

**STELLUNGNAHME DER STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT ZU DEM
VOM BUNDESKARTELLAMT AM 21.7.2011 VORGELEGTE ENTWURF EINES
LEITFADENS ZUR MARKTBEHERRSCHUNG IN DER FUSIONSKONTROLLE**

I.

1. Die Studienvereinigung Kartellrecht ist ein eingetragener Verein deutschen Rechts, dessen Zweck die Förderung von Wissenschaft und Forschung auf dem Gebiet des nationalen, europäischen und internationalen Kartellrechts ist und der mehr als 800 Rechtsanwälte aus Deutschland, Österreich und der Schweiz zu seinen Mitgliedern zählt. Die Mitglieder der Studienvereinigung beraten und vertreten häufig Unternehmen in Fusionskontrollverfahren.

II.

2. Die Studienvereinigung begrüßt das Projekt einer zusammenfassenden Darstellung der fusionskontrollrechtlichen Rechtsprechung und Amtspraxis.
3. Die Studienvereinigung begrüßt dabei insbesondere die in dem Entwurf – gerade gegenüber den zuletzt im Juli 2005 aktualisierten alten Auslegungsgrundsätzen des Amtes – zu verzeichnende Tendenz zu verstärkter ökonomischer Begründung.
4. Die Entwicklung seit 2005 ist auch – insbesondere, aber nicht nur in der Rechtsprechung des BGH – durch eine größere Berücksichtigung und verstärkte Einbeziehung der europäischen Rechtsprechung und Entscheidungspraxis geprägt gewesen. Deshalb sollte, auch wenn es vor Einführung des SIEC-Tests insoweit keine rechtliche Notwendigkeit gibt, auch in Tz. 1 des Entwurfs noch auf jene Bezug genommen werden. Dem entspricht schon, dass in den Fußnoten auch europäische Entscheidungen zitiert werden (z.B. in Fn. 30 und 153). In diesem Sinne würden auch Bezugnahmen auf die Horizontal- und Vertikalleitlinien der Kommission dem Leser die Orientierung erleichtern.
5. Insgesamt entsteht der Eindruck, dass der Leitfaden sich – anders als die Leitlinien der Kommission oder die neuen US Horizontal Merger Guidelines – nicht darum bemüht, Freiräume zu bestimmen oder voraussichtlich unproblematische Bereiche zu definieren.
6. Dort, wo es Rechtsprechung gibt, die den Rechtsauffassungen des Amtes entgegensteht, sollte stets ausdrücklich darauf hingewiesen werden. Zum Teil geschieht das schon (z.B. in den Fußnoten 78, 114 und 262). Zum Teil muss dies aber noch nachgetragen werden (so z.B. in den Fußnoten 135, 140, 165, 170 und 174, in denen ausschließlich auf Bundeskartellamtsentscheidungen Bezug genommen wird, auch wenn das OLG Düsseldorf dem nicht immer gefolgt ist).
7. Man kann sich aber auch fragen, ob es wirklich für eine Kartellbehörde opportun ist, in einem Leitfaden dieser Art primär die eigene Rechtsauffassung darzustellen, auch

wenn es beschwerdegerichtliche Entscheidungen gibt, die dieser Rechtsauffassung entgegenstehen. Müssen denn Unternehmen ernsthaft damit rechnen, dass das Amt dort, wo das OLG Düsseldorf anders entschieden hat, weiterhin an seiner bisherigen Praxis festhält? Wenn dem so wäre, sollte dies auch in dem Leitfaden deutlich gesagt werden.

III.

