



Bundeskartellamt

**Leitfaden
zur Marktbeherrschung
in der Fusionskontrolle**

Entwurf vom 21.7.2011

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung	1
I. Marktmacht und Marktbeherrschung	2
II. Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung	3
III. Fusionstypen	5
B. Horizontale Zusammenschlüsse	7
I. Einzelmarktbeherrschung	7
1. Marktanteile und Konzentration	8
2. Weitere Wettbewerbsfaktoren im relevanten Markt	14
a) Kapazitäten und Kapazitätsbeschränkungen	14
b) Kundenpräferenzen und Wechselkosten	15
c) Gewerbliche Schutzrechte und Know-How	16
d) Marktphase	17
e) Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten	17
f) Verflechtungen mit anderen Unternehmen	19
g) Finanzielle Ressourcen	19
3. Wettbewerbsfaktoren außerhalb des relevanten Marktes	21
a) Potentieller Wettbewerb und Marktzutrittsschranken	21
b) Randsubstitution	28
4. Gegengewichtige Nachfragemacht	29
II. Gemeinsame Marktbeherrschung	30
1. Kollusives Parallelverhalten (tacit collusion)	31
2. Bedingungen stabiler Koordinierung im Binnenwettbewerb	34
a) Koordinationserzielung	35
b) Markttransparenz	38
c) Glaubhafter Sanktionsmechanismus	40
3. Außenwettbewerb	43
4. Tatsächliches Wettbewerbsgeschehen	44
5. Auswirkungen des Zusammenschlusses	45
III. Nachfrageseitige Marktbeherrschung	46

C. Vertikale Zusammenschlüsse	49
I. Einzelmarktbeherrschung	50
1. Abschottung von Einsatzfaktoren („input foreclosure“).....	51
a) Möglichkeit zur Abschottung.....	52
b) Anreiz zur Abschottung.....	52
2. Abschottung von Kunden („customer foreclosure“).....	53
a) Möglichkeit zur Abschottung.....	54
b) Anreiz zur Abschottung.....	54
3. Zugang zu vertraulichen Unternehmensinformationen.....	55
4. Zusammenschlusswirkungen.....	55
II. Gemeinsame Marktbeherrschung	56
D. Konglomerate Zusammenschlüsse	59
I. Einzelmarktbeherrschung	59
1. Verlust von Randwettbewerb oder potentielltem Wettbewerb.....	60
2. Wettbewerbsbeschränkung durch Kopplung oder Bündelung.....	60
a) Möglichkeit zu Kopplungs- oder Bündelungsstrategien.....	61
b) Anreiz zu Kopplungs- oder Bündelungsstrategien.....	62
3. Portfolioeffekte.....	64
4. Stärkung von Ressourcen.....	64
II. Gemeinsame Marktbeherrschung	64
E. Kausalität	67
F. Abwägungsklausel	71

A. Einführung

- 1 Dieses Dokument erläutert den analytischen Ansatz, nach dem das Bundeskartellamt Zusammenschlüsse beurteilt. In diesen sind neben ökonomischen Erkenntnissen insbesondere die Fallpraxis und die Erfahrung des Bundeskartellamtes sowie die Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf und des Bundesgerichtshofs eingeflossen. Nicht in jedem Fusionskontrollfall spielen sämtliche dargestellten Kriterien eine Rolle oder haben die gleiche Bedeutung. Im Einzelfall kann auch eine Weiterentwicklung des hier dargelegten Konzeptes geboten sein. Insofern erhebt der Text weder einen Anspruch auf Vollständigkeit, noch bindet er die Beschlussabteilungen in ihren Einzelfallentscheidungen.
- 2 Fusionskontrolle kann einen maßgeblichen Beitrag dazu leisten, Wettbewerbsbeschränkungen durch Unternehmenskonzentration zu verhindern. Der Bedeutung der Fusionskontrolle steht dabei nicht entgegen, dass die meisten Fusionen¹ keine wettbewerblichen Probleme aufwerfen und einige Fusionen im Gegenteil wettbewerblich positive Impulse setzen. Da Zusammenschlüsse jedoch die Marktstruktur verändern, können sie einen wesentlichen Einfluss auf das Wettbewerbsverhalten der Unternehmen und die Marktergebnisse haben.
- 3 In den meisten Fällen verfügen Unternehmen in konzentrierten Märkten über ein höheres Maß an Marktmacht als Unternehmen, deren Märkte durch eine Vielzahl starker Wettbewerber geprägt sind. Marktmacht eröffnet 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. Das gilt nicht nur auf der Ebene der Endkunden, sondern auch auf der Ebene der Unternehmenskunden. Die zunächst nur für Unternehmenskunden unmittelbar spürbaren Nachteile der Marktmacht können sich auf allen nachgelagerten Wertschöpfungsstufen auswirken und dann letztlich auch dem Endverbraucher schaden.²
- 4 Die Fusionskontrolle dient dem Zweck, den **Wettbewerb als funktionsfähigen Prozess** zu schützen. Damit dient der Schutz des Wettbewerbs gleichzeitig dem

¹ Die Begriffe „Fusion“ und „Zusammenschluss“ werden im Folgenden synonym verwendet.

² Schon in der Gesetzesbegründung zur Ursprungsfassung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) aus dem Jahr 1958 heißt es: Das GWB „soll die Freiheit des Wettbewerbs sicherstellen und wirtschaftliche Macht da beseitigen, wo sie die Wirksamkeit des Wettbewerbs (...) beeinträchtigt und die bestmögliche Versorgung der Verbraucher in Frage stellt.“ BT-Drs. 2/1158, S. 21.

Schutz von Konsumenteninteressen, und zwar nicht im Sinne einer kurzfristigen, sondern einer dauerhaften und langfristigen Interessenwahrung.³ Es geht grundsätzlich nicht darum, einzelnen Wettbewerbern Vorteile zu verschaffen oder sie vor Wettbewerb zu schützen, sondern um die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs. Da es ohne aktuelle bzw. potentielle Wettbewerber jedoch auch keinen funktionsfähigen Wettbewerb gibt, kann der effektive Schutz des Wettbewerbs mit dem Schutz von Wettbewerbern zusammenfallen. Die Vorschriften der Fusionskontrolle dienen damit auch dazu, die **Freiheit des Wettbewerbs** bzw. die Freiheit der Wettbewerber, die an diesem Prozess teilnehmen, strukturell zu sichern.

I. Marktmacht und Marktbeherrschung

- 5 Als Kriterium für die Untersagung eines Zusammenschlusses ist in der deutschen Fusionskontrolle die **Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung** festgelegt (§ 36 Abs. 1 GWB). Der Begriff der Marktbeherrschung ist dabei im Gesetz wie folgt definiert: Ein Unternehmen ist marktbeherrschend, wenn es als Anbieter oder Nachfrager auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt ohne Wettbewerber ist oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist, oder wenn das Unternehmen eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat (§ 19 Abs. 2 GWB).
- 6 Der Begriff der Marktbeherrschung lässt sich mit dem in der ökonomischen Theorie verwendeten Konzept der **Marktmacht**⁴ in Verbindung bringen. Ein marktmächtiges Unternehmen verfügt über besondere Verhaltensspielräume, da es einer vergleichsweise geringen wettbewerblichen Kontrolle unterliegt. Marktbeherrschung liegt dann vor, wenn das betreffende Unternehmen über ein Ausmaß an Marktmacht verfügt, das eine kritische Schwelle übersteigt.

³ In der Gesetzesbegründung zur 2. GWB-Novelle aus dem Jahr 1973, mit der insbesondere die präventive Fusionskontrolle eingeführt wurde, heißt es: „Für die Erhaltung der Marktwirtschaft hat die Wettbewerbspolitik zentrale Bedeutung. Die marktwirtschaftliche Ordnung verspricht nicht nur ein möglichst gutes ökonomisches Ergebnis und eine preisgünstige Versorgung der Verbraucher, sie verschafft darüber hinaus allen Bürgern ein Höchstmaß an wirtschaftlicher Bewegungsfreiheit.“ BT-Drs. 7/76, S. 14.

⁴ Mit dem Begriff der Marktmacht wird dabei die Fähigkeit eines Unternehmens beschrieben, für sein Angebot einen Preis zu erzielen, der oberhalb des Wettbewerbspreises im Idealmodell der vollkommenen Konkurrenz liegt, d.h. oberhalb der Kosten der letzten am Markt absetzbaren Produkteinheit (Grenzkosten). Während im Extremfall der vollkommenen Konkurrenz ein einzelner Anbieter keinerlei Einfluss auf die erzielbare Preishöhe hat und sich als reiner Preisnehmer (und Mengenanpasser) verhält, wird das stärkste Ausmaß an Marktmacht im Fall des Monopols erreicht, in dem ein einziger Anbieter autonom und unabhängig von seinen Wettbewerbern den für sich gewinnmaximierenden Preis (und damit zugleich die gewinnmaximale Menge) für eine gegebene Struktur der Gesamtmarktnachfrage festsetzen kann.

- 7 Ein marktbeherrschendes Unternehmen kann unternehmerische Entscheidungen in nennenswerter Weise und über einen längeren Zeitraum hinweg unabhängig von den Reaktionen seiner Wettbewerber, Kunden und Lieferanten treffen. Hierzu zählen insbesondere Entscheidungen über Preise, produzierte Mengen, die Qualität sowie andere marktrelevante Parameter wie z.B. die Höhe der Investitionen in neue Technologien oder Forschung und Entwicklung.
- 8 Die Eingriffsschwelle der Marktbeherrschung liegt daher deutlich unterhalb des Monopols und ist nach dem Schutzzweck der Fusionskontrolle auszulegen. Ein Eingreifen des Bundeskartellamtes setzt nicht voraus, dass im konkreten Einzelfall eine Beeinträchtigung der Gesamt- oder Konsumentenwohlfahrt, die in der Regel mit Marktbeherrschung einhergeht, nachgewiesen werden muss oder kann. Vielmehr ist das Bestehen einer **konkreten Gefährdungslage** hinsichtlich der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs ausreichend, um ein Einschreiten gegen einen Zusammenschluss zu rechtfertigen.⁵

II. Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung

- 9 Zu Beginn der materiellen Prüfung in der Fusionskontrolle werden die Marktverhältnisse vor dem Zusammenschluss im Hinblick darauf beurteilt, welcher Grad an Marktmacht bzw. ob eine marktbeherrschende Stellung vorliegt. Im zweiten Schritt wird geprüft, ob durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung (neu) entsteht oder (weiter) verstärkt wird. Ermittelt wird also, ob durch die geänderte Marktstruktur veränderte Wettbewerbsvoraussetzungen vorliegen und ob und inwieweit diese die Verhaltensspielräume der Unternehmen beeinflussen.⁶
- 10 Die Analyse beschränkt sich dabei nicht allein auf einen einfachen Vorher-Nachher-Vergleich bei als konstant unterstellten Rahmenbedingungen. In das zugrunde gelegte **Vergleichsszenario („counterfactual“)**, das die Situation ohne den Zusammenschluss beschreibt, und die Prognose der zukünftigen Wettbewerbsbedingungen nach dem Zusammenschluss gehen auch für den Wettbewerb relevante Entwicklungen auf dem Markt ein, die unabhängig vom Zusammenschluss in näherer Zukunft zu erwarten sind.⁷ Daraus folgt, dass sich die Prognose auf einen

⁵ In der Fusionskontrolle ist im Wege der Prognose zu prüfen, ob die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs ernstlich gefährdet wird. Vgl. zur Funktion der überragenden Marktstellung als Gefährdungstatbestand BGH, Beschl. v. 2.12.1980, WuW/E BGH 1749, 1755 – *Klöckner/Becorit*, Rn. 36 (Rn. jeweils zitiert nach Juris).

⁶ Zu beachten sind dabei auch längerfristige Auswirkungen, da die durch einen Zusammenschluss geschaffenen strukturellen Veränderungen unumkehrbar sind. Vgl. BGH, Beschl. v. 21.2.1978, WuW/E BGH 1501, 1508 – *KfZ-Kupplungen*.

⁷ Vgl. BGH, Beschl. v. 29.9.1981, WuW/E BGH 1854, 1861 – *Straßenverkaufszeitungen*, Rn. 27.

überschaubaren Zeitraum beschränken muss, dessen Länge anhand der konkreten Umstände des betroffenen Marktes im Einzelfall zu bestimmen ist.⁸

- 11 Bei der Frage der Entstehung von Marktbeherrschung kommt es darauf an, ob sich das Ausmaß der Marktmacht der Beteiligten durch den Zusammenschluss derart erhöht, dass der wettbewerbliche Verhaltensspielraum zukünftig erstmals als nicht mehr hinreichend kontrolliert einzustufen ist. Eine marktbeherrschende Stellung wird verstärkt, wenn sich die bereits als unzureichend angesehene Wettbewerbsintensität auf dem relevanten Markt weiter verringert, d.h. die bereits bestehenden, nicht hinreichend kontrollierten Verhaltensspielräume erweitert werden.
- 12 Der aus einem Zusammenschluss resultierende Zuwachs an Marktmacht wird umso kritischer beurteilt, je höher deren Ausmaß bereits vor dem geplanten Zusammenschluss ist.⁹ Denn je stärker der Wettbewerb bereits geschädigt ist, um so schützenswerter ist der verbleibende Restwettbewerb. Bei einer sehr niedrigen Wettbewerbsintensität und entsprechend stark ausgeprägter Marktbeherrschung kann auch ein sehr geringer prognostizierter Zuwachs an Marktmacht bereits als Verstärkungswirkung zu bewerten sein.
- 13 Die auf eine veränderte Marktstruktur zurückzuführende Verringerung der Wettbewerbsintensität und der korrespondierende Marktmachtzuwachs müssen kein bestimmtes Ausmaß i.S. einer Spürbarkeit erreichen.¹⁰ Allerdings muss überhaupt eine **konkrete Verschlechterung der Wettbewerbsverhältnisse** feststellbar sein.¹¹ Ob durch den Zusammenschluss Veränderungen bewirkt werden, die einen Marktmachtzuwachs bedeuten, hängt stets von den Marktverhältnissen im Einzelfall ab.¹² Eine marktbeherrschende Stellung kann z.B. auch ohne Marktanteilsaddition

⁸ In der Praxis finden sich zahlreiche Beispiele, in denen ein Prognosezeitraum von etwa drei oder drei bis fünf Jahren zugrundegelegt wurde. Die spezifischen Gegebenheiten des betreffenden Marktes können jedoch abweichende Zeiträume rechtfertigen. Deutlich längere Zeiträume können insbesondere dann angemessen sein, wenn es in einer Branche auch über längere Zeiträume nicht zu wesentlichen strukturellen Veränderungen kommt.

⁹ Vgl. BGH, Beschl. v. 23.10.1979, WuW/E BGH 1655, 1659 – *Zementmahlanlage II*, Rn. 19; BGH, Beschl. v. 18.12.1979, WuW/E BGH 1685, 1691f. – *Springer/Elbe Wochenblatt*, Rn. 49; BGH, Beschl. v. 21.12.2004, WuW/E DE-R 1419, 1424 – *Deutsche Post/trans-o-flex*, Rn. 26.

¹⁰ Vgl. BGH, Beschl. v. 11.11.2008, WuW/E DE-R 2451, 2461 – *E.ON/Stadtwerke Eschwege*, Rn. 61 m.w.N.

¹¹ Das wurde beispielsweise im Fall BKartA, Beschl. v. 7.3.2008, B8-134/07 – *Shell/HPV*, Rn. 76ff. bei einem Erwerb von sechs Tankstellen abgelehnt (Marktanteilszuwachs unter einem Prozent). Anhaltspunkte für eine Strategie, durch schrittweise vertikale Integration Marktverschließungseffekte zu erzielen, wurden nicht festgestellt.

¹² Beispielsweise wurden bereits Marktanteilsadditionen von 1,3 % oder auch 0,5 % als ausreichend erachtet, um eine marktbeherrschende Stellung zu verstärken. Vgl. BGH, Beschl. v. 18.12.1979, WuW/E BGH 1685, 1691 – *Springer/Elbe Wochenblatt*, Rn. 49; sowie KG, Beschl. v. 22.3.1990, WuW/E OLG 4537, 4545 – *Linde/Lansing*.

verstärkt werden, wenn die bereits ein hohes Maß an Marktmacht vermittelnde Marktstellung auf andere Weise abgesichert oder verbessert und die Marktmacht so weiter gesteigert wird.¹³

- 14 Hintergrund und Begründung für diesen Ansatz ist zum einen, dass auf bereits beherrschten Märkten der noch vorhandene aktuelle oder der potentielle Wettbewerb vor weiteren (durch den Zusammenschluss zu erwartenden) Beschränkungen geschützt werden soll¹⁴ und die Voraussetzungen für eine mögliche mittel- bis langfristige Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse nicht weiter verschlechtert werden sollen. Eine weitere Begründung liegt in der Gefahr, dass Unternehmen, die bereits über ein hohes Maß an Marktmacht verfügen, schrittweise aufeinander folgende Akquisitionen vornehmen, die jede für sich genommen nur eine vergleichsweise geringfügige, bei einer Gesamtbetrachtung der Akquisitionsstrategie aber nachhaltig negative Marktwirkung haben. Der ohnehin bereits geschwächte Restwettbewerb kann durch eine solche Strategie nachhaltig geschädigt¹⁵ und das Potential des Marktes, wettbewerbliche Strukturen wiederzuerlangen, weiter verringert werden.

III. Fusionstypen

- 15 Fusionen können danach unterschieden werden, ob die beteiligten Unternehmen auf demselben Markt (horizontale Fusion), auf jeweils vor- oder nachgelagerten Märkten (vertikale Fusion) oder auf sachlich verschiedenen und nicht vertikal verbundenen Märkten (konglomerate Fusion) tätig sind. Je nachdem, welcher Fusionstyp vorliegt, stehen bei der wettbewerblichen Analyse andere Problemfelder im Vordergrund.¹⁶
- 16 Bei **horizontalen** Zusammenschlüssen werden durch die Verbindung zweier bislang eigenständiger Wettbewerber auf Absatzmärkten die Ausweichmöglichkeiten der

¹³ So wurde es z.B. als ausreichend angesehen, dass nach der Übernahme alleiniger Kontrolle über ein zuvor gemeinsam kontrolliertes Gemeinschaftsunternehmen eine gewisse Begrenzung des Handlungsspielraums durch den Mitgesellschafter nach dem Zusammenschluss wegfällt. Vgl. BGH, Beschl. v. 16.1.2007, WuW/E DE-R 1925 – *National Geographic II*, Rn. 8f.; sowie BGH, Beschl. v. 10.12.1991, WuW/E BGH 2731, 2737 – *Inlandstochter*, Rn. 24 m.w.N.

¹⁴ Vgl. BGH, Beschl. v. 29.9.1981, WuW/E BGH 1854, 1861 – *Straßenverkaufszeitungen*, Rn. 27.

¹⁵ Vgl. BGH, Beschl. v. 11.11.2008, WuW/E DE-R 2451, 2461 – *E.ON/Stadtwerke Eschwege*, Rn. 63.

¹⁶ In der Praxis weisen Zusammenschlüsse nicht selten sowohl horizontale als auch nicht-horizontale Elemente auf. Es ist somit nicht immer möglich, aber auch nicht notwendig ein Vorhaben einer Fusionsart (horizontal, vertikal, konglomerat) eindeutig zuzuordnen. Die in den Kapiteln B.-D. dargestellten Prüfkriterien wären im Einzelfall entsprechend zu kombinieren.

Nachfrager - auf Beschaffungsmärkten die Ausweichmöglichkeiten der Anbieter - verringert.¹⁷ Der Verhaltensspielraum des fusionierten Unternehmens erhöht sich und die wettbewerbliche Wirkung tritt unmittelbar ein. Im Rahmen der Fusionskontrolle wird untersucht, welche Faktoren den Grad der Marktmacht auf dem relevanten Markt bestimmen und wie sich die Marktmacht der beteiligten Unternehmen mit dem Zusammenschluss verändert.

- 17 Bei **vertikalen** Zusammenschlüssen stehen die beteiligten Unternehmen dagegen in keinem direkten Wettbewerbsverhältnis zueinander, sondern in einer – aktuellen oder potentiellen – Anbieter-Nachfrager-Beziehung. Bei **konglomeraten** Zusammenschlüssen sind sie weder auf dem gleichen noch auf einander vor- oder nachgelagerten Märkten, sondern auf sachlich verschiedenen Märkten tätig. In diesen beiden nicht-horizontalen Fällen tritt eine Verschlechterung der wettbewerblichen Situation in der Regel nur dann ein, wenn den Unternehmen infolge des Zusammenschlusses die Möglichkeit eröffnet wird, durch strategische Verhaltensweisen den auf sie einwirkenden Wettbewerbsdruck zu verringern. Besteht die Möglichkeit zu marktverschließenden bzw. marktabschottenden Strategien, ist zusätzlich auch die Frage zu prüfen, ob die Zusammenschlussbeteiligten – z.B. aufgrund der voraussichtlichen Profitabilität einer solchen Strategie – auch einen hinreichend starken Anreiz haben, diese Verhaltensweisen umzusetzen.

¹⁷ Marktmacht kann sowohl von der Anbieter- als auch auf der Nachfragerseite ausgeübt werden. Zur sprachlichen Vereinfachung wird die Nachfragemacht im Folgenden nicht jeweils explizit erwähnt. Auf die Besonderheiten bei der Beurteilung von Nachfragemacht wird in Kapitel B.III. eingegangen.

B. Horizontale Zusammenschlüsse

- 18 Bei einem horizontalen Zusammenschluss sind die beteiligten Unternehmen auf dem gleichen sachlich und räumlich relevanten Markt tätig und somit direkte Wettbewerber. Eine vergleichbare Analyse ist auch dann vorzunehmen, wenn die beteiligten Unternehmen bislang lediglich als potentielle Wettbewerber auf sachlich oder räumlich benachbarten Märkten tätig sind. Infolge einer horizontalen Fusion steigt regelmäßig die Konzentration im betroffenen Markt und der von den beteiligten Unternehmen aufeinander ausgeübte Wettbewerbsdruck entfällt. Dies kann dazu beitragen, dass die beteiligten Unternehmen Marktmacht erlangen bzw. bestehende Marktmacht absichern oder ausbauen, wodurch sich ihnen ein größerer Verhaltensspielraum gegenüber Wettbewerbern, Lieferanten und Nachfragern eröffnet. Je nach Art und Ausmaß der Marktmachtveränderung und des Wettbewerbsumfeldes kann eine Einzelmarktbeherrschung (I.) oder eine gemeinsame Marktbeherrschung (II.) begründet oder verstärkt werden. Neben einer Marktbeherrschung auf der Angebotsseite, kann es auch zur Entstehung oder Verstärkung nachfrageseitiger Marktbeherrschung kommen (III.).

I. Einzelmarktbeherrschung

- 19 Der Begriff Einzelmarktbeherrschung bezeichnet eine Situation, in der ein einzelnes Unternehmen über so viel Marktmacht verfügt, dass seine Verhaltensspielräume vom Wettbewerb nicht hinreichend kontrolliert werden. Das Unternehmen kann dadurch in der Lage sein, gewinnbringend seine Preise zu erhöhen, die produzierte Menge oder Auswahl zu verringern, die Qualität seiner Produkte¹⁸ zu verschlechtern oder seine Innovations-Anstrengungen einzuschränken. Dass solche oder ähnliche Strategien profitabel sind, setzt voraus, dass keine Reaktionen der Wettbewerber oder der Marktgegenseite in einer Art und einem Ausmaß zu erwarten sind, die den wirtschaftlichen Vorteil der genannten Verhaltensweisen zunichtemachen würden.
- 20 Die wettbewerbliche Analyse eines Zusammenschlusses umfasst grundsätzlich alle relevanten Marktstrukturfaktoren und Wettbewerbsbedingungen. Die durch den Zusammenschluss verursachten Veränderungen werden bei der Beurteilung des Einzelfalls stets im Rahmen einer **Gesamtbewertung** gewürdigt. Gegebenenfalls ist eine Gesamtbetrachtung auch in dem Sinne vorzunehmen, dass die relevanten Märkte nicht nur einzeln beurteilt werden, sondern dass das betroffene Marktumfeld

¹⁸ Der Begriff „Produkt“ steht im Folgenden für das jeweilige Angebot eines Unternehmens. Dabei kann es sich auch um eine Dienstleistung oder ein aus mehreren Teilen bestehendes Sortiment handeln.

oder der Zusammenhang zwischen den Märkten einbezogen wird.¹⁹ Bei der nachfolgenden Darstellung handelt es sich nicht um eine abschließende Aufzählung relevanter Marktstrukturfaktoren. Ebenso wenig sind alle im Folgenden diskutierten Faktoren und Wettbewerbsaspekte in jedem Einzelfall zu prüfen.

- 21 Neben den Marktanteilen und der Konzentration (1.) auf dem betroffenen Markt werden die wettbewerblichen Verhaltensspielräume zunächst von verschiedenen markt- und unternehmensbezogenen Faktoren im relevanten Markt (2.) beeinflusst. Wettbewerbsdruck kann aber auch von außen ausgeübt werden. Als Wettbewerbsfaktoren außerhalb des relevanten Marktes (3.) sind potentieller Wettbewerb und Randsubstitution zu berücksichtigen und in diesem Zusammenhang ist auch das Vorhandensein von Marktzutrittsschranken zu würdigen. Zudem kann Marktmacht auch durch gegengewichtige Nachfragemacht (4.) begrenzt werden.

1. Marktanteile und Konzentration

- 22 Der Einstieg in die Prüfung eines Zusammenschlusses erfolgt in der Regel über den Marktanteil der Zusammenschlussbeteiligten und ihrer Wettbewerber. Marktanteile bilden einen geeigneten Ausgangspunkt zur Einschätzung von Marktmacht und sind insofern auch ein bedeutsames Beurteilungskriterium, da sie abbilden, in welchem Umfang die Nachfrage auf dem relevanten Markt im Bezugszeitraum von einem Unternehmen tatsächlich bedient wurde. Sie geben daher wichtige Hinweise darauf, über welches Ausmaß an Marktmacht die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen verfügen. Eine Marktanteilsbetrachtung ermöglicht zudem bereits zu Beginn der Prüfung eine grobe Einschätzung darüber, inwiefern ein Zusammenschluss potentiell wettbewerblich problematisch sein könnte und daher vermutlich eingehendere Ermittlungen erfordert.²⁰ Bei nur geringen Marktanteilen der beteiligten Unternehmen bzw. geringer Marktkonzentration ist in der Regel keine umfassende Ermittlung notwendig.
- 23 Von Bedeutung sind die Marktanteile ferner im Hinblick auf die gesetzliche Vermutungsregelung (§ 19 Abs. 3 GWB), die an bestimmte Marktanteilsschwellen

¹⁹ Vgl. dazu z.B. BKartA, Beschl. v. 4.9.2009, B9-56/09 – *Air Berlin/TUIfly*, S. 17f. (die flugstreckenbezogene Betrachtung wurde um eine zielgebietsbezogene sowie eine die gesamte Mittelstrecke berücksichtigende Betrachtung ergänzt); oder BKartA, Beschl. v. 30.6.2008, B2-333/07 – *Edeka/Tengelmann*, S. 33 f., 47 ff. (Clusterbetrachtung benachbarter LEH-Märkte).

²⁰ Die gesetzliche Vermutungsschwelle bildet dabei keine starre Grenze in dem Sinne, dass alle Fälle mit gemeinsamen Marktanteilen von mehr als einem Drittel per se als problematisch, alle mit geringeren Marktanteilen per se als unproblematisch eingestuft werden.

die **widerlegbare Vermutung** der Marktbeherrschung knüpft.²¹ So wird nach § 19 Abs. 3 S. 1 GWB ab einem Marktanteil eines Unternehmens von einem Drittel eine einzelmarktbeherrschende Stellung vermutet. Das Erreichen bzw. Überschreiten der Schwellen ist jedoch noch kein hinreichendes Kriterium, um hohe Marktmacht oder gar Marktbeherrschung feststellen zu können.²² Die Vermutung greift erst dann ein, wenn sich – trotz Durchführung der erforderlichen Ermittlungen – weder nachweisen lässt, dass Marktbeherrschung vorliegt, noch dass dies nicht der Fall ist (non-liquet). Die Regelung schließt den Amtsermittlungsgrundsatz nicht aus, der das Bundeskartellamt verpflichtet, die wettbewerblichen Verhältnisse umfassend zu untersuchen und alle Voraussetzungen der Marktbeherrschung nachzuweisen.²³

- 24 Zwar setzt Marktmacht im Regelfall vergleichsweise hohe Marktanteile voraus, die Feststellung hoher Marktanteile erübrigt jedoch umgekehrt nicht die umfassende wettbewerbliche Analyse und eine abwägende Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände. Gemäß § 19 Abs. 2 GWB sind dementsprechend die **tatsächlichen Wettbewerbsbedingungen** das relevante Kriterium für die Prüfung einer marktbeherrschenden Stellung. Als Faktoren, die eine Marktstellung beeinflussen, nennt § 19 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB in Form einer nicht abschließenden Aufzählung neben den Marktanteilen insbesondere rechtliche oder tatsächliche Marktzutrittschranken, potentiellen Wettbewerb, Ausweichmöglichkeit der Marktgegenseite, Produktionsumstellungsflexibilität, Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten sowie Verflechtungen mit anderen Unternehmen.²⁴ Die Aussagekraft der Marktanteile für die Einschätzung der Marktstellung und Marktmacht der beteiligten Unternehmen wird also grundsätzlich in Abhängigkeit von den konkreten Marktbedingungen beurteilt.

Berechnung der Marktanteile

- 25 Das Bundeskartellamt berechnet die Marktanteile in der Regel nach dem Umsatz oder dem Absatz, den die Unternehmen auf dem betroffenen relevanten Markt er-

²¹ Dazu muss entweder vom BKartA nachgewiesen sein, dass die Marktanteilsschwellen bereits erreicht sind oder es müssen objektive Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Marktanteilsschwellen innerhalb des Prognosezeitraums überschritten werden. Zur Anwendung der Vermutungsregel reicht es nicht aus, dass künftige Entwicklungen – wie das Überschreiten der Schwellenwerte – lediglich nicht auszuschließen sind. Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.7.2003, WuW/E DE-R 1559, 1561 – *BASF/NEPG*.

²² Vgl. BGH, Beschl. v. 29.6.1982, WuW/E BGH 1949, 1951 f. – *Braun/Almo*, Rn. 15.

²³ Vgl. BGH, Beschl. v. 2.12.1980, WuW/E BGH 1749, 1753 – *Klöckner/Becorit*, Rn. 32; BGH, Beschl. v. 19.12.1995, WuW/E BGH 3037, 3039 – *Raiffeisen*, Rn. 11 m.w.N.

²⁴ Vorteile aufgrund von unternehmensspezifischen Faktoren auf Seiten der Wettbewerber können geeignet sein, z.B. entgegen hoher Marktanteile der Zusammenschlussbeteiligten im Ergebnis einen wettbewerblich nicht hinreichend kontrollierten Verhaltensspielraum auszuschließen.

zielen. Je nach Art und Beschaffenheit der betroffenen Produkte kann die umsatzwertbasierte oder die absatzmengenbasierte Betrachtung geeigneter sein, gegebenenfalls ist auch ein Vergleich der beiden Betrachtungsweisen aufschlussreich. Häufig geben **umsatzbasierte** Marktanteile die relative Wettbewerbsposition und Bedeutung der Anbieter besser wieder, da den bestehenden Preis- und Qualitätsunterschieden bei heterogenen Produkten automatisch Rechnung getragen wird.²⁵ Eine allein **mengenbasierte** Betrachtung kann ausreichen, wenn diese z.B. wegen geringer Preis- und Qualitätsunterschiede ein (ebenso) aussagekräftiges Abbild der Marktstruktur liefert.

