

**Stellungnahme von Linklaters LLP**

**zum**

**Entwurf des Leitfadens des Bundeskartellamtes  
zur Markbeherrschung in der Fusionskontrolle  
vom 21. Juli 2011**

## Stellungnahme

Das Bundeskartellamt hat am 21. Juli 2011 den Entwurf eines „Leitfadens zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle“ („Leitfaden“) veröffentlicht und die Möglichkeit eröffnet, hierzu bis zum 21. September 2011 eine Stellungnahme einzureichen. Linklaters begrüßt, dass das Bundeskartellamt zu dem neuen Leitfaden eine Konsultation durchführt. Zu dem Entwurf des Leitfadens äußern wir uns wie folgt:

### 1 Allgemeine Bemerkungen

Die Veröffentlichung des Leitfadens, der die Prüfungsschwerpunkte und die Kriterien erläutert, nach denen das Bundeskartellamt die Zulässigkeit eines Zusammenschlusses bemisst, ist grundsätzlich zu begrüßen. Seit dem Vorgängerdokument „Auslegungsgrundsätze zur Prüfung von Marktbeherrschung“ vom Oktober 2000, das im Juli 2005 überarbeitet worden war („Grundsätze“), hat sich die Fusionskontrollpraxis des Bundeskartellamtes und der Gerichte stetig weiterentwickelt. Insbesondere die verstärkte Berücksichtigung von ökonomischen Erkenntnissen und Konzepten in der Entscheidungspraxis hat zu einer weitgehenden Neuausrichtung der deutschen Fusionskontrolle geführt, die mit einer verstärkten Annäherung an die Kriterien in der europäischen Fusionskontrollpraxis einhergegangen ist. Die Grundsätze aus dem Jahr 2000/2005 bieten deshalb für Unternehmen und Rechtssuchende heute nur noch eine begrenzte Orientierungshilfe.

Fraglich ist allerdings, ob die Veröffentlichung des Leitfadens zum jetzigen Zeitpunkt zweckmäßig ist. Das Bundeswirtschaftsministerium hat eine 8. GWB-Novelle angekündigt, die noch in dieser Legislaturperiode verabschiedet werden soll. Hauptanliegen dieser Novelle soll die Übernahme von Elementen der europäischen Fusionskontrolle in das deutsche Recht sein. Zu erwarten ist, dass entsprechend dem europäischen SIEC-Kriterium auch im deutschen Recht eine „wesentliche Behinderung effektiven Wettbewerbs“ zum neuen Untersagungskriterium bestimmt wird. Der Marktbeherrschungstest wird dadurch nicht irrelevant. Durch die Einbindung in das neue Kriterium der „wesentlichen Behinderung effektiven Wettbewerbs“ als (wichtigsten) Beispielfall wird aber die Auslegung des Begriffs Marktbeherrschung inhaltlich beeinflusst. Im Übrigen hat die europäische Entscheidungspraxis gezeigt, dass sich die Europäische Kommission („Kommission“) in ihren Entscheidungen immer mehr vom Beispielfall der Marktbeherrschung gelöst und direkt auf das neue SIEC-Kriterium gestützt hat. Wenn die 8. GWB-Novelle, wie zu erwarten ist, das europäische Kriterium übernimmt, ist es wahrscheinlich, dass sich auch in der deutschen Praxis ein ähnlicher Prozess vollziehen wird. Der Begriff Marktbeherrschung würde dadurch neue Konturen erhalten und voraussichtlich nach und nach an Bedeutung verlieren, indem die Fusionskontrolle zunehmend direkt auf das neue Kriterium der „wesentlichen Behinderung effektiven Wettbewerbs“ gestützt wird. Der Leitfaden müsste deshalb nach der 8. GWB-Novelle überarbeitet und an das neue Kriterium der wesentlichen Behinderung effektiven Wettbewerbs angepasst werden. Zwar würden sich die Entscheidungen im Ergebnis wohl nicht grundlegend ändern. Der Informationswert des Leitfadens für die Benutzer wäre aber erheblich eingeschränkt, weil nicht klar wäre, welche Aussagen des Leitfadens durch die 8. GWB-Novelle modifiziert und überholt wären.