8. Das in Tz. 12 – 14 behandelte Prinzip, dass gerade bei höheren Marktanteilen schon eine sehr geringe Verstärkung ausreichen kann, um eine Untersagung zu rechtfertigen, steht zwar im Einklang mit der Rechtsprechung des BGH, sollte jedoch im Hinblick auf die Abweichung von der europäischen Fusionskontrollpraxis überdacht werden.
9. Die in Tz. 17 und 167 zum Ausdruck gebrachte Erkenntnis, dass die Möglichkeit konglomerater Effekte nicht ausreicht, sondern deren Wahrscheinlichkeit hinzukommen muss, ist grundsätzlich zu begrüßen. Es würde dann allerdings an beiden Textstellen der Klarheit dienen, nicht nur von Anreizen zu sprechen, sondern auch das Wort Wahrscheinlichkeit zu gebrauchen.
10. Tz. 17 und 167 sollten auch dahin ergänzt werden, dass Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit nicht genügen, sondern zum einen die Auswirkungen des konglomeraten Verhaltens auch spürbar sein und zum anderen Effizienzgewinne berücksichtigt werden müssen (vgl. nur Tz. 111 ff. der Kommissionsleitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse).
11. Die positive Bedeutung von Effizienzgewinnen, die meist nur einleitungsartig beschrieben werden (vgl. Tz. 126 f.), sollte generell noch mehr hervorgehoben werden. Sie sollten auch im Rahmen der Abwägungsklausel (Tz. 180 ff.) Erwähnung finden.
12. Auf die in Tz. 21, 52, 72 – 73 und 158 vorkommende Figur der Randsubstitution könnte vermutlich ohne weiteres verzichtet werden. Bei richtiger Marktabgrenzung können alle relevanten Effekte mit den Figuren des aktuellen und des potentiellen Wettbewerbs erfasst werden. Effekte unterhalb der Schwelle des potentiellen Wettbewerbs sind nicht nachweisbar und deshalb im Arsenal der Fusionskontrolle entbehrlich.
13. In Tz. 22 bzw. in Tz. 29, 30 und 132 sollten noch konkrete Marktanteils- und HHI-Mindestschwellen oder „safe harbors“ aufgenommen werden, vgl. hierzu Tz. 18 – 20 der Kommissionsleitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse und Tz. 25 der Kommissionsleitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse.
14. In Tz. 31 würde sich noch eine Aussage darüber anbieten, über welchen längeren Zeitraum Marktanteile auf Bietermärkten betrachtet werden sollten.
15. Die Ausführungen in Tz. 45 zu kostengünstigeren Beschaffungsmöglichkeiten bei vertikal integrierten Wettbewerbern übersehen, dass das Steuerrecht bei Lieferungen zwischen Konzerngesellschaften dem Konzern enge Grenzen bei der internen Preisgestaltung zieht. Daran krankt auch die Ausführungen in Tz. 127, dass das integrierte Unternehmen beim Verkauf nur einen Preisaufschlag auf das Endprodukt erhebe.

16. Dort, wo die Wahrscheinlichkeit eines bestimmten Verhaltens nach dem Zusammenschluss eine Rolle spielt und das mögliche Verhalten kartellrechtlich verboten und mit Sanktionen bedroht ist, sollte – entsprechend der europäischen Rechtsprechung – auch berücksichtigt werden, inwieweit sich das gesetzliche Verbot und die Sanktionsmöglichkeit auf die Wahrscheinlichkeit des Verhaltens auswirkt. Dieses Problem stellt sich zum einen in Tz. 49 mit Fn. 70 für den Missbrauch von Finanzkraft zum anderen in Tz. 170 bei Kopplungsstrategien.
17. Für die früher immer nur am Umsatz oder allenfalls noch an der Gewinnlage gemessene Finanzkraft werden in Tz. 51 nun eine Reihe adäquaterer Bemessungskriterien aufgeführt. Dann sollte aber auch der abschließende Hinweis auf den Umsatz im letzten Satz gestrichen werden.
18. In Tz. 55 genügt es nicht, zwischen theoretischem und potentiell Wettbewerbs zu differenzieren. Entscheidend ist vielmehr, wann potentieller Wettbewerb hinreichend wahrscheinlich, rechtzeitig und signifikant ist, um berücksichtigt zu werden. Hier könnte der Leitfaden noch konkreter werden (etwa ähnlich, wie es die Leitlinien der Kommission tun), um dem Benutzer eine bessere Hilfestellung zu geben. So könnte in Tz. 68 das Kriterium „zeitnah“ konkretisiert werden.
19. Im Übrigen scheint es nicht nachvollziehbar, dass an die positiven Wirkungen potentiellen Wettbewerbs schärfere Anforderungen zu stellen seien als an die negativen bei einer Reduzierung potentiellen Wettbewerbs. Bei beidem sollte es gleichmäßig auf die absehbaren Auswirkungen ankommen.
20. Dass gegengewichtige Marktmacht die aus anderen Struktur Faktoren resultierende Marktmacht nicht hinreichend begrenzen kann, wenn sie auf bestimmte Kunden beschränkt ist, dürfte so nicht zutreffen, denn Nachfragemacht ist immer auf bestimmte Kunden begrenzt. Es wäre besser, auf Kundentypen oder –segmente abzustellen (vgl. Tz. 67 der Horizontalleitlinien der Kommission).
21. Die Bedeutung tatsächlichen Wettbewerbsverhaltens bei der Oligopolprüfung wird in Tz. 78 und 112 – 114 behandelt. Anstatt diesen Punkt immer nur dann zu prüfen, wenn Transparenz, Sanktionsmöglichkeiten und mangelnder Außenwettbewerb bejaht wurden, läge es in vielen Fällen näher, diesen Punkt an den Anfang der Prüfung kollektiver Marktbeherrschung zu stellen. Das tatsächliche Wettbewerbsverhalten ist oft leichter zu prüfen als Transparenz oder Sanktionsmöglichkeiten und dürfte in Fällen, in denen Märkte durch tatsächlichen Wettbewerb gekennzeichnet sind, die Prüfung abkürzen.
22. Am Ende von Tz. 79 wird auf höhere Gewinne Bezug genommen. Es kann auch sein, dass durch ein abweichen vom Parallelverhalten Verluste reduziert werden. Das Gleiche gilt für Tz. 81: durch eine implizite Koordinierung können auch Preise stabil gehalten werden.
23. Kollusives Parallelverhalten setzt nach Tz. 80 voraus, dass sich die Unternehmen wiederholt im Markt begegnen und potentiell miteinander in Wettbewerb stehen. Erforderlich ist hier aber wohl, dass sie aktuell, und nicht nur potentiell miteinander im Wettbewerb stehen.