- 26 In bestimmten Fällen kann es sinnvoll sein, Marktanteile auch **auf andere Weise**, z.B. anhand von Produktionskapazitäten bzw. von branchenspezifischen oder sonstigen im Einzelfall geeigneten Größen zu bestimmen. Bei Investitionsgütermärkten kann es angemessen sein, die Marktanteile über einen längeren als den üblichen Zeitraum von einem Jahr zu berechnen.²⁶ Die Eigenfertigung wird in der Regel nicht in das Marktvolumen bzw. die Marktanteile eingerechnet,²⁷ sondern im Rahmen der Prüfung von Marktzutrittsschranken und potentielltem Wettbewerb gewürdigt.²⁸
- 27 Es ist regelmäßig zu erwarten, dass sich der gemeinsame Marktanteil der Unternehmen nach dem Zusammenschluss aus der Summe der Marktanteile der einzelnen Zusammenschlussbeteiligten ergibt. Das Bundeskartellamt prüft gegebenenfalls, ob im Einzelfall **Abschmelzungseffekte** mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwarten sind. Dies kann z.B. dann der Fall sein, wenn große, verhandlungsstarke Nachfrager Dual- oder Multi-Sourcing-Strategien verfolgen und

²⁵ Sind z.B. von einem Produkt günstige Varianten erhältlich, die nur halb so lange verwendet werden können wie die teurere Variante, würden mengenbasierte Marktanteile ein verzerrtes Bild abgeben, da die Absatzmenge von dem günstigeren Produkt im betrachteten Zeitraum möglicherweise doppelt so hoch ist wie die der langlebigen Variante, während der Umsatz bei beiden Produkten bei entsprechendem Preisunterschied aber gleich hoch sein kann.

²⁶ Vgl. z.B. BKartA, Beschluss v. 24.8.2007, B5-51/07 – *Cargotec/CVS Ferrari*, Rn. 88ff. (gewählter Zeitraum drei Jahre), bestätigt durch OLG, Beschl. v. 28.11.2007, VI-Kart 13/07, S. 23.

²⁷ Zur grundsätzlichen Nichtberücksichtigung der Eigenfertigung vgl. BGH, Beschl. v. 21.2.1978, WuW/E BGH 1501, 1503 – *Kfz-Kupplungen*. Vgl. dagegen zur Berücksichtigung der Eigenfertigung bei bestimmten Marktbedingungen BKartA, Beschl. v. 29.9.2006, B1-169/05 – *FIMAG/Züblin*, Rn. 55; sowie KG, Beschl. v. 9.12.1981, WuW/E OLG 2633, 2638f. – *Bituminöses Mischgut*; KG, Beschl. v. 12.3.1982, WuW/E OLG 2655, 2661 – *Transportbetonagentur Sauerland*.

²⁸ Vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 29.9.2004, B5-170/03 – *Leggett & Platt/AGRO*, Rn. 111, 137ff.

nach dem Zusammenschluss ausreichende und für diese Nachfrager ebenso geeignete Bezugsalternativen im Markt verbleiben.²⁹

Bewertung der Marktanteile und Marktkonzentration

- 28 Bei der Bewertung der so ermittelten gemeinsamen Marktanteile der Zusammenschlussbeteiligten ist nicht nur deren absolute Höhe maßgeblich; vielmehr sind auch der Abstand zum nächst größeren Wettbewerber und die Verteilung der Marktanteile auf die übrigen Wettbewerber bedeutsam. Daneben wird auch die Entwicklung der Marktanteile im Zeitablauf betrachtet. Die Bewertung des aus dem Zusammenschluss resultierenden Marktanteilszuwachses beim fusionierten Unternehmen wird vor dem Hintergrund dieser Ausgangssituation bewertet. Bei bereits bestehender Marktbeherrschung können dabei schon relativ geringe Marktanteilszuwächse eine zusätzliche wettbewerbsschädliche Verstärkung der Marktposition mit sich bringen.
- 29 Auch wenn die Bedeutung von Marktanteilen je nach den Verhältnissen auf dem betroffenen Markt unterschiedlich sein kann, sind sehr hohe (addierte) Marktanteile grundsätzlich ein Indiz dafür, dass eine marktbeherrschende Stellung vorliegt.³⁰ Eine umfassende Analyse aller wettbewerblich relevanten Faktoren kann gleichwohl ergeben, dass trotz hoher Marktanteile keine Marktbeherrschung besteht.³¹ Insbesondere dann, wenn die Marktanteile zwar hoch sind, sich aber stetig verringert haben, kann dies bereits gegen eine marktbeherrschende Stellung sprechen.³² Demgegenüber ist die Indizwirkung hoher Marktanteile umso stärker, wenn die Marktanteile über mehrere Jahre konstant geblieben sind und einen großen Abstand zum nächstfolgenden Wettbewerber aufweisen.³³ Umgekehrt sind niedrige Marktanteile

²⁹ Zur Prüfung von Marktanteileseinbußen nach dem Zusammenschluss vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 2.3.2004, B10-102/03 – *Ontex/Rostam*, Rn. 76; BKartA, Beschl. v. 15.3.2005, B4-227/04 – *Smiths/MedVest*, S. 32, BKartA, Beschl. v. 28.10.2004, B10-86/04 – *Schneider/Classen*, Rn. 208f.; BKartA, Beschl. v. 4.6.2004, B7-36/04 – *Siemens/Moeller*, Rn. 75ff.

³⁰ Vgl. für die deutsche Rechtsprechung BGH, Beschl. v. 21.12.2004, WuW/E DE-R 1419, 1424 – *Deutsche Post/trans-o-flex*, Rn. 25 (Marktanteil von 65 %); BGH, Beschl. v. 13.7.2004, WuW/E DE-R, 1301, 1303f. – *Sanacorp/ANZAG*, Rn. 18 (Marktanteile von mehr als 55 %). Zur europäischen Rechtsprechung vgl. zuletzt EuG, Entsch. v. 6.7.2010, Rs. T-342/07 – *Ryanair/Kommission*, Rn. 41 m.w.N. (Marktanteile von mehr als 50 %); sowie zuvor u.a. EuG, Entsch. v. 25.03.1999, Rs. T-102/96 – *Gencor/Kommission*, Rn. 205 (Marktanteile von 60-89%); EuG, Entsch. v. 28.04.1999, Rs. T-221/95 – *Endemol/Kommission*, Rn. 134 (Marktanteile von deutlich über 50% bei deutlichem Abstand zu übrigen Wettbewerbern).

³¹ Vgl. BGH, Beschl. v. 29.6.1982, WuW/E BGH 1949, 1951f. – *Braun/Almo*, Rn. 15.

³² Vgl. BKartA, Beschl. v. 24.1.2005, B4-227/04 – *Smiths/MedVest*, S. 58.

³³ Vgl. BGH, Beschl. v. 21.12.2004, WuW/E DE-R 1301, 1303 – *Sanacorp/ANZAG*, Rn. 16; vgl. auch BKartA, Beschl. v. 4.6.2004, B7-36/04 – *Siemens/Moeller*, Rn. 69 (Marktanteile von 50-60 %); BKartA, Beschl. v. 10.12.2002, B6-98/02 – *Tagesspiegel/Berliner Zeitung*, S. 22f. (Marktanteil von über 61 %).

teile ein Indiz dafür, dass keine marktbeherrschende Stellung besteht. Allerdings schließen auch vergleichsweise moderate Marktanteile eine marktbeherrschende Stellung nicht in jedem Fall aus.³⁴ Dies ist möglich, wenn ein hoher Marktanteilsabstand zu den nachfolgenden Wettbewerbern besteht und der Markt stark zersplittert ist.³⁵

30 Der **Konzentrationsgrad** eines Marktes und die Marktanteilsverteilung kann mit dem Herfindahl-Hirschman-Index (HHI)³⁶ abgebildet werden.³⁷ Neben der absoluten Höhe des HHI nach der Fusion vermittelt das Ausmaß der Veränderung des HHI einen Eindruck über die durch einen Zusammenschluss bewirkte Konzentrationsveränderung. Das Bundeskartellamt verbindet mit bestimmten HHI-Werten bzw. deren Veränderung jedoch keine festgelegten Vermutungen, denn der deutsche Gesetzgeber hat bereits an Marktanteilsschwellen Vermutungswirkungen geknüpft. Wo der HHI als komprimierte Aussage zu den Marktanteilen und Marktanteilsabständen sinnvoll erscheint, kann dieser Wert aber zusätzlich in die Betrachtung einfließen.

31 Auf **Bietermärkten**³⁸ können die Marktanteile mit jeder Vergabe eines – hinreichend großen – Auftrags grundlegend neu verteilt werden, ohne dass damit auch eine grundlegend neue Verteilung der Marktmacht verbunden sein muss.³⁹ Die Verteilung der Marktanteile (in einem bestimmten Jahr) kann somit weniger über die Marktmacht der einzelnen Anbieter aussagen als auf anderen Märkten. Werden allerdings kleinere Aufträge in kurzen zeitlichen Abständen vergeben, indiziert ein

³⁴ So in BGH, Beschl. v. 23.6.1985, WuW/E BGH 2150, 2155ff. – *Edelstahlbestecke*, Rn. 39 (Marktanteile von knapp unter bzw. über 30%); gleichwohl sind in der Praxis Fälle, in denen Marktbeherrschung bei Marktanteilen von unter oder knapp über einem Drittel festgestellt wurde, eher selten; für ein Beispiel vgl. BKartA, Beschl. v. 23.2.2005, B10-122/04 – *Remondis/RWE Umwelt*, Rn. 164, 169 (Marktanteile von etwa 35 %).

³⁵ Vgl. BGH, Beschl. v. 23.6.1985, WuW/E BGH 2150, 2155ff. – *Edelstahlbestecke*, Rn. 40; vgl. auch BKartA, Beschl. v. 24.1.2005, B4-227/04 – *Smiths/MedVest*, S. 32f.; BKartA, Beschl. v. 4.3.2004, B4-167/03 – *Synthes-Stratec/Mathys*, Rn. 68.

³⁶ Dieser errechnet sich als Summe der quadrierten Marktanteile aller Wettbewerber auf einem Markt bzw. in formaler Darstellung: $HHI = \sum s_j^2$ mit s_j = Marktanteil des Anbieters j.

³⁷ Ein höherer HHI zeigt nicht nur eine höhere Konzentration, sondern für die gleiche Anzahl von Unternehmen auch eine ungleichmäßigere Verteilung der Marktanteile an. Aufgrund der vorgenommenen Quadrierung der Anteile gehen höhere Marktanteile überproportional in die Berechnung des Indexwertes ein.

³⁸ Diese sind dadurch gekennzeichnet, dass die Nachfrager Angebote per Ausschreibungen einholen und die Anbieter auf dem Markt um die Vergabe von Aufträgen konkurrieren.

³⁹ Eine Analyse der vergangenen Ausschreibungen kann Hinweise darauf geben, wie groß und gegebenenfalls unterschiedlich der Kreis der teilnehmenden Unternehmen ist. Auch die von den Nachfragern erstellten Rangfolgen der abgegebenen Gebote besitzen eine hohe Aussagekraft. Zur Ausschreibungsanalyse vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 15.5.2006, B5-185-05 – *Von Roll Inova/Alstom*, Rn. 40, 44ff.; oder BKartA, Beschl. v. 15.11.2007, B1-190-07 – *Faber/BAG/AML*, Rn. 97ff.

hoher Marktanteil durchaus eine gesicherte Marktstellung und damit eventuelle Marktmacht eines Anbieters.

- 32 Eine weitere außergewöhnliche Fallkonstellation liegt vor, wenn kein Wettbewerb im Markt möglich ist, sondern nur ein **Wettbewerb um den Markt** stattfindet. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn mit einer einmaligen Auftragsvergabe z.B. ein Ausschließlichkeitsrecht oder eine Konzession für eine bestimmte Laufzeit vergeben wird.⁴⁰ Auch in einem solchen Fall sind in Abhängigkeit von den strukturellen wettbewerblichen Rahmenbedingungen sowohl Situationen mit wesentlichem Wettbewerb wie mit stark eingeschränktem Wettbewerb denkbar, obwohl der rechnerische Marktanteil in solchen Situationen oft bei 100 Prozent liegt. Ein wichtiges Element der Analyse ist, ob ein einmal erfolgreiches Unternehmen mit größerer Wahrscheinlichkeit auch den Zuschlag für eigentlich unabhängige weitere Aufträge oder Folgeaufträge erhält.⁴¹ Dann können die Anbieter voraussichtlich von einer engen Bindung zwischen Anbieter und Auftraggeber und von Reputationseffekten profitieren.
- 33 Auch auf sogenannten Plattformmärkten bzw. im Falle indirekter Netzwerkeffekte zwischen mehreren Märkten (es wird auch von **zweiseitigen Märkten** gesprochen) haben Marktanteile auf den einzelnen betroffenen Märkten nur eine begrenzte Aussagekraft. Auf diesen Märkten agiert ein Anbieter als Intermediär zwischen verschiedenen Kundengruppen. Dies gilt etwa für den Zeitungsanbieter, dessen Werbekunden bereit sind, mehr zu zahlen je größer die Leserschaft ist,⁴² oder aber für das Angebot einer Kredit- oder Debitkarte, das für die Kunden umso interessanter wird, je mehr Händler bereit sind, diese Karte als Bezahlungsmittel zu akzeptieren. In solchen Konstellationen werden die wettbewerblichen Spielräume des Intermediärs oder Plattformanbieters unter anderem durch die Reaktionsverbundenheit zwischen Preisen und Angebotsmengen auf den jeweiligen Märkten beeinflusst. Die isolierte Betrachtung der Marktposition auf einem der betroffenen Märkte vermittelt daher kein vollständiges Bild des Grades an Marktmacht auf diesem Markt und die für die Beantwortung der Frage der Marktbeherrschung relevanten wettbewerblichen Verhaltensspielräume.

⁴⁰ Dies gilt z.B. für die Ausschreibung von Leistungen im ÖPNV. Vgl. BGH, Beschl. v. 11.7.2006, WuW/E DE-R 1797 – *Deutsche Bahn/KVS Saarlouis*, Rn. 26; BKartA, Beschl. v. 9.6.2004, B9-16/04 – *Deutsche Bahn/KVS Saarlouis*, S. 21f.

⁴¹ So etwa aufgrund der Besitzstandsklausel gem. § 13 Abs. 3 PBefG, die bestimmt, dass bei der Erteilung einer Liniengenehmigung im ÖPNV angemessen zu berücksichtigen ist, wenn ein Verkehr von einem Unternehmen jahrelang in einer dem öffentlichen Verkehrsinteresse entsprechenden Weise betrieben worden ist; vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.12.2004, WuW/E DE-R 1397, 1409 – *ÖPNV Hannover*, Rn. 116. Die Besitzstandsklausel verschaffe zwar als solche keine marktbeherrschende Stellung, könne allerdings eine bestehende marktbeherrschende Stellung stützen; vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 4.5.2005, WuW/E DE-R 1495, 1500 – *ÖPNV Saarland*, Rn. 49, 53.

⁴² Vgl. BKartA, Beschl. v. 29.8.2008, B6-52/08 – *Intermedia/Health & Beauty*, S. 21ff.

2. Weitere Wettbewerbsfaktoren im relevanten Markt

- 34 Wettbewerbsfaktoren können als marktbezogene Faktoren die Wettbewerbsintensität des Marktes insgesamt kennzeichnen oder als unternehmensbezogene Faktoren unmittelbar die beteiligten Unternehmen, ihre Handlungsmöglichkeiten und ihre wettbewerbliche Position betreffen. Bei der Beurteilung dieser Faktoren wird einerseits berücksichtigt, dass Wettbewerbsvorsprünge zum Wesen des Wettbewerbs gehören und – zumindest sofern wirksamer Wettbewerb herrscht – in der Regel auch den Nachfragern der Produkte und letztendlich dem Endverbraucher zugutekommen. Andererseits können unternehmensspezifische Wettbewerbsvorteile aber auch dauerhaft zusätzliche wettbewerbliche Verhaltensspielräume eröffnen.
- 35 In der weiteren Analyse werden regelmäßig folgende Wettbewerbsfaktoren und Kriterien im relevanten Markt berücksichtigt: Kapazitäten und Kapazitätsbeschränkungen (a), Kundenpräferenzen und Wechselkosten (b), gewerbliche Schutzrechte und Know-How (c), Marktphase (d), Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten (e), Verflechtungen mit anderen Unternehmen (f) und finanzielle Ressourcen (g).

a) Kapazitäten und Kapazitätsbeschränkungen

- 36 Der Wettbewerbsdruck, den Wettbewerber auf die Zusammenschlussbeteiligten ausüben, hängt auch davon ab, ob und inwieweit diese auf eine Preissteigerung oder Verschlechterung des Angebots der Zusammenschlussbeteiligten mit einer Ausweitung des eigenen Produktangebots reagieren können.⁴³ Sind die Expansionshindernisse gering, ist der Wettbewerbsdruck tendenziell hoch, während die Existenz rechtlicher oder struktureller Expansionschranken den von Wettbewerbern ausgehenden Wettbewerbsdruck schwächt. Wenn die vorhandenen Wettbewerber erhebliche Investitionen tätigen müssten, um ihre bestehenden Kapazitäten zu erweitern, schränkt dies den von den Wettbewerbern ausgehenden Wettbewerbsdruck ebenfalls ein.⁴⁴ Gleiches kann gelten, wenn eine Kapazitätsausweitung nur mit längerem zeitlichen Vorlauf oder nicht in nennenswertem Umfang möglich ist.⁴⁵ Falls einem am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen neben dem größten Marktanteil auch erhebliche, derzeit nicht ausgelastete Überkapazitäten zur Verfügung stehen, kann dies die Auswirkungen eines Marktanteilszuwachses verstärken.

⁴³ Vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 24.8.2007, B5-51/07 – *Cargotec/CVS Ferrari*, Rn. 120f.

⁴⁴ Vgl. dazu z.B. BKartA, Beschl. v. 29.9.2004, B5-170/03 – *Leggett&Platt/AGRO*, Rn. 125ff.

⁴⁵ Vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 27.12.2010, B2-71/10 – *Van Drie/Alpuro*, Rn. 239ff.

37 Inwieweit umgekehrt hohe Marktanteile eines Unternehmens dadurch relativiert werden, dass am Markt Überkapazitäten vorhanden sind, ist nicht zuletzt davon abhängig, ob es sich im konkreten Einzelfall um homogene oder differenzierte Produkte handelt. Auf Märkten für homogene Produkte können Überkapazitäten von Wettbewerbern dagegen sprechen, dass Unternehmen mit hohen Marktanteilen über einen übermäßigen Verhaltensspielraum verfügen, da Kunden relativ problemlos auf andere Anbieter ausweichen können.

b) Kundenpräferenzen und Wechselkosten

38 Kundenpräferenzen und Wechselkosten können für die Beurteilung der Marktstellung eines Unternehmens insbesondere bei differenzierten Produkten von Bedeutung sein. Denn beides beeinflusst maßgeblich die Austauschbarkeit von Produkten aus Kundensicht und damit den von den einzelnen Anbietern aufeinander ausgeübten Wettbewerbsdruck. Ein Zusammenschluss wird umso eher wettbewerbliche Bedenken aufwerfen, je ähnlicher die (differenzierten) Produkte der fusionierenden Unternehmen im Hinblick auf die Verbraucherpräferenzen sind („**closeness of competition**“), d.h. je enger die Substitutionsbeziehungen zwischen diesen Produkten sind.⁴⁶ Durch den Zusammenschluss gelingt es den Unternehmen gegebenenfalls, die beste Ausweichalternative zu internalisieren und damit einen relativ hohen Wettbewerbsdruck zu beseitigen.

39 Kundenpräferenzen spielen unter anderem auf Märkten eine Rolle, die durch die Präsenz und eine große Bedeutung etablierter **Marken** gekennzeichnet sind. Wird ein Markenprodukt von Abnehmern oder Händlern als so genanntes „must have“ betrachtet, vermittelt dies dem Anbieter wettbewerbliche Verhaltensspielräume, die durch seinen Marktanteil alleine nicht adäquat abgebildet werden. Kundenspezifische Präferenzen müssen sich allerdings nicht allein auf bestimmte Marken beziehen. Vielmehr sind sämtliche Faktoren in den Blick zu nehmen, die zu einer wirksamen Kundenbindung beitragen können. Dazu kann z.B. auch die Fähigkeit zum Angebot gesamter **Sortimente** oder kompletter Systeme gehören, wenn ein erheblicher Anteil von Kunden diese gegenüber dem Bezug einzelner Bestandteile bevorzugt.⁴⁷

⁴⁶ Vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 30.06.2008, B2-333/07 – *Edeka/Tengelmann*, S. 38ff.; BKartA, Beschl. v. 21.10.2010, B4-45/10 – *Sparkasse Karlsruhe/Sparkasse Ettlingen*, Rn. 125f., 137 (hier vor allem hinsichtlich der Dichte des Filialnetzes und des Spektrums der angebotenen Dienstleistungen).

⁴⁷ Vgl. z.B. KG, Beschl. v. 7.11.1985, WuW/E OLG 3761 – *Pilsbury/Sonnen-Bassermann*; oder BKartA, Beschl. v. 14.2.2007, B5-10/07 – *Sulzer/Kelmix*, Rn. 55.

- 40 Mit dem Aspekt der **Wechselkosten** werden (Folge-)Kosten und der erhebliche (Zeit-)Aufwand erfasst, der für einen Nachfrager mit dem Anbieterwechsel verbunden sein kann.⁴⁸ Müssen die Anbieter aufgrund dieser Kosten nicht schon bei einer geringen Preiserhöhung oder Verschlechterung des Angebots befürchten, dass Kunden in einem maßgeblichen Umfang abwandern, stärkt dies die Marktstellung der betrachteten Unternehmen.
- 41 Wechselkosten können z.B. entstehen, wenn die Suche nach und die Vertragsverhandlungen mit einem neuen Lieferanten aufwändig sind. Zu den Wechselkosten können ferner Schulungskosten gehören, die z.B. bei einem Wechsel zu einer neuen Software oder einer Maschine eines anderen Typs anfallen sowie alle anderen Migrationskosten,⁴⁹ die im Zuge eines Umstellungsprozesses als Folge eines Anbieterwechsels entstehen. Wechselkosten können auch durch die Anbieter strategisch geschaffen werden, wenn z.B. bei der Kündigung eines Vertrags Gebühren fällig werden oder Kunden durch besondere Kundenbindungsprogramme (z.B. „Bonusprogramme“⁵⁰) an den bisherigen Anbieter gebunden werden.⁵¹

c) Gewerbliche Schutzrechte und Know-How

- 42 Wenn ein Unternehmen als Technologieführer – z.B. aufgrund höherer oder erfolgreicherer Aufwendungen für Forschung und Entwicklung – in der Lage ist, zu geringeren Kosten zu produzieren oder Produkte in höherer Qualität anzubieten, kann dies wettbewerbliche Vorteile ermöglichen.⁵² Solche Vorteile sind als Ergebnis des Leistungswettbewerbs grundsätzlich positiv zu bewerten. Gleichwohl sind sie bei der Beurteilung der Marktmacht eines Unternehmens zu berücksichtigen.⁵³ In ähnlicher Weise wie technologische Vorsprünge kann die Kontrolle über (zukünftig) entscheidende Patente oder gewerbliche Schutzrechte bzw. entsprechende Lizenzen einem Unternehmen einen wettbewerblichen Vorteil einräumen. Für die Frage der Marktmacht kommt es allerdings darauf an, ob die betreffenden Schutzrechte tatsächlich bedeutsam für den Markt oder die Marktentwicklung sind, z.B. wenn die-

⁴⁸ Dies gilt insbesondere dann, wenn mehrere Dienstleistungen in einem Paket angeboten werden, wie es z.B. bei Triple-Play-Angeboten der Telekommunikationsbranche der Fall ist, vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 3.4.2008, B7-200/07 – *KDG/Orion*, Rn. 155.

⁴⁹ Solche Kosten fallen z.B. bei der Umstellung auf eine neue Software an, da u.a. vorhandene Datenbestände übertragen oder Arbeitsabläufe angepasst werden müssen.

⁵⁰ Als Beispiele kommen Kundenbindungsprogramme wie z.B. Flugmeilen in Betracht.

⁵¹ Insofern können Wechselhindernisse auch in Form von Opportunitätskosten auftreten.

⁵² Vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 25.10.2006, B7-97/06 – *Coherent/Excel*, Rn. 86ff.

⁵³ Einem Marktanteilsvorsprung kommt z.B. eine größere Bedeutung für die weitere Entwicklung zu, wenn er auf einem technologischen Vorsprung beruht und nicht zu erwarten ist, dass dieser Vorsprung von Wettbewerbern zügig aufgeholt werden kann. Vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 14.2.2007, B5-10/07 – *Sulzer/Kelmix*, Rn. 55ff.

se eine Kerntechnologie oder proprietäre Schnittstellentechnologie betreffen. Entscheidend ist auch, ob Wettbewerber über vergleichbare eigene Patente verfügen oder über Lizenzen Zugang zu vergleichbarer Technologie haben.⁵⁴

d) Marktphase

- 43 Die Wettbewerbsbedingungen werden auch durch die Marktphase, also die Entwicklungsstufe des Marktes, beeinflusst. In expandierenden oder dynamischen Märkten indizieren aktuell hohe Marktanteile nicht notwendigerweise hohe Marktmacht, denn Innovationen können schnelle Marktzutritte oder Marktanteilsverschiebungen ermöglichen.⁵⁵ Bei jungen, noch in der Experimentierphase befindlichen Märkten, kommt eine marktbeherrschende Stellung regelmäßig insbesondere dann in Betracht, wenn der Markt durch den Zusammenschluss bereits in der Entstehungsphase dauerhaft vermachtet wird.⁵⁶ Zu einer frühzeitigen Vermachtung des Marktes und einer Schwächung der Wettbewerbsdynamik kann es z.B. kommen, wenn sich zwei führende und innovative Wettbewerber zusammenschließen.⁵⁷ Dies geht häufig mit der Entstehung von Marktmacht bei den zur Herstellung eines Produktes erforderlichen Technologien einher. Befindet sich der Markt dagegen in einer Stagnations- oder Abschwungphase, haben sich die wettbewerblichen Strukturen bereits verfestigt und es ist seltener mit Markteintritten zu rechnen. Ein hoher Marktanteil ist daher auf reiferen Märkten ein erheblich gewichtigeres Indiz für hohe Marktmacht.

e) Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten

- 44 Ein besonders guter Zugang zu Beschaffungs- oder Absatzmärkten kann einem Unternehmen insbesondere dann Marktmacht auf dem betroffenen Markt verschaffen, wenn es Wettbewerbern nicht möglich ist, sich einen vergleichbaren Zugang zu verschaffen, sie aber gleichwohl auf diese Vorprodukte oder Absatzmöglichkeiten angewiesen sind, um im betroffenen Markt zu bestehen. Wie auch andere Wettbe-

⁵⁴ Entwicklungsvorsprünge und Patentpools spielten z.B. eine Rolle in BKartA, Beschl. v. 18.7.2008, B5-84/08 – *Stihl/ZAMA*, Rn. 29f., 54f.

⁵⁵ Für ein Beispiel, in dem der aktuelle Marktanteil eines Anbieters nur beschränkt dessen zukünftige Marktchancen widerspiegelte, vgl. BKartA, Beschl. v. 5.10.2006, B7-84/06 – *KLA-Tencor/ADE*, Rn. 47-51.

⁵⁶ Vgl. dazu z.B. BKartA, Beschl. v. 8.6.2004, B7-29/04 – *Nokia/Symbian*, S. 12; BKartA, Fallbericht B7-23/09 – *Vector Capital/Aladdin Knowledge Systems* (Digital Rights Management Systeme), abrufbar unter <http://www.bundeskartellamt.de>.

⁵⁷ Vor diesem Hintergrund ist auch die Einschränkung der Bagatellmarktklausel zu sehen. Um zu verhindern, dass junge Märkte durch Zusammenschlüsse frühzeitig vermachten, sind Märkte mit einem Umsatzvolumen von weniger als 15 Mio. EUR nur von der Fusionskontrolle ausgenommen, wenn sie schon seit mindestens 5 Jahren bestehen. Vgl. Begründung zur 4. GWB-Novelle, BT-Drs. 8/2136 v. 27.9.1978, S. 14.

werbsvorteile ist ein überlegener oder durch den Zusammenschluss verbesserter Zugang zu den Beschaffungsmärkten allerdings nicht per se negativ zu beurteilen oder wettbewerblich problematisch. Dies gilt insbesondere dann, wenn diese Vorteile letztendlich dem Nachfrager in Form niedriger Preise oder eines verbesserten Produktangebots zugutekommen. Ein überlegener oder verbesserter Zugang kann jedoch den Zusammenschlussbeteiligten besondere Verhaltensspielräume vermitteln und ihnen wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen erleichtern.

- 45 Einen bevorzugten Zugang zu den **Beschaffungsmärkten** kann ein Unternehmen beispielsweise dann genießen, wenn es – im Gegensatz zu seinen Wettbewerbern – vertikal integriert ist und wichtige Input-Produkte selbst fertigt. Sofern die vertikale Integration zu kostengünstigeren Beschaffungsmöglichkeiten wichtiger Vorleistungen führt, kann sich hieraus ein dauerhafter Wettbewerbsvorsprung gegenüber anderen Anbietern ergeben. Dies gilt insbesondere dann, wenn es den Wettbewerbern nicht möglich ist, vergleichbare vertikale Verbindungen aufzubauen oder den relevanten Input zu ähnlich günstigen Konditionen von Dritten zu beschaffen.⁵⁸ Eine weitere Fallgruppe betrifft die Verstärkung von Nachfragemacht durch einen Zusammenschluss. Ein überlegener Zugang zu den Beschaffungsmärkten kann ferner auch auf vertraglichen Beziehungen zu Vorproduzenten beruhen, vor allem dann, wenn die Einkaufsvolumina besonders günstige Beschaffungskonditionen ermöglichen. Die Beschaffungskonditionen, zu denen beispielsweise ein Handelsunternehmen Produkte von Herstellern beziehen kann, sind ein wichtiges Kriterium für seine Marktstellung auf dem Absatzmarkt.⁵⁹
- 46 Ein im Vergleich zu Wettbewerbern überlegener Zugang zu den **Absatzmärkten** kann z.B. durch folgende Umstände begründet werden: Durch vertikale Integration mit bzw. Beteiligungen an wichtigen Abnehmern, durch eine besonders große Marktdurchdringung,⁶⁰ einen leistungsfähigen oder flächendeckenden Vertrieb⁶¹, ein besonders gutes Service-Netzwerk⁶² oder After-Sales-Geschäft oder durch beste-

⁵⁸ Zu einer ausführlichen Erörterung, inwiefern und unter welchen Bedingungen eine vertikale Integration marktmachtsteigernd wirkt, vgl. auch unten die Ausführungen zu vertikalen Zusammenschlüssen Rn. 124ff.

⁵⁹ Vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 30.06.2008, B2-333/07 – *EDEKA/Tengelmann*, S. 103ff.

⁶⁰ Vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 24.8.2007, B5-51/07 – *Cargotec/CVS Ferrari*, Rn. 98ff.

⁶¹ Vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 5.11.2008, B5-25/08 – *Assa Abloy/SimonsVoss*, Rn. 185ff.; BKartA, Beschl. v. 21.6.2000, B10-25/00 – *Melitta Bentz/Schultink*, S. 27ff.; vgl. auch BKartA, Beschl. v. 24.3.2004, B4-167/03 – *Synthes-Stratec/Mathys*, Rn. 70ff. (Zugang zu den ärztlichen Entscheidern auf Nachfragerseite im Bereich der Osteosynthese).