Die Schwierigkeiten würden noch verstärkt, wenn das europäische Recht im Rahmen der 8. GWB-Novelle nicht unverändert übernommen würde, sondern bestimmte deutsche Besonderheiten in das neue Recht übernommen würden. Nach dem Eckpunktepapier des

Bundeswirtschaftsministeriums gehört dazu vor allem eine Definition des Begriffs Marktherrschaft. Außerdem sollen die Vermutungsregelungen zwar geändert, aber im Grundsatz beibehalten werden. In diesem Fall wäre es nicht ohne Weiteres möglich, die europäische Entscheidungspraxis als Auslegungshilfe für das deutsche Recht heranzuziehen. Vielmehr müsste in jedem Fall geprüft werden, inwieweit die Bewertung eines Zusammenschlusses durch die deutschen „Besonderheiten“ beeinflusst wird und dadurch vom europäischen Recht abweicht.

Es ist daher zu überlegen, ob der Leitfaden nicht bis zur 8. GWB-Novelle zurückgestellt werden sollte. Das würde die Möglichkeit bieten, Hinweise zur Anwendung des neuen Kriteriums der „wesentlichen Behinderung effektiven Wettbewerbs“ aufzunehmen. Hierdurch würde der praktische Nutzen des Leitfadens wesentlich erhöht.

Im Übrigen wäre es wünschenswert, wenn das Bundeskartellamt auch das Merkblatt zu den formellen Voraussetzungen der Fusionskontrolle in nächster Zeit überarbeiten könnte. In diesem Bereich haben sich seit der Veröffentlichung der noch geltenden Fassung im Juli 2005 ebenfalls erhebliche Änderungen in der Rechtslage und in der Entscheidungspraxis ergeben, so dass das aktuelle Merkblatt heute nur noch von eingeschränktem Nutzen ist. Da in diesem Bereich mit weniger gravierenden Änderungen durch die 8. GWB-Novelle zu rechnen ist (außer der problematischen Umwandlung der Bagatellmarktklausel in ein materielles Kriterium), brauchten diese Arbeiten nicht unbedingt bis zur 8. GWB-Novelle zurückgestellt werden.

## **2 Horizontale Fusionen: Einzelmarktbeherrschung**

Die Ausführungen im neuen Leitfaden zur Einzelmarktbeherrschung bei horizontalen Fusionen stimmen, ausgeprägter als dies bei den Grundsätzen 2000/2005 der Fall war, mit dem neuen wirtschaftlichen Ansatz der Kommission (More Economic Approach) überein. Im theoretischen Ausgangspunkt hält das Bundeskartellamt zwar daran fest, dass Fusionskontrolle eine Strukturkontrolle und das wirtschaftliche Ziel der Fusionskontrolle der Schutz des Wettbewerbsprozesses sei. Es betont aber zugleich, dass eine umfassende Gesamtbetrachtung erforderlich ist. In diesem Zusammenhang prüft das Bundeskartellamt, so wie es auch im Leitfaden wiedergegeben wird, eingehend die wirtschaftlichen Auswirkungen der Fusion. Diese Angleichung an das europäische Recht ist aus Sicht der Unternehmen sehr zu begrüßen, da sie die Handhabung des Fusionskontrollrechts insgesamt erleichtert hat.

Trotzdem bleiben eine Reihe von Unsicherheiten und Diskrepanzen zum europäischen Recht. Dies hat zur Folge, dass die europäische Praxis nur mit Zurückhaltung und mit erheblichen Einschränkungen als Orientierungshilfe bei Unklarheiten des deutschen Rechts herangezogen werden kann. Unterschiede zum europäischen Recht bestehen z.B. in den folgenden Punkten:

- (a) Das deutsche Recht kennt, anders als das europäische Recht, einen doppelten Marktbeherrschungsbegriff: zum einen das Fehlen von – wesentlichem – Wettbewerb, zum anderen die überragende Marktstellung. Der letztere Begriff war lange Zeit das beherrschende Prüfungskriterium in der Praxis des Bundeskartellamtes. Noch in den Grundsätzen 2000/2005 wird betont, dass es „in der Fusionskontrolle des Bundeskartellamtes die größte praktische Bedeutung“ hat (man kann allerdings bezweifeln, ob das damals noch zutreffend war). Im neuen Leitfaden wird der Begriff der überragenden Marktstellung nur noch beiläufig erwähnt; in der Sache hat er keine Bedeutung mehr.

