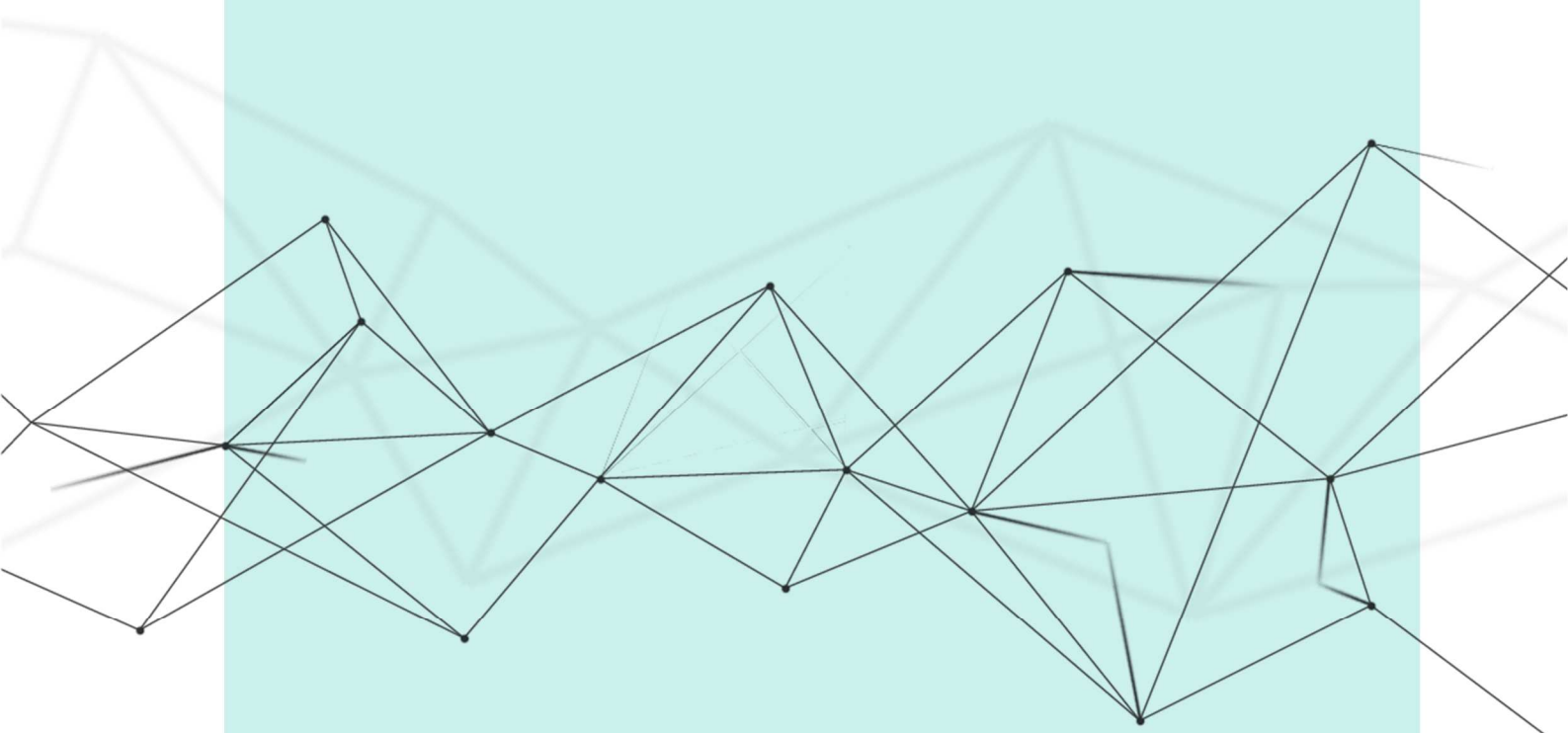




Studie | Februar 2020

Juristisch-ökonomisches Gutachten zum Einfluss des SIEC-Tests auf die Fusionspraxis der Wettbewerbsbehörden





Grundlagen für die
Wirtschaftspolitik

In der Publikationsreihe «Grundlagen für die Wirtschaftspolitik» veröffentlicht das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO Studien und Arbeitspapiere, welche wirtschaftspolitische Fragen im weiteren Sinne erörtern.

Herausgeber

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Holzikofenweg 36, 3003 Bern
Tel. +41 58 469 60 22
wp-sekretariat@seco.admin.ch
www.seco.admin.ch

Online

www.seco.admin.ch/studien

Autoren

Dr. Stephan Vaterlaus, Dr. Yves Schneider,
Patrick Zenhäusern, Dr. Beatrice Mäder
Polynomics AG
Baslerstrasse 44, 4600 Olten

Prof. Dr. Philipp E. Zurkinden
Prager Dreifuss AG
Schweizerhof-Passage 7, 3001 Bern

Zitierweise

Stephan Vaterlaus, Philipp E. Zurkinden, Yves Schneider, Patrick Zenhäusern und Beatrice Mäder (2020): «Juristisch-ökonomisches Gutachten zum Einfluss des SIEC-Tests auf die Fusionspraxis der Wettbewerbsbehörden». Grundlagen für die Wirtschaftspolitik Nr. 7. Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Bern.

Anmerkungen

Studie im Auftrag des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO.

Der vorliegende Text gibt die Auffassung der Autoren wieder. Diese muss nicht notwendigerweise mit derjenigen des Auftraggebers übereinstimmen.

Juristisch-ökonomisches Gutachten zum Einfluss des SIEC-Tests auf die Fusionspraxis der Wettbewerbsbehörden

Zusammenfassung

Mit dem von der Europäischen Kommission und meistens in EU-Mitgliedstaaten eingesetzten «Significant impediment to effective competition»-Test (SIEC-Test) kann eine Fusion bei einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung untersagt werden. Der SIEC-Test erlaubt es auch, unilaterale Effekte unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle (z.B. Preiserhöhungen im Nachgang zu einer Fusion) bei der kartellrechtlichen Prüfung zu berücksichtigen.

Vorliegend werden wettbewerbspolitisch umstrittene Fusionsvorhaben in vier Branchen (Gross- und Detailhandel, Telekom- und Mediensektor) untersucht. Es interessiert die Frage, inwieweit Fusionen in der Schweiz unter dem SIEC-Test anders beurteilt würden. Dabei wird jeweils ein Schweizer Fall mit einem entsprechenden Fusionsfall aus der EU verglichen. Aufgrund der fallspezifischen Marktgegebenheiten ist jedoch keine direkte Übertragbarkeit möglich.

Während die WEKO bei der Grosshandel-Übernahme Steffen-Ris durch Fenaco (2008) eine qualifizierte Einzelmarktbeherrschung und bei der Detailhandel-Übernahme Denner durch Migros (2007) v.a. die Frage der qualifizierten kollektiven Marktbeherrschung untersuchte, analysierte die Europäische Kommission bei der Übernahme von Dole Food durch Total Produce (2018) und das Bundeskartellamt bei derjenigen von Kaiser's Tengelmann durch Edeka (2015) v.a. unilaterale Effekte. In Anbetracht dieser EU-Fälle dürfte die WEKO mit dem SIEC-Test das Marktverhalten mit grosser Wahrscheinlichkeit vertiefter untersuchen und hätte womöglich beide Übernahmen infolge des Schädigungspotenzials untersagt.

Die WEKO untersagte die 3-zu-2-Mobilfunkfusion Orange und Sunrise (2010) wegen kollektiver Marktbeherrschung. Aufgrund der Analyse unilateraler Effekte bewilligte dagegen die Europäische Kommission die 4-zu-3-Mobilfunkfusion, die Übernahme von Orange Austria durch Hutchison 3G Austria (2012). Das Schweizer Vorhaben wäre wohl auch mit dem SIEC-Test untersagt worden oder aufgrund der Eingriffsmöglichkeit unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle gar nicht angestrebt worden.

Der Medienfall, der Einstieg der Berner Zeitung AG bei 20 Minuten (2004), mündete wegen Einzelmarktbeherrschung in einem Verbot, das jedoch die REKO WEF aufgehoben hat. Unter dem SIEC-Test hätte die WEKO wie die irische Behörde bei der Prüfung des Zusammenschlusses «Metro» und «Herald AM» (2009) die Fusion wohl ebenfalls unter Auflagen zugelassen.

Wir zeigen auf, dass der SIEC-Test gut geeignet ist, wettbewerbsschädliche Fusionen zu untersagen. Die Fusionskontrolle könnte mit derjenigen in der EU harmonisiert werden. Die WEKO würde stärker von den Erfahrungen der EU-Wettbewerbsbehörden profitieren. Widersprüchliche Entscheide könnten vermieden werden.

Avis juridique et économique concernant l'influence du test SIEC sur la pratique des autorités de la concurrence en matière de concentrations

Résumé

Le test «Significant impediment to effective competition» (test SIEC) utilisé par la Commission européenne et principalement par les États membres de l'UE permet d'interdire des concentrations d'entreprises en présence d'une restriction notable à la concurrence. Le test SIEC permet aussi de tenir compte des effets unilatéraux se produisant en dessous du seuil de la position dominante (p. ex. augmentations tarifaires suite à une fusion) lors de l'examen en droit des cartels.

Le présent document examine des projets de fusion contestés sur le plan de la politique de la concurrence dans quatre branches (commerce de gros et de détail, secteur des télécommunications et des médias). L'objectif consiste notamment à se demander dans quelle mesure ces fusions feraient l'objet d'une évaluation différente en Suisse si elles étaient soumises au test SIEC. Dans ce cadre, un cas suisse est à chaque fois comparé à un cas de fusion comparable de l'UE. En raison des conditions spécifiques de chaque marché, une transposition directe n'est toutefois pas possible.

Alors que la COMCO se penchait notamment sur la question de la position dominante individuelle qualifiée concernant la reprise du commerce de gros Steffen-Ris par Fenaco (2008) ainsi que sur la position dominante collective qualifiée pour la reprise du commerce de détail Denner par Migros (2007), la Commission européenne analysait, elle, les effets unilatéraux liés à la reprise de Dole Food par Total Produce (2018) et l'Office fédéral de lutte contre les cartels étudiait les mêmes effets unilatéraux pour la reprise de Kaiser's Tengelmann par Edeka (2015). En procédant comme c'est la règle en UE, la COMCO pourrait très probablement approfondir son analyse du comportement sur le marché à l'aide du test SIEC et aurait peut-être interdit les deux reprises à cause du préjudice potentiel qu'elles représentaient.

La COMCO a interdit la concentration de 3 à 2 opérateurs mobiles entre Orange et Sunrise (2010) en raison d'une position dominante collective sur le marché. Sur la base de l'analyse des effets unilatéraux, la Commission européenne a en revanche accepté la fusion de 4 à 3 opérateurs mobiles, à savoir la reprise d'Orange Austria par Hutchison 3G Austria (2012). Dans ce cas, le projet suisse aurait probablement aussi été interdit s'il avait passé le test SIEC ou n'aurait même pas vu le jour en raison de la possibilité d'intervention sous le seuil lié à la position dominante.

Concernant le cas des médias, la fusion de la Berner Zeitung AG avec 20 Minutes (2004), a abouti à une interdiction en raison d'une position dominante individuelle. Cette dernière a toutefois été levée par la Commission de recours REKO WEF. Si le cas avait été soumis au test SIEC, la COMCO aurait probablement autorisé la concentration sous conditions, comme cela a été décidé par l'autorité irlandaise dans le cas de fusion «Metro» et le «Herald AM» (2009).

Nous démontrons que le test SIEC est un test adapté à l'interdiction des concentrations nuisibles à la concurrence. Le contrôle des fusions pourrait être harmonisé avec celui applicable en UE. La COMCO profiterait ainsi mieux des expériences des autorités de concurrence de l'UE et une telle démarche éviterait la prise de décisions contradictoires.

Parere giuridico-economico sull'influenza del test SIEC sulla pratica di fusione delle autorità garanti della concorrenza

Riassunto

Il test SIEC «Significant impediment to effective competition», adottato dalla Commissione europea e dalla maggior parte degli Stati membri dell'UE, consente di impedire una fusione che ostacola in maniera significativa la concorrenza effettiva. Il test SIEC consente inoltre di tenere conto degli effetti unilaterali anticoncorrenziali al di sotto della soglia di predominio sul mercato (come ad esempio aumenti di prezzi in seguito a una fusione) durante la verifica in materia di diritto dei cartelli.

Nello studio vengono analizzati progetti di fusione controversi in termini di politica della concorrenza in quattro settori (commercio al dettaglio e all'ingrosso, telecomunicazioni e media) per rispondere a questa domanda: le fusioni in Svizzera sarebbero valutate diversamente in base al test SIEC? Per ciascun settore un caso svizzero è stato confrontato con un caso simile nell'UE. Tuttavia, a causa delle specifiche condizioni di mercato di ciascun caso, è praticamente impossibile trasporli in tutto e per tutto.

Quando la Fenaco (2008) ha rilevato il grossista Steffen-Ris, la COMCO ha analizzato in modo approfondito il sussistere di una possibile posizione individuale dominante; quando invece la Migros ha rilevato Denner (2007) la COMCO si è concentrata sulla posizione collettiva dominante sul mercato. Per contro, la Commissione europea (nel caso dell'acquisizione di Dole Food da parte di Total Produce, 2018) e il Bundeskartellamt tedesco (nel caso dell'acquisizione di Kaiser's Tengelmann da parte di Edeka, 2015), hanno tenuto conto soprattutto degli effetti unilaterali. Alla luce di questi casi UE, la COMCO, adottando il test SIEC, avrebbe dovuto verosimilmente analizzare in modo più approfondito il comportamento sul mercato delle aziende svizzere e, considerato il potenziale pregiudizio, vietare entrambe le fusioni.

Nel 2010 la COMCO ha proibito la fusione da tre a due degli operatori di telefonia mobile Orange e Sunrise perché avrebbe dato adito a una posizione dominante collettiva. Dal canto suo la Commissione europea, analizzando gli effetti unilaterali, ha invece autorizzato la fusione da quattro a tre degli operatori di telefonia mobile, ossia il rilevamento di Orange Austria da parte di Hutchison 3G Austria (2012). Il progetto di fusione svizzero sarebbe stato vietato anche in base al test SIEC oppure, viste le possibilità di intervento al di sotto della soglia di predominio sul mercato, non sarebbe nemmeno stato avviato.

Per quanto riguarda i media, la partecipazione di Berner Zeitung AG a 20 Minuten (2004) si è conclusa con un divieto a causa della posizione individuale dominante sul mercato, divieto peraltro revocato dalla Commissione di ricorso in materia di concorrenza (REKO/WEF). In base al test SIEC la COMCO, per analogia alle autorità irlandesi che hanno verificato la fusione tra «Metro» ed «Herald AM» (2009), avrebbe in ogni caso rilasciato l'autorizzazione, seppur vincolata a condizioni.

È dunque lecito affermare che il test SIEC è adeguato per vietare fusioni che impediscono la concorrenza. I controlli sulle fusioni potrebbero essere armonizzati con quelli dell'UE. Così facendo, la COMCO apprieterrebbe maggiormente dell'esperienza accumulata dalle autorità antitrust dell'UE, evitando così decisioni contraddittorie.

Legal and economic opinion on the influence of the SIEC test on the merger practice of the competition authorities

Summary

With the «Significant impediment to effective competition» test (SIEC Test) which is implemented by the European Commission and by EU member states in general, a merger can be blocked if there is a significant restriction to competition. The SIEC Test also allows unilateral effects below the market dominance threshold (e.g. price increases following a merger) to be taken into account in anti-trust checks.

At present, proposed mergers that are contested from a competition-policy perspective are investigated in four industries (wholesalers and retailers, telecommunications and media sectors). The question of the extent to which mergers in Switzerland would be assessed differently under the SIEC Test is of interest. In this regard, a Swiss case is compared with a corresponding merger case from the EU. However, due to case-specific market conditions, no direct transferability is possible.

While the WEKO [Competition Commission] investigated a qualified individual dominant position during the wholesaler takeover of Steffen-Ris by Fenaco (2008) and the issue of qualified collective market dominance during the retailer takeover of Denner by Migros (2007), unilateral effects were the focus of analyses by the European Commission during the takeover of Dole Food by Total Produce (2018) and by the Federal Cartel Office during the takeover of Kaiser's Tengelmann by Edeka (2015). In view of these EU cases, under the SIEC test, the WEKO could have in all likelihood investigated the market behaviour in more depth and, if possible, could have prevented both takeovers as a consequence of their damage potential.

The WEKO blocked the 3-to-2 merger of mobile communications providers Orange and Sunrise (2010) due to collective market dominance. Based on an analysis of unilateral effects, the European Commission in contrast approved the 4-to-3 merger of mobile communications providers, the takeover of Orange Austria by Hutchison 3G Austria (2012). The Swiss project would have probably also been blocked under the SIEC test, or would not have even been pursued below the market dominance threshold due to the possibility of intervention.

The media case, when the Berner Zeitung AG got on board with 20 Minutes (2004), ended in a block due to individual market dominance, however, this was revoked by the REKO WEF [Appeals Commission]. Under the SIEC Test, the WEKO would have probably also permitted the merger with conditions as seen in the actions of the Irish authorities when investigating the merger between «Metro» and «Herald AM» (2009).

We are demonstrating that the SIEC test is particularly suitable for blocking mergers that are harmful to competition. The merger control could be harmonised with those in the EU. The WEKO would benefit more from the experiences of the EU competition authorities. Contradictory decisions could be avoided.

Inhalt

Das Wichtigste in Kürze	
L'essentiel en bref.....	
Sintesi	
The key issues at a glance	
1 Studienhintergrund und Fragestellungen.....	1
2 Internationale Prüftests bei Unternehmenszusammenschlüssen.....	2
2.1 Zentrale ökonomische Konzepte	2
2.2 Strukturorientierte Prüftests.....	5
2.2.1 Marktbeherrschungs- oder Dominanztest.....	5
2.2.2 Qualifizierter Marktbeherrschungstest in der Schweiz.....	6
2.3 Wirkungsorientierte Prüftests	7
2.3.1 «Substantial lessening of competition»-Test (SLC-Test).....	7
2.3.2 «Significant Impediment to Effective Competition»-Test (SIEC-Test)	8
2.4 Struktur- und wirkungsorientierte Prüftests im Vergleich.....	9
3 Marktbeherrschungs- und SIEC-Test im Einzelfallvergleich	11
3.1 Vorgehen zur Bestimmung der Vergleichsfälle	11
3.2 Fallvergleichsanalyse.....	11
3.2.1 Unternehmenszusammenschlüsse im Grosshandel	11
3.2.2 Unternehmenszusammenschlüsse im Detailhandel	14
3.2.3 Unternehmenszusammenschlüsse in der Telekommunikation	17
3.2.4 Unternehmenszusammenschlüsse im Mediensektor	20
4 Erkenntnisse aus der Fallvergleichsanalyse	23
4.1 Auswirkungen unterschiedlicher Prüfkriterien bei der Fusionskontrolle	23
4.2 Einschätzung zu den «Lücken» zwischen den unterschiedlichen Tests	24
4.3 Internationale Verfahrenskohärenz mit dem SIEC-Test.....	25
4.4 Generalfazit und Empfehlung.....	26
5 Verzeichnisse	27
5.1 Literatur	27
5.2 Abbildungen	30
5.3 Tabellen	30

Anhang zur Fallvergleichsanalyse	A.1-i
A.1 Zusammenschlusspraxis im Grosshandel	A.1-i
A.1.1 Fallbeschreibungen	A.1-i
A.1.2 Vorgehensvergleich	A.1-ii
A.1.3 Fazit zum Fallvergleich	A.1-xiii
A.2 Zusammenschlusspraxis im Detailhandel	A.2-i
A.2.1 Fallbeschreibungen	A.2-i
A.2.2 Vorgehensvergleich	A.2-ii
A.2.3 Fazit zum Fallvergleich	A.2-xiv
A.3 Zusammenschlusspraxis in der Telekommunikation	A.3-i
A.3.1 Fallbeschreibungen	A.3-i
A.3.2 Vorgehensvergleich	A.3-iii
A.3.3 Fazit zum Fallvergleich	A.3-xi
A.4 Zusammenschlusspraxis im Medienbereich	A.4-i
A.4.1 Fallbeschreibungen	A.4-i
A.4.2 Vorgehensvergleich	A.4-iii
A.4.3 Fazit zum Fallvergleich	A.4-ix

Abkürzungen

Abs.	Absatz
Art.	Artikel
BFS	Bundesamt für Statistik
BKA	Bundeskartellamt (Deutschland)
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
BWB	Bundeswettbewerbsbehörde (Österreich)
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heisst
DoJ	Department of Justice
CSDP	Creation or Strengthening of Dominant Position
EU	Europäische Union
EuGH	Europäische Gerichtshof
et al.	et alteri
etc.	et cetera
EWK	Europäischer Wirtschaftsraum
FKVO	EG-Fusionskontrollverordnung
FTC	Federal Trade Commission
ggf.	gegebenenfalls
GUPPI	Gross Upward Pricing Pressure Index
HHI	Herfindahl-Hirschman-Index
i. V. m.	in Verbindung mit
KG	Kartellgesetz
lit.	litera
MVNO	Mobile Virtual Network Operator
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
WEKO WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs
SIEC	Significant Impediment to Effective Competition
SLC	Significant Lessening of Competition
SSNIP	Small but Significant and Non-transitory Increase of Price
vgl.	vergleiche
VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
UPP	Upward Pressure on Price
WEKO	Wettbewerbskommission
z.B.	zum Beispiel

1 Studienhintergrund und Fragestellungen

Im Rahmen der 2014 gescheiterten Revision des Kartellgesetzes (KG) gab es einige wenig umstrittene Themen wie zum Beispiel die Modernisierung der Fusionskontrolle oder die Ausdehnung der zivilrechtlichen Klagemöglichkeiten auf Konsumenten. Inzwischen steht eine weitere Teilrevision des KG bevor, in der die Revision der Fusionskontrolle nochmals neu zur Debatte gestellt werden soll. Es geht dabei um die Kernfrage, den von der Wettbewerbskommission (WEKO) im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle zur Anwendung gelangenden qualifizierten Marktbeherrschungstest durch den in der EU üblicherweise eingesetzten «Significant impediment to effective competition»-Test (SIEC-Test) abzulösen.

Im Auftrag des SECO wurden bereits die ökonomischen Auswirkungen eines Systemwechsels zum SIEC-Test, also zu einer Wirkungskontrolle, sowie weitere Anpassungen etwa bei Aufgreifkriterien und Prüffristen untersucht (Jaag, Rutz, & Jacober, 2017). Die Studie spricht sich im Ergebnis für eine Einführung des SIEC-Tests aus. Damit könne infolge einer leicht höheren Interventionsrate in der Fusionskontrolle Konzentrationstendenzen besser entgegengetreten werden. Es würden mehr Untersagungen und/oder Zulassungen mit Auflagen folgen, weil bereits eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs für ein Eingreifen genügen und eine marktbeherrschende Stellung nicht mehr vorausgesetzt würde, aber auch die Effizienzeinrede für fusionierende Unternehmen zugelassen wäre. Unilaterale Effekte unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle (z.B. Preiserhöhungen im Nachgang zu einer Fusion) könnten verhindert werden.

Vorliegend wird nun spezifisch untersucht, wie sich anhand der Fallpraxis in der EU die Prüfung eines Unternehmenszusammenschlusses in der Schweiz ändern dürfte, wenn anstelle des Marktbeherrschungstests der SIEC-Test angewendet würde. In dieser Absicht wird spezifisch thematisiert,

- welche **internationalen Prüftests bei der Fusionskontrolle Anwendung finden** und wie sich allen voran der SIEC-Test vom in der Schweiz angewendeten qualifizierten Marktbeherrschungstest unterscheidet;
- wie sich anhand einer **Fallvergleichsanalyse**
 - die **Schwerpunkte bei der Fusionsprüfung** der ausländischen Behörde von denjenigen der WEKO **aufgrund des unterschiedlichen Prüftests unterscheiden**;
 - die Schlüsse der Behörden auf das unterschiedliche Marktumfeld oder aber in der Tat auf die unterschiedlichen Prüftests zurückzuführen sind;
 - wie der SIEC-Test und insbesondere die Effizienzeinrede die bisherige Prüfpraxis einer Fusion der WEKO und deren Entscheidungsfindung verändern könnte;
- inwieweit bei Beibehaltung des qualifizierten Marktbeherrschungstests die Gefahr von widersprüchlichen Verfahren zwischen der Schweiz und der EU besteht.

Kapitel 2 enthält einen Überblick zu den international zur Anwendung gelangenden Prüftests bei Unternehmenszusammenschlüssen. Kapitel 3 zeigt anhand des Einzelfallvergleichs in unterschiedlichen Branchen auf, wie Fusionen unter dem qualifizierten Marktbeherrschungstest in der Schweiz und unter dem SIEC-Test in der EU beurteilt werden. Das Gesamtfazit zur Studie findet sich in Kapitel 4. Wichtig zu sehen ist, dass die Ergebnisse der Untersuchung keine direkte Übertragbarkeit der Entscheide der miteinander verglichenen Fusionsfälle aus der EU und der Schweiz

zulassen. Es handelt sich insofern nicht um eine «Handlungsanleitung» für die Fusionsfälle in der Schweiz, wenn zur Beurteilung der WEKO der SIEC-Test gegolten hätte.

2 Internationale Prüftests bei Unternehmenszusammenschlüssen

Wettbewerbsbehörden stützen sich bei der Beurteilung wettbewerbswidriger Auswirkungen von Unternehmenszusammenschlüssen entweder auf **strukturorientierte oder auf wirkungsorientierte Prüftests**. Der strukturelle Ansatz und der Wirkungsansatz zur Beurteilung von Marktmacht manifestieren sich in den unterschiedlichen Positionen von Juristen und Ökonomen der Harvard-Universität und der Universität von Chicago in den 1950er Jahren (Posner, 1979). Harvard betonte die Bedeutung der Marktkonzentration (struktureller Ansatz) und Chicago die Bedeutung der Wirkung von Zusammenschlüssen und Geschäftspraktiken (Wirkungsansatz), wobei sich die beiden Positionen im Zeitpfad annäherten und sich die Debatte auf technische und weniger auf ideologische Differenzen verlagerte.

Die den beiden Tests zugrundeliegenden ökonomischen Konzepte werden zum besseren Verständnis im Folgenden erläutert.

2.1 Zentrale ökonomische Konzepte

Im Wettbewerb ist jeder einzelne Anbieter Preisnehmer bzw. Mengenanpasser. Dagegen ist im Falle des Monopols das höchste Ausmass an Marktmacht erreicht, weil der gewinnmaximierende Preis bei nur einem Anbieter am höchsten ist. Zentrale ökonomische Konzepte sind im Rahmen der strukturorientierten Prüftests die Marktmacht sowie die Marktbeherrschung. Im Rahmen der wirkungsorientierten Prüftests sind weitere zentrale ökonomische Konzepte wie unilaterale Effekte, koordinierte Effekte oder die Effizienzeinrede von Bedeutung.

Marktmacht

Marktmacht wird als die **Fähigkeit eines Unternehmens** oder einer Gruppe von Unternehmen bezeichnet, die **Preise** über den Kosten der letzten am Markt absetzbaren Produkteinheit (Grenzkosten) festlegen zu können, also **über das Wettbewerbsniveau anzuheben**, ohne so viel Verkaufsumsatz so schnell zu verlieren, dass die Preiserhöhung unrentabel wird und aufgehoben werden muss (Landes & Posner, 1981, S. 937).

Erhöhte Marktmacht bezeichnet gemäss der Europäischen Kommission (2004, Rz. 8) «die Fähigkeit eines oder mehrerer Unternehmen, Gewinn bringend ihre Preise zu erhöhen, den Absatz, die Auswahl oder Qualität der Waren oder Dienstleistungen zu verringern, die Innovation einzuschränken oder die Wettbewerbsparameter auf andere Weise zu beeinflussen». In Anlehnung an das Bundeskartellamt (2012, Rz. 5) eröffnet Marktmacht «einem Unternehmen Verhaltensspielräume gegenüber Wettbewerbern, Abnehmern oder Zulieferern, die das Marktergebnis negativ beeinflussen können: Sie kann zu überhöhten Preisen, verminderter Menge, Qualität und Vielfalt sowie zu geringerer Innovationsdynamik führen».

Marktbeherrschung

Von «Marktbeherrschung» wird ausgegangen, **wenn die Marktmacht** eines einzelnen (Einzelmarktbeherrschung) oder einiger weniger Unternehmen gemeinsam (kollektive Marktbeherrschung) **eine kritische Schwelle übersteigt** (Bundeskartellamt, 2012, Rz. 8). Auch hinter dem Rechtsbegriff Marktbeherrschung «verbirgt sich letztlich das ökonomische Konzept der Marktmacht.» (Knieps, 2005, S. 145).

Unter **Einzelmarktbeherrschung** wird in der wettbewerbsrechtlichen Praxis verstanden, dass die wirtschaftliche Machtstellung ein Unternehmen in die Lage versetzt, den wirksamen Wettbewerb auf dem relevanten Markt zu verhindern. Diese Machtstellung verschafft ihm die Möglichkeit, «sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und letztlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten» (EuGH, 1979). Das Unternehmen ist so in der Lage, die Bedingungen des Wettbewerbs zu bestimmen oder merklich zu beeinflussen. Im Rahmen der Fusionskontrolle ist zu untersuchen, welchen Grad an Marktmacht bzw. marktbeherrschender Stellung vor dem Zusammenschluss vorliegt und inwieweit durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung (neu) entsteht oder (weiter) verstärkt wird (Bundeskartellamt, 2012, Rz. 11).

Bei **kollektiver (oder oligopolistischer) Marktbeherrschung** koordinieren sich die Wettbewerber im ökonomischen Sinne, so dass im Markt niemand zu Wettbewerb gezwungen wird. Zwischen den wenigen Unternehmen am Markt ist kein wesentlicher Wettbewerb zu erkennen, obwohl an sich ein erhebliches Potential für Wettbewerb bestünde. Dieses stillschweigende Parallelverhalten entspricht einer impliziten Koordinierung («tacit coordination» resp. «tacit collusion»)¹. Ein Zusammenschluss kann im relevanten Markt Anreize schaffen bzw. vorhandenes Parallelverhalten stabilisieren oder verstärken (Bundeskartellamt, 2012, Rz. 81). Die Feststellung kollektiver Marktbeherrschung ist anspruchsvoll, insofern dies eine umfassende Analyse der tatsächlichen Verhältnisse auf einem bestimmten Markt voraussetzt.

Nicht koordinierte bzw. unilaterale Effekte

Unilaterale Effekte resultieren als Reaktion auf die Reduktion der Anzahl Wettbewerber (Europäische Kommission, 2004, Rz. 24). Unilaterale Effekte sind auch unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle möglich. Ein Zusammenschluss von zwei konkurrierenden Unternehmen beseitigt die bisherige Rivalität zwischen ihnen und stärkt durch den unterbundenen Wettbewerb die Marktmacht des fusionierten Unternehmens (Competition Commission & Office of Fair Trading, 2010, Abschnitt 4.1.5).

Die bisher bestehende Möglichkeit der Abnehmer im Falle einer Preiserhöhung zu einem Konkurrenten abzuwandern, entfällt mindestens teilweise (Heizmann & Togni, 2012, S. 117-118). Dadurch entsteht **für die Fusionspartner Spielraum, ihre Mengen zu verknapfen oder ihre Preise über den Wettbewerbspreis zu erhöhen**. Dies gilt insbesondere, wenn die Fusionsparteien sehr ähnlich und ihre Produkte enge Substitute sind.

Bei Preiswettbewerb unter Produktdifferenzierung erhöht ein Unternehmen seine Preise, sobald seine Wettbewerber ihre Preise erhöht haben. Eine durch eine Fusion ausgelöste Preiserhöhung (Erstrundeneffekt) führt somit dazu, dass die verbleibenden Wettbewerber ihre Preise ebenfalls

¹ Diese implizite «Abstimmung über den Markt» erfüllt übrigens nur ausnahmsweise den Abredebegriff von Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 KG. «Wettbewerbsabreden» im Sinne von Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 KG sind koordinierte Effekte, bei denen die Koordination explizit vereinbart wurde (Heizmann & Togni, 2012, S. 117-118).

erhöhen (Zweitrundeneffekt). Die **unilateralen Effekte umfassen den Gesamteffekt auf den Marktpreis**, der den isolierten Preiseffekt auf das fusionierte Unternehmen übersteigt (Stühmeier, 2018).

Unilaterale Effekte können durch eine Vielzahl von empirischen Techniken quantifiziert werden (z.B. Preiskonzentrationsanalyse, Angebotsanalyse, Berechnung von Preisdruckindizes wie Upward Pressure on Price (UPP) und Gross Upward Pricing Pressure Index (GUPPI)², Schätzung eines Umlenkungsverhältnisses bspw. anhand historischer Daten über Umsatzeinbussen von Wettbewerbern bei vergangenen Preiserhöhungen, Fusionssimulation etc.). Allerdings besteht für die Anwendung dieser Techniken ein hoher Bedarf an Daten.

Koordinierte Effekte

Ein Zusammenschluss kann es den Unternehmen im relevanten Markt erleichtert, ihr **Verhalten explizit** («Abstimmung im rechtlichen Sinne») **oder stillschweigend** («Abstimmung über den Markt») **zum Schaden ihrer Kunden abzustimmen** (z.B. Preiserhöhung, Mengenreduktion). Daraus resultierende nachteilige Wettbewerbseffekte werden als «koordinierte Effekte» bezeichnet (U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, 2010, p. 2). Sie können sowohl bei horizontalen als auch bei nichthorizontalen Fusionen auftreten.

Ein Zusammenschluss kann dabei eine Koordination entweder erst ermöglichen oder er kann Unternehmen, die ihr Verhalten bereits bisher abgestimmt haben, die Koordinierung erleichtern, stabilisieren oder sie erfolgreicher machen (Europäische Kommission, 2004, Rz. 22; Competition Commission & Office of Fair Trading, 2010, section 4.1.5). Kollusives Preisverhalten ist gemäss den «Airtour-Kriterien» (EuGH, 2002, Rz. 62; Dreher, Kulka, & Rittner, 2016; Kokkoris, 2007) sehr wahrscheinlich, wenn kumulativ folgende Bedingungen erfüllt sind:

- **Markttransparenz:** Der Unternehmenszusammenschluss und die verbleibenden Wettbewerber im Oligopol sind in der Lage, ein stillschweigendes Verständnis zu erreichen und zu überwachen (ausreichende Markttransparenz für die Feststellung von Abweichungen);
- **Koordinierungsdisziplin:** Es gibt einen Anreiz, nicht vom gemeinsamen Vorgehen auf dem Markt abzuweichen. Das Verständnis ist «intern glaubhaft», weil ein glaubhafter Vergeltungsmechanismus besteht; und
- **Kollektive wettbewerbliche Unabhängigkeit:** Das Verhalten ist extern glaubhaft. Kunden oder Wettbewerber sind nicht in der Lage, das abgestimmte Verhalten in Gefahr zu bringen.

«Effizienzeinrede»

Fusionen werden aus unternehmerischer Sicht aus zwei Gründen umgesetzt, nämlich um Marktmacht zu gewinnen oder um Effizienzgewinne zu erzielen. Die Fusionskontrolle will den Zuwachs von Marktmacht begrenzen, nicht aber Effizienzgewinne verhindern. Gemäss den Leitlinien (Europäische Kommission, 2004, Rz. 78 ff.) **müssen Effizienzvorteile** – allen voran Preissenkungen – **den Konsumenten³ zugutekommen** und an diese weitergegeben werden, womit nicht die volkswirtschaftliche Gesamtwohlfahrt, sondern die Konsumentenwohlfahrt entscheidend ist.

² Siehe Salop & Moresi (2009) und Farrell & Shapiro (2010).

³ Der Begriff «Konsumenten» erfasst im EU-Kartellrecht nicht lediglich die Endverbraucher, sondern auch Unternehmen der nächsten Marktstufe.

Die Thematik der Effizienzkriterien wurde ursprünglich auch unabhängig vom SIEC-Test beraten (Strohm, 2007) und erst später im Rahmen der Einführung des SIEC-Tests mit Erwägungsgrund 29 der EG-Fusionskontrollverordnung (FKVO) (Rat der Europäischen Union, 2004) explizit einbezogen und in den Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse (Europäische Kommission, 2004) konkretisiert. Effizienzkriterien haben insofern im Rahmen von Fusionsprüfungen mit wirkungsorientierten Prüftests eine höhere Bedeutung (Röller, 2004), werden aber auch im Rahmen von strukturorientierten Tests angewendet.

Die **Beweislast für Effizienzvorteile liegt im europäischen Recht jeweils bei den fusionierenden Parteien**. Diese müssen den Nachweis erbringen, dass die Effizienzsteigerungen den Verbrauchern⁴ zugutekommen (1), fusionsspezifisch (2) und überprüfbar (3) sind. Diese drei Bedingungen müssen kumulativ erfüllt werden, damit sie von der Europäischen Kommission bei der Beurteilung eines Zusammenschlusses berücksichtigt werden können. Die Europäische Kommission (2004, Rz. 85 ff.) spricht von «fusionsspezifischen Effizienzvorteilen». Allerdings kann ein Zusammenschluss, der zu einer monopolähnlichen Marktstellung führt, höchst unwahrscheinlich nur aus Effizienzgründen zugelassen werden.

2.2 Strukturorientierte Prüftests

Unter die strukturorientierten Prüftests fällt der Marktbeherrschungstest sowie eine spezielle Ausprägung davon, die derzeit im Kartellrecht in der Schweiz umgesetzt wird, die sog. «qualifizierte Marktbeherrschung».

2.2.1 Marktbeherrschungs- oder Dominanztest

Der Marktbeherrschungs- oder Dominanztest untersucht, inwieweit durch einen Unternehmenszusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird (engl. «**Creation or Strengthening of Dominant Position**», CSDP). Ein Unternehmenszusammenschluss wird untersagt, wenn er zur **Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung** führt, durch die wirksamer Wettbewerb erheblich behindert wird. Die neu zusammengesetzte Einheit dominiert den Markt und wird durch die verbleibenden Wettbewerber nicht mehr ausreichend diszipliniert.

Der Marktbeherrschungs- bzw. Dominanztest bezieht sich sowohl auf die Einzelmarktbeherrschung als auch auf die kollektive Marktbeherrschung, bei der davon ausgegangen wird, dass sich die Marktteilnehmenden fusionsbedingt stillschweigend koordinieren und sich damit dem Wettbewerbsdruck entziehen.

Der Marktbeherrschungstest geht auf den **Struktur-Verhalten-Ergebnis-Ansatz** zurück, der in Harvard durch Mason (1939, 1949) und Bain (1951, 1956) entwickelt wurde. Dieser Ansatz versuchte auf der Grundlage ökonometrischer Modelle einen Zusammenhang zwischen Marktstrukturfaktoren und Marktergebnissen herzuleiten und kam zum Schluss, dass die Marktstruktur das Verhalten und damit die Marktergebnisse bestimmt. Deshalb stellt der Marktbeherrschungstest im Kern auf Strukturmerkmale und insbesondere auf Marktanteile (Verteilung und Entwicklung), die Verflechtungen mit anderen Unternehmen und die Anzahl und Stärke der Konkurrenten ab. Es wird darauf basierend untersucht, inwieweit ein Unternehmen eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat oder (keinem) wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist.

⁴ Siehe Fussnote 3.

Der Marktbeherrschungstest wird innerhalb der EU heute noch in **Italien und Österreich** angewendet.

2.2.2 Qualifizierter Marktbeherrschungstest in der Schweiz

In der Schweiz wird ebenfalls ein Marktbeherrschungs- bzw. Dominanztest angewendet, wobei dieser speziell ausgeprägt ist. Ein Zusammenschluss von Unternehmen kann nicht untersagt werden, wenn sie die marktbeherrschende Stellung lediglich begründet oder verstärkt. Für eine Untersagung des Vorhabens **muss zusätzlich die Möglichkeit der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs gegeben sein**.