⁶² Vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 24.8.2007, B5-51/07 – *Cargotec/CVS Ferrari*, Rn. 73.

hende Geschäftsbeziehungen aus anderen Produktmärkten zu Kunden, die Hauptabnehmer des betroffenen Produktes sind.⁶³

f) Verflechtungen mit anderen Unternehmen

- 47 Verflechtungen mit anderen Unternehmen können insbesondere dann relevant für die Marktstellung eines Unternehmens sein, wenn sie zu Wettbewerbern, Kunden oder Lieferanten bestehen. Dabei kann der Wettbewerb nicht nur durch solche Verflechtungen beschränkt werden, welche die Verbundklausel (§ 36 Abs. 2 GWB) erfüllen oder durch die eine wettbewerbliche Einheit begründet wird.⁶⁴ Vielmehr können sämtliche Verflechtungen rechtlicher, wirtschaftlicher, personeller oder finanzieller Art ein relevanter Faktor bei der Beurteilung der Marktstellung sein.⁶⁵
- 48 Im Falle der Einzelmarktbeherrschung ist die eigenständige Bedeutung dieses Kriteriums allerdings begrenzt.⁶⁶ Die wettbewerblichen Auswirkungen, die sich aus Verflechtungen mit anderen Unternehmen ergeben können, werden – soweit es sich nicht um horizontale Verflechtungen handelt – weitgehend auch von anderen Kriterien erfasst.⁶⁷ Verflechtungen mit anderen Unternehmen haben als Kriterium zur Bestimmung von Marktmacht insbesondere dann eine eigenständige Bedeutung, wenn Verflechtungen mit aktuellen oder potentiellen Wettbewerbern oder mit Anbietern unvollkommener Substitutionsprodukte bestehen.⁶⁸

g) Finanzielle Ressourcen

- 49 Die Marktmacht eines Unternehmens kann in bestimmten Fällen auch von seiner Finanzkraft beeinflusst werden. Dieser in § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB ausdrücklich erwähnte Faktor spielt in der Entscheidungspraxis nur eine untergeordnete Rolle. Hintergrund für die Berücksichtigung des Kriteriums der Finanzkraft ist unter anderem die Möglichkeit, dass ein Unternehmen mit überlegener Finanzkraft seine finanziellen Mittel dazu nutzen könnte, aktuelle Wettbewerber von wettbewerblichen Vorstößen

⁶³ Vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 21.8.2008, B5-77/08 – *MEP/DISA*, Rn. 54ff .

⁶⁴ Vgl. BGH, Beschl. v. 19.12.1995, WuW/E BGH 3037, 3041 – *Raiffeisen*, Rn. 16.

⁶⁵ Vgl. BGH, Beschl. v. 19.12.1995, WuW/E BGH 3037, 3040 – *Raiffeisen*, Rn. 13; BKartA, Beschl. v. 23.2.2005, B10-122/04 – *Remondis/RWE Umwelt*, Rn. 168.

⁶⁶ Bedeutung erlangt dieses Kriterium insbesondere bei der gemeinsamen Marktbeherrschung; vgl. dazu unten Rn. 91 und 100.

⁶⁷ Verflechtungen mit Abnehmern oder Lieferanten werden z.B. beim Kriterium des Zugangs zu Absatz- und Beschaffungsmärkten berücksichtigt, solche zu finanzstarken Unternehmen bei der Finanzkraft.

⁶⁸ Vgl. BKartA, Beschl. v. 23.2.2005, B10-122/04 – *Remondis/RWE Umwelt*, Rn. 168f. und Rn. 188f.; BKartA, Beschl. v. 15.12.1978, WuW/E BKartA 1831, 1831f. – *hydraulischer Schreitausbau*; BKartA, Beschl. v. 9.1.1981, WuW/E BKartA 1863, 1864f. – *Gruener+Jahr/Zeit*.

ßen abzuhalten oder potentielle Wettbewerber vom Markteintritt abzuschrecken.⁶⁹ Im Extremfall können Wettbewerber sogar vom Markt verdrängt werden. Zwar entfaltet nicht schon die Finanzkraft selbst diese Verdrängungs- bzw. Abschreckungswirkung. Finanzielle Ressourcen verbessern aber die Möglichkeiten und den Anreiz eines Unternehmens, entsprechende Strategien – z.B. Kampfpreisstrategien – durchzuführen.⁷⁰

50 Nur wenn Wettbewerber im Vergleich zu den Zusammenschlussbeteiligten lediglich über beschränkte finanzielle Ressourcen verfügen, haben sie einer Verdrängungs- bzw. Abschreckungsstrategie wenig entgegenzusetzen.⁷¹ Andernfalls könnten sie mit entsprechenden Gegenstrategien reagieren und so Verdrängungs- und Abschreckungsversuche unwahrscheinlicher machen. Eine erfolgversprechende Verdrängungsstrategie setzt zudem voraus, dass ein Unternehmen über ausreichende Kapazitäten verfügt und die Marktzutrittsschranken relativ hoch sind, so dass – nach der erfolgreichen Verdrängung – neuerliche Marktzutritte anderer Unternehmen nicht zu befürchten sind.

51 Zur Bemessung der Finanzkraft können verschiedene Indikatoren herangezogen werden. Geeignete Indikatoren sind insbesondere der Cash-flow⁷², die Möglichkeiten zur Fremdfinanzierung auch unter Einbeziehung der verbundenen Unternehmen sowie die lt. Bilanz verfügbaren liquiden Mittel.⁷³ Diese Kennzahlen geben maßgeb-

⁶⁹ Die Abschreckungswirkung tritt bereits ein, wenn eine solche Strategie aus Sicht der Wettbewerber vernünftigerweise zu erwarten ist; vgl. BGH, Beschl. v. 8.6.2010, WuW/E DE-R 3067 – *Springer/ProSieben II*, Rn. 47 (die Abschreckungswirkung resultierte hier aus der Erwartung, dass die Parteien im Falle eines wettbewerblichen Vorstoßes von Konkurrenten auf die Möglichkeit cross-medialer Werbung zurückgreifen). Vgl. zur Abschreckungswirkung auch BGH, Beschl. v. 27.5.1976, WuW/E BGH 2276, 2283 – *Süd-deutscher Verlag/Donau-Kurier*, Rn. 57; BGH, Beschl. v. 25.6.1985, WuW/E BGH 2150, 2157 – *Edelstahlbestecke*, Rn. 45ff.

⁷⁰ Solche Strategien sind im Falle von marktbeherrschenden Unternehmen zwar möglicherweise im Rahmen der Missbrauchsaufsicht aufgreifbar. Mit der Fusionskontrolle sollen jedoch entstehende Machtpositionen bereits präventiv aufgegriffen werden. Die Wettbewerbsbehörde ist somit im Rahmen der Fusionskontrolle nicht wegen einer gewissen Abschreckungswirkung eines eventuellen Missbrauchsverfahrens daran gehindert, von vornherein die Gefahrenlage zu verhindern, die ausreichend Anreize für ein missbräuchliches Verhalten begründet. Vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 30.06.2008, B2-333/07 – *EDEKA/Tengelmann*, S. 111.

⁷¹ Inwieweit unzureichende Finanzierungsmöglichkeiten für die Wettbewerber bestehen, hängt u.a. vom Informationsstand der Kapitalgeber ab. Besteht bei kleineren Unternehmen aus Sicht der Kapitalgeber eine größere Ungewissheit über den zukünftigen Markterfolg, so haben Unternehmen mit geringerer Finanzkraft meist eine Risikoprämie und damit höhere Finanzierungskosten zu tragen und sind daher anfälliger für etwaige Verdrängungsstrategien. Dies kann insbesondere gelten für junge, in der Entwicklung befindliche Märkte oder technisch aufwändige Produkte mit hohem Entwicklungsaufwand.

⁷² Vgl. BKartA, Beschl. v. 18.5.1977, WuW/E BKartA 1685, 1687 – *Mannesmann/Brueninghaus*.

⁷³ Vgl. hierzu BKartA, Beschl. v. 24.1.1995, WuW/E BKartA 2729, 2748ff. – *Hochtief/Philipp Holzmann*.

lich Auskunft über die kurzfristig für wettbewerbliche Maßnahmen verfügbaren finanziellen Ressourcen. Weiterhin können zur Beurteilung der dauerhaften Leistungsfähigkeit eines Unternehmens Ertragskennziffern wie Jahresüberschuss⁷⁴, EBIT, EBITDA und Rohertrag (gross margin) herangezogen werden. Im Rückblick kann auch die Investitionstätigkeit als Spiegel bisheriger Finanzkraft des Unternehmens Aufschlüsse über die Finanzstärke des Unternehmens geben. Hinweise auf das vorhandene Ressourcenpotential kann auch der Umsatz liefern.⁷⁵

3. Wettbewerbsfaktoren außerhalb des relevanten Marktes

52 In der wettbewerblichen Analyse werden weiterhin Faktoren berücksichtigt, die von außen auf den relevanten Markt einwirken. Betrachtet wird neben potentielltem Wettbewerb und Marktzutrittsschranken (a) auch Randsubstitution (b).

a) Potentieller Wettbewerb und Marktzutrittsschranken

53 Neben den aktuellen können auch potentielle Wettbewerber die Verhaltensspielräume der bereits aktiven Anbieter in einem relevanten Markt beeinflussen.⁷⁶ Als potentielle Wettbewerber kommen sowohl Newcomer in Betracht als auch Unternehmen, die schon auf benachbarten oder vor- bzw. nachgelagerten Märkten tätig sind.

54 Die Stärke des potentiellen Wettbewerbs und damit das Ausmaß der davon ausgehenden Kontrolle hängen insbesondere von der Höhe der Marktzutrittsschranken ab. Sind Markteintritte leicht möglich und bei Preissteigerungen oder sonstigen Verschlechterungen des Angebots zu erwarten, kann dies übermäßige Marktmacht verhindern. § 19 Abs. 2 GWB betont deshalb, dass bei der Ermittlung von Marktbeherrschung der potentielle Wettbewerb sowie rechtliche oder tatsächliche Schranken für den Marktzutritt zu berücksichtigen sind.

55 Um aufgrund von potentielltem Wettbewerb die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ausschließen zu können, reicht die theoretische Möglichkeit von Wettbewerb nicht aus. Erforderlich ist zumindest eine gewisse tatsächliche Wahrscheinlichkeit, die wiederum hinreichende Anreize für einen Markt-

⁷⁴ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.7.2003, WuW/E DE-R 1159, 1162 – *BASF/NEPG*.

⁷⁵ Vgl. BGH, Beschl. v. 25.6.1985, WuW/E BGH 2150, 2157 – *Edelstahlbestecke*, Rn. 41.

⁷⁶ Dahinter steht die Überlegung, dass die glaubhafte Drohung eines Markteintritts bereits zu wettbewerblichem Verhalten veranlassen würde, so dass auch von potentiellen Wettbewerbern eine disziplinierende Wirkung auf die etablierten Unternehmen ausgehen kann.

eintritt voraussetzt.⁷⁷ Inwieweit die Verhaltensspielräume etablierter Anbieter durch potentiellen Wettbewerb kontrolliert werden können, ist danach zu beurteilen, wie wahrscheinlich es ist, dass neue Unternehmen auf dem betreffenden Markt tätig werden sowie ob diese Markteintritte rechtzeitig und in einem ausreichenden Umfang erfolgen können. Bestand bereits vor dem Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung, kann auch schon eine geringe Verschlechterung der Kontrolle durch potentiellen Wettbewerb ausreichen, um eine Verstärkungswirkung anzunehmen.⁷⁸ Recht hohe Anforderungen sind hingegen an den Wettbewerbsdruck durch potentiellen Wettbewerb zu stellen, um eine Freigabe zu rechtfertigen, obwohl die Strukturkriterien insgesamt auf eine marktbeherrschende Stellung hindeuten. Der Maßstab für potentiellen Wettbewerb und die zugrundeliegenden Kriterien Wahrscheinlichkeit, Rechtzeitigkeit und Umfang hängt dementsprechend vom Prüfungskontext ab.

Wahrscheinlichkeit eines Marktzutritts

- 56 Ein Marktzutritt ist selten unmöglich, aber eventuell aufgrund hoher Kosten oder geringer Ertragsersparungen nicht zu erwarten. Die Wahrscheinlichkeit bemisst sich allgemein nach den Möglichkeiten und Anreizen zum Markteintritt. Ausschlaggebend ist damit das Verhältnis zwischen den mit dem Marktzutritt verbundenen Kosten und den erwarteten Erlösen, sowie den jeweils damit verbundenen Risiken. Grundsätzlich nicht erforderlich ist es, alle Kosten und Erlöse im Einzelnen zu quantifizieren.⁷⁹ Die Möglichkeit und die Anreize zum Marktzutritt werden insbesondere von verschiedenen Arten von Marktzutrittsschranken beeinflusst.⁸⁰ Je nach Ursache des Hindernisses lassen sich rechtliche, strukturelle und strategische Marktzutrittsschranken unterscheiden.

⁷⁷ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 4.5.2005, WuW/E DE-R 1495 – *ÖPNV Saarland*, Rn. 54. Von fehlenden Anreizen eines integrierten, aber nur für den Eigenbedarf produzierenden Anbieters, in den vorgelagerten Markt einzutreten, kann ausgegangen werden, wenn sich der Marktzutritt aufgrund höherer Margen auf dem nachgelagerten Markt nicht lohnt. Vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 27.02.2008, B5-198/07 – *A-TEC/Norddeutsche Affinerie*, Rn. 117ff.

⁷⁸ Für die Annahme einer Verstärkungswirkung reicht es daher aus, dass ohne den Zusammenschluss ein Markteintritt zwar nicht zwingend, aber doch mit einiger Wahrscheinlichkeit zu erwarten wäre. Zu einer anderen Einschätzung kommt OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.12.2010, VI-Kart 4/09 (V) – *NPG/ZVSH*, Rn. 100ff.; die Frage des Wahrscheinlichkeitsmaßstabs ist Gegenstand eines laufenden Rechtsbeschwerdeverfahrens.

⁷⁹ Gute Anhaltspunkte für die zu erwartenden Erlöse können vielmehr auch qualitative Kriterien liefern, aus denen sich die betriebswirtschaftliche Attraktivität des Marktes ergibt. Vgl. dazu z.B. BKartA, Fallbericht vom 20.1.2010, B6-79/09 – *Rheinische Post/Aachener Zeitung*.

⁸⁰ Solche Hindernisse können auch für bereits im Markt tätige, insbesondere kleinere Wettbewerber bestehen und sie in Form einer „Expansionsschranke“ daran hindern, ihre Tätigkeit auszuweiten. Zur sprachlichen Vereinfachung wird im Folgenden übergreifend der Begriff Marktzutrittsschranke verwendet.

- 57 **Rechtliche Marktzutrittsschranken** liegen vor, wenn staatliche Vorschriften den Marktzutritt erschweren oder ausschließen.⁸¹ Dazu gehören staatlich geschützte Monopole oder durch den Staat vergebene (zahlenmäßig beschränkte) Lizenzen.⁸² Des Weiteren können tarifäre und nicht-tarifäre Handelshemmnisse für ausländische Anbieter ein Marktzutrittshindernis darstellen.
- 58 Eine weitere Kategorie bilden Patente, sonstige Immaterialgüterrechte oder entsprechende Lizenzen, die Dritten bestimmte (Nutzungs-)Rechte einräumen und die für den Markteintritt oder die Marktentwicklung tatsächlich bedeutsam sind. Ein Hindernis stellen Patente in der Regel erst dann dar, wenn keine anderen vergleichbaren technischen Lösungen zur Verfügung stehen⁸³ oder Wettbewerber nicht über vergleichbare Rechte verfügen.⁸⁴ Allerdings kann der Marktzutritt trotz technischer Alternativen behindert werden.⁸⁵ Werden Patente lizenziert, hängt das Ausmaß der Marktzutrittsschranken von der Höhe der Lizenzgebühren ab.
- 59 **Strukturelle Marktzutrittsschranken** beruhen auf Eigenschaften des Marktes bzw. des Produktionsprozesses der betreffenden Güter oder auf der besonderen Marktstellung eines Unternehmens. Sie wirken sich in der Regel unmittelbar auf die Höhe der Kosten des Marktzutritts und/oder die Höhe der nach dem Zutritt zu erwartenden Erlöse aus.
- 60 Im Hinblick auf die Kosten des Marktzutritts sind insbesondere so genannte „versunkene Kosten“ („sunk costs“) bedeutsam, die beim Markteintritt entstehen, aber beim Marktaustritt nicht wieder erlangt werden können. Beispiele sind unter anderem Forschungs- und Entwicklungskosten, Werbekosten oder Ausbildungskosten.

⁸¹ Dazu zählen insbesondere Baugenehmigungen für industrielle Anlagen. Vgl. dazu z.B. BKartA, Beschl. v. 15.11.2007, B1-190/07 – *Faber/BAG/AML*, Rn. 69.

⁸² Dazu zählen z.B. Taxi-Lizenz, Rundfunk-Lizenz oder Mobilfunklizenz. Inwieweit solche staatlichen Anforderungen als Marktzutrittsschranke wirken, hängt insbesondere davon ab, wie schwierig oder aufwändig es ist, die Voraussetzungen zu erfüllen, und wie viele Lizenzen zur Verfügung stehen.

⁸³ Vgl. BKartA, Beschl. v. 20.6.2006, B4-32/06 – *Putzmeister/Esser*, S. 38f.

⁸⁴ Solche vergleichbaren Rechte helfen jedoch dann nicht unbedingt, wenn Netzwerkeffekte vorliegen und der Marktbeherrscher bereits über einen Verbreitungsvorsprung verfügt, der von einem Wettbewerber mit einer anderen Lösung nicht ohne Weiteres aufzuholen ist.

⁸⁵ Vgl. zur faktischen Alleinstellung eines Systemanbieters, die durch Patente für essentielle Schnittstellen der Produkte abgesichert wird z.B. BKartA, Beschl. v. 14.2.2007, B5-10/07 – *Sulzer/Kelmix/Werfo*, Rn. 55. Obwohl die Umgehung der Patente technisch möglich ist, können sich daraus erhebliche Nutzungseinbußen auf Seiten der Kunden ergeben, so dass die Konkurrenzprodukte nicht ohne Weiteres eine Alternative darstellen.

ten.⁸⁶ Darüber hinaus können sich Größenvorteile der Produktion (so genannte Skalenerträge oder „economies of scale“) auf die Möglichkeit zum Marktzutritt auswirken.⁸⁷ Größenvorteile der Produktion entstehen insbesondere dann, wenn die Herstellung eines Produktes relativ hohe Fixkosten aber vergleichsweise niedrige variable Kosten verursacht. Die unter diesen Bedingungen mit einer Ausweitung der Produktion sinkenden Durchschnittskosten können bewirken, dass ein Marktzutritt gegebenenfalls nur dann Aussicht auf Erfolg hat, wenn innerhalb einer sehr kurzen Zeit ein gewisses Absatzvolumen erreicht werden kann („minimum scale of entry“). Kostenrelevante Marktzutrittsschranken können sich auch daraus ergeben, dass bestimmte Anlagen nicht duplizierbar sind oder eine Duplizierung nicht wirtschaftlich wäre. Dies gilt etwa für Netze im Bereich leitungsgebundener Industrien und andere sog. wesentliche Einrichtungen („essential facilities“).⁸⁸

61 Kostenvorteile der Zusammenschlussbeteiligten, die für ihre Wettbewerber möglicherweise Marktzutrittsschranken darstellen, können zudem z.B. aus Lerneffekten⁸⁹, Verbundvorteilen („economies of scope“) oder direkten oder indirekten Netzwerkeffekten⁹⁰ resultieren. Indirekte Netzwerkeffekte sind kennzeichnend für sogenannte Plattform- oder zweiseitige Märkte.⁹¹ In solchen Konstellationen werden die Marktchancen etwa eines Zeitungsherausgebers auf dem Anzeigenmarkt von der Marktstellung der Zeitung auf dem Lesermarkt beeinflusst.⁹² Hinsichtlich der Marktzutrittsbedingungen können die Märkte aufgrund dieser Wechselwirkungen

⁸⁶ Bei den Kosten für Produktionsanlagen und Arbeitsmittel handelt es sich in der Regel nicht um versunkene Kosten, weil sie beim Marktaustritt durch einen Verkauf der Anlagen oft zu einem großen Teil wiedererlangt werden können. Für Beispiele zu versunkenen Kosten vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 25.10.2006, B7-97/06 – *Coherent/Excel*, Rn. 137ff. und Fn. 143; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 23.11.2005, WuW/E DE-R 1639, 1642 – *Mainova/Aschaffenburgischer Versorgungs GmbH*, Rn. 30-33.

⁸⁷ Skaleneffekte können z.B. auch dann auftreten, wenn es sich um technisch sehr anspruchsvolle Produkte mit einem hohen Spezialisierungsgrad handelt, bei denen hohe Entwicklungskosten anfallen, vgl. dazu z.B. BKartA, Beschl. v. 11.4.2007, B3-578/06 – *Phonak/GN ReSound*, Rn. 261.

⁸⁸ Vgl. auch § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB.

⁸⁹ Lerneffekte, die bei der Entwicklung oder Herstellung eines Produkts auftreten, verschaffen etablierten Unternehmen einen Vorsprung vor später in den Markt tretenden Newcomern. Der daraus resultierende Kostennachteil kann eine Marktzutrittsschranke bilden. Zu Lerneffekten vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 25.10.2006, B7-97/06 – *Coherent/Excel*, Rn. 142 (Entwicklung und Herstellung von sealed-off CO₂-Lasern) oder BKartA, Beschl. v. 5.11.2008, B5-25/08 – *Assa Abloy/SimonsVoss*, Rn. 200ff.; auch in diesem Punkt bestätigt durch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.10.2009, WuW/E DE-R 2885, 2892 – *Assa Abloy/SimonsVoss*, Rn. 123.

⁹⁰ Netzwerkeffekte treten auf, wenn der Nutzen eines Produktes mit seinem Verbreitungsgrad steigt.

⁹¹ Vgl. Rn. 33

⁹² Vgl. zur technischen Plattform im Bereich Pay-TV BKartA, Beschl. v. 28.12.2004, B7-150/04 – *SES/DPC*, Rn. 90ff., 147ff., insb. 151. Zum Betrieb zweier zielgruppenrelevanter Plattformen (Kosmetikmessen und -fachzeitschriften) vgl. BKartA, Beschl. v. 29.08.2008, B6-52/08 – *Intermedia/Health & Beauty*, S. 21ff.

daher nicht isoliert betrachtet werden. So ist in der Regel ein Marktzutritt auf beiden betroffenen Märkten notwendig.

- 62 Strukturelle Marktzutrittsschranken, die auf der besonderen Stellung eines Unternehmens im Markt beruhen, können z.B. darin bestehen, dass ein etabliertes Unternehmen einen bevorzugten Zugang zu Vorprodukten, Investitionsgütern⁹³ bzw. bestimmten personellen Ressourcen oder zu Absatzwegen⁹⁴ hat oder persönliche Netzwerke nutzen kann⁹⁵, auf die ein außenstehendes Unternehmen nicht zurückgreifen kann. Die Kosten des Marktzutritts können zudem durch nachfrageseitige Faktoren erhöht werden; in diesem Zusammenhang sind sämtliche Kosten zu berücksichtigen, die ein Unternehmen aufwenden muss, um z.B. eine hohe Markentreue der Kunden,⁹⁶ hohe Reputation eines etablierten Anbieters⁹⁷ oder andere, so genannte Lock-in-Effekte,⁹⁸ zu überwinden.
- 63 **Strategische Marktzutrittsschranken** können bestehen, wenn die am Markt etablierten Unternehmen Markteintrittsversuche dadurch abwehren bzw. diesen vorbeugen können,⁹⁹ dass sie Einfluss auf die Kosten des Marktzutritts bzw. die erwarteten Erlöse nehmen. So können z.B. die etablierten Unternehmen ihre Produktionsmenge gezielt ausweiten, um die Gewinnmöglichkeiten von potentiellen

⁹³ Vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 30.9.2005, B9-50/05 – *Railion/RBH*, S. 43 (überlegener Zugang zu Waggons für schüttfähiges Massengut als Marktzutrittsschranke zum Markt für den Transport von schüttfähigem Massengut); oder vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.6.2005, VI-Kart 25/04 (V) – *G+J/RBA*, Rn. 64, insoweit nicht abgedruckt in WuW/E DE-R 1501 (Herausgabe eines neuen populären Wissensmagazins erfordert den Einsatz nicht unbedeutender personeller und finanzieller Mittel).

⁹⁴ So können auch Verflechtungen mit wichtigen Auftragnehmern oder -gebern eine Marktzutrittsschranke begründen. Zu Verflechtungen mit anderen Unternehmen als Marktzutrittsschranke vgl. BGH, Beschl. v. 7.2.2006, WuW/E DE-R 1681, 1688 – *DB Regio/üstra*, Rn. 51; BKartA, Beschl. v. 9.6.2004, B9-16/04 – *ÖPNV Saarland*, Rn. 56 (Verflechtungen von Nahverkehrsunternehmen mit Auftraggebern begründen Marktzutrittsschranke zum Markt für liniengebundene Nahverkehrsdienstleistungen im ÖPNV).

⁹⁵ Beispielsweise kann der etablierte Kontakt zu (regionalen) Anzeigenkunden die Akquise erleichtern; vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 29.08.2008, B6-52/08 – *Intermedia/ Health & Beauty*, S. 60ff.

⁹⁶ Da der Aufbau einer Marke auf eine Strategie der Produktdifferenzierung zurückgeht, könnte dieser Fall auch den strategischen Marktzutrittsschranken zugeordnet werden.

⁹⁷ Reputation stellt insbesondere dann eine Hürde dar, wenn lange Entwicklungszeiten, kritische Bauteile, langjährige Vertragsbindungen oder hohe Folgekosten bei Fehlern betroffen sind, so dass Nachfrager zur Risikominimierung lieber auf etablierte Anbieter zurückgreifen. Dies zeigt sich z.B. bei Cabriodächern, vgl. BKartA, Beschl. v. 22.12.2009, B9-84/09 – *Webasto/Edscha*, S. 44; sowie BKartA, Beschl. v. 21.5.2010, B9-13/10 – *Magna/Karmann*, S. 52.

⁹⁸ Ein Lock-in-Effekt besteht, wenn für die Kunden ein Anbieterwechsel mit Wechselkosten verbunden ist, die diesen unwirtschaftlich machen. Diese Wechselkosten müssen nicht unbedingt in einem finanziellen Aufwand bestehen, sondern sie können auch in dem administrativen oder sonstigen Aufwand bestehen, der mit einem Wechsel verbunden ist. Vgl. BKartA, Beschl. v. 25.10.2006, B7-97/06 – *Coherent/Excel*, Rn. 145.

⁹⁹ Vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 2.8.2004, B6-26/04 – *G+J/RBA*, S. 32f.

Newcomern einzuschränken.¹⁰⁰ Wenn etablierte Unternehmen in größerem Umfang als erforderlich freie Kapazitäten vorhalten oder (aktuell nicht benötigte) Input-Faktoren von Dritten aufkaufen, kann dies ebenfalls die erwarteten Erlöse senken.¹⁰¹

- 64 Weitere strategische Marktzutrittsschranken können dadurch geschaffen werden, dass bei einem patentierten Produkt auch alle weiteren Entwicklungen und Verbesserungen umfassend patentiert und Verletzungen dieser Patente gezielt verfolgt werden.¹⁰² Durch gezielten und flächendeckenden Einsatz des gewerblichen Rechtsschutzes können ggfls. auch alternative Technologien soweit abgedeckt werden, dass sie Wettbewerbern nicht zur Verfügung stehen.¹⁰³ Auch die Erwartung erheblicher Preissenkungen kann – sowohl als Reaktion auf bereits erfolgte Marktzutritte, als auch im Vorgriff auf erwartete Marktzutritte¹⁰⁴ – eine Marktzutrittsschranke bilden.
- 65 Ein Marktzutritt kann auch durch **Marktaustrittsschranken** erschwert werden, wenn Kosten, die bei einem Marktaustritt entstehen würden, bereits vor dem Eintritt antizipiert werden. Marktaustrittshindernisse führen zudem dazu, dass auch unrentable oder erfolglose Anbieter im Markt verbleiben, wodurch die Erfolgsaussichten von eintretenden Unternehmen beeinträchtigt werden können. Solche Kosten können z.B. behördliche Auflagen bei Beendigung einer Tätigkeit oder Stilllegung einer Anlage verursachen.¹⁰⁵ Ebenso können lange Vertragsbindungen einen Marktaustritt verzögern.
- 66 Wie sich die einzelnen Formen der Marktzutrittsschranken konkret auswirken ist abhängig von einer Vielzahl von Faktoren wie der Marktphase, der bereits vorhandenen Konzentration im Markt, der absehbaren technischen Entwicklungen oder den erwarteten Reaktionen der etablierten Unternehmen. So ist ein Marktzutritt auf einem dynamisch wachsenden Markt aufgrund der Erlösaussichten tendenziell

¹⁰⁰ Begünstigt würde eine solche Strategie, wenn aufgrund von Skalenerträgen der Kostenvorteil des etablierten Unternehmens mit der Produktionsmenge steigt.

¹⁰¹ Vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 15.11.2007, B1-190/07 – *Faber/Langenthal*, Rn. 81.

¹⁰² Vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 23.8.2006, B4-91/06 – *Synthes Inc./Synthes AG*, S. 51.

¹⁰³ Vgl. zu solchen Patent-Clustern z.B. BKartA, Beschl. v. 20.9.1999, B3-20/99 – *Henkel/Luhns*, Rn. 44ff.; *Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie* (2007), Patentschutz und Innovation, Gutachten 1/07, insbesondere S. 15ff.

¹⁰⁴ Vgl. BKartA, Beschl. v. 20.11.2001, B9-88/99 und B9-100/01 – *Deutsche Post/trans-oflex*, S. 45.

¹⁰⁵ Ein Austrittshindernis können z.B. Umweltgutachten darstellen, die bei der Schließung von Lagerstandorten erforderlich sind. Ein weiteres Beispiel sind baurechtliche Genehmigungen für Verkaufsstandorte, die mitunter an ein bestimmtes Sortiment gebunden sind, so dass eine Nutzungsänderung nicht möglich ist. Vgl. dazu z.B. BKartA, Beschl. v. 5.12.2007, B9-125/07 – *Globus/Hela*, Rn. 76.

wahrscheinlicher¹⁰⁶ als auf einem ausgereiften oder schrumpfenden Markt, der zudem gegebenenfalls bereits durch Überkapazitäten gekennzeichnet ist.¹⁰⁷

- 67 Für die **Beurteilung der Wahrscheinlichkeit** von Marktzutritten können zudem aus in der Vergangenheit erfolgten Marktzutritten oder Marktaustritten Rückschlüsse gezogen werden. Fehlt es an Marktzutrittsversuchen in der Vergangenheit, schließt dies potentiellen Wettbewerb allerdings nicht aus. Die Analyse gelungener, fehlgeschlagener oder beabsichtigter, aber nicht realisierter Marktzutritte liefert häufig wertvolle Hinweise. Von Interesse sind insbesondere die Gründe, aus denen erfolgte Markteintritte letztlich fehlgeschlagen sind oder aus denen beabsichtigte Markteintritte nicht erfolgten bzw. schon nicht erwogen wurden.¹⁰⁸

Rechtzeitigkeit und ausreichender Umfang eines Marktzutritts

- 68 Damit potentieller Wettbewerb Marktmacht, die im Zuge eines Zusammenschlusses entsteht oder verstärkt wird, hinreichend beschränken kann, muss ein Marktzutritt zeitnah und in ausreichendem Umfang zu erwarten sein. Im Einzelfall wird die Rechtzeitigkeit von den Eigenschaften und der Dynamik eines Marktes abhängen. Einen Anhaltspunkt dafür kann die regelmäßige Vertragsdauer von Kundenverträgen geben. Einem baldigen Markteintritt entgegenstehen können z.B. lange Testphasen¹⁰⁹ oder Zertifizierungen,¹¹⁰ die vor einer Produkteinführung erforderlich sind.
- 69 Potentieller Wettbewerb kann die Marktmacht etablierter Unternehmen zudem nur dann wirksam einschränken, wenn Markteintritte mit ausreichenden Mengen, einer genügenden Produktpalette und zu konkurrenzfähigen Preisen zu erwarten sind. Können Unternehmen zwar in den Markt eintreten (bzw. ihr Angebot ausweiten), jedoch nur in begrenztem Umfang oder zu nicht-kompetitiven Preisen, reicht dies möglicherweise nicht aus, um den Verhaltensspielraum der etablierten bzw. marktführenden Anbieter wirksam zu begrenzen.¹¹¹ Gleiches kann gelten, wenn ein Anbieter eine gesamte Produktpalette anbieten muss, um sich am Markt dauerhaft

¹⁰⁶ Vgl. BKartA, Beschl. v. 20.6.2006, B4-32/06 – *Putzmeister/Essex*, S. 42 (Marktzutritt auf dem betroffenen Markt war wahrscheinlich, da der nachgelagerte Markt ein wachsender Markt war).