Einerseits ist dies zu begrüßen. Denn die neuere Praxis des Bundeskartellamtes, die vor allem darauf abstellt, ob durch den Zusammenschluss ein nicht kontrollierter Verhaltensspielraum der Unternehmen begründet oder verstärkt wird, steht mit der europäischen Praxis in Einklang. Andererseits bleibt eine gewisse Rechtsunsicherheit, da das Bundeskartellamt, solange das Gesetz nicht geändert ist, an sich an die Definition in § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB weiterhin gebunden ist. Sofern der doppelte Marktbeherrschungsbegriff in der 8. GWB-Novelle bestätigt werden sollte, würden diese Zweifel noch verstärkt. Für die Rechtssicherheit wäre es deshalb hilfreich, wenn das deutsche Recht künftig, wie auch das europäische Recht, auf eine gesonderte Definition der Marktbeherrschung verzichten würde.

- (b) Ein ähnliches Bild ergibt sich durch die Vermutungsregelungen im deutschen Recht (§ 19 Abs. 3 GWB). Die für die Einzelmarktbeherrschung geltende Vermutung bei einem Marktanteil von mindestens 33,3 % hat zwar in der Praxis nie eine wesentliche Bedeutung erlangt; in den neueren Entscheidungen des Bundeskartellamtes spielt sie praktisch keine Rolle mehr. Dies könnte sich aber ändern, wenn in der 8. GWB-Novelle die Vermutungsschwelle auf 40 % angehoben würde. Das Gesetz könnte damit zum Ausdruck bringen, dass die neue realistischere Vermutungsregelung wieder an Gewicht gewinnen soll. Damit würde sich das deutsche Recht inhaltlich vom europäischen Recht entfernen, was zu bedauern wäre. Zumindest müssten in diesem Fall die Ausführungen im neuen Leitfaden zu der Vermutungsregelung überprüft und an die geänderte Gesetzeslage angepasst werden.
- (c) Eine Besonderheit des deutschen Rechts ist die Regelung, dass bei einem sehr hohen Grad der Marktbeherrschung eine auch nur geringfügige Verstärkungswirkung ausreicht. In dem neuen Leitfaden wird darauf wiederholt hingewiesen (z.B. Tz. 12, 28, 55 und 73). Im europäischen Recht gilt dagegen der Grundsatz, dass auch im Fall der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ein Zusammenschluss nur bei einer substantiellen Veränderung untersagt werden kann. Für die Rechtssicherheit wäre es hilfreich, wenn eine inhaltliche Differenz zwischen deutschem und europäischem Recht vermieden werden könnte und sich das Bundeskartellamt auch insoweit an den Maßstäben des europäischen Rechts ausrichten würde.
- (d) Der neue Leitfaden nennt mehrfach Beispiele, in denen von einem Zusammenschluss eine effizienzsteigernde Wirkung ausgehen kann. Effizienzen werden aber bei der Kontrolle eines Zusammenschlusses vom Bundeskartellamt grundsätzlich nicht berücksichtigt. Sie sind daher im Leitfaden nicht als relevantes Prüfungskriterium erwähnt. Dies weicht vom theoretischen Ansatz der Kommission ab, die im Grundsatz, wenn auch unter strengen Voraussetzungen, Effizienzen bei der Bewertung eines Zusammenschlusses mitberücksichtigt. In der Praxis hat dies noch keine größere Bedeutung erlangt. Dennoch wäre es vorteilhaft, wenn sich das Bundeskartellamt auch in diesem Punkt dem Konzept der Kommission anschließen würde.
- (e) Der potentielle Wettbewerb wird in den entsprechenden Leitlinien der Kommission positiv als ein Faktor bewertet, der eine günstige Bewertung des Zusammenschlusses ermöglicht und die negativen Merkmale ausgleicht oder sogar überwiegen kann. Der neue Leitfaden des Bundeskartellamtes nennt diese positive Wirkung des potentiellen Wettbewerbs nicht ausdrücklich. Die Darstellung im Leitfaden konzentriert sich darauf, inwieweit durch Marktzugangsschranken ein potenti-