Das Kartellgesetz kennt mit Blick auf Unternehmen mit besonderer Marktstellung **drei Stufen** des Einflusses:

Marktmacht (Art. 2 Abs. 1 KG)

Die **Legaldefinition** von Marktmacht ist in der Schweiz **eher unklar**. Der Begriff Marktmacht wird im Kartellgesetz nicht definiert. In der Praxis dürfte sich die WEKO am Verständnis der Europäischen Kommission (2004, Rz. 8), des Bundeskartellamt (2012, Rz. 5) oder auch des U.S. Department of Justice und der Federal Trade Commission (2010, p. 2) orientieren.

Marktbeherrschung (Art. 4 Abs. 2 KG)

Unternehmen, die einzeln oder zusammen auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) **in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten**, werden als marktbeherrschend betrachtet.

Qualifizierte Marktbeherrschung (Art. 10 Abs. 2 KG)

Entscheidend ist die Frage, ob die mit einem Unternehmenszusammenschluss einhergehende marktbeherrschende Stellung einen Grad erreicht, der zu einer Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen kann. Gemäss Kartellgesetz kann ein Zusammenschluss nur dann untersagt oder mit Auflagen und Bedingungen zugelassen werden, wenn gleichsam **drei Kriterien erfüllt** sind (Schellenberg Wittmer Rechtsanwälte, 2008):

- (1) Der Zusammenschluss **begründet oder verstärkt eine marktbeherrschende Stellung** (Art. 10 Abs. 2 lit. a KG).

In der Schweiz analysiert die WEKO aufgrund der Strukturdaten und der Informationen aus dem Marktumfeld, ob Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung in bestimmten relevanten Märkten besteht. In anderen Worten prüft sie die Frage, ob sich das neue zusammengeschlossene Unternehmen im Wesentlichen unabhängig von den anderen Marktteilnehmern, mithin Anbietern, Nachfragern, Konsumenten, verhalten kann.

- (2) Die marktbeherrschende Stellung ist **mit der Möglichkeit verbunden, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen** (Art. 10 Abs. 2 lit. a KG). Der Gesetzgeber legt somit sehr hohe Eingriffsschwellen fest.⁵

⁵ Vgl. auch Bundesgerichtsentscheide in Sachen Swissgrid (Bundesgericht, 2007a) und in Sachen Berner Zeitung AG / 20 Minuten (Bundesgericht, 2007b). Zusätzlich zur Marktbeherrschung gilt die Möglichkeit der Beseitigung aktuellen oder Verhinderung potentiellen Wettbewerbs als eigenständige rechtliche Voraussetzung bei der Fusionskontrolle.

Die Weko führt jeweils die materielle Prüfung in zwei Schritten durch. Falls in einem ersten Schritt festgestellt wird, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, prüft sie in einem zweiten Schritt (im Sinne einer Kontrolle), ob der Zusammenschluss zu einer derartigen Beeinträchtigung der Wettbewerbsstruktur führt, dass wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann. «Die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann einerseits eine Handlungsmöglichkeit der Zusammenschlussunternehmen sein, andererseits aber auch eine Ereignismöglichkeit in dem Sinn, dass der Zusammenschluss sich dermassen auf die Wettbewerbsstruktur auswirkt, dass der Wettbewerb nicht mehr spielt, ohne dass diese Entwicklung von den Zusammenschlussparteien beabsichtigt ist» (WEKO, 2018, S. 900).

- (3) Fusionen können verboten werden, wenn die beiden ersten Bedingungen erfüllt sind und ausserdem **keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt** bewirkt wird, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt (Art. 10 Abs. 2 lit. b KG).

Wenn durch einen Unternehmenszusammenschluss wesentlich bessere Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt resultieren und dieser Effekt die entstehende Marktbeherrschung mit der Möglichkeit der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs im Markt überkompensiert, muss der Unternehmenszusammenschluss zugelassen werden. Es ist im Gesetz vorgeschrieben, die Wettbewerbsverhältnisse in Bezug auf andere Märkte zu prüfen.

Allerdings hat dieses dritte Kriterium im Rahmen der schweizerischen Fusionspraxis (mit einer Ausnahme⁶) und Art. 10 Abs. 4. KG (Stellung der Zusammenschlussparteien im internationalen Wettbewerb) keine relevante Rolle gespielt.

Mit der Zusammenschlusskontrolle sollen durch externes Unternehmenswachstum verursachte wettbewerbsbeseitigende Marktstrukturen ex ante verhindert werden. Eine marktbeherrschende Stellung, die durch internes Unternehmenswachstum erreicht wird, wird kartellrechtlich dagegen im Missbrauchsfall reguliert (Art. 7 KG).

2.3 Wirkungsorientierte Prüftests

Die modernere Industrieökonomie kann keinen eindeutigen Zusammenhang zwischen Marktstruktur und Verhalten aufzeigen. Insbesondere die spieltheoretisch fundierte Oligopoltheorie belegt, dass sich die Bedingungen zwischen Struktur, Verhalten und Ergebnis äusserst komplex darstellen (z.B. Phillips, 1976), weshalb wirkungsorientierte Prüftests im Rahmen der Fusionskontrolle an Bedeutung gewinnen.

2.3.1 «Substantial lessening of competition»-Test (SLC-Test)

Mit dem «Substantial lessening of competition»-Test (SLC-Test) soll beurteilt werden, was sich in Zukunft sowohl mit als auch ohne den Zusammenschluss ereignen könnte. Der SLC-Test prüft mit diesem Ziel, inwieweit ein Unternehmenszusammenschluss zu einer erheblichen Verminderung des Wettbewerbs führen dürfte. Im Zentrum der Analyse des SLC-Tests stehen Marktverän-

⁶ Vgl. Medienmitteilung WEKO vom 16.6.2019 bezüglich Gateway Basel Nord (GBN): «Mit Blick auf die gesetzlichen Vorgaben für einen diskriminierungsfreien Zugang zu GBN und die weiteren Auflagen des Bundesamts für Verkehr (BAV) geht die WEKO davon aus, dass sich dank GBN der Wettbewerb im Import- und Exportverkehr auf der Schiene zum Teil verbessert. Diese Vorteile überwiegen die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung von GBN im Bereich Umschlagsleistungen.»

derungen, welche die Intensität des Wettbewerbs abschwächen. Im Vergleich zum Marktbeherrschungstest fokussiert der SLC-Test auf die **Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Markt und den Verlust des Wettbewerbs zwischen den Unternehmen** und nicht auf strukturelle Fragen wie Marktanteile.

Der SLC-Test prüft die **Wirkung** des Zusammenschlusses, insbesondere **auf Preise, Qualität und Innovation**. Es wird analysiert, ob der Zusammenschluss zu höheren Preisen, zu verringerter Produktionsmenge oder zu weniger Innovation führt und auch keine mildernden Umstände (z. B. Effizienzsteigerungspotenziale) vorliegen. Fusionen können wegen unilateraler und koordinierter Effekte untersagt werden, wenn sie Marktmacht ermöglichen, verstärken, festigen oder ihre Ausübung erleichtern (U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, 2010, p. 2).

Der SLC-Test wird heute v.a. in den **USA** (U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, 2010) und in **Grossbritannien** angewendet.

2.3.2 «Significant Impediment to Effective Competition»-Test (SIEC-Test)

In Europa entstand um die Jahrtausendwende eine Debatte zur Wirksamkeit des Marktbeherrschungstests im Vergleich zum SLC-Test. Daraus entwickelte sich der in der FKVO (Rat der Europäischen Union, 2004) per 1. Mai 2004 verankerte «Significant Impediment to Effective Competition»-Test (SIEC-Test).

Der SIEC-Test ist als **Hybridtest zwischen SLC-Test und Marktbeherrschungstest** zu verstehen. Er fokussiert sich wie der SLC-Test auf die wettbewerblichen Wirkungen und damit auf die Marktergebnisse. Die Marktbeherrschung fungiert nicht mehr als eigentliche Untersagungskriterium, jedoch als Regelbeispiel für eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs.

«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» (Art. 2 Abs. 2 FKVO, Rat der Europäischen Union, 2004).

Mit dem SIEC-Test ist die Wettbewerbsbehörde nicht mehr verpflichtet, Dominanz zwingend nachzuweisen. Es ist auch ein **Eingriff ausserhalb der Reichweite des Marktbeherrschungstests möglich** (Zimmer, 2009). Als Beispiel dazu wird häufig der auf das Jahr 2006 datierende Erwerb der Kontrolle über die Gesamtheit des Unternehmens tele.ring-Unternehmensgruppe durch T-Mobile Austria referenziert. Auch nach der Übernahme verbleibt der Marktanteil des neuen Unternehmens tiefer als derjenige des Marktführers Mobilkom, was basierend auf dem qualifizierten Marktbeherrschungstest keine wesentliche Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung erwarten lässt (Aguzzoni et al., 2015). Entgegen der Logik des Marktbeherrschungstests geht die Europäische Kommission davon aus, dass die wegfallende Rolle von tele.ring als «Maverick»⁷ (Störenfried) einen erheblich negativen Effekt auf den Wettbewerb hat (Stühmeier, 2018).

Mit dem SIEC-Test wird der Fokus auf die Wirkung im Gesamtmarkt gelegt, nicht auf die Marktmacht der zusammenschliessenden Unternehmen. Die Fusionskontrolle fragt nicht, ob das fusionierte Unternehmen über eine beträchtliche Marktmacht verfügt, sondern ob die Marktmacht in der Branche so stark zunimmt, dass sich der Verbraucherschutz erheblich verschlechtert (Röller

⁷ Siehe Fussnote 3.

& De La Mano, 2006, S. 16). Der SIEC-Test zielt darauf hin, die Auswirkungen der Veränderungen der Marktstruktur auf den Konsumenten⁸ zu untersuchen und eine Entscheidung im Sinne des Konsumentenwohls zu treffen.

Die Fusionskontrolle untersucht die sich aus einem Zusammenschluss ergebenden kausalen Auswirkungen (Zusammenschlusseffekt). Der SIEC-Test **unterscheidet zwischen den nicht koordinierten und den koordinierten Effekten** (vgl. dazu die Ausführungen unter Abschnitt 2.1), die einen Einfluss auf strategische Grössen wie Preise, Absatz oder Kapazitäten haben können. Der Test **eignet sich besonders gut für den Einsatz ökonomischer Modelle**, welche die getroffenen Annahmen und deren mögliche unilateralen und koordinierten Effekte modellieren und deren Relevanz gegeneinander abwägen. Die hergeleiteten Zusammenhänge können empirisch anhand ökonometrischer Analysen überprüft werden.

Der SIEC-Test wird inzwischen **in den meisten EU-Ländern angewendet**. In der wettbewerblichen Fallpraxis unterscheidet er sich kaum vom SLC-Test (Jaag et al., 2017, S. 27).

2.4 Struktur- und wirkungsorientierte Prüftests im Vergleich

Im Rahmen der strukturorientierten Prüftests und insbesondere des qualifizierten Marktbeherrschungstests in der Schweiz gilt eine hohe Eingriffsschwelle. Allein die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung lässt es dementsprechend nicht zu, einen Unternehmenszusammenschluss zu untersagen. Solange die marktbeherrschende Stellung den wirksamen Wettbewerb nicht zu beseitigen vermag, was in der Praxis ein freilich kaum belegbares Kriterium darstellt, ist die Fusion zu genehmigen (vgl. dazu Bundesgericht, 2007a; Funk, Jaag, & Rutz, 2019).

Mit der höheren Eingriffsschwelle geht einher, dass auch unilaterale Effekte unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle nicht erfasst werden können. Mit anderen Worten: In der Schweiz muss gegenwärtig eine Fusion in oligopolistischen Märkten zugelassen werden, selbst wenn das fusionierte Unternehmen unabhängig von anderen Marktteilnehmern seine Preise gewinnbringend anheben oder seine Produktionsmengen senken kann, jedoch nicht über eine (qualifizierte) marktbeherrschende Stellung verfügt.

Im Zweifel gilt daher, dass bei Anwendung von strukturorientierten Tests im Rahmen der Fusionskontrolle ggf. **bei einer volkswirtschaftlich schädlichen Fusion nicht eingegriffen** wird (vgl. dazu Abbildung 1, «CH»). Etwas abgeschwächter dürfte diese Einschätzung auch für den klassischen Dominanztest zutreffen (vgl. dazu Abbildung 1, «Dominanztest»). Fusionen werden zugelassen, obwohl sie aufgrund der damit einhergehenden Zunahme von Marktmacht besser untersagt würden (Regulierungsfehler 2. Ordnung).

Im Prinzip gehen strukturorientierte Prüftests davon aus, dass gewisse Marktcharakteristika ein gewisses Verhalten bewirken. Dagegen wird im Rahmen der wirkungsorientierten Prüftests versucht, dieses Verhalten konkreter zu untersuchen, wobei nach wie vor Marktstrukturmerkmale eine Rolle spielen. **Wirkungsorientierte Tests** stützen sich vermehrt auch auf den Einsatz ökonomischer Methoden und insbesondere quantitativer Modelle. Im Zweifel kann die **Schwelle besser identifiziert werden, bei der eine Fusion wohlfahrtsschädliche Auswirkungen zeitigt**; d.h. es ist im Optimalfall möglich, Regulierungsfehler zu vermeiden.

⁸ Der Begriff «Konsumenten» erfasst im EU-Kartellrecht nicht lediglich die Endverbraucher, sondern auch Unternehmen der nächsten Marktstufe.

Sollen Regulierungsfehler möglichst vermieden werden, sind strukturorientierte Tests bei der Fusionskontrolle weniger gut geeignet als wirkungsorientierte Tests. Unabhängig vom angewendeten Test ist nie ganz auszuschliessen, dass selbst eine wettbewerbsfördernde Fusion verboten werden kann (Regulierungsfehler 1. Ordnung).

Abbildung 1 Tests zur Fusionsprüfung im Vergleich

Eingriffsschwelle	CH	Dominanztest	SIEC-Test
Qualifizierte Marktbeherrschung	Schädlich, Eingriff möglich	Schädlich, Eingriff möglich	Schädlich, Eingriff möglich
Marktbeherrschung	Schädlich, kein Eingriff möglich	Schädlich, kein Eingriff möglich	Schädlich, Eingriff möglich
Erhebliche Behinderung des Wettbewerbs	Nicht schädlich, kein Eingriff	Nicht schädlich, kein Eingriff	Nicht schädlich, kein Eingriff
	Dominanztest (Strukturfokus) Der Zusammenschluss begründet oder verstärkt eine (qualifizierte) marktbeherrschende Stellung		SIEC-Test (Wirkungsfokus) Der Zusammenschluss führt zu einer erheblichen Behinderung des wirksamen Wettbewerbs

Struktur- und wirkungsorientierte Tests zur Fusionsprüfung unterscheiden sich in der Praxis in der Konsequenz bezogen auf die Eingriffsschwelle. Während die strukturorientierten Tests dazu führen, dass im Zweifel auch wohlfahrtsschädliche Fusionen zugelassen werden, dürfte dies bei den wirkungsorientierten Tests in der Tendenz kaum der Fall sein. Unabhängig vom Test ist es möglich, dass ein Eingriff bei einem nicht schädlichen Zusammenschluss erfolgen kann (Fehlbeurteilung durch die Behörde).

Quelle: Projekt-Steuerungsgruppe / Polynomics.

3 Marktbeherrschungs- und SIEC-Test im Einzelfallvergleich

3.1 Vorgehen zur Bestimmung der Vergleichsfälle

Bei den jeweiligen Schweizer Fällen handelt es sich um **Fusionsprüfungen, die für die WEKO eine hohe wettbewerbspolitische Bedeutung** hatten. Insofern ist auch aus gesetzgeberischer Optik interessant, wie sich die Untersuchung der WEKO bei Anwendung des Prüfstandards der EU ggf. anders dargestellt hätte. Zu jedem einzelnen dieser Fälle wird ein möglichst **vergleichbarer vertieft geprüfter Fall aus der EU einbezogen**⁹.

Bei den Vergleichsfällen handelt es sich jeweils um horizontale Unternehmenszusammenschlüsse. Vertikale und konglomerate Unternehmenszusammenschlüsse sind vorliegend nicht Analysegegenstand. Es werden jeweils ein Schweizer-Fall und ein Vergleichsfall der EU aus derselben Branche gewählt. Nach Möglichkeit sollte auch die Branchenstruktur eine gewisse Ähnlichkeit aufweisen.

In allen Vergleichsfällen in der EU wird im Rahmen der Fusionsprüfung der SIEC-Test bzw. der SLC-Test (Medienfall) angewandt. Es ist auch ersichtlich, inwieweit die im Vergleich zur Schweizer Fusionspraxis weniger tiefe Eingriffsschelle in der EU einen Einfluss auf den Behördenentscheid hat. Es ist ersichtlich, inwieweit die Effizienzeinrede beim Behördenentscheid eine Rolle gespielt hat.

3.2 Fallvergleichsanalyse

Wie oben erwähnt sind die ausgewählten Vergleichsfälle aus den vier Branchen Grosshandel, Detailhandel, Telekommunikation und Medien. Im Folgenden werden die zentralen Aspekte der Fälle aus der Schweiz und den dazu korrespondierenden EU-Vergleichsfälle vorgestellt.

Eine **Detaildarstellung der Fallvergleichsanalyse** einschliesslich referenzierter Literatur findet sich im **Anhang A**.

3.2.1 Unternehmenszusammenschlüsse im Grosshandel¹⁰

Die Übernahme von Steffen-Ris Holding AG durch Fenaco (CH) wird verglichen mit der Übernahme von Dole Food Company durch Total Produce (EU).

- CH: Der Genossenschaftsverband **Fenaco übernimmt die Kontrolle über die Steffen-Ris Holding AG**, Eigentümerin der Steffen-Ris AG (Steffen-Ris). Sowohl Steffen-Ris mit Sitz in Utzenstorf wie auch der Genossenschaftsverband Fenaco mit Sitz in Bern sind im Handel mit Agrargütern tätig und nehmen auch die Ernten der Landwirte ab. Die Fenaco ist auf den Stufen Handel (Grosshandel und teils auch Detailhandel mit LANDI und Volg), Produktion und Dienstleistungen tätig, u.a. auch im Düngerhandel und im Import und Handel mit Mineralölprodukten. Die Steffen-Ris ist über die FRILOG Frisch Logistik AG im Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen, Hilfsstoffen sowie logistischen Dienstleistungen tätig.

⁹ Aufgreifkriterien werden im Rahmen der vorliegenden Analyse nicht untersucht.

¹⁰ Die detaillierte Darstellung der Fallvergleichsanalyse zu den Fusionen im Grosshandel findet sich im Anhang (Anhang A.1).

Die WEKO hat den Unternehmenszusammenschluss am 10. März 2018 unter Auflagen bewilligt.

- EU: Gegenstand des Verfahrens ist die **Übernahme der Dole Food Company durch Total Produce PLC** (Sache M.8829). Total Produce ist einer der weltgrössten Herstellerinnen und Lieferantinnen von Frischprodukten mit Hauptsitz in Dublin (Irland), der die gemeinsame Kontrolle über DFC Holdings LLC und damit auch über deren hundertprozentige Tochtergesellschaft Dole Food Company erwirbt. Letztere ist die weltweit grösste Herstellerin und Vermarkterin von Obst und Gemüse mit Hauptsitz in Kalifornien. David Murdock, der die Dole-Gruppe bis anhin alleine kontrollierte, teilt sich die Kontrolle künftig mit Total Produce.

Die Europäischen Kommission hat den Unternehmenszusammenschluss auf der Basis einer Verpflichtung am 30. Juli 2018 genehmigt.

Die Faktenlage zu den beiden Grosshandelsfällen stellt sich wie folgt dar (vgl. Tabelle 1):

Tabelle 1 Unternehmenszusammenschlüsse im Grosshandel

	CH: Übernahme Steffen-Ris durch Fenaco	EU: Übernahme Dole Food durch Total Produce
Relevanter Markt	<p>Tafelobst, Karotten, Zwiebeln, Speise- und Veredelungskartoffeln, Saatkartoffeln, Pflanzennahrung, Pflanzenschutzmittel</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Nationale Märkte 	<p>Bananen</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Abgrenzung Markt für Import/Handel von Bananen und Markt für Reifung von Bananen ▪ Untersegmente für konventionelle und Markt für Fairtrade bzw. organische Bananen ▪ Mindestens nationaler Markt <p>Abgepackter Salat, Ananas, anderes Frischobst und Gemüse</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Nationale Märkte
Unilaterale Effekte / Einzelmarktherrschaft	<p>Tafelobst, Karotten und Zwiebeln</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Fusionsparteien sind zusammen grösster Wettbewerber ▪ Disziplinierende Wirkung aktueller Wettbewerber <p>Speise- und Veredelungskartoffeln, Saatkartoffeln</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Fusionsparteien sind zusammen grösster Wettbewerber ▪ Privilegierter Zugang von Fenaco zu Kartoffelproduzenten ▪ Wegfallen einer Absatzalternative ▪ Freihandelsabkommen Schweiz-EU im Agrar- und Lebensmittelbereich (FHAL) frühestens 2015 (aus damaliger Sicht) ▪ Begründung einer marktbeherrschenden Stellung mit Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs <p>Pflanzennahrung, Pflanzenschutzmittel</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Steffen-Ris ist nicht im Grosshandel tätig, Detailhandelstätigkeit sehr gering ▪ Keine Veränderung der Marktverhältnisse durch die Fusion 	<p>Bananen</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Hohe Marktanteile der Fusionsparteien ▪ Niedrige Markteintrittsbarrieren, disziplinierende Wirkung des potentiellen Wettbewerbs ▪ Nachfragemacht aufgrund hoher Konzentration der Marktgegenseite <p>Ananas</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Hohe Marktanteile der Fusionsparteien ▪ Disziplinierende Wirkung aktueller Wettbewerber <p>Abgepackter Salat</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Hohe Marktanteile der Fusionsparteien in Schweden ▪ Markteintritte unwahrscheinlich ▪ Starke Konzentration der Marktgegenseite, kein ausreichendes Gegengewicht ▪ Gefahr der Preiserhöhung durch die Zusammenschlussparteien nach dem Zusammenschluss <p>Anderes Frischobst und Gemüse</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Geringe Marktanteilsadditionen ▪ Niedrige Markteintrittsbarrieren

	CH: Übernahme Steffen-Ris durch Fenaco	EU: Übernahme Dole Food durch Total Produce
Koordinierte Effekte / kollektive Markbeherrschung	Nicht berücksichtigt	Nicht berücksichtigt
Effizienzgewinne	Werden von den Parteien angeführt, wobei die WEKO darauf nicht eingeht	Nicht berücksichtigt, weder bei den Parteien noch von der Europäischen Kommission
Entscheid	Zulassung der Fusion unter Auflagen, welche nicht nur für einzelne Produkte oder Produktgruppen gelten. Fenaco darf keine Bezugs- und Lieferpflichten zulasten der Produzenten (Landwirte) vorsehen oder durch die Mitglied-LANDIs durchsetzen. Fenaco muss sicherstellen, dass die Produzenten (Landwirte) direkt oder über die Mitglied-LANDIs darüber informiert werden.	Zulassung der Fusion unter Auflagen: Dole muss die von ihr kontrollierte Saba Fresh Cuts AB, eine schwedische Unternehmung mit einem Betrieb zur Herstellung von abgepacktem Salat in Schweden verkaufen.

Quelle: Zusammenstellung durch Polynomics.

Kernerkenntnisse aus dem Fallvergleich im Grosshandel

Die beiden Fälle betreffen hauptsächlich den Grosshandel mit Lebensmittel. In beiden Fällen sind Märkte mit hohen kombinierten Marktanteilen erkennbar. Sie unterscheiden sich aber dadurch, dass im Schweizer Fall die meisten betroffenen Märkte geographisch vom Ausland weitgehend abgeschottet sind und die eine Zusammenschlusspartei (Fenaco) aufgrund ihrer genossenschaftlicher Struktur einen privilegierten Zugang zu Lieferanten und Abnehmern hat.

Beide Wettbewerbsbehörden, die WEKO in der Schweiz und die Europäische Kommission in Brüssel, **gehen zur Eruierung der Entscheidungsgrundlagen grundsätzlich gleich vor**. Zunächst werden die Märkte definiert. Dann werden Strukturdaten erhoben, d.h. die Marktanteile der beteiligten Unternehmen sowie die Stellung der aktuellen Wettbewerber, die Markteintrittsbarrieren und potenzielle Konkurrenz sowie Nachfragemacht.

Aufgrund der hohen Eingriffsschwelle hat die WEKO gestützt auf die Strukturdaten Auflagen angeordnet. Die Auflage im EU-Fall erfolgte auch in einem aus logistischen Gründen räumlich abgeschotteten Markt. **Mit dem SIEC-Test** hätte die WEKO das zukünftige Marktverhalten der Fenaco untersucht und, falls ein Schädigungspotenzial festgestellt worden wäre, **den Zusammenschluss wohl untersagen müssen**. Aufgrund der speziellen Position von Fenaco mit Abnehmern und Produzenten hätte die mit dem Zusammenschluss entstehende Gefahr wohl nicht mit einer Auflage beseitigt werden können.

Bezogen auf den Fallvergleich ist schwierig zu beurteilen, ob sich der **Untersuchungsumfang** der beiden Behörden bei der Untersuchung aufgrund unterschiedlicher Prüftests wesentlich unterscheidet. Es darf davon ausgegangen werden, dass unter dem SIEC-Test in der Schweiz die Fragenbogen an Marktbeteiligte inhaltlich wohl differenzierter ausgefallen wären, spezifisch bspw. zur Einschätzung des Verhaltens von Fenaco vor und nach dem Zusammenschluss. Dies hätte möglicherweise zu einem grösseren Aufwand der WEKO-Sekretariats bei der Analyse geführt.

3.2.2 Unternehmenszusammenschlüsse im Detailhandel¹¹

Die Übernahme von Denner durch Migros (CH) wird verglichen mit der Übernahme der Filialen von Kaiser's Tengelmann durch Edeka (EU).

- Das Verfahren in der Schweiz betrifft die **Übernahme der Kontrolle über die Denner AG durch den Migros Genossenschafts-Bund** über einen Erwerb der Aktienmehrheit. Denner betreibt im Jahr 2007 435 Lebensmitteldetailhandelsfilialen als Discounter und beliefert zusätzlich rund 293 Denner-Satelliten. Denner soll weiterhin als eigenständiger Discounter geführt werden, eine Umwandlung der Denner-Filialen in Migros-Filialen ist nicht geplant.

Die WEKO hat die Übernahme am 3. September 2007 unter Auflagen bewilligt.

- Gegenstand des Verfahrens in der EU ist die **Übernahme der Kaiser's Tengelmann GmbH durch die Edeka Gruppe** (Verwaltungsverfahren B2-96-14). Die Kaiser's Tengelmann GmbH betreibt im Jahr 2013 501 Lebensmitteldetailhandelsfilialen als Vollsortimenter in den drei Kernregionen Berlin und Umland, München/Oberbayern sowie Nordrhein-Westfalen. Die Edeka Gruppe verfügt zum Zeitpunkt der Untersuchung über ein deutschlandweites Vertriebsnetz mit rund 12'000 Lebensmittelmärkten.

Das Bundeskartellamt (BKA) hat den Unternehmenszusammenschluss am 31. März 2015 untersagt. Der Zusammenschluss wurde am 17. März 2016 durch eine Ministererlaubnis¹² zugelassen.

Die Faktenlage zu den beiden Detailhandelsfällen stellt sich wie folgt dar (vgl. Tabelle 2):

Tabelle 2 Unternehmenszusammenschlüsse im Detailhandel

	CH: Übernahme Denner durch Migros	DE: Übernahme Kaiser's Tengelmann durch Edeka
Relevanter Markt	<p>Absatzmarkt:</p> <ul style="list-style-type: none"> Sortimentsmarkt: Produkt ist Gesamtangebot Kleine Supermärkte 10 Autominuten um Verkaufsstelle, Supermärkte 15 Autominuten, Hypermärkte 20 Autominuten <p>Beschaffungsmarkt:</p> <ul style="list-style-type: none"> Einzelmärkte mit unterschiedlichen Produktgruppen Unterscheidung von 17 Produktgruppen Nationaler Markt 	<p>Absatzmarkt:</p> <ul style="list-style-type: none"> Sortimentsmarkt: Produkt ist Gesamtangebot Land: Umkreis von 20 Autominuten um regionales Ortszentrum Stadt: Stadtbezirk <p>Beschaffungsmarkt:</p> <ul style="list-style-type: none"> Vielzahl von Einzelmärkten mit unterschiedlichen Produkten Untersuchung von 13 Einzelmärkten Nationaler Markt

¹¹ Die detaillierte Darstellung der Fallvergleichsanalyse zu den Fusionen im Detailhandel findet sich im Anhang (Anhang A.2).

¹² Im deutschen Wettbewerbsrecht besteht das Rechtsinstitut der Ministererlaubnis. Mit diesem ist es möglich, einen vom Bundeskartellamt untersagten Unternehmenszusammenschluss durch die Entscheidung des Bundesministers für Wirtschaft und Energie (BMWi) dennoch zu erlauben.

	CH: Übernahme Denner durch Migros	DE: Übernahme Kaiser's Tengelmann durch Edeka
Unilaterale Effekte / Einzelmarktherrschaft	<p>Absatzmarkt:</p> <ul style="list-style-type: none"> Analyse Marktanteile der Fusionsparteien Denner als treibende Kraft im Preiswettbewerb im Detailhandel Analyse des Preissetzungsverhalten der Migros bei gleichzeitiger Präsenz von Coop und/oder Denner Neben Aldi und Lidl keine weiteren Marktzutritte erwartet, Substitutionswettbewerb unwahrscheinlich Erhebliche Beeinträchtigung, aufgrund der Stellung von Coop aber keine Beseitigung des Wettbewerbs <p>Beschaffungsmarkt:</p> <ul style="list-style-type: none"> Analyse Marktanteile der Fusionsparteien Vertikale Integration der Migros als Problem für die Eigenmarkenhersteller von Denner Geringe Marktmacht ausser bei den Herstellern von «Leadermarken» Erhebliche Beeinträchtigung, aufgrund der Stellung von Coop aber keine Beseitigung des Wettbewerbs 	<p>Absatzmarkt:</p> <ul style="list-style-type: none"> Vertiefte Untersuchung Substituierbarkeit Fusionsparteien und verbleibend Wettbewerber Entwicklung von Marktanteilsschwellenwerte der Fusionsparteien und nächsten Konkurrenten für Auftreten unilateraler Effekte Empirische Untersuchung Wettbewerbswirkung Fusion Grossraum Berlin, München und Nordrhein-Westfalen Marktzutritte und Substitutionswettbewerb unwahrscheinlich Erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung auf Grossteil der Märkte unabhängig von Marktführerschaft <p>Beschaffungsmarkt:</p> <ul style="list-style-type: none"> Analyse Marktanteile Edeka und der Spitzen-Nachfrager (Edeka, Rewe, Schwarz-Gruppe) Berücksichtigung qualitativer Elemente: Erhöhung Beschaffungsmenge und Verdichtung Filialnetz Edeka, langfristige Anpassung Konditionsgefüge zugunsten expandierender Händler, Kaiser's Tengelmann als bedeutende wettbewerbsliche Kraft, bereits vor dem Zusammenschluss fehlende Absatzalternativen Erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung in mindestens 11 Beschaffungsmärkten
Koordinierte Effekte / kollektive Marktherrschaft	<p>Absatzmarkt:</p> <ul style="list-style-type: none"> Analyse Marktkonzentration, Symmetrien zwischen den Unternehmen, erwartete Marktwachstum, Markttransparenz, Bestehen von Multimarktbeziehungen, Stellung der Marktgegenseite, potentielle Konkurrenz Fusion begründet kollektiv marktbeherrschende Stellung: Beseitigung wirksamen Wettbewerb Aldi und Lidl mindestens mittelfristig als Gegengewicht <p>Beschaffungsmarkt:</p> <ul style="list-style-type: none"> Analyse Marktkonzentration, Symmetrien zwischen den Unternehmen, erwartetes Marktwachstum, Markttransparenz, Bestehen von Multimarktbeziehungen, Stellung der Marktgegenseite, potentielle Konkurrenz Kollektiv marktbeherrschende Stellung kann nicht ausreichend belegt werden 	Nicht berücksichtigt
Effizienzgewinne	<p>Vorgebrachte Effizienzgewinne durch Fusionsparteien</p> <ul style="list-style-type: none"> Kostensenkungen in den Bereichen Administration, Logistik, Beschaffung und Herstellung zu erwartet Verbesserung Wettbewerbsfähigkeit auf internationalen Herstellermärkten <p>Allfällige Effizienzgewinne spielen in der Argumentation der WEKO keine Rolle.</p>	Effizienzgewinne werden von den Fusionsparteien nicht geltend gemacht

	CH: Übernahme Denner durch Migros	DE: Übernahme Kaiser's Tengelmann durch Edeka
Entscheid	Zulassung der Fusion unter spezifischen absatzseitigen Auflagen, etwa dass Denner organisatorisch, juristisch und operationell eigenständig bleiben muss, eine eigene Preis-, Sortiments- und Standortpolitik verfolgen muss und an den Kundenbindungsprogrammen der Migros nicht teilnehmen darf, dass die Marke Denner erhalten bleibt u.a.m.	Untersagung der Fusion aufgrund unilateraler Effekte im Absatz- und Beschaffungsmarkt

Quelle: Zusammenstellung durch Polynomics.

Kernerkenntnisse aus dem Fallvergleich im Detailhandel

Der Detailhandel ist in der Schweiz konzentrierter als in Deutschland. Zudem ist Migros im Gegensatz zu Edeka stark vertikal integriert. In der Schweiz wurde mit einem Markteintritt von Aldi und Lidl gerechnet, während in Deutschland von stabilen Marktverhältnissen ausgegangen wird. Die Marktabgrenzung erfolgt in beiden Fällen vergleichbar. Ebenso berücksichtigen sowohl die WEKO wie auch das BKA die Wahrscheinlichkeit von Marktzutritten, die Existenz eines Substitutionswettbewerbs und die Wahrscheinlichkeit einer kompensierenden Angebotsausweitung bestehender Anbieter. Sie ziehen daraus ähnliche Rückschlüsse, bei letztem Punkt sind für das BKA aber nur die Vollsortimenter bzw. eine allfällige Angebotsumstellung der Discounter relevant.

Das **BKA** fokussiert ihre Analyse **im Absatzmarkt** einzig auf das allfällige Auftreten von **unilateralen Effekten**. Zentral ist dabei das Konzept der «Nähe», d.h. der Grad der Austauschbarkeit der verschiedenen Detailhändler aus Sicht des Kunden oder Herstellers. Entscheidend sind für das BKA, neben den Marktanteilen der Fusionsparteien, dann auch nur die Marktanteile der übrigen Vollsortimenter. Zudem müssen die Fusionsparteien für das Auftreten von unilateralen Effekten nicht zwingend Marktführer sein. Die **WEKO** bezieht sich in Bezug auf die **Einzelmarktbeherrschung** hingegen generell auf die Marktkonzentration und deren durch die Fusion induzierte Veränderung (Delta-Wert). Sie untersucht zwar ebenfalls die allfällige Entstehung unilateraler Effekte, konzentriert sich dabei aber nur auf das Wettbewerbsverhältnis zwischen den Fusionsparteien. Eine Untersagung der Fusion aufgrund unilateraler Effekte ist in der Schweiz ohnehin nicht möglich. Die **WEKO untersucht** in einem nächsten Schritt **koordinierte Effekte**. Ihre Analyse zeigt, dass die Fusion den Anreiz zu kollusivem Verhalten erhöht und eine kollektive Marktbeherrschung begründet, welche einen wirksamen Wettbewerb beseitigt. Sie geht aber davon aus, dass Aldi und Lidl nach einem erfolgreichen Markteintritt ein kollusives Verhalten destabilisieren würden.

Im **Beschaffungsmarkt** konzentriert sich die Analyse des **BKA** wiederum auf **unilaterale Effekte**. Es stützt seine Schlussfolgerungen dabei einerseits auf Marktanteilsberechnungen und andererseits auf qualitative Abschätzungen der Auswirkung der Fusion. Auch die **WEKO** basiert ihre Argumentation zur **Einzelmarktbeherrschung** einerseits auf Marktanteile und andererseits auf qualitative Argumente, unilaterale Effekte werden nicht thematisiert. Eine besondere Rolle spielen die Migros-Eigenindustrien, bzw. die Möglichkeit, dass die aktuellen Hersteller von Denner durch diese verdrängt werden. Zusätzlich prüft die WEKO auch die **Entstehung koordinierter Effekte**. Sie kommt zum Schluss, dass die vorliegenden Informationen nicht ausreichen, um eine kollektiv marktbeherrschende Stellung in ausreichendem Masse zu belegen.

Der Fallvergleich zeigt, dass unter dem **SIEC-Test** der Analyse unilateraler Effekte ein viel grösseres Gewicht beigemessen wird. Ins Zentrum rückt damit auch die tatsächliche Substituierbarkeit

der verschiedenen Detailhändler und eine differenziertere Betrachtung derer Marktanteile. Ebenso würde damit nicht jedem potentiellen Markteintritt das gleiche Gewicht zukommen. Insbesondere wurden in der Schweiz den Discontnern Aldi und Lidl eine weit bedeutendere wettbewerbliche Rolle zugestanden als denselben Unternehmen in Deutschland. Grundsätzlich gilt, dass die Hürde für eine Untersagung in der Schweiz aufgrund der qualifizierten Marktbeherrschung höher liegt als unter dem SIEC-Test. Dies zeigt sich daran, dass **in beiden Fällen eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs festgestellt wird, dies in der Schweiz, im Gegensatz zu Deutschland, aber nicht zu einer Untersagung der Fusion führt.**

Die **Effizienzeinrede** spielen in keinem der beiden Fälle eine Rolle. Im Zuge der Einführung des SIEC-Tests sind in diesem Kontext vermutlich keine grossen Veränderungen zu erwarten.

Es ist aber auch zu erwarten, dass die WEKO nach einer allfälligen Einführung des SIEC-Tests eine solche erhebliche Beeinträchtigung umfassender dokumentieren müsste als im vorliegenden Fall und sie damit vermutlich vermehrt auch auf Datenanalysen zurückgreifen müsste. Der **Untersuchungsumfang** der Wettbewerbsbehörde und der beteiligten Firmen dürfte sich dadurch vermutlich erhöhen. Der Nachweis von koordinierten Effekten, welcher mehrheitlich auf strukturellen und qualitativen Kriterien basiert, dürfte hingegen an Bedeutung verlieren. Heute ist in der Schweiz eine Fusionsuntersagung fast nur über den Nachweis koordinierter Effekte möglich, mit dem SIEC-Test wäre der Nachweis unilateraler Effekte ausreichend.

3.2.3 Unternehmenszusammenschlüsse in der Telekommunikation¹³

Die Übernahme von France Télécom SA (Orange) durch Sunrise Communications AG (CH) wird verglichen mit der Übernahme von Orange Austria durch Hutchison 3G Austria (EU).

- CH: Beim **Zusammenschluss France Télécom SA (Orange) und Sunrise Communications AG** ist das anmeldende Unternehmen France Télécom SA (France Télécom). France Télécom will die Sunrise Communications AG (Sunrise) akquirieren. Nach der Akquisition soll Sunrise mit Orange fusioniert werden, wobei France Télécom drei Viertel der Aktien der fusionierten Unternehmung halten soll. Die WEKO hat den Unternehmenszusammenschluss am 21. April 2010 untersagt.
- EU: Im Rahmen der **Übernahme von Orange Austria durch Hutchison 3G Austria** (Sache COMP/M.6497) ist das anmeldende Unternehmen Hutchison 3G Austria Holdings GmbH (H3G). H3G will durch Erwerb von Anteilen die Muttergesellschaft von Orange Austria, die Telecommunications GmbH (Orange Österreich), kontrollieren. Das Zusammenschlussvorhaben hat EU-weit Bedeutung. Die Europäische Kommission hat den Unternehmenszusammenschluss auf der Basis von Verpflichtungen vom 12. Dezember 2012 genehmigt.

¹³ Die detaillierte Darstellung der Fallvergleichsanalyse zu den Fusionen im Telekommunikationsbereich findet sich im Anhang (Anhang A.3).