¹⁰⁷ Vgl. BKartA, Beschl. v. 25.10.2006, B7-97/06 – *Coherent/Excel*, Rn. 144.

¹⁰⁸ Die Vergangenheit bietet dann Anhaltspunkte für die Prognose zukünftiger Marktzutritte, wenn die ermittelten Gründe weiterhin relevant sind.

¹⁰⁹ Vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 25.10.2006, B7-97/96 – *Coherent/Excel*, Rn. 139.

¹¹⁰ Solche Zertifizierungen können z.B. in der Automobilzulieferindustrie erforderlich sein. Vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 16.12.2009, B3-91/09 – *Celanese (Ticona)/FACT*, Rn. 75.

¹¹¹ Vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 24.3.2004, B4-167/03 – *Synthes-Stratec/Mathys*, Rn. 80.

etablieren zu können, der Marktzutritt aber möglicherweise nur in einem gewissen Produktspektrum möglich ist.¹¹²

Zusammenschluss mit einem potentiellen Wettbewerber

- 70 Der Zusammenschluss mit einem potentiellen Wettbewerber kann die Marktmacht eines Unternehmens erhöhen, da zumindest dieser Wettbewerber nicht mehr disziplinierend wirken kann.¹¹³ Wenn das erwerbende Unternehmen bereits über ein hohes Maß an Marktmacht verfügt, kann der Erwerb eines potentiellen Wettbewerbers in bestimmten Fällen ausreichen, um die Untersagungs Voraussetzungen zu erfüllen, vorausgesetzt nach dem Erwerb verbleibt kein ausreichender potentieller Wettbewerb durch andere Anbieter. Gleiches kann gelten, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen von einem potentiellen Wettbewerber erworben wird.
- 71 Diese Überlegungen spielen häufig eine Rolle bei Fusionen zwischen Unternehmen, die auf einander (sachlich oder räumlich) benachbarten Märkten tätig sind und auf diesen marktbeherrschend oder Monopolanbieter sind. Aufgrund ihrer sachlichen oder räumlichen Nähe zum relevanten Markt dürften die Marktzutrittschranken für diese Unternehmen regelmäßig niedriger sein als für andere. Ob die an einem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen als potentielle Wettbewerber anzusehen sind und ob bzw. in welchem Umfang durch den Zusammenschluss Wettbewerbsdruck entfällt, lässt sich nur anhand der konkreten Marktbedingungen überprüfen.¹¹⁴ Allein aus der Tatsache, dass die Beteiligten in benachbarten Märkten tätig sind, lässt sich dies nicht schließen.¹¹⁵

b) Randsubstitution

- 72 Ein gewisser Disziplinierungseffekt im Sinne einer Beschränkung von wettbewerblichen Spielräumen kann auch von Anbietern ausgehen, die auf benachbarten sachlich oder räumlich relevanten Märkten tätig sind. Ab einem bestimmten Ausmaß einer Preiserhöhung oder Qualitätsverschlechterung werden zumindest einige Kunden erwägen, auf einen benachbarten sachlichen Markt auszuweichen, oder das

¹¹² Vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 25.10.2006, B7-97/96 – *Coherent/Excel*, Rn. 140.

¹¹³ BGH, Beschl. v. 21.12.2004, WuW/E DE-R 1419, 1424 – *Deutsche Post/trans-o-flex*, Rn. 23 ff.; BKartA, Beschl. v. 20.11.2001, B9-88/1999 und B9-100/2001 – *Deutsche Post/trans-o-flex*, S. 47.

¹¹⁴ Zur Feststellung einer potentiellen Wettbewerbsbeziehung vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 21.4.2009, B6-150/08 – *Neue Pressegesellschaft/Zeitungsverlag Schwäbisch Hall*, Rn. 46-61. Zu einem anderen Ergebnis kommt in diesem Fall OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.12.2010, VI-Kart 4/09 (V) – *NPG/ZVSH*, Rn. 98ff. (noch nicht rechtskräftig).

¹¹⁵ So konnte die Fusion zweier Zeitungsverlage freigegeben werden, obwohl die Beteiligten in benachbarten Kreisen tätig sind. Vgl. dazu BKartA, Fallbericht, B6-10/09 – *Zeitungsverlag Schwerin/Kurierverlag*, abrufbar unter <http://www.bundeskartellamt.de>.

Produkt aus größerer Entfernung, also einem benachbarten räumlichen Markt zu beziehen. Die Randsubstitution bewirkt einen Wettbewerbsdruck, dem (mangels enger Substitutionsbeziehung) zwar noch nicht in der (sachlichen und räumlichen) Marktabgrenzung, aber bei der wettbewerblichen Würdigung der Zusammenschlusswirkungen auf einem Markt Rechnung getragen wird.¹¹⁶

- 73 Da der von benachbarten Märkten ausgehende Wettbewerbsdruck schwächer ist als derjenige, den Anbieter in dem betroffenen Markt ausüben, kann Randsubstitution allein in der Regel die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nicht verhindern. Aus dem gleichen Grund wird bei einem Zusammenschluss normalerweise eine marktbeherrschende Stellung nicht alleine dadurch begründet, dass Randsubstitution entfällt.¹¹⁷ Ist der bereits erreichte Grad an Marktbeherrschung im betrachteten Markt sehr hoch, kann dieser Effekt jedoch im Einzelfall für die Annahme einer Verstärkungswirkung ausreichen.

4. Gegengewichtige Nachfragemacht

- 74 Eine Begrenzung der Marktmacht von Unternehmen kann auch von der Marktgegenseite ausgehen, wenn diese über hinreichende Nachfragemacht verfügt.¹¹⁸ Dies kann z.B. der Fall sein, wenn den Zusammenschlussbeteiligten auf Kundenseite einige wenige, große Unternehmen gegenüberstehen, die strategisch einkaufen.¹¹⁹ Gegengewichtige Marktmacht kann die aus anderen Strukturfaktoren resultierende Marktmacht allerdings nicht hinreichend begrenzen, wenn sie auf bestimmte Kunden oder auf bestimmte Parameter¹²⁰ beschränkt ist. Auch die strukturellen Probleme eines natürlichen Monopols kann gegengewichtige Marktmacht allenfalls im Ausnahmefall vollständig ausräumen.¹²¹

¹¹⁶ Diese Wechselwirkung zeigt sich etwa in der Entscheidung BKartA, Beschl. v. 20.6.2005, B7-22/05 – *Iesy/Ish*, Rn. 207 und 215 (keine Berücksichtigung des Substitutionswettbewerbs bei der Marktabgrenzung) und Rn. 240 ff. (Berücksichtigung des Substitutionswettbewerbs bei der wettbewerblichen Würdigung).

¹¹⁷ Dies ist allerdings auch nicht ausgeschlossen, vgl. BGH, Beschl. v. 2.10.1984, WuW/E DE-R 2112, 2123 – *Gruner+Jahr/Zeit*, Rn. 54ff.

¹¹⁸ Vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 14.12.2004, B9-101/04 – *Belgian New Fruit Wharf/HHLA/Stein*, Rn. 34f.

¹¹⁹ Vgl. zu strategischem Einkaufsverhalten BKartA, Beschl. v. 15.3.2005, B4-227/04 – *Smiths Group/MedVest*, S. 43ff.; BKartA, Beschl. v. 24.3.2004, B4-167/03 – *Synthes-Stratec/Mathys*, Rn. 89ff. (in beiden Fällen allerdings ergaben die Ermittlungen keine Anhaltspunkte für ein marktstrategisches Bezugsverhalten der Abnehmer); grundlegend: BGH, Beschl. v. 2.12.1980, WuW/E BGH 1749 – *Klöckner/Becorit*, Rn. 28-31.

¹²⁰ Vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 20.6.2005, B7-22/05 – *Iesy (Apollo)/Ish*, Rn. 152ff.; BKartA, Beschl. v. 21.6.2005, B7-38/05 – *Tele Columbus (BC Partners)/Ish*, Rn. 143 ff.

¹²¹ Vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 20.6.2005, B7-22/05 – *Iesy (Apollo)/Ish*, Rn. 153f.; BKartA, Beschl. v. 21.6.2005, B7-38/05 – *Tele Columbus (BC Partners)/Ish*, Rn. 144f.

75 Damit Nachfrager die negativen Folgen der Marktbeherrschung verhindern können, müssen mehrere Voraussetzungen erfüllt sein.¹²² Zum einen muss der Abnehmer für den Anbieter wirtschaftlich so bedeutend sein, dass ein möglicher Verlust dieses Abnehmers nicht kurzfristig durch die Akquirierung anderer Kunden kompensiert werden kann. Zum anderen muss der Abnehmer Bezugsalternativen haben oder aufbauen können, die nicht nur qualitativ gleichwertig sind,¹²³ sondern auch über ausreichende Kapazitäten verfügen, um seinen Bedarf zu decken.¹²⁴ Diese Bezugsalternativen müssen unter Umständen nicht sofort verfügbar sein, da auch die Drohung, eine alternative Bezugsquelle aufzubauen oder eine vertikale Integration vorzunehmen, ähnliche disziplinierende Effekte erzielen kann. Wie glaubwürdig und damit effektiv eine solche Drohung ist, wird einzelfallabhängig geprüft. Die Glaubwürdigkeit der Drohung hängt nicht zuletzt davon ab, mit welchem finanziellen Aufwand und in welcher Zeit die für den Aufbau der Bezugsalternativen erforderlichen Maßnahmen verwirklicht werden könnten.

II. Gemeinsame Marktbeherrschung

76 Das Konzept der gemeinsamen Marktbeherrschung¹²⁵ im Oligopol beschreibt eine Marktsituation mit wenigen Unternehmen, die sich am Markt in einer Weise parallel verhalten, die wesentlichen Wettbewerb zwischen ihnen nicht erkennen lässt, obwohl sie individuell durchaus über ein erhebliches Potential für Wettbewerb verfügen. Ein solches Parallelverhalten wird auch als **stillschweigende oder implizite Koordination** („tacit coordination“ bzw. „tacit collusion“) bezeichnet. Durch einen Zusammenschluss können sich für die Unternehmen im betroffenen Markt Möglichkeiten und Anreize ergeben, ihr Verhalten (zukünftig) zu koordinieren (Entstehung gemeinsamer Marktbeherrschung) oder eine bestehende Verhaltenskoordination zu erleichtern bzw. zu stabilisieren (Verstärkung gemeinsamer Marktbeherrschung).

77 Nach § 19 Abs. 2 Satz 2 GWB sind zwei oder mehr Unternehmen marktbeherrschend, soweit zwischen ihnen kein wesentlicher Wettbewerb besteht und soweit sie in ihrer Gesamtheit die Definition der (Einzel-)Marktbeherrschung des § 19

¹²² Vgl. dazu die Ausführungen in BKartA, Beschl. v. 22.12.2009, B9-84/09 – *Webasto/Edscha*, S. 62ff., insb. S. 64.

¹²³ Vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 12.4.2010, B2-117/09 – *Heiner Kamps/Nadler Feinkost*, S. 43ff., wo sich die gegengewichtige Nachfragemacht des Handels gegenüber den Herstellern von Feinkostsalaten insbesondere im Angebot von Handelsmarken (auch in höherpreisigen Produktsegmenten), zeigte.

¹²⁴ Unter diesen Umständen kann auch ein Abschmelzen des gemeinsamen Marktanteils nach dem Zusammenschluss erwartet werden.

¹²⁵ Synonym verwendet werden auch die Begriffe kollektive und oligopolistische Marktbeherrschung.

Abs. 2 Satz 1 GWB erfüllen.¹²⁶ Demnach liegt gemeinsame Marktbeherrschung vor, wenn es zum einen an wesentlichem Wettbewerb im Innenverhältnis der Oligopolisten (**Binnenwettbewerb**) und zum anderen an wesentlichem Wettbewerb durch Außenseiter (**Außenwettbewerb**) fehlt.

78 Im Folgenden wird zunächst näher erläutert, was unter einem impliziten Parallelverhalten zu verstehen ist, und welche Marktstrukturfaktoren aufgrund ihrer Wirkung auf die Verhaltensanreize der Marktakteure genauer zu analysieren sind (1.). Im Einklang mit den Vorgaben des Gesetzes werden der Untersuchung der Marktstrukturkriterien zwei zentrale Fragen zugeordnet: Es wird zum einen geprüft, ob zwischen den Mitgliedern des Oligopols (Binnen)Wettbewerb besteht (2.). Die Marktstrukturbedingungen werden also daraufhin untersucht, ob eine Koordinierung im Innenverhältnis der Oligopolmitglieder erreichbar und hinreichend stabil ist und daher kein wesentlicher Wettbewerb zwischen den Oligopolisten zu erwarten ist. Eine stabile Koordinierung setzt zum anderen voraus, dass die Verhaltensspielräume des Oligopols durch Außenseiter nicht wirksam begrenzt werden, d.h. ausreichender Außenwettbewerb fehlt (3.). Liegen Strukturmerkmale vor, die in ihrer Gesamtbetrachtung keinen wesentlichen Wettbewerb erwarten lassen, wird zudem das tatsächliche Wettbewerbsverhalten daraufhin geprüft, ob nennenswerter Wettbewerb zwischen den Oligopolmitgliedern stattfindet (4.). Im Rahmen der erforderlichen Gesamtbetrachtung wird schließlich im Ergebnis festgestellt, ob es durch den Zusammenschluss zur Entstehung oder Verstärkung einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung kommt (5.).

1. Kollusives Parallelverhalten (tacit collusion)

79 Ein der gemeinsamen Marktbeherrschung entsprechendes Parallelverhalten ist nur dann zu erwarten, wenn die Koordinierung aus sich selbst heraus **hinreichend stabil** ist. Das ist der Fall, wenn die Unternehmen keinen Anreiz haben, vom Koordinierungsergebnis einseitig abzuweichen. Zwar hat kurzfristig jedes Unternehmen den individuellen Anreiz, von der Koordinierung abzuweichen, da es dadurch gegebenenfalls einmalig einen entsprechend höheren Gewinn erzielen könnte. Langfristig schlechter stellt sich ein abweichendes Unternehmen allerdings dann, wenn das abweichende Verhalten bemerkt wird und die Wettbewerber den Vorstoß durch eine (ggf. auch nur temporäre) Rückkehr zu wettbewerblichem – nicht-koordiniertem – Verhalten sanktionieren. Dem einmalig höheren Gewinn stünden zukünftig über mehrere Perioden deutlich niedrigere Gewinne gegenüber.

¹²⁶ Dabei bestimmt Satz 1 die marktbeherrschende Stellung als eine Position ohne Wettbewerber oder ohne wesentlichen Wettbewerb (Nr. 1) oder als eine im Verhältnis zu den Wettbewerbern überragende Marktstellung (Nr. 2).

- 80 Stabile Koordinierung setzt somit voraus, dass sich die Unternehmen **wiederholt im Markt begegnen** und potentiell miteinander im Wettbewerb stehen. Findet die Interaktion dagegen nur sporadisch oder mit großem zeitlichem Abstand statt, kann eine Reaktion der Oligopolmitglieder erst mit erheblicher Verzögerung erfolgen und damit ihre abschreckende Wirkung verlieren.
- 81 Wie explizite Absprachen kann auch die implizite Koordinierung unterschiedliche **Wettbewerbsparameter** betreffen: Unternehmen können etwa einvernehmlich ihre Preise erhöhen, ihre Absatzmengen reduzieren oder einen Markt nach Gebieten, Produktmerkmalen oder Kundengruppen aufteilen. Bei differenzierten Produkten, bei denen der Preis von verschiedenen Faktoren abhängt, kann statt des Preises selbst auch der Mechanismus zur Preisbildung, die Preisstrategie oder die Form der Differenzierung koordiniert werden.
- 82 Maßgeblich für die Feststellung des Risikos und der Stabilität eines implizit kollusiven Parallelverhaltens ist – wie bei der Einzelmarktbeherrschung auch – eine **Gesamtbetrachtung** aller relevanten Umstände im konkreten Einzelfall.¹²⁷ Im Rahmen der Fusionskontrolle kommt dabei den Marktstrukturfaktoren eine besondere Bedeutung zu.¹²⁸ Denn eine (stillschweigende) Koordinierung zwischen Oligopolisten ist nicht in jedem Marktumfeld gleich wahrscheinlich. Bestimmte markt- und unternehmensbezogene Strukturfaktoren begünstigen oder erschweren ein Parallelverhalten. Dabei können die verschiedenen Strukturfaktoren in Abhängigkeit von den konkreten Marktbedingungen eine unterschiedliche Bedeutung haben. Maßgeblich ist daher stets eine wertende Gesamtbetrachtung, in der die einzelnen Strukturfaktoren hinsichtlich ihrer Bedeutung für den konkreten Markt gewichtet und darauf untersucht werden, ob und inwiefern sie tatsächlich geeignet sind, ein einheitliches Vorgehen der beteiligten Unternehmen zu begünstigen.¹²⁹
- 83 Marktanteile bieten als wichtiges Strukturmerkmal auch bei der Analyse der gemeinsamen Marktbeherrschung einen guten Ausgangspunkt für die Beurteilung der Marktverhältnisse. Je höher der gemeinsame Marktanteil ist, desto geringer ist die Wahrscheinlichkeit, dass die Verhaltensspielräume der Oligopolisten durch

¹²⁷ Vgl. BGHZ 49, 367, 377 – *Fensterglas II*; BGH, Beschl. v. 22.6.1981, WuW/E BGH 1824, 1827f. – *Tonolli Blei- und Silberhütte Braubach*; sowie BGH, Beschl. v. 11.11.2008, WuW/E DE-R 2451, 2457 – *E.ON/Stadtwerke Eschwege*, Rn. 39.

¹²⁸ Vgl. dazu BGH, Beschl. v. 2.12.1980, WuW/E BGH 1749, 1753 – *Klöckner/Becorit*; BGH, Beschl. v. 4.10.1983, BGHZ 88, 284, 289f. – *Gemeinschaftsunternehmen für Mineralölprodukte*; sowie BGH, Beschl. v. 11.11.2008, WuW/E DE-R 2451, 2457 – *E.ON/Stadtwerke Eschwege*, Rn. 39.

¹²⁹ Vgl. BGH, Beschl. v. 8.6.2010, WuW/E DE-R 3067 – *Springer/ProSieben II*, Rn. 21. Vgl. zum Hinweis, dass nicht einzelne Kriterien, sondern der wirtschaftliche Gesamtmechanismus zu prüfen seien auch EuGH, Urt. v. 10.7.2008, C-413/06 P – *Impala/Kommission*, Rn. 125.

Wettbewerber außerhalb der engeren Oligopolgruppe eingeschränkt werden. Wie bei der Einzelmarktbeherrschung sieht das Gesetz daher auch für die kollektive Marktbeherrschung eine **widerlegbare Vermutung** vor, die an eine Marktanteilschwelle anknüpft (§ 19 Abs. 3 Satz 2 GWB). Danach gilt eine Gesamtheit von Unternehmen als marktbeherrschend, wenn sie drei oder weniger Unternehmen umfasst, die gemeinsam einen Marktanteil von 50 % erreichen, oder wenn sie fünf oder weniger Unternehmen umfasst, die gemeinsam einen Marktanteil von zwei Dritteln erreichen. Bei der Überprüfung werden die Unternehmen grundsätzlich in der Reihenfolge ihrer Marktanteile berücksichtigt.¹³⁰

84 Die Vermutungsschwellen kommen in der Verwaltungspraxis des Bundeskartellamtes erst dann zur Anwendung, wenn sich – trotz Durchführung der erforderlichen Ermittlungen – weder nachweisen lässt, dass Marktbeherrschung vorliegt, noch dass dies nicht der Fall ist (non-liquet). Bei der Oligopol-Marktbeherrschungsvermutung ist zwar nach Ansicht des OLG Düsseldorf der Amtsermittlungsgrundsatz insofern eingeschränkt, als es sich um eine echte Beweislastumkehr handelt, so dass neben der materiellen Beweislast auch die Beweisführungslast bei den Unternehmen liegt. Die Zusammenschlussbeteiligten haben daher alle zur Widerlegung geeigneten Tatsachen vorzutragen, soweit sie ihnen zugänglich sind. Wegen der beschränkten Ermittlungsmöglichkeiten der Zusammenschlussbeteiligten greift der Amtsermittlungsgrundsatz aber bei erheblichen Umständen, von denen die Unternehmen keine genaue Kenntnis haben können, wieder ein. Das Bundeskartellamt muss weitere Ermittlungen anstellen, wenn sich diese aufgrund seiner besonderen Kenntnisse vom Sachverhalt aufdrängen.¹³¹

85 Neben der Höhe der Marktanteile beeinflusst eine Reihe weiterer Marktstrukturfaktoren die Stabilität der Koordinierung innerhalb eines Oligopols. Als günstige Voraussetzungen, um eine Koordinierung zu etablieren, erweisen sich insbesondere folgende **Marktstrukturfaktoren**: eine geringe Anzahl von Wettbewerbern, relativ hohe Marktzutrittschranken, eine regelmäßige Interaktion auf dem Markt, eine hinreichende Markttransparenz, eine gewisse Homogenität der Produkte, eine geringe Nachfragemacht, eine gewisse Symmetrie der Oligopolmitglieder und bestehende Verflechtungen zwischen ihnen sowie die Stabilität der Marktbedingungen. Die einzelnen Marktstrukturfaktoren werden entsprechend ihrer Bedeutung auf dem kon-

¹³⁰ Die Vermutungsregelung kann aber auch zur Anwendung kommen, wenn es ausreichende Hinweise darauf gibt, dass es einen davon abweichenden Teilnehmerkreis am Oligopol gibt, z.B. wenn die beiden größten Unternehmen an einem deutlich kleineren Unternehmen maßgeblich beteiligt sind.

¹³¹ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 7.5.2008, VI-Kart 13/07 (V) – *Cargotec*, S. 21f. Die Frage der Beweislast ist noch nicht höchstrichterlich geklärt.

kreten Markt gewichtet.¹³² Abhängig von den jeweiligen Marktverhältnissen können einzelne Faktoren auf einem Markt kaum relevant sein, während sie auf einem anderen Markt ausschlaggebend für das Ergebnis der Gesamtwürdigung sind.

2. Bedingungen stabiler Koordinierung im Binnenwettbewerb

86 Bei der Prognose, ob die Wettbewerbsbedingungen wesentlichen Binnenwettbewerb erwarten lassen, ist insbesondere von Bedeutung, ob aufgrund der Marktstruktur mit einem dauerhaft einheitlichen Verhalten der Oligopolmitglieder zu rechnen ist.¹³³ Eine stabile Koordinierung im Innenverhältnis der Oligopolisten ist insbesondere dann wahrscheinlich, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

- eine Verhaltenskoordinierung stillschweigend hinreichend leicht erzielt werden kann (zur **Koordinationserzielung** unter a),
- ein Abweichen eines Oligopolisten von der Verhaltenskoordinierung ohne zu großen Aufwand durch die anderen Oligopolmitglieder entdeckt werden kann (zur **Markttransparenz** unter b), und
- glaubhafte Sanktionsmittel verfügbar sind, um ein Abweichen von der Verhaltenskoordinierung zu sanktionieren (zum **Sanktionsmechanismus** unter c).

87 Diese Voraussetzungen können unterschiedlich ausgeprägt sein und hängen von den jeweiligen Marktverhältnissen ab. Maßgeblich für die Feststellung kollektiver Marktbeherrschung ist dagegen, ob ein ausreichender Anreiz für die beteiligten Unternehmen besteht, auf wettbewerbliche Vorstöße zu verzichten. Dies lässt sich nur im Rahmen einer Gesamtbetrachtung anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles feststellen.¹³⁴ Im Folgenden werden die genannten Voraussetzungen einzeln dargestellt und erläutert, welche Marktstrukturfaktoren bei der Analyse typischerweise von Bedeutung sind.

¹³² Vgl. BGH, Beschl. v. 8.6.2010, WuW/E DE-R 3067, 3070 – *Springer/ProSieben II*, Rn. 21, mit Verweis auf EuGH, Urt. v. 10.7.2008, WuW/E EU-R 1498 – *Bertelsmann/Impala*, Rn. 125f.

¹³³ Vgl. BGH, Beschl. v. 8.6.2010, WuW/E DE-R 3067, 3070 – *Springer/ProSieben II*, Rn. 20, mit Verweis u.a. auf EuGH, Urt. v. 10.7.2008, WuW/E EU-R 1498 – *Bertelsmann/Impala*, Rn. 121f.

¹³⁴ Vgl. BGH, Beschl. v. 11.11.2008, WuW/E DE-R 2451 – *E.ON/Stadtwerke Eschwege*, Rn. 39; BGH, Beschl. v. 20.4.2010, WuW/E DE-R 2905 – *Phonak/GN Store*, Rn. 55; BGH, Beschl. v. 8.6.2010, WuW/E DE-R 3067 – *Springer/ProSieben II*, Rn. 20f.

a) Koordinationserzielung

- 88 Koordiniertes Verhalten ist umso wahrscheinlicher, je weniger Beteiligte notwendig sind, um eine nachhaltige Koordinierung aufrechtzuerhalten. Eine **geringe Anzahl von Wettbewerbern** erleichtert sowohl das Erzielen einer Übereinstimmung als auch deren Überwachung, gerade weil die Koordinierung im Regelfall nicht explizit verhandelt wird, sondern implizit erreicht werden muss. Dieser Zusammenhang spiegelt sich auch in der gesetzlichen Vermutungsregelung des § 19 Abs. 3 Satz 2 GWB wider, die an die Zahl der Oligopolmitglieder und den gemeinsamen Marktanteil anknüpft.
- 89 Auf Märkten mit **homogenen Produkten** ist eine Verhaltenskoordinierung leichter zu erzielen, weil nur wenige Wettbewerbsparameter zu koordinieren sind.¹³⁵ Sind die Produkte in einem Markt dagegen vertikal oder horizontal differenziert,¹³⁶ kann dies unter Umständen eine Koordinierung erschweren. Auch in diesen Situationen sind aber grundsätzlich Koordinierungsmechanismen möglich. Verfügen die Oligopolisten beispielsweise jeweils über ein vertikal differenziertes Produktportfolio, wird die Verhaltensabstimmung ähnlich wie bei homogenen Produkten wieder wahrscheinlicher. Gleiches gilt, wenn der Qualitätswettbewerb zwischen den Anbietern durch detaillierte Vorgaben des Nachfragers im Rahmen von Ausschreibungen weitgehend ausgeschaltet wird.¹³⁷ Eine horizontale Produktdifferenzierung kann unter Umständen auch stabilisierend auf ein nicht-wettbewerbliches Parallelverhalten wirken. Beispielsweise ist der Anreiz zu einer Preissenkung geringer, wenn wegen starker Kundenpräferenzen nur wenige neue Kunden gewonnen werden könnten.
- 90 Darüber hinaus erleichtert eine weitgehende **Symmetrie der Oligopolmitglieder** aufgrund ähnlicher Interessen und Anreize eine Verständigung auf die Koordinierungsmodalitäten. Die Symmetrie kann sich auf verschiedene Faktoren beziehen, die im Einzelfall von unterschiedlicher Bedeutung sein können.¹³⁸ Zu betrachten sind in diesem Zusammenhang nicht nur die Marktanteile, sondern auch alle anderen

¹³⁵ Vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 17.2.2009, B2-46/08 – *Nordzucker/Danisco*, Rn. 225, 267ff.; BKartA, Beschl. v. 29.4.2009, B8-175/08 – *Total/OMV*, Rn. 38, 55f.

¹³⁶ Von vertikaler Produktdifferenzierung spricht man, wenn unter den Nachfragern Einigkeit darüber besteht, welches Produkt (qualitativ) besser ist. Bei gleichem Preis würden sich z.B. (nahezu) alle Nachfrager für einen schnelleren anstelle eines langsameren Computers entscheiden.

¹³⁷ Vgl. dazu BKartA, Beschl. v. 21.5.2010, B9-13/10 – *Magna/Karmann*, S. 72f.; sowie BKartA, Beschl. v. 22.12.2009, B9-84/09 – *Webasto/Edscha*, S. 55.

¹³⁸ Vgl. zu Aspekten der Symmetrie BKartA, Beschl. v. 11.4.2007, B3-578/06 – *Phonak/GN ReSound*, Rn. 135ff.; BKartA, Beschl. v. 17.2.2009, B2-46/08 – *Nordzucker/Danisco*, Rn. 225, 286ff.; BKartA, Beschl. v. 16.11.2004, B10-74/04 – *Rethmann/Tönsmeier/GfA Köthen*, Rn. 81ff.

Faktoren, die für die Marktposition und die wettbewerblichen Interessenlagen und Anreize der Anbieter relevant sind. Dazu zählen insbesondere das angebotene Produktportfolio, die verwendete Technologie, die Kostenstruktur, die verfügbaren Kapazitäten und finanziellen Ressourcen sowie der Grad vertikaler Integration.¹³⁹

91 Des Weiteren können auch **Verflechtungen zwischen den Oligopolmitgliedern** ein Parallelverhalten begünstigen. Dazu zählen sowohl strukturelle Verbindungen in Form von gegenseitigen Beteiligungen oder einer gemeinsamen Beteiligung an einem dritten Unternehmen wie auch strategische Allianzen oder sonstige vertragliche Kooperationen.¹⁴⁰ Diese Verbindungen müssen weder die Schwelle verbundener Unternehmen nach § 36 Abs. 2 GWB erreichen, noch müssen sie gesellschaftsrechtlich begründet sein. Beispielsweise vereinfachen Verflechtungen häufig den Informationsaustausch zwischen den Beteiligten über den Einsatz und die Zielrichtung ihrer unternehmerischen Aktionsparameter. Wechselseitige Beteiligungen bilden gegenseitiges Vertrauen und können die Interessenlage und damit die Anreize der Unternehmen für ein Parallelverhalten beeinflussen, wenn den möglichen Gewinnen des eigenen Unternehmens (aus aggressivem Wettbewerbsverhalten) über die Beteiligung an einem Wettbewerber auch anteilige Verluste gegenüberstehen. Auch die Gewährung von Lizenzen, mit denen sich Wettbewerber gegenseitig Einblick in ihre Technologie verschaffen, kann eine Verhaltenskoordinierung erleichtern.¹⁴¹

92 **Stabile Marktbedingungen** machen Märkte anfälliger für ein Parallelverhalten. Ausschlaggebend hierfür ist, dass die Marktteilnehmer die Marktentwicklungen besser vorhersehen und zudem mögliche Abweichungsversuche leichter als solche identifizieren und ahnden können.¹⁴² Aus diesem Grund ist auch die Marktphase von Relevanz. In frühen Marktphasen ist eine Verhaltenskoordinierung wenig wahrscheinlich, da das Marktvolumen dynamisch wächst und die Chance, durch wettbewerbliche Vorstöße dauerhaft hohe Gewinne zu erzielen, größer ist. Sowohl Produkt- als auch Prozessinnovationen können dem Innovator einen individuellen Vorteil verschaffen und gleichzeitig eine Gegenreaktion der Konkurrenten erschweren. Diesen wettbewerblichen Vorteil würde ein innovatives Unternehmen bei einer

¹³⁹ Vgl. zur Symmetrie der Oligopolmitglieder z.B. BKartA, Beschl. v. 12.3.2007, B8-62/06 – *RWE/Saar Ferngas*, S. 38f.