eller Wettbewerb ausgeschlossen und deshalb der Zusammenschluss zu untersagen ist. In der Sache stimmt dies weitgehend mit dem europäischen Recht überein. Es wäre aber wünschenswert, wenn auch das Bundeskartellamt die grundsätzlich positive Wirkung des potentiellen Wettbewerbs stärker herausstellen und im Leitfaden berücksichtigen würde.

- (f) Im europäischen Recht hat insbesondere das Gericht der Europäischen Union („**EuG**“) regelmäßig einen Marktanteil von mehr als 50 % als kritische Schwelle gewertet, bei der eine tatsächliche Vermutung für eine marktbeherrschende Stellung besteht. Im neuen Leitfaden gibt es keine vergleichbare genaue Angabe, ab welchem Schwellenwert ein Zusammenschluss im deutschen Recht als kritisch anzusehen ist. Vielmehr beschränkt sich das Bundeskartellamt auf die Feststellung, dass „sehr hohe (addierte) Marktanteile“ ein Indiz für Marktbeherrschung sind. Die ziffernmäßige Schwelle des EuG ist zwar recht niedrig angesetzt, sie hat aber den Vorteil, dass sie den Unternehmen eine leichtere erste Einschätzung der Aussichten einer Fusion ermöglicht.

### **3 Horizontale Fusionen: Gemeinsame Marktbeherrschung**

Die Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes und der deutschen Gerichte hat sich bei der Prüfung, ob eine gemeinsame Marktbeherrschung durch den Zusammenschluss begründet oder verstärkt wird, deutlich an die europäische Praxis angeglichen. Im Grundsatz sind nunmehr auch im deutschen Recht die sog. *Airtours*-Kriterien aus der Rechtsprechung der europäischen Gerichte maßgeblich. Dies wird in dem neuen Leitfaden weitgehend berücksichtigt. Den Ausführungen kann deshalb grundsätzlich zugestimmt werden.

Im Einzelnen wird zu folgenden Punkten angemerkt:

- (a) Der Bundesgerichtshof („**BGH**“) hat mehrfach betont, dass bei der Prüfung einer möglichen Reaktionsverbundenheit insbesondere die strukturellen Kriterien zu berücksichtigen seien. Dies führt dazu, dass die Anforderungen in der deutschen Praxis an die Feststellung eines kollusiven Parallelverhaltens tendenziell niedriger sind als in der europäischen Praxis. Dies wird tendenziell dadurch ausgeglichen, dass in der deutschen Praxis der Prüfung des tatsächlichen Wettbewerbsverhaltens ein größeres Gewicht zukommt. Dies ist durch die Entscheidung des BGH im Verfahren *Phonak/GN Store* vom 20.04.2010 besonders deutlich geworden. Im neuen Leitfaden wird die deutsche Entscheidungspraxis wiedergegeben, ohne auf mögliche Abweichungen von der europäischen Praxis hinzuweisen. Erläuterungen hierzu wären für die Unternehmen bei der schwierigen Beurteilung, ob eine gemeinsame Marktbeherrschung begründet oder verstärkt wird, hilfreich.
- (b) Im neuen Leitfaden ist im Anschluss an die Prüfung der maßgeblichen Kriterien für ein kollusives Parallelverhalten ein weiterer Abschnitt angefügt, der mit „Auswirkungen des Zusammenschlusses“ betitelt ist (Tz. 115 ff.) Nach der Formulierung des Eingangssatzes („maßgeblich ... ist schließlich, inwieweit der Zusammenschluss ...“) sollen dadurch offensichtlich zusätzliche Kriterien für die Prüfung einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung eingeführt werden. Es ist nicht erkennbar, inwieweit dieser Abschnitt tatsächlich zusätzliche Kriterien benennt, die über die in den vorhergehenden Abschnitten genannten Einzelkriterien hinausgehen. Die Textziffer 115 begründet (durch die Worte „nicht nur – sondern auch“) einen Gegensatz zwischen „Voraussetzungen und Anreizen zu stillschweigendem Parallelverhalten“ und „Veränderungen ..., die die Voraussetzungen für eine stabile