Die Faktenlage zu den Telekommunikationsfällen stellt sich wie folgt dar (vgl. Tabelle 3):

Tabelle 3 Unternehmenszusammenschlüsse in der Telekommunikation

	CH: Zusammenschluss France Télécom (Orange) und Sunrise Communications	EU: Übernahme von Orange Austria durch Hutchison 3G Austria
Relevanter Markt	<p>Endkunden für Mobilfunkdienste:</p> <p>a) Nationaler Markt</p> <p>Weitere Märkte: Festnetztelefonie, Breitbandinternet, Vorleistungsmarkt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze (Netzzugangsmarkt), Vorleistungsmarkt für Mobilfunkterminierung (Terminierungsmarkt) u.a.m.</p> <ul style="list-style-type: none"> Nationale Märkte 	<p>Endkundenmarkt für Mobilfunkdienste: (hier: Gesamtproduktmarkt für Privat- und Geschäftskunden):</p> <ul style="list-style-type: none"> Nationaler Markt <p>Weitere Märkte: Netzzugangsmarkt, Terminierungsmarkt u.a.m.</p> <ul style="list-style-type: none"> Nationale Märkte
Unilaterale Effekte / Einzelmarktbeherrschung	<p>Endkundenmarkt für Mobilfunkdienste:</p> <ul style="list-style-type: none"> 3-zu-2-Fusion (Duopol der Mobilfunk-Netzbetreiber) HHI- und Delta-Werte liegen über den Werten der Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse (hohe Konzentration) Wettbewerbskräfte: Hohe Bedeutung von Sunrise, wenig MVNO und keine potenziellen MNO 	<p>Endkundenmarkt für Mobilfunkdienste:</p> <ul style="list-style-type: none"> 4-zu-3-Fusion; HHI- und Delta-Werte weisen auf hohe Konzentration hin Bedeutende Umstiegsquoten zwischen H3G und Orange Keine ausgleichende Nachfragemacht Wettbewerbskräfte: Wenig MVNO und keine potenziellen MNO Wettbewerber werden Angebote nicht ausweiten und Preise nicht senken
Koordinierte Effekte / kollektive Marktbeherrschung	<p>Schwerpunkt der Fusionskontrolle</p> <ul style="list-style-type: none"> Markt in der Reifephase: Marktanteile können nur auf Kosten der Konkurrenten hinzugewonnen werden Symmetrie: Endkundenmarkt als Haupteinnahmequelle der Duopolisten Keine ausgleichende Nachfragemacht, gleichförmige Preisbildung möglich Sanktionsmechanismen: Anreiz zur Kollusion, weil abweichendes Verhalten schnell entdeckt und sanktioniert werden kann Markteintrittsbarrieren erhöhen sich 	<p>Bestimmte in der Vergangenheit festgestellte Verhaltensweisen weisen auf Koordinierung hin</p> <ul style="list-style-type: none"> Keine vertiefte Untersuchung der Europäischen Kommission
Effizienzgewinne	<p>Die Parteien machen konsumentenseitig Effizienzgewinne geltend</p> <ul style="list-style-type: none"> Nachteile der Auswirkungen des Duopols überwiegen Effizienzgewinne Keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt 	<p>Die Parteien machen Effizienzvorteile geltend, die den Verbrauchern zugutekommen</p> <ul style="list-style-type: none"> Europäische Kommission sieht Nachweis nicht erbracht
Entscheidung	<p>Untersagung der Fusion aufgrund kollektiver Marktbeherrschung</p>	<p>Zulassung der Fusion unter der Voraussetzung, dass H3G Verpflichtungsangebote umsetzt: Veräußerung von Frequenzrechten und weiteren Rechten an ein am Eintritt in den österreichischen Mobilfunkmarkt interessiertes Unternehmen; Verpflichtung von H3G, innert 10 Jahren bis zu 16 MVNO zu vereinbarten Bedingungen auf Vorleistungsebene Zugang zu bis zu 30 Prozent seiner Netzkapazität zu gewähren; Übernahme darf umgesetzt werden, nachdem mit dem ersten MVNO eine entsprechende Vereinbarung geschlossen ist.</p>

Quelle: Zusammenstellung durch Polynomics.

Kernerkenntnisse aus dem Fallvergleich in der Telekommunikation

In Österreich steht eine 4-zu-3-Fusion, in der Schweiz eine 3-zu-2-Fusion zur Diskussion. In beiden Ländern sind einige wenige Weiterverkäufer und MVNO aktiv. Die beiden Wettbewerbsbehörden grenzen unterschiedliche sachliche und räumliche Märkte ab, fokussieren sich aber im Rahmen der Untersuchung ihres jeweiligen Zusammenschlussvorhabens auf die Wettbewerbswirkung v. a. im **Markt für Mobilfunkdienstleistungen für Endkunden**.

Beide Behörden stellen auf der Grundlage des HHI und des Deltas vor dem Zusammenschlussvorhaben eine hohe Marktkonzentration insbesondere auf dem Endkundenmarkt fest. Beide Behörden stellen fest, dass durch den Zusammenschluss **kein Unternehmen mit Einzelmarktherrschaft** entsteht. Die **Europäische Kommission** fokussiert ihre Untersuchung der Übernahme von Orange Austria durch Hutchison 3G Austria auf die **unilateralen Effekte**, die **WEKO dagegen auf die kollektive Marktbeherrschung**. Somit kann die Europäische Kommission im Unterschied zur WEKO bereits bei einer Schädigung des Wettbewerbs eingreifen, bevor sich die Frage einer marktbeherrschenden Stellung bzw. einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung stellt.

Im Vergleich zur Situation in Österreich, bei dem die Europäische Kommission davon ausgeht, dass via Verpflichtungsangebote von H3G fusionsbedingte Markteintrittshürden abgebaut werden können, sieht die WEKO keine Auflagen und/oder Bedingungen, auf deren Grundlage sie die Fusion hätte bewilligen können. Die WEKO hat im Rahmen ihrer Prüfung auch **Effizienzvorteile** geprüft, weshalb sie die Fusion bei einem **SIEC-Test** vermutlich nicht anders beurteilt hätte. Allerdings ist unbekannt, wie der Fusionsfall unter denselben Voraussetzungen (d.h. unter Art. 10 Abs. 2 KG) letztlich vom Bundesgericht entschieden worden wäre, wenn Sunrise und Orange gegen das Fusionsverbot rekuriert hätten. Es darf davon ausgegangen werden, dass ein Fusionsverbot auf der Grundlage eines im Gesetz verankerten SIEC-Tests, mit der Möglichkeit unterhalb der qualifizierten Marktbeherrschungsgrenze einzugreifen, auch vor Bundesgericht Bestand hätte. Unter diesen Voraussetzungen hätte in der Schweiz ggf. zusätzlich ein **«Chilling-Effekt»** dazu geführt, dass das Vorhaben des **Unternehmenszusammenschlusses womöglich gar nicht angestrebt worden wäre**.

Im Rahmen der Fusionskontrolle würden mit dem SIEC-Test die zu erwartenden Marktwirkungen quantitativer abgeschätzt werden können. Ein Fusionsregime mit dem SIEC-Test dürfte bei Behörden und betroffenen Unternehmen im Telekomsektor aber im Vergleich zum Status quo beim qualifizierten Marktbeherrschungstest nicht generell mit mehr **Untersuchungsumfang** verbunden sein.

3.2.4 Unternehmenszusammenschlüsse im Mediensektor¹⁴

Die Übernahme von 20 Minuten durch Tamedia und BZ sowie die Beteiligung der Berner Zeitung AG (BZ) an der Express Zeitung (CH) wird verglichen mit Zusammenschluss von zwei Gratis-Tageszeitungen «Metro» und «Harald AM» (EU).

- **CH: Tamedia AG und die Berner Zeitung AG** kündigten am 15. April 2003 gegenüber der Wettbewerbskommission die Absicht an, über eine Beteiligung an der Express Zeitung AG (Tochter von Tamedia) gemeinsam die **Kontrolle über 20 Minuten** zu übernehmen. Am 5. August 2003 kündigte zudem die Espace Media Groupe (Mehrheitsaktionärin der Berner Zeitung) eine Minderheitsbeteiligung an der Bund Verlag AG an. Die WEKO hat die Übernahme von 20 Minuten durch Tamedia via Express Zeitung am 15. September 2003 bewilligt. Die Beteiligung der Berner Zeitung AG (BZ) an der Express Zeitung hat sie am 19. Januar 2004 untersagt.
- **UK: In Irland planten Irish Times Limited (ITL) und DMG Ireland Holdings (DMG), die gemeinsamen Inhaber von Fortunegreen und Herausgeber der Gratis-Tageszeitung Metro, mit der Gratis-Tageszeitung Herald AM zu fusionieren** (Sache M/09/01), die von Independent Newspaper Limited (Independent) herausgegeben wird. Der Zusammenschluss soll durch die Beteiligung des Independent an Fortunegreen und durch die Verschmelzung von Metro und Herald AM zu Metro Herald erfolgen. Die Competition and Consumer Protection Commission hat den Zusammenschluss unter einer Auflage am 6. November 2009 bewilligt.

Die Faktenlage zu den beiden Fällen aus dem Medienbereich stellt sich wie folgt dar (vgl. Tabelle 4):

Tabelle 4 Unternehmenszusammenschlüsse im Medienbereich

	CH: Einstieg der Berner Zeitung bei 20 Minuten	UK: Zusammenschluss der beiden Gratis-Tageszeitungen Metro und Herald AM zu Metro Herald
Relevanter Markt	<p>Lesermarkt: Pendlerzeitungen</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ 20 Minuten: 100 Prozent Marktanteil im Pendlerzeitungsmarkt <p>Lesermarkt: Regionale Tageszeitungen Bern</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Region Bern: Berner Zeitung (70 Prozent) und Bund (30 Prozent) <p>Werbemarkt:</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ 20 Minuten: 100 Prozent Marktanteil bei zielgruppenorientierter Werbung in ihrem Verteilungsgebiet ▪ Regionale/lokale Firmenwerbung, Rubriken- und Ankündigungsanzeigen: Bund, Berner Zeitung (50-75 Prozent), Berner Bär, Anzeiger Region Bern 	<p>Lesermarkt:</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Täglich erscheinende Gratis- und Bezahlzeitungen im Grossraum Dublin ▪ Drei Verlage: Irish Times Limited (2 Titel), DMG Ireland Holding (2 Titel), Independent Newspaper (4 Titel). <p>Werbemarkt:</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Unternehmens-, Dienstleistungs- und Produktwerbung ▪ Markt für Rubriken und Kleinanzeigen

¹⁴ Die detaillierte Darstellung der Fallvergleichsanalyse zu den Fusionen im Medienbereich findet sich im Anhang (Anhang A.4).

	CH: Einstieg der Berner Zeitung bei 20 Minuten	UK: Zusammenschluss der beiden Gratis-Tageszeitungen Metro und Herald AM zu Metro Herald
Unilaterale Effekte / Einzelmarktherrschaft	<p>Lesermarkt:</p> <ul style="list-style-type: none"> Keine Auswirkungen durch den Zusammenschluss, da BZ und 20 Minuten unterschiedliche Lesermärkte bedienen <p>Werbemarkt:</p> <ul style="list-style-type: none"> Bei lokaler Firmenwerbung kann es in der Agglomeration Bern zu Marktmacht führen. Nebst den drei wirtschaftlich abhängigen Titeln 20 Minuten, BZ und Bund gibt es nur den Anzeiger Region Bern als potenziell unabhängige Alternative Regionale Rubriken- und Ankündigungsanzeigen: Internetangebote bieten genügend Substitutionsmöglichkeiten zu den Tageszeitungen 	<p>Lesermarkt:</p> <ul style="list-style-type: none"> Keine Auswirkungen durch den Zusammenschluss, da Inhalte der Gratis-Tageszeitungen den Lesern auch über andere Quellen zugänglich sind <p>Werbemarkt:</p> <ul style="list-style-type: none"> Markt für Rubrikenwerbung: Fusionierenden Gratis-Tageszeitungen stehen im Wettbewerb mit reinen Kleinanzeigenpublikationen und Online-Diensten (Markt vom geplanten Zusammenschluss nicht betroffen) Markt für Anzeigen (Firmenwerbung etc.): Bereits vor Zusammenschluss hoher HHI. Evening Herald kann Handlungsspielraum der Fusionspartner einschränken. Da der Verlag des Evening Herald nach Zusammenschluss an der neuen Gratis-Tageszeitung beteiligt wäre, könnte er diese daran hindern, den Evening Herald wettbewerbsfähig unter Druck zu setzen
Koordinierte Effekte / kollektive Marktherrschaft	Werden nicht untersucht	Zusammenschluss schafft ein Forum (Fortune-green), das koordiniertes Verhalten zwischen den drei Verlagen erleichtert. Zudem Gefahr, dass sich die Verlage mit ihren bestehenden Tageszeitungen und der neuen Tageszeitung über dieses Forum koordinieren.
Effizienzgewinne	Parteien argumentieren, der Zusammenschluss stärke Region Bern auf dem nationalen Werbemarkt gegenüber den Zürcher Verlagen; regionaler Zusammenschluss beeinflusst gemäss WEKO nationale Verhältnisse nicht	Gemäss Parteien Effizienzsteigerungen in Verteilung, Druck, Verkauf und Marketing; Behörde tritt mangels Daten nicht darauf ein.
Entscheid	Zulassung der Fusion unter Auflagen: Der Zusammenschluss wird unter der Auflage genehmigt, dass sich die Espace Media Groupe weder direkt noch indirekt um die Konzession des Anzeigers Region Bern bewerben darf.	Zulassung der Fusion unter Auflagen: Die Kompetenzen von Fortune-green sind so auszugestalten, dass sie wesentliche wettbewerbsliche Entscheidungen unabhängig von den Inhabern (den drei Verlagen) treffen kann. Die Verwaltungsräte von Fortune-green dürfen zudem keine Verantwortlichkeiten im Werbegeschäft irgendeiner anderen Tageszeitung in der Grossregion Dublin innehaben.

Quelle: Zusammenstellung durch Polynomics.

Kernerkenntnisse aus dem Fallvergleich im Medienbereich

Bei beiden Fällen geht es um Gratis-Tageszeitungen und schwergewichtig um die **Auswirkungen auf den regionalen und lokalen Werbemarkt**. Im irischen Fallbeispiel geht es um den Zusammenschluss zweier Gratis-Tageszeitungen im Grossraum Dublin zu einer einzigen Gratis-Tageszeitung. Im Schweizer Fall hingegen geht es um die Übernahme einer Gratis-Tageszeitung durch zwei Verlagshäuser. Die irische Wettbewerbsbehörde sowie die Schweizer REKO WEF kommen beide zum Schluss, dass der Lesermarkt von den geplanten Zusammenschlüssen nicht negativ betroffen ist und fokussieren deshalb auf den Anzeigenmarkt.

Die irische Wettbewerbsbehörde und die REKO WEF gehen bei der Marktabgrenzung vergleichbar vor. Sie untersuchen unterschiedliche Zeitungstitel (Tageszeitungen, Wochenzeitungen, Sonntagszeitungen etc.) mit unterschiedlicher Reichweite (nationale, regionale und lokale Titel).

Beim Anzeigenmarkt erfolgt eine Unterscheidung zwischen Rubrikenwerbung (Stellenangebote, Wohnungsmarkt etc.) und Firmen- bzw. Produktwerbung. Beide Organisationen orten wettbewerbsrechtliche Bedenken im lokalen bzw. regionalen Werbemarkt für Firmen- und Produktwerbung.

Die **irische Behörde erachtet sowohl unilaterale Effekte** (zwischen dem Independent-Verlag und der Gratis-Tageszeitung Metro Herald) **als auch koordinierte Effekte** (zwischen den drei Verlagen als Inhaber von Fortnégreen) als kritisch. Sie erlässt deshalb bestimmte organisatorische Auflagen, welche die Gefahr von Koordination über dieses neu geschaffene Forum dämpfen soll. Beim **Schweizer Fall** steht die Frage nach der **Einzelmarktherrschaft** durch Espace Media Groupe im Zentrum, weshalb keine koordinierten Effekte untersucht werden.

Mit dem qualifizierten Marktbeherrschungstest genügt es aus Sicht der REKO WEF sicherzustellen, dass mindestens ein ernst zu nehmender Wettbewerber im Markt verbleibt. Da der Marktanteil der Espace Media Groupe im Markt für lokale Firmenkundenanzeigen jedoch vermutlich relativ hoch war, wäre eine vertiefte Prüfung der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die Inseratepreise möglicherweise angezeigt gewesen. Im Rahmen eines **SIEC-Tests** wäre es möglich gewesen, solchen Auswirkungen Rechnung zu tragen. Andererseits zeigt der Entscheid der irischen Wettbewerbsbehörde, dass selbst unter Anwendung des SLC- bzw. SIEC-Tests **nicht zwingend ein anderes Ergebnis** zu erwarten ist. Sie hat den Zusammenschluss der Gratis-Tageszeitungen trotz Anwendung des SLC-Tests ebenfalls unter Auflagen bewilligt.

Gemäss den uns zur Verfügung stehenden Unterlagen schätzen wir den **Untersuchungsumfang** in beiden Fällen als vergleichbar ein. Beide Behörden haben Umfragen bei der Marktgegenseite (Werbeauftraggeber) und SSNIP-Tests durchgeführt. Die Begründungen für die Entscheide der beiden Behörden weisen einen vergleichbaren Umfang mit grösstenteils denselben Themen auf. In diesem Fall wäre kein administrativer Mehraufwand durch Anwendung des SIEC-Tests anstelle der qualifizierten Marktbeherrschung zu erwarten gewesen.

4 Erkenntnisse aus der Fallvergleichsanalyse

Basierend auf der Fallvergleichsanalyse zeigt sich, dass bei der Anwendung des SIEC-Tests spezifische Fälle in der Schweiz womöglich anders entschieden worden wären. Mit Blick auf die Eingriffsmöglichkeiten können Lücken fallbezogen gut dokumentiert werden. Von Interesse ist aber auch, inwieweit bei Beibehaltung des Status quo die internationale Verfahrenskohärenz gefährdet ist, eine Einschätzung, die mit Blick auf die abschliessend hervorgehende Generalempfehlung ebenso von Bedeutung ist.

4.1 Auswirkungen unterschiedlicher Prüfkriterien bei der Fusionskontrolle

Aus der Fallvergleichsanalyse geht hervor, dass die Wettbewerbsbehörden in der EU sachlich und geografisch **relevante Märkte methodisch vergleichbar, wenn auch nicht identisch abgrenzen**, wie dies die Fallvergleichsanalyse aus dem Mediensektor exemplarisch zeigt. Das Prüfkriterium hat keinen Einfluss auf die Marktabgrenzung. Die Bestimmung des relevanten Marktes kann unabhängig vom Prüftest bspw. durch den Test «Small but Significant and Non-transitory Increase of Price» (SSNIP) operationalisiert werden. Nach der Definition der relevanten Märkte können Marktanteile berechnet werden, was einen ersten Hinweis auf die Wahrscheinlichkeit von Wettbewerbsbedenken gibt.

Die **Fallvergleichsanalyse** zeigt, dass die WEKO und die europäischen Wettbewerbsbehörden aufgrund unterschiedlichen Fusions-Prüfkriterien auch einen unterschiedlichen Analysefokus haben. So konzentriert sich die WEKO in den Zusammenschlussvorhaben in den Bereichen Grosshandel und Medien auf Marktstrukturdaten. Diese bilden die Grundlage für die Eingriffe im Rahmen des qualifizierten Marktbeherrschungstests. Demgegenüber fokussieren sich bei der Fusion im Grosshandel und auch im Mediensektor die EU-Wettbewerbsbehörden (Europäische Kommission und Competition and Consumer Protection Commission) auf die unilateralen Effekte, wobei strukturelle Marktdaten (Marktanteile, Markteintrittsbarrieren etc.) ebenfalls erhoben bzw. berücksichtigt werden. In beiden Fallvergleichsanalysen spielen koordinierte Effekte wegen den marktspezifischen Gegebenheiten keine Rolle. Beim Detailhandel untersucht die WEKO die Frage einer qualifizierten Einzelmarktbeherrschung sowie einer qualifizierten kollektiven Marktbeherrschung (somit koordinierte Effekte) bezogen auf Absatz- und Beschaffungsmärkte. Das BKA dagegen untersucht bezogen auf Absatz- und Beschaffungsmärkte unilaterale Effekte. Im europäischen Detailhandels-Zusammenschluss sind koordinierte Effekte ohne Bedeutung. Beim Fallvergleich im Telekomsektor letztlich führen die unterschiedlichen Marktsituationen dazu, dass der Analysefokus in der EU die unilateralen Effekte, in der Schweiz dagegen die koordinierten Effekten sind. Aufgrund der hohen Eingriffsschwelle des qualifizierten Marktbeherrschungstests stellte sich für die WEKO die Frage der erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung nicht.

SIEC-Test und **Effizienzeinrede** korrespondieren in der Theorie besser miteinander. Aus der Fallvergleichsanalyse geht jedoch hervor, dass Effizienzüberlegungen als Element des wirkungsorientierten Ansatzes in der Schweiz auch mit einem strukturorientierten Prüftest von einer gewissen Bedeutung sind.

Beim Schweizer Grosshandelsfall wird die Effizienzeinrede nicht untersucht, obwohl die Parteien diese vorbringen. Im EU-Grosshandelsfall bleibt die Frage nach den Effizienzvorteilen bei den Umfragen im Marktumfeld unerwähnt. Bei den Detailhandels- und Telekomfällen spielt die Effizienzeinrede weder in der Schweiz noch in EU eine Rolle. In den Medienfällen wird die Behandlung von Effizienzfragen zwar betrachtet, jedoch im Fazit nicht behandelt. Somit sollte die

Bedeutung der Effizienzeinrede nicht überschätzt werden. Im Zuge der Einführung des SIEC-Tests ist diesbezüglich nicht von grossen Veränderungen auszugehen. Unter dem SIEC-Test kann jedenfalls keine Fusion allein infolge der Effizienzeinrede genehmigt werden.

Aufgrund der vier Fallvergleichsanalysen kann gut aufgezeigt werden, welche Bedeutung das unterschiedliche Prüfkriterium auf die Analysepraxis und auch das Analyseergebnis haben dürfte. Sowohl aus dem Grosshandels- als auch aus dem Detailhandels-Fallvergleich geht hervor, dass die WEKO auf der Basis des SIEC-Tests das zukünftige Marktverhalten des jeweiligen fusionierten Unternehmens vertiefter untersucht und die Zusammenschlüsse aufgrund des Schädigungspotenzials womöglich untersagt und nicht mit Auflagen genehmigt hätte. Aus der Analyse des Fallvergleichs aus der Telekommunikation wird ersichtlich, dass die WEKO mit dem SIEC-Test vermutungsweise einen komplett anderen Untersuchungsfokus gewählt hätte. Die Fusion wäre unter dem SIEC-Test womöglich gar nicht angestrebt worden. Einzig die Fallvergleichsanalyse im Mediensektor ergibt kein eindeutiges Ergebnis. Vermutlich wäre auch in diesem Fall den unilateralen Effekten ein grösseres Gewicht beigemessen worden.

Aufgrund der Fallvergleichsanalyse gelangt man zum Schluss, dass die WEKO unter dem qualifizierten Marktbeherrschungstest den Fokus ihrer Analyse stärker auf koordinierte Effekte legt, wogegen der **Analysefokus beim SIEC-Test eher bei den unilateralen Effekten** liegt. In der EU wurde bisher nur wenige Fusionen¹⁵ infolge der Untersuchung ausschliesslich koordinierter Effekte untersagt. Mit dem qualifizierten Marktbeherrschungstest dagegen ist es kaum möglich, eine Fusion allein auf der Grundlage einer Einzelmarktbeherrschung zu untersagen.

4.2 Einschätzung zu den «Lücken» zwischen den unterschiedlichen Tests

Aufschlussreich sind im Rahmen der Fallvergleichsanalyse auch die «**Lücken**», die der qualifizierte Marktbeherrschungstest im Vergleich zum SIEC-Test aufweist:

Im Rahmen der Prüfung der Übernahme von **Steffen-Ris durch Fenaco** kann die WEKO in den Kartoffelmärkten in der Schweiz eine möglicherweise schädliche Einzelmarktbeherrschung unter dem qualifizierten Dominanztest nicht mit gezielten Auflagen oder einer Untersagung verhindern. Die Europäische Kommission hingegen kann bei der Prüfung der Übernahme von Dole Food durch Total Produce mit einer strukturellen Auflage den Schaden am Wettbewerb abwenden.

Das Bundeskartellamt stellt im Rahmen der Prüfung der Übernahme von Kaiser's Tengelmann durch Edeka sowohl in den Absatzmärkten wie auch in den Beschaffungsmärkten im Detailhandel eine Schädigung des Wettbewerbs fest und kann den Zusammenschluss untersagen. Die WEKO stellte zwar ebenfalls fest, dass die **Übernahme von Denner durch Migros** den Wettbewerb in den Absatzmärkten im Detailhandel erheblich beeinträchtigt. Allerdings war unter dem qualifizierten Dominanztest in dieser Hinsicht kein Eingriff möglich. Beim SIEC-Test hätte die WEKO bei dieser Feststellung eingreifen und geeignete Auflagen (z.B. Veräusserung von Filialen) verhängen können.

Auf der Grundlage des qualifizierten Marktbeherrschungstests kann die WEKO beim **Zusammenschlusses Orange und Sunrise** nicht prüfen, ob sich daraus schädliche unilaterale Effekte unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle ergeben. Die Europäische Kommission kann diese Effekte bei der Prüfung der Übernahme Orange durch Hutchison 3G Austria untersuchen. Sie

¹⁵ So stützen sich z.B. strukturelle Auflagen in COMP/M.4980 ABF/GBI Business (European Commission, 2008) auf die koordinierten Effekte und nicht auf unilaterale Effekte in den spanischen und portugiesischen Hefe-Märkten.

stellt fest, dass der Zusammenschluss ohne Auflagen zu höheren Preisen führen würde und kann entsprechend eingreifen. Die zusätzliche Untersuchung unilateraler Effekte in der Schweiz würde in diesem Einzelfall zwar mehr Aufwand bedeuten. Möglicherweise wäre der Zusammenschluss aber gar nicht angestrebt worden, weil eine Untersagung umso wahrscheinlicher war. Dieser Chilling-Effekt würde den Aufwand wiederum senken.

Die WEKO stellt fest, dass der **Einstieg der Berner Zeitung bei 20 Minuten** zu einer schädlichen Einzelmarktbeherrschung führt. Die REKO WEF hebt den Entscheid auf, weil das Gesetz zusätzlich die Möglichkeit der Beseitigung des Wettbewerbs durch den Zusammenschluss verlangt. Die WEKO hätte unter dem SIEC-Test analog zur irischen Behörde bei der Prüfung des Zusammenschlusses «Metro» und «Herald AM» die Möglichkeit gehabt, bei schädlichen Zusammenschlüssen mit geeigneten Mitteln einzugreifen.

4.3 Internationale Verfahrenskohärenz mit dem SIEC-Test

Die vorliegende Studie befasst sich mit den Unterschieden der materiellen Prüfungssysteme bei Zusammenschlüssen in der Schweiz und der EU. Daher ist auch die Frage von Bedeutung, ob bei parallelen Zusammenschlussverfahren eine Gefahr widersprüchlicher Entscheide besteht (vgl. zum Thema auch OECD (2002, 38 ff.).

Der **SIEC-Test beinhaltet eine tiefere Interventionsschwelle** als der qualifizierte Marktbeherrschungstest gemäss schweizerischem Kartellgesetz. Die beiden Prüfungen unterscheiden sich aber auch in qualitativer Hinsicht. Die Schweizer Fusionskontrolle basiert vorwiegend auf Strukturdaten, d.h. Marktanteile der Fusionsparteien und der Wettbewerber etc., dem Ausmass von potenziellem Wettbewerb und der Stellung der Marktgegenseite. Der SIEC-Test benützt zwar die vorgenannten Kriterien ebenfalls als Entscheidungsgrundlage, fügt aber dann auch (und insbesondere) noch die Frage nach dem potenziell zukünftigen Marktverhalten der neu zusammengesetzten Einheit, sowie den übrigen auf dem Markt verbleibenden Akteure an.

Dass diese unterschiedlichen Prüfkriterien nicht nur in der Theorie zu unterschiedlichen Prüfungsergebnissen führen können, zeigen die in dieser Analyse beschriebenen Zusammenschlussfälle. So dürfte es im Zusammenschlussfall «Fenaco/Steffen Ris» bei Anwendung des SIEC-Tests zu einer Untersagungsentscheid kommen.

Die Schweiz ist nicht Mitglied der EU. Entsprechend gilt in der Schweizer Fusionskontrolle nicht das «One stop-shop»-Prinzip wie in den Mitgliedstaaten der EU. **Parallele Fusionskontrollverfahren** in Brüssel und in Bern sind daher möglich und in der Praxis sogar recht häufig. Gemäss Meldeformular gelten in der Schweiz denn auch inhaltliche Erläuterungen in Fällen, in denen ein Zusammenschluss auch in der EU gemeldet werden muss (vgl. etwa Abschnitte B. und K. des Meldeformulars). Neben den unterschiedlichen materiellen Prüfkriterien kommen im Verhältnis EU-CH auch die recht deutlichen Unterschiede bei den Prüf Fristen hinzu. In der Schweiz sind diese Fristen klar kürzer und sehen beispielsweise keine Verlängerungsmöglichkeiten in Fällen der Diskussion von Auflagen usw. vor.

Internationale Zusammenschlussverfahren können in der Praxis in den meisten Fällen nicht geografisch geteilt werden. Widersprüchliche Entscheide der Fusionskontrollbehörden führen somit zu erheblichen Schwierigkeiten bei der Umsetzung des betroffenen Zusammenschlusses (Zurkinden, 1997, S. 11). Eine vergleichbare Konstellation kann auch entstehen, wenn die zuständigen Wettbewerbsbehörden in parallelen Zusammenschlussverfahren unterschiedlich erhebliche Auflagen machen. Im Zusammenschlussfall Ciba Geigy/Sandoz sind beispielsweise solche Probleme aufgetaucht. Die Europäische Kommission genehmigte diesen Fall mit nur wenigen Auflagen

(Europäische Kommission, 1996), währendem die US-Behörde ihre Genehmigung mit teilweise gewichtigen Auflagen verband (Federal Trade Commission, 1997). Der wohl bekannteste Fall war aber der Zusammenschluss zwischen den Flugzeugbauern Boeing und Mc Donnell, wo die Europäische Kommission (European Commission, 1997), im Unterschied zur Federal Trade Commission in den USA, zum Zusammenschluss ursprünglich schwere Bedenken äusserte, ihn dann aber später genehmigte¹⁶.

Selbst wenn, wie die Praxis der letzten Jahre zeigt, sich die **Gefahren von widersprüchlichen Entscheiden** zwischen der Schweiz und der EU bisher nicht manifestiert hat, kann dieses Risiko nicht ausgeschlossen werden, mit den oben erwähnten Auswirkungen in wirtschaftlicher Hinsicht, die es zu berücksichtigen gilt.

4.4 Generalfazit und Empfehlung

Die bisherige Fallpraxis zeigt, dass es in der Schweiz sehr schwierig ist, eine Fusion zu untersagen. Dies hat zum einen mit dem Erfordernis zu tun, dass ein Unternehmenszusammenschluss für eine Untersagung nicht nur eine Marktbeherrschung begründen oder verstärken muss, sondern die Möglichkeit einer Wettbewerbsbeseitigung schaffen muss. Zum anderen dürfen unilaterale Effekte unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle per Gesetz gar nicht erst untersucht werden. Beide Sachverhalte sind aus wettbewerbsökonomischer Sicht sehr unbefriedigend.

Es stellt sich die Frage nach einem Wechsel zum neuen Prüfkriterium des SIEC-Tests und damit einhergehend auch der Effizienzeinrede. Lohnt sich der Wechsel aufgrund der aus ökonomischer Sicht umfangreicheren und systematischeren Prüfqualität? Oder wird dieser Vorteil ggf. wieder dadurch zunichtegemacht, dass die Einführung des neuen Prüfkriteriums zu einem vergleichsweise viel umfassenderen Untersuchungsumfang führen würde? Die Fallvergleichsanalyse zeigt, dass nicht generell von einem erhöhten Aufwand infolge von zusätzlichen Datenauswertungen auszugehen ist, wenn man einmal davon absieht, dass mit einer Systemumstellung jeweils Umstellungskosten einhergehen, bis sich das neue System eingeschwungen hat. Die Einführung des SIEC-Tests wäre in Einzelfällen ggf. mit Mehraufwand verbunden. Die **Fusionsprüfung** dürfte aber im Generellen **nicht umfangreicher ausfallen**, sondern vielmehr infolge der Umsetzung ökonometrischer Tests etwa im Rahmen der Analyse unilateraler Effekte primär anspruchsvoller sein.

Insgesamt gehen die Autoren auf der Grundlage der Fallvergleichsanalyse davon aus, dass sich ein **Wechsel vom qualifizierten Marktbeherrschungstest hin zum SIEC-Test einschliesslich der Effizienzeinrede** aus ökonomischer und auch aus rechtlicher Sicht – konsistente und vergleichbare Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen im europäischen Ausland und in der Schweiz – **rechtfertigt und insofern empfohlen werden sollte**. Auch mit Blick auf die digitalisierte Wirtschaft dürfte eine Fusionspraxis mit einem Prüftest zielführender sein, bei dem weniger auf Marktanteile abgestellt wird. Betreffend Modalitäten, wie ein SIEC-Test für die Schweiz konkret gesetzlich einzuführen ist, sei auf die Empfehlungen in der vom SECO in Auftrag gegebenen Studie zum SIEC-Test aus dem Jahr 2017 hingewiesen (Jaag et al., 2017).

¹⁶ Vgl. <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/1997/07/ftc-allows-merger-boeing-company-and-mcdonnell-douglas> (Seite eingesehen im November 2019).

5 Verzeichnisse

5.1 Literatur

- Aguzzoni, L., Buehler, B., Di Martile, L., Ecker, G., Kemp, R., Schwarz, A., & Stil, R. (2015). *Ex-post analysis of two mobile telecom mergers: T-Mobile/tele.ring in Austria and T-Mobile/Orange in the Netherlands*. Brussels: Authority for Consumer & Markets, European Commission, Rundfunk & Telekom Regulierungs-GmbH RTR.
- Ahlborn, C., Evans, D. S., & Padilla, A. J. (2003). *The Antitrust Economics of Tying A. Farewell to Per Se Illegality* (Nr. 03–3). Washington D.C.: Brookings Institution.
- Bain, J. S. (1951). Relation of Profit Rate to Industry Concentration: American Manufacturing, 1936-1940. *Quarterly Journal of Economics*, 65, 293–324.
- Bain, J. S. (1956). *Barriers to New Competition*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Bundesgericht (2007a). *Bundesgerichtsentscheid der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung i.S. Wettbewerbskommission gegen Aare-Tessin AG für Elektrizität (Atel) und Mitb. Sowie Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (Verwaltungsgerichtsbeschwerde)*, 2A.325/2006 (Bundesgericht 13. Februar 2007).
- Bundesgericht (2007b). *Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 4. Mai 2006*, 2A.327/2006 (Bundesgericht 22. Februar 2007).
- Bundeskartellamt (2012). *Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle*. Bonn: Bundeskartellamt.
- Bundeskartellamt (2015). Beschluss in dem Verwaltungsverfahren B2-96/14—Fusionskontrollverfahren Verfügung gem. § 40. Abs. 2 GWB, B2-96/14.
- Competition Authority (2009). *Determination of Merger Notification M/09/013—Metro / Herald AM.*, M/09/013 (Competition Authority 11. Juni 2009).
- Dreher, M., Kulka, M., & Rittner, F. (2016). *Wettbewerbs- und Kartellrecht. Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Kartellrechts* (9., neu bearbeitete Auflage). Heidelberg: C.F. Müller.
- EuGH (1979). *Judgment of the Court of 13 February 1979. - Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities. - Dominant position. - Case 85/76*, European Court Reports 1979-00461 (EuGH 13. Februar 1979).
- EuGH (2002). *Judgment of the Court of First Instance (Fifth Chamber, extended composition) of 6 June 2002. - Airtours plc v Commission of the European Communities. - Competition—Regulation (EEC) No 4064/89—Decision declaring a concentration to be incompatible with the common market—Application for annulment—Relevant market—Collective dominant position—Proof. - Case T-342/99*, European Court Reports 2002 II-02585 (EuGH 6. Juni 2002).
- Europäische Kommission (1996). *Entscheidung der Kommission vom 17. Juli 1996 in einem Verfahren nach der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates (Sache Nr. IV/M.737—Ciba-Geigy/Sandoz)*, (Europäische Kommission 17. Juli 1996).

- Europäische Kommission (2004). *Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäss der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (2004/C 31/03) (S. C31/5-18)*. Brüssel.
- Europäische Kommission (2014). *Mitteilungen der Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union, Mitteilung der Europäischen Kommission, Kriterien für die Würdigung der Vereinbarkeit von staatlichen Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse mit dem Binnenmarkt (2014/C 188/02) (S. C 1888/4-12) [Amtsblatt der Europäischen Union]*. Brüssel: Europäische Kommission.
- European Commission (1997). *Commission Decision of 30 July 1997 declaring a concentration compatible with the common market and the functioning of the EEA Agreement (Case No IV/M.877—Boeing/McDonnell Douglas)*, C(97) 2598 final (European Commission 30. Juli 1997).
- European Commission (2008). *Commission Decision of 23 September 2008, declaring a concentration to be compatible with the common market and the EEA Agreement (Case No COMP/M.4980—ABF/ GBI Business)*, (European Commission 23. September 2008).
- European Commission (2012). *Commission Decision of 12 December 2012, declaring a concentration to be compatible with the internal market and the EEA agreement (Case No COMP/M.6497 – Hutchison 3G Austria / Orange Austria)*, (European Commission 12. Dezember 2012).
- European Commission (2018). *Commission Decision of 30 July 2018, pursuant to Article 6(1)(b) in conjunction with Article 6(2) of Council Regulation No 139/2004 (Case M.8829 – Total Produce/Dole Food Company)*, (European Commission 30. Juli 2018).
- Farell, J., & Shapiro, C. (2010). Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition. *The B. E. Journal of Theoretical Economics*, 10(1), Article 9.
- Federal Trade Commission (1997). *CIBA-Geigy Limited, Sandoz Ltd., and Novartis AG., et al., In the Matter of Ciba-Geigy Limited, Ciba-Geigy Corporation, Chiron Corporation, Sandoz Ltd., Sandoz Corporation, and Novartis AG*, FTC Matter/File Number: 961 0055 (Federal Trade Commission 8. April 1997).
- Funk, M., Jaag, C., & Rutz, S. (2019). Gefährdete Kohärenz im Kartellrecht. *sic!*, (5), 304–306.
- Heizmann, R. A., & Togni, L. D. (2012). Neuregelung der Zusammenschlusskontrolle. In R. Zäch, R. H. Weber, & A. Heinemann (Hrsg.), *Revision des Kartellgesetzes—Kritische Würdigung der Botschaft 2012 durch Zürcher Kartellrechtler*. DIKE.
- Jaag, D. C., Rutz, D. S., & Jacober, N. (2017). *Einführung des SIEC-Tests—Auswirkungen auf die Schweizer Fusionskontrolle* [Studie im Auftrag des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO]. Zürich: Swiss Economics.
- Knieps, G. (2005). *Wettbewerbsökonomie—Regulierungstheorie, Industrieökonomie, Wettbewerbspolitik* (Zweite, überarbeitete Auflage). Berlin, Heidelberg: Springer.
- Kokkoris, I. (2007). The Development of the Concept of Collective Dominance in the ECMR. From its Inception to its Current Status. *World Competition*, 30(3), 419–448.
- Kühn, K.-U. (2008). The Coordinated Effect of Mergers. In *Handbook of Antitrust Economics* (S. 107 f.). Cambridge, Massachusetts: MIT Press.

