

Der Fall Airtours

**Rs. T-342/99 (Airtours), Urteil des Gerichtes vom
06.06.2002 – Slg. 2002, S. II-2585.**

Zuletzt abgedruckt in: Pechstein, Entscheidungen des EuGH,
Kommentierte Studienauswahl, 11. Auflage 2020, S. 876 (Fall-Nr.
260)

1. Vorbemerkung

Die Entscheidung illustriert die Problematik einer kollektiven beherrschenden Stellung von Unternehmen im Rahmen des Fusionskontrollrechts. Die beherrschende Stellung entsteht dabei durch die Reduzierung der Wettbewerber durch einen Unternehmenszusammenschluss, ohne dass das hierdurch entstandene Unternehmen schon für sich den Markt beherrschen könnte. Die verbleibenden Marktteilnehmer sind jedoch auch ohne Absprachen untereinander imstande, den Markt kollektiv zu beherrschen. Es handelt sich also um eine Oligopolkontrolle. Das EuG hat für die Untersagung entsprechender Unternehmenszusammenschlüsse hohe materiellrechtliche Anforderungen aufgestellt und der Kommission strenge Nachweispflichten auferlegt. Im vorliegenden Fall hatte die Kommission dem nicht genügt. Die gleichen Bedingungen gelten auch im Rahmen des Art. 102 AEUV (Rs. T-193/02, Laurent Piau ./ Kommission, Slg. 2005, S. II-209).

2. Sachverhalt

Am 29. 04. 1999 gab die Airtours plc, eine britische Gesellschaft, die hauptsächlich Reisen veranstaltet und Pauschalreisen anbietet, ihre Absicht bekannt, das gesamte Kapital einer ihrer Konkurrentinnen, der britischen Reiseveranstalterin First Choice plc, zu erwerben. Am selben Tag meldete sie dieses Zusammenschlussvorhaben bei der Kommission gemäß Artikel 4 der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21. 12. 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (Fusionskontrollverordnung, FKVO) an. Mit Entscheidung vom 22. 09. 1999 erklärte die Kommission den Zusammenschluss gemäß Artikel 8 Absatz 3 FKVO für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt und dem Funktionieren des Europäischen Wirtschaftsraums, da er auf dem britischen Markt für Kurzstrecken-Auslandspauschalreisen eine kollektive beherrschende Stellung begründen würde, durch die der Wettbewerb im Gemeinsamen Markt erheblich behindert würde. Die Kommission begründete dies damit, dass der Zusammenschluss die Struktur des relevanten Marktes so ändern würde, dass die verbleibenden großen Veranstalter anders als in der Vergangenheit handeln und eine kollektive beherrschende Stellung begründen würden. Hiergegen erhob die Airtours plc mit Erfolg Nichtigkeitsklage.

3. Aus den Entscheidungsgründen

[57] Nach Artikel 2 Absatz 3 der Verordnung sind Zusammenschlüsse, die eine beherrschende Stellung begründen oder verstärken, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde, für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt zu erklären.

[58] Wenn die Kommission im Rahmen der Anwendung der Verordnung Nr. 4064/89 die Frage einer kollektiven beherrschenden Stellung prüft, muss sie untersuchen, ob die Begründung oder Verstärkung einer solchen Stellung, die geeignet ist, einen wirksamen Wettbewerb auf dem Markt erheblich und dauerhaft zu behindern, die unmittelbare und sofortige Folge des Zusammenschlusses wäre (in diesem Sinne Urteil Gencor/Kommission, Randnr. 94). Wird der gegenwärtige Wettbewerb nicht wesentlich verändert, müsste der Zusammenschluss genehmigt werden (in diesem Sinne Urteile des Gerichts vom 19. Mai 1994 in der Rechtssache T-2/93, Air France/Kommission, Slg. 1994, II-323, Randnrn. 78 und 79, und Gencor/Kommission, Randnrn. 170, 180 und 193).