Koordinierung verbessern“. Diese Unterscheidung ist nicht ohne weiteres nachvollziehbar und sollte näher erläutert werden. In den folgenden Textziffern 116 bis 118 werden Elemente behandelt, die bereits im Kontext der Einzelkriterien erläutert sind bzw. in diesen Kontext gehören. Die Funktion des Abschnitts „Auswirkungen des Zusammenschlusses“ sollte deshalb nochmals überprüft werden.

- (c) Das Bundeskartellamt bewertet in den Leitlinien eine weitgehende Symmetrie der Oligopolmitglieder als einen Faktor, der ein kollusives Parallelverhalten erleichtert. Dabei werden an erster Stelle die Marktanteile genannt und herausgehoben (Tz. 90). Dies steht im Widerspruch zur Rechtsprechung des BGH, wonach eine Symmetrie der Marktanteile grundsätzlich nicht als Indiz für eine Reaktionsverbundenheit der Unternehmen anzusehen ist (Entscheidung *Phonak/GN Store* vom 20.04.2010, Rz. 65).
- (d) Es fällt auf, dass das Bundeskartellamt im neuen Leitfaden mehrfach seine Entscheidung im Verfahren *Phonak/GN ReSound* vom 11.04.2007 zitiert, ohne Hinweis darauf, dass diese Entscheidung in dem hier wesentlichen Punkt der Feststellung einer gemeinsamen Marktbeherrschung vom BGH aufgehoben worden ist (so z.B. Fußnoten 138, 141, 152 und 160; anders und zutreffend Fußnote 178). Da der BGH die Bewertung durch das Bundeskartellamt in allen Punkten abgelehnt hat, ist es nicht mehr möglich, an den Kriterien dieser Entscheidung festzuhalten.

## 4 Vertikale Fusionen

- (a) Der neue Leitfaden übernimmt, abweichend von den Grundsätzen 2000/2005, die in der ökonomischen Theorie vorherrschende Bewertung von vertikalen Zusammenschlüssen und folgt insoweit den Leitlinien der Kommission zu nicht-horizontalen Zusammenschlüssen. Von vertikalen Zusammenschlüssen gehen danach keine unmittelbaren Wirkungen auf die Wettbewerbssituation aus. Vielmehr ergeben sich negative Effekte erst aus einem strategischen Verhalten des zusammengeschlossenen Unternehmens. Dieses kann entweder durch die Verschließung des Zugangs zu einem vorgelagerten Beschaffungsmarkt bzw. den dort gehandelten Produkten zu einer Abschottung von Einsatzfaktoren oder durch die Verschließung des Zugangs zu einem nachgelagerten Absatzmarkt bzw. den dort nachfragenden Kunden zu einer Abschottung von Kunden führen. In diesem Falle können die negativen Auswirkungen die grundsätzlich positiven Effekte eines vertikalen Zusammenschlusses überwiegen und eine Untersagung rechtfertigen.