- Landes, W. M., & Posner, R. A. (1981). Market Power in Antitrust Cases. *Harvard Law Review*, 94(5), 937–997.
- Mason, E. S. (1939). Price and Product Policies of Large-Scale Enterprise. *American Economic Review*, 29, 61–74.
- Mason, E. S. (1949). The Current State of the Monopoly Problem in the United States. *Harvard Law Review*, 62(8), 1265–1285.
- Padilla, J. (2014). The Use of Economic Theory and Evidence in Recent Phase II EU Mergers: A Practitioner's Viewpoint. In *International Antitrust Law & Policy. Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute*. Huntington, NY: Juris Publishing, Inc.
- Phillips, A. (1976). A Critique of Empirical Studies of Relations Between Market Structure and Profitability. *Journal of Industrial Economics*, 24, 241–249.
- Posner, R. A. (1979). The Chicago School of Antitrust Analysis. *University of Pennsylvania Law Review*, 127(4), 925.
- Rat der Europäischen Union (2004). Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (FKVO), Nr. 139/2004 Amtsblatt der Europäischen Union (2004).
- Röller, L.-H. (2004). *Der ökonomische Ansatz in der europäischen Wettbewerbspolitik*. Brüssel: DG COMP, Europäische Kommission.
- Röller, L.-H., & De La Mano, M. (2006). The Impact of the New Substantive Test in European Merger Control. *European Competition Journal*, 2(1), 9–28.
- Salop, S. C., & Moresi, S. (2009). Updating the Merger Guidelines: Comments. *SSRN Electronic Journal*. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2756487>
- Schweizer Bundesrat (1996). *Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU) vom 17. Juni 1996 (Stand am 1. Januar 2013)*, Pub. L. No. SR 251.4 (1996).
- Strohm, A. (2007). Effizienzen in der Fusionskontrolle. In G. Hirsch, F. Montag, & F. Säcker (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht*, München: C. Beck.
- Stühmeier, T. (2018). Nicht-koordinierte und koordinierte Effekte in der Fusionskontrolle. *Wirtschaft und Wettbewerb WuW*, (7–8), 390–392.
- Tyagi, K. (2018). Four-to-Three Telecoms Mergers: Substantial Issues in EU Merger Control in the Mobile Telecommunications Sector. *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 49(2), 185–220.
- U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission (2010). *Horizontal Merger Guidelines*. Washington, D.C.
- WEKO (2004a). Unternehmenszusammenschluss NZZ-Espace-Bund. *Recht und Politik des Wettbewerbs RPW*, 2, 485–524.
- WEKO (2004b). Unternehmenszusammenschlüsse—Berner Zeitung AG/20 Minuten (Schweiz) AG. *Recht und Politik des Wettbewerbs RPW*, 2, 529–583.

- WEKO (2006). Beschwerdeentscheid (FB/2004-4) vom 4. Mai 2006 in Sachen Berner Zeitung AG. *Recht und Politik des Wettbewerbs RPW*, 2, 347–390.
- WEKO (2008a). Unternehmenszusammenschlüsse—Fenaco/Steffen-Ris Holding AG. *Recht und Politik des Wettbewerbs RPW*, 2, 290–337.
- WEKO (2008b). Unternehmenszusammenschlüsse—Migros/Denner. *Recht und Politik des Wettbewerbs RPW*, 1, 129–212.
- WEKO (2010a). Unternehmenszusammenschlüsse—France Télécom SA/Sunrise Communications AG. *Recht und Politik des Wettbewerbs RPW*, 3, 499–563.
- WEKO (2010b). *Verfügung vom 21. April 2010 betreffend das Zusammenschlussvorhaben 41-0594: France Télécom SA / Sunrise Communications AG* [Verfügung]. Bern: Wettbewerbskommission WEKO.
- WEKO (2018). Unternehmenszusammenschlüsse—AZ Medien/NZZ. *Recht und Politik des Wettbewerbs RPW*, 4, 866–921.
- Zimmer, D. (2009). *Kartellrecht – Vortrag auf dem Symposium zu Ehren von Christian Kirchner*. Abgerufen von https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/em/knr/daniel_zimmer.pdf

5.2 Abbildungen

- Abbildung 1 Tests zur Fusionsprüfung im Vergleich10
- Abbildung 2 Beteiligungsstruktur 20 Minuten und des Regionalzeitungsmarkts Bern A.4-i
- Abbildung 3 Beteiligungssituation Gratis-Tageszeitungen in der Grossregion Dublin A.4-ii

5.3 Tabellen

- Tabelle 1 Unternehmenszusammenschlüsse im Grosshandel.....12
- Tabelle 2 Unternehmenszusammenschlüsse im Detailhandel14
- Tabelle 3 Unternehmenszusammenschlüsse in der Telekommunikation18
- Tabelle 4 Unternehmenszusammenschlüsse im Medienbereich.....20

Anhang zur Fallvergleichsanalyse

Im Folgenden werden die im Gutachten in der gebotenen Kürze dargestellten Vergleichsfälle zur Fusionspraxis in der Schweiz und in der EU (Abschnitt 3.2) detailliert erläutert und begründet.

A.1 Zusammenschlusspraxis im Grosshandel

A.1.1 Fallbeschreibungen

A.1.1.1 Übernahme der Kontrolle von Steffen-Ris durch Fenaco (WEKO, 2008a)

Involvierte Unternehmen und Sachverhalt

Der Genossenschaftsverband Fenaco (Fenaco) mit Sitz in Bern plant die Kontrollübernahme über die Steffen-Ris Holding AG, Eigentümerin der Steffen-Ris AG (Steffen-Ris), beide mit Sitz in Utzenstorf (BE). Sowohl Steffen-Ris wie auch Fenaco sind im Handel mit Agrargütern tätig und nehmen in diesem Zusammenhang vor allem auch die Ernten der Landwirte ab.

In dem beabsichtigten Zusammenschluss geht es vor allem um die Ernteabnahme von Speise- und Veredelungskartoffeln, Karotten, Zwiebeln und Tafelobst und um den Handel mit landwirtschaftlichen Produktionsmitteln. Die Fenaco ist auf den Stufen Handel (u.a. Detailhandel mit LANDI und Volg), Produktion und Dienstleistungen tätig, u.a. auch im Düngerhandel und im Import und Handel mit Mineralölprodukten. Sie bezeichnet sich selber als genossenschaftlich organisierte Selbsthilfeorganisation der Bauern. Die Steffen-Ris ist über die FRILOG Frisch Logistik AG im Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen, Hilfsstoffen sowie logistischen Dienstleistungen tätig.

Erwägungen und Entscheid der WEKO

Da die Schweizer Agrarhändler die Ernte-Handels Güter praktisch nur bei Schweizer Landwirten kaufen und diese Güter dann in den Detailhandel weitergeben, verzichtet die WEKO jeweils auf eine Unterscheidung zwischen Beschaffungs- und Absatzmarkt und konzentriert sich auf den Grosshandel. Vor allem Fenaco ist über die LANDI-Genossenschaften und Volg auch im Detailhandel tätig, weshalb bei den Bereichen Pflanzenschutzmittel und -nahrung auch die Detailhandelsebene analysiert wird. Die WEKO genehmigt den Zusammenschluss aufgrund hoher kombinierter Marktanteile und dem privilegierten Zugang von Fenaco zu Produzenten und Abnehmern mit Auflagen.

A.1.1.2 Übernahme von Dole Food Company durch Total Produce (European Commission, 2018)

Involvierte Unternehmen und Fusions Sachverhalt

Total Produce PLC (Total Produce), einer der weltgrössten Herstellerinnen und Lieferantinnen von Frischprodukten mit Hauptsitz in Dublin (Irland) erwirbt die gemeinsame Kontrolle über DFC Holdings LLC und damit auch über deren hundertprozentige Tochtergesellschaft Dole Food

Company, der weltweit grössten Herstellerin und Vermarkterin von Obst und Gemüse mit Hauptsitz in Kalifornien. David Murdock, der die Dole-Gruppe bis anhin alleine kontrollierte, verkauft 45 Prozent der Anteile der DFC Holdings an die Total Produce, welche auch das Recht erhält, die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungsrates zu bestimmen, sowie ein Vetorecht bei wichtigen strategischen und kommerziellen Entscheiden.

Total Produce erzielt 70 Prozent ihres Umsatzes in Europa. Sie besitzt auch Bananenreifeanlagen, die sie vorwiegend für ihre eigenen Bananenprodukte verwendet, aber auch für Bananen von dritten Anbietern. Dole hat den Schwerpunkt ihrer Aktivitäten in Nordamerika. In Europa erzielte sie im Jahr 2016 24 Prozent ihres weltweiten Umsatzes. Dole Food konzentriert sich vor allem auf die Produkte Bananen und Ananas.

Erwägungen und Entscheid der Europäischen Kommission

Die Erkenntnisse zu den Wettbewerbsverhältnissen in den betroffenen Märkten stützen sich hauptsächlich auf Aussagen der behördenbefragten Marktakteure und auf Informationen aus der Zusammenschlussmeldung. Dabei gelangt die Kommission zum Schluss, dass keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken aufgrund von horizontalen Überlappungen bestehen. Dies ist der Fall sowohl in den Märkten für den Import und den Vertrieb von konventionellen Bananen in Dänemark, Schweden, Tschechische Republik, Spanien, Niederlande, Portugal und Rumänien als auch im Markt für den Import und Vertrieb von Fairtrade- bzw. organischen Bananen in Dänemark, Schweden und den Niederlanden. Ebenfalls kommt die Kommission zum Schluss, dass der Zusammenschluss mit Bezug auf den Wettbewerb auf den Bananenreifungs-Märkten in Dänemark und Schweden keine Bedenken aufwirft. Auch mit Bezug auf den Markt für Import und den Vertrieb von Ananas sieht die Europäische Kommission auf keinen der nationalen Märkte Bedenken hinsichtlich horizontaler, nicht koordinierter Effekte. Ebenso wenig bestehen aus der Sicht der Europäischen Kommission solche auf den übrigen Märkten von Frischobst und Gemüse. Hingegen stellt sie horizontale, nicht koordinierte Auswirkungen auf dem Markt für gewaschenen, abgepackten Salat in Schweden fest, die zu grossen Bedenken Anlass geben, nicht aber in Dänemark.

A.1.2 Vorgehensvergleich

A.1.2.1 Übernahme der Kontrolle von Steffen-Ris durch Fenaco

Marktabgrenzung

Steffen-Ris und Fenaco sind vor allem im Grosshandel mit Speise- und Veredelungskartoffeln, Karotten, Zwiebeln und Tafelobst tätig. Dazu werden das Obst und die Gemüse gewaschen, sortiert, kalibriert, verpackt und gelagert. Ebenso sind sie im Handel mit landwirtschaftlichen Hilfsstoffen wie Saatkartoffeln, Pflanzenschutzmitteln und Pflanzennahrung aktiv.

Als betroffene relevante Märkte definiert die WEKO den Grosshandel von Tafelobst, von Karotten, den Grosshandel von Zwiebeln, den Grosshandel von Speise- und Veredelungskartoffeln, den Grosshandel von Saatkartoffeln, den Grosshandel von Pflanzennahrung und den Grosshandel von Pflanzenschutzmitteln.

In geografischer Hinsicht grenzt die WEKO die Märkte national ein.

Einzelmarktbeherrschung

Im Rahmen der materiellen Beurteilung behandelt die WEKO zunächst einlässlich das Thema der Öffnung des schweizerischen Agrarhandels und deren allfälligen Auswirkungen auf den schweizerischen Agrarmarkt. Sie ist der Meinung, dass ein entsprechendes Freihandelsabkommen (FHAL) frühestens 2015 möglich wäre und damit vorliegend nicht berücksichtigt werden könne. Die WEKO hat weiter bei mehreren betroffenen Kreisen Einschätzungen zum Zusammenschlussvorhaben eingeholt. Die Konkurrenten weisen auf die marktmächtige und mit Bezug auf gewisse Produkte bereits heute marktbeherrschende Stellung der Fenaco hin, welche durch den Zusammenschluss noch vergrössert werde. Dabei werden etwa die Gemüseprodukte Speise-, Industrie- und Saatkartoffeln genannt sowie Tafelobst, aber auch Dünger- und Pflanzenschutzmittel. Die Konkurrenten befürchten eine Schwächung der kleineren Konkurrenten von Fenaco und Steffen-Ris, sehen aber auch die Synergie- und Kostenvorteile (einheitliche Packgrössen, Vereinigung Know-how und Logistiksynergien), welche der Zusammenschluss nicht zuletzt auch mit Blick auf eine Markttöffnung bewirken werde. Die Verbände beurteilen so den Zusammenschluss grösstenteils als positiv, da dadurch die Agraröffnung antizipiert werde und zudem der Konzentration auf der Detailhandelsebene Paroli geboten und anstehende Investitionen auf Grosshandelsebene besser verkraftet werden könnten. Der Detailhandel selber sieht den Zusammenschluss neutral bis positiv.

Aufgrund des Umstands, dass die vorläufige Prüfung des Zusammenschlussvorhabens auf dem Kartoffelmarkt und auf den Märkten für die Beschaffung und den Absatz von Pflanzenschutzmittel- und -nahrung Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 2 KG ergibt, befragt die WEKO auch die kartoffelverarbeitende Industrie sowie Händler von Pflanzenschutzmitteln und von Pflanzennahrung. Die befragten kartoffelverarbeitenden Unternehmen vermerken mehrheitlich Kritik am Zusammenschlussvorhaben, da damit die marktbeherrschende Stellung von Fenaco noch verstärkt werde. Auch die Händler von Pflanzenschutzmitteln und -nahrung betonen die überragende Stellung von Fenaco in ihren Bereichen und schätzen die Marktanteile auf ca. 80 Prozent. Steffen-Ris sei vor allem mit denjenigen Landwirten in geschäftlichem Kontakt, die von Fenaco unabhängig bleiben wollen, was nach einem Zusammenschluss mit Fenaco nicht mehr möglich sein werde. Die in- und ausländischen Pflanzenschutz- und -nahrungsunternehmen weisen auch auf die Struktur der Landwirtschaft in der Schweiz (LANDIs und deren Verbindung mit der übermächtigen Fenaco sowie die daraus resultierenden Treuepflichten der LANDI-Mitglieder etc.) hin, die Wettbewerb kaum zulasse und wohl auch nicht durch eine Markttöffnung aufgeweicht werden könne.

In der Folge analysiert die WEKO die oben genannten betroffenen Märkte. Mit Bezug auf die Märkte für den Grosshandel mit Tafelobst, Karotten und Zwiebeln besitzen die Zusammenschlussparteien gemäss WEKO zwar kombiniert mit jeweils 20-30 Prozent den grössten Marktanteil. Aufgrund der Marktanteile der nächsten Wettbewerber (0-10 Prozent bzw. 10-20 Prozent) verneint sie aber die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.

a) Markt für Speise- und Veredelungskartoffeln

Nach Korrekturen der Marktanteilsangaben der Parteien in Form einer Ergänzung der Meldung stellt die WEKO kombinierte Marktanteile von 30-40 Prozent für 2005, 40-50 Prozent für 2006 und 30-40 Prozent für 2007 bzw. durchschnittlich 30-40 Prozent für die Jahre 2005 bis 2007 fest. Der nächstgrössere Wettbewerber (die Geiser-Gruppe) besitzt gemäss WEKO einen Marktanteil von 10-20 Prozent und weitere (kleinere) Grosshändler einen solchen von

insgesamt 20-30 Prozent. Die WEKO stellt weiter fest, dass der Zusammenschluss den Herfindahl-Hirschman-Index (HHI) um mindestens 472 Punkte erhöhen würde¹⁷. Zudem sind gemäss WEKO die kleineren Grosshändler dann keine vollwertigen Wettbewerber, wenn sie nur auf ein oder einzelne Produkte konzentriert sind und nicht ein breites Sortiment von Gemüse anbieten können. Andererseits hält sie aufgrund von konkreten Beispielen dafür, dass kleinere Grosshändler ohne grössere Probleme ihre Handelskapazitäten ausbauen können (z.B. ins Verarbeitungsgeschäft), wobei ein solcher Ausbau andererseits auch von der Marktsituation auf Detailhandelsebene abhängt. Die WEKO erwähnt zudem, dass in den letzten fünf Jahren drei kleinere Grosshändler in den relevanten Markt eingetreten sind, wobei sie aber dann auch gleich feststellt, dass die Handelsvolumen der kleineren Grosshändler meist schwanken, während diejenigen von Fenaco und Steffen-Ris grundsätzlich stabil bleiben. Die Zusammenschlussparteien nennen potenzielle Wettbewerber, welche entweder bereits bestehende Kapazitäten erhöhen oder neu ins Kartoffelgeschäft eintreten könnten, ohne dass grössere Investitionen hierzu notwendig wären. Die WEKO weist allerdings darauf hin, dass alle diese Unternehmen für einen Markteintritt bei den Produzenten auch Kartoffeln einkaufen müssten. Zu den Produzenten von Kartoffeln hätte aber Fenaco einen besseren Zugang. Die Zusammenschlussparteien erwähnen schliesslich auch noch ausländische Unternehmen als potenzielle Wettbewerber, worauf die WEKO entgegnet, dass der Import von ausländischen Kartoffeln aus verschiedenen regulatorischen Gründen praktisch unmöglich ist. Auch sei ein FHAL zeitlich zu weit weg, als dass man ein solches bei der Prüfung des Zusammenschlusssachverhaltes berücksichtigen könnte. Die WEKO schliesst, dass aufgrund dieser Umstände eine disziplinierende Wirkung aufgrund potenzieller Konkurrenz aus der Schweiz oder dem Ausland beschränkt sei.

Die obigen Erkenntnisse zum aktuellen und potenziellen Wettbewerb führen die WEKO zum Schluss, dass der Wettbewerb im Handel mit Speise- und Veredelungskartoffeln beschränkt sei. Zusammen mit dem Umstand, dass eine Umsetzung des FHAL unsicher ist und dass Fenaco einen besseren Zugang zu den kartoffelproduzierenden LANDI-Mitgliedern hat, kommt die WEKO zum Schluss, dass auf diesem Markt der Zusammenschluss zur Begründung einer marktbeherrschenden Stellung führt. Vor allem aufgrund der bereits mehrfach erwähnten Organisation der Fenaco kommt die WEKO dann auch zum Schluss, dass der Zusammenschluss dazu führen könnte, den Wettbewerb im Sinne von Art. 10 Abs. 2 KG zu beseitigen. Eine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt, die die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt, kann die WEKO auch nicht bestätigen.

b) Markt für Saatkartoffeln

Die Marktanteile der Zusammenschlussparteien auf dem Markt für Grosshandel mit Saatkartoffeln waren in den Jahren 2004 – 2006 konstant bei 50-60 Prozent. Die WEKO stellt fest, dass die Wettbewerbsverhältnisse sich ähnlich gestalten wie bei den Speise- und Veredelungskartoffeln und dass der Zusammenschluss den HHI um 1091 Punkte erhöhen würde, wobei kleinere Anbieter und die Direkt- und Eigenvermarktung nicht berücksichtigt sind. Der grösste Händler ist Fenaco zusammen mit den Mitglied-LANDI mit 40-50 Prozent Marktanteil (ohne Direktvermarkter, welche genossenschaftlich mit der Fenaco verbunden

¹⁷ Die WEKO bezieht sich auf die Praxis der Europäische Kommission, wonach sich in der Regel keine horizontalen Wettbewerbsbedenken in einem Markt ergeben, wenn dessen HHI nach dem Zusammenschluss zwischen 1'000 und 2'000 und das Delta unter 250 bzw. der HHI oberhalb von 2'000 und das Delta unterhalb von 150 liegt (Europäische Kommission, 2004, Rz. 16 f.).

sind). Als grösster Wettbewerber nennt die WEKO die Geiser agro.com AG mit 10-20 Prozent Marktanteil, weitere kleinere Anbieter machen kumuliert 20-30 Prozent des Marktes aus. Die Abnehmer sind Kartoffelproduzenten, welche aber zu 80-90 Prozent über landwirtschaftliche Genossenschaften mit Fenaco verbunden sind. Weder Angaben der Zusammenschlussparteien noch den Antworten von Dritten aufgrund von Fragen im Rahmen der Marktanalyse der WEKO sind Anhaltspunkte für das Bestehen von potenziellem Wettbewerb zu entnehmen. Zum FHAL argumentiert die WEKO wiederum gleich wie bei der Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse der Speise- und Veredelungskartoffeln. Aufgrund dieser Erkenntnisse und wiederum des Arguments, dass Fenaco den besseren Zugang zu den Abnehmern von Saatkartoffeln hat und dass mit dem Zusammenschluss eine Alternative derjenigen Saatkartoffelproduzenten wegfällt, die ihre Saatkartoffeln nicht über Fenaco vertreiben wollen, schliesst die WEKO, dass der Zusammenschluss auf diesem Markt ebenfalls eine qualifizierte marktbeherrschende Stellung nach Art. 10 Abs. 2 KG zur Folge hat.

c) Markt für Pflanzenschutzmittel

Für die Jahre 2004 – 2006 stellt die WEKO auf dem Markt für den Grosshandel mit Pflanzenschutzmitteln einen Marktanteil von 50-60 Prozent fest. Den gleichen Marktanteil gilt nach Meinung der WEKO auch im Markt für den Detailhandel mit Pflanzenschutzmitteln. Aufgrund einer Studie zu den Preisentwicklungen bei Pflanzenschutzmitteln in der Schweiz, in Frankreich und Deutschland stellt die WEKO fest, dass die Preise für einzelne Pflanzenschutzmittel in den letzten Jahren gesunken sind, was auf den Ablauf von Patenten (und Erscheinen von Generika) oder Produktneueinheiten etc. zurückgeführt werden konnte, währenddem bei anderen Pflanzenschutzmitteln Preisanstiege zu verzeichnen waren. Aufgrund der nicht einheitlichen Erkenntnisse dieser Studie kann die WEKO keine klaren Schlussfolgerungen zur Wettbewerbssituation auf diesem Markt ziehen, stellt aber fest, dass auf diesem Markt immer wieder Marktneuzutritte erfolgen und dass sich darunter auch ausländische Unternehmen befinden. Aufgrund der Tatsache, dass seit 2008 auch die Einfuhr von patentgeschützten Produkten möglich ist, folgert die WEKO, dass damit ab 2008 auch Parallelimporte von landwirtschaftlichen Produktionsmitteln möglich sind. Ein weitergehender Wettbewerbsdruck wäre bei vollständiger Öffnung des Marktes möglich, was aber aufgrund des unsicheren Schicksals des FHAL bei der materiellen Beurteilung des geplanten Zusammenschlussvorhabens nicht berücksichtigt werden könne. Die WEKO kommt aufgrund dieser Erkenntnisse zum Schluss, dass Fenaco bereits vor dem Zusammenschluss mit Steffen-Ris über hohe Marktanteile im Handel mit Pflanzenschutzmitteln verfügt. Steffen-Ris ist hingegen im Grosshandel mit Pflanzenschutzmitteln nicht tätig und im Detailhandel liegt die Marktanteilsaddition lediglich bei 0-5 Prozent. Die Wettbewerbsposition und der Vorteil des besseren Zugangs zu den Abnehmern von Fenaco werden nach Meinung der WEKO durch den Zusammenschluss nicht geändert, weshalb nach Meinung der WEKO der Zusammenschluss auf diesen beiden Märkten nicht zu einer marktbeherrschenden Stellung führen könne.

d) Markt für Pflanzennahrung (Dünger)

Auf den Märkten für den Gross- und Detailhandel mit Pflanzennahrung stellt die WEKO für die Jahre 2004 – 2006 einen kombinierten Marktanteil (inkl. der von Fenaco erworbenen Agroline AG) von 70-80 Prozent (Grosshandel) bzw. 60-70 Prozent (Detailhandel) fest, wobei Steffen-Ris auf dem Grosshandelsmarkt nicht tätig ist und die Detailhandelstätigkeit bei ihr eine bloss untergeordnete Rolle spielt. Die WEKO präzisiert diesbezüglich, dass Steffen-

Ris unabhängig vom Zusammenschluss beschlossen hatte, aus dem Düngemarkt auszusteigen. Die WEKO betont zudem zwei Markteintritte, welche in den letzten fünf Jahren stattgefunden haben und den Umstand, dass trotz der hohen Marktanteile insbesondere von Fenaco und deren Wettbewerbsvorteil kleinere Anbieter auf dem Markt bestehen. Sie nennt weiter auch die gleiche Studie wie bei der Besprechung des Handels mit Pflanzenschutzmitteln und kann auch für den Handelsmarkt für Dünger bzw. dessen Wettbewerbsverhältnisse keine weiterführenden Erkenntnisse ziehen. Ebenso sind nach Meinung der WEKO Parallelimporte für die materielle Beurteilung nicht relevant, da Pflanzennahrung nur selten patentgeschützt ist und Parallelimporte daher auch ohne Änderung der Pflanzenschutzverordnung meist möglich sind.

Fenaco hat im Handel mit Pflanzennahrung hohe Marktanteile und es gibt keinen potenziellen Wettbewerb aufgrund einer Öffnung des Marktes oder infolge von Parallelimporten. Darüber hinaus hat Fenaco aufgrund der genossenschaftlichen Struktur einen privilegierten Zugang zu Lieferanten und Abnehmer, besitzt somit einen deutlichen Wettbewerbsvorteil. Diese Marktstellung von Fenaco wird jedoch durch den Zusammenschluss mit Steffen-Ris nicht verändert, weshalb die WEKO zum Schluss gelangt, dass in diesen beiden Märkten keine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 2 KG geschaffen wird.

Koordinierte Effekte

Im Rahmen der Untersuchung der WEKO wurden keine koordinierten Effekte untersucht. Auch auf eine Effizienzprüfung verzichtet die WEKO.

Auflagen und/oder Bedingungen der WEKO

Um die festgestellte Marktbeherrschung auf dem Markt für den Grosshandel von Speise- und Veredelungskartoffeln sowie auf dem Markt für Saatkartoffeln zu eliminieren und sicherzustellen, dass die Produzenten sich auf den betreffenden Märkten unabhängig von Fenaco verhalten können, verfügt die WEKO folgende Auflagen, welche nicht nur für einzelne Produkte oder Produktgruppen gelten¹⁸:

- a) Fenaco wird verpflichtet, keine Bezugs- und Lieferpflichten zulasten der Produzenten (Landwirte) vorzusehen, durchzusetzen oder durch die Mitglied-LANDIs direkt oder indirekt durchsetzen zu lassen.
- b) Fenaco sorgt dafür, dass die Produzenten (Landwirte) darüber informiert werden, sei es direkt oder indirekt über die Mitglied-LANDIs, dass keine Bezugs- und Lieferpflichten gegenüber den Mitglied-LANDIs bzw. der fenaco bestehen.
- c) Fenaco wird dem Sekretariat der Wettbewerbskommission spätestens drei Monate nach Eintritt der Rechtskraft dieser Verfügung einen Zwischenbericht über den Stand der Umsetzung der oben genannten Auflagen erstatten. Sechs Monate nach dem Eintritt der Rechtskraft dieser Verfügung wird Fenaco beim Sekretariat der Wettbewerbskommission einen Bericht einreichen, der die vollständige Umsetzung der Auflagen belegt und dokumentiert.»

¹⁸ "Bei einer Beschränkung der Auflagen auf einzelne Produkte oder Gruppen von Produkten bestände die Gefahr, dass die wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit der Produzenten in den und über die anderen Tätigkeitsbereiche eingeschränkt würde" (Rz. 371).

A.1.2.2 Übernahme von Dole Food Company durch Total Produce

Marktabgrenzung

Im Rahmen der materiellrechtlichen Prüfung definiert die Europäische Kommission folgende Märkte als sachlich und örtlich relevant: Sachlich wird ein relevanter Markt gemäss der bisherigen Praxis auf den Handel bzw. Import und Lieferung von Bananen ungeachtet von deren Marke und Herkunft, (inkl. Untersegmente Fairtrade- bzw. organische Bananen¹⁹ einerseits und konventionelle Bananen²⁰ andererseits) umschrieben, mit Detailhändlern, Supermärkten sowie Cash&Carry- und sonstige Grosshandels-Lebensmitteldiensten sowie Catering-Organisationen etc. als Marktgegensseite. Dieser Markt wurde in geografischer Hinsicht als mindestens national bezeichnet. Als zweiter relevanter Markt wird der Markt für die Erbringung von Dienstleistungen zur Reifung von Bananen definiert, der geografisch ebenfalls als mindestens national bezeichnet wird. Ferner definiert die Europäische Kommission nationale Märkte für die Herstellung und den Verkauf von gewaschenem, abgepacktem Salat und für den Import und den Vertrieb von Ananas und von anderem Frischobst und Gemüse.

Unilaterale Effekte

Materiellrechtlich wurden im Rahmen des SIEC-Tests folgende Prüfungen durchgeführt:

- Potenzielle horizontale nicht koordinierte Wirkungen auf dem nationalen Markt für Import und Lieferung von Bananen;
- Potenzielle horizontale nicht koordinierte Wirkungen sowie vertikale Wirkungen auf dem nationalen Markt für Dienstleistungen zur Reifung von Bananen;
- Potenzielle nicht koordinierte Wirkungen auf dem nationalen Markt für die Herstellung und den Verkauf von abgepacktem Salat;
- Potenzielle nicht koordinierte Wirkungen auf dem nationalen Markt für Import und Lieferung von Ananas
- Potenzielle nicht koordinierte Wirkungen auf dem Markt für die Herstellung und den Verkauf von anderem Obst und Gemüse.

a) Markt für Import und Vertrieb von Bananen

Auf dem Markt für Import und Vertrieb von Bananen²¹ stellte die Europäische Kommission bei der materiellen Beurteilung des Zusammenschlusses teils erhebliche Marktanteilsadditionen in Dänemark und Schweden fest. Als weitere betroffene Märkte wurden die Tschechische Republik, Spanien, die Niederlande, Portugal und Rumänien eruiert.

In Dänemark wird ein kombinierter Marktanteil von 70-80 Prozent bei konventionellen Bananen (Total Produce 50-60 Prozent und Dole 20-30 Prozent) festgestellt. Für Fairtrade-

¹⁹ Als Fairtrade-Bananen werden solche Bananen bezeichnet, welche die ethischen, sozialen und umweltpolitischen Standards der sog. Fairtrade Foundation erfüllen und organische Bananen sind solche, bei welchen die Kriterien der EU-Ratsverordnung Nr. 834/2007 über die organische Produktion beachtet wurden.

²⁰ Bananen, welche weder den Kriterien der Fairtrade Foundation, noch denjenigen der organischen Produktion entsprechen.

²¹ Da die materiell relevanten Eigenschaften der beiden in den Fussnoten 15 und 16 bezeichneten Bananen-Märkte grundsätzlich die gleichen sind, hat die Europäische Kommission diese beiden Märkte bei der materiellen Beurteilung grundsätzlich «zusammengelegt» und nicht separat untersucht. Kennzahlen, wie Marktanteile etc., werden aber in der Folge im Entscheid trotzdem häufig separat angegeben.

und organische Bananen können die Parteien keine genügenden Angaben machen. Es wird aber festgestellt, dass Dole in diesem Bereich in Dänemark nur sehr wenig Umsatz macht und daher die Marktanteilsaddition nur gering sein kann. 10-20 Prozent aller Bananen, welche in Dänemark verkauft werden, sind Fairtrade- oder organische Bananen.

Die meisten der Wettbewerber von Dole und Total Produce sagten aus, dass sie aus dem Ausland ohne Probleme (gelbe) Bananen nach Dänemark liefern könnten. Ebenso stellten die meisten der Detailhändler fest, dass es in Dänemark genügend potenzielle Lieferanten von gelben Bananen gebe, u.a. Fyffes und Chiquita, welche nach Einschätzung der sich konkurrierenden Lieferanten jeweils als ihre stärksten Wettbewerber bezeichnet wurden. Konkurrenten und Detailhändler bestätigten ungefähr die gleiche Wettbewerbsstruktur mit Bezug auf Fairtrade- und organische Bananen bzw. mit Bezug auf grüne Bananen.

Die Kommission stellt fest, dass nur eine ganz kleine Anzahl von Wettbewerbern und Nachfragern der Meinung ist, dass die Transaktion die Wettbewerbsposition der Zusammenschlussparteien verbessern würde und dass daraus eine Preiserhöhung resultieren könne. Die Mehrheit der Wettbewerber und Nachfrager sei vielmehr der Meinung, dass dieser Zusammenschluss keinen bedeutenden Einfluss auf die Wettbewerbsverhältnisse habe.

In Schweden zeichnet die Kommission ein ähnliches Bild der Wettbewerbsverhältnisse. Mit Bezug auf den Import und die Belieferung von Detail- und Grosshändlern mit konventionellen Bananen berechnet die Kommission einen kombinierten Marktanteil von 50-60 Prozent, wovon auf beide Zusammenschlussparteien rund die gleichen Anteile entfallen. Betreffend Fairtrade- und organischen Bananen ist der kombinierte Marktanteil etwa gleich hoch, wobei aber auf Total Produce ein um etwa 10 Prozent höherer Anteil entfällt. Während in Dänemark der Anteil von Fairtrade- und organischen Bananen gemessen am Gesamtmarkt nur rund 10-20 Prozent ausmacht, ist dieser Anteil in Schweden beträchtlich höher, nämlich ungefähr 55-65 Prozent. Die Kommission stellt bei der Analyse der Wettbewerbsverhältnisse weiter fest, dass, obwohl Schweden von Reifungsanlagen in anderen Staaten geografisch noch weiter entfernt liegt als Dänemark (was den Import von gelben Bananen in logistischer Hinsicht noch kostspieliger macht), die meisten Detailhändler eine ganze Anzahl von Lieferanten nennen konnten, die sie in ausreichendem Ausmass mit gelben Bananen hoher Qualität beliefern könnten (so beispielsweise Chiquita, Del Monte, Fyffes, Max Havelaar etc.). Wiederum wurden Chiquita und Fyffes von den meisten konkurrierenden Lieferanten als zwei der drei wichtigsten Wettbewerber genannt. Auch gibt es gemäss Kommission kein Mangel an grünen Bananen in Schweden. Die Mehrheit der Wettbewerber antworteten diesbezüglich, dass sie ohne Probleme grüne Bananen liefern könnten, welche dann in Reifungsanlagen in Schweden gereift werden können, was bereits heute in Schweden in grossem Stil praktiziert wird.

Ebenso war die Mehrheit der Wettbewerber und Nachfrager der Meinung, dass der Zusammenschluss keinen bedeutenden Einfluss auf die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Markt für den Import und die Belieferung von Bananen haben werde, da es starke Nachfrager mit entsprechender Nachfragemacht gebe. Einzelne Nachfrager würden gemäss Kommission nach dem Zusammenschluss sogar mit sinkenden Preisen rechnen.

In den anderen betroffenen Märkten errechnete die Kommission für den Import und Handel mit konventionellen Bananen folgende kombinierte Marktanteile: Tschechische Republik: 30-40 Prozent (wobei die Anteile der beiden Parteien daran je ungefähr die Hälfte betragen) sowie Spanien: 20-30 Prozent, Portugal: 20-30 Prozent, Rumänien: 20-30 Prozent und die

Niederlande: 30-40 Prozent, (plus einen kombinierten Marktanteil von 20-30 Prozent für den Handel und die Lieferung von Fairtrade- bzw. organischen Bananen), wobei in letzteren Staaten die Marktanteilsüberlappung jeweils nur 2-8 Prozent beträgt.

Auch in den Niederlanden, Portugal, Rumänien und Spanien stellte die Kommission aus grundsätzlichen den gleichen Gründen keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken fest.

b) Markt für die Erbringung von Bananen-Reifungsdienstleistungen in Dänemark und Schweden

Die Kommission stellte in Dänemark keine horizontale Überlappung der Tätigkeiten auf dem sachlichen Markt der Erbringung von Reifungsdienstleistungen für grüne Bananen fest. Dole erbringt in Europa keine Reifungsdienstleistungen für Dritte und verkauft seine Bananen grundsätzlich grün, mit Ausnahme in Deutschland, Italien und Schweden, wo Dole Reifungsanlagen besitzt. Total Produce hat in diesen Märkten eine nur sehr begrenzte Tätigkeit, von Relevanz ist sie lediglich in Dänemark und Ungarn.

In Dänemark besitzt die Total Produce einen Anteil von 80-90 Prozent an der Gesamtkapazität der erbrachten Reifungsdienstleistungen. Zwei Konkurrenten von Total Produce zur Erbringung von Reifungsdienstleistungen in Dänemark haben 10-20 Prozent Marktanteil. Im Rahmen der Marktuntersuchung bestätigt die Hälfte der Detail- und Grosshändler von Bananen, dass in Dänemark genügend Reifungsdienstleistungskapazität vorhanden sei, um ihren Bedarf zu decken. Einige Reifungsdienstleistungserbringer wären auch bereit, ihre Kapazitäten zu vergrössern. Die Nachfrager solcher Dienstleistungen halten fest, dass sie grüne Bananen aus einem anderen Land importieren und zu kompetitiven Preisen in Dänemark reifen lassen können. Die Kommission kommt zudem zum Schluss, dass die Zusammenschlussparteien nach dem Zusammenschluss ihre Reifungsanlagen nicht derart nutzen könnten, dass damit andere Importeure und Vertreiber von Bananen vom dänischen Markt ausgeschlossen würden. Zum einen könnten die Wettbewerber, aber auch Detail- und Grosshändler jederzeit gelbe Bananen aus anderen Ländern importieren. Dies wird von der Mehrheit der Wettbewerber und Detail- bzw. Grosshändlern auf entsprechende Fragen der Kommission bestätigt. Zweitens würden Wettbewerber, die Kapazitäten zur Erbringung von Reifungsdienstleistungen in ihren eigenen Anlagen hätten, diese auch gegenüber Dritten erbringen.

Weiter stellt die Kommission fest, dass die Zusammenschlussparteien weder den Anreiz noch die Möglichkeit hätten, dritte Reifungsdienstleister aus dem Markt zu werfen. So seien es die Detail- bzw. Grosshändler, die mit dem Importeur die Belieferung mit grünen Bananen vertraglich aushandeln und nicht das Reifungsdienstleistungsunternehmen. Unabhängig von diesem Prozess werde dann der Reifungsdienstleister ausgewählt und mit diesem ein langfristiger Vertrag abgeschlossen. Daraus folgert die Kommission, dass der Nachfrager zwischen verschiedenen Lieferanten und Importeuren auswählen kann, hingegen der Reifungsdienstleister vertraglich längerfristig abgesichert ist.

Schliesslich stellt die Kommission fest, dass im Rahmen der Marktanalyse und der Befragungen die Mehrheit der Konkurrenten und Nachfrager keinerlei Bedenken mit Bezug auf den Bananenreifungsmarkt äusserte. Einer der Befragten meinte sogar, dass die Preise für die Bananenreifung sinken würden. Die Europäische Kommission sieht daher keine fusionskontrollrechtlichen Bedenken.

In Schweden erbringen die Zusammenschlussparteien Reifungsdienstleistungen nur intern und halten zu gleichen Teilen einen gemeinsamen Marktanteil von 50-60 Prozent der Gesamtkapazität an Reifungsdienstleistungen in Schweden. Auch hier sieht die Kommission keine Gefahr, dass durch eine Erhöhung der Reifungstätigkeit Konkurrenten vom schwedischen Markt ferngehalten werden können. Zwar sagte die Mehrheit der Konkurrenten aus, dass sie aus Kostengründen nicht in der Lage seien, gelbe Bananen nach Schweden zu liefern. Hingegen sei es ihnen durchaus möglich, zu kompetitiven Preisen grüne Bananen nach Schweden zu liefern und diese dort reifen zu lassen. Zudem besitze Chiquita, die Reifungsdienstleistungen auch für Dritte erbringe, einen Marktanteil von 33 Prozent. Daneben habe es noch eine Reihe kleiner Reifungsdienstleister mit Marktanteilen von 3, 6 und 9 Prozent, welche ebenfalls solche Dienstleistungen für Dritte erbringe. Somit bestünden genügend Kapazitäten für Konkurrenten der beiden Zusammenschlussparteien, womit aus Sicht der Europäische Kommission auch in Schweden keine Bedenken ersichtlich sind.

c) Markt für verpackten Salat

Bei der Prüfung von potenziellen nicht koordinierten Wirkungen stellt die Kommission fest, dass die Zusammenschlussparteien in Schweden im Markt für gewaschenen, abgepackten Salat einen gemeinsamen Marktanteil von ca. 70-80 Prozent besitzen, wobei auf Total Produce 20-30 Prozent und auf Dole 50-60 Prozent entfallen und dass der nächste Wettbewerber das Unternehmen «Salico» ist. Auch gemäss Aussagen der Nachfrager sind die Zusammenschlussparteien, neben Salico, die grössten Wettbewerber. Salico sei, neben der Belieferung von Detail- und Grosshändlern, zurzeit auch auf die Belieferung des Lebensmittelverarbeitungskanals fokussiert.