[59] Nach der Rechtsprechung muss die Kommission „[i]n Bezug auf eine angebliche kollektive beherrschende Stellung ... anhand einer Untersuchung der voraussichtlichen Entwicklung des Referenzmarktes prüfen, ob der Zusammenschluss, mit dem sie befasst ist, zu einer Situation führt, in der ein wirksamer Wettbewerb auf dem relevanten Markt von den zusammengeschlossenen Unternehmen und einem oder mehreren dritten Unternehmen, die insbesondere aufgrund der zwischen ihnen bestehenden verbindenden Faktoren zusammen die Macht zu einheitlichem Vorgehen auf dem Markt und in beträchtlichem Umfang zu einem Handeln unabhängig von den anderen Wettbewerbern, ihrer Kundenschaft und letztlich den Verbrauchern besitzen, erheblich behindert wird“ (Urteile Kali & Salz, Randnr. 221, und Gencor/Kommission, Randnr. 163).

[60] Das Gericht hat entschieden, dass „rechtlich oder wirtschaftlich gesehen kein Grund [besteht], in den Begriff der wirtschaftlichen Verbindung nicht auch die Wechselbeziehung zwischen den Mitgliedern eines beschränkten Oligopols mit einzubeziehen, in dessen Rahmen diese auf einem Markt mit den entsprechenden Merkmalen insbesondere im Hinblick auf Marktkonzentration, Transparenz und Homogenität des Erzeugnisses in der Lage sind, ihre jeweiligen

Verhaltensweisen vorherzusehen, und daher unter einem starken Druck stehen, ihr Marktverhalten einander anzupassen, um insbesondere ihren gemeinsamen Gewinn durch eine auf Preiserhöhung abzielende Produktionsbeschränkung zu maximieren. In einem solchen Kontext weiß nämlich jeder Marktbeteiligte, dass jede auf Vergrößerung seines Marktanteils gerichtete, stark wettbewerbsorientierte Maßnahme (z. B. eine Preissenkung) seinerseits die gleiche Maßnahme seitens der anderen auslösen würde, so dass er keinerlei Vorteil aus seiner Initiative ziehen könnte. Folglich hätten alle Marktbeteiligten die Absenkung des Preisniveaus hinzunehmen“ (Urteil Gencor/Kommission, Randnr. 276).

[61] Eine kollektive beherrschende Stellung, durch die der wirksame Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert wird, kann sich daher aus einem Zusammenschluss ergeben, wenn dieser – aufgrund der Merkmale des relevanten Marktes und indem die Marktstruktur durch den Zusammenschluss geändert wird – dazu führt, dass jedes Mitglied des beherrschenden Oligopols es in Wahrnehmung der gemeinsamen Interessen für möglich, wirtschaftlich vernünftig und daher ratsam hält, dauerhaft einheitlich auf dem Markt vorzugehen, um zu höheren als den Wettbewerbspreisen zu verkaufen, ohne zuvor eine Vereinbarung im Sinne von Artikel 81 EG treffen oder auf eine abgestimmte Verhaltensweise in Sinne dieser Vorschrift zurückgreifen zu müssen (in diesem Sinne Urteil Gencor/Kommission, Randnr. 277) und ohne dass die tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerber oder die Kunden und Verbraucher wirksam reagieren können.

[62] Wie die Klägerin geltend gemacht und die Kommission in ihren Schriftsätzen zugegeben hat, setzt die Begründung einer solchen kollektiven beherrschenden Stellung dreierlei voraus:

- Zum einen muss jedes Mitglied des beherrschenden Oligopols das Verhalten der anderen Mitglieder in Erfahrung bringen können, um festzustellen, ob sie einheitlich vorgehen oder nicht. Wie die Kommission ausdrücklich einräumt, genügt es nicht, dass jedes Mitglied des beherrschenden Oligopols sich dessen bewusst ist, dass alle von einem interdependenten Verhalten auf dem Markt profitieren können, sondern es muss auch über ein Mittel verfügen, zu erfahren, ob die anderen Marktbeteiligten dieselbe Strategie wählen und beibehalten. Der Markt müsste daher so transparent sein, dass jedes Mitglied des beherrschenden Oligopols mit hinreichender Genauigkeit und