Dieser neue Ansatz ist uneingeschränkt zu begrüßen. Er kommt aber in den bisherigen Entscheidungen des Bundeskartellamtes (noch) nicht zum Ausdruck. Der Leitfaden wird deshalb insoweit nicht dem Anspruch gerecht, dass er „den Stand der derzeitigen Praxis zusammenfasst“ (vgl. Pressemitteilung des Bundeskartellamtes vom 21.07.2011). Ganz überwiegend hat das Bundeskartellamt in der Vergangenheit vertikale Zusammenschlüsse danach beurteilt, ob eine bestehende, marktbeherrschende Stellung durch die vertikale Integration verstärkt wird. Ein signifikantes Beispiel hierfür sind die Entscheidungen, in denen das Bundeskartellamt eine Vorwärtsstrategie der großen Energieversorgungsunternehmen untersagt hat. Der Leitfaden lässt deutlich erkennen, dass das Bundeskartellamt – ungeachtet der grundlegend geänderten wettbewerblichen Situation auf dem Stromerzeugungsmarkt – an dieser kritischen Bewertung festhalten und seine restriktive Politik fortsetzen will (vgl. Tz. 14, 131 und 147). Die Veröffentlichung des Leitfadens bietet

zunehmend eine Gelegenheit, dass das Bundeskartellamt seine bisherige Praxis überprüft und den neuen ökonomischen Ansatz, der im Leitfaden zum Ausdruck kommt, auch in der Entscheidungspraxis übernimmt.

- (b) Auch wenn das Bundeskartellamt grundsätzlich, ebenso wie die Kommission, der ökonomischen Theorie folgt, bestehen doch spürbare Unterschiede zur europäischen Praxis. Sie lassen insgesamt erkennen, dass das Bundeskartellamt auch künftig eine restriktivere Haltung als die Kommission gegenüber vertikalen Zusammenschlüssen einnehmen wird. Für die Rechtsanwendung wäre es vorteilhaft, wenn Bundeskartellamt und Kommission eine einheitliche Linie bei der Bewertung von vertikalen Fusionen einnehmen würden.

Unterschiede bestehen insbesondere in folgender Hinsicht:

- Die Kommission betont in ihren Leitlinien zu nicht-horizontalen Fusionen, dass nur solche wettbewerblichen Nachteile relevant sind, die sich auf die Verbraucher auswirken. Die Beeinträchtigung von Wettbewerbern sei deshalb „an sich noch kein Problem“ (Tz. 16 der Leitlinien). Das Bundeskartellamt bewertet dagegen die Behinderung von Wettbewerbern als die wesentliche wettbewerbsschädliche Wirkung von vertikalen Zusammenschlüssen (Tz. 128 des Leitfadens).
  - Nach Auffassung der Kommission gehen von nicht-horizontalen Zusammenschlüssen nur dann wettbewerbliche Risiken aus, wenn das fusionierte Unternehmen „über ein deutliches Maß an Marktmacht“ verfügt (Tz. 23 der Leitlinien). Der Leitfaden (Tz. 32) stellt deutlich geringere Anforderungen: „eine gewisse Marktmacht“ ist danach nur „in der Regel“ Voraussetzung für eine Untersagung.
  - Die Kommission betont den erheblichen Spielraum für Effizienzgewinne durch nicht-horizontale Zusammenschlüsse (Tz. 13 der Leitlinien). Bei der Bewertung von vertikalen Zusammenschlüssen sind deshalb die nachgewiesenen Effizienzgewinne zu berücksichtigen (so z.B. Tz. 52 ff. und 77). Das Bundeskartellamt räumt im neuen Leitfaden ein, dass vertikale Zusammenschlüsse tendenziell preisdämpfend seien und eine bessere Marktversorgung bewirken können (Tz. 127). Effizienzgewinne stellen aber kein eigenständiges Kriterium dar, das bei der Bewertung der vertikalen Zusammenschlüsse vom Bundeskartellamt berücksichtigt wird.
- (c) Der Leitfaden enthält einen abschließenden Abschnitt, der mit „Zusammenschlusswirkungen“ betitelt ist. Die Funktion dieses Abschnitts ist unklar. Offensichtlich sollen damit die Ausführungen in den vorhergehenden Abschnitten zu den einzelnen Kriterien zusammengefasst werden. Sofern dieser Abschnitt beibehalten wird, sollte seine Funktion zumindest verdeutlicht werden.