Ebenfalls hätten viele Nachfrager mit Bezug auf den Zusammenschluss Bedenken geäussert. Eine bedeutende Mehrheit sei auch der Meinung, dass die Parteien nach dem Zusammenschluss ihre Preise erhöhen würden. Die Kommission stellt weiter fest, dass nur wenige Importe von gewaschenem, abgepacktem Salat erfolgten. Während der Handel zwischen verschiedenen europäischen Staaten funktioniere, seien nur wenige Importe nach Schweden zu verzeichnen. Aus logistischen Gründen sei insbesondere der Transport von Dänemark nach Schweden erschwert, was aufgrund der limitierten Haltbarkeit ein Problem darstelle. Auch spiele das höhere Preisniveau in den um Schweden liegenden Ländern insofern eine Rolle, dass Exporte nach Schweden nur spärlich erfolgten. Die Marktanalyse habe zudem gezeigt, dass künftig Konkurrenten auch dann nicht beabsichtigten, nach Schweden zu liefern, wenn dort die Preise steigen würden. Entsprechend hält die Europäische Kommission ernsthafte Bedenken mit Bezug auf diesen Markt fest.

Bei der gleichen Prüfung in Dänemark berechnet die Kommission einen gemeinsamen Marktanteil von 30-40 Prozent, wobei beide Parteien je ungefähr einen hälftigen Anteil haben. Sie stellt Importe (nicht nur aus Dänemark) fest und die Nachfrager bzw. die Wettbewerber äusserten keine Bedenken über schädliche Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Markt für abgepackten, gewaschenen Salat in Dänemark.

d) Markt für Ananas

In ihrer materiellen Prüfung stellt die Europäische Kommission zunächst Marktanteile von 20-30 Prozent in Österreich (Dole 20-30 Prozent/Total Produce 0-5 Prozent), Tschechische Republik (Dole 5-10 Prozent/Total Produce 10-20 Prozent), Deutschland (Dole 20-30 Prozent/Total Produce 0-5 Prozent) und Spanien (Dole 5-10 Prozent/Total Produce 10-20 Prozent) fest, in Litauen einen solchen von 30-40 Prozent (Dole 20-30 Prozent/Total Produce

5-10 Prozent) und in Schweden gar einen kombinierten Marktanteil von 70-80 Prozent (Dole 30-40 Prozent/Total Produce 40-50 Prozent).

Aus ihrer Marktanalyse schliesst die Kommission zunächst, dass Schweden auf der einen Seite einen kleinen Markt für Ananas darstellt, auf der anderen Seite aber viele Importeure bzw. Lieferanten auf diesem Markt präsent sind, welche dem neu zusammenzuschliessenden Unternehmen Paroli bieten werden. Im Verhältnis zu Bananen stellen Ananas-Produkte nicht hohe Anforderungen an Logistik und Transport. Auch sind die Konkurrenten vor allem global tätige Unternehmen wie Chiquita, Del Monte und Fyffes, aber auch andere Unternehmen aus den Niederlanden, Deutschland und Dänemark. Auch wären gemäss Nachforschungen der Kommission regionale Bananen-Anbieter in der Lage, ihr Angebot bei Bedarf auch auf Ananas auszuweiten. Diese Feststellung der vielfältigen Ausweichmöglichkeiten wird auch von den Nachfragern bestätigt.

Schliesslich hat eine ganze Anzahl von Detailhändlern Beispiele von Wechseln der Früchte-Lieferanten (inkl. Ananas) in den letzten fünf Jahren vorgelegt.

Auch in der Tschechischen Republik und Spanien ermittelt die Kommission eine ganze Anzahl von Wettbewerbern, welche Druck auf das neu zusammenzuschliessende Unternehmen ausüben vermögen. Auch die Nachfrager bestätigen, dass auf dem Ananas-Markt Wettbewerb herrsche und genügend gleichwertige Ausweichmöglichkeiten bestehen.

Internationale Wettbewerber bestätigen schliesslich, dass sie generell bei Bedarf auch ohne Probleme ihre Kapazitäten ausweiten oder in andere Länder expandieren könnten. In den übrigen Märkten Litauen, Österreich und Deutschland stellt die Kommission fest, dass die Marktanteilsadditionen jeweils gering seien (0-10 Prozent).

e) Markt für anderes Obst und Gemüse

Da Dole über eine kontrollierende Beteiligung an einem schwedischen Obst- und Gemüsegrosshändler nicht nur im Bananen- und Ananasbereich tätig ist, gibt es in Schweden auch Überlappungen mit Tätigkeiten der Total Produce in anderen Märkten: Äpfel/Birnen (Total Produce 20-30 Prozent/Dole 5-10 Prozent); Zitrusfrüchte (Total Produce 20-30 Prozent/Dole 0-5 Prozent); Trauben (Total Produce 20-30 Prozent/Dole 0-5 Prozent); Kern- und Beerenobst (Total Produce 20-30 Prozent/Dole 0-5 Prozent); exotische Früchte (Total Produce 20-30 Prozent/Dole 0-5 Prozent), Tomaten (Total Produce 30-40 Prozent/Dole 0-5 Prozent). Die Kommission liess die genaue sachliche und geografische Marktdefinition offen und stellt fest, dass die Marktanteilsadditionen ausser bei Äpfeln und Birnen (5-10 Prozent) jeweils nur 0-5 Prozent betragen.

Ausgleichsfaktoren

a) Markt für Import und Vertrieb im Markt für Bananen

Die Kommission erkennt, dass in Dänemark die Marktgegenseite stark konzentriert ist und daher grossen Druck auf die Bananenlieferanten ausüben kann. Die Ausübung der Nachfragemacht können die Lieferanten mittels verschiedenen Belegen von Nachfragemacht in Form von Wechseln zu alternativen Lieferanten, Auslistungen oder schlechterer Regal-Platzierung, höheren Listing-Gebühren etc. oder von entsprechenden Drohungen nachweisen. Gemäss einer Antwort eines befragten Marktteilnehmers sind es denn auch die Detailhändler, welche die Preise bestimmen.

Auch in Schweden bestehen nach Aussagen der Detailhändler genügend potenzielle Lieferanten von Fairtrade und organischen Bananen. Unter den genannten potenziellen Lieferanten befinden sich laut Aussagen von Nachfragern wiederum grosse Unternehmen wie Chiquita, Max Havelaar und Fyffes. Ebenso sei, wie bereits in Dänemark, eine hohe Detailhandelskonzentration festzustellen und entsprechend die gleichen Druckmassnahmen (bzw. deren Androhung) von Detailhändlern, aber auch von Grosshändlern, wie diejenigen in Dänemark. Wie in Dänemark konnten auch für den schwedischen Markt Beispiele von Wechseln von Nachfragern von einem Bananenlieferanten zu anderen Wettbewerbern belegt werden, welche in den letzten fünf Jahren erfolgt sind. Gemäss Aussagen eines Lieferanten sind es auch in Schweden die Detailhändler, welche die Geschäftskonditionen festlegen.

Mit Bezug auf andere geografische Märkte bringt die Marktuntersuchung der Kommission zutage, dass der Import und die Belieferung mit grünen und gelben Bananen in der Tschechischen Republik nach Angaben der Detail- und Grosshändler durch eine ganze Anzahl von (alternativen) Lieferanten sichergestellt ist und dass die Wettbewerber der Zusammenschlussparteien der Meinung sind, dass der (erfolgreiche) Markteintritt leicht zu vollziehen sei bzw. die Markteintrittsbarrieren nicht hoch seien.

b) Markt für die Erbringung von Bananen-Reifungsdienstleistungen in Dänemark und Schweden

Die Kommission erachtet die Markteintrittsbarrieren für die Erbringung von Reifungsdienstleistungen in Dänemark als relativ niedrig. Gemäss Aussagen von Wettbewerbern wären diese auch bereit, sogenannte Reifungszentren zu errichten, wenn die Nachfrager dies verlangten. Dies hätten die Konkurrenten der Zusammenschlussparteien auch bereits in ganz Europa bei entsprechender Nachfrage getan. Dies sei ein dynamischer Prozess.

Die Kommission stellt auch fest, dass die Markteintrittsbarrieren für Bananenreifungsdienstleistungen in Schweden tief sind.

c) Markt für Herstellung und Vertrieb von abgepacktem Salat

Obwohl der Detailhandel in Schweden vor allem von vier grossen Detailhandelsketten dominiert wird, sieht die Kommission lediglich eine limitierte Nachfragemacht mit Bezug auf den gewaschenen, abgepackten Salat. So hätten auch nur wenige Nachfrager in den letzten fünf Jahren den Lieferanten gewechselt. Auch sind gemäss der Kommission, entgegen der Meinung der Zusammenschlussparteien, die Markteintrittsbarrieren hoch.

d) Import und Vertrieb von Ananas

Neben starker aktueller und potenzieller Konkurrenz bejaht die Kommission auch markante Nachfragemacht von Seiten der konzentrierten Detailhandelsebene (gleich wie bei den Bananen, wobei dazu kommt, dass die aktuellen und potenziellen Lieferanten von Ananas häufig die gleichen sind wie diejenigen von Bananen). Auch habe es in den letzten Jahren Markteintritte gegeben, die sich wettbewerbsfördernd ausgewirkt haben.

e) Import und Vertrieb von anderem Obst und Gemüse

Die Europäische Kommission betont die Marktkonzentration in Schweden auf der Nachfrageseite. Die Marktanalyse ergibt auch, dass aufgrund fehlender Handelsbarrieren auch der Import aus anderen Ländern ohne weiteres möglich sei. Diese Alternativen werden auch von den Nachfragern als gleichwertig bestätigt.

Koordinierte Effekte

Im Rahmen der Untersuchung der Kommission wurden keine koordinierten Effekte untersucht. Ebenso wenig findet eine Effizienzprüfung statt.

Auflagen und/oder Bedingungen der Europäischen Kommission

Die Kommission genehmigte in der Folge das Zusammenschlussvorhaben mit der Auflage, dass Dole die von ihr kontrollierte Saba Fresh Cuts AB, eine schwedische Unternehmung mit einem Betrieb zur Herstellung von abgepacktem Salat in Schweden, verkauft. Mit dieser Veräusserung werden die Überlappungen im Markt für abgepackten Salat in Schweden und damit die Bedenken der Kommission punkto horizontalen, nicht koordinierten Wirkungen aufgehoben.

A.1.3 Fazit zum Fallvergleich

Vergleich der Ausgangslage

Die beiden Fälle betreffen hauptsächlich den Grosshandel mit Lebensmittel. In beiden Fällen sind Märkte mit hohen kombinierten Marktanteilen erkennbar. Sie unterscheiden sich aber dadurch, dass im Schweizer Fall die meisten betroffenen Märkte geographisch vom Ausland weitgehend abgeschottet sind und die eine Zusammenschlusspartei (Fenaco) aufgrund ihrer genossenschaftlicher Struktur einen privilegierten Zugang zu Lieferanten und Abnehmern hat.

Vergleich des Untersuchungsvorgehens der Wettbewerbsbehörden

Beide Wettbewerbsbehörden d.h. die WEKO in der Schweiz und die Europäische Kommission in Brüssel gehen zur Eruierung der Entscheidungsgrundlagen grundsätzlich gleich vor. Zunächst werden die Märkte definiert. Dann werden Strukturdaten erhoben, d.h. die Marktanteile der beteiligten Unternehmen sowie die Stellung der aktuellen Wettbewerber, die Markteintrittsbarrieren und potenzielle Konkurrenz sowie Nachfragemacht.

Für beide Behörden spielen die Umfragen bei den Marktakteuren bzw. deren Antworten eine grosse Rolle, tendenziell bei der Europäische Kommission aber eine grössere Rolle. Der Umstand, dass eine Anzahl von Nachfragern belegen konnte, dass sie in der Vergangenheit schon mehrere Male den Lieferanten gewechselt hatten und dass weiterhin Alternativen – entweder aktuelle oder potenzielle Wettbewerber der Zusammenschlussparteien – bestehen, die punkto Menge, Qualität und Preis kompetitive Angebote machen können, bewertet die Europäische Kommission als ausreichend, um keine horizontalen, nicht koordinierte Effekte des Zusammenschlusses anzunehmen. Interessant ist immerhin, dass diese Belege und Aussagen von Marktakteuren als überzeugende Indizien erachtet werden, ohne dies mit ökonomischen Analysen zu verifizieren bzw. auch für die Zukunft bestätigen zu lassen. Dies dürfte aber auch damit zusammenhängen, dass im Zusammenschlussfall Total Produce/Dole als aktuelle Wettbewerber der Zusammenschlussparteien teils weltweit tätige Unternehmen beteiligt sind und die Markteintrittsbarrieren tief sind. Auch auf eine Effizienzprüfung verzichtet die Europäische Kommission. Ganz generell geht aber aus der Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse hervor, dass die Europäische Kommission weniger auf die Marktstruktur abstellt, sondern darauf, ob selbst bei hohen Marktanteilen keine Verschlechterung der Verhältnisse aufgrund von voraussichtlich schädlichem Marktverhalten der neuen Einheit droht.

Die WEKO stellt ebenfalls zum Teil hohe Marktanteile der Zusammenschlussparteien fest. Sie überprüft wie die Europäische Kommission die Marktstruktur mit den aktuellen und potenziellen

Wettbewerbern (inkl. die Fragen der Markteintrittsbarrieren), hingegen wird die Wettbewerbsposition der Abnehmer praktisch nicht beleuchtet.

Ähnlich wie die Europäische Kommission stützt sich auch die WEKO auf Antworten und Informationen von Marktbeteiligten, welche aufgrund von Umfragen bzw. Fragebogen im Rahmen der Marktanalyse versendet wurden. Aus der Lektüre entsteht der Eindruck, dass die WEKO nicht nur diese Antworten und Informationen tendenziell weniger gewichtet als die Europäische Kommission und dass sie sich stärker an den Marktstrukturmerkmalen orientiert, sondern auch, dass sie die Fragebogen an Marktbeteiligte inhaltlich anders ausrichtet. Beide Behörden stellen Fragen zur Marktstruktur (insb. zum Bestehen von Ausweichmöglichkeiten bzw. zur Bedeutung des aktuellen und potenziellen Wettbewerbs, zu Markteintrittshürden und zur Marktmacht der Nachfrager etc.). Die Europäische Kommission fügt auch Fragen zur Einschätzung des zukünftigen Marktverhaltens einer künftig zusammengeschlossenen Einheit an. Konkret holt sie die Meinung zur künftigen Preisentwicklung und -gestaltung sonstiger Geschäftskonditionen auf dem Markt ein bzw. inwiefern eine geplante neue Einheit diesbezüglich mehr Gestaltungsspielraum haben wird und diesen dann auch ausnutzen würde.

Fazit im Themenfeld Einführung von SIEC-Test und Effizienzeinrede in der Schweiz

Aufgrund der hohen Eingriffsschwelle hat die WEKO gestützt auf die Strukturdaten «nur» Auflagen angeordnet. Die Auflage im EU-Fall erfolgte auch in einem aus logistischen Gründen räumlich abgeschotteten Markt. Mit dem SIEC-Test hätte die WEKO das zukünftige Marktverhalten der Fenaco untersucht und, falls ein Schädigungspotenzial festgestellt worden wäre, den Zusammenschluss wohl untersagen müssen, da mit einer Auflage die aufgrund der speziellen Position von Fenaco mit dem Zusammenschluss entstehende Gefahr eines schädlichen künftigen Marktverhaltens wohl nicht hätte beseitigt werden können.

Unter dem SIEC-Test dürfte somit die Fenaco-Organisation und deren interne Verhaltensmuster vor und nach dem Zusammenschluss mit Steffen-Ris genauer untersucht werden, da Ris-Steffen wohl bisher mit Geschäftspartnern verbunden war, die unabhängig von der Fenaco-Organisation sein wollten und letztere daher nach dem Zusammenschluss diese Alternative zu Fenaco nicht mehr haben. Über die Folgen wären genauere Informationen von Marktakteuren inner- und ausserhalb der Fenaco-Organisation nützlich gewesen. Gegebenenfalls wäre man zum Schluss gekommen, dass die Auflagen der WEKO ein drohendes wettbewerbs- und konsumentenschädliches Verhalten der Fenaco nicht hätte ausschliessen können²².

Die Effizienzeinrede wurde im Schweizer Fall nicht untersucht, obwohl die Parteien solche vorbringen.

Beurteilung des administrativen Aufwands der Einführung des SIEC-Tests

Ob der Aufwand der beiden Behörden sich bei der Untersuchung der beiden Fälle gross unterscheiden, ist schwierig zu beurteilen. Unter dem SIEC-Test wären allerdings die Fragebogen an Marktbeteiligte inhaltlich wohl differenzierter ausgefallen (insb. betreffend die Einschätzung des Verhaltens der Fenaco vor und nach dem Zusammenschluss), was möglicherweise doch zu einem grösseren Aufwand der WEKO bzw. ihres Sekretariats bei der Analyse geführt hätte.

²² Im Rahmen der Verhaltenskontrolle nach Art. 7 KG ist auch auf den 2007 neu ins Landwirtschaftsgesetz (Bundesgesetz über die Landwirtschaft, SR 910.1) eingeführten Art. 171a («Gegengeschäfte marktbeherrschender Unternehmen») hinzuweisen.

A.2 Zusammenschlusspraxis im Detailhandel

A.2.1 Fallbeschreibungen

A.2.1.1 Übernahme von Denner durch die Migros (WEKO, 2008b)

Involvierte Unternehmen und Sachverhalt

Gegenstand des Entscheids ist die Übernahme der Kontrolle über die Denner AG durch den Migros Genossenschafts-Bund über einen Erwerb der Aktienmehrheit. Denner betreibt im Jahr 2007 435 Lebensmitteldetailhandelsfilialen als Discounter und beliefert zusätzlich rund 293 Denner-Satelliten. Letzte sind selbständige Einzelhändler, welche neben einem von Denner bezogenen Grundsortiment auch weitere Produkte anbieten. Sie werden in der Analyse der WEKO Denner zugeordnet, da Denner deren Verhalten in Bezug auf Preis- und Sortimentspolitik weitgehend kontrolliert.

Der Migros-Genossenschafts-Bund umfasst folgende Bereiche: Detailhandel, Grosshandel, Migros-Industrien, Freizeit- und Wellness, Migros Bank, Migrol, Hotelplan und Limmatdruck. Er bezweckt durch das Zusammenschlussvorhaben, seine Tätigkeit um das Discount-Segment zu erweitern. Insbesondere soll die Attraktivität der Migros-Filialen gesteigert werden, in dem in ihrer unmittelbarer Nähe Denner-Filialen mit einem weitgehend komplementären Sortiment (Markenartikel, Alkohol und Tabak) angesiedelt werden. Denner soll weiterhin als eigenständiger Discounter geführt werden, eine Umwandlung der Denner-Filialen in Migros-Filialen ist nicht geplant.

Erwägungen und Entscheid der Wettbewerbskommission

Mit Entscheid vom 3. September 2007 lässt die WEKO die Übernahme von Denner durch Migros unter Auflagen zu (WEKO, 2008b). Die WEKO befürchtet, dass der Zusammenschluss zu einer kollektiven Marktbeherrschung im Detailhandel durch Migros/Denner und Coop führen würde. Sie ist aber der Meinung, dass ein allfälliges kollusives Verhalten zukünftig durch Aldi und Lidl destabilisiert werden könnte. Die Auflagen der WEKO sollen daher sicherstellen, dass Denner auch nach der Übernahme für einen Zeitraum von sieben Jahren weitgehend als selbständiges Unternehmen weitergeführt wird.

A.2.1.2 Erwerb der Kaiser's Tengelmann-Filialen durch Edeka (Bundeskartellamt, 2015)

Involvierte Unternehmen und Sachverhalt

Gegenstand des Verfahrens ist die Übernahme sämtlicher Geschäftsanteilen an der Kaiser's Tengelmann GmbH²³ durch die Edeka Gruppe. Die Kaiser's Tengelmann GmbH betreibt im Jahr 2013 501 Lebensmitteldetailhandelsfilialen als Vollsortimenter in den drei Kernregionen Berlin und Umland, München/Oberbayern sowie Nordrhein-Westfalen. Auf dem Beschaffungsmarkt tritt sie mehrheitlich als eigenständiges Unternehmen auf, ein erheblicher Teil der Beschaffungen erfolgt aber auch über die Einkaufskooperation von Bunting.

²³ Übernommen würde damit auch die Tengelmann E-Stores GmbH, die Bringmeister Logistik GmbH sowie die Tengelmann Internationale Handels GmbH.

Die Edeka Gruppe verfügt zum Zeitpunkt der Untersuchung über ein deutschlandweites Vertriebsnetz mit rund 12'000 Lebensmittelmärkten. Rund die Hälfte davon wird durch etwa 4'000 selbständige Kaufleute (Edeka-Genossen) betrieben, etwa 1'500 werden als Regiebetriebe durch die Regionalgesellschaften der Edeka betrieben während rund 4'500 Filialen der Discountschiene Netto zuzuordnen sind. Der Grossteil der Beschaffung für all diese Lebensmittelmärkte erfolgt auf nationaler Ebene durch die Edeka Zentrale. Dies ist ein Grund, warum das Bundeskartellamt (BKA) die Edeka Gruppe als wettbewerbliche Einheit behandelt.

Erwägungen und Entscheid des Bundeskartellamts

Das Bundeskartellamt untersagt den Erwerb der Kaiser's Tengelmann-Filialen durch die Edeka Gruppe mit Entscheid vom 31. März 2015 (Bundeskartellamt, 2015).²⁴ Der Erwerb würde ihrer Ansicht nach zu einer erheblichen Behinderung des wirksamen Wettbewerbs sowohl auf dem Absatz- wie auch dem Beschaffungsmarkt führen. Auf dem Absatzmarkt geht die Wettbewerbsbehinderung auf unilaterale Effekte zurück und betrifft vor allem die innerstädtischen Regionalmärkte. Solche Effekte sind unabhängig davon zu erwarten, ob die Edeka durch den Erwerb im jeweiligen Regionalmarkt zum Marktführer aufsteigt, seine Marktführerschaft ausbaut oder zum Marktführer Rewe aufschliesst.

Im Beschaffungsmarkt würde es durch den Erwerb in mindestens 11 verschiedenen Beschaffungsmärkten zu einer erheblichen Behinderung des Wettbewerbs kommen. Kaiser's Tengelmann und Edeka weisen eine hohe Überschneidungsquote bei den Nachgefragten Artikeln und Hersteller auf, so dass für letztere bei einem Zusammenschluss eine wichtige Absatzalternative wegbrechen würde. Dies gilt insbesondere für die Hersteller von Markenprodukten.

A.2.2 Vorgehensvergleich

A.2.2.1 Übernahme von Denner durch die Migros

Marktabgrenzung: Absatzmarkt

Beim Lebensmitteldetailhandel handelt es sich um einen Sortimentsmarkt, d.h. das Produkt ist nicht das einzelne Lebensmittel, sondern das Gesamtangebot eines Lebensmittelhändlers. Dieses umfasst eine Vielzahl differenzierter Produkte der Kategorien Food, Near-Food und Non-Food. Der Kunde erwartet im Sinne eines One-Stop-Shoppings ein breites Sortiment an Produkten vorzufinden. Spezialgeschäfte (Fachgeschäfte, Convenience-Shops) werden von der WEKO aus diesem Grund nicht zum sachlich relevanten Markt gezählt. Ebenso ausgeschlossen wird der Einkaufstourismus. Offen lässt die WEKO hingegen, ob Warenhäuser, die weniger als ein Drittel ihres Umsatzes mit Lebensmitteln verdienen sowie der Internethandel zum sachlich relevanten Markt gehören. Die Schlussfolgerungen der WEKO werden dadurch nicht beeinflusst. Eine Differenzierung nach Vertriebslinien wird nicht vorgenommen.

²⁴ Im Nachgang zum Beschluss des Bundeskartellamtes beantragten die beiden Parteien eine Ministererlaubnis, welche ihnen am 17. März 2016 durch Siegmund Gabriel gewährt wurde. Er stellte sich damit gegen die Empfehlung der beratenden Monopolkommission. Rewe, Norma und Markant reichten daraufhin Klage gegen die Ministererlaubnis ein und erwirkten am 12. Juli 2016 eine Bestätigung der Untersagung des BKA durch das Oberlandesgericht Düsseldorf. In der Folge einigten sich die involvierten Parteien in einem Schlichtungsverfahren auf einen Interessensausgleich. Edeka verpflichtet sich darin einen Teil der Kaiser's Tengelmann Filialen direkt an Rewe weiterzuverkaufen. Rewe, Norma und Markant zogen im Gegenzug ihre Klage gegen die Ministererlaubnis zurück.

Der geografisch relevante Markt wird sowohl lokal wie auch national abgegrenzt. Zur Bestimmung des relevanten Marktes auf lokaler Ebene hat die WEKO sechs Detailhändler gebeten anzugeben, wie lange ihre Kunden durchschnittlich unterwegs sind, um den Supermarkt zu erreichen und welches Verkehrsmittel sie dabei benützen. Differenziert wird nach kleinen Supermärkten, Supermärkten und Hypermärkten. Es zeigt sich, dass der Marktradius mit der Grösse der Verkaufsstelle variiert. Der relevante Markt entspricht daher bei kleinen Supermärkten einem Radius von 10 Autominuten um die Verkaufsstelle, von 15 Autominuten bei Supermärkten und von 20 Autominuten für Hypermärkte.

Marktabgrenzung: Beschaffungsmarkt

Auch im Beschaffungsmarkt erfolgt die Bestimmung des relevanten Marktes anhand der Marktgegenseite. Der sachliche Markt umfasst alle Produkte, welche die Lieferanten des Lebensmittelhandels anbieten oder zumindest ohne grösseren Umstellungsaufwand anbieten könnten. Kein einzelner Lieferant kann dabei eine Produktpalette herstellen, welche einen wesentlichen Teil der nachgefragten Artikel eines Lebensmittelhändlers umfasst. Es handelt sich daher nicht um Sortiments-, sondern um Einzelmärkte mit unterschiedlichen Produktgruppen. Im Bereich Food unterscheidet die WEKO 17 Produktgruppen; im Bereich Near Food deren vier.

Die WEKO zeigt auf Basis einer Befragung bei den Herstellern, dass für diese der Detailhandel den weit wichtigsten Absatzkanal darstellt und Umsatzeinbussen in diesem Bereich nur sehr eingeschränkt über andere Absatzkanäle kompensiert werden könnten. Gleichwohl lässt die WEKO offen, ob die Absatzkanäle Gastronomie, Fach- und Spezialhandel, Convenience-Shops und Export Teil des relevanten Marktes sind, da deren (Nicht-)Berücksichtigung für den Zusammenschlussentscheid ohne Konsequenz ist. Teil des Beschaffungsmarktes sind hingegen die Herstellerbetriebe der Migros, da diese laut WEKO mit nicht integrierten Herstellern im Wettbewerb stehen. Die Migros-Industrien beliefern zudem (in eingeschränktem Masse) auch andere Anbieter als die Migros.

Zur Bestimmung des geografisch relevanten Marktes hat die WEKO die Detailhändler gebeten, abzuschätzen, welcher Teil ihres Beschaffungsvolumens über ausländische Lieferanten, ausländische Lieferanten mit Niederlassungen in der Schweiz und Schweizer Lieferanten bezogen wird. Abgesehen von Aldi geben alle Detailhändler an, ihre Waren mehrheitlich über Schweizer Lieferanten oder ausländische Lieferanten mit Niederlassungen in der Schweiz zu beziehen. Der räumlich relevante Markt ist laut WEKO daher grundsätzlich mindestens national abzugrenzen, bei nicht-verderblichen Produkten kann er auch über die Schweiz hinausgehen.

Einzelmarktbeherrschung: Absatzmarkt

Die WEKO untersucht einerseits die Marktanteile der Fusionsparteien und betrachtet andererseits die Rolle von Denner im Detailhandel. Zudem schätzt sie ab, ob der Zusammenschluss zu unilateralen Effekten führen würde. Ebenso evaluiert sie, inwiefern Wettbewerb durch Randsubstitution besteht sowie die Wahrscheinlichkeit von Markteintritten.

Die Untersuchung der Marktanteile der Fusionsparteien zeigt, dass sowohl auf nationaler Ebene wie auch in vielen lokalen Märkten bereits vor der Fusion ein Herfindahl-Hirschman-Index (HHI) vorliegt, welcher über dem von der Europäischen Wettbewerbsbehörde als kritisch definierten

Wert liegt. Ebenso überschreitet die Veränderung des HHI (sogenannter Delta-Wert) auf nationaler Ebene und in fast allen lokalen Märkten die als kritisch eingestufte Grenze.²⁵ Bedeutende Veränderungen der Marktanteile im Detailhandel resultierten in der Vergangenheit einzig aus Übernahmen (EPA, Waro, Pick Pay), und die Marktkonzentration hat über die letzten Jahre kontinuierlich zugenommen. Eine Prognose der zukünftigen Entwicklung der Marktanteile zeigt zudem, dass die Marktkonzentration durch den Eintritt von Aldi und Lidl nur moderat zurückgeht und der Zusammenschluss diesen Rückgang zusätzlich verlangsamen würde.

Die WEKO betont auch, dass Denner im Detailhandel derzeit nach Migros und Coop der wichtigste Anbieter darstellt. Zudem verfolgt Denner nach eigenen Angaben das Ziel günstiger als Migros und Coop zu sein und hat in den letzten Jahren laut verschiedenen Konsumentenschutzorganisationen wesentlich zum Preiswettbewerb im Detailhandel beigetragen.

Als Indikator für die Materialisierung von unilateralen Effekten im Falle einer Fusion verwendet die WEKO das heutige Marktverhalten der Migros gegenüber Denner. Sie untersucht auf Basis einer Stichprobe von 21 Verkaufsstellen der Migros der Grösse M, ob in Postleitzahlen in denen neben Migros und Coop auch Denner und/oder Aldi aktiv sind, eine grössere Anzahl M-Budget Artikel vorgefunden werden kann. Die vorhandenen Anzahl M-Budget Artikel wird dabei als Proxy für die Preise einer Filiale verwendet, da die WEKO nicht über Daten zu den Preisen und Absatzmengen der jeweiligen Filialen verfügt. Die Untersuchung zeigt, dass die Anzahl M-Budget Artikel in Postleitzahlen mit Aldi und Denner am grössten ist, gefolgt von solchen mit einer Denner Filiale und demnach am kleinsten in Postleitzahlen, welche lediglich eine Coop Filiale aufweisen. Die WEKO räumt aber ein, dass die Gesamtzahl der Artikel in den 21 untersuchten Verkaufsstellen variiert und das beobachtete Resultat demnach auch durch solche Unterschiede getrieben sein könnte.

Die WEKO prüft, ob benachbarte sachliche Märkte einen gewissen Wettbewerbsdruck auf die Detailhändler ausüben können (Substitutionswettbewerb). Diskutiert wird die Wirkung des Einkaufstourismus, der Spezial- und Fachgeschäfte, der Convenience-Shops, des Internethandels, der Warenhäuser mit einem Lebensmittelumsatzanteil von unter 30 Prozent sowie der unabhängigen Lebensmitteldetaillisten. Während die WEKO nicht ausschliesst, dass diese einen gewissen Wettbewerbsdruck ausüben können, schätzt sie dessen disziplinierende Wirkung doch als gering ein.

Nach Ansicht der WEKO bestehen im Schweizer Detailhandelsmarkt zudem erhebliche Marktzutrittsschranken, welche verschiedene Formen annehmen:

- Strukturelle Marktzutrittsschranken entstehen aufgrund der Kostenvorteile, welche etablierte Detailhändler mit flächendeckenden Vertriebsnetzen aufgrund von Skalenerträgen und Verbundvorteilen geniessen. Der Aufbau eines solchen Vertriebsnetzes bedingt einen hohen Investitionsaufwand und einen langen Zeithorizont.
- Administrative Marktzutrittsschranken bestehen aufgrund von schweizerischen Normierungs- und Produktionsdeklarationsvorschriften (nicht-tarifäre Handelshemmnisse) sowie kostspieligen und zeitaufwändigen Baubewilligungsverfahren für Niederlassungen.
- Strategische Marktzutrittsschranken: Bestehende Marktteilnehmer können durch ihr Marktverhalten den Markteintritt stark erschweren. Zu denken ist an Schwierigkeit beim Aufbau

²⁵ Aus Praktikabilitätsgründen verwendet die WEKO bei der Analyse der lokalen Märkte nicht die bei der räumlichen Marktabgrenzung definierten Radien um die Einzelhandelsfilialen, sondern die durch das BFS definierten 106 MS-Regionen (MS: Mobilité Spatiale). Bei der Berechnung wird nicht von den tatsächlichen Umsätzen der jeweiligen Filialen, sondern von Durchschnittsumsätzen nach Filialtyp ausgegangen.

eines flächendeckenden Betriebsnetzes, da die attraktivsten Standorte bereits durch Migros, Coop oder Denner besetzt sind, eine Behinderung beim Zugang zu den Beschaffungsmärkten sowie hohe Investitionen in die Reputation, um eine gleichwertige Kunden- und Markentreue zu erlangen wie die bestehenden Detailhändler.

Insbesondere für klassische Supermarktketten betrachtet die WEKO die Eintrittsbarrieren daher als hoch, für Discounter stuft sie sie aufgrund der unterschiedlichen Anforderungen an die Ladenflächen hingegen als deutlich tiefer ein. Die WEKO geht daher nicht davon aus, dass neben dem bereits erfolgten Markteintritt von Aldi und dem geplanten Markteintritt von Lidl zukünftig weitere Detailhändler auf den Schweizer Markt drängen werden. Zudem weist die WEKO darauf hin, dass Aldi und Lidl über ein kleines Sortiment verfügen und damit der Preisdruck, den diese ausüben können, begrenzt ist. Ebenso geht sie nicht davon aus, dass Aldi und Lidl in den nächsten Jahren zusammen einen Marktanteil erreichen werden, welcher über 10 Prozent liegt.

Auf Basis ihrer Analyse stellt die WEKO fest, dass der Wettbewerb auf den Absatzmärkten durch die Fusion zwar erheblich beeinträchtigt würde, diese aufgrund der starken Stellung von Coop aber nicht zu einer Beseitigung des Wettbewerbs führen würde. Eine Einzelmarktbeherrschung ist nicht gegeben. Um sicherzustellen, dass sich die Marktzutrittsschranken durch die Fusion nicht erhöhen, hat die WEKO den Parteien aber verschiedene Auflagen gemacht

Einzelmarktbeherrschung: Beschaffungsmarkt

Die WEKO untersucht die relative Verhandlungsmacht der Detailhändler und ihrer Lieferanten anhand der nachfolgenden Kriterien. Die einzelnen Beschaffungsmärkte werden dabei nicht separat analysiert, die WEKO weist lediglich allfällige Besonderheiten bestimmter Beschaffungsmärkte aus.

a) Marktanteile

Die kritische Schwelle eines gemeinsamen Marktanteils von über 20 Prozent wird in allen Beschaffungsmärkten überschritten. Ausser bei den Produktgruppen alkoholische Getränke, Obst/Früchte und Salat/Gemüse kommt es zu bedeutenden Marktanteilsadditionen.

b) Vorhandensein von Eigenmarken

Die vertikale Integration der Migros erschwert den Herstellern den Zugang zum Absatzkanal Migros. Diese Problematik könnte sich durch den Zusammenschluss verstärken und zu einem Marktverschlusseffekt führen. Dies gilt insbesondere, wenn die Eigenmarken von Denner künftig durch die Zuliefererbetriebe der Migros produziert werden sollten.

c) Existenz von Substitutionswettbewerb

Aktuelle Wettbewerber: Grundsätzlich besteht eine gute Substituierbarkeit zwischen Migros und Coop, welche laut Angaben der Lieferanten, teilweise aber durch formelle und informelle exklusive Vertriebsvereinbarungen beeinträchtigt wird. Andere Detailhändler stellen aufgrund ihrer Sortimentsbreite sowie der Verkaufsvolumina hingegen keine valablen Substitute zu Migros oder Coop dar. Grundsätzlich gilt aber auch, dass in einem gesättigten Markt wie dem Detailhandel nicht damit zu rechnen ist, dass ein Umsatzverlust bei einem Anbieter durch eine Erhöhung des Absatzes bei einem anderen Anbieter kompensiert werden kann.

Potentielle Wettbewerber: Nach Einschätzung der Lieferanten, ist es unwahrscheinlich, dass Aldi und Lidl in den nächsten Jahren genügend etabliert sein werden um eine valable Absatzalternative zu Migros, Coop und Denner darzustellen. Insbesondere wird damit gerechnet, dass die beiden Unternehmen einen Grossteil ihrer Beschaffung konzernintern auf internationalen Beschaffungsmärkten tätigen werden. Zudem verfügt Aldi über ein sehr viel schmaleres Sortiment.

Alternative Absatzkanäle: Eine Mehrheit der Lieferanten ist der Ansicht, dass ein Ausweichen auf einen Absatzkanal ausserhalb des Detailhandels zumindest in der kurzen Frist nicht möglich ist und in jedem Fall mit hohen Umstellungskosten verbunden wäre.

d) Stellung der Marktgegenseite

Die Verhandlungsmacht der Lieferanten unterscheidet sich nach der in ihrem Beschaffungsmarkt vorherrschenden Marktstruktur sowie der Art des Produkts. Die Hersteller von Leadermarken können dabei am ehesten ein Gegengewicht zum Detailhandel bilden, während die Hersteller von weniger bekannten Marken, Mitnahmeprodukten und Eigenmarkenhersteller über eine sehr eingeschränkte Verhandlungsmacht verfügen. Die WEKO überprüft inwiefern individuelle Lieferanten durch den Zusammenschluss gegenüber der Migros in ein Abhängigkeitsverhältnis fallen würden oder eine bereits bestehende Abhängigkeit weiter verstärkt würde. Eine diesbezügliche Umfrage bei den Lieferanten zeigt, dass dies für 25 von 58 befragten Lieferanten der Fall wäre.

Die Evaluation der Kriterien zeigt laut WEKO, dass der Zusammenschluss zu wettbewerblichen Problemen, insbesondere für die Eigenmarkenhersteller von Denner, führen würde. Die Fusionsparteien haben sich daher zu gewissen Auflagen verpflichtet, um die Bedenken der WEKO zu zerstreuen. Unter diesen Umständen kann laut WEKO offengelassen werden, ob die Fusion ohne die Auflagen zu einer Beseitigung des Wettbewerbs auf den Beschaffungsmärkten geführt hätte.