¹⁴⁰ Vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 7.3.2008, B8-134/07 – *Shell/HPV*, Rn. 34, 44ff.; sowie BKartA, Beschl. v. 29.4.2009, B8-175/08 – *Total/OMV*, Rn. 62ff.; oder auch BKartA, Beschl. v. 16.11.2004, B10-74/04 – *Rethmann/Tönsmeier/GfA Köthen*, Rn. 108ff.

¹⁴¹ Zu gegenseitigen Lizenzen als Faktor, der oligopolistisches Parallelverhalten begünstigt vgl. BKartA, Beschl. v. 11.4.2007, B3-578/06 – *Phonak/GN ReSound*, Rn. 180ff.

¹⁴² Vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 17.2.2009, B2-46/08 – *Nordzucker/Danisco*, Rn. 257ff.

Verhaltenskoordinierung aufgeben.¹⁴³ Allerdings ist auch auf einem innovativen Markt eine Verhaltenskoordinierung insbesondere dann nicht ausgeschlossen, wenn sie gerade die Innovationsstrategien zum Gegenstand hat.

93 Zudem beruht die Bedeutung der Marktphase darauf, dass eine Verhaltenskoordinierung nicht nur die gegenwärtigen Marktverhältnisse, sondern auch die zukünftige **Marktentwicklung** berücksichtigen muss. Diese ist in der Experimentier- und Expansionsphase schwieriger einzuschätzen als in der Ausreifungs-, Stagnations- oder Rückbildungsphase eines Marktes.¹⁴⁴ Märkte mit ausgereiften Produkten, in denen weder nachhaltige Produkt- noch Prozessinnovationen (mehr) stattfinden, sind aus dem gleichen Grund grundsätzlich anfälliger für Koordinierungen als dynamische, innovationsgetriebene Märkte.¹⁴⁵

94 Ferner stellen auch die **Nachfragebedingungen** einen wichtigen Faktor der Marktstabilität dar. Erleichtert wird eine stillschweigende Verhaltensabstimmung, wenn die Nachfrage stabil ist und keinen größeren (z.B. konjunkturbedingten) Schwankungen unterliegt.¹⁴⁶ Sind Nachfrageentwicklungen dagegen kaum vorhersehbar, lässt sich das Verhalten nur schwer abstimmen, da die relevanten Wettbewerbsparameter häufiger angepasst werden müssen als bei einer konstanten oder sich stetig entwickelnden – steigenden oder fallenden – Nachfrage. Eine geringe Preiselastizität der Nachfrage¹⁴⁷ erhöht tendenziell den Anreiz, eine Koordinierung einzugehen: Je unelastischer die Nachfrage, desto größer ist der mögliche Gewinn aus einer Koordinierung, da Preiserhöhungen nur einen geringen Rückgang der nachgefragten Menge nach sich ziehen. Allerdings ist die Wirkung der Preiselastizität auf die Stabilität der Koordinierung ambivalent: Bei elastischer Nachfrage hat eine gegebene Preissenkung einen hohen Nachfrageanstieg zur Folge; dies gilt allerdings sowohl für einen Wettbewerbsvorstoß als auch für eine Sanktionierung, so dass sowohl der Anreiz zum Abweichen als auch die Wirksamkeit der Sanktion positiv beeinflusst wird.

95 Das Auftreten von **Nachfragemacht**, bedingt durch wenige große Nachfrager oder ein Bündeln der Nachfrage mehrerer kleiner Kunden, kann die Möglichkeit eines

¹⁴³ Vgl. vgl. auch BKartA, Beschl. v. 16.12.2009, B3-91/09 – *Celanese (Ticona)/FACT*, Rn. 85ff.

¹⁴⁴ Vgl. dazu z.B. BKartA, Beschl. v. 13.8.2007, B7-61/07 – *O2/T-Mobile/Vodafone*, Rn. 59ff.

¹⁴⁵ Vgl. für einen ausgereiften Markt z.B. BKartA, Beschl. v. 16.11.2004, B10-74/04 – *Rethmann/Tönsmeier/GfA Köthen*, Rn. 78ff.

¹⁴⁶ Sind Schwankungen allerdings saisonal bedingt und damit vorhersehbar, wird die Marktstabilität häufig nicht wesentlich beeinträchtigt. Vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 27.12.2010, B2-71/10 – *Van Drie/Alpuro*, Rn. 156.

¹⁴⁷ Eine geringe Preiselastizität kann insbesondere daraus resultieren, dass es keine Alternativen gibt, auf die Nachfrager bei Preiserhöhungen ausweichen können oder wollen. Vgl. dazu z.B. BKartA, Beschl. v. 17.2.2009, B2-46/08 – *Nordzucker/Danisco*, Rn. 266.

stillschweigenden Parallelverhaltens erschweren. Die Anbieter haben einen geringeren Preissetzungsspielraum, da die Nachfrager ihre Verhandlungsmacht ausspielen könnten, um die für sie vorteilhaftesten Konditionen zu erlangen.¹⁴⁸ Marktstarken Nachfragern könnte es aufgrund ihrer Bedeutung als Abnehmer auch gelingen, einzelne Oligopolteilnehmer zu abweichendem Verhalten zu bewegen.¹⁴⁹ Werden zudem größere Aufträge vergeben und erfolgt die Vergabe in zeitlich längeren Abständen, wird die Koordinierung insgesamt instabiler, da für alle Unternehmen der Anreiz zum Abweichen vom Koordinierungsergebnis steigt. Darüber hinaus können marktmächtige Nachfrager damit drohen, sich selbst vertikal zu integrieren oder einen anderen Anbieter als Konkurrenten aufzubauen.¹⁵⁰ Eine zersplitterte Nachfrageseite und ein geringes Interesse an einer wettbewerblichen Auftragsvergabe können eine Koordinierung dagegen begünstigen.¹⁵¹

b) Markttransparenz

- 96 Eine weitere Voraussetzung für eine stabile Verhaltenskoordinierung ist, dass ein Abweichen von der Koordinierung durch ein Oligopolmitglied von den anderen ohne größeren Aufwand entdeckt werden kann. Dazu ist eine ausreichende Markttransparenz erforderlich.¹⁵² Während einige Märkte aufgrund ihrer Strukturmerkmale bereits eine relativ hohe Markttransparenz aufweisen, kann diese von den Unternehmen selbst auch gezielt beeinflusst und gesteigert werden. Um ein oligopolistisches Parallelverhalten zu begünstigen, reicht ein Niveau der Markttransparenz, das den Oligopolisten erlaubt, eventuelle Wettbewerbsvorstöße anderer Wettbewerber zu erkennen.¹⁵³ Eine vollständige Transparenz der koordinierten Wettbewerbsparameter ist hingegen nicht erforderlich; die Transparenz ist dann ausreichend, wenn sie

¹⁴⁸ Vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 16.12.2009, B3-91/09 – *Celanese (Ticona)/FACT*, Rn. 105ff.

¹⁴⁹ Dies setzt ausreichende Ausweichalternativen der Nachfrager voraus, so dass zumindest erhebliche Teile der Nachfrage ohne Weiteres verlagert werden können und die Nachfrage nicht auf mehrere Oligopolisten verteilt werden muss. Vgl. dazu BGH, Beschl. v. 8.6.2010, WuW/E DE-R 3067 – *Springer/ProSieben II*, Rn. 31; BKartA, Beschl. v. 17.3.2011, B6-94/10 – *ProSiebenSat.1 Media/RTL interactive*, Rn.124f.

¹⁵⁰ Eine vertikale Integration stellt dann keine wirksame Drohung dar, wenn die Eigenerstellung z.B. nicht wirtschaftlich oder mangels Know-how nicht möglich ist. Vgl. dazu z.B. BKartA, Beschl. v. 21.5.2010, B9-13/10 – *Magna/Karmann*, S. 86ff.; sowie BKartA, Beschl. v. 22.12.2009, B9-84/09 – *Webasto/Edscha*, S. 62ff.

¹⁵¹ Vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 16.11.2004, B10-74/04 – *Rethmann/Tönsmeier/GfA Köthen*, Rn. 131f.

¹⁵² Zur Transparenz im Binnenwettbewerbs vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 7.3.2008, B8-134/07 – *Shell/HPV*, Rn. 40f.; oder auch BKartA, Beschl. v. 17.2.2009, B2-46/08 – *Nordzucker/Danisco*, Rn. 270ff.; BKartA, Beschl. v. 11.4.2007, B3-578/06 – *Phonak/GN ReSound*, Rn. 186ff.

¹⁵³ Vgl. zum erforderlichen Grad von Markttransparenz EuG, Entsch. v. 13.7.2006, Rs. T-464/04 – *Impala/Kommission*, Rn. 440.

ein ernsthaftes Risiko begründet, dass ein abweichendes Verhalten aufgedeckt wird.

- 97 Auf die Markttransparenz wirken insbesondere folgende Marktstrukturfaktoren begünstigend: Eine geringe **Anzahl von Wettbewerbern** geht mit einer höheren Markttransparenz einher, da der Aufwand sinkt, das Verhalten der anderen Oligopolmitglieder zu kontrollieren. Auf Märkten mit **homogenen Produkten** ist die Markttransparenz z.B. regelmäßig größer, da es umso einfacher ist, ein Abweichen von dem koordinierten Verhalten zu entdecken, je weniger Wettbewerbsparameter beobachtet werden müssen.¹⁵⁴ Schwieriger kann es dagegen sein, ein Abweichen bei Produkten zu erkennen, die individuell für einen Kunden gefertigt werden.¹⁵⁵
- 98 Gefördert werden kann die Transparenz zudem durch regulative Vorgaben.¹⁵⁶ Eine hohe **Stabilität der Marktbedingungen** erhöht die Markttransparenz, da Veränderungen schneller erkannt und besser interpretiert werden können. Ist ein Markt dagegen z.B. durch erhebliche Nachfrageschwankungen gekennzeichnet, beeinträchtigt dies die Möglichkeit der Anbieter, Verhaltensänderungen anderer Anbieter zu erkennen bzw. richtig einzuordnen.¹⁵⁷ Die Marktteilnehmer könnten beispielsweise aus Absatzveränderungen fälschlicherweise auf ein Abweichen anderer Unternehmen vom koordinierten Verhalten schließen, obwohl diese konjunkturell bedingt sind.
- 99 Der Grad der Markttransparenz wird auch von der **Art der Transaktionsabwicklung** beeinflusst. Erfolgt der Absatz der Produkte in bilateralen Verhandlungen zwischen Käufer und Verkäufer, ist der Markt weniger transparent, als wenn Geschäfte z.B. über Börsen oder durch Ausschreibungen öffentlich abgeschlossen werden.¹⁵⁸ In bilateralen Verhandlungen können z.B. versteckte Rabatte vereinbart werden, die für andere Marktteilnehmer nicht ohne Weiteres ersichtlich sind. Informationen über bilaterale Verhandlungen können aber in einem gewissen Umfang auch über die

¹⁵⁴ Vgl. zur Produkthomogenität sowie einer damit verbundenen Preis- und Kostentransparenz z.B. BKartA, Beschl. v. 12.3.2007, B8-62/06 – *RWE/Saar Ferngas*, S. 40; oder auch BKartA, Beschl. v. 29.9.2006, B1-169/05 – *FIMAG /Züblin*, Rn. 60ff.

¹⁵⁵ Vgl. dazu z.B. BKartA, Beschl. v. 5.12.2007, B3-169/07 – *Renolit/Benecke/Kaliko*, Rn. 58.

¹⁵⁶ Hierzu können insbesondere Agrarmärkte als Beispiel angeführt werden; vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 17.2.2009, B2-46/08 – *Nordzucker/Danisco*, Rn. 103ff., 274ff.

¹⁵⁷ Dies gilt z.B. bei Naturprodukten, die von Ernteergebnissen abhängen und somit starken Schwankungen unterworfen sind, vgl. dazu z.B. BKartA, Beschl. v. 19.7.2006, B2-41/06 – *BayWa/NSP*, Rn. 40.

¹⁵⁸ Vgl. zur Transparenz durch Ausschreibungen z.B. BKartA, Beschl. v. 16.11.2004, B10-74/04 – *Rethmann/Tönsmeier/GfA Köthen*, Rn. 75; oder BKartA, Beschl. v. 21.5.2010, B9-13/10 – *Magna/Karmann*, S. 66ff.; sowie BKartA, Beschl. v. 22.12.2009, B9-84/09 – *Webasto/Edscha*, S. 55, 65ff.

Verhandlungspartner auf der Marktgegenseite bekannt werden.¹⁵⁹ Im Fall eines Duopols kann auch aus der Reaktion der Nachfrager auf die eigenen Angebote auf das Verhalten des einzigen anderen Anbieters geschlossen werden.

- 100 Die Möglichkeit, ein Abweichen zu entdecken, kann z.B. durch **strukturelle Verbindungen** zwischen den Oligopolisten beeinflusst werden, weil diese einen Austausch von Informationen begünstigen können. In ähnlicher Weise können die Tätigkeit von Interessenverbänden und Preismeldestellen,¹⁶⁰ die gezielte Veröffentlichung von Preislisten oder Marktstatistiken bzw. die öffentliche Ankündigung des zukünftigen Verhaltens sowie die Vereinbarung von Meistbegünstigungsklauseln als **Transparenzmechanismen** wirken. Dabei ist die Markttransparenz umso höher, je detaillierter und schneller die Informationen zur Verfügung gestellt werden.

c) Glaubhafter Sanktionsmechanismus

- 101 Damit eine Verhaltenskoordinierung stabil ist, muss ein Abweichen eines Oligopolmitglieds von dem koordinierten Verhalten nicht nur entdeckt, sondern zusätzlich auch sanktioniert werden können.¹⁶¹ Als **Sanktionierung** ist dabei bereits zu verstehen, dass sich die anderen Oligopolisten nicht mehr an die Koordinierung halten und (zumindest zeitweise) zu einem normalen Wettbewerbsverhalten zurückkehren.¹⁶² Je schneller und gezielter diese Reaktion möglich ist, umso geringer ist der Vorteil bzw. Gewinn, den das abweichende Unternehmen aus seinem Vorstoß erzielt. Wird dies von den Oligopolisten vorhergesehen, besteht kein Anreiz, einen solchen Vorstoß zu unternehmen.¹⁶³
- 102 Um eine **abschreckende Wirkung** zu entfalten, muss die Sanktionierung glaubhaft sein und hinreichend zeitnah zum Abweichen von dem koordinierten Verhalten erfolgen können. Besonders wirksam ist die Abschreckung dann, wenn zukünftige Erträge, die einem Abweichler als Folge einer Sanktionierung entgingen, für diesen

¹⁵⁹ Vgl. OLG, Beschl. v. 3.12.2008, WuW/E DE-R 2593 – *Springer/ProSieben*, Rn. 88; BKartA, Beschl. v. 17.3.2011, B6-94/10 – *ProSiebenSat.1 Media/RTL interactive*, Rn. 82.

¹⁶⁰ Vgl. dazu z.B. BKartA, Beschl. v. 11.4.2007, B3-578/06 – *Phonak/GN ReSound*, Rn. 196ff.

¹⁶¹ Eine Sanktion ist allerdings längst nicht in allen Fällen möglich, vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 13.11.2009, B3-88/09 – *Sonic Healthcare/Labor Lademannbogen*, Rn. 116.

¹⁶² Im Einzelfall können den Oligopolisten auch darüber hinausgehende Sanktionsmöglichkeiten zur Verfügung stehen, z.B. der Entzug von Aufträgen, wenn zwischen den Unternehmen auch Auftraggeber-Auftragnehmer-Beziehungen bestehen. Vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 16.11.2004, B10-74/04 – *Rethmann/Tönsmeier/GfA Köthen*, Rn. 95.

¹⁶³ Vgl. dazu z.B. BKartA, Beschl. v. 21.5.2010, B9-13/10 – *Magna/Karmann*, S. 115f.

eine hohe Bedeutung haben.¹⁶⁴ Für den Nachweis wirksamer Sanktionsmechanismen müssen Sanktionen im Markt nicht tatsächlich schon einmal durchgeführt worden sein. Es reicht aus, wenn Sanktionsmöglichkeiten vorhanden sind und es wahrscheinlich erscheint, dass sie angewendet würden.

103 Die Sanktionierungsmöglichkeiten und das damit verbundene Drohpotential werden insbesondere beeinflusst von der Häufigkeit, in der die beteiligten Unternehmen aufeinandertreffen, den zeitlichen Abständen, in denen dies geschieht, sowie gegebenenfalls von etwaigen „multi-market contacts“, der Kapazitätsauslastung der Oligopolmitglieder und hinreichend stabilen Marktbedingungen. Daneben können die Homogenität der Produkte sowie Symmetrie und Verflechtungen der Unternehmen die Sanktionierung erleichtern.¹⁶⁵

104 Wenn Transaktionen in engen zeitlichen Abständen abgeschlossen werden und die einzelnen Transaktionen ein typisches und im Verhältnis zum gesamten Markt geringes Auftragsvolumen haben, können die Oligopolisten ein Abweichen zeitnah erkennen und darauf reagieren.¹⁶⁶ Bei **unregelmäßigen Großaufträgen** (sog. „lumpy orders“) und damit langen Zeiträumen zwischen den Transaktionen kann die „Bestrafung“ hingegen erst später erfolgen und ist kostspieliger, womit der Sanktionsmechanismus an Wirkung verliert. Begegnen sich die Oligopolisten auf mehreren Märkten (**multi-market contacts**), erweitert dies das Sanktionspotential. Auf ein Abweichen von der Koordinierung kann dann nicht nur auf dem betroffenen Markt, sondern auch auf anderen Märkten, reagiert werden.

105 Unternehmen können abweichendes Verhalten ferner umso wirksamer sanktionieren, je mehr **freie Kapazitäten** ihnen zur Verfügung stehen. Überkapazitäten können somit die Glaubhaftigkeit einer Sanktionsdrohung und damit die Abschreckungswirkung erhöhen.¹⁶⁷ Die Sanktionierung ist hingegen umso schwieriger, je schneller sich die **Marktbedingungen** ändern, weil eine auf frühere Marktbe-

¹⁶⁴ Ob der erwartete Verlust insgesamt höher ist, als der durch das Abweichen erzielbare Zusatzgewinn, hängt u.a. vom den Zeiträumen ab, in denen Zusatzgewinne bzw. Verluste anfallen. Zur Abschreckungswirkung, die sich aus der Bedeutung möglicher Auftragsverluste ergibt, vgl. BKartA, Beschl. v. 16.11.2004, B10-74/04 – *Rethmann/Tönsmeier/GfA Köthen*, Rn. 90ff.

¹⁶⁵ Vgl. hierzu z.B. BKartA, Beschl. v. 20.11.2003, B8-84/03 – *E.ON/Stadtwerke Lübeck*, S. 32; BKartA, Beschl. v. 2.12.2003, B9-91/03 – *DB Regio u.a./üstra intalliance AG*, S. 56; BKartA, Beschl. v. 28.10.2004, B10-86/04 – *Schneider & Söhne/Classen*, Rn. 176f., 199, 262 und 322; BKartA, Beschl. v. 7.3.2008, B8-134/07 – *Shell/HPV*, Rn. 61 und 64.

¹⁶⁶ Vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 17.3.2011, B6-94/10 – *ProSiebenSat.1 Media/RTL interactive*, Rn. 85ff., 99.

¹⁶⁷ Die Wirkung freier Kapazitäten auf die Stabilität einer Koordinierung ist allerdings ambivalent: Einerseits können Überkapazitäten stabilisierend wirken, da sie eine Sanktionierung glaubhafter machen. Andererseits können Überkapazitäten destabilisierend wirken, da sie einen Wettbewerbsvorstoß ermöglichen und damit einen Anreiz zum Abweichen begründen können.

dingungen angelegte Reaktion bei später geänderten Marktbedingungen unter Umständen unglaubwürdig oder undurchführbar werden kann. Solche Marktbedingungen können z.B. bei High-Tech-Industrien mit kurzen Produktlebenszyklen vorliegen. Ein abweichendes Verhalten kann oftmals leichter geahndet werden, je **homogener die Produkte** sind. Starke Kundenpräferenzen bei differenzierten Produkten können dagegen die Wirksamkeit von Sanktionierungen beschränken.

106 Eine **Symmetrie** der Oligopolmitglieder wirkt oft begünstigend, da ein abweichendes Unternehmen eher durch Unternehmen mit einer vergleichbaren Marktposition sanktioniert werden kann.¹⁶⁸ Je symmetrischer die Unternehmen sind, umso eher ist zu erwarten, dass die Anreize der Unternehmen aufgrund vergleichbarer Gewinnauswirkungen von wettbewerblichen Vorstößen bzw. nachfolgenden Sanktionsmaßnahmen ähnlich sind und somit auf ein Abweichen verzichtet wird. Allerdings können auch (nach aktuellem Marktanteil) kleinere Oligopolisten vergleichsweise größere Oligopolisten sanktionieren, wenn sie über genügend freie Kapazitäten verfügen.¹⁶⁹ Asymmetrisch verteilte Kapazitäten bzw. Kapazitätsauslastungen können eher destabilisierend wirken, da Unternehmen mit freien Kapazitäten nicht nur einen Anreiz zu nachfragesteigernden Wettbewerbsvorstößen haben, sondern zudem von Unternehmen mit engen Kapazitätsbeschränkungen kaum Sanktionen fürchten müssten. Wenn sich die Unternehmen auf mehreren Märkten begegnen, kann die Symmetrie auch dadurch entstehen, dass eine Asymmetrie auf einem Markt auf einem anderen Markt ausgeglichen wird.

107 Auch **Verflechtungen zwischen den Oligopolmitgliedern** können das Sanktionspotential erhöhen. Sind die Oligopolmitglieder z.B. durch ein Gemeinschaftsunternehmen miteinander verbunden, kann ein abweichendes Verhalten eines Oligopolisten dadurch sanktioniert werden, dass die anderen Oligopolisten ihre Investitionen in das Gemeinschaftsunternehmen reduzieren oder in den Unternehmensgremien weniger Rücksicht auf die Interessen des abweichenden Unternehmens nehmen.¹⁷⁰

¹⁶⁸ Vgl. dazu z.B. BKartA, Beschl. v. 17.2.2009, B2-46/08 – *Nordzucker/Danisco*, Rn. 299.

¹⁶⁹ Die Drohung eines kleineren Anbieters könnte auch dadurch an Glaubwürdigkeit gewinnen, dass die Zugewinnmöglichkeiten infolge einer Preissenkung (bei entsprechender Kapazitätsausstattung) vergleichsweise attraktiv sind, während sich der Verlust auf die bisher abgesetzte Menge in Grenzen hält.

¹⁷⁰ Vgl. zur Bedeutung von Verflechtungen z.B. BKartA, Sektoruntersuchung Kraftstoffe, Abschlussbericht, Mai 2011, S. 55ff., abrufbar unter <http://www.bundeskartellamt.de>; oder auch BKartA, Beschl. v. 7.3.2008, B8-134/07 – *Shell/HPV*, Rn. 44ff.; sowie BKartA, Beschl. v. 29.4.2009, B8-175/08 – *Total/OMV*, Rn. 62ff.

3. Außenwettbewerb

- 108 Eine implizite Koordinierung wird in der Regel dann instabil und nicht aufrechtzuerhalten sein, wenn außenstehende Wettbewerber hinreichenden Wettbewerbsdruck auf die Oligopolmitglieder ausüben können (Außenwettbewerb). In diesem Fall lassen sich die Vorteile einer Koordinierung eventuell nicht realisieren oder fallen zumindest geringer aus. Als Außenseiter zu berücksichtigen sind neben den aktuellen Wettbewerbern auch potentielle Wettbewerber.¹⁷¹ Kunden können eine ähnliche Rolle spielen. Ihr Einfluss auf die Stabilität der Koordinierung wurde oben im Kontext der Koordinierungserzielung beschrieben (B. II. 2. a)).¹⁷²
- 109 Die Beurteilung, ob zwischen den Oligopolisten und den Außenseitern wesentlicher Wettbewerb besteht, erfolgt ähnlich wie bei der Prüfung einer möglichen einzelmarktbeherrschenden Stellung. Um zu beurteilen, wie stark der Wettbewerbsdruck von **aktuellen Wettbewerbern** ist, bilden wiederum Marktanteile einen geeigneten Ausgangspunkt. Gegenüberzustellen sind dem gemeinsamen Marktanteil der Oligopolmitglieder die individuellen Marktanteile der Nicht-Mitglieder.
- 110 Ein kleinerer Wettbewerber kann insbesondere dann Wettbewerbsdruck auf das Oligopol ausüben und dieses ggfs. destabilisieren, wenn er über freie Kapazitäten oder günstigere Kostenstrukturen verfügt, aus sonstigen Gründen eine abweichende Marktstrategie verfolgt oder sich in der Vergangenheit bereits durch innovative Wettbewerbsvorstöße ausgezeichnet hat (sog. „**maverick firm**“).¹⁷³ Bestehen hingegen Verbindungen (in Form von Geschäftsbeziehungen oder Minderheitsbeteiligungen) zwischen den Oligopolmitgliedern und Außenseitern (auf den betroffenen oder anderen Märkten), dürfte die zu erwartende Rücksichtnahme auf die bestehenden Geschäftsbeziehungen den Außenwettbewerb dämpfen.¹⁷⁴
- 111 In welchem Ausmaß **potentielle Wettbewerber** Wettbewerbsdruck auf das Oligopol ausüben können, ist insbesondere von der Höhe der Marktzutrittsschranken abhängig. Werden in einem Markt koordinierungsbedingt höhere Gewinne erzielt, besteht grundsätzlich ein Anreiz für neue Anbieter, in den Markt einzutreten, um an diesen Gewinnen teilzuhaben. Bestehen keine Marktzutrittsschranken, kann ein neu hinzu-

¹⁷¹ Eine potentielle Kontrollfunktion reicht u. U. bereits aus, um eine oligopolistische Marktbeherrschung einzudämmen, vgl. hierzu z.B. BKartA, Beschl. v. 3.8.2006, B2-90/05 – Pfeifer & Langen/Jülich, Rn. 121.

¹⁷² Siehe Rn. 95.

¹⁷³ Geringe Marktanteile eines Wettbewerbers sind daher keineswegs Ausdruck eines nur geringen Wettbewerbsdrucks der von diesem ausgeht, vgl. dazu z.B. BKartA, Beschl. v. 16.12.2009, B3-91/09 – Celanese (Ticona)/FACT, Rn. 113.

¹⁷⁴ Vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 16.11.2004, B10-74/04 – Rethmann/Tönsmeier/GfA Köthen, Rn. 123ff. Zu Verflechtungen als Element des Außenwettbewerbs vgl. zudem BKartA, Beschl. v. 7.3.2008, B8-134/07 – Shell/HPV, Rn. 44 ff.

tretender Anbieter Nachfrage für sich gewinnen, indem er mit seinem Angebot von dem bisher vorherrschenden Verhalten abweicht. Selbst wenn er sich dem Verhalten weitgehend anschließt, kann sich dies aufgrund der steigenden Zahl der Teilnehmer und der damit sinkenden Gewinne jedes einzelnen insgesamt destabilisierend auf eine implizite Koordinierung auswirken.¹⁷⁵ Marktzutrittschranken, die einen hinreichenden Außenwettbewerb erschweren oder verhindern, leisten somit einen wichtigen Beitrag zur Stabilität der Koordinierung.¹⁷⁶

4. Tatsächliches Wettbewerbsgeschehen

- 112 Ist nach der wertenden Gesamtbetrachtung der Strukturmerkmale eine stabile implizite Kollusion der potentiellen Oligopolmitglieder zu erwarten, kommt es daneben auf das tatsächliche Wettbewerbsverhalten auf dem betroffenen Markt an.¹⁷⁷ Insbesondere wenn geprüft wird, ob eine bereits bestehende gemeinsame marktbeherrschende Stellung verstärkt wird, können das beobachtbare Wettbewerbsverhalten sowie die Marktergebnisse vor dem Zusammenschluss wichtige Hinweise darauf liefern, inwiefern die aufgrund der vorherrschenden Strukturbedingungen erwarteten Anreize wirksam sind.¹⁷⁸ Bei der Interpretation des beobachteten Wettbewerbsgeschehens ist allerdings zu beachten, dass von Marktergebnissen nicht zweifelsfrei auf wettbewerbsloses Parallelverhalten oder wirksamen Wettbewerb geschlossen werden kann.
- 113 Tendenziell für eine stabile Koordinierung spricht, wenn keine wesentlichen längerfristigen Verschiebungen bei den Marktanteilen,¹⁷⁹ kaum Marktzutritte oder Marktaustritte, parallele Preisentwicklungen, keine wiederholten vorstoßenden Wettbewerbsmaßnahmen und kein wesentlicher Produktwettbewerb durch Innovationen feststellbar sind. Welchen Beobachtungen im konkreten Markt welches Gewicht zukommt, hängt von dem jeweiligen Wettbewerbsumfeld und den

¹⁷⁵ Ein eigentlich leicht möglicher Marktzutritt kann eine Verhaltenskoordinierung möglicherweise dann nicht verhindern, wenn die Oligopolmitglieder glaubhaft mit aggressivem Wettbewerbsverhalten drohen und neue Anbieter dadurch vom Markteintritt abhalten können.

¹⁷⁶ Vgl. zu hohen Marktzutrittsschranken z.B. BKartA, Beschl. v. 13.8.2007, B7-61/07 – *O2/T-Mobile/Vodafone*, Rn. 149.

¹⁷⁷ Vgl. BGH, Beschl. v. 20.4.2010, WuW/E DE-R 2905 – *Phonak/GN Store*, Rn. 72.

¹⁷⁸ Vgl. zur Bewertung des Wettbewerbsverhaltens vor dem Zusammenschluss z.B. BKartA, Beschl. v. 13.8.2007, B7-61/07 – *O2/T-Mobile/Vodafone*, Rn. 153f.; BKartA, Beschl. v. 17.2.2009, B2-46/08 – *Nordzucker/Danisco*, Rn. 300ff.; BKartA, Beschl. v. 11.4.2007, B3-578/06 – *Phonak/GN ReSound*, Rn. 202ff. aufgehoben durch BGH, Beschl. v. 20.4.2010, WuW/E DE-R 2905 – *Phonak/GN Store*.

¹⁷⁹ Vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 16.11.2004, B10-74/04 – *Rethmann/Tönsmeier/GfA Köthen*, Rn. 74.

eingesetzten Wettbewerbsparametern ab.¹⁸⁰ Hingegen müssen einzelne Preisbewegungen nicht unbedingt gegen eine stabile Koordinierung sprechen, da diese z.B. auch Ausdruck von Sanktionierungen sein können. Ebenfalls nicht gegen eine Koordinierung spricht, wenn Preise für homogene Güter zwar nicht vollständig übereinstimmen, aber innerhalb enger Bandbreiten liegen. Für die Prognose der Wettbewerbsbedingungen nach dem Zusammenschluss verliert das in der Vergangenheit beobachtbare tatsächliche Wettbewerbsgeschehen in dem Maße an Bedeutung, wie sich die Wettbewerbsbedingungen mit dem Zusammenschluss strukturell wesentlich verändern.

