

Bundeskartellamt  
Kaiser-Friedrich-Str. 16  
53113 Bonn



Per E-Mail: leitfaden@bundeskartellamt.bund.de

Pariser Platz 3  
10117 Berlin

**Recht und Steuer**  
Rechtsanwältin Birgit Buth  
Tel. 030 856214-465  
Fax 030 856214-469  
buth@drv.raiffeisen.de

www.raiffeisen.de

20.09.2011

## **Stellungnahme zum Entwurf des Leitfadens zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle vom 21. Juli 2011**

Sehr geehrte Damen und Herren,

für die Möglichkeit zu dem oben genannten Entwurf Stellung nehmen zu können, danken wir Ihnen.

Insgesamt begrüßen wir die komprimierte Darstellung der Praxis des Bundeskartellamtes zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle. Positiv in diesem Zusammenhang ist insbesondere die häufige Betonung der notwendigen Einzelfallabwägung, u. a. im Hinblick auf die nicht starre sondern flexibel zu betrachtende Marktbeherrschungsgrenze von 30 % der Marktanteile. Dennoch haben wir einige allgemeine und zu einzelnen Randziffern konkrete Anmerkungen.

Allgemein halten wir fest, dass insbesondere Kooperationen und Fusionen im genossenschaftlichen Bereich kritisch durchleuchtet werden. Hier würden wir uns wünschen, dass als Prüfkriterium ein stärkeres Augenmerk auf das adäquate Gegengewicht zu anderen starken Marktteilnehmern auf der jeweiligen Marktgegenseite (Einkauf oder Verkauf) gelegt würde, wenn durch die Kooperation oder Fusion insgesamt positive Auswirkungen auf den relevanten Wettbewerb erreicht werden können. Dieses Prüfkriterium sollte in den Leitfaden auch Eingang finden.

Darüber hinaus wären konkrete Beispielfälle zur Erleichterung der tatsächlichen Auslegung begrüßenswert, um die teils theoretischen Ausführungen zu ergänzen.

Weitere Anmerkungen haben wir zu folgenden Randziffern:

Zum einem wird unter Randziffer 47 auf die Verflechtung mit anderen Unternehmen Bezug genommen. Hier wird die Aussage des BGH-Beschlusses vom 19. Dezember 1995, dass zur Beurteilung der Marktstellung sämtliche Verflechtungen rechtlicher, wirtschaftlicher, personeller oder finanzieller Art ein relevanter Faktor sein können, losgelöst in den Raum gestellt.

Wir würden uns wünschen, dass auch hier noch einmal betont wird, dass diese Frage der Verflechtung außerhalb der Verbundklausel kein alleiniger relevanter Faktor für die Marktstellung ist, sondern allenfalls ergänzend in die Gesamtbetrachtung einbezogen werden kann. Dieses gilt insbesondere, da der BGH-Beschluss seinerzeit das erstinstanzliche Urteil aufgehoben und zur weiteren Sachverhaltsaufklärung und Entscheidung zurückverwiesen hat. Eine abschließende Entscheidung ist jedoch nicht mehr ergangen. Der Beschluss des BGH betrifft die Verbindung zwischen Primärgenossenschaften und Zentralgenossenschaften und wird von uns insoweit kritisch gesehen, als durchaus ein intensiver Wettbewerb zwischen Primärgenossenschaften und Zentralgenossenschaften bestehen kann. Insofern wäre eine Relativierung der Aussage einschließlich einer weiteren Öffnung für eine Einzelfallprüfung wünschenswert.

Der in Randziffer 84 getroffenen Aussage widersprechen wir ausdrücklich. Trotz Rechtsprechung des OLG Düsseldorf wird die Einschränkung des Amtsermittlungsgrundsatzes nicht akzeptiert, sondern es sollen, obwohl von einer Beweislastumkehr auszugehen ist, kontra Rechtsprechung weitere Ermittlungen durch das Bundeskartellamt angestellt werden. Dieser Ermittlungsvorbehalt führt zur Aufweichung der Rechtssicherheit, die qua Rechtsprechung mit der Einschränkung geregelt ist und ist damit nicht akzeptabel.

Die in Randnummer 98 zur Darlegung geringer Markttransparenz genannten Beispiele, insbesondere die aus dem Verfahren BayWa / NSP zitierten „Naturprodukte“, liefern unseres Erachtens keine zwingende Begründung. Ein Markt, der gerade durch diese Parameter gekennzeichnet ist, ist nicht „intransparent“; der Markt zeichnet sich gerade durch diese Gegebenheiten, nämlich schwankende Preise, aus.

Des Weiteren wird ab den Randziffern 180 ff. noch einmal intensiv auf die Abwägungsklausel von § 36 Abs. 1 2. HS GWB eingegangen. In Ergänzung zu den Ausführungen wäre es wünschenswert, dass auch die Aussagen der Gesetzesbegründung aus dem Jahre 1998 herangezogen und zitiert würden. Die Gesetzesbegründung zum Erhalt der Abwägungsklausel nach § 36 Abs. 1 2. HS GWB hat betont, dass eine schwache Marktstellung auf den Absatzmärkten bereits genügt, um eine mögliche Marktbeherrschung auf Erfassungsmärkten zu überwiegen. Seinerzeit erging der Hinweis, dass „besonders vor dem Hintergrund einer wachsenden Konzentration auf der Nachfrageseite (Lebensmitteleinzelhandel) auch auf den regional oft sehr begrenzten landwirtschaftlichen Erfassungsmärkten Zusammenschlüsse möglich sein müssen, um Wettbewerbsnachteile auf den Absatzmärkten auszugleichen“. Diese Gesetzesbegründung sollte aus unserer Sicht bei der zitierten Abwägungsklausel ebenfalls Berücksichtigung finden.

Freundliche Grüße  
Deutscher Raiffeisenverband e.V.  
In Vertretung

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'B. Buth'.

Birgit Buth