Koordinierte Effekte Absatzmarkt

Die WEKO überprüft, ob die Übernahme von Denner durch Migros eine kollektiv marktbeherrschende Stellung von Migros/Denner und Coop nachhaltig ermöglicht und Anreiz zu stillschweigendem kollusiven Verhalten bietet («tacit collusion»). Sie stützt sich dabei auf folgende Kriterien:

a) Anzahl beteiligter Unternehmen, Marktanteile und Marktkonzentration

Der Schweizer Detailhandel weist eine oligopolistische Marktstruktur auf. Der gemeinsame Marktanteil von Migros [40-50] Prozent, Coop [30-40] Prozent und Denner [0-10] Prozent liegt über dem kritischen Wert von 50-60 Prozent.

b) Symmetrien

Migros und Coop weisen bereits heute ein sehr ähnliches Produktangebot auf. Durch die Übernahme von Denner würde die Homogenität der beiden Sortimente weiter zunehmen, da Denner das Sortiment von Migros teilweise komplementiert (Alkohol, Tabak, Markenartikel). Weitere Symmetrien zwischen den Unternehmen bestehen bei den Kundentreueprogrammen (Cumulus und Supercard), der Unternehmensstruktur (beides Genossenschaften) und den Absatzgebieten (praktisch ausschliesslich Schweiz, beide in allen MS-Regionen vertreten). Die Vertriebsstruktur der beiden Unternehmen würde sich durch die Fusion ebenfalls weiter angleichen, da die Migros im Segment kleiner Supermärkte zu Coop auf-

schliessen würde. Schliesslich verfolgen Migros und Coop auch dieselben Interessen, beispielsweise im Hinblick auf das Fernhalten von Lidl vom Schweizer Markt und das Verlangsamen der Expansion von Aldi.

c) Marktwachstum

Der Detailhandelsmarkt ist in der Schweiz weitgehend gesättigt, bis 2010 wird lediglich mit einem jährlichen Umsatzwachstum von 0.2 Prozent gerechnet. Solche stabilen Marktverhältnisse erhöhen die Wahrscheinlichkeit kollusiven Verhaltens.

d) Markttransparenz

Die Preise der Marktteilnehmer im Schweizer Detailhandel sind transparent einsehbar und werden häufig angepasst. Beide Faktoren erhöhen die Wahrscheinlichkeit kollusiven Verhaltens.

e) Multimarktbeziehungen

Migros und Coop interagieren nicht nur im Detailhandel, sondern auch auf weiteren Märkten wie dem Grosshandel, der Gastronomie, den Baumärkten, im Treibstoff- und Convenience-Markt, im Kreditmarkt etc. Dadurch erhöht sich das Marktvolumen, welches potentiell von der Abweichung von einem implizit kollusiven Verhalten betroffen wäre und es bieten sich auch ausserhalb des Detailhandels Möglichkeiten, ein solches Verhalten zu sanktionieren.

f) Stellung der Marktgegenseite

Bei den Konsumenten handelt es sich um eine sehr heterogene Gruppe, mit unterschiedlichsten Interessen, welche nur schwer zu organisieren ist. Aus Sicht der WEKO verfügen die Konsumenten daher nicht über Marktmacht.

g) Potentielle Konkurrenz

Die WEKO beurteilt die potentielle Konkurrenz durch klassische Supermarktketten aufgrund hoher Marktzutrittsschranken als schwach, während von den Discounter Aldi und Lidl durchaus eine disziplinierende Wirkung ausgeht, welche aber aufgrund derer kleinen Sortimente als beschränkt wirksam eingestuft wird. Die WEKO geht nicht davon aus, dass Aldi und Lidl aktuell ein kollusives Verhalten von Migros/Denner und Coop destabilisieren können.

Jedes der Kriterien zeigt, dass sich der Anreiz zu kollusiven Verhalten durch die Fusion erhöht. Die WEKO ist daher der Ansicht, dass der Zusammenschluss eine kollektive Marktbeherrschung begründet, welche einen wirksamen Wettbewerb beseitigt. Nach einem erfolgreichen Markteintritt können Aldi und Lidl aber durchaus die heutige Rolle von Denner als Randwettbewerber einnehmen und ein allfälliges kollusives Verhalten zwischen Migros/Denner und Coop destabilisieren. Sie hat die Zulassung der Fusion daher an eine Reihe von Auflagen geknüpft.

Koordinierte Effekte Beschaffungsmarkt

Analog zum Vorgehen auf dem Absatzmarkt prüft die WEKO, ob durch die Übernahme von Denner auf dem Beschaffungsmarkt ein Anreiz zu kollusivem Verhalten zwischen Migros/Denner und Coop entsteht. Aufgrund des knappen Zeitfensters kann die WEKO die Kriterien nicht, wie eigentlich notwendig, auf jedem Beschaffungsmarkt einzeln überprüfen.

a) Anzahl beteiligter Unternehmen, Marktanteile und Marktkonzentration

Der WEKO liegen keine exakten Daten zu den Marktanteilen auf den Beschaffungsmärkten vor. Sie verwendet deswegen die Marktanteile auf dem Absatzmarkt als Proxy. Der gemeinsame Marktanteil von Migros/Denner und Coop überschreitet die kritische Schwelle von 50-60 Prozent, womit die Wahrscheinlichkeit für kollusives Verhalten als hoch einzustufen ist.

b) Symmetrien

Migros und Coop unterscheiden sich sowohl im Hinblick auf den Grad ihrer vertikalen Integration, wie auch ihrer Sortimentsausrichtung. Migros setzt mehrheitlich auf Eigenmarken, während Coop primär Markenartikel anbietet. Durch den Erwerb von Denner würden sich die Sortimente von Migros/Denner und Coop aber angleichen.

c) Marktwachstum

Auf dem Beschaffungsmarkt bestehen aufgrund des gesättigten Absatzmarktes stabile Verhältnisse. Es ist nicht damit zu rechnen, dass Lidl und Aldi in naher Zukunft eine valable Absatzalternative darstellen werden.

d) Markttransparenz

Grundsätzlich sind die Einkaufspreise der verschiedenen Detailhändler untereinander nicht bekannt, sie können aber auf Basis der Einstandspreise zumindest abgeschätzt werden. Durch das Wegfallen von Denner erhöht sich die Markttransparenz, da ein Marktteilnehmer weniger beobachtet werden muss.

e) Multimarktbeziehungen

Die Fusion führt bei Migros zu einer Sortimentsausweitung, womit sich die Anzahl Beschaffungsmärkte, in denen sowohl Migros wie auch Coop interagieren, erhöht.

f) Stellung der Marktgegenseite

Die Verhandlungsmacht der Lieferanten ist mit Ausnahme der Hersteller von Leadermarken als schwach zu bezeichnen.

g) Potentielle Konkurrenz

Aldi und Lidl stellen auch nach ihrem Markteintritt keine valable Absatzalternative dar, da sie einen Grossteil ihrer Produkte konzernintern über internationale Beschaffungsmärkte erwerben werden. Sie können ein allfälliges kollusives Verhalten von Migros/Denner und Coop daher nicht destabilisieren.

Die WEKO kann nach Prüfung der obigen Kriterien zwar nicht ausschliessen, dass durch die Fusion ein Anreiz zu kollusivem Verhalten zwischen Migros/Denner und Coop entsteht, kann auf Basis der vorliegenden Informationen die Begründung einer kollektiv Marktbeherrschenden Stellung aber auch nicht in ausreichendem Masse belegen.

Effizienzgewinne

Die Parteien führen zwar an, dass der Zusammenschluss zu einer Effizienzsteigerung führt, in der Argumentation der WEKO spielen diese aber keine Rolle.

Auflagen der WEKO

Die WEKO hat die Bewilligung der Übernahme von Denner durch Migros an folgende absatzseitige Auflagen geknüpft:

1. Denner muss organisatorisch, juristisch und operationell eigenständig bleiben.
2. Denner muss eine eigene Preis-, Sortiments- und Standortpolitik verfolgen und nimmt an den Kundenbindungsprogrammen der Migros nicht teil. Die Marke Denner bleibt erhalten und wird als solche eigenständig beworben. Die Mehrheit des Verwaltungsrates von Denner ist durch von der Migros unabhängige Personen zu besetzen.
3. Migros darf in der Schweiz keine weiteren Detailhändler erwerben.
4. Sämtliche Übernahmen von anderen Unternehmen durch die Migros müssen zukünftig der WEKO gemeldet werden.
5. Eine Eröffnung von M-Budget Geschäften ist verboten.
6. Der Abschluss von exklusiven Vertriebsverträgen ist dauerhaft verboten.
7. Migros und Denner sind verpflichtet, für den Wiederverkauf erworbene Waren getrennt zu beschaffen.
8. Hersteller, welche in den Jahren 2004-2006 durchschnittlich mehr als 30 Prozent ihres Umsatzes mit Denner erzielt haben, haben ein Anrecht Denner weiterhin zu beliefern, sofern sie ihre Produkte zu marktüblicher Qualität und konkurrenzfähigen Preisen anbieten. Wird ein Produkt trotzdem ausgelistet, müssen mit dem Hersteller individuelle Lösungen gefunden werden, die sicherstellen, dass dessen Existenz nicht gefährdet ist. (Gilt für drei Jahre).
9. Eigenmarkenhersteller für Denner dürfen nur dann durch die Migros Industrie ersetzt werden, wenn diese das Produkt in vergleichbarer Qualität zu günstigeren Preisen liefert. Die erzielten Einsparungen müssen an die Konsumenten weitergegeben werden.

Die Auflagen 7 bis 9 gelten nicht für multinationale Unternehmen, ihre Tochtergesellschaften sowie grosse Schweizer Unternehmer, da deren Verhandlungsmacht gegenüber der Migros als gross genug bewertet wird. Sofern nicht anderweitig spezifiziert gelten die Auflagen für einen Zeitraum von sieben Jahren. Sollten sich die Verhältnisse im Schweizer Detailhandelsmarkt bereits davor signifikant ändern, kann die WEKO auf Antrag der Migros eine frühzeitige Aufhebung der Auflagen prüfen.

A.2.2.2 Erwerb der Kaiser's Tengelmann-Filialen durch Edeka

Marktabgrenzung: Absatzmarkt

Beim Lebensmitteldetailhandel handelt es sich um einen Sortimentsmarkt, d.h. das Produkt ist nicht das einzelne Lebensmittel, sondern das Gesamtangebot eines Lebensmittelhändlers. Dieses umfasst eine Vielzahl differenzierter Produkte der Kategorien Food, Non-Food I (Hygieneartikel etc.) und Non-Food II (typischerweise temporäre Sonderangebote für Produkte wie Fahrräder). Der Kunde erwartet ein breites Sortiment an Produkten der ersten zwei Kategorien vorzufinden. Der sachlich relevante Markt besteht daher aus allen Lebensmitteldetailhändlern, welche mindestens 80 Prozent ihres Umsatzes mit Food und Non Food I Produkten erwirtschaften. Spezialisierte Fach- und Lebensmittelgeschäfte sind damit nicht Teil des sachlichen Marktes. In Einklang mit

der Entscheidungspraxis des BKA wird keine Differenzierung nach Vertriebslinien vorgenommen, für die Analyse der nicht koordinierten Effekte wird diese Differenzierung aber berücksichtigt.²⁶

Das BKA überprüft mittels einer empirischen Untersuchung, ob es sich beim Lebensmitteldetailhandel wirklich um einen Sortimentsmarkt handelt. Namentlich werden rund 430'000 Kassenzettel aus 73 Filialen ausgewertet. Die Untersuchung zeigt, dass mehr als 80 Prozent dieser Kassenzettel Produkte aus mehr als einer Warengruppe enthalten. Aus Sicht des BKA bestätigt dies, die Einstufung als Sortimentsmarkt sowie die Nicht-Berücksichtigung der spezialisierten Fach- und Lebensmittelgeschäften.

Bei der geografischen Marktabgrenzung wird zwischen ländlichen und städtischen Gebieten unterschieden. Auf dem Land entspricht der räumlich relevante Markt einem Umkreis von 20 Kilometern bzw. 20 Autominuten um das jeweilige regionale Ortszentrum, wobei die Zuordnung auf Ebene der Postleitzahl erfolgt. Hieraus resultieren 345 räumliche Märkte. Für Städte mit mehr als 500'000 Einwohner wird zusätzlich eine räumliche Marktabgrenzung auf Stufe des Stadtbezirkes vorgenommen.

Marktabgrenzung: Beschaffungsmarkt

Auch im Beschaffungsmarkt erfolgt die Bestimmung des relevanten Marktes anhand der Marktgegenseite. Der sachliche Markt umfasst alle Produkte, welche die Lieferanten des Lebensmittelhandels anbieten oder zumindest ohne grösseren Umstellungsaufwand anbieten könnten. Kein einzelner Lieferant kann dabei eine Produktpalette herstellen, welche einen wesentlichen Teil der nachgefragten Artikel eines Lebensmittelhändlers umfasst. Es handelt sich daher nicht um Sortiments- sondern um eine Vielzahl von Einzelmärkten, welche nach Massgabe identischer bzw. ähnlicher Produkte abzugrenzen sind. Das BKA tendiert zudem zu getrennten Märkten für Handels- und Herstellermarken, da sich die Beschaffungsprozesse wie auch die dadurch bedingte Kostenstruktur der Lieferanten für die beiden stark unterscheiden. Zudem kann ein Hersteller nicht von sich aus auf die Produktion einer Handelsmarke umsteigen, er benötigt hierfür einen Auftrag des Lebensmittelhändlers.²⁷

Das BKA betrachtet in seiner Untersuchung lediglich eine Auswahl an Beschaffungsmärkten. Neu untersucht wird der Beschaffungsmarkt für Milch und Schokoladewaren. Das BKA führt dafür eine Befragung bei den Herstellern durch. Für die Marktabgrenzung relevant ist neben allfälligen technischen Umstellungsschranken, einerseits wie die Händler die Umstellungsmöglichkeiten beurteilen, aber auch deren konkrete Firmenstruktur, d.h. welche Produkte diese gleichzeitig produzieren. Bei Milch unterscheidet das BKA vier sachliche Märkte, namentlich wird Frischmilch von H-Milch abgegrenzt, wobei zusätzlich zwischen der konventionellen und der Bio-Variante unterschieden wird. Bei den Schokoladenwaren ergeben sich die folgenden sachlichen Märkte: Tafelschokolade, Pralinen, Riegel, kakaohaltige Zuckerwaren sowie sonstige Schokoladenerzeugnisse. Des Weiteren bezieht sich das BKA auf eine frühere Analyse auf Basis von Daten

²⁶ Die Vertriebslinien unterscheiden sich sowohl nach der Grösse der Verkaufsfläche wie auch nach der Breite und Tiefe des Sortiments. Daraus resultieren die Kategorien: grosse Verbrauchermärkte, kleine Verbrauchermärkte, grosse Supermärkte, kleine Supermärkte und Discounter.

²⁷ Am ehesten existiert ein gemeinsamer Beschaffungsmarkt für Handels- und Herstellermarken bei wenig verarbeiteten Grundnahrungsmitteln. Typischerweise spielt hier die Marke eine untergeordnete Rolle und die Preise der Handels- und Herstellermarken unterscheiden sich kaum.

des Jahres 2010 in den sachlich abgegrenzten Märkten Schaumwein, Tiefkühlpizza, Konfitüre und rote Feinkostsossen.

Bei der geografischen Marktabgrenzung beruft sich das BKA auf einen Entscheid des Bundesgerichtshofes. Dieser besagt, dass der räumliche Markt aus denjenigen Gebiete besteht, in denen die Händler angesiedelt sind und in denen homogene Wettbewerbsbedingungen herrschen. Für alle betrachteten Beschaffungsmärkte erfolgt die Marktabgrenzung daher auf nationaler Ebene.

Unilaterale Effekte: Absatzmarkt

Entscheidend für das Auftreten von unilateralen Effekten ist neben den Marktanteilen der Fusionspartner deren wettbewerbliche Nähe untereinander sowie gegenüber den verbleibenden Wettbewerbern. Das BKA untersucht das Ausmass der Austauschbarkeit der beteiligten Unternehmen aus Sicht der Marktgegenseite (i.e. den Konsumenten) vertieft und verwendet für dessen Messung verschiedene Ansätze:

- Art der Vertriebslinie: Unterschieden wird sowohl nach der Grösse der Verkaufsfläche wie auch der Breite und Tiefe des Sortiments, es resultieren folgende Arten von Vertriebslinien: Verbrauchermarkt gross, Verbrauchermarkt klein, Supermarkt gross, Supermarkt klein, Softdiscounter und Discounter. Edeka, Kaiser's Tengelmann und Rewe gehören grösstenteils denselben Vertriebslinien an.
- Überschneidungsanteil der angebotenen Herstellermarken-Produkte: 20 in Deutschland tätige Lebensmittelhändler mussten für jeden Artikel bzw. dessen EAN-Code ihre Umsätze für das Jahr 2013 für die drei Regionen Berlin, München und Nordrhein-Westfalen sowie Gesamtdeutschland abliefern. Der Überschneidungsanteil der Produkte wurde dann für jedes der 20 Unternehmen paarweise berechnet. Es zeigt sich, dass Edeka und Rewe die mit Abstand grösste Überschneidung mit Kaiser's Tengelmann aufweisen. Von den nach einer allfälligen Fusion im Markt verbleibenden Unternehmen, weisst dementsprechend auch Rewe die grösste Überschneidung mit Edeka selber auf.
- Kassenzettelanalyse: Verschiedene Lebensmitteldetailhändler (Edeka, Kaiser's Tengelmann, Rewe, Aldi Nord, Aldi Süd, Lidl, Kaufland) mussten Daten zu sämtlichen Kassenzetteln ausgewählter Filialen abliefern. Die Analyse zeigt, dass sich Vollsortimenter und Discounter im Hinblick auf den Umfang des abgesetzten Sortiments sowie der Anzahl unterschiedlicher Produkte, welcher zum Überschreiten einer bestimmten Umsatzgrenze verkauft werden müssen, stark unterscheiden.
- Event-Analyse: Die Analyse basiert auf monatlichen Umsatzdaten von Filialen im Rhein-Ruhr-Gebiet für den Zeitraum 09/2012 bis 10/2014. Untersucht wird die Reaktion des Umsatzes eines Lebensmitteldetailhändlers auf die Eröffnungen oder Schliessungen einer anderen Filiale mit gleicher oder unterschiedlicher Vertriebslinie innerhalb einer bestimmten Entfernung. Es zeigt sich, dass der Umsatz eines Lebensmitteldetailhändlers stärker auf Filialen mit ähnlicher Vertriebslinie reagiert.

Nach Ansicht des BKA deuten die durchgeführten Untersuchungen alle daraufhin, dass zwischen Discountern und Vollsortimentern wie Edeka, Rewe und Tengelmann ein abgestuftes Wettbewerbsverhältnis besteht und dementsprechend der Verhaltensspielraum eines Vollsortimenters stärker durch andere Vollsortimenter beschränkt wird als durch Discounter und umgekehrt. Schliesslich unterscheiden sich die Vollsortimenter Edeka und Rewe auch im Hinblick auf den Zugang zu den Absatzmärkten von den anderen Anbietern im Lebensmitteldetailhandel. Sie sind

die einzigen Anbieter, welche in sämtlichen Vertriebsschienen vertreten sind und damit alle Käuferschichten ansprechen können. Ebenso setzten sich die beiden durch die Dichte ihres Filialnetzes von anderen Wettbewerbern ab.

Diese Abstufung der Wettbewerbsverhältnisse berücksichtigt das BKA bei der Entwicklung von Kriterien zur Feststellung einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs in den relevanten Märkten. Folgende Prüfkriterien werden angewandt und spezifizieren teilweise eine Unter- bzw. Obergrenze für das Auftreten unilateraler Effekte:

- Marktanteil der Zusammenschlussbeteiligten / Zuwachs: Ein gemeinsamer Marktanteil von Edeka und Kaiser's Tengelmann von mindestens 25 Prozent sowie ein fusionsbedingter Zuwachs von mindestens 2 Prozent (Erstrundeneffekt).
- Gemeinsamer Marktanteil Edeka, Kaiser's Tengelmann und Rewe: Ein gemeinsamer Marktanteil von mindestens 50 Prozent (Zweitrundeneffekt)
- Marktanteil der übrigen Vollsortimenter (inkl. SB-Warenhäuser): Ein Marktanteil von höchstens 25 Prozent (Zweitrundeneffekt).
- Verbrauchernähe und Filialdichte: Diese beiden Faktoren stellen im Lebensmitteldetailhandel ein wesentlicher Wettbewerbsfaktor dar.

Erfasst werden damit sowohl qualitative wie auch quantitative Veränderungen der Marktstruktur, welche sich durch den Zusammenschluss ergeben würden. Zur Plausibilisierung ihrer Resultate analysiert das BKA zudem auch die Marktanteile im Teilmarkt der «Vollsortimenter».

Auf Basis der oben genannten Kriterien wird die Wettbewerbswirkung einer allfälligen Fusion im Grossraum Berlin und München sowie Nordrhein-Westfalen analysiert. Die Analyse erfolgt dabei sowohl auf Ebene des regionalen Marktes, der Stadtbezirke wie auch deren Ortsteilen. In allen drei Gebieten stellt das BKA fest, dass die Fusion auf einem Grossteil der Märkte zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs führen würde.

Das BKA prüft schliesslich auch, ob allfällige Marktzutritte, eine Angebotsausweitung bestehender Marktteilnehmer oder Substitutionswettbewerb dem Entstehen von unilateralen Effekten entgegenwirken könnten. Es kommt zum Schluss, dass die Marktzutrittsschranken im Lebensmitteldetailhandel hoch sind. Insbesondere in Innenstadtlagen ist ein organisches Wachstum unter anderem aufgrund einer restriktiven Genehmigungspraxis der Behörden kaum möglich. Eine Expansion des Filialnetzes kann daher einzig über den Erwerb der Ladenflächen bestehender Lebensmitteldetailhändler erfolgen. Bietet sich die Möglichkeit zum Erwerb, haben Edeka und Rewe aufgrund ihrer Bekanntheit zudem oftmals bessere Chancen den Zuschlag zu erhalten als kleinere Marktteilnehmer.

Ebenso ist laut BKA nicht damit zu rechnen, dass bestehende Wettbewerber ihr Angebot ausweiten und damit den Wegfall von Kaiser's Tengelmann kompensieren. Insbesondere wird es als unwahrscheinlich eingestuft, dass Discounter ihr Warenangebot umstellen um dann damit für die Nachfrager eines Vollsortiments eine Einkaufsalternative darzustellen. Schliesslich ist auch nicht damit zu rechnen, dass benachbarte sachliche Märkte einen substanziellen Wettbewerbsdruck ausüben. Das Angebot der Fach- und Lebensmitteldetailhändler wird insgesamt als zu unterschiedlich betrachtet, als das von Ersteren ein signifikanter Wettbewerbsdruck auf Letztere ausgehen würde. Lediglich bei den Bioprodukten wird ein solcher Substitutionswettbewerb als möglich erachtet.

Unilaterale Effekte: Beschaffungsmarkt

Auf dem Beschaffungsmarkt ist dann mit unilateralen Effekte zu rechnen, wenn auf einem konzentrierten Markt durch die Fusion eine wichtige Absatzalternative für die Lieferanten wegfällt. Dadurch verbessert sich einerseits für das fusionierende Unternehmen die Verhandlungsposition gegenüber den Lieferanten, was dazu führt kann, dass dieses seine Waren zu günstigeren Beschaffungspreisen oder anderweitig verbesserten Beschaffungskonditionen beziehen kann (Erstrundeneffekt). Andererseits ist zu vermuten, dass die verbleibenden alternativen (grossen) Nachfrager antizipieren, dass sich ihre Bedeutung als Absatzalternative erhöht, womit sich ihre Verhandlungsposition ebenfalls verbessert (Zweitrundeneffekte).

Inwiefern die angestrebte Fusion zu unilateralen Effekten führen würde, beurteilt das BKA einerseits auf Basis einer Analyse der Marktanteile der Edeka und der Spitzen-Nachfrager (Edeka, Rewe, Schwarz Gruppe). Andererseits führt es eine mehrheitlich qualitative Analyse der Wirkung des Zusammenschlusses durch. Zur Berechnung der Marktanteile führt das BKA eine Vollerhebung bei den relevanten deutschen Herstellern durch. Abgeliefert werden mussten die Umsätze der verschiedenen deutschen Händler im relevanten Markte einschliesslich des Umsatzes auf alternativen Vertriebschienen und dem Export. Es zeigt sich, dass

- Edeka in zehn der 13 untersuchten Beschaffungsmärkten Marktführer bei den Markenartikeln ist, in den verbleibenden drei Märkten steht Edeka an zweiter Stelle;
- die Spitzen-Nachfrager in elf der 13 untersuchten Beschaffungsmärkten bei den Markenartikeln über einen Marktanteil von mindestens 40 Prozent verfügen, in deren acht liegt der Wert bei über 50 Prozent.

Die qualitative Abschätzung der Auswirkung der Fusion umfasst folgende Argumentationspunkte:

- Erhöhung der Beschaffungsmenge von Edeka: Durch den Zusammenschluss würde sich das Beschaffungsvolumen von Edeka weiter ausweiten und dessen strukturelle Vorteile als führender Nachfrager verstärken.
- Verdichtung des Filialnetzes in Innenstadtlagen: Die zu veräussernden Filialen befinden sich an besonders attraktiven Lagen mit hoher Verbrauchernähe, wodurch sich die Attraktivität der Edeka für Markenhersteller und damit Edekas Verhandlungsposition deutlich verbessern dürfte.
- Langfristige Anpassung des Konditionsgefüges zugunsten der expandierenden Händler: Bei vergangenen Übernahmen hat Edeka jeweils Bestwertvergleiche mit den Konditionen des Fusionspartners durchgeführt und hat damit, teilweise auch nachträglich, wirksame Konditionsanpassungen bei den Händlern erwirkt. Ein solches Vorgehen bedeutet, dass die Hersteller de facto gezwungen sind, kleineren Händlern unabhängig von deren Leistung, schlechtere Konditionen zu geben als grossen Händlern, damit diese bei einer Übernahme nicht auf die gleichen Konditionen bestehen können. Allfällige innovative Konzepte beim Vertrieb oder Marketing der kleineren Händler können durch die Hersteller damit nicht honoriert werden.
- Kaiser's Tengelmann stellt eine bedeutende wettbewerbliche Kraft dar: Einerseits weil er, wie bei der Analyse der Absatzmärkte aufgezeigt, ein naher Wettbewerber der Edeka ist und auf diese damit einen grösseren Wettbewerbsdruck ausübt als beispielsweise die Discounter. Andererseits ist Kaiser's Tengelmann eines der letzten Unternehmen ausserhalb der

Spitzengruppe, welche seine Einkäufe unabhängig von diesen betreibt. Insbesondere für Markenhersteller stellt er damit eine wichtige Absatzalternative dar.

- Bereits vor einem allfälligen Zusammenschluss besteht für die Hersteller ein Mangel an Absatzalternativen. Der Lebensmitteldetailhandel stellt für die Händler der weit wichtigste Vertriebskanal dar. Zudem schätzt das BKA die Wahrscheinlichkeit, dass die Exporte derart erhöht werden könnten, dass ein Wegfallen von Edeka kompensiert würde, als klein ein. Gleiches gilt für eine Kompensation durch Lieferung an andere Lebensmitteldetailhändler.

Ein allfälliger Zusammenschluss würde laut BKA sowohl einen horizontalen wie auch einen vertikalen Effekt aufweisen: Die bereits bestehenden strukturellen Wettbewerbsvorteile der Spitzen-Nachfragegruppe würde zunehmen und die Verhandlungsmacht würde sich noch stärker von den Herstellern zu Edeka verlagern. Insgesamt ist damit durch eine allfällige Fusion in mindestens 11 Beschaffungsmärkten mit einer erheblichen Behinderung des Wettbewerbs zu rechnen.

Koordinierte Effekte

Koordinierte Effekte werden in diesem Untersuchungsverfahren nicht explizit betrachtet.

Effizienzgewinne

Die Fusionspartner haben im Verfahren keine fusionsbedingten Effizienzgewinne geltend gemacht, solche sind laut BKA auch nicht im nennenswerten Umfang ersichtlich.

A.2.3 Fazit zum Fallvergleich

Vergleich der Ausgangslage

Die zwei Fälle beziehen sich beide auf den Detailhandel, unterscheiden sich aber in vier Punkten. Auf dem Absatzmarkt gibt es in Deutschland eine grössere Anzahl Wettbewerber, der Markt ist daher weniger konzentriert. Auf dem Beschaffungsmarkt ist die Anzahl Nachfrager aufgrund von Einkaufskooperationen zwar vergleichbar, Migros ist aber im Gegensatz zu Edeka stark vertikal integriert und die Schweizer Hersteller sind weniger spezialisiert. Ferner wurde in der Schweiz mit einem Markteintritt von Aldi und Lidl gerechnet, während in Deutschland von stabilen Marktverhältnissen ausgegangen wird. Schliesslich weisen die Fusionsparteien in Deutschland bei ihren Sortimenten grosse Überschneidungen auf, während Migros und Denner teilweise über ein komplementäres Sortiment verfügen.

Gleiches bzw. vergleichbares Untersuchungsverfahren der Wettbewerbsbehörden

Die Marktabgrenzung ist in beiden Fällen vergleichbar. Der Absatzmarkt wird als Sortimentsmarkt eingeordnet, eine Abstufung nach Vertriebsschienen findet in beiden Fällen nicht statt. Die geographische Marktabgrenzung unterscheidet sich nicht massgeblich. Im Beschaffungsmarkt erfolgt die sachliche Marktabgrenzung durch das BKA weit feinmaschiger, bedingt auch durch die grössere Spezialisierung der deutschen Hersteller. Sowohl die WEKO wie auch das BKA grenzen den Beschaffungsmarkt auf nationaler Ebene ab.

Sowohl die WEKO wie auch das BKA berücksichtigen die Wahrscheinlichkeit von Marktzutritten, die Existenz eines Substitutionswettbewerbs sowie die Wahrscheinlichkeit einer kompensierenden Angebotsausweitung bestehender Anbieter. Sie ziehen daraus ähnliche Rückschlüsse, bei letztem Punkt sind für das BKA aber nur die Vollsortimenter bzw. eine allfällige Angebotsumstellung der Discounter relevant.

Unterschiedliche Aspekte beim Vorgehen der Wettbewerbsbehörden

Das BKA fokussiert ihre Analyse auf das allfällige Auftreten von unilateralen Effekten. Zentral ist dabei das Konzept der «Nähe», d.h. der Grad der Austauschbarkeit der verschiedenen Detailhändler aus Sicht des Kunden oder Herstellers. Im Absatzmarkt kommt es auf Basis von vier teils umfangreichen Datenanalysen zum Schluss, dass zwischen Vollsortimentern und Discounter abgestufte Wettbewerbsverhältnisse bestehen. Entscheidend sind für das BKA, neben den Marktanteilen der Fusionsparteien, dann auch nur die Marktanteile der übrigen Vollsortimenter. Zudem müssen die Fusionsparteien für das Auftreten von unilateralen Effekten nicht zwingend Marktführer sein. Die WEKO bezieht sich in Bezug auf die Einzelmarktherrschaft hingegen generell auf die Marktkonzentration und deren durch die Fusion induzierte Veränderung (Delta-Wert). Sie untersucht zwar ebenfalls die allfällige Entstehung unilateraler Effekte, konzentriert sich dabei aber nur auf das Wettbewerbsverhältnis zwischen den Fusionsparteien. Eine Untersagung der Fusion aufgrund unilateraler Effekte ist in der Schweiz ohnehin nicht möglich.

Beide Untersuchungsbehörden kommen auf Basis ihrer jeweiligen Analysen zum Schluss, dass der Zusammenschluss auf dem Absatzmarkt zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs führen würde. Das BKA betont insbesondere, dass dies auch in Märkten, wo Edeka nicht der Marktführer ist, zutrifft. Unter dem SIEC-Test ist die Untersagungsvoraussetzung somit erfüllt. Im Schweizer Kartellrecht ist für eine Untersagung hingegen eine qualifizierte Marktherrschaft nötig. Der Wettbewerb muss nicht nur beeinträchtigt, sondern effektiv beseitigt werden. Aufgrund der Existenz von Coop kann eine solche Beseitigung nicht festgestellt werden. Die WEKO untersucht in einem nächsten Schritt daher auch koordinierte Effekte, d.h. das allfällige Entstehen einer kollektiven Marktherrschaft. Ihre Analyse zeigt, dass die Fusion den Anreiz zu kollusivem Verhalten erhöht und eine kollektive Marktherrschaft begründet, welche einen wirksamen Wettbewerb beseitigt. Sie geht aber davon aus, dass Aldi und Lidl nach einem erfolgreichen Markteintritt ein kollusives Verhalten destabilisieren würden. Die WEKO geht im Unterschied zum BKA demnach davon aus, dass die Discounter eine ausreichend disziplinierende Wirkung auf die Vollsortimenter ausüben.

Im Beschaffungsmarkt konzentriert sich die Analyse des BKA wiederum auf die Materialisierung von unilateralen Effekten. Es stützt seine Schlussfolgerungen dabei einerseits auf Marktanteilsberechnungen und andererseits auf qualitative Abschätzungen der Auswirkung der Fusion. Es wird wiederum festgestellt, dass der Zusammenschluss insbesondere bei den Markenartikeln zu einer erheblichen Behinderung des Wettbewerbs führt. Auch die WEKO basiert ihre Argumentation zur Einzelmarktherrschaft einerseits auf Marktanteile und andererseits auf qualitative Argumente, unilaterale Effekte werden nicht thematisiert. Eine besondere Rolle spielen die Migros-Eigenindustrien, bzw. die Möglichkeit, dass die aktuellen Hersteller von Denner durch diese verdrängt werden. Migros und Denner haben sich diesbezüglich zu gewissen Auflagen verpflichtet, sodass die WEKO offenlassen kann, ob es ohne die Auflagen zu einer Beseitigung wirksamen Wettbewerbs gekommen wäre. Anders als das BKA muss die WEKO daher auch wieder prüfen, ob die Fusion zu koordinierten Effekten führen würde. Sie kommt zum Schluss, dass die vorliegenden Informationen nicht ausreichen, um eine kollektiv marktbeherrschende Stellung in ausreichendem Masse zu belegen.

Fazit im Themenfeld Einführung von SIEC-Test und Effizienzeinrede in der Schweiz

Der Fallvergleich zeigt, dass unter dem SIEC-Test der Analyse unilateraler Effekte ein viel grösseres Gewicht beigemessen wird. Ins Zentrum rückt damit auch die tatsächliche Substituierbarkeit der verschiedenen Detailhändler und eine differenziertere Betrachtung derer Marktanteile.

Ebenso würde damit nicht jedem potentiellen Markteintritt das gleiche Gewicht zukommen. Insbesondere wurden in der Schweiz den Discounter Aldi und Lidl eine weit bedeutendere wettbewerbliche Rolle zugestanden, als den selben Unternehmen in Deutschland. Grundsätzlich gilt, dass die Hürde für eine Untersagung in der Schweiz aufgrund der qualifizierten Marktbeherrschung höher liegt, als unter dem SIEC-Test. Dies zeigt sich daran, dass in beiden Fällen eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs festgestellt wird, dies in der Schweiz, im Gegensatz zu Deutschland, aber nicht zu einer Untersagung der Fusion führt.

Die Effizienzeinrede spielt in keinem der beiden Fälle eine Rolle. Im Zuge der Einführung des SIEC-Tests sind in diesem Kontext vermutlich keine grossen Veränderungen zu erwarten.

Beurteilung des administrativen Aufwands der Einführung des SIEC-Tests

Es ist zu erwarten, dass die WEKO nach einer allfälligen Einführung des SIEC-Tests eine solche erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs umfassender dokumentieren müsste, als im vorliegenden Fall und sie damit vermutlich vermehrt auch auf Datenanalysen zurückgreifen müsste. Der Nachweis von koordinierten Effekten, welcher mehrheitlich auf strukturellen und qualitativen Kriterien basiert, dürfte hingegen an Bedeutung verlieren. Heute ist in der Schweiz eine Fusionsuntersagung fast nur über den Nachweis koordinierter Effekte möglich, mit dem SIEC-Test wäre der Nachweis unilateraler Effekte ausreichend.

Der zu erwartender vermehrter Einsatz von Datenanalysen dürfte den Aufwand der Wettbewerbsbehörde und der Firmen vermutlich leicht erhöhen. Im Rahmen der fortschreitenden Digitalisierung sollten solche Daten bei den Firmen aber auch einfacher verfügbar sein als in der Vergangenheit.

A.3 Zusammenschlusspraxis in der Telekommunikation

A.3.1 Fallbeschreibungen

A.3.1.1 Zusammenschluss France Télécom SA (Orange) und Sunrise Communications AG (WEKO, 2010a)

Involvierte Unternehmen und Sachverhalt

Auf der Grundlage des Art. 9 KG meldet France Télécom SA (France Télécom), die in Europa drittgrösste Mobilfunk- und grösste Anbieterin von Breitband-Internet-Dienstleistungen, der WEKO am 26. November 2009²⁸ ihre Absicht, die Sunrise Communications AG (Sunrise) zu akquirieren.

Sunrise bietet in der Schweiz Dienstleistungen in den Bereichen Festnetz, Mobilfunk, Datenübertragung und Internet an. Sie ist hundertprozentig im Eigentum von Tele Danmark Communications A/S (TDC). Auch Orange Communications SA (Orange) bietet in der Schweiz eine Reihe von Dienstleistungen im Bereich der Mobilfunktelefonie an Privat- und Geschäftskunden an und ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft von France Télécom.

Nach der Akquisition soll Sunrise mit Orange fusioniert werden. Die Wettbewerbsposition der neu fusionierten Unternehmung soll durch die Schaffung und Nutzung von Synergien gestärkt werden. Ihre Effizienz und Profitabilität soll dadurch verbessert werden. Geplant ist, dass France Télécom 75 Prozent und TDC 25 Prozent der Aktien der fusionierten Unternehmung halten soll. Das im Aktionärsbindungsvertrag vorgesehene Konkurrenzverbot zugunsten des fusionierten Unternehmens fällt unter das Konzentrationsprivileg.

Zum Zeitpunkt der Anmeldung sind in der Schweiz 7 MVNO und 17 Weiterverkäufer aktiv.

Erwägungen und Entscheid der WEKO

Durch den Unternehmenszusammenschluss scheidet der bisher aktivste Netzbetreiber Sunrise aus dem Markt. Die WEKO argumentiert, dass im Markt lediglich mehr zwei Mobilfunkunternehmen mit eigenem Netz verbleiben und jeder der beiden verbleibenden Akteure kaum mehr Anreize haben wird, den anderen wirksam zu konkurrenzieren. Sie geht im Schlepptau des geplanten Zusammenschlusses von einer kollektiven Marktbeherrschung durch Swisscom und das neue fusionierte Unternehmen aus.

Auch eine Disziplinierung im Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen durch Markteintritte eines weiteren Mobilfunkunternehmens mit eigenem Netz ist nicht zu erwarten. Die WEKO geht davon aus, dass sich durch den Zusammenschluss keine Synergien ergeben, von denen die Konsumenten profitieren. Ein relativ hohes Preisniveau würde beibehalten.

Die WEKO kann gemäss Art. 10 Abs. 2 KG den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt und keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, die die Nachteile

²⁸ Ein Meldungsentwurf zum Zusammenschlussvorhaben ging am 9. November 2009 beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) ein.

der marktbeherrschenden Stellung überwiegt. Sowohl die ComCom als auch die Zusammenschlussparteien unterbreiten daher Vorschläge für mögliche Auflagen.

Die WEKO geht im Rahmen der Prüfung des Zusammenschlusses zwischen Migros und Denner sowie Coop und Carrefour ebenfalls von einer kollektiven Marktbeherrschung aus, hat die Zusammenschlüsse jedoch unter Auflagen zugelassen, da zum Zeitpunkt des Entscheids bereits mit weiteren Markteintritten wie Aldi oder Lidl zu rechnen war. Beim Zusammenschlussvorhaben France Télécom SA (Orange) und Sunrise Communications AG sieht die WEKO keinerlei Auflagen, die ihre wettbewerblichen Bedenken ausräumen kann und geht davon aus, dass im schweizerische Mobilfunkmarkt nur mit der Beibehaltung des Status quo eine gewisse Wettbewerbsdynamik für Innovationen erhalten bleibt und untersagt die Fusion am 21. April 2010 (WEKO, 2010b).

A.3.1.2 Übernahme von Orange Austria durch Hutchinson 3G Austria (European Commission, 2012)

Involvierte Unternehmen und Sachverhalt

Anmeldendes Unternehmen ist Hutchison 3G Austria Holdings GmbH, die Muttergesellschaft von Hutchison 3G Austria GmbH (H3G). H3G Austria Holdings gehört (indirekt) Hutchison Whampoa Limited aus Hongkong.

H3G will durch Erwerb von Anteilen die Styrol Holding 1 GmbH und damit die Muttergesellschaft von Orange Austria Telekommunikations GmbH (Orange Österreich) kontrollieren.