## **5 Konglomerate Zusammenschlüsse**

- (a) Der neue Leitfaden folgt auch in diesem Bereich der ökonomischen Theorie, die zu einer grundsätzlichen Neubewertung von konglomeraten Zusammenschlüssen geführt hat. Danach sind wettbewerbliche Nachteile nur dann zu erwarten, wenn das fusionierte Unternehmen durch ein strategisches Verhalten seine Marktmacht auch auf einen benachbarten Markt ausdehnen kann und hierzu entsprechende Anreize bestehen (Hebelwirkung). Dies weicht noch deutlicher als bei vertikalen Zusam-

menschlüssen von der bisherigen Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes (und der Gerichte) ab. Bislang hat das Bundeskartellamt konglomerate Zusammenschlüsse insbesondere danach beurteilt, ob eine bestehende marktbeherrschende Stellung durch den Zusammenschluss verstärkt wird. Diese Praxis ist von den Gerichten weitgehend bestätigt worden.

Der neue Ansatz im Leitfaden, der im Einklang steht mit der grundsätzlichen Bewertung durch die Kommission in den Leitlinien zu nicht-horizontalen Zusammenschlüssen, ist uneingeschränkt zu begrüßen. Allerdings bestehen erhebliche Zweifel, ob das Bundeskartellamt seine Praxis wirklich gemäß dem neuen Konzept im Leitfaden grundlegend ändern wird. Dem Leitfaden ist eine solche Tendenz nicht zu entnehmen. Wünschenswert wäre es, wenn das Bundeskartellamt seine bisherige Linie überprüfen und sich künftig an dem ökonomischen Konzept, das auch in dem Leitfaden zum Ausdruck kommt, ausrichten würde.

- (b) In der theoretischen Konzeption stimmen Bundeskartellamt und Kommission zwar überein. Dennoch gibt es auch bei der Bewertung von konglomeraten Zusammenschlüssen wichtige Unterschiede, die insgesamt eine deutlich restriktivere Haltung des Bundeskartellamtes widerspiegeln.
- Nach Auffassung der Kommission sind negative Wirkungen durch einen konglomeraten Zusammenschluss nur zu erwarten, wenn das fusionierte Unternehmen in einem der betreffenden Märkte ein deutliches Maß an Marktmacht besitzt (Tz. 23 und 99). Dagegen wird im Leitfaden ein wettbewerbsschädliches strategisches Verhalten nur als „wahrscheinlicher“ angesehen, wenn das fusionierte Unternehmen über erhebliche Marktmacht verfügt (Tz. 163; anders Tz. 164).
  - Die Kommission berücksichtigt nicht nur die nachteiligen Auswirkungen, sondern in gleicher Weise auch die nachgewiesenen Effizienzvorteile (Tz. 13, 92 und 115ff. der Leitlinien). Im Leitfaden des Bundeskartellamtes sind dagegen Effizienzvorteile kein eigenständiges Kriterium, das bei konglomeraten Zusammenschlüssen zu berücksichtigen ist.
  - In der europäischen Praxis werden bei den möglichen Anreizen zu einem strategischen Verhalten auch die Auswirkungen des gesetzlichen Verbots des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung berücksichtigt. Insofern ist zwar keine vertiefte Prüfung erforderlich, aber zumindest ist eine cursorische Bewertung vorzunehmen, inwieweit das Unternehmen dadurch in seinem strategischen Verhalten beeinflusst wird (vgl. EuGH Große Kammer, Entscheidung vom 15.02.2005, *Tetra Laval*, Rz. 75ff.). Das Bundeskartellamt lehnt dagegen im Leitfaden (Tz. 170) eine solche Prüfung für das deutsche Recht ab.
- (c) Neben einem möglichen wettbewerbsschädlichen strategischen Verhalten will das Bundeskartellamt auch in Zukunft Portfolio-Effekte und eine Stärkung von Ressourcen bei der Bewertung von konglomeraten Zusammenschlüssen berücksichtigen (Tz. 171 und 172 des Leitfadens). Dies weicht sowohl von der ökonomischen Theorie als auch von den entsprechenden Leitlinien der Kommission zu nicht-horizontalen Fusionen ab. Auch darin kommt eine Tendenz zum Ausdruck, dass das Bundeskartellamt im Ergebnis an seiner bisherigen Bewertung von konglomeraten Zusammenschlüssen im Grundsatz festhalten will. Konsequenter wäre es,