Schnelligkeit die Entwicklung des Verhaltens aller anderen Mitglieder auf dem Markt in Erfahrung bringen kann;

- zum anderen muss die stillschweigende Koordinierung auf Dauer erfolgen können, d. h., es muss einen Anreiz geben, nicht vom gemeinsamen Vorgehen auf dem Markt abzuweichen. Wie die Kommission ausführt, können die Mitglieder des beherrschenden Oligopols nur dann, wenn sie alle ein Parallelverhalten beibehalten, davon profitieren. Diese Voraussetzung schließt daher Gegenmaßnahmen im Fall eines Abweichens vom gemeinsamen Vorgehen ein. Die Parteien sind sich hier darin einig, dass eine kollektive beherrschende Stellung nur dann Bestand haben kann, wenn genügend Abschreckungsmittel langfristig für einen Anreiz sorgen, nicht vom gemeinsamen Vorgehen abzuweichen, was voraussetzt, dass jedes Mitglied des beherrschenden Oligopols weiß, dass jede auf Vergrößerung seines Marktanteils gerichtete, stark wettbewerbsorientierte Maßnahme seinerseits die gleiche Maßnahme seitens der anderen auslösen würde, so dass es keinerlei Vorteil aus seiner Initiative ziehen könnte (in diesem Sinne Urteil Gencor/Kommission, Randnr. 276);
- zum dritten kann die Kommission das Vorliegen einer kollektiven beherrschenden Stellung rechtlich hinreichend nur dartun, wenn sie nachweist, dass die voraussichtliche Reaktion der tatsächlichen und potenziellen Konkurrenten sowie der Verbraucher die erwarteten Ergebnisse des gemeinsamen Vorgehens nicht in Frage stellt.

[63] Die Untersuchung der voraussichtlichen Entwicklung, die die Kommission im Rahmen der Kontrolle von Zusammenschlüssen in Bezug auf eine kollektive beherrschende Stellung vorzunehmen hat, erfordert eine eingehende Untersuchung insbesondere der Umstände, die sich nach Lage des Einzelfalls als maßgebend für die Beurteilung der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb auf dem Referenzmarkt erweisen (Urteil Kali & Salz, Randnr. 222). Wie die Kommission selbst in Randnummer 104 ihrer Entscheidung Price Waterhouse/Coopers & Lybrand vom 20. Mai 1998 (Sache IV/M.1016) (ABl. 1999, L 50, S. 27) festgestellt hat, ergibt sich aus dem Urteil Kali & Salz ferner, dass die Kommission, wenn sie der Auffassung ist, dass ein Zusammenschluss zu verbieten ist, weil er eine kollektive beherrschende Stellung begründen wird, eindeutige Beweise liefern muss. Diese Beweise müssen insbesondere die

Umstände betreffen, die eine wichtige Rolle bei der Bewertung der Frage spielen, ob eine kollektive beherrschende Stellung begründet wird, wie das Fehlen eines wirksamen Wettbewerbs zwischen den angeblich dem Oligopol angehörenden Marktbeteiligten und die Schwäche des Wettbewerbsdrucks, der unter Umständen von den anderen Marktbeteiligten ausgeübt werden kann.

[64] Ferner räumen die materiellen Bestimmungen der Verordnung Nr. 4064/89, insbesondere Artikel 2, der Kommission ein bestimmtes Ermessen namentlich bei wirtschaftlichen Beurteilungen ein; daher muss die Kontrolle der Ausübung dieses Ermessens, die bei der Festlegung der Regeln für Zusammenschlüsse wesentlich ist, durch den Gemeinschaftsrichter unter Berücksichtigung des Beurteilungsspielraums erfolgen, der den wirtschaftlichen Bestimmungen, die Teil der Regelung für Zusammenschlüsse sind, zugrunde liegt (Urteile Kali & Salz, Randnrn. 223 und 224, und Gencor/Kommission, Randnrn. 164 und 165).