Der Weiterverkäufer Yesss! Telekommunikation GmbH (Yesss!) gehört ebenfalls Orange Österreich und soll an Telekom Austria (TA) weiterverkauft werden²⁹. Der Weiterverkauf wird von der Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) geprüft.

Die BWB beantragt von der Europäischen Kommission die Verweisung der Übernahme von H3G an Österreich. Die Europäische Kommission bescheidet den Antrag negativ und behandelt die von der BWB vorgebrachten Anträge nach Art. 9 Abs. 3 lit. a der Fusionskontrollverordnung³⁰ selbst.

Wettbewerbliche Bedenken der Europäischen Kommission

Aufgrund der Umsatzzahlen der beteiligten Unternehmen hat das Zusammenschlussvorhaben unionsweite Bedeutung. Auf der Basis einer Marktuntersuchung zweifelt die Europäische Kommission an der Vereinbarkeit des geplanten Zusammenschlusses mit dem europäischen Binnenmarkt. Sie äussert wettbewerbliche Bedenken infolge unilateraler Effekte in Bezug auf den Markt für die Erbringung von Mobilfunkdiensten an Endkunden in Österreich.

²⁹ TA erwirbt von H3G dazu bestimmte Sendestationen, Frequenznutzungsrechte und Rechte des geistigen Eigentums von Orange. Die Übertragung von Frequenzen ist von der Rundfunk & Telekom Regulierungs-GmbH («RTR») und der Telekom-Control Kommission («TKK») zu genehmigen.

³⁰ Gemäss European Commission, 2012, recital 23 ff. äussert die BWB ihre Bedenken, dass durch den Zusammenschluss eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung auf dem österreichischen Telekommunikationsmarkt droht. Zum einen würden zwei Wettbewerber zusammenschliessen, die bisher als Preisbrecher im Markt fungieren. Das neue zusammengeschlossene Unternehmen würde weniger Anreize zu einer aggressiven Preispolitik haben. Zum anderen sieht die BWB Anzeichen für eine Koordinierung im Markt und geht davon aus, dass dieses Verhalten sich im Schlepptau eines Zusammenschlusses akzentuieren würde.

Verpflichtungsangebote von H3G

Um die Bedenken der Kommission hinsichtlich der Vereinbarkeit des geplanten Zusammenschlusses mit dem Binnenmarkt auszuräumen, unterbreitet H3G Ende August 2012 Verpflichtungsangebote nach Art. 8 Abs. 2 und Art. 10 Abs. 2 der Fusionskontrollverordnung. Die Kommission übermittelt im September 2012 ihre Einwände zu diesen Angeboten. Im Oktober erfolgt eine mündliche Anhörung, an der auch T-Mobile Austria («T-Mobile»), Tele2 und UPC (Liberty Global) als betroffene Dritte teilnehmen dürfen.

Anfangs November übermittelt H3G revidierte Verpflichtungsangebote. Im Kern enthalten diese die Selbstverpflichtung von H3G

- zur Veräußerung von Frequenzrechten und weiterer Rechten an ein am Eintritt in den österreichischen Mobilfunkmarkt interessiertes Unternehmen, so dass dieses zusammen mit Frequenzen des Telekomregulators in Österreich ein physisches Netz für Mobilfunkdienste aufbauen kann.
- innert 10 Jahren bis zu 16 MVNO zu vereinbarten Bedingungen auf Vorleistungsebene Zugang zu bis zu 30 Prozent seiner Netzkapazität zu gewähren. Nachdem H3G mit dem ersten MVNO eine entsprechende Vereinbarung über den Vorleistungszugang zu seinem Netz geschlossen hat, darf die Übernahme umgesetzt werden (upfront-buyer-Lösung).

Entscheid der Europäischen Kommission

Der beratende Ausschuss für die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen geht mit der Kommission darin einig, dass der geplante Zusammenschluss ohne die Verpflichtungsangebote von H3G wahrscheinlich zu nicht koordinierten horizontalen Effekten führen wird, die den wirkamen Wettbewerb auf dem österreichischen Endkundenmarkt für Mobilfunkdienste erheblich beeinträchtigen würden.

Die Europäische Kommission geht davon aus, dass der geplante Zusammenschluss auf der Grundlage der H3G-Verpflichtungen keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken mehr aufwirft. Der Zusammenschluss wird am 12. Dezember 2012 für mit dem Binnenmarkt und dem EWR-Abkommen vereinbar erklärt³¹.

A.3.2 Vorgehensvergleich

A.3.2.1 Zusammenschluss France Télécom SA (Orange) und Sunrise Communications AG

Marktabgrenzung

Sachlich relevante Märkte im Sinne des Art. 11. Abs. 3 lit. a VKU (Schweizer Bundesrat, 1996) sind gemäss WEKO der Festnetztelefoniemarkt, der Breitbandinternet-Markt, der Markt für (TV-) Mehrwertdienste, der Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen, der Markt für Mobilfunkgeräte, der Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen (Endkundenmarkt), der Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze (Netzzugangsmarkt), der Markt für Mobilfunkterminierung (Terminierungsmarkt) und der Wholesale-Markt für internationales Roaming (Roaming-Markt). Auf der Grundlage des Art. 11 Abs. 3 lit. b VKU geht die

³¹ Dies gilt nach Art. 2 Abs. 2 und Art. 8 Abs. 2 der Fusionskontrollverordnung sowie nach Artikel 57 des EWR-Abkommens (siehe <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10007298>, Seite eingesehen im November 2019).

WEKO bei diesen sachlich relevanten Märkten mit Ausnahme des Markts für Mehrwertdienste jeweils von nationalen Märkten aus³².

Nach Art. 11. Abs. 1 lit. d VKU werden diejenigen relevanten Märkte untersucht, in denen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 Prozent oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 Prozent oder mehr beträgt. Dies ist einzig beim Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen der Fall, weshalb im Rahmen der Beurteilung des Zusammenschlusses die WEKO unabhängig von der Betrachtungsweise (Marktanteile auf Netzwerk- oder Markenbasis) einzig den Endkundenmarkt als bedenklich identifiziert.

Einzelmarktbeherrschung

Die WEKO fokussiert sich vorliegend auf die Analyse der Marktanteile und der Marktstruktur sowie der Wettbewerbskräfte im Mobilfunkbereich.

a) Marktanteile und Marktstruktur

Im Rahmen der Analyse des aktuellen Wettbewerbs sind die Marktanteile der drei wichtigsten Wettbewerber in den betroffenen Märkten sowie die in den letzten fünf Jahren neu eingetretenen Unternehmen relevant (Art. 11 Abs. 1 lit. e und f VKU).

Mit Blick auf den Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen (Endkundenmarkt) stellt die WEKO fest, dass die Verschiebungen der Marktanteile in den Jahren vor der Anmeldung sehr gering sind. Die WEKO bezieht sich auf die Praxis der Europäische Kommission, wonach sich in der Regel keine horizontalen Wettbewerbsbedenken in einem Markt ergeben, wenn dessen HHI nach dem Zusammenschluss zwischen 1'000 und 2'000 und das Delta unter 250 bzw. der HHI oberhalb von 2'000 und das Delta unterhalb von 150 liegt (Europäische Kommission, 2004, Rz. 16 f.)

In der Schweiz beträgt der HHI vor dem Zusammenschluss 4'438. Nach dem Zusammenschluss würde er 5'216 betragen, das HHI-Delta 778. Somit ist der Konzentrationsgrad der drei Mobilfunknetzbetreiber Swisscom, Sunrise und Orange auf dem Endkundenmarkt hoch.

b) Wettbewerbskräfte im Mobilfunkbereich

Die WEKO geht davon aus, dass die starke bisherige Stellung von Swisscom verhindern dürfte, dass die fusionierte Unternehmung im Markt eine einzelmarktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt (Art. 10 Abs. 2 KG).

Im Rahmen der Analyse des potenziellen Wettbewerbs geht es um die Frage, welche Unternehmen in den nächsten drei Jahren in die vom Zusammenschluss betroffenen Märkte eintreten könnten (Art. 11 Abs. 1 lit. f VKU). Potenzielle Konkurrenten auf dem Endkundenmarkt für Mobilfunkdienstleistungen können als Mobilfunkanbieter, als Weiterverkäufer oder MVNO auftreten. Im Vergleich zum Weiterverkäufer tritt der MVNO gegenüber dem Endkunden als vom Mobilfunkanbieter unabhängiger Dienstleister auf.

Die Markteintrittsbarrieren für Anbieter, die ein Mobilfunknetz von Grund auf neu aufbauen müssen, sind mit Kosten gemäss Schätzung der Zusammenschlussparteien zwischen

³² Für die Mehrwertdienste geht die WEKO von drei räumlich relevanten Märkten entsprechend den grossen Sprachgebieten des Landes aus. Mit Blick auf den Markt für Mobilfunkgeräte sieht sie von einer räumlichen Marktabgrenzung ab, weil keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken bestehen.

CHF 1 bis 2 Mia. sehr hoch. In den Jahren vor der Anmeldung konnten sich keine neuen Mobilfunkanbieter im schweizerischen Markt etablieren. Die WEKO schliesst nicht aus, dass inskünftig neue Mobilfunkanbieter in den schweizerischen Markt eintreten können³³.

Mit Blick auf Weiterverkäufer wie Migros, Coop etc. und MVNO wie die Barablu geht die WEKO davon aus, dass in Zukunft weitere Anbieter in den Schweizer Markt eintreten können. Ein MVNO ist jedoch darauf angewiesen, dass ihm von einem Mobilfunkanbieter das Netz zur Mitbenützung zur Verfügung gestellt wird, wobei in der Schweiz dazu für Mobilfunkanbieter keine regulatorischen Verpflichtungen bestehen.

Koordinierte Effekte

Die WEKO nimmt den hohen Konzentrationsgrad der drei Mobilfunknetzbetreiber Swisscom, Sunrise und Orange zum Anlass, die Frage der kollektiven Marktbeherrschung durch die fusionierte Unternehmung und Swisscom bezogen auf den Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen (Endkundenmarkt), den Wholesale-Markt für den Zugang und die Terminierung auf Mobilfunknetze³⁴ sowie den Wholesale-Markt für internationales Roaming³⁵ zu beantworten. Dazu hat die WEKO verschiedene Kriterien (Anzahl Marktteilnehmer, ähnliche Marktanteile, hohe Symmetrien, hohen Markttransparenz, wirksame Sanktionsmechanismen etc.) und die Auswirkungen auf den Wettbewerb analysiert.

Die WEKO zeigt auf, dass der Endkundenmarkt im Mobilfunkbereich durch ein weitgehend homogenes Güterangebot gekennzeichnet ist und der Wettbewerb vorwiegend über den Preis stattfindet. Der Markt befindet sich in einer Reifephase und die Marktverhältnisse haben sich stabilisiert. Grössere Marktanteile können nur noch auf Kosten der Konkurrenten hinzugewonnen werden. Sie können primär erzielt werden, wenn einer der verbleibenden beiden Mobilfunkanbieter langfristig seine Preise senkt. Da der Endkundenmarkt die Haupteinnahmequelle eines jeden der beiden Duopolisten darstellt, haben diese keine Anreize, sich gegenseitig preislich zu unterbieten. Eine Preissenkung führt bei einem grossen Marktanteil unmittelbar zu geringeren Margen und einem Gewinnrückgang, weshalb die beiden Netzbetreiber in diesem Umfeld erhöhte Anreize zu (implizitem oder explizitem) kollusivem Verhalten haben und dieses auch stabil ist.

Die WEKO referenziert sich auch auf ökonomische Literatur, wonach (implizites) kollusives Verhalten schon allein dadurch entstehen kann, dass das Abweichen vom kollusiven Verhalten zeitnah entdeckt werden kann und eine glaubhafte Androhung einer Sanktionierungen (z.B. glaubhafte Androhung von Interkonnektionsverfahren) möglich ist (z.B. Kühn, 2008).

Die WEKO betrachtet eine Kollusion als zielführend, wenn sich die Kollusionspartner vor allem mit Blick auf die Preisbildung gleichförmig verhalten können, wenn die Marktgegenseite über keinerlei Marktmacht verfügt und Weiterverkäufer sowie MVNO kaum merklichen Einfluss auf das Marktgeschehen im Endkundenmarkt nehmen können. Letzteres sei der Fall, weil die MVNO nur noch zwei mögliche Anbieter zur Auswahl haben und somit ihre bisher schwache Stellung noch weiter erodieren würde. Es gibt keine Marktteilnehmer, die disziplinierend auf die beiden verbleibenden Netzbetreiber einwirken könnten. Insgesamt schliesst die WEKO, dass der Zusammenschluss aus verschiedenen Erwägungen zur Begründung einer kollektiv marktbeherrschenden

³³ Allen voran wird von der WEKO In&Phone als Beispiel potenzieller Konkurrenz aufgeführt.

³⁴ Der Netzzugangsmarkt und der Terminierungsmarkt haben einen Einfluss auf den Wettbewerb im Endkundenmarkt. Da die Haupteinnahmequelle im Bereich Mobilfunk bei den Endkunden liegt, bestehen auch auf diesen Märkten erhöhte Anreize zur Kollusion.

³⁵ Beim Roaming-Markt beträgt der HHI nach Angaben der WEKO im Vorfeld des Unternehmenszusammenschlusses 3'982, nach dem Zusammenschluss 5'002, womit das HHI-Delta 1020 beträgt.

Stellung führen und insofern durch den Zusammenschluss realisierten Effizienzgewinne kaum in erheblichem Masse an den Endkunden fließen.

Effizienzgewinne

Die WEKO geht davon aus, dass sich im Schlepptau des Zusammenschlusses die Markteintrittsbarrieren erhöhen dürften. Es sind keine Eintritte in den schweizerischen Mobilfunkmarkt zu erwarten. Sie kann in Zusammenarbeit mit den Telekombehörden und den Zusammenschlussparteien keine zielführenden Auflagen identifizieren, die ihre wettbewerbsrechtlichen Bedenken beseitigen. Die durch den Zusammenschluss möglichen Effizienzgewinne überwiegen die Nachteile durch die Entstehung eines Duopols nicht. Der Endkunde hätte nach Einschätzung der WEKO nicht in ausreichendem Mass von den Synergien profitieren können.

A.3.2.2 Übernahme von Orange Austria durch Hutchinson 3G Austria

Marktabgrenzung

Es werden im Sinne der Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (Europäische Kommission, 2014) vier relevante Märkte abgegrenzt, die sich räumlich jeweils auf Österreich beziehen, nämlich der Endkundenmarkt für Mobilfunkdienste, der Vorleistungsmarkt für Zugang und Verbindungsaufbau in öffentlichen Mobilfunknetzen, der Vorleistungsmarkt für internationales Roaming und der Vorleistungsmarkt für die Anrufzustellung in Mobilfunknetzen.

Auf der Basis von Markttests und angebotsseitigen Erwägungen geht die Kommission in Bezug auf Mobilfunkdienste für Endkunden von einem Gesamtproduktmarkt für Privat- und Geschäftskunden aus. Prepaid- und Postpaid-Dienste werden angesichts der angebotsseitigen Substituierbarkeit demselben Markt zugeteilt³⁶.

Die Kommission betrachtet, im Einklang mit der von der RTR/TKK erstellten Verordnung zu den Telekommunikationsmärkten³⁷, den Mobilfunk-Breitbandzugang für Privatkunden als Substitut für Festnetz-Internetdienste, nicht jedoch Festnetz-Breitbanddienste als Substitut für Mobilfunk-Datendienste. Insofern geht sie von einem einzigen österreichischen Markt für die Erbringung von Mobilfunkdiensten für Endkunden aus.

Die beiden Unternehmen sind potenzielle Wettbewerber auf dem Vorleistungsmarkt für Zugang und Verbindungsaufbau in öffentlichen Mobilfunknetzen. Es gibt auch eine Verbindung zwischen den Tätigkeiten von H3G und Orange auf dem Vorleistungsmarkt für internationales Roaming und dem Vorleistungsmarkt für die Anrufzustellung in Mobilfunknetzen.

Unilaterale Effekte

Die wettbewerbsrechtliche Würdigung der Europäischen Kommission fokussiert sich auf den bereits vor dem geplanten Zusammenschluss stark konzentrierten Markt für Mobilfunkdienste für Endkunden. Nach Marktanteilen sind die beiden grössten Anbieter TA und T-Mobile Austria («T-Mobile»), H3G und Orange fungieren als viert- bzw. drittgrösster Mobilfunknetzbetreiber.

Die Europäische Kommission identifiziert infolge des Zusammenschlusses einen abnehmenden Wettbewerbsdruck auf auch nicht am Zusammenschluss beteiligte Unternehmen, weshalb das

³⁶ Die Besonderheiten und die Wechselwirkung zwischen Prepaid- und Postpaid-Diensten werden in der wettbewerbsrechtlichen Würdigung eingehender geprüft.

³⁷ Siehe <https://www.rtr.at/de/tk/Maerkteverordnungen> (Seite eingesehen im November 2019).

Vorhaben zu einer erheblichen Behinderung des wirksamen Wettbewerbs primär auf dem Mobilfunkmarkt für Privatkunden führt³⁸. Aufgrund nicht koordinierter Effekte würde der wirksame Wettbewerb selbst ohne Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung behindert.

Die Kommission äussert ihre wettbewerblichen Bedenken auf der Grundlage spezifischer Aspekte wie der Marktstruktur, der hohen Umstiegsquoten zwischen den beteiligten Unternehmen, der beträchtlichen von ihnen erzielten Margen und der starken Position der beteiligten Unternehmen vor dem Zusammenschluss im Hinblick auf die Möglichkeit, Neukunden zu gewinnen.

a) Marktanteile und Marktstruktur

Die Zahl der Netzbetreiber verringert sich im Falle des Zusammenschlusses von vier auf drei. Die Mobilfunknetzbetreiber, Telekom Austria und T-Mobile würden nach der Gesamtzahl der Nutzer über 40-50 Prozent bzw. 30-40 Prozent der Marktanteile verfügen und das Zusammenschlussunternehmen 20-30 Prozent.

Die Kommission prüft die Position der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen in bestimmten für Wachstum und Innovation besonders wichtigen Segmenten (z.B. Postpaid-Sprach- und Datendienste und reine Datendienste), die wahrscheinlich durch den Zusammenschluss den künftigen Gesamtmarkt für Telekommunikationsdienste beeinflussen würden.

Sie untersucht die Herfindahl-Hirschman-Index- bzw. HHI-Werte und Deltas, deren Bedeutung den horizontalen Leitlinien zu entnehmen ist (Europäische Kommission, 2004). Obwohl der gemeinsame Marktanteil der beteiligten Unternehmen unter (20-30 Prozent) liegen würde, sind die HHI- und die Delta-Werte über den Werten, die den horizontalen Leitlinien zufolge als erster Hinweis für das Nichtvorliegen wettbewerbsrechtlicher Bedenken zu betrachten sind (European Commission, 2012, recital 136 ff.).

b) Bisherige und potenzielle neue Wettbewerbskräfte im Mobilfunkbereich

Die Europäische Kommission geht davon aus, dass H3G möglicherweise vor dem Zusammenschluss die wichtigste Wettbewerbskraft auf dem Endkundenmarkt ist. Angesichts des Fehlens wesentlicher Effizienzvorteile dürfte der Anreiz für H3G, nach dem Zusammenschluss geringer sein, weiterhin als aggressiver Wettbewerber zu agieren.

Die Kommission geht auch davon aus, dass es unwahrscheinlich ist, dass nach dem geplanten Zusammenschluss weitere Mobilfunknetzbetreiber in den österreichischen Markt eintreten werden. Ein neuer Mobilfunknetzbetreiber müsste die Zuweisung geeigneter Frequenzen abwarten, sein Netz aufbauen und Kunden akquirieren. Aufgrund der damit einhergehenden zeitlichen Verzögerung können potenzielle Marktzutritte kaum eine disziplinierende Wirkung auf das Preisniveau ausüben, das sich aus dem Zusammenschluss ergeben würde.

³⁸ Auch bei den späteren beiden 4-zu-3-Zusammenschlussvorhaben Hutchison 3G Ireland/Telefonica Ireland (Case No COMP/M6992, 2014, OJ C264/6) und Telefonica Deutschland/E-Plus (Case M.7018, 2015, OJ C086/7) werden die wettbewerblichen Bedenken aufgrund der wettbewerbsökonomischen Analyse der Kommission vor allem auf einseitige Effekte zurückgeführt (Tyagi, 2018).

c) Hohe Umstiegsquoten zwischen den beteiligten Unternehmen

Die Kommission prüft die dynamische Entwicklung der beteiligten Unternehmen auf dem Markt, die sich aus ihrer derzeitigen Fähigkeit ergibt, neue Kunden zu gewinnen. Die Ermittlung der Umstiegsquoten zwischen den beteiligten Unternehmen und die Intensität des Wettbewerbs zeigt, dass der Wettbewerbsdruck erheblich ist, den die beteiligten Unternehmen (H3G auf Orange bzw. Orange auf H3G) aufeinander ausüben.

Die verfügbaren qualitativen Belege stehen mit den direkten Beweisen in Form der festgestellten Umstiegsquoten im Einklang. Aufgrund der wettbewerblichen Nähe der beteiligten Unternehmen kann durch ihren geplanten Zusammenschluss mit einer erheblichen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs gerechnet werden.

d) Erwartete Preisauswirkungen der geplanten Übernahme

Das Postpaid-Privatkundensegment für Sprachdienste und Datenanwendungen macht den grössten Anteil an den Gesamteinnahmen H3G und Orange aus. Wichtig sind daher die voraussichtlichen Auswirkungen des geplanten Zusammenschlusses auf die Preise im Postpaid-Privatkundensegment (Sprache und Datennutzung als wichtigste Triebfeder des Wachstums auf dem Markt) sowie die zu erwartenden Reaktion anderer Wettbewerber nach dem Zusammenschluss.

Bei einem Zusammenschluss verschiebt sich die Reaktionsfunktion der beiden Unternehmen nach dem Zusammenschluss unabhängig von den anderen Unternehmen auf dem Markt nach oben. Die Europäische Kommission geht auf der Grundlage des in diesem Zusammenschlussverfahren erstmals verwendeten sog. Indexes für den Bruttoaufwärtspreisdruck (gross upward pricing pressure index, GUPPI³⁹) von erheblichen Erhöhungen der qualitätsbereinigten Preise infolge des geplanten Zusammenschlusses im Postpaid-Privatkundensegment aus. Der GUPPI wird verwendet, um das Potenzial eines Zusammenschlusses für nachteilige einseitige Effekte zu den erwarteten Anreizen des fusionierten Unternehmens nach dem Zusammenschluss zu bewerten, den Preis für eines oder mehrere Produkte der fusionierenden Parteien zu erhöhen (Ahlborn, Evans, & Padilla, 2003).

Basierend auf den Umstiegsquoten D_{12} und D_{21} zwischen H3G (Unternehmung 1) und Orange (Unternehmung 2) berechnet die Kommission den GUPPI für H3G ($GUPPI_1$) sowie den GUPPI für Orange ($GUPPI_2$) als

$$GUPPI_1 = D_{12} * m_2 * \frac{p_2}{p_1}, \text{ und}$$

$$GUPPI_2 = D_{21} * m_1 * \frac{p_1}{p_2}$$

Dabei sind m_1 und m_2 die Gewinne von H3G und Orange, p_1 und p_2 die entsprechenden Preise. Die Kommission ermittelt den Effekt des Zusammenschlusses auf die Preise von H3G und Orange auf der Grundlage der GUPPIs und verkauften Mengen der beiden Unternehmen. Die verwendete Formel enthält Annahmen zur Neigung der Nachfragekurve und ist daher weniger allgemein als die Formel zur Berechnung des GUPPI, die nicht von der Form der Nachfragekurve abhängt (Padilla, 2014).

³⁹ Die Europäische Kommission hat erstmals in einer Phase-II-Untersuchung den Preisdruckindex GUPPI (gross upward pricing pressure index) verwendet. Der GUPPI geht zurück auf Salop & Moresi, 2009 (siehe auch Farrell & Shapiro, 2010).

Die Berechnung des GUPPI basiert die Europäische Kommission auf den durchschnittlichen Einnahmen der beteiligten Unternehmen pro Nutzer (ARPU) und der sich infolge der Übertragbarkeit der Mobilfunk-Rufnummern ergebenden Umstiegsquoten für den letzten Zwölfmonatszeitraum. Ausgehend vom Deckungsbeitrag ergibt sich eine prognostizierte Preissteigerung von [10-20] Prozent für H3G-Kunden und [10-20] Prozent für Orange-Kunden, was als hoch-signifikant betrachtet wird (European Commission, 2012, recital 314).

Obwohl der addierte Marktanteil der Zusammenschlussparteien weniger als 25 Prozent ausmacht, war dieses Analyseergebnis für die Kommission sehr wichtig, um von H3G Verpflichtungen abzuverlangen, die den Eintritt neuer Markteintritte erleichtern.

e) Reaktion anderer Wettbewerber nach dem Zusammenschluss

H3G ist ein aggressiver Wettbewerber, weshalb die Preise in Österreich niedriger waren als in anderen Mitgliedstaaten. Der Zusammenschluss würde die Anreize von H3G jedoch ändern, was bei den Berechnungen des Aufwärtspreisdruks nur teilweise berücksichtigt wird. Für den Fall eines Zusammenschlusses unterschätzt die isolierte Betrachtung des GUPPI den qualitätsbereinigten Gesamtpreiseffekt im Postpaid-Segment.

Gegeben ihrer Reaktionsfunktion werden auch die nicht am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen auf die gestiegenen Preise des zusammengeschlossenen Unternehmens reagieren. Sie folgen der Preiserhöhung des fusionierten Unternehmens. In diesem Sinne untersucht die Kommission, wie die Wettbewerber auf dem Endkunden-Telekommunikationsmarkt voraussichtlich reagieren. Sie konkludiert nach allen Reaktionen und Gegenreaktionen der Marktteilnehmer, dass die Preiserhöhung des zusammengeschlossenen Unternehmens nicht dazu führt, dass die Wettbewerber ihr Angebot ausweiten oder ihre Preise senken.

f) Schlussfolgerungen zu den nicht koordinierten Effekten

Die Europäische Kommission geht davon aus, dass der wirksame Wettbewerb im Binnenmarkt durch nicht koordinierte Effekte auf dem österreichischen Markt für Mobilfunkdienste für Endkunden erheblich beeinträchtigt würde, falls Orange als unabhängiger Netzbetreiber und Anbieter von Mobilfunkdiensten für Endnutzer wegfällt. Sie geht auch davon aus, dass sich der Zusammenschluss negativ auf den österreichischen Vorleistungsmarkt für den Netzzugang und den Verbindungsaufbau auswirken kann, äussert dazu aber nicht explizit wettbewerbsrechtliche Bedenken.

Potenzielle Ausgleichsfaktoren sind die Nachfragemacht, die Wahrscheinlichkeit neuer Markteintritte von MVNO und Weiterverkäufer sowie Effizienzvorteile.

- Nach Einschätzung der Kommission gibt es auf dem Markt für Mobilfunkdienste für Endkunden kaum ausgleichende Nachfragemacht, die zu einem Wettbewerbsdruck auf die Mobilfunknetzbetreiber führt und die erwarteten negativen Auswirkungen des Zusammenschlusses kompensiert.
- Neben den Mobilfunknetzbetreibern sowie einigen Weiterverkäufern gibt es nur zwei unabhängige MVNO auf dem österreichischen Markt, die von einem der Mobilfunknetzbetreiber gehostet werden. Sie haben nur einen sehr geringen Anteil der gesamten Kunden. Die Kommission geht davon aus, dass der Zusammenschluss die Zugangsmöglichkeiten für MVNO beeinträchtigen könnte und dass MVNO und andere Dienstleister den Rückgang des Wettbewerbs auf dem österreichischen Markt nicht vollständig ausgleichen können.

- H3G macht Effizienzvorteile bzw. wettbewerbsfördernde Auswirkungen geltend, denen die Kommission nach der Fusionskontrollverordnung Rechnung tragen kann, wenn sie nachprüfbar sind, wahrscheinlich an die Verbraucher weitergegeben werden und auf den Zusammenschluss zurückzuführen sind. Die Europäische Kommission sieht jedoch den Nachweis von Effizienzvorteilen als nicht erbracht.

Koordinierte Effekte

Bestimmte Merkmale des österreichischen Mobilfunkmarkts begünstigen eine Koordinierung. Zudem weisen bestimmte in der Vergangenheit festgestellte parallele Verhaltensweisen der österreichischen Mobilfunknetzbetreiber auf koordinierte Effekte hin, die jedoch im Rahmen der Prüfung der Europäischen Kommission nicht vertiefter untersucht werden.

Nimmt die Europäische Kommission auf dem Markt für Mobilfunkdienste für Endkunden koordinierte Effekte an, muss sie nach der Rechtsprechung auch feststellen, ob die vom Anmelder angebotenen Verpflichtungen auf eine Erleichterung des Markteintritts abzielen und so möglichen koordinierten Effekten Rechnung tragen. Auf der Grundlage der Verpflichtungsangebote von H3G schliesst die Europäische Kommission entsprechend eine erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs durch koordinierte Effekte auf dem österreichischen Markt für Mobilfunkdienste für Endkunden aus.

Verpflichtungen von H3G gegenüber der Europäischen Kommission

Die SIEC-Argumente der Europäischen Kommission können durch Beschränkungen der verbleibenden Wettbewerber wegfallen. Das anmeldende Unternehmen hat in dieser Absicht im August 2012 ein erstes Verpflichtungspaket nach Artikel 6 Absatz 2 der Fusionskontrollverordnung angeboten, das von der Kommission einem Markttest unterzogen wurde. Auf der Grundlage des Ergebnisses des Markttests und der verbleibenden wettbewerbsrechtlichen Bedenken hat das anmeldende Unternehmen der Kommission ein überarbeitetes Verpflichtungspaket nach Artikel 8 Absatz 2 der Fusionskontrollverordnung vorgelegt.

H3G verpflichtet sich, einem neuen Marktteilnehmer Frequenzen zur Verfügung zu stellen, zusätzlich zu den Frequenzen, die in Österreich im Rahmen einer Versteigerung vergeben werden sollen. Des Weiteren verpflichtet sich H3G, in den kommenden 10 Jahren bis zu 16 MVNOs auf Vorleistungsebene Zugang zu bis zu 30 Prozent des H3G-Netzes zu gewähren, so dass MVNOs Endkunden in Österreich Mobilfunkdienste anbieten könnten. Die Bedingungen (Vorleistungspreise etc.) werden in einem Standardangebot veröffentlicht, das auf Vorleistungsebene Zugang zum Netz von H3G gewähren, insbesondere auch den Zugang zur LTE-Technologie.

Für Sprach- und SMS-Transaktionen werden die Preise pro Einheit sowohl für den Verbindungsaufbau als auch für die Anrufzustellung ermittelt. Bei Datentransaktionen kann der MVNO zwischen einem Festpreis pro Einheit und einem gestaffelten Preis pro Einheit wählen. Für Streitfälle zwischen MVNO und H3G besteht ein beschleunigtes Streitbeilegungsverfahren. Ein unabhängiger Überwachungstreuhänder verfolgt die Erfüllung der Verpflichtungen durch H3G und informiert die Kommission in regelmässigen Abständen.

H3G verpflichtet sich ausserdem, mit einem von der Kommission vorab zu genehmigenden MVNO eine Vereinbarung zu schliessen, die Übernahme von Orange Austria also nicht zu vollziehen, ehe es mit diesem MVNO eine Vereinbarung basierend auf dem Standardangebot geschlossen hat. Die Kommission kommt aufgrund eines Markttests zum Schluss, dass der geplante Zusammenschluss den wirksamen Wettbewerb weder im gesamten Binnenmarkt noch in einem

wesentlichen Teil desselben wesentlich beeinträchtigen wird, wenn H3G die Verpflichtungen erfüllt.

A.3.3 Fazit zum Fallvergleich

Vergleich der Ausgangslage

In die beiden Zusammenschlussvorhaben im Telekommunikationssektor sind jeweils Mobilfunknetzbetreiber involviert, die als starke Wettbewerbskräfte aktiv sind. In Österreich handelt es sich um H3G bzw. auch um Orange Österreich, in der Schweiz vor allem um Sunrise. In Österreich steht allerdings ein 4-zu-3-Zusammenschluss zur Diskussion, in der Schweiz ein 3-zu-2-Zusammenschluss.

In beiden Ländern sind einige wenige Weiterverkäufer und MVNO aktiv. Letztere sind zur Erbringung ihrer Mobilfunkdienste auf die Netzinfrastruktur anderer Mobilfunkbetreiber angewiesen. Der Zugang zu dieser Netzinfrastruktur ist in Österreich reguliert, in der Schweiz dagegen nicht. Bei einer höheren Anzahl im Wettbewerb stehender Mobilfunknetzbetreiber steigt die Wahrscheinlichkeit, dass MVNOs weiterhin aufgrund marktlicher Vereinbarungen tätig werden.

Die beiden Wettbewerbsbehörden grenzen unterschiedliche sachliche und räumlich Märkte ab, fokussieren sich aber im Rahmen der Untersuchung ihres jeweiligen Zusammenschlussvorhabens auf die Wettbewerbswirkung im Markt für Mobilfunkdienstleistungen für Endkunden und damit einhergehend auch im Wholesale-Markt für den Netzzugang und im Markt für Mobilfunktermi-

Gleiches bzw. vergleichbares Untersuchungsvorgehen der Wettbewerbsbehörden

Die europäische und die schweizerische Wettbewerbsbehörde stellen auf der Grundlage des HHI und des Deltas vor dem geplanten Zusammenschlussvorhaben eine hohe Marktkonzentration insbesondere auf dem Markt für Mobilfunkdienste für Endkunden fest. Gemäss der Europäischen Kommission sind die zusammenschliessenden Unternehmen nicht marktbeherrschend, wenn der kombinierte Marktanteil 25 Prozent nicht überschreitet. Mit Blick auf die Analyse der Fusion von Sunrise und Orange konnte die WEKO in keinem der relevanten Märkte eine Einzelmarktbeherrschung feststellen.

Die Europäische Kommission fokussiert ihre Untersuchung der Übernahme von Orange Austria durch Hutchison 3G Austria auf die unilateralen Effekte unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle, also auf Veränderungen von Marktparametern wie Preise oder Mengen von H3G und Orange Österreich und äussert auf dieser Grundlage wettbewerbliche Bedenken. Koordinierte Effekte spielen im Rahmen ihrer Prüfung eine untergeordnete Rolle.

Die WEKO legt dagegen mit ihrer Analyse der kollektiven Marktbeherrschung das Hauptgewicht auf die koordinierten Effekte. Auf dieser Grundlage geht sie davon aus, dass durch den Zusammenschluss der wirksame Wettbewerb beseitigt werden könnte.⁴⁰

Unterschiedliche Aspekte beim Vorgehen der Wettbewerbsbehörden

Im Kern besteht die unterschiedliche Ausgangslage darin, dass es in Österreich um eine 4-zu-3-Fusion ging, in der Schweiz um eine 3-zu-2-Fusion. Auch mit dem SIEC-Test wurde bereits eine

⁴⁰ Die Europäische Kommission hat bis zum Zeitpunkt der Untersagung der Fusion Orange und Sunrise durch die Wettbewerbskommission keinen Zusammenschluss wegen kollektiver Marktbeherrschung verboten.

3-zu-2-Fusionen bewilligt. So wurde die Übernahme des Mobilfunkbetriebs von Tele2 in Norwegen durch den finnisch-schwedische Telekommunikationsanbieter TeliaSonera im Februar 2015 auf der Grundlage einer Reihe von Vereinbarungen mit ICE bewilligt, einem kleineren Nischenanbieter, von dem die Behörde hofft, dass er zu einer glaubwürdigen Nummer drei auf dem norwegischen Markt würde. Auch im Fusionsfall in Österreich geht die Europäische Kommission davon aus, dass via Verpflichtungsangebote von H3G fusionsbedingte Markteintrittshürden abgebaut werden können.

Demgegenüber werden die Markteintrittshürden nach Einschätzung der WEKO fusionsbedingt grösser, und die Wettbewerbsbehörde sieht auch keine Auflagen und/oder Bedingungen, auf deren Grundlage sie die Fusion hätte bewilligen können. Dagegen haben in Österreich die Zusammenschlussparteien und die Telekom-Regulierungsbehörden entsprechende Vorschläge eingereicht. Daher dürfte mit Blick auf den Entscheid in der Schweiz die unterschiedliche Ausgangslage ausschlaggebender gewesen sein für ihren Entscheid, als das Prüfkriterium. Die WEKO hat im Rahmen ihrer Prüfung auch Effizienzvorteile geprüft, weshalb sie die Fusion bei einem SIEC-Test vermutlich nicht anders entschieden hätte.

Fazit im Themenfeld Einführung von SIEC-Test und Effizienzeinrede in der Schweiz

Das Ergebnis ist somit im gegebenen Fall dasselbe. Allerdings ist unbekannt, wie der Fusionsfall unter denselben Voraussetzungen (d.h. unter Art. 10 Abs. 2 KG) letztlich vom BVGer entschieden worden wäre, wenn Sunrise und Orange gegen das Fusionsverbot rekurriert hätten. Mit dem SIEC-Test hätte die WEKO die Möglichkeit gehabt, unterhalb der Marktbeherrschungsgrenze einzugreifen. Im Rahmen der Anwendung des SIEC-Tests in der Schweiz hätte ggf. zusätzlich ein «Chilling-Effekt» dazu geführt, dass das Vorhaben des Unternehmenszusammenschlusses womöglich gar nicht angestrebt worden wäre.

Effizienzvorteile spielten im Rahmen der Fallbeurteilung weder in der Schweiz noch in Österreich eine Rolle. Die WEKO geht davon aus, dass allfällige Effizienzvorteile durch die Fusion nicht an die Konsumenten weitergegeben werden. Im Lückenfall mit adversen Effekten auf den Wettbewerb können Effizienzwirkungen geltend gemacht werden. Die Europäische Kommission sieht allerdings den Nachweis von Effizienzvorteilen im Zuge der geplanten Übernahme von Orange Austria durch Hutchison 3G Austria als nicht erbracht.

Es gibt in der EU inzwischen eine lange Übernahmewelle von Telekommunikationszusammenschlüssen. Eine Beurteilung der unilateralen Effekte und damit von wettbewerblichen Effekten unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle dürfte mit Blick auf die Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen ökonomisch schlüssiger sein, als eine Analyse über die Einzelmarktbeherrschung oder die kollektive Marktbeherrschung.

Die Übernahme von Orange Austria durch Hutchison 3G Austria zeigt, dass es anstelle der qualifizierten Marktbeherrschung mit dem SIEC-Test nicht nötig ist, koordinierte Effekte vertieft zu untersuchen. Allerdings ist ein 4-zu-3-Zusammenschluss wohl einfacher ohne Einbezug der koordinierten Effekte zu bewerkstelligen wie ein 3-zu-2-Zusammenschluss, bei dem sich die Frage der Anreizwirkungen des neu entstehenden Duopols kaum ausblenden lässt. Auf der Grundlage des SIEC-Tests wäre im Rahmen der Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens France Télécom SA / Sunrise Communications AG vermutlich den nicht koordinierten Effekten ein grösseres Gewicht und den koordinierten Effekten etwas weniger Bedeutung beigemessen worden.

Insgesamt darf davon ausgegangen werden, dass im Rahmen einer Fusionskontrolle mit Hilfe des SIEC-Tests eine tiefere Interventionsschwelle wirksam sein dürfte. Fusionsbedingte Konzentrationstendenzen können auf diese Weise auch im Telekommunikationssektor besser vermieden werden. Die Fusionskontrolle würde ökonomisch fundierter umgesetzt, da die zu erwartenden Marktwirkungen quantitativer abgeschätzt werden können, so wie dies etwa mit dem GUPPI der Fall ist.