wenn das Bundeskartellamt allein der ökonomischen Einschätzung folgen und seine Entscheidungspraxis zu konglomeraten Zusammenschlüssen daran ausrichten würde.

## **6 Sanierungsfusionen**

Bei der Bewertung von Sanierungsfusionen hält der neue Leitfaden an der bisherigen Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes fest. Die Einrede einer Sanierungsfusion setzt danach nicht nur voraus, dass das Unternehmen sanierungsbedürftig ist und eine wettbewerblich weniger schädliche Alternative nicht zur Verfügung steht. Vielmehr muss darüber hinaus zu erwarten sein, dass das Marktpotential des erworbenen Unternehmens auch ohne den Zusammenschluss weitgehend dem erwerbenden Unternehmen zufallen würde (Tz. 179, 3. Gedankenstrich des Leitfadens). Die Kommission hat dagegen das letztere Erfordernis abgemildert und sieht es als ausreichend an, dass der Zusammenschluss nicht mehr wettbewerbsschädliche Auswirkungen hat, als sie ohne den Zusammenschluss eintreten würden (Entscheidung vom 11.07.2001 *BASF/Eurodion/Pantochim*). Auch das Bundeskartellamt geht teilweise über eine rein formale Kausalitätsprüfung hinaus und nimmt eine wirtschaftliche Bewertung der möglichen Alternativen mit und ohne den Zusammenschluss vor. Konsequenter und wünschenswerter wäre eine solche Betrachtung nicht nur im Einzelfall, sondern generell bei allen Sanierungsfusionen.

## **7 Mehrfache Marktbeherrschung**

In der Sektoruntersuchung Stromerzeugung und Stromgroßhandel vertritt das Bundeskartellamt die Auffassung, dass auf ein und demselben Markt eine mehrfache individuelle marktbeherrschende Stellung möglich sei. Es kommt dabei zu dem Ergebnis, dass auf dem deutsch/österreichischen Stromerzeugungsmarkt mindestens drei Erzeuger, „wahrscheinlich“ auch ein viertes Unternehmen jeweils nebeneinander marktbeherrschend seien (Bericht S. 103ff.). Es ist schon fraglich, ob auf dem Stromerzeugungsmarkt heute noch die Voraussetzungen einer gemeinsamen Marktbeherrschung erfüllt sind. Auf jeden Fall erscheint die Annahme des Bundeskartellamtes einer mehrfachen, individuellen marktbeherrschenden Stellung höchst problematisch. Das Bundeskartellamt beruft sich in seiner These zu Unrecht auf die Entscheidung des BGH zum Markt der Reisestellenkarten vom 03.03.2009, in der der BGH eine mehrfache Abhängigkeit im Hinblick auf § 20 GWB angenommen hat. Aufgrund der erheblichen Unterschiede zwischen den Begrifflichkeiten "Abhängigkeit" und "Marktbeherrschung" kann diese Rechtsprechung jedoch nicht auf die Fusionskontrolle übertragen werden. Da das Bundeskartellamt diese Problematik im neuen Leitfaden nicht aufgegriffen hat, ist zu hoffen, dass es an seiner These einer mehrfachen individuellen Marktbeherrschung nicht weiter festhalten wird. Eine entsprechende Klarstellung wäre wünschenswert.

Linklaters LLP

21. September 2011

Michael Baron  
Of Counsel, Competition/Antitrust  
0211 22977-301  
michael.baron@linklaters.com

Dr. Oliver Mross  
Rechtsanwalt, Competition/Antitrust  
0211 22977-413  
oliver.mross@linklaters.com