- 114 War ein Markt lange Zeit durch Regulierung gekennzeichnet, könnte das unter diesen Bedingungen erzielte Marktergebnis (in Bezug auf Preise oder Gebiete) einen Bezugspunkt für eine stillschweigende Koordinierung bieten. Ein Indiz für ein stabiles Oligopol kann auch darin bestehen, dass in dem betreffenden Markt bereits ein Kartell bestanden hatte, sofern sich seither die Marktverhältnisse nicht wesentlich verändert haben und auch nicht absehbar ist, dass sie sich in naher Zukunft verändern werden.

5. Auswirkungen des Zusammenschlusses

- 115 Maßgeblich für die Begründung oder Verstärkung einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung ist schließlich, inwieweit der Zusammenschluss eine Veränderung bewirkt, die eine **Koordinierung ermöglicht, erleichtert, stabiler oder effektiver** macht. Darum muss die Analyse nicht nur die Voraussetzungen und Anreize zu stillschweigendem Parallelverhalten im relevanten Markt in den Blick nehmen, sondern auch, inwieweit sich durch den Zusammenschluss Veränderungen ergeben, die die Voraussetzungen für eine stabile Koordinierung verbessern.
- 116 Besteht vor dem Zusammenschluss funktionsfähiger Wettbewerb, ist der Zusammenschluss aber geeignet, die Marktstrukturbedingungen dergestalt zu verändern, dass nach dem Zusammenschluss eine stabile Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Oligopolmitglieder zu erwarten ist, kann dies eine gemeinsame marktbeherrschende Stellung begründen. Scheiterte eine Koordinierung z.B. bisher vor allem an einem aggressiven Wettbewerber („maverick“), der nun Ziel des zu prüfenden Zusammenschlusses ist, deutet dies auf eine zukünftig erleichterte Verhaltensabstimmung hin.

¹⁸⁰ So kann z.B. auch die Gestaltung des Rabattsystems, welches die anderen Oligopolisten schont, auf „friedliches“ Oligopolverhalten hindeuten. Vgl. dazu OLG Düsseldorf, Beschl. v. 3.12.2008, WuW/E DE-R 2593 – *Springer/ProSieben*, Rn. 90.

- 117 Eine bestehende oligopolistische Marktbeherrschung kann verstärkt werden, wenn sich die Voraussetzungen für eine stabile Koordinierung weiter verbessern. Beispielsweise kann ein Zusammenschluss zwischen Mitgliedern des Oligopols die Koordinierung erleichtern, indem das Oligopol symmetrischer oder die Zahl der Oligopolmitglieder verringert wird.¹⁸¹ Allerdings führt nicht schon jede Veränderung der Strukturbedingungen, die sich grundsätzlich begünstigend auf eine implizite Koordinierung auswirkt, immer zur Verstärkung einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung.¹⁸² Regelmäßig wird sie verstärkt, wenn der Außenwettbewerb durch Übernahme eines Außenwettbewerbers verringert und die Marktposition des erwerbenden Oligopolmitglieds verbessert wird. Der reduzierte Außenwettbewerb wirkt sich normalerweise stabilisierend auf das gesamte Oligopol aus, es sei denn der Zusammenschluss verändert das Kräfteverhältnis innerhalb des Oligopols in der Weise, dass ein Abweichen von der Koordinierung zu erwarten ist.¹⁸³
- 118 Grundsätzlich bestehen niedrigere Nachweisanforderungen hinsichtlich der Marktstrukturfaktoren, wenn für die Vergangenheit bereits ein oligopolistisches Parallelverhalten empirisch belegt werden kann, im Vergleich zu einer Situation, in der Bedingungen nachzuweisen sind, die die Entstehung eines marktbeherrschenden Oligopols erwarten lassen.

III. Nachfrageseitige Marktbeherrschung

- 119 Während eine starke Marktstellung von Abnehmern im Fall angebotsseitiger Marktbeherrschung die Verhaltensspielräume der Anbieter beschränken kann (gegengewichtige Marktmacht), sind auch Konstellationen denkbar, in denen ein einzelnes oder mehrere Unternehmen auf der Nachfrageseite eine marktbeherrschende Stellung erlangen oder ein Zusammenschluss diese verstärkt.
- 120 Zur Feststellung von Marktbeherrschung auf **Beschaffungsmärkten** in der Fusionskontrolle sind die in § 19 Abs. 2 Satz 1 GWB genannten Prüfkriterien anzuwenden, die auch zur Analyse angebotsseitiger Marktbeherrschung herangezogen werden. Unter diesen Kriterien spielt auf Beschaffungsmärkten das durch die 5. GWB-Novelle eingefügte Merkmal „die Möglichkeit der Marktgegenseite, auf andere

¹⁸¹ Vgl. zu zunehmender Symmetrie z.B. BKartA, Beschl. v. 21.5.2010, B9-13/10 – *Magna/Karmann*, S. 63f.

¹⁸² Vgl. zur Verneinung der Verstärkungswirkung trotz Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens auf einem sachlich benachbarten Markt z.B. BKartA, Beschl. v. 13.8.2007, B7-61/07 – *O2/T-Mobile/Vodafone*, Rn. 161ff.

¹⁸³ Vgl. BGH, Beschl. v. 8.6.2010, WuW/E DE-R 3067 – *Springer/ProSieben II*, Rn. 45.

Unternehmen auszuweichen“ eine besondere Rolle.¹⁸⁴ Es ist im Einzelfall zunächst zu prüfen, inwieweit ein oder mehrere Abnehmer innerhalb des sachlich und räumlich definierten Marktes für die Anbieter unverzichtbar sind, weil den Anbietern ausreichende Ausweichmöglichkeiten, wie etwa die Wahl eines alternativen Vertriebsweges, fehlen.

- 121 Für die Fusionskontrolle als Marktstrukturkontrolle ist dabei nicht auf ein einzelnes bilaterales Verhältnis zwischen Lieferant und Abnehmer, sondern auf die Marktgegenseite insgesamt abzustellen. Eine strukturelle Gefährdungslage liegt in der Regel dann vor, wenn eine für den Markt erhebliche Zahl von Unternehmen auf die Belieferung einzelner oder einer Gruppe von Abnehmern angewiesen ist, weil ausreichende und zumutbare Absatzalternativen fehlen. Zudem ist bei der Analyse einer möglichen nachfrageseitigen Marktbeherrschung insbesondere zu prüfen, ob im Horizontalverhältnis – gegenüber den anderen Abnehmern – eine überragende Marktstellung vorliegt. Wie auch bei der Prüfung von Angebotsmärkten bedarf es einer Gesamtbetrachtung aller relevanten Marktstrukturbedingungen. Im Rahmen dieser Gesamtbetrachtung kommt der relativen Verhandlungsmacht beider Marktseiten in den bilateralen Beziehungen eine besondere Bedeutung zu.¹⁸⁵
- 122 Für die Analyse nachfrageseitiger Marktmacht bietet in bestimmten Fällen das Monopson-Modell – als Spiegelbild des angebotsseitigen Monopols – einen geeigneten Referenzpunkt.¹⁸⁶ In zahlreichen Fallkonstellationen wird es jedoch der Situation auf komplexeren Beschaffungsmärkten nicht gerecht, da die Verteilung der Marktmacht zwischen Anbietern und Nachfragern dort nicht derart eindeutig feststeht. Oftmals weisen beide Marktseiten eine gewisse Konzentration auf. Die Beschaffungsvorgänge finden zudem im Rahmen von bilateralen Verhandlungen statt, die Raum für eine individuelle Vertragsgestaltung im Hinblick auf Preise, Mengen und andere Lieferkonditionen lassen.

¹⁸⁴ Vgl. die Gesetzesbegründung BT-Drs. 11/4610, S. 10 f., 17 (Änderung von § 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB a.F., jetzt § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB, durch Aufnahme von „nachfragebezogene[n] Elemente[n] insbesondere zur Verbesserung der Fusionskontrolle“).

¹⁸⁵ Ob und wie weit einer der Verhandlungspartner in dem bilateralen Verhältnis über ein Übermaß an Verhandlungsmacht verfügt, hängt entscheidend von den relativen wirtschaftlichen Folgen eines Scheiterns der Vertragsverhandlungen und den in diesem Fall zur Verfügung stehenden Alternativen („outside options“) ab. Diese bestimmen letztlich die für die relative Verhandlungsmacht entscheidenden Drohpotentiale im bilateralen Verhandlungsprozess. Hinsichtlich der dafür maßgeblichen Faktoren können sich die Lieferanten jedoch stark unterscheiden.

¹⁸⁶ Dies ist dann der Fall, wenn ein marktmächtiger Nachfrager einer Vielzahl von kleinen Anbietern gegenübersteht, die für ihn vollständig austauschbar sind. Der Monopsonist kann dann durch Verringerung seiner Nachfrage einen Bezugspreis durchsetzen, der unterhalb des wettbewerblichen Niveaus liegt.

123 Verfügt ein Nachfrager mit einer überragenden Marktposition auf den Absatzmärkten auch über Nachfragemacht, so kann er diese nutzen, um seine Marktposition auf den Absatzmärkten weiter zu verstärken, wenn seine Wettbewerber keine vergleichbaren Vorteile aus entsprechenden Abhängigkeitsverhältnissen ziehen können. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Beschaffungspreise ein wesentlicher Wettbewerbsparameter für die Marktstellung auf den Absatzmärkten sind (z.B. aufgrund geringer eigener Wertschöpfung auf der Absatzseite). Eine insoweit verstärkte Position auf dem Absatzmarkt kann wiederum die Nachfragemacht erhöhen. Teilweise kann dies zu einem beschleunigten Konzentrationsprozess sowohl auf der Absatz- als auch der Beschaffungsseite führen.¹⁸⁷ Darüber hinaus kann die Ausweitung der Nachfragemacht den von anderen Unternehmen ausgehenden Wettbewerbsdruck vermindern, wenn diese beispielsweise höhere Beschaffungspreise zahlen müssen, weil ein Hersteller unter Umständen günstige Konditionen für nachfragemächtige Kunden durch schlechtere Bedingungen für andere Abnehmer kompensiert.¹⁸⁸

¹⁸⁷ Dieser Wirkungsmechanismus ist in der Literatur unter dem Begriff des „Spiraleffekts“ bekannt, in dessen Folge kleinere Wettbewerber vom Markt verdrängt werden.

¹⁸⁸ Dies wird auch als „Wasserbetteffekt“ bezeichnet.

C. Vertikale Zusammenschlüsse

- 124 Bei einem vertikalen Zusammenschluss sind die beteiligten Unternehmen auf verschiedenen (sachlichen) Märkten tätig, die über die Wertschöpfungskette eines Produkts miteinander verbunden sind. Die an einer vertikalen Fusion beteiligten Unternehmen stehen somit in einer (zumindest potentiellen) Anbieter-Nachfrager-Beziehung.¹⁸⁹ Dabei fragt das auf dem nachgelagerten Markt tätige Unternehmen die Produkte des Unternehmens nach, das auf dem vorgelagerten Markt tätig ist, und verwendet diese als Einsatzfaktoren für seine eigene Produktion. Eine vertikale Fusion liegt also etwa dann vor, wenn ein Hersteller den Anbieter eines Vorprodukts (Vorlieferant) im Rahmen einer sogenannten Rückwärtsintegration oder den Abnehmer seines Produkts (Händler oder Weiterverarbeiter) im Rahmen einer Vorwärtsintegration übernimmt.
- 125 Im Vergleich zu horizontalen Fusionen wirken vertikale Fusionen weniger direkt auf den Wettbewerb ein, da sie die Anzahl der aktuellen Wettbewerber in einem Markt nicht reduzieren. Vertikale Fusionen können dennoch zu Einschränkungen des Wettbewerbs führen und dadurch eine Einzelmarktbeherrschung (I.) oder eine gemeinsame Marktbeherrschung (II.) begründen oder diese verstärken. Die im Folgenden erläuterten wettbewerbsschädigenden Effekte können sich nicht nur ergeben, wenn sich ein Unternehmen durch den Zusammenschluss erstmals vertikal integriert. Die gleichen Auswirkungen können auftreten, wenn ein bereits vertikal integriertes Unternehmen ein anderes Unternehmen erwirbt, welches auf einer der Marktstufen aktiv ist. In einem solchen Fall werden sowohl die Wettbewerbswirkungen der horizontalen Überschneidungen als auch der vertikalen Integration mit dem erworbenen Unternehmen geprüft.¹⁹⁰
- 126 Durch eine vertikale Integration kann das betroffene Unternehmen mehrere Stufen eines Produktionsprozesses oder einer Vertriebskette kontrollieren und dadurch Ineffizienzen vermeiden. Beispielsweise können Transaktionskosten verringert oder Koordinationsschwierigkeiten und Unsicherheiten im Hinblick auf Belieferungssicherheit, Produktqualitäten o.ä. vermieden werden. Derartige Kostensenkungen verbessern in der Regel die Wettbewerbsposition des Unternehmens. Entsprechenden Wettbewerbsdruck vorausgesetzt können diese Verbesserungen auch für die nachgelagerten Abnehmer von Vorteil sein.

¹⁸⁹ Auf eine tatsächliche Kundenbeziehung kommt es für die Einordnung als vertikalen Zusammenschluss nicht an.

¹⁹⁰ Vgl. dazu auch den Hinweis in Fn. 16.

127 Ein weiterer Effekt der vertikalen Integration liegt darin, dass sich das Entscheidungskalkül des Anbieters ändert. So erhebt das integrierte Unternehmen beim Verkauf nur einen Preisaufschlag auf das Endprodukt, während es die Vorprodukte konzernintern zu Herstellungskosten bezieht. Marktmachtbedingte Preisauflschläge auf Vorprodukte können in einem integrierten Unternehmen vermieden werden. Das Unternehmen hat zudem einen Anreiz, den Preisauflschlag auf das Endprodukt geringer zu wählen, als die Summe der Preisauflschläge für Vor- und Endprodukte in der Situation ohne den Zusammenschluss.¹⁹¹ Die vertikale Integration hat insofern eine tendenziell preisdämpfende Wirkung und trägt zu einer besseren Marktversorgung bei.

I. Einzelmarktbeherrschung

128 Wettbewerbsbeschränkende Wirkungen können dann auftreten, wenn es dem Unternehmen infolge des Zusammenschlusses möglich ist, aktuelle oder potentielle Wettbewerber zu behindern. Die Behinderung kann in einer Erhöhung der Kosten („raising rivals costs“), Verringerung der Erlösaussichten („lowering rivals revenues“) oder der Schaffung von Marktzutrittsschranken liegen („raising barriers to entry“).

129 Je nach Art des vertikalen Zusammenschlusses können sich dem fusionierten Unternehmen verschiedene Möglichkeiten eröffnen, diese Effekte zu erreichen: Als Abschottung von Einsatzfaktoren („input foreclosure“) wird der Fall bezeichnet, dass Wettbewerber beim Zugang zu einem vorgelagerten Beschaffungsmarkt bzw. den dort gehandelten Produkten behindert werden (1.). Abschottung von Kunden („customer foreclosure“) beschreibt die Situation, dass Wettbewerbern der Zugang zu einem nachgelagerten Absatzmarkt bzw. den dort nachfragenden Kunden erschwert oder verschlossen wird (2.). Als weitere Fallgruppe kommt in Betracht, dass sich ein Unternehmen durch die vertikale Integration eines Vorproduktlieferanten Zugang zu vertraulichen Unternehmensinformationen über die Tätigkeit seiner Wettbewerber auf dem nachgelagerten Markt verschafft und diese dadurch in ihrem Wettbewerbsverhalten behindert (3.). Zur Würdigung der Zusammenschlusswirkungen ist schließlich zu betrachten, wie der Zusammenschluss die Möglichkeiten und Anreize zu solchen Strategien beeinflusst (4.).

130 In den ersten beiden Fällen kann eine wettbewerbsschädigende Wirkung nicht nur durch eine vollständige Abschottung erfolgen. Es kann vielmehr ausreichen, dass sich die Kosten- oder Erlössituation der Wettbewerber merklich verschlechtert. Im Hinblick auf potentielle Wettbewerber ist bedeutend, wie sehr das vertikal integrierte

¹⁹¹ In der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur bezeichnet man dies als die Vermeidung doppelter Preisauflschläge (double mark-up oder double marginalization).

Unternehmen die verfügbaren Mengen und die Konditionen für den Bezug von Vorprodukten oder die Absatzmöglichkeiten auf dem nachgelagerten Markt beeinflussen kann. Denn die – für potentielle Wettbewerber entscheidende – erwartete Rentabilität ihres Marktzutritts ist auch davon abhängig, ob sie wesentliche Vorprodukte in ausreichenden Mengen und zu wettbewerbsfähigen Konditionen beziehen können oder ob ausreichende Absatzmöglichkeiten zu erwarten sind.

131 Wettbewerbsschädigende Wirkungen können sich nicht nur einstellen, wenn sich der Erwerber durch den Zusammenschluss neue Verbindungen in die vor- oder nachgelagerten Märkte erschließt. Auch die strukturelle Absicherung einer bestehenden Geschäfts- oder Vertragsbeziehung kann die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen einschränken. Gerade potentielle Wettbewerber könnten hinsichtlich eines Marktzutritts entmutigt und aktuelle Wettbewerber von nachstoßendem Wettbewerb abgehalten werden.¹⁹² Insbesondere wenn der Erwerber bereits vor dem Zusammenschluss auf einem der betroffenen Märkte marktbeherrschend ist, kann die Absicherung einer Liefer- oder Kundenbeziehung (z.B. durch eine Minderheitsbeteiligung) ausreichen, um eine bestehende marktbeherrschende Stellung zu verstärken.¹⁹³

132 Ohne eine gewisse Marktmacht auf mindestens einer der beteiligten Marktstufen wird ein vertikaler Zusammenschluss in der Regel die Untersagungs Voraussetzungen nicht erfüllen. Je größer die auf den relevanten Märkten festgestellte Marktmacht ist, über die eines oder beide beteiligte Unternehmen bereits verfügen, umso eher besteht die Gefahr, dass es durch den Zusammenschluss zu wettbewerbsbeeinträchtigenden vertikalen Effekten kommen kann.

1. Abschottung von Einsatzfaktoren („input foreclosure“)

133 Erwirbt ein Unternehmen einen wichtigen Hersteller eines wesentlichen Vorprodukts, kann es zu einer Abschottung des vorgelagerten Beschaffungsmarktes kommen. Das vertikal integrierte Unternehmen könnte seinen Wettbewerbern auf dem nachgelagerten Markt den Zugang zu dem Vorprodukt insbesondere dadurch erschweren, dass es sie nur noch zu höheren Preisen, in schlechterer Qualität, zu schlechteren Konditionen, verspätet oder überhaupt nicht mehr beliefert. Eine Abschottungsstrategie des integrierten Unternehmens ist umso eher zu erwarten, je besser seine Möglichkeiten (a) zur Abschottung seiner Wettbewerber sind und je größer sein Anreiz (b) ist, diese Strategie zu verfolgen.

¹⁹² Vgl. z.B. BGH, Beschl. v. 7.2.2006, WuW/E DE-R 1681 – *DB Regio/üstra*, Rn. 49 m.w.N.

¹⁹³ Vgl. dazu z.B. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 6.6.2007, WuW/E DE-R 2094ff. – *E.ON/Stadtwerke Eschwege*, Rn. 87ff.; sowie BGH, Beschl. v. 11.11.2008, WuW/E DE-R 2451ff. – *E.ON/Stadtwerke Eschwege*, Rn. 61f.

a) Möglichkeit zur Abschottung

- 134 Die Fähigkeit des integrierten Unternehmens, seine Wettbewerber auf dem nachgelagerten Markt durch eine Abschottung von Vorprodukten zu behindern, wird insbesondere von zwei Faktoren beeinflusst: Zum einen von der Bedeutung des betreffenden Vorprodukts für die Gesamtkosten und zum anderen von den Ausweichmöglichkeiten der Wettbewerber auf andere Lieferanten.
- 135 Je geringer z.B. der Anteil des betreffenden Vorprodukts an den Gesamtkosten ist, umso weniger kann das integrierte Unternehmen seine Wettbewerber durch eine Preiserhöhung für dieses Vorprodukt schädigen. Die Marktposition der Wettbewerber auf dem nachgelagerten Markt wird dagegen umso eher beeinträchtigt, je mehr diese darauf angewiesen sind, das Vorprodukt beim vertikal integrierten Unternehmen zu beziehen.¹⁹⁴ Eine hohe **Abhängigkeit** besteht z.B. dann, wenn auf dem vorgelagerten Markt kein gleichwertiger Anbieter zur Verfügung steht oder wenn ein Wechsel des Anbieters mit erheblichen Kosten verbunden ist bzw. erst nach einem längeren Zeitraum möglich ist.¹⁹⁵ Dies ist insbesondere dann wahrscheinlich, wenn das an der Fusion beteiligte, auf dem vorgelagerten Markt tätige Unternehmen bereits vor der Fusion marktbeherrschend ist.

b) Anreiz zur Abschottung

- 136 Der Anreiz des integrierten Unternehmens, seine Wettbewerber von Einsatzfaktoren abzuschotten, hängt davon ab, wie profitabel eine solche Strategie ist. In der Regel wird eine Abschottungsstrategie zwei gegenläufige **Effekte auf den Gewinn** haben: Beliefert das vertikal integrierte Unternehmen seine Wettbewerber mit dem Vorprodukt nicht mehr oder zu schlechteren Konditionen, verringert sich der Absatz seines Vorprodukts und beeinträchtigt damit den Gewinn auf dem vorgelagerten Markt. Andererseits erhöht sich sein Absatz auf dem nachgelagerten Markt, soweit es ihm gelingt, seine Wettbewerber durch die Nichtbelieferung oder Schlechterstellung zu behindern und deren Kunden zumindest teilweise abzuwerben.¹⁹⁶ Eine Abschottungsstrategie ist für das vertikal integrierte Unternehmen profitabel, wenn die Ge-

¹⁹⁴ Bei den Ausweichmöglichkeiten können gegebenenfalls auch bevorstehende Markteintritte berücksichtigt werden; vgl. dazu z.B. Fallbericht des BKartA v. 18.5.2009, B5-45/09 – *KSB/Kagema*, verfügbar unter <http://www.bundeskartellamt.de>.

¹⁹⁵ Vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 18.7.2008, B5-84/08 – *STIHL/ZAMA*, Rn. 17.

¹⁹⁶ Stehen den Nachfragern hinreichende Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung und haben die Anbieter zudem ein Interesse, ihre Kapazitäten möglichst auszulasten, ist die Gefahr einer Abschottungsstrategie durch das integrierte Unternehmen eher gering. Vgl. dazu z.B. BKartA, Beschl. v. 26.09.2006, B3-121/06 – *Kemira Oyl/Cytec Industries*, S. 15f.

winnsteigerung auf dem nachgelagerten die Gewinnminderung auf dem vorgelagerten Markt überwiegt.¹⁹⁷

- 137 Unterschiedliche Faktoren können die zu erwartenden Gewinnveränderungen beeinflussen, insbesondere die (relativen) Margen sowie die Absatzvolumina.¹⁹⁸ Weiterhin hängt die Möglichkeit einer Gewinnsteigerung auf dem nachgelagerten Markt auch von der Stärke der Nachfragereaktion bzw. dem Ausmaß der Kundengewinnung durch das integrierte Unternehmen ab. Der Anreiz zur Abschottung hängt zudem von der Höhe der Beteiligung am jeweils vor- oder nachgelagerten Unternehmen ab.¹⁹⁹

2. Abschottung von Kunden („customer foreclosure“)

- 138 Zur Abschottung von Kunden kann es kommen, wenn ein Hersteller einen wichtigen Abnehmer seines Produkts erwirbt bzw. durch einen Zusammenschluss einen wichtigen Vertriebsweg besetzt.²⁰⁰ Das vertikal integrierte Unternehmen könnte seinen Wettbewerbern auf dem vorgelagerten Markt den Zugang zu den Abnehmern z.B. dadurch erschweren, dass der integrierte Händler weniger oder gar keine Produkte bei Wettbewerbern auf dem vorgelagerten Markt mehr bezieht oder die Wettbewerberprodukte nur noch zu ungünstigeren Konditionen abnimmt. Die Absatzmenge der Wettbewerber auf dem vorgelagerten Markt kann das integrierte Unternehmen zudem dadurch verringern, dass es deren Produkte auf dem nachgelagerten Markt zu einem höheren Verkaufspreis oder ungünstigeren Bedingungen vertreibt.

¹⁹⁷ Eine Abschottungsstrategie kann z.B. dann unwahrscheinlich sein, wenn das integrierte Unternehmen seinen Tätigkeitsschwerpunkt im vorgelagerten Markt hat und im nachgelagerten Markt weder über ausreichende Kapazitäten verfügt noch diese kurzfristig aufbauen kann, um Nachfrager abzuwerben. Vgl. dazu z.B. BKartA, Beschl. v. 20.05.2010, B5-17/10 – *Hunter Douglas/Faber-Bentlin*, Rn. 111ff.

¹⁹⁸ Die auf dem vorgelagerten Markt entstehende Gewinnminderung ist z.B. schwieriger zu kompensieren, wenn auf dem vorgelagerten Markt ein wesentlich größeres Absatzvolumen erzielt wird als auf dem nachgelagerten Markt (z.B. weil das Unternehmen zwar auf dem vorgelagerten Weltmarkt, aber nur auf einem nachgelagerten nationalen Markt tätig ist).

¹⁹⁹ Der Anreiz kann sich im Fall einer Abschottung von Vorprodukten erhöhen, wenn z.B. eine 50 %-Beteiligung an einem Vorlieferanten erworben wird, da der Erwerber an der Gewinnsteigerung auf dem nachgelagerten Markt vollständig, an der Gewinnminderung beim Input-Lieferanten aber nur zu 50 % beteiligt ist.

²⁰⁰ Abschottungswirkungen sind auch denkbar, wenn sich ein Abnehmer am Vorlieferanten beteiligt und dadurch einen Anreiz erhält, bei diesem Lieferanten einzukaufen, da er über seine Beteiligung auch an dessen Gewinn beteiligt ist. Vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 15.11.2007, B1-190/07 – *Faber/Langenthal*, S. 31ff.

a) Möglichkeit zur Abschottung

- 139 Die Fähigkeit des integrierten Unternehmens, seine Wettbewerber auf dem vorgelagerten Markt durch eine Abschottung von Abnehmern zu behindern, wird insbesondere davon beeinflusst, welche Ausweichmöglichkeiten den Wettbewerbern auf dem vorgelagerten Markt zur Verfügung stehen, in welchem Ausmaß die Absatzmenge infolge der Abschottungsstrategie des integrierten Unternehmens sinkt und inwiefern sich ein Rückgang der Absatzmenge auf deren Kostensituation auswirkt.
- 140 Die Ausweichmöglichkeiten der Wettbewerber auf dem vorgelagerten Markt sind umso begrenzter, je mehr Marktmacht das an der Fusion beteiligte, auf dem nachgelagerten Markt tätige Unternehmen dort bereits vor der Fusion hat.²⁰¹ Das vertikal integrierte Unternehmen hat somit insbesondere dann die Möglichkeit, seine Wettbewerber vom nachgelagerten Markt abzuschotten, wenn es für diese auf dem nachgelagerten Markt **als Nachfrager unentbehrlich** ist. Bei dieser Einschätzung wird berücksichtigt, ob für die Wettbewerber noch in ausreichendem Umfang Kunden zugänglich sind oder ob diese bereits durch die vertikale Integration des Erwerbers und anderer Wettbewerber gebunden sind.²⁰²
- 141 Sinkt in Folge der Abschottung die Absatzmenge der Wettbewerber auf dem vorgelagerten Markt, könnte sich deren Wettbewerbsposition weiter verschlechtern, wenn die Produktion Größen- oder Verbundvorteile aufweist oder Netzwerkeffekte auftreten.

b) Anreiz zur Abschottung

- 142 Ebenso wie für die Abschottungsstrategie bei Einsatzfaktoren sind für eine Beurteilung des Anreizes zur Kundenabschottung den möglichen Vorteilen aus einer Verdrängung bzw. Behinderung von Wettbewerbern auf dem vorgelagerten Markt (zusätzlicher Gewinn) die Kosten einer solchen Strategie (entgangener Gewinn) gegenüberzustellen. Die Kosten einer Kundenabschottung sind z.B. höher, wenn die Wettbewerber in der Lage sind, die Vorprodukte zu geringeren Kosten oder in besserer Qualität zu produzieren oder wenn die fusionierenden Unternehmen selbst durch Kapazitätsengpässe beschränkt sind.

²⁰¹ Nicht ausreichend ist in der Regel, dass ein vertikal integriertes Unternehmen seinen Wettbewerbern auf dem vorgelagerten Markt lediglich einen solchen Absatzweg abschneiden kann, der bisher im Wesentlichen potentieller Natur ist und an dem die Wettbewerber auch weitgehend kein Interesse haben; vgl. BKartA, Beschl. v. 21.6.2005, B7-38/05 – *TeleColumbus (BC Partners)/Ish*, Rn. 247.

²⁰² Vgl. BKartA, Beschl. v. 15.11.2007, B1-190/07 – *Faber/Langenthal*, Rn. 87, 108, 112.

- 143 Verringert das vertikal integrierte Unternehmen die Menge des Vorprodukts, die es auf dem vorgelagerten Markt bei seinen Wettbewerbern nachfragt, um dadurch seinen eigenen Absatz auf diesem Markt zu erhöhen, hat es somit Folgendes abzuwägen: Einerseits könnten bei der Produktions- oder Vertriebstätigkeit auf dem nachgelagerten Markt höhere Kosten entstehen, wenn das Vorprodukt von seinen Wettbewerbern günstiger angeboten wird als es von ihm selbst hergestellt werden kann. Andererseits kann es infolge seiner gestärkten Marktposition auf dem vorgelagerten Markt eventuell dort seine Preise und damit seinen Gewinn erhöhen.

3. Zugang zu vertraulichen Unternehmensinformationen

- 144 Eine weitere Fallgruppe betrifft den Zugang zu vertraulichen Informationen über die Tätigkeiten von Wettbewerbern. Aus Sicht des nach dem Zusammenschluss vertikal integrierten Unternehmens sind z.B. die Wettbewerber auf dem nachgelagerten Markt gleichzeitig Kunden auf dem vorgelagerten Markt. Durch die **Integration eines Lieferanten** könnte das fusionierte Unternehmen wettbewerbsrelevante Informationen über seine Wettbewerber auf dem nachgelagerten Markt erhalten, sofern es diese (weiterhin) mit Vorprodukten beliefert.²⁰³ Ein vom Wettbewerber geplanter Wettbewerbsvorstoß könnte z.B. eine besondere Abstimmung mit dem Vorproduktlieferanten erfordern, weil technologische Veränderungen vorgenommen werden sollen²⁰⁴ oder für Akquisitionsaktionen zusätzliche Liefermengen benötigt werden.
- 145 Durch die **Integration eines Abnehmers** könnte das fusionierte Unternehmen Informationen z.B. über Angebotsabgaben seiner Wettbewerber (auf dem vorgelagerten Markt) einsehen.²⁰⁵ Wettbewerbsvorstöße wären dann für das integrierte Unternehmen frühzeitig erkennbar und es könnte vorab darauf reagieren. Den Wettbewerbern würde die Möglichkeit und damit auch der Anreiz zu Wettbewerbsvorstößen genommen.

4. Zusammenschlusswirkungen

- 146 Um festzustellen, ob durch einen vertikalen Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird, wird ermittelt, inwiefern durch den Zusammenschluss Möglichkeiten und Anreize zu Abschottungsstrategien beeinflusst werden oder ein wettbewerbslich bedenklicher Zugang zu vertraulichen Informationen von Wettbewerbern eröffnet wird. Durch derartige Verhaltensweisen oder

²⁰³ Vgl. dazu z.B. BKartA, Beschl. v. 20.6.2006, B4-32/06 – *Putzmeister/Esser*, S. 44f.

²⁰⁴ Vgl. hierzu BKartA, Beschl. v. 18.7.2008, B5-84/08 – *STIHL/ZAMA*, Rn. 65-71.