Beurteilung des administrativen Aufwands der Einführung des SIEC-Tests

Jeder Systemwechsel ist mit Umstellungskosten verbunden. Im Rahmen der Übergangsphase vom qualifizierten Marktbeherrschungstest zur Einführung der Praxis des SIEC-Tests kann von einem vorübergehenden Analyse Mehraufwand ausgegangen werden, insbesondere wenn die zu erwartenden Marktwirkungen quantitativer abgeschätzt werden können. Ist das neue Regime jedoch einmal etabliert, dürfte die Praxis der Beurteilung von Zusammenschlüssen bei Behörden und betroffenen Unternehmen kaum mit mehr administrativem Aufwand verbunden sein als die beim Status quo der Fall ist.

A.4 Zusammenschlusspraxis im Medienbereich

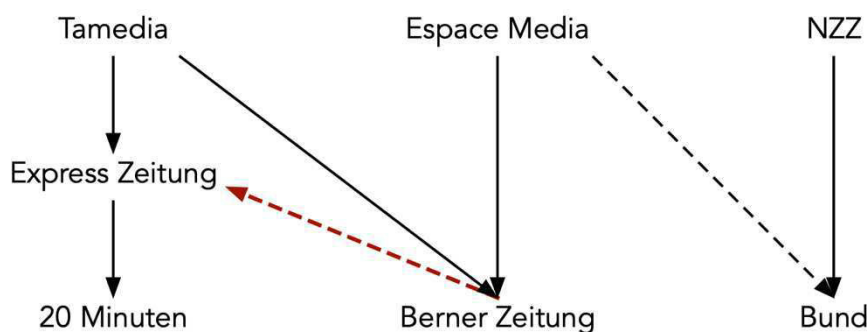
A.4.1 Fallbeschreibungen

A.4.1.1 Einstieg der Berner Zeitung AG bei 20 Minuten (WEKO, 2004a und b, 2006 etc.)

Involvierte Unternehmen und Sachverhalt

Tamedia AG und die Berner Zeitung AG kündigten am 15. April 2003 gegenüber der WEKO die Absicht an, über eine Beteiligung an der Express Zeitung AG (Tochter von Tamedia) gemeinsam mit Tamedia die Kontrolle über 20 Minuten zu übernehmen (Bundesgericht, 2007b). Am 5. August 2003 kündigte zudem die Espace Media Groupe eine Minderheitsbeteiligung an der Bund Verlag AG an. Der Bund und die Berner Zeitung sind die beiden einzigen grossen Tageszeitungen in der Region Bern.

Abbildung 2 Beteiligungsstruktur 20 Minuten und des Regionalzeitungsmarkts Bern



Die Berner Zeitung will sich über die Express Zeitung AG an 20 Minuten beteiligen (rot gestrichelte Linie). Zur selben Zeit plante die Espace Media Groupe, welche die Berner Zeitung herausgibt, eine Minderheitsbeteiligung an der Bund Verlag AG, der zweiten Tageszeitung im Raum Bern (schwarz gestrichelte Linie).

Quelle: Polynomics.

Erwägungen und Entscheid der Wettbewerbs- und Rekurskommission

Die WEKO genehmigte am 15. September 2003 die Übernahme von 20 Minuten durch Tamedia via die Express Zeitung AG ohne Auflagen, stellte die Beteiligung der Berner Zeitung AG an der Express Zeitung AG hingegen vorsorglich unter ein Vollzugsverbot. Hintergrund dafür war die Meldung, dass die Espace Media Groupe eine Minderheitsbeteiligung an der Bund Verlag AG erwerben wollte. Damit wäre die Espace Media Groupe sowohl an der Berner Zeitung (Mehrheitsbeteiligung) als auch der Bund Zeitung (Minderheitsbeteiligung), also den beiden wichtigsten Regionalzeitungen im Raum Bern, beteiligt.⁴¹ Dadurch könnte eine marktbeherrschende Stellung der Espace Media Groupe im Anzeigemarkt Raum Bern begründet werden.

⁴¹ Gemäss (WEKO, 2004a, S. 496) beträgt der Marktanteil von Bund und Berner Zeitung im Berner Mittelland rund 91 Prozent.

Die WEKO untersagte schliesslich am 19. Januar 2004 der Berner Zeitung die Beteiligung an der Express Zeitung AG (WEKO, 2004b). Die Minderheitsbeteiligung der Espace Media am Bund wird mit der «Failing Company Defense» bewilligt (WEKO, 2004a).

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO WEF) hob am 4. Mai 2006 den Entscheid der WEKO auf und liess die Beteiligung der Tamedia AG und der Berner Zeitung AG an der Express Zeitung AG unter Auflagen zu: Die Berner Zeitung AG darf sich weder direkt noch indirekt um die Konzession des Anzeiger Region Bern bewerben (siehe WEKO, 2006). Die WEKO zog diesen Entscheid der REKO WEF an das Bundesgericht weiter, das jedoch am 22.2.2007 den Entscheid der REKO WEF (siehe Bundesgericht, 2007b) bestätigte.

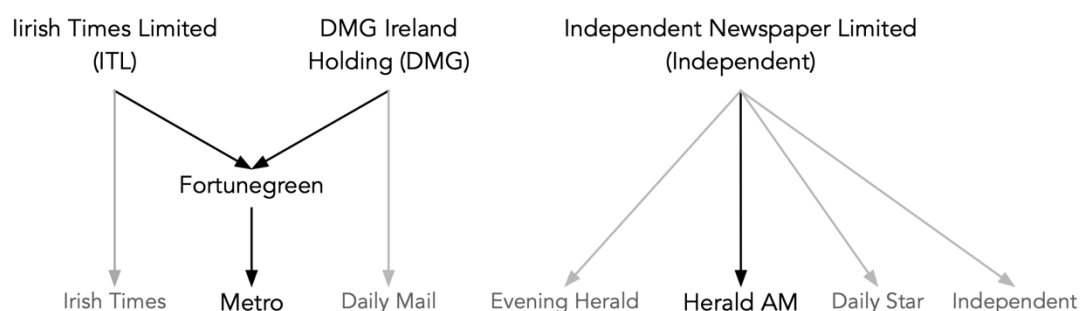
A.4.1.2 Zusammenschluss der beiden Gratis-Tageszeitungen «Metro» und «Herald AM» zu «Metro Herald» (Competition Authority, 2009)

Involvierte Unternehmen und Sachverhalt

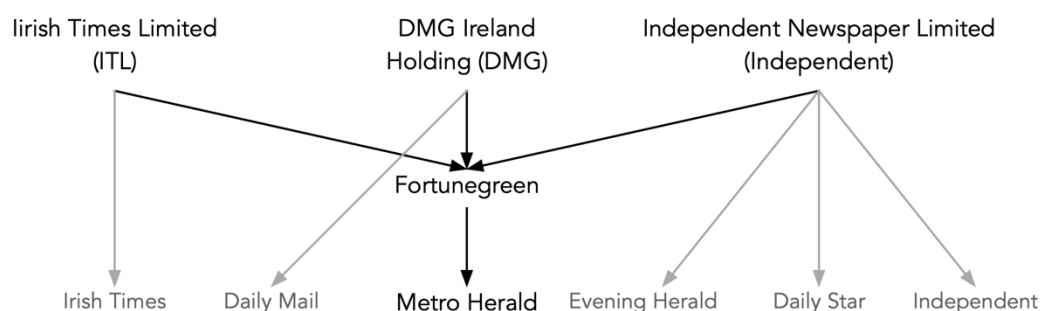
Im Juli 2009 wurde die irische Wettbewerbsbehörde über den geplanten Zusammenschluss der beiden Gratis-Tageszeitungen Herald AM und Metro im Grossraum Dublin informiert.

Abbildung 3 Beteiligungssituation Gratis-Tageszeitungen in der Grossregion Dublin

Vor dem Zusammenschluss:



Nach dem Zusammenschluss:



Die beiden Zeitungen Metro und Herald AM werden zu Metro Herald verschmolzen. Dazu beteiligt sich Independent an Fortune Green, und bringt die eigene Gratis-Tageszeitung Herald AM in die Unternehmung ein.

Quelle: Polynomics.

Irish Times Limited (ITL) und DMG Ireland Holdings (DMG) sind gemeinsame Inhaber von Fortunegreen, der Herausgeberin der gratis Tageszeitung Metro. Metro steht im Wettbewerb mit der Gratis-Tageszeitung Herald AM, die von Independent Newspaper Limited (Independent) herausgegeben wird. Nebst diesen beiden Gratis-Tageszeitungen geben die Inhaber auch andere Zeitungen heraus. Der Zusammenschluss sieht eine Beteiligung von Independent an Fortunegreen vor. Dabei bringt Independent die eigene Gratis-Tageszeitung Herald AM in die Unternehmung ein. Die beiden Gratis-Tageszeitungen sollen zu «Metro Herald» verschmolzen werden. veranschaulicht die Marktverhältnisse vor und nach dem geplanten Zusammenschluss.

Erwägungen und Entscheid der Competition and Consumer Protection Commission

Gratis-Tageszeitungen sind typische zweiseitige Märkte, welche auf der einen Seite die Leserschaft (Augen) mit Medieninhalten bedienen und auf der anderen Seite diese Augen in Form von Werbeplätzen an Werbende verkaufen. Die irische Competition and Consumer Protection Commission untersucht deshalb sowohl den Leser- als auch den Anzeigenmarkt. Sie kommt zum Schluss, dass das Publikum der Gratis-Tageszeitungen mit demjenigen von kostenpflichtigen Tageszeitungen vergleichbar ist. Der Inhalt der Gratis-Tageszeitungen ist grösstenteils nicht selbst produziert, sondern besteht aus Inhalten der Zeitungen der Mutterhäuser und Nachrichtenagenturen. Diese Inhalte sind damit auch über andere Kanäle als den Gratis-Tageszeitungsmarkt erhältlich. Der geplante Zusammenschluss hat somit keinen Einfluss auf die Zeitungsleserschaft in der Region (Competition Authority, 2009 Rz. 3.7).

Durch den Zusammenschluss besteht hingegen die Gefahr, dass der Wettbewerb im Markt für Anzeigenwerbung («Display Advertising») geschwächt wird. Insbesondere befürchtet die Competition and Consumer Protection Commission koordinierte Effekte, da die Inhaber von Fortunegreen versucht sein könnten, den Anzeigenmarkt zwischen ihren eigenen Titeln und Metro Herald abzustimmen.

Als Grundlage für die Untersuchung dienen Befragungen von 18 Werbeagenturen, 16 indirekten Werbekunden und 21 direkten Werbekunden. Dazu kommen interne Dokumente der Gratis- und Bezahlzeitungen, sowie ein Vergleich mit dem Londoner Markt für Gratis-Tageszeitungen. Am 9. November 2009 gibt die irische Wettbewerbsbehörde dem Zusammenschluss unter Auflagen statt (Competition Authority, 2009).

A.4.2 Vorgehensvergleich

A.4.2.1 Einstieg der Berner Zeitung AG bei 20 Minuten

Für den Entscheid bezüglich des geplanten Zusammenschlusses ist nicht die Marktabgrenzung und Argumentation der WEKO, sondern diejenige der REKO WEF relevant. Der Vollständigkeit halber, wird dennoch zuerst auf die Marktabgrenzung gemäss WEKO und anschliessend auf diejenige der REKO WEF eingegangen.

Marktabgrenzung Lesermarkt gemäss WEKO

Die WEKO hat Werbeaufraggeber zur Substituierbarkeit von 20 Minuten durch andere Presseerzeugnisse und elektronische Medien befragt. Daraus folgert die WEKO, dass 20 Minuten eher ergänzend als substituierend zu Tageszeitungen konsumiert wird. Es scheint jedoch eine Substitutionsbeziehung zwischen 20 Minuten und dem Einzelverkauf (Kiosk) der Tageszeitungen zu geben. Ebenfalls ist 20 Minuten in einem gewissen Umfang auch Substitut zu Boulevard-Zeitungen, insbesondere Blick (WEKO, 2004b, Rz. 64).

Elektronische Medien betrachtet die WEKO aufgrund der Befragung und ihrer «konstanten Praxis» nicht als Substitute zu 20 Minuten (WEKO, 2004b, Rz. 66). Elektronische Medien (Internet, Radio, TV etc.) werden zwar nicht zum relevanten Markt gezählt, die WEKO untersucht jedoch ihre disziplinierende Wirkung auf den relevanten Markt unter dem Kapitel «voraussichtliche Stellung im betroffenen Markt».

Beim Lesermarkt kommt die WEKO zu keinem klaren Schluss. Sie beurteilt den Lesermarkt einerseits als Pendlerzeitungsmarkt und andererseits als Markt für Tageszeitungen (WEKO, 2004b Rz. 68).

a) Lesermarkt als Pendlerzeitungsmarkt

Der Markt für Gratispendlerzeitungen betrachtet die WEKO als einen eigenen Markt. Da es im deutschsprachigen Raum nur eine Pendlerzeitung gibt, nimmt 20 Minuten einen Marktanteil von 100 Prozent ein (Rz. 79). Der geplante Zusammenschluss kann also nicht zu einer Erhöhung der Marktanteile führen. Es gelte aber dennoch die Auswirkungen auf die Markstellung der Parteien hinsichtlich der potenziellen Konkurrenz zu prüfen. Gemäss Beurteilung der WEKO bietet der Schweizer Markt für Pendlerzeitungen nur Platz für einen Anbieter. Die WEKO betrachtet die Berner Zeitung dennoch als potenziellen Wettbewerber zu 20 Minuten.

Ein Zusammenschluss zwischen aktuellem (20 Minuten) und potenziellen (BZ) Konkurrenten reduziert die disziplinierende Wirkung auf dem Markt. «Mit dem geplanten Zusammenschluss schliesst sich die Berner Zeitung als bisher einzige ernst zu nehmende potenzielle Konkurrentin von 20 Minuten auf dem Berner Regionalmarkt mit eben diesem Wettbewerber zusammen» (Rz. 90). Damit gibt es im Lesermarkt für Pendlerzeitungen keine aktuelle Konkurrenz mehr und die potenzielle Konkurrenz ist schwächer als vor dem Zusammenschluss (Rz. 132).

b) Lesermarkt als Markt für Tageszeitungen

Im Teilmarkt Berner Mittelland führt der Zusammenschluss zu einer marktbeherrschenden Stellung. In der Stadt und Agglomeration Bern gibt es nach dem Zusammenschluss keine von der Espace Media Groupe unabhängige Regionalzeitung mehr. Die disziplinierende Wirkung potenzieller Konkurrenz stuft die WEKO als gering ein (Rz. 107). Sie gelangt zur Einsicht, dass die Espace Media Groupe nach dem Zusammenschluss keine aktuelle Konkurrenz auf dem Berner Lesermarkt für Regionalzeitungen mehr hat und lediglich einer geschwächten potenziellen Konkurrenz im Pendlerzeitungsmarkt gegenübersteht (Rz. 132):

«Aus all diesen Gründen wird durch den vorliegenden Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, durch die wirksamer Wettbewerb auf dem Lesermarkt im Grossraum Bern beseitigt werden kann (vgl. Art. 10 Abs. 2 KG).» (Rz. 133)

Markt für regionale und lokale Werbung im Raum Bern gemäss WEKO

Im Raum Bern verfügt die Berner Zeitung nach dem Zusammenschluss mit NZZ-Bund und durch die Akquisition von 20 Minuten über einen hohen Marktanteil im Print-Werbemarkt. Für lokale Werbung kommen einzig noch die Anzeiger im Raum Bern als Alternativen in Frage. Der «Berner Bär» wird jedoch ebenfalls von der Espace Media Groupe herausgegeben und der Bund besitzt die Konzession für den «Anzeiger Region Bern». Die WEKO kommt deshalb zum Schluss, dass nach dem geplanten Zusammenschluss, eine marktbeherrschende Stellung vorliegt.

«Die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens Tamedia AG/Berner Zeitung AG/20 Minuten hat ergeben, dass der Zusammenschluss in Bezug auf die Beteiligung der Berner Zeitung an 20 Minuten auf dem Leser- und Werbemarkt im räumlich relevanten Markt Bern eine marktbeherrschende Stellung begründet beziehungsweise verstärkt, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann (Art. 10 Abs. 2 KG).» (Rz. 179)

Marktabgrenzung gemäss Rekurskommission

Die REKO WEF argumentiert, dass 20 Minuten eine neue Zielgruppe, die mobilen jungen Pendler, bedient, welche bisher von keiner anderen Zeitung direkt angesprochen wird: «Zusammenfassend ergibt sich, dass der Standpunkt der Beschwerdeführerinnen, 20 Minuten leserseitig einem eigenen Pendlerzeitungsmarkt zuzuordnen, den Marktgegebenheiten im Lichte des hier zu verfolgenden Partialmarktkonzeptes (vgl. E. 6.3.3. a. E.) am besten gerecht wird» (WEKO, 2006, S. 375). Damit ist 20 Minuten weniger als Substitut, sondern eher als Komplement zu Regionalzeitungen zu verstehen. Auf dem Pendlerzeitungsmarkt ist 20 Minuten bereits ohne die geplante Beteiligung marktbeherrschend, so dass das Zusammenschlussvorhaben die Marktstruktur nicht «wettbewerbsbeseitigend verändert». ⁴² Auch die WEKO sieht in 20 Minuten einen Monopolisten im Pendlerzeitungsmarkt, argumentiert jedoch, dass die Berner Zeitung als potenzielle Konkurrentin zu betrachten sei und der geplante Zusammenschluss damit die potenzielle Konkurrenz schwäche. Die REKO WEF lässt diese Betrachtungsweise nicht gelten, da 20 Minuten leserseitig in keinem Konkurrenzverhältnis zu den Regionalzeitungen stehe.

Beim Werbemarkt stellt die REKO WEF ebenfalls eine Monopolstellung von 20 Minuten fest, sofern es sich um zielgruppenorientierte Werbung im gesamten Verteilgebiet von 20 Minuten handelt. Der geplante Zusammenschluss kann also auf diesem Markt zu keiner Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung kommen, da diese bereits vor dem Zusammenschluss (und nach dem Marktaustritt der Gratispendlerzeitung Metropol) gegeben ist. Für den lokalen und regionalen Werbemarkt ist die Marktsituation jedoch anders zu beurteilen.

Die REKO WEF unterscheidet drei regionale und lokale Werbeteilmärkte: Anzeigenraum für Firmenwerbung, Raum für Rubrikanzeigen und Raum für Ankündigungsanzeigen (WEKO, 2006, S. 379). Bei Rubriken- und Ankündigungsanzeigen besteht nach Ansicht der REKO WEF insbesondere durch die Internetangebote auch nach dem Zusammenschluss genügend Wettbewerb.

Bei der lokalen Firmenwerbung in der Agglomeration Bern könnte hingegen nach dem Zusammenschluss NZZ-Espace-Bund eine qualifizierte Marktbeherrschung durch die Espace Media Groupe entstehen, da sie sowohl den Anzeiger Region Bern als auch den Berner Bär kontrollieren würde. Diese beiden Printprodukte stellen für Werbetreibende mögliche Substitute für lokale Firmenwerbung in Regionalzeitungen und 20 Minuten dar. Fällt nun mit der geplanten Beteiligung auch noch 20 Minuten in den Kontrollbereich der Espace Media Groupe, entfällt auch dieses Substitut für die Marktgegenseite.

Einzelmarktbeherrschung

Um das Entstehen einer marktbeherrschenden Stellung zu verhindern, motiviert die REKO WEF die Auflage, dass sich die Espace Media Groupe nicht um die Konzession für den Anzeiger Region Bern bewerben darf. Diese Massnahme haben 20 Minuten und Tamedia selbst in ihrer Beschwerde bei der REKO WEF als Eventualiter vorgeschlagen. Mit dieser Auflage ist aus Sicht

⁴² «Damit das Kriterium von Art. 10 Abs. 2 lit. a KG erfüllt ist, muss sich die Fusion auf die Wettbewerbslage auswirken, was zunächst impliziert, dass im Vorfeld der Fusion ein Wettbewerb im fraglichen Markt existiert oder innert vernünftiger Frist realisiert werden kann» (Heizmann & Togni, 2012, S. 112).

der REKO WEF sichergestellt, dass auch nach dem Zusammenschluss genügend Wettbewerb herrscht und Marktmacht verhindert werden kann. Diese Sicht wird später vom Bundesgericht bestätigt.

Koordinierte Effekte

Koordinierte Effekte sind kein Thema bei der Beurteilung des geplanten Zusammenschlusses. Aufgrund der Marktabgrenzung stellt sich lediglich die Frage nach einer Einzelmarktbeherrschung.

Effizienzgewinne

Die WEKO untersucht, ob der geplante Zusammenschluss auf einem anderen Markt zu Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse führt, welche die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen könnten. Die Parteien geben an, dass durch den Zusammenschluss in der Region Bern ein Gegengewicht auf dem nationalen Werbemarkt gegenüber den Zürcher Verlagen und Edipress in der Romandie geschaffen wird. Die WEKO weist dies zurück, da die Wettbewerbsverhältnisse auf dem nationalen Werbemarkt gemäss ihrer Einschätzung nicht beeinflusst werden (WEKO, 2004b, Rz. 184). Auch gemäss der Beurteilung durch die REKO WEF genügen die möglicherweise positiven Auswirkungen auf den nationalen Werbemarkt nicht, um die potenziell negativen Effekte auf dem regionalen Anzeigenmarkt zuzulassen.

A.4.2.2 Zusammenschluss der beiden Gratis-Tageszeitungen «Metro» und «Herald AM» zu «Metro Herald»

Marktabgrenzung

Bei der sachlichen Marktabgrenzung ist zwischen Lesermarkt und Anzeigemarkt zu unterscheiden.

Für den Lesermarkt stellt die Wettbewerbsbehörde fest, dass der relevante Markt alle täglich erscheinenden Gratis- und Bezahlzeitungen im Grossraum Dublin umfasst. Die Leserschaft der gratis Tageszeitungen ist hinsichtlich sozioökonomischer Charakteristiken mit der Leserschaft von Bezahl-Tageszeitungen vergleichbar. Die Inhalte der Gratis-Tageszeitungen stammen grösstenteils entweder von deren Mutterhäusern oder von Nachrichtenagenturen und sind deshalb den Lesern auch über andere Quellen als die Gratis-Tageszeitungen zugänglich. Die Behörde kommt zum Schluss, dass der Lesermarkt nicht vom geplanten Zusammenschluss betroffen ist.

Beim Werbemarkt sind die Gratis- und Bezahltagesszeitungen zum selben Markt zu zählen, da sich diese in einem intensiven Wettbewerb um die Werbekunden befinden. Beide Zeitungsformate bedienen primär landesweit Werbende. Hingegen sind Lokalzeitungen, die grösstenteils lokale Werbung enthalten, kein geeignetes Substitut für Werbung in den beiden Gratis-Tageszeitungen und deshalb nicht zum selben Markt zu zählen. Zum selben Schluss kommt die Wettbewerbsbehörde auch bezüglich Sonntags- bzw. Wochenendzeitungen, die ebenfalls nicht zum selben Markt zu zählen sind.

Innerhalb des Anzeigenmarktes unterscheidet die Behörde weiter in Rubrikenwerbung und Kleinanzeigen sowie einen Markt für Unternehmens-, Dienstleistungs- und Produktwerbung. Diese Werbeformate unterscheiden sich in der Positionierung innerhalb der Zeitung und im Preisgefüge. Die Behörde kommt zum Schluss, dass Rubrikenwerbung und Kleinanzeigen («Classifieds») einen eigenen Markt darstellen. In diesem Markt stehen die Zeitungen im Wettbewerb mit reinen

Kleinanzeigenpublikationen und Online-Diensten. Somit ist dieser Markt von dem geplanten Zusammenschluss nicht betroffen.

Schliesslich untersucht die Behörde, ob Werbung in Zeitungen einen eigenen Markt darstellt. Dazu konsultierte die Behörde interne Dokumente, befragte Werbetreibende (Agenturen und Unternehmen), führte einen SSNIP-Test durch (welcher keine eindeutigen Erkenntnisse brachte) und stützte sich auf ihre eigenen bisherigen Entscheide in ähnlichen Fällen (in welchen sie Zeitungswerbung als eigenen Markt betrachtete). Auch die Reaktionen der Werbetreibenden auf den damaligen Markteintritt der beiden Gratis-Tageszeitungen geben keinen Anlass zur Vermutung, dass Zeitungswerbung einem grösseren Markt zuzuordnen wäre. Werbung in Zeitungen stellt aus Sicht der Behörde somit einen eigenen Markt dar und es sind keine weiteren Medien miteinzubeziehen.

Zusammenfassend kommt die Behörde zum Schluss, dass es sich beim vom Zusammenschluss betroffenen Markt um Anzeigenwerbung (ohne Rubrikenwerbung) für Tageszeitungen (bezahlte und gratis) in der Grossregion Dublin («Greater Dublin Area») handelt (Competition Authority, 2009, Rz. 3.73 und 3.78).

Unilaterale Effekte

Die Konzentration im Markt ist gemessen am Herfindahl-Hirschman-Index (HHI) bereits vor dem geplanten Zusammenschluss hoch (4'301), nimmt jedoch durch den Zusammenschluss ab. Der Wegfall einer der beiden Gratis-Tageszeitungen führt einerseits dazu, dass der Umsatz der übrigbleibenden Gratis-Tageszeitung geringer ist, als die Summe der Umsätze der beiden zusammengeführten Zeitungen. Andererseits wird der Marktanteil von Independent – dem Mutterhaus der aufzulösenden Herald AM – durch den Zusammenschluss abnehmen. Diese beiden Effekte lassen den HHI sinken (Competition Authority, 2009, Rz. 4.11).

Die Behörde stellt fest, dass der HHI-Wert vor dem Zusammenschluss auf einen hoch konzentrierten Markt schliessen lässt und dass der Zusammenschluss trotz fallender Marktkonzentration wettbewerblich bedenkliche Wirkungen zur Folge haben könnte. Dazu vergleicht sie die Wettbewerbsbedingungen vor dem Zusammenschluss mit den Wettbewerbsbedingungen nach dem Zusammenschluss. Da sich jedoch die Wettbewerbsbedingungen auch ohne den Zusammenschluss verändern könnten, kann als Vergleichspunkt nicht zwingend die tatsächliche Situation vor dem Zusammenschluss herangezogen werden. Gemäss den Parteien, könnten ohne den geplanten Zusammenschluss beide Gratis-Tageszeitungen vom Markt verschwinden. Alternativ könnte nach einem harten Wettbewerbskampf nur eine Zeitung wegfallen, wobei die verbleibende Zeitung geschwächt übrigbleibt. Die Behörde weist auf ein weiteres mögliches Szenario hin: Eine Zeitung zieht sich geordnet aus dem Markt zurück und ermöglicht der verbleibenden Zeitung einen Ausbau ihrer Marktposition.

Effizienzgewinne /Ausgleichsmassnahmen

Ohne zu den geschilderten möglichen Szenarien Stellung zu nehmen, untersucht die Behörde die wettbewerbliche Situation im Markt, wie sie sich vor dem Zusammenschluss darstellt. Dazu untersucht sie folgende Themen.

- Substitutionsbeziehungen: Die beiden Gratis-Tageszeitungen Metro und Herald AM sind sehr enge Substitute im Markt für Anzeigenwerbung. Der Evening Herald von Independent (ebenfalls Herausgeber von Herald AM) ist das nächste Substitut zu den Gratis-Tageszeitungen.

- Markteintritt: Ein Markteintritt erachtet die Behörde zwar als zeitnah möglich, bezweifelt jedoch, dass dieser wahrscheinlich ist. Einerseits könnte der Zusammenschluss der Gratis-Tageszeitungen, bei welchem die beiden grössten Zeitungsherausgeber beteiligt sind, potenzielle Konkurrenten von einem Markteintritt abhalten. Andererseits ist unklar, ob der Markt gross genug für mehr als eine Gratis-Tageszeitung ist.
- Entgegenwirkende Nachfragemacht («countervailing buyer power»): Die Analyse der Substitutionsbeziehungen hat gezeigt, dass insbesondere der Evening Herald, gefolgt von anderen Tageszeitungen ein Substitut zu den Gratis-Tageszeitungen sind. Bei einer Preiserhöhung bei der Anzeigenwerbung könnten die Werbetreibenden auf andere Zeitungen ausweichen.

Die Analyse zeigt somit, dass insbesondere der Evening Herald den Handlungsspielraum der Gratis-Tageszeitungen einschränkt. Da jedoch nach dem geplanten Zusammenschluss das Mutterhaus des Evening Herald, die Independent Newspaper Limited, über Fortunegreen Teilhaberin an der neuen Gratis-Tageszeitung Metro Herald ist, gibt der Zusammenschluss Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken. Metro Herald könnte durch Einflussnahme von Independent Newspaper Limited bei Fortunegreen daran gehindert werden, wettbewerbliche Massnahmen zu ergreifen, die den Evening Herald unter Druck setzen.

Die Parteien geben schliesslich an, dass der Zusammenschluss zu Effizienzsteigerungen in Verteilung, Druck, Verkäufen und Marketing führe. Die Behörde erachtet diese Behauptung mangels Daten als zu wenig begründet.

Koordinierte Effekte

Die durch den geplanten Zusammenschluss entstehenden Strukturen könnten nicht nur zu den oben erwähnten unilateralen wettbewerbshindernden Effekten führen, sondern auch koordiniertes Verhalten fördern. Die Behörde erachtet hier zwei Effekte als bedenklich. Einerseits könnten die Inhaber von Fortunegreen, also die drei Verlage Irish Times Limited, DMG Ireland Holding und Independent Newspaper Limited (vgl. Abbildung 3), ihr Verhalten abstimmen. Andererseits könnten auch die Inhaber von Fortunegreen und Fortunegreen selbst das Verhalten abstimmen.

Die Behörde stellt eine hohe Marktkonzentration bereits vor dem geplanten Zusammenschluss fest. Solch hoch konzentrierte Märkte sind anfällig auf koordiniertes Verhalten. Durch den geplanten Zusammenschluss wird durch die Beteiligung der Verlage an Fortunegreen nun auch noch ein «Forum» geschaffen, welches eine potenzielle Koordination zusätzlich erleichtert (Competition Authority, 2009, Rz. 5.71).

Zusätzlich ermöglicht dieses «Forum» auch den Austausch sensibler Geschäftsdaten zwischen den Inhabern von Fortunegreen (den Zeitungsverlagen) und der Geschäftsführung von Fortunegreen. Besonders heikel wären Informationen bezüglich der Strategie im Werbemarkt und der Preise bzw. Rabatte für Werbefläche.

Auflagen

Die Behörde hat die Parteien über ihre Bedenken informiert und sie aufgefordert, Massnahmen zu deren Eindämmung vorzuschlagen. Die Massnahmen sollen sicherstellen, dass Fortunegreen als «effektiver Mitbewerber» im Markt für Anzeigenwerbung auftreten und handeln kann.

Die Parteien haben vorgeschlagen, die neu entstehende Gratis-Tageszeitung als eigenständiger Wettbewerber aufzustellen. Die Kompetenzen der Geschäftsführung von Fortunegreen werden so

ausgestaltet, dass sie Entscheidungen über «bestimmte Wettbewerbsparameter» ohne die Einwilligung der Inhaber bzw. deren jeweiligen Verwaltungsräte treffen kann. Zusätzliche stellen die Parteien sicher, dass die in den Verwaltungsrat von Fortunegreen gewählten Vertreter der Verlage keine Verantwortlichkeiten bezüglich des täglichen Werbegeschäfts irgendeiner Tageszeitung in der «Greater Dublin Area» wahrnehmen. «Gewisse Informationen» werden nicht zwischen den Verlagsinhabern und den Inhabern von Fortunegreen ausgetauscht.

Die Behörde erachtete die von den Parteien vorgeschlagenen Massnahmen als ausreichend, um die von ihr angebrachten Bedenken zu beseitigen. Sie bewilligt deshalb den geplanten Zusammenschluss unter der Auflage, dass die Parteien die genannten Massnahmen umsetzen.

A.4.3 Fazit zum Fallvergleich

Vergleich der Ausgangslage

Bei beiden Fällen geht es um Gratis-Tageszeitungen und schwergewichtig um die Auswirkungen auf den regionalen und lokalen Werbemarkt. Im irischen Fallbeispiel geht es um den Zusammenschluss zweier Gratis-Tageszeitungen im Grossraum Dublin zu einer einzigen Gratis-Tageszeitung. Im Schweizer Fall hingegen geht es um die Übernahme einer Gratis-Tageszeitung durch zwei Verlagshäuser. In beiden Fällen steht unter anderem die Frage im Raum, ob der Markt gross genug für zwei Gratis-Tageszeitungen ist. Beide Behörden vermuten, dass langfristig vermutlich nur eine Gratis-Tageszeitung rentabel sein kann und untersuchen, ob andere Titel im Anzeigenmarkt für genügend Wettbewerb sorgen können. Die irische Wettbewerbsbehörde sowie die Schweizer REKO WEF kommen beide zum Schluss, dass der Lesermarkt von den geplanten Zusammenschlüssen nicht negativ betroffen ist und fokussieren deshalb auf den Anzeigenmarkt.

Gleiches bzw. vergleichbares Untersuchungsvorgehen der Wettbewerbsbehörden

Die irische Wettbewerbsbehörde und die REKO WEF gehen bei der Marktabgrenzung vergleichbar vor. Sie untersuchen unterschiedliche Zeitungstitel (Tageszeitungen, Wochenzeitungen, Sonntagszeitungen etc.) mit unterschiedlicher Reichweite (nationale, regionale und lokale Titel). Beim Anzeigenmarkt erfolgt eine Unterscheidung zwischen Rubrikenwerbung (Stellenangebote, Wohnungsmarkt etc.) und Firmen- bzw. Produktwerbung. Beide Organisationen orten wettbewerbsrechtliche Bedenken im lokalen bzw. regionalen Werbemarkt für Firmen- und Produktwerbung. Die irische Behörde sieht in Fortunegreen ein «Forum», welches den Herausgebern die Absprache erleichtern könnte. Dabei erachtet sie sowohl unilaterale Effekte (zwischen dem Independent-Verlag und der Gratis-Tageszeitung Metro Herald) als auch koordinierte Effekte (zwischen den drei Verlagen als Inhaber von Fortunegreen) als kritisch. Sie erlässt deshalb bestimmte organisatorische Auflagen, welche die Gefahr von Koordination über dieses neu geschaffene Forum dämpfen soll.

Die REKO WEF sieht im Schweizer Fall den Wettbewerb im lokalen Werbemarkt im Raum Bern bedroht. Da in diesem Markt die beiden grösseren Tageszeitungen Bund und Berner Zeitung zur Espace Media Group gehören und neu auch 20 Minuten unter deren Einflussbereich kommt, bleiben als unabhängige Anbieter von Anzeigenplätzen nur noch die regionalen Anzeiger. Die REKO WEF macht deshalb die Auflage, dass sich die Espace Media Group nicht um die Konzession des «Anzeiger Region Bern» bewerben darf.

Die REKO WEF bewilligt damit den Zusammenschluss zwischen BZ und 20 Minuten mit Auflagen; die WEKO hat den Zusammenschluss in erster Instanz unter Anwendung des qualifizierten Marktbeherrschungstests untersagt. Die irische Behörde bewilligt in einem ähnlichen Fall den

Zusammenschluss unter Anwendungen des SLC-Tests ebenfalls unter Auflagen. In beiden Ländern wurde somit ein ähnlicher Zusammenschluss unter Anwendung unterschiedlicher Tests unter Auflagen genehmigt. Es könnte sich trotzdem um einen Gap-Case handeln, da die WEKO unter Anwendung des SIEC-Tests unilaterale Effekte auf dem lokalen Werbemarkt Bern hätte berücksichtigen können.

In beiden Ländern wurde ein ähnlicher Zusammenschluss unter Auflagen genehmigt. In der Schweiz sollten die Auflagen eine Einzelmarktherrschaft verhindern, die mit der Gefahr der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs einhergeht. Unter Anwendung des SIEC-Tests hätte die Beurteilung der unilateralen Effekte im lokalen Markt für Firmenanzeigen eventuell anders ausfallen können. Mit dem heutigen Dominanztest genügt es sicherzustellen, dass mindestens ein ernst zu nehmender Wettbewerber im Markt verbleibt. Aufgrund des hohen Marktanteils der Espace Media Group wäre eine vertiefte Prüfung der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die Inseratpreise möglicherweise angezeigt gewesen.

Unterschiedliche Aspekte beim Vorgehen der Wettbewerbsbehörden

Die irische Wettbewerbsbehörde hat sich mit den unilateralen Effekten des Zusammenschlusses auseinandergesetzt. Obwohl die Mehrheit der befragten Werbeagenturen und Werbekunden keine Bedenken hinsichtlich des geplanten Zusammenschlusses äusserten, ortet die Behörde Risiken. Vor dem Zusammenschluss bestand durch den Evening Herald und Herald AM (beide Titel werden vom Independent-Verlag herausgegeben) genügend Wettbewerb zu Fortunegreen und damit zur Gratis-Tageszeitung Metro. Nach dem Zusammenschluss, durch welchen sich der Independent-Verlag bei Fortunegreen beteiligt, droht eine Schwächung dieses Wettbewerbs. Dies veranlasst die Behörde Auflagen zu erlassen.

Wie auch die irische Behörde, untersuchten die Schweizer Behörden Substitutionsbeziehungen und potenzielle Wettbewerber unter anderem mit einem SSNIP-Test. Die Analyse der Substitutionsbeziehungen hängt jedoch stark von der durch die REKO WEF getroffenen Marktabgrenzung ab. Sie erachtet den Markt für Werbung in Pendlerzeitungen als einen eigenen Markt, welcher sowohl vor als auch nach der geplanten Übernahme vollständig durch 20 Minuten beherrscht wird. Somit kommt es durch den Zusammenschluss zu keiner Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. Die REKO WEF sieht lediglich im lokalen Markt für Firmen- und Produktwerbung in der Agglomeration der Stadt und Region Bern wettbewerbliche Bedenken. Dort bestehen zwischen der Berner Zeitung, dem Bund, 20 Minuten und den Lokalanzeigern direkte Substitutionsbeziehungen.

Fazit im Themenfeld Einführung von SIEC-Test und Effizienzeinrede in der Schweiz

Bei der damaligen Konstellation im lokalen Werbemarkt Bern genügt der Dominanztest um Auflagen zu erlassen. Hätte man den Zusammenschluss ohne Auflagen erlaubt, hätte eine qualifizierte marktbeherrschende Stellung im lokalen Markt für Firmenwerbung gedroht, falls die Espace Media Group auch den Anzeiger Region Bern kontrollierte. Möglicherweise hätte bei gleicher Marktabgrenzung aber unter Anwendung des SIEC-Test die Beurteilung der Marktmacht im lokalen Markt für Firmenanzeigen anders ausfallen können. Mit dem qualifizierten Marktbeherrschungstest genügt es aus Sicht der REKO WEF sicherzustellen, dass mindestens ein ernst zu nehmender Wettbewerber im Markt verbleibt. Da der Marktanteil der Espace Media im Markt für lokale Firmenkundenanzeigen jedoch vermutlich über 50 Prozent lag, wäre eine vertiefte Prüfung der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die Anzeigenpreise möglicherweise angezeigt gewesen. Andererseits zeigt der Entscheid der irischen Wettbewerbsbehörde, dass selbst dann nicht

zwingend ein anderes Ergebnis zu erwarten ist. Sie hat den Zusammenschluss der Gratiszeitungen trotz Anwendung des SLC-Tests ebenfalls unter Auflagen bewilligt.

Beurteilung des administrativen Aufwands der Einführung des SIEC-Tests

Gemäss den uns zur Verfügung stehenden Unterlagen schätzen wir den Untersuchungsumfang in beiden Fällen als vergleichbar ein. Beide Behörden haben Umfragen bei der Marktgegenseite (Werbeauftraggeber) und SSNIP-Tests durchgeführt. Die Begründungen für die Entscheide der beiden Behörden weisen einen vergleichbaren Umfang mit grösstenteils denselben Themen auf. In diesem Fall wäre kein administrativer Mehraufwand durch Anwendung des SIEC-Tests anstelle des qualifizierten Marktbeherrschungstests zu erwarten gewesen.

Polynomics AG
Baslerstrasse 44
CH-4600 Olten

www.polynomics.ch
polynomics@polynomics.ch

Telefon +41 62 205 15 70
Fax +41 62 205 15 80