24. Gemäß Tz. 81 kann die Koordinierung unterschiedliche Wettbewerbsparameter betreffen, insbesondere auch Absatzmengen, Gebiete, Produktmerkmale oder Kundengruppen. Dies sind zwar alles Wettbewerbsparameter, die Kartellabsprachen unterliegen können. Kollusives Parallelverhalten ist dagegen – zumindest in der bisherigen Entscheidungspraxis – auf die Preisfestsetzung beschränkt. Für die Annahme eines implizit kollusiven Parallelverhaltens in Bezug auf Gebiete, Produktmerkmale oder Kundengruppen scheint es an ökonomischen Grundlagen bzw. Präzedenzfällen zu fehlen.
25. Die Wortwahl „invernehmlich ihre Preise erhöhen“ in Tz. 81 ist unglücklich. Es geht nur um eine implizite Kollusion, nicht um eine invernehmliche Preiserhöhung. Besser wäre „parallel ihre Preise erhöhen“.
26. Bei der Analyse kollektiver Marktbeherrschung spielen die Marktanteile in der Tat eine gewisse Rolle. Entgegen Tz. 83 sollten sie jedoch nicht der Ausgangspunkt sein. Ausgangspunkt muss nach dem Bertelsmann- und Sony-Urteil des EuGH stets eine plausible Theorie der stillschweigenden Koordinierung sein (C-413/06 P, Rn. 129 f.).
27. Die Offenheit, mit der in Tz. 84 und Fn. 131 festgestellt wird, dass die Frage, ob die Oligopolvermutung zu einer echten Beweislastumkehr führt, noch nicht höchstrichterlich geklärt ist, ist zu begrüßen. Das Gleiche gilt für die Feststellung, dass der Amtsermittlungsgrundsatz wegen der beschränkten Ermittlungsmöglichkeiten der Zusammenschlussbeteiligten bei erheblichen Umständen greift, von denen die Zusammenschlussbeteiligten keine genaue Kenntnis haben können.
28. Zu wünschen wären noch Ausführungen über das Verhältnis der verschiedenen Marktbeherrschungsvermutungen zueinander (Einzel- gegen Oligopolvermutung und das Verhältnis der Oligopolvermutungen untereinander).
29. Der vierte Satz in Tz. 91, wonach Verflechtungen häufig den Informationsaustausch zwischen den Beteiligten über den Einsatz und die Zielrichtung ihrer unternehmerischen Aktionsparameter vereinfachen, ist in dieser Pauschalität sicher nicht richtig. Weder bei Gemeinschaftsunternehmen, die andere Produkte betreffen, noch bei Minderheitsbeteiligungen ist mit einem solchen Informationsaustausch zu rechnen. In Fußnote 140 sollte auf den Total/OMV-Beschluss des OLG Düsseldorf hingewiesen werden.
30. In Tz. 96 sollte klargestellt werden, dass es um die Transparenz