²⁰⁵ Vgl. BGH, Beschl. v. 11.11.2008, WuW/E DE-R 2451, 2461 – *E.ON/Stadtwerke Eschwege*, Rn. 62.

Informationen können konkurrierende Unternehmen nach dem Zusammenschluss umso eher behindert werden und es kann umso eher ein wettbewerblich negativer Effekt eintreten, je größer das Ausmaß an Marktmacht ist, über das das integrierte Unternehmen auf einem der betroffenen Märkte bereits vor dem Zusammenschluss verfügt.

- 147 Dass ein vertikaler Zusammenschluss zur Begründung einer marktbeherrschenden Stellung führt, ist insofern nicht ausgeschlossen. Häufiger sind allerdings vertikale Zusammenschlüsse, die eine bereits bestehende marktbeherrschende Stellung verstärken. Integriert sich ein marktbeherrschendes Unternehmen (rückwärts) in den vorgelagerten Markt, indem es einen wichtigen Input-Lieferanten übernimmt, verbessert sich in vielen Fällen seine Marktposition auf dem nachgelagerten Markt, vorausgesetzt, hinreichende Möglichkeiten und Anreize für eine Abschottungsstrategie sind gegeben. Abhängig vom Ausmaß der Marktmacht kann es bereits ausreichen, dass die Entstehung von Marktzutrittsschranken droht und potentielle Wettbewerber von einem nachstoßenden Wettbewerb abgehalten werden. Dabei kann für eine Verstärkung ausreichend sein, dass Unternehmen über einen längeren Zeitraum die Geschäftsstrategie verfolgen, mittels Minderheitsbeteiligungen ihre Absatzwege langfristig zu sichern,²⁰⁶ und sich der Erwerb eines weiteren, wenn auch kleinen Kunden in diese Gesamtstrategie einfügt. Typisches Beispiel für eine solche Konstellation sind die Beteiligungen der großen deutschen Stromerzeuger an Stadtwerken, die den Markteintritt weiterer Stromanbieter langfristig verhindern können.²⁰⁷

II. Gemeinsame Marktbeherrschung

- 148 Ein vertikaler Zusammenschluss kann eine gemeinsame Marktbeherrschung entstehen lassen oder verstärken, wenn er die Strukturfaktoren und Mechanismen beeinflusst, die dazu führen, dass es an wesentlichem Binnen- oder Außenwettbewerb fehlt. Gemeinsame Marktbeherrschung kann entstehen oder verstärkt werden, wenn die Wahrscheinlichkeit impliziter Koordinierung steigt, weil die Mitglieder eines Oligopols durch den vertikalen Zusammenschluss eher geneigt sind, ihr Verhalten

²⁰⁶ Vgl. hierzu BGH, Beschl. v. 11.11.2008, WuW/E DE-R 2451, 2461 – *E.ON/Stadtwerke Eschwege*, Rn. 63. Gleiches kann gelten, wenn die bestehende Beziehung zu einem wichtigen Kunden strukturell abgesichert wird.

²⁰⁷ Ein hoher Grad an vertikaler Integration zwischen Energieerzeugern und Stadtwerken bewirkt im Ergebnis, dass für neue Energieerzeuger ein Markteintritt nicht möglich ist, weil keine weiteren, noch nicht an einen bestehenden Energieerzeuger gebundenen Stadtwerke als Handelspartner zur Verfügung stehen.

zu koordinieren, bzw. wenn eine Koordination einfacher, wirksamer oder stabiler wird.²⁰⁸

- 149 Die Wahrscheinlichkeit einer stabilen Koordinierung kann sich durch einen vertikalen Zusammenschluss erhöhen, wenn er Möglichkeiten zur Verhaltenskoordinierung eröffnet oder diese verbessert, die Entdeckung eines Abweichens von der Verhaltenskoordinierung erleichtert, glaubhafte Sanktionsmittel bereitstellt oder ihren Einsatz bzw. ihre Wirksamkeit verbessert oder wenn er den Wettbewerbsdruck von außen auf das Oligopol durch Dritte, also Außenwettbewerber oder die Marktgegenseite, vermindert.²⁰⁹
- 150 Ein vertikaler Zusammenschluss kann **Möglichkeiten zur Koordinationserzielung** eröffnen oder diese verbessern, wenn andere Oligopolmitglieder bereits vertikal integriert sind und sich somit die Symmetrie im Oligopol erhöht. Die Koordinationszielung kann auch durch Zusammenschlüsse erleichtert werden, die eine Verflechtung zwischen den Oligopolmitgliedern begründen bzw. bestehende Verflechtungen erweitern oder vertiefen. Dies könnte z.B. der Fall sein, wenn die vertikale Integration durch die Beteiligung an einem Gemeinschaftsunternehmen mit einem anderen Oligopolisten entsteht.
- 151 Die **Markttransparenz** kann sich erhöhen, wenn die vertikale Integration den Zugang zu sensiblen Informationen über Wettbewerber eröffnet oder wenn sie die Preistransparenz erhöht. Ist z.B. die Preistransparenz auf dem nachgelagerten (Endkunden-)Markt größer als auf dem vorgelagerten Markt, kann ein vertikaler Zusammenschluss es dem vorgelagerten Hersteller ermöglichen, Abweichungen wirksamer zu überwachen. Erleichtert werden kann eine gegenseitige Überwachung zudem dadurch, dass infolge des Zusammenschlusses die Anzahl der Marktteilnehmer sinkt. Werden strukturelle Verbindungen zwischen den Oligopolisten begründet,²¹⁰ kann ein erhöhter Informationsaustausch zwischen den Unternehmen die Überwachungsmöglichkeiten verbessern.²¹¹
- 152 Ein vertikaler Zusammenschluss kann auch die Möglichkeiten verbessern, ein Abweichen von der Verhaltenskoordinierung zu **sanktionieren** und somit die Ab-

²⁰⁸ Für eine Verstärkung kann es (bei einem hohen Grad an Marktbeherrschung) ausreichen, wenn durch den Zusammenschluss die Marktposition eines Oligopolmitglieds (z.B. in Form verbesserter Absatzmöglichkeiten) gestärkt wird, dies aber dem gesamten Oligopol zugute kommt.

²⁰⁹ Zur ausführlichen Erläuterung des Konzeptes gemeinsamer Marktbeherrschung vgl. oben Kapitel B.II., Rn. 76ff. An dieser Stelle soll nur auf Besonderheiten im Zusammenhang mit vertikalen Zusammenschlüssen hingewiesen werden.

²¹⁰ Vgl. hierzu oben Rn. 100.

²¹¹ Das kann z.B. der Fall sein, wenn die vertikale Integration in der Beteiligung an einem Gemeinschaftsunternehmen mit einem oder mehreren anderen Oligopolisten besteht.

schreckungswirkung erhöhen. Das ist z.B. dann möglich, wenn sich die Mitglieder des Oligopols infolge des Zusammenschlusses auf mehreren Märkten begegnen („multi market contacts“) und sich daraus ein erhöhtes Sanktionspotential ergibt.²¹² Für ein Unternehmen mit einer weniger bedeutenden Marktposition können sich die Sanktionsmöglichkeiten gegenüber einem Unternehmen mit einer bedeutenderen Marktposition verbessern, wenn es durch die vertikale Integration Kostenvorteile beim Absatz seiner Produkte oder beim Bezug von Vorprodukten erzielen kann, und die Zusammenschlussbeteiligten so zu den anderen Mitgliedern des Oligopols anschließen können.

- 153 Auch der Außenwettbewerb kann durch einen vertikalen Zusammenschluss geschwächt werden. So können Marktzutrittsschranken erhöht und dadurch **Wettbewerbsdruck von potentiellen Wettbewerbern** reduziert werden. Sind in einem Markt nach einer vertikalen Fusion alle wesentlichen Unternehmen vertikal integriert, kann dies eine Marktzutrittsschranke bilden, weil ein erfolgreicher Markteintritt in einen Markt dann möglicherweise auch den Eintritt in den vor- oder nachgelagerten Markt erfordert.
- 154 Des Weiteren kann ein vertikaler Zusammenschluss Wettbewerbsdruck dadurch reduzieren, dass er **gegengewichtige Marktmacht (Nachfragemacht) verringert**. Ein wichtiger Abnehmer kann in der Lage sein, vorgelagerte Unternehmen zum Abweichen von der Koordinierung zu bewegen, indem er sich im Gegenzug zu umfangreicher oder langfristiger Abnahme bei einem Anbieter verpflichtet. Dieser Anreiz wirkt destabilisierend auf die Koordinierung. Wird ein solcher Abnehmer von einem vorgelagerten Oligopolmitglied erworben, sinkt die Gefahr eines Abweichens und erhöht damit die Stabilität der Koordinierung.

²¹² Vgl. hierzu oben Rn. 104.

D. Konglomerate Zusammenschlüsse

- 155 Eine konglomerate Fusion liegt vor, wenn die fusionierenden Unternehmen weder auf den gleichen sachlichen noch auf einander vor- oder nachgelagerten Märkten tätig sind.²¹³ Potentiell problematisch können konglomerate Zusammenschlüsse insbesondere dann sein, wenn die beteiligten Unternehmen auf verwandten Märkten tätig sind, z.B. wenn die Produktion oder der Vertrieb gleiche Vorleistungen benötigt oder sich die Produkte an die gleichen Kundengruppen wenden. Insbesondere können zwischen den Produkten der fusionierenden Unternehmen Komplementaritäts- oder Substitutionsbeziehungen bestehen.²¹⁴
- 156 Wengleich konglomerate Fusionen im Vergleich zu anderen Fusionstypen seltener Wettbewerbsprobleme aufwerfen, können auch sie unter bestimmten Bedingungen eine Einzelmarktbeherrschung (I.) oder eine gemeinsame Marktbeherrschung (II.) begründen oder verstärken.

I. Einzelmarktbeherrschung

- 157 Je nachdem in welcher Beziehung die von einem konglomeraten Zusammenschluss betroffenen Märkte stehen, können sich unterschiedliche Wettbewerbsprobleme ergeben. Grundsätzlich lassen sich vier Fallgruppen unterscheiden, in denen eine Einzelmarktbeherrschung begründet oder verstärkt werden kann. Wenn es sich um „quasi-horizontale“ Fusionen handelt, die Produkte also eine schwache Substitutionsbeziehung aufweisen, könnte Randwettbewerb oder potentieller Wettbewerb vermindert werden (1.). Sind die betroffenen Produkte komplementär bzw. wenden sie sich an die gleichen Kundengruppen, kann die Gefahr drohen, dass durch Koppung oder Bündelung der Produkte bestehende Marktmacht auf weitere Märkte übertragen wird (2.). Ein kritischer Marktmachtgewinn kann sich auch aus Portfolioeffekten ableiten, wenn ein erweitertes Portfolio von Marken oder ein breiteres Sortiment in der Hand eines Anbieters aus Sicht der Nachfrager einen Vorteil darstellt (3.). In Einzelfällen kann es auch zu einem kritischen Marktmachtzuwachs

²¹³ Sind die fusionierenden Unternehmen auf den gleichen sachlichen, aber verschiedenen räumlichen Märkten tätig, liegt keine konglomerate Fusion vor. Die Unterscheidung kann dennoch im Einzelfall schwierig sein. So kann die Unterscheidung in horizontal und konglomerat z.B. davon abhängen, wie eng die Substitutionsbeziehung zwischen zwei Produkten ist und wie weit dementsprechend der Markt abzugrenzen ist. Zudem können Anbieter von sachlich eng benachbarten Märkten in einer potentiellen Wettbewerbsbeziehung stehen.

²¹⁴ Komplementaritätsbeziehungen zwischen den Produkten bestehen, wenn für die Kunden der Nutzen aus einem kombinierten Konsum höher ist als aus einem isolierten Konsum. Substitutionsbeziehungen zwischen den Produkten bestehen, wenn sie zumindest für bestimmte Kunden oder Anwendungen austauschbar sind.

kommen, wenn durch den Zusammenschluss die Ressourcen eines der beteiligten Unternehmen in besonderer Weise gestärkt werden, wenn dies einen wichtigen Einfluss auf seine Marktposition hat (4.).²¹⁵

1. Verlust von Randwettbewerb oder potentielltem Wettbewerb

158 Durch eine konglomerate Fusion kann **Randwettbewerb** entfallen, wenn zwischen den Produkten der fusionierenden Unternehmen eine gewisse Substitutionsbeziehung besteht, z.B. weil die Produkte für bestimmte Kunden oder bestimmte Anwendungen austauschbar sind.²¹⁶ Der von solchen Randsubstituten ausgehende Wettbewerbsdruck ist in der Regel jedoch relativ schwach.²¹⁷ Der Verlust von Randwettbewerb infolge einer Fusion kann daher allein in der Regel keine Begründung sondern allenfalls eine Verstärkung einer bereits bestehenden marktbeherrschenden Stellung bewirken.²¹⁸

159 Sind die fusionierenden Unternehmen als **potentielle Wettbewerber** anzusehen, kann sich die Wettbewerbsintensität durch eine konglomerate Fusion ebenfalls vermindern. Wie stark dieser Effekt ist, hängt unter anderem davon ab, wie wahrscheinlich ein Markteintritt des erworbenen Unternehmens oder weiterer potentieller Wettbewerber ist und welche Wettbewerbsstrategie das erworbene Unternehmen bislang verfolgt hat. Wenn der Erwerber bereits marktbeherrschend ist, kann sich dessen marktbeherrschende Stellung durch den Erwerb eines potentiellen Wettbewerbers verstärken.²¹⁹

2. Wettbewerbsbeschränkung durch Kopplung oder Bündelung

160 Durch eine konglomerate Fusion kann das fusionierte Unternehmen sein bisheriges Produktportfolio um komplementäre Produkte erweitern. Eine solche Erweiterung kann wettbewerbslich problematisch sein, wenn sie das fusionierte Unternehmen zu

²¹⁵ Vgl. für einen Überblick auch BKartA (2006), Konglomerate Zusammenschlüsse in der Fusionskontrolle – Bestandsaufnahme und Ausblick, Diskussionspapier zum Arbeitskreis Kartellrecht 2006, S. 21, abrufbar unter <http://www.bundeskartellamt.de>.

²¹⁶ Vgl. zu einer konglomeraten Fusion, die Randsubstitution entfallen lässt z.B. BKartA, Beschl. v. 19.1.2006, B6-103/05 – *Springer/ProSiebenSat.1*, S. 39. Durch die Fusion wäre auf dem bundesweiten Fernsehwerbemarkt die Randsubstitution durch die Bild-Zeitung entfallen.

²¹⁷ Darum reicht verbleibende Randsubstitution allein in der Regel nicht aus, um die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auszuschließen.

²¹⁸ Vgl. zur Beurteilung verminderter Randsubstitution bei horizontalen Fusionen auch oben Rn. 73.

²¹⁹ Vgl. hierzu Rn. 70f.

einer Kopplung oder Bündelung dieser komplementären Produkte veranlasst.²²⁰ In beiden Fällen bedingt der Erwerb des einen Produktes den gleichzeitigen Kauf des anderen (bzw. ist der Preis für das Produktbündel derart gestaltet, dass ein getrennter Kauf nicht sinnvoll ist). Da Bündelungs- und Kopplungsstrategien zu vergleichbaren wettbewerblichen Effekten führen, werden die Begriffe im Folgenden synonym verwendet.

- 161 Bestehende Marktmacht auf einem Markt kann mittels Kopplung der Produkte unter bestimmten Umständen auf den anderen übertragen werden. Gelingt es dem fusionierten Unternehmen Nachfrage von einem Konkurrenzprodukt auf ein eigenes gekoppeltes Produkt zu lenken, kann es die Kopplung strategisch dazu einsetzen, aktuelle Wettbewerber zu behindern oder den Markteintritt potentieller Wettbewerber zu verhindern.²²¹ Konglomerate Fusionen können so dazu führen, dass auf dem Markt für das gekoppelte Produkt eine marktbeherrschende Stellung zu erlangen oder diese zu verstärken.²²²
- 162 Um zu beurteilen, ob ein konglomerater Zusammenschluss einen solchen Effekt erwarten lässt, ist sowohl die Möglichkeit (a) als auch der Anreiz (b) des fusionierten Unternehmens zu einer Kopplungsstrategie zu prüfen.

a) Möglichkeit zu Kopplungs- oder Bündelungsstrategien

- 163 Der erfolgreiche Einsatz von Bündelungsstrategien zur Behinderung aktueller Wettbewerber oder Verhinderung von Marktzutritten ist grundsätzlich wahrscheinlicher, wenn das fusionierende Unternehmen bereits über erhebliche Marktmacht auf mindestens einem der betroffenen Märkte verfügt. Die Wahrscheinlichkeit steigt zudem dann, wenn zumindest ein größerer Teil der Kunden beide betroffenen Produkte nachfragt, die Kunden eine starke Präferenz für den Kauf von Produktbündeln

²²⁰ In der ökonomischen Theorie spricht man von **Kopplung** („tying“), wenn zwei Produkte nur zusammen erworben bzw. genutzt werden können, allerdings in einem variablen Verhältnis. Dies kann insbesondere in der Kombination auftreten, in der ein Produkt ein Verbrauchsgut ist und das andere ein längere Zeit genutztes Gerät (z.B. Drucker und entsprechender Toner). Werden Produkte in einem fixen Verhältnis angeboten, handelt es sich um eine **Bündelung**. Während bei einer sogenannten reinen Bündelung („pure bundling“) die Produkte nur zusammen erhältlich sind, können sie bei einer sogenannten gemischten Bündelung („mixed bundling“) auch einzeln erworben werden, wenngleich zu vergleichsweise schlechteren Konditionen.

²²¹ Das gleiche Ziel kann auch mit einer Kampfpreisstrategie erreicht werden. Allerdings kann eine Kopplungs- oder Bündelungsstrategie auch kurzfristig profitabel sein, weil sie nicht zwingend Preissenkungen für die Produktkombination erfordert.

²²² Zu einer konglomeraten Fusion, die aufgrund einer Erweiterung des Produktportfolios die Verdrängung von Wettbewerbern und dadurch die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung befürchten ließ, vgl. BKartA, Beschl. v. 29.5.2002, B4-171/01 – *Getinge/Heraeus*, S. 37ff.

haben und wenn das fusionierte Unternehmen sich glaubhaft auf eine solche Strategie festlegen kann.

- 164 Um einen aktuellen Wettbewerber spürbar schwächen oder sogar von einem der betroffenen Märkte verdrängen zu können, muss das fusionierte Unternehmen auf dem anderen betroffenen Markt über eine hinreichende **Marktmacht** verfügen: Je mehr Kunden eines der Produkte des fusionierenden Unternehmens als besonders bedeutsam einstufen und keine hinreichenden Ausweichmöglichkeiten haben, umso eher kann durch Kopplung Nachfrage auch auf das andere Produkt gelenkt werden.
- 165 Eine solche Verdrängungsstrategie kann insbesondere dann gelingen, wenn die **Kunden** der beiden Produkte im Wesentlichen **übereinstimmen**. Je höher der Anteil der Kunden ist, die beide Produkte nachfragen, umso eher kann das fusionierte Unternehmen seine starke Marktstellung von dem einen Markt auf den anderen Markt übertragen. Wenn hingegen ein erheblicher Anteil der Kunden nur das gekoppelte Produkt erwerben möchte, dürfte eine Kopplungsstrategie zumeist weitgehend wirkungslos bleiben.
- 166 Die Möglichkeit **potentielle Wettbewerber** durch eine Bündelungsstrategie vom Markteintritt abzuschrecken, hängt insbesondere von der Möglichkeit ab, in beide Märkte einzutreten, und von der Wahrscheinlichkeit, dass eine solche Strategie auch nach dem Markteintritt aufrechterhalten würde. Das fusionierte Unternehmen kann dann über Bündelung eine Marktzutrittschranke für potentielle Wettbewerber schaffen, wenn es für diese nicht möglich oder wirtschaftlich nicht sinnvoll wäre, in beide Märkte einzutreten. Ein solches Verhalten wirkt jedoch nur abschreckend auf potentielle Wettbewerber, wenn sie erwarten, dass auch nach ihrem Marktzutritt die Bündelung aufrecht erhalten würde. Je mehr Kunden es allerdings gibt, die nur eines der Produkte nachfragen möchten, umso weniger glaubwürdig ist diese Strategie. Ist das etablierte Unternehmen hingegen auch bei einem Marktzutritt an die Bündelung gebunden – etwa bei einer technischen Integration der beiden Produkte – so wird es möglicherweise versuchen, auf den Marktzutritt mit einer aggressiven Preispolitik zu reagieren. Dies kann die Rentabilität eines Marktzutritts so weit verringern, dass ein Unternehmen vom Marktzutritt abgehalten wird.

b) Anreiz zu Kopplungs- oder Bündelungsstrategien

- 167 Ob bei einer konglomeraten Fusion ein Anreiz zur Bündelung besteht, ist davon abhängig, ob ein solches Verhalten für das fusionierte Unternehmen **profitabel** ist. Dabei wird das Unternehmen die zu erwartenden Kosten und zusätzlichen Gewinne gegeneinander abwägen. Kosten entstehen in Form verringerter Einnahmen und Gewinne, wenn ein erheblicher Anteil der Kunden nur eines der miteinander ver-

bundenen Produkte erwerben möchte und darum auf den Erwerb des Pakets aus beiden Produkten verzichtet. Reagiert das fusionierte Unternehmen darauf mit einem reduzierten Preis für das Paket, verringern sich dadurch seine Einnahmen und Gewinne ebenfalls. Zusätzliche Gewinne werden langfristig möglich, wenn das fusionierte Unternehmen auf einem der beiden betroffenen Märkte seine Marktmacht erweitern kann. Ob die infolge einer Kopplung auftretenden Kosten oder Gewinne überwiegen, kann unter anderem von dem Wert und der Marge der betroffenen Produkte beeinflusst werden.²²³

- 168 Ein Anreiz für eine Bündelung kann auch daraus resultieren, dass auf dem Markt für das gebündelte Produkt **Netzwerkeffekte** oder **Skaleneffekte** auftreten. Unterliegt eines der betroffenen Produkte einem Netzwerkeffekt, kann das fusionierte Unternehmen von der (durch die Bündelung erreichten) weiteren Verbreitung des Produktes gegebenenfalls auch noch nach Beendigung der Strategie profitieren.
- 169 Wenn das fusionierte Unternehmen hingegen erwarten muss, dass andere Unternehmen einer Kopplungsstrategie mit Gegenstrategien begegnen werden, wird dies seinen Anreiz zur Durchführung einer solchen vermindern. Andere Anbieter der beiden Produkte könnten sich z.B. ebenfalls zusammenschließen oder die Produkte in einer strategischen Allianz gemeinsam vertreiben. Wettbewerber des fusionierten Unternehmens könnten auch versuchen, dem (drohenden) Verlust an Absatz mit einer aggressiven Preispolitik zu begegnen.²²⁴
- 170 Im Kontext der Zusammenschlusskontrolle ist dagegen nicht zu prüfen, inwieweit der Anreiz zu Kopplungsstrategien durch das Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen gesenkt wird. Vielmehr ist es Aufgabe der Fusionskontrolle, solche Marktstellungen, die später für Missbräuche genutzt werden könnten von vornherein zu verhindern, ohne nachträglich im Rahmen der Missbrauchsaufsicht tätig werden zu müssen. Insofern ist eine mögliche „Abschreckungswirkung“ anderer wettbewerbspolitischer Instrumente im Rahmen der Fusionskontrolle nicht zu berücksichtigen.²²⁵

²²³ Es ist z.B. unwahrscheinlich, dass eine Kopplung profitabel ist, wenn ein Unternehmen für zusätzlichen Absatz auf einem Markt mit kleinen Umsatzvolumina und geringen Margen auf Absatz in einem hoch rentablen Markt verzichten müsste.

²²⁴ Insoweit ist allerdings zu bedenken, dass die durch eine aggressive Preispolitik verringerten Einnahmen das wettbewerbliche Potential der Unternehmen vermindern und damit den Erfolg der Gegenstrategie verringern können.

²²⁵ Vgl. auch *Nothdurft, J.* (2006), Die Entscheidung des EuGH im Fall Tetra Laval, in: ZWeR, S. 306-320.

3. Portfolioeffekte

- 171 Selbst wenn zwischen den Produkten der Beteiligten keine (Komplementaritäts- oder Substitutions-) Beziehungen bestehen und die fusionierenden Unternehmen keine potentiellen Wettbewerber sind, kann eine konglomerate Fusion im Einzelfall die Marktmacht des Unternehmens auf einem der betroffenen Märkte erhöhen. So können Portfolioeffekte von Bedeutung sein, wenn eine größere Auswahl verschiedener Produkte für die Nachfrager einen Wert hat und sie es bevorzugen, diese Produkte von einem Anbieter zu beziehen („one-stop shopping“). Beispielsweise versuchen Hersteller teilweise die Zahl ihrer Vorlieferanten gering zu halten, so dass gegebenenfalls nur Anbieter eines ausreichenden Produktportfolios eine Chance haben, als Lieferant berücksichtigt zu werden.²²⁶ Unter solchen Bedingungen kann sich die Marktmacht eines Anbieters erhöhen, wenn er durch einen konglomeraten Zusammenschluss seine Produktpalette entsprechend erweitert.

4. Stärkung von Ressourcen

- 172 Eine Erhöhung der Marktmacht kann im Einzelfall auch dann durch eine konglomerate Fusion bewirkt werden, wenn diese die finanziellen oder bestimmte branchenspezifische Ressourcen des fusionierten Unternehmens stärkt. Dieser Punkt wurde bereits im Kontext von horizontalen Fusionen ausführlich dargestellt (siehe oben Punkt B.I.2.g).²²⁷ Dieselben Erwägungen finden auch bei konglomeraten Fusionen Anwendung.²²⁸

II. Gemeinsame Marktbeherrschung

- 173 Ein konglomerater Zusammenschluss kann eine gemeinsame Marktbeherrschung begründen oder verstärken, wenn er die Strukturfaktoren und Wirkungsmechanismen beeinflusst, die dazu führen, dass es an wesentlichem Binnen- und Außenwettbewerb fehlt. Gemeinsame Marktbeherrschung kann entstehen oder verstärkt werden, wenn die Wahrscheinlichkeit impliziter Koordinierung steigt, weil die Mit-

²²⁶ Denkbar wären solche Portfolioeffekte z.B. bei einem Anbieter, der seinen Abnehmern verschiedene (Vor-)Produkte liefern kann, die nicht zusammen verwendet werden müssen, von (vielen) Abnehmern aber (ggfls. für unterschiedliche Zwecke) verwendet werden.

²²⁷ Vgl. hierzu Rn. 49ff.

²²⁸ Vgl. als Beispiele für konglomerate Fusionen, die durch Verstärkung der Finanzkraft den Verhaltensspielraum des fusionierten Unternehmens erweiterten, z.B. BKartA, Beschl. v. 12.5.1976, B7-67/75, WuW/E BKartA 1625ff. – *GKN/Sachs* und BGH, Beschl. v. 21.2.1978, WuW/E BGH 1501ff. – *Kfz-Kupplungen*; sowie BKartA, Beschl. v. 4.3.1981, B7-35/80, WuW/E BKartA 1867ff. – *Rheinmetall/WMF*; und BGH, Beschl. v. 23.6.1985, WuW/E BGH 2150ff. – *Edelstahlbestecke*. Vgl. zu branchenspezifischen Ressourcen im Pressebereich z.B. BGH, Beschl. v. 27.5.1986, WuW/E BGH 2276, 2283 – *Süddeutscher Verlag/Donau Kurier*, Rn. 54ff.

glieder eines Oligopols durch den konglomeraten Zusammenschluss eher geneigt sind, ihr Verhalten zu koordinieren, bzw. wenn eine Koordination einfacher, wirksamer oder stabiler wird.²²⁹

- 174 Eine konglomerate Fusion kann das **Erzielen einer Verhaltenskoordination** z.B. dann erleichtern, wenn sie die Symmetrie der Oligopolisten erhöht. Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn sich ein Oligopolist mit einem Unternehmen zusammenschließt, das auf einem Markt tätig ist, auf dem andere Oligopolmitglieder ebenfalls tätig sind. Die Verhaltenskoordination kann zudem erleichtert werden, wenn sie eine Verflechtung²³⁰ zwischen Mitgliedern des Oligopols begründet, z.B. wenn durch den Zusammenschluss zwei Oligopolisten an einem Gemeinschaftsunternehmen beteiligt werden.²³¹
- 175 Begründet ein konglomerater Zusammenschluss strukturelle Verbindungen zwischen den Oligopolisten kann dies auch die **Markttransparenz** erhöhen und so die Entdeckung eines Abweichens von der Verhaltenskoordination begünstigen.²³² Führt ein Zusammenschluss dazu, dass sich die Oligopolisten auf einer größeren Anzahl von Märkten begegnen als zuvor („multi market contacts“), kann dies die Möglichkeiten erweitern, ein von der Koordinierung abweichendes Verhalten zu **sanktionieren**.²³³
- 176 Der von **potentiellen Wettbewerbern** ausgeübte Wettbewerbsdruck kann vermindert oder beseitigt werden, wenn durch die konglomerate Fusion eine Marktzutrittsschranke errichtet wird. Eine solche kann z.B. darin bestehen, dass potentielle Wettbewerber für einen erfolgreichen Markteintritt auf beiden Märkten eintreten müssten, auf denen sich das fusionierte Unternehmen betätigt. Des Weiteren kann eine konglomerate Fusion die Wahrscheinlichkeit erhöhen, dass es an Wettbewerbsdruck durch Außenseiter fehlt, wenn sich ein Oligopolmitglied mit ei-

²²⁹ Zur ausführlichen Erläuterung des Konzeptes gemeinsamer Marktbeherrschung vgl. Kapitel B.II., Rn. 76ff. Hier wird nur auf Besonderheiten im Zusammenhang mit konglomeraten Zusammenschlüssen eingegangen.

²³⁰ Vgl. hierzu Rn. 91.

²³¹ Vgl. zur Angleichung der Tätigkeitsbereiche und unternehmensbezogener Strukturmerkmale sowie zu Verflechtungen über Gemeinschaftsunternehmen auf Drittmarkten BKartA, Beschl. v. 19.1.2006, B6-103/05 – *Springer/ProSiebenSat. 1*, S. 38ff.

²³² Vgl. hierzu Rn. 100.

²³³ Vgl. hierzu Rn. 104.

nem Unternehmen zusammenschließt, welches bislang Druck auf den oligopolistisch beherrschten Markt ausgeübt hat.²³⁴

²³⁴ So die Argumentation im Fall Springer/ProSiebenSat.1: Durch den Zusammenschluss der BILD-Zeitung mit einem der Duopolisten auf dem deutschen Fernsehwerbemarkt, wäre der Randwettbewerb entfallen, den die BILD-Zeitung auf das Duopol ausübt. Vgl. BKartA, Beschl. v. 19.1.2006, B6-103/05 – *Springer/ProSiebenSat.1*, S. 39.

E. Kausalität

- 177 Voraussetzung für die Untersagung eines Zusammenschlusses ist nicht allein die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, sondern auch, dass der Zusammenschluss kausal für diese Verschlechterung der Marktverhältnisse ist. Dabei genügt es, dass der Zusammenschluss neben anderen Faktoren mit ursächlich für die Entstehung oder Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung ist.²³⁵ Maßgeblich für die Beurteilung der Kausalität ist der Zeitpunkt, zu dem das Bundeskartellamt über den Zusammenschluss entscheidet, bzw. – wenn Beschwerde eingelegt wird – der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor Gericht (in der Tatsacheninstanz), also vor dem OLG Düsseldorf.
- 178 Ein Zusammenschluss ist dann nicht kausal für die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, wenn die (prognostizierte) Verschlechterung der Marktverhältnisse auch ohne den Zusammenschluss einträte.²³⁶ Für die Prüfung der Kausalität ist es erforderlich, die voraussichtlichen Marktverhältnisse nach dem Zusammenschluss den voraussichtlichen Marktverhältnissen ohne den Zusammenschluss (sogenanntes „**counterfactual**“) gegenüber zu stellen. Maßgeblich ist mithin ein Vergleich zweier zukunftsgerichteter Szenarien. Nur wenn dieser Vergleich ergibt, dass die Wettbewerbsbedingungen mit dem Zusammenschluss schlechter sein werden als ohne den Zusammenschluss, ist der Zusammenschluss für die Verschlechterung kausal und wird untersagt oder nur mit Nebenbestimmungen freigegeben.²³⁷
- 179 An der Kausalität des Zusammenschlusses für die Verschlechterung der Marktverhältnisse fehlt es insbesondere, wenn die Voraussetzungen einer sog. **Sanierungs-**

²³⁵ Vgl. BGH, Beschl. v. 15.10.1991, WuW/E BGH 2743, 2748 – *Stormarner Tageblatt*.

²³⁶ Vgl. KG, Beschl. v. 1.3.1989, WuW/E OLG 4379, 4386f. – *Schleswig-Holsteinischer Anzeigenverlag*; sowie OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.4.2007, WuW/E DE-R 1958, 1972f. – *Rhön-Grabfeld*.

²³⁷ Bei der Frage, welche Wettbewerbsbedingungen ohne den Zusammenschluss zu erwarten sind, sind die gleichen Maßstäbe anzulegen wie für den Nachweis der Marktbeherrschung.

fusion erfüllt sind.²³⁸ Eine entsprechende Einrede (failing company defence) sowie der Nachweis, dass die Voraussetzungen hierfür vorliegen, obliegen den beteiligten Unternehmen. Ein Zusammenschluss ist trotz Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung als Sanierungsfusion freizugeben, wenn die folgenden Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:

- Das erworbene Unternehmen würde ohne den Zusammenschluss aus dem Markt ausscheiden, weil es **sanierungsbedürftig** und alleine nicht überlebensfähig ist.²³⁹ Im Regelfall dürfte dies gegeben sein, wenn ein Insolvenzverfahren bereits eingeleitet ist oder überprüfbar unmittelbar bevorsteht. Die Sanierungsbedürftigkeit ist mit geeigneten Unterlagen nachzuweisen, die bloße Behauptung der Beteiligten reicht nicht aus. Besonders aussagekräftig sind Unterlagen, die bereits vor dem Zusammenschlussvorhaben für andere Zwecke oder von unabhängigen Dritten erstellt wurden. Bei der Bewertung können u.a. Dokumente mit folgenden Informationen hilfreich sein: Gewinn- und Verlustentwicklung, Bilanzen, Einstufung durch Rating-Agenturen bzw. „Kreditwürdigkeit“, Einstufung durch Lieferanten, sowie Angaben zu verschiedenen Kennzahlen, z.B. EBIT,²⁴⁰ ROI,²⁴¹ Cash Flow, Liquidität, Verschuldungsgrad, Eigenkapitalrentabilität, Eigenkapitalquote, insbesondere im Vergleich zum Branchendurchschnitt. Relevant ist ebenfalls, ob eine Restrukturierung bzw. Refinanzierung möglich erscheint.²⁴² Maßgeblich sind die Umstände des Einzelfalls.

²³⁸ Vgl. BGH, Beschl. v. 23.10.1979, WuW/E BGH 1655, 1660 – *Zementmahanlage II*. Zur Entscheidungspraxis des BKartA vgl. insbesondere BKartA, Beschl. v. 10.12.2002, B6-98/02 – *Tagesspiegel/Berliner Zeitung*, S. 37f.; BKartA, Beschl. v. 2.5.2003, B3-8/03 – *Ajinomoto/Orsan*, S. 16f.; BKartA, Beschl. v. 21.10.2003, B7-100/03 – *Imation/EMTEC*, Rn. 54ff.; BKartA, Beschl. v. 10.3.2005, B10-123/04 – *Rhön/Rhön-Grabfeld*, Rn. 232ff.; BKartA, Beschl. v. 11.4.2006, B6-142/05 – *RTL/n-tv*, S. 39ff.; BKartA, Beschl. v. 6.6.2007, B3-6/07 – *LBK Hamburg/Mariahilf*, Rn. 231ff.; BKartA, Fallbericht, B6-67/09 – *Eberbacher Zeitung/Rhein-Neckar-Zeitung*, verfügbar unter <http://www.bundeskartellamt.de>; BKartA, Beschl. v. 21.5.2010, B9-13/10 – *Mag-na/Karmann*, S. 122ff.

²³⁹ Für eine Ablehnung der Sanierungsbedürftigkeit vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 6.6.2007, B3-6/07 – *LBK Hamburg/Mariahilf*, Rn. 235ff.; sowie BKartA, Beschl. v. 10.3.2005, B10-123/04 – *Rhön/Rhön-Grabfeld*, Rn. 233ff. Der Umstand, dass das sanierungsbedürftige Unternehmen ein verbundenes bzw. kontrolliertes Unternehmen ist und dass das kontrollierende Unternehmen nicht ebenfalls sanierungsbedürftig ist, schließt die Anwendung der Sanierungsfusion nicht grundsätzlich aus; vgl. dazu z.B. BKartA, Beschl. v. 11.4.2006, B6-142/05 – *RTL/n-tv*, S. 39ff.

²⁴⁰ Diese Kennzahl steht für „earnings before interest and tax“.

²⁴¹ Diese Kennzahl steht für „return on investment“.

²⁴² Vgl. BKartA, Beschl. v. 29.11.2007, B6-158/07 – *Land Rheinland-Pfalz/Lotto Rheinland-Pfalz*, Rn. 202ff.

- Es gibt **keine wettbewerblich weniger schädliche Alternative** zu dem Zusammenschluss.²⁴³ Insbesondere kommt **kein** Unternehmen als **alternativer Erwerber** in Betracht, dessen Erwerb den Wettbewerb weniger beeinträchtigen würde als der vorliegende Zusammenschluss.²⁴⁴ Dies erfordert den Nachweis, dass sich der Verkäufer ausreichend um eine anderweitige Veräußerung bemüht hat.²⁴⁵ In diesem Kontext kann auch relevant sein, warum etwaige Verkaufsbemühungen gescheitert sind. Insbesondere scheidet ein potentieller Erwerber nicht schon deshalb als Alternative aus, weil er dem Veräußerer einen geringeren Kaufpreis angeboten hat. Dagegen kann ein Erwerbsinteressent z.B. dann keine Alternative darstellen, wenn er kein tragfähiges langfristiges Konzept für die Weiterführung und Finanzierung des übernommenen Unternehmens vorzuweisen hat.²⁴⁶

- Die **Marktposition des erworbenen Unternehmens würde auch ohne den Zusammenschluss im Wesentlichen dem erwerbenden Unternehmen zufallen.**²⁴⁷ Dies ist insbesondere dann zu erwarten, wenn es sich bei den Zusammenschlussbeteiligten um die einzigen wesentlichen Wettbewerber handelt und die Marktgegenseite somit keine anderen Ausweichmöglichkeiten hat.²⁴⁸ Bei mehreren im Markt verbleibenden Wettbewerbern ist im Regelfall zu erwarten, dass die bislang auf das ausscheidende Unternehmen entfallenden Marktanteile ohne den Zusammenschluss nicht insgesamt dem Erwerber zufallen, sondern sich auf die am Markt verbleibenden Unternehmen verteilen.²⁴⁹ In einem solchen Marktumfeld kann ein weitestgehender (aber nicht vollständiger) Übergang der Marktposition auf den Erwerber, der ohne den Zusammenschluss zu erwarten ist, insbesondere dann ausreichen, wenn auch nach dem Zusammenschluss mit gewissen Abschmelzeffekten zugunsten der

²⁴³ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.4.2007, WuW/E DE-R 1958, 1972f. – *Rhön-Grabfeld*.

²⁴⁴ Zum Nachweis eines alternativen Erwerbers vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 6.6.2007, B3-6/07 – *LBK Hamburg/Mariahilf*, Rn. 254ff.; sowie BKartA, Beschl. v. 21.5.2010, B9-13/10 – *Magna/Karmann*, S. 122.

²⁴⁵ Vgl. dazu BKartA, Beschl. v. 12.11.1998, B6-81/98 – *M. DuMont Schauberg/Kölnische Rundschau*. in: Tätigkeitsbericht 1997/98, BT-Drs. 14/1139, S. 88f.; BKartA, Beschl. v. 10.3.2005, B10-123/04 – *Rhön/Rhön-Grabfeld*, Rn. 240ff.; BKartA, Beschl. v. 6.6.2007, B3-6/07 – *LBK Hamburg/Mariahilf*, Rn. 254f.

²⁴⁶ Vgl. dazu z.B. BKartA, Beschl. v. 21.10.2003, B7-100/03 – *Imation/EMTEC*, Rn. 56ff.

²⁴⁷ Vgl. BGH, Beschl. v. 23.10.1979, WuW/E BGH 1655, 1660 – *Zementmahlanlage II*.

²⁴⁸ Vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 21.10.2003, B7-100/03 – *Imation/EMTEC*, Rn. 62f.

²⁴⁹ Vgl. dazu z.B. BKartA, Beschl. v. 10.3.2005, B10-123/04 – *Rhön/Rhön-Grabfeld*, Rn. 244f.; BKartA, Beschl. v. 6.6.2007, B3-6/07 – *LBK Hamburg/Mariahilf*, Rn. 262ff.

Wettbewerber zu rechnen ist.²⁵⁰ Dagegen kann eine Insolvenz eine wettbewerblich vorzugswürdige Alternative zu dem Zusammenschluss darstellen, wenn die verbliebenen Anbieter um die Marktanteile und die Vermögenswerte des insolventen Unternehmens konkurrieren würden.²⁵¹ Vorzugswürdig ist eine Insolvenz hingegen in der Regel nicht, wenn zu erwarten ist, dass sie zum Ausscheiden der Vermögensgüter und des damit verbundenen Wettbewerbspotentials des Zielunternehmens führt. Soweit die Wettbewerbsverhältnisse durch den Zusammenschluss dann nicht schlechter als bei einem Ausscheiden des insolventen Unternehmens werden, reicht dies für die Anerkennung einer Sanierungsfusion aus.²⁵²

²⁵⁰ Im Verfahren *Eberbacher Zeitung/Rhein-Neckar-Zeitung* wurde dieser Aspekt erörtert, war aber letztlich nicht entscheidungserheblich. Vgl. dazu BKartA, Fallbericht, B6-67/09 – *Eberbacher Zeitung/Rhein-Neckar-Zeitung*, verfügbar unter <http://www.bundeskartellamt.de>, unter Bezugnahme auf Monopolkommission (2004), Sondergutachten Nr. 42, Die Pressefusionskontrolle in der 7. GWB-Novelle, Rn. 140.

²⁵¹ Vgl. dazu z.B. BKartA, Beschl. v. 2.5.2003, B3-8/03 – *Ajinomoto/Orsan*, S. 16f.; sowie BKartA, Beschl. v. 21.5.2010, B9-13/10 – *Magna/Karmann*, S. 135.

²⁵² Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.4.2007, WuW/E DE-R 1958, 1972f. – *Rhön-Grabfeld*; sowie Monopolkommission (2004), Die Pressefusionskontrolle in der 7. GWB-Novelle, Sondergutachten Nr. 42, Rn. 140.

F. Abwägungsklausel

- 180 Ein Zusammenschluss, der eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, ist dann nicht zu untersagen, wenn die Voraussetzungen der sogenannten Abwägungsklausel nach § 36 Abs. 1 HS 2 GWB vorliegen. Diese Ausnahme greift ein, wenn die beteiligten Unternehmen nachweisen, dass durch den Zusammenschluss auf einem anderen Markt auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und dass diese Verbesserungen die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen.
- 181 Die Abwägungsklausel sieht vor, dass die negativen wettbewerblichen Auswirkungen auf dem Markt, auf dem eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird („Verschlechterungsmarkt“), und etwaige positive wettbewerbliche Auswirkungen auf einem anderen Markt („Verbesserungsmarkt“) gegeneinander abgewogen werden. Aus wettbewerblicher Sicht ist eine Untersagung eines Zusammenschlusses nicht gerechtfertigt, wenn der Zusammenschluss auf dem einen Markt wettbewerbliche Verbesserungen in größerem Ausmaß bewirkt als die wettbewerblichen Verschlechterungen auf dem anderen Markt. Da gleichwohl eine marktbeherrschende Stellung auf einem Markt hingenommen wird, dürfen an die Abwägungsklausel und deren Voraussetzungen keine zu geringen Anforderungen gestellt werden. Grundsätzlich kommen als Verbesserungen ausschließlich wettbewerbliche Auswirkungen auf einem anderen Markt in Betracht, welche die Marktstrukturen betreffen.
- 182 Die Abwägungsklausel ermöglicht eine Abwägung ausschließlich von **wettbewerblichen Auswirkungen** eines Zusammenschlusses. Etwaige gesamtwirtschaftliche Vorteile, politische Zielsetzungen²⁵³ und sonstige Allgemeininteressen können vom Bundeskartellamt nicht berücksichtigt werden, sondern ausschließlich im Rahmen eines Ministererlaubnisverfahrens vom Bundeswirtschaftsminister (§ 42 GWB).
- 183 Die wettbewerblich positiven Auswirkungen des Zusammenschlusses müssen **struktureller Art** sein – ebenso wie dessen wettbewerblich negativen Auswirkungen.

²⁵³ Wird z.B. durch den Zusammenschluss zweier Kabelnetzbetreiber der Breitbandausbau beschleunigt, ist die technologiepolitische Zielsetzung „Förderung des Breitbandausbaus“ für sich genommen kein berücksichtigungsfähiger Vorteil. Wird hingegen die Substitutionskonkurrenz zu anderen Netzen gestärkt, weil (durch Erreichen notwendiger Netzgrößen und -verbindungen) Internetzugänge angeboten werden, kommt dieser Vorteil als wettbewerbliche Auswirkung in Betracht. Vgl. dazu BKartA, Beschl. v. 3.4.2008, B7-200/07 – KDG/Orion, Rn. 270ff.

gen, die eine Marktbeherrschung begründen oder verstärken.²⁵⁴ Damit sind grundsätzlich die gleichen Kriterien für die wettbewerbliche Verbesserung wie für die wettbewerbliche Verschlechterung relevant. Positive Auswirkungen können z.B. der Erhalt einer größeren Anzahl von Unternehmen im Markt, der Fortbestand einer Marke und damit von Konkurrenzprodukten sowie die Beseitigung oder Absenkung von Marktzutrittsschranken²⁵⁵ sein.

- 184 Aspekte, die sich nicht auf die Marktstruktur beziehen und deshalb nicht im Rahmen der Abwägungsklausel berücksichtigt werden können, sind z.B. erwartete Preissenkungen, ein nach einem Business Plan beabsichtigtes Verhalten oder die Bereitschaft zu Investitionen.²⁵⁶ Solche Verhaltensweisen können – auch über eventuelle Nebenbestimmungen – letztlich nicht verbindlich vorgegeben werden. Sie wären im Zweifelsfall nicht durchsetzbar. Eine strukturelle Wirkung ist hingegen nicht schon deshalb abzulehnen, weil sie nicht unmittelbar mit dem Zusammenschluss eintritt, sondern noch eine bestimmte Verhaltensweise (z.B. Investitionen, Marktzutritt) erfordert, die durch den Zusammenschluss ermöglicht oder begünstigt wird. Entscheidend ist dabei, wie sich der Zusammenschluss auf die Anreize der Marktteilnehmer auswirkt: Es handelt sich um eine Verbesserung im Sinne der Abwägungsklausel, wenn die wirtschaftlichen Verhältnisse auf dem relevanten Markt nach dem Zusammenschluss dem betreffenden Marktteilnehmer die erforderliche Verhaltensweise derart nahelegen, dass dieses Verhalten mit ausreichender Wahrscheinlichkeit erwartet werden kann.²⁵⁷
- 185 Ebenfalls nicht ausreichend sind reine betriebswirtschaftliche Vorteile, wie bessere Kapazitätsauslastung oder Kosteneinsparungen der Zusammenschlussbeteiligten.²⁵⁸ Auch eventuell durch den Zusammenschluss realisierbare Effizienzen sind für sich genommen nicht abwägungsfähig. Sofern von ihnen jedoch eine strukturelle Wirkung ausgeht, können diese Verbesserungen berücksichtigt werden.²⁵⁹
- 186 Die abzuwägenden wettbewerblichen Auswirkungen müssen **auf verschiedenen Märkten** eintreten. Treten die Auswirkungen auf *demselben* Markt auf, sind sie nicht

²⁵⁴ Vgl. BGH, Beschl. v. 8.2.1994, WuW/E BGH 2899, 2902 – *Anzeigenblätter II*; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 18.10.2006, WuW/E DE-R 1845, 1853 – *SES/DPC*; BKartA, Beschl. v. 28.12.2004, B7-150/04 – *SES/DPC*, Rn. 176; sowie BKartA, Beschl. v. 3.4.2008, B7-200/07 – *KDG/Orion*, Rn. 227.

²⁵⁵ Vgl. BKartA, Beschl. v. 3.4.2008, B7-200/07 – *KDG/Orion*, Rn. 227; sowie BKartA, Beschl. v. 28.12.2004, B7-150/04 – *SES/DPC*, Rn. 176.

²⁵⁶ Vgl. BKartA, Beschl. v. 3.4.2008, B7-200/07 – *KDG/Orion*, Rn. 245.

²⁵⁷ Vgl. BGH, Beschl. v. 8.2.1994, WuW/E BGH 2899, 2902 – *Anzeigenblätter II*.

²⁵⁸ Vgl. BKartA, Beschl. v. 21.4.1999, B1-275/98 – *Pfleiderer/Coswig*, Rn. 21.

²⁵⁹ Dies könnte z.B. gegeben sein, wenn die Zusammenführung von Netzen die Voraussetzung für das Angebot von Internetzugängen erleichtert bzw. schafft, das vorher auf die Nutzung von Monopolinfrastruktur angewiesen war.

im Rahmen der Abwägungsklausel, sondern bereits bei der Beurteilung darüber zu berücksichtigen, ob eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird.²⁶⁰

- 187 Nur wenn bei der Saldierung von wettbewerblich positiven und negativen Auswirkungen im Rahmen der erforderlichen Gesamtbetrachtung die negativen überwiegen, verschlechtert sich die Struktur des betroffenen Marktes i.S.d. Untersagungsvoraussetzungen.²⁶¹ Damit eine Verschlechterung, die eine Untersagung rechtfertigen würde, ausnahmsweise akzeptiert werden kann, müssen auf einem anderen Markt entsprechend gewichtige Verbesserungen eintreten. Als Verbesserungsmärkte kommen nach ständiger Praxis des Bundeskartellamtes daher nur **beherrschte Märkte** in Betracht.²⁶² Denn eine Verbesserung kann spiegelbildlich nur dann die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen, wenn sie geeignet ist, eine marktbeherrschende Stellung auf dem Verschlechterungsmarkt abzubauen oder zumindest abzumildern.
- 188 Der Verbesserungsmarkt muss **Deutschland ganz oder teilweise umfassen**. Denn auch für die im Rahmen der Abwägungsklausel zu berücksichtigenden positiven Wirkungen auf den Wettbewerb gilt spiegelbildlich die Beschränkung auf Inlandswirkungen in § 130 Abs. 2 GWB. Nicht ausreichend sind daher wettbewerblich positive Auswirkungen ausschließlich auf einem ausländischen Markt.
- 189 Die Abwägungsklausel setzt auch voraus, dass die Verbesserungen nur durch den Zusammenschluss möglich sind. Die **Kausalität** ist nach der Rechtsprechung zu bejahen, wenn sich aufgrund der gegebenen und der zu erwartenden Marktverhältnisse anhand der konkreten Umstände mit hoher Wahrscheinlichkeit sagen lässt, dass nach allgemeiner Erfahrung über wirtschaftliches Verhalten eine gleichwertige Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen ohne den Zusammenschluss nicht zu erwarten ist.²⁶³ Sind gleichwertige Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen ohnehin zu erwarten oder können sie auch auf anderem Weg erreicht werden, ist der Zusammenschluss nicht kausal für diese Verbesserungen. Abwägungsrelevant

²⁶⁰ Zur Abwägung positiver Auswirkungen im selben Markt innerhalb der Marktbeherrschungsprüfung vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 20.6.2005, B7-22/05 – *iesy/ish*, Rn. 203ff.

²⁶¹ Vgl. BKartA, Beschl. v. 3.4.2008, B7-200/07 – *KDG/Orion*, Rn. 227, Fn. 15.

²⁶² Vgl. BKartA, Beschl. v. 28.12.2004, B7-150/04 – *SES/DPC*, Rn.158; BKartA, Beschl. v. 22.2.2002, B7-168/01 – *Liberty/KDG*, Rn. 103f. Eine andere Auffassung vertritt insoweit OLG Düsseldorf, Beschl. v. 18.10.2006, WuW/E DE-R 1845, 1851 – *SES/DPC*. Die Frage ist bislang nicht höchstrichterlich geklärt.

²⁶³ Vgl. BGH, Beschl. v. 12.12.1978, WuW/E BGH, 1533, 1539 f. – *Erdgas Schwaben*; KG, Beschl. v. 7.11.1985, WuW/E OLG, 3759, 3767 – *Pillsbury/Sonnen-Bassermann*. Dabei genügt der Nachweis, dass aufgrund der Marktverhältnisse und konkreter Umstände mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass nach allgemeiner Erfahrung eine gleichwertige Verbesserung ohne den Zusammenschluss nicht zu erwarten ist.

ist dagegen der Vorteil, dass die Verbesserungen schneller eintreten, wenn der Zusammenschluss stattfindet.²⁶⁴ Der Prognosezeitraum bezüglich der Verbesserung ist – wie der Prognosezeitraum bezüglich der Entstehung oder Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung – von dem betroffenen Markt abhängig.

190 Die Kausalität erfordert zudem einen gewissen Zusammenhang der wettbewerblichen Verschlechterungen und Verbesserungen. Dieser ist nicht in dem Sinne herbeiführbar, dass durch die Ausgestaltung des Zusammenschlussvorhabens bzw. durch das Angebot von Nebenbestimmungen ein Paket aus mehreren eigentlich unabhängigen Vorhaben geschnürt wird, um auch die notwendigen Verbesserungswirkungen „durch den Zusammenschluss“ erzielen zu können. Das Kausalitätserfordernis bietet somit auch Gewähr für einen gewissen Zusammenhang zwischen den Verschlechterungs- und Verbesserungsmärkten. Über die Kausalität hinaus ist kein besonderer Konnex zwischen den Märkten erforderlich, etwa derart, dass die gleichen Kunden betroffen sein müssten.²⁶⁵

191 Daraus ergibt sich, dass die notwendigen Verbesserungswirkungen nicht beliebig über Nebenbestimmungen „aushandelbar“ sind.²⁶⁶ Gleichwohl können Nebenbestimmungen in manchen Fällen dazu beitragen, die Voraussetzungen der Abwägungsklausel zu erfüllen.²⁶⁷ Die Verbesserungen müssen aber in Zusammenhang zum eigentlichen Zusammenschluss stehen. Nebenbestimmungen können auch auf das Verhalten einwirken, sofern dabei ein struktureller Effekt erzielt wird, der hinreichend wirksam und nachhaltig ist.²⁶⁸ Verbesserungen lassen sich jedoch insofern nur begrenzt über Nebenbestimmungen herbeiführen, als sich die Erwartung der Verbesserungen auf wirtschaftliche Gegebenheiten (und nicht lediglich auf Versprechungen oder Planungen der Zusammenschlussbeteiligten) stützen muss, denn nur

²⁶⁴ Vgl. BGH, Beschl. v. 12.12.1978, WuW/E BGH, 1533, 1541 – *Erdgas Schwaben*; sowie auch BKartA, Beschl. v. 3.4.2008, B7-200/07 – *KDG/Orion*, Rn. 256ff.; oder BKartA, Beschl. v. 4.4.2001, B7-205/00 – *Callahan/NetCologne*, S. 24.

²⁶⁵ In Zeitungsfällen sind z.B. meist andere Kunden betroffen, in den Kabelfällen dagegen (potentiell) die gleichen.

²⁶⁶ Vgl. dazu bereits Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 1987/1988, BT-Drs. 11/4611, S. 15.

²⁶⁷ Beispiele für entsprechende Verwaltungspraxis z.B. BKartA, Beschl. v. 19.12.2007, B8-123/07 – *E.ON Avacon/WEVG*, Rn. 25; BKartA, Beschl. v. 23.10.2007, B8-93/07 – *RWE/SWKN*, Rn. 34f.; grds. auch BKartA, Beschl. v. 12.3.2007, B8-62/06 – *RWE Energie/SaarFergas*, S. 48; allerdings hätten in diesem Fall die mit den angebotenen Zusagen zu erreichenden Verbesserungen die mit dem Zusammenschluss bewirkten Verschlechterungen nicht überwogen.

²⁶⁸ Beispielsweise wurden Nebenbestimmungen, die die Beteiligten verpflichten, Verkehrsleistungen nur noch über Ausschreibungen zu vergeben, grundsätzlich als strukturelle Bedingung wirksamen Wettbewerbs auch höchstrichterlich anerkannt. Vgl. BGH, Beschl. v. 7.2.2006, WuW/E BGH 1681f. – *DB Regio/üstra*, Rn. 57ff.

insoweit ist sie durch die Marktstruktur begründet.²⁶⁹ Im Einzelfall können die Verbesserungswirkungen über Nebenbestimmungen gegebenenfalls unterstützt werden, indem sie die Wahrscheinlichkeit der Strukturveränderung erhöhen oder ein Offenhalten der Märkte absichern.

- 192 Die wettbewerblich positiven Auswirkungen müssen die wettbewerblich negativen Auswirkungen der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung **überwiegen**. Nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut des § 36 Abs. 1 HS 2 GWB genügt ein bloßes Aufwiegen nicht.²⁷⁰ Bei der Abwägung der wettbewerblich positiven und der wettbewerblich negativen Auswirkungen des Zusammenschlusses berücksichtigt das Bundeskartellamt quantitative und qualitative Aspekte. Notwendig ist eine Gesamtbetrachtung, in die sowohl Marktkriterien als auch eine Bewertung der Verbesserungswirkungen eingehen.
- 193 Bei den **Marktkriterien** wird in quantitativer Hinsicht insbesondere die gesamtwirtschaftliche Bedeutung der betroffenen Märkte berücksichtigt. Diese bemisst sich insbesondere nach dem Marktvolumen²⁷¹ der betroffenen Märkte, kann sich aber auch nach deren räumlicher Ausdehnung bemessen.²⁷² Es ist aber auch zu berücksichtigen, inwieweit es sich um Märkte handelt, die eine Schlüsselfunktion für eine ganze Branche oder für zahlreiche weitere Märkte spielen.²⁷³
- 194 Das Ausmaß der strukturellen **Verbesserungswirkungen** kann etwa anhand eines Marktanteilszugewinns und der daraus resultierenden Wettbewerbsintensivierung bewertet werden.²⁷⁴ Die Höhe der durch eine Transaktion betroffenen Beteiligungen kann auch eine Rolle spielen. Beispielsweise kann die Verbesserung durch eine vollständige Auflösung einer Unternehmensbeteiligung die Verschlechterung durch eine bloße Erhöhung einer bereits bestehenden Unternehmensbeteiligung überwie-

²⁶⁹ Vgl. BGH, Beschl. v. 8.2.1994, WuW/E BGH 2899, 2902 – *Anzeigenblätter II*.

²⁷⁰ Vgl. BGH, Beschl. v. 29.9.1981, WuW/E BGH 1854, 1861 – *Straßenverkaufszeitungen*; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 18.10.2006, WuW/E DE-R 1845, 1853 – *SES/DPC*; BKartA, Beschl. v. 23.10.2007, B8-93/07 – *RWE/SWKN*, Rn. 34; BKartA, Beschl. v. 12.3.2007, B8-62/06 – *RWE Energie/SaarFerngas*, S. 54; BKartA, Beschl. v. 19.12.2007, B8-123/07 – *E.ON Avacon/WEVG*, Rn. 24.

²⁷¹ Vgl. BKartA, Beschl. v. 3.4.2008, B7-200/07 – *KDG/Orion*, Rn. 271; BKartA, Beschl. v. 12.10.2007, B8-59/07 – *VNG/EWE/E-ON/ThyssenGas/trac-x*, Rn. 51f.; im Fall BKartA, Beschl. v. 23.10.2007, B8-93/07 – *RWE/SWKN*, Rn. 41 war in quantitativer Hinsicht die von der Verbesserung und der Verschlechterung jeweils betroffene Gasmenge maßgeblich.

²⁷² So konnten etwa Verbesserungen auf dem Münchener Zeitungsmarkt strukturelle Verschlechterungen auf dem deutschen Markt für Straßenverkaufszeitungen nicht überwiegen. Vgl. BGH, Beschl. v. 29.9.1981, WuW/E BGH 1854, 1860f. – *Straßenverkaufszeitungen*.

²⁷³ Vgl. BKartA, Beschl. v. 3.4.2008, B7-200/07 – *KDG/Orion*, Rn. 272.

²⁷⁴ Vgl. BKartA, Beschl. v. 8.2.2007, B5-1003/06 – *Atlas Copco/ABAC*, Rn. 131.

gen.²⁷⁵ Bei der qualitativen Bewertung einer Verbesserung durch Abgabe einer Beteiligung macht es einen Unterschied, ob die Beteiligung an einen aktiven und potenten Wettbewerber mit eigenen strategischen Interessen oder an einen reinen Finanzinvestor abgegeben wird.²⁷⁶

- 195 Die **Darlegungs- und Beweislast** für die eintretenden Verbesserungen, für ein Überwiegen der Verbesserungen und für die Kausalität obliegt nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut des § 36 Abs. 1 HS 2 GWB den am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen. Gefordert ist ein substantiiertes und konsistenter Vortrag, der insbesondere für den Verbesserungsmarkt die eintretenden Verbesserungen darlegt. Nachzuweisen ist, dass die Umsetzung der Transaktion dazu führt, dass die erwarteten Verbesserungen eintreten.
- 196 Wenn die beteiligten Unternehmen Verbesserungen substantiiert vortragen, aber genaue Tatsachen selbst nicht ermitteln können, ist das Bundeskartellamt nach dem Amtsermittlungsgrundsatz gehalten, dem nachzugehen und ggfls. Ermittlungen durchzuführen. Grundsätzlich sind die Marktverhältnisse besser durch das Bundeskartellamt zu ermitteln.²⁷⁷ Ermittlungen sind aber nur im Rahmen dessen möglich und notwendig, was von den Beteiligten dargelegt wird. Die Prüfung erfordert zudem, dass der entsprechende Vortrag rechtzeitig erfolgt. Werden durch den Vortrag zusätzliche Ermittlungen des BKartA notwendig, die innerhalb des Fristablaufs nicht mehr abgeschlossen werden können, genügen die Zusammenschlussbeteiligten ihrer Darlegungs- und Beweislast nur dann, wenn sie einer ausreichenden Fristverlängerung zustimmen.

²⁷⁵ Vgl. BKartA, Beschl. v. 19.12.2007, B8-123/07 – *E.ON Avacon/WEVG*, Rn. 26; BKartA, Beschl. v. 23.10.2007, B8-93/07 – *RWE / SWKN*, Rn. 41.

²⁷⁶ Vgl. BKartA, Beschl. v. 12.3.2007, B8-62/06 – *RWE Energie/SaarFerngas*, S. 52.

²⁷⁷ Die Möglichkeiten der Beteiligten sind insbesondere beim Nachweis von Marktherrschaft eingeschränkt. Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 18.10.2006, WuW/E DE-R 1845 – *SES/DPC*, Rn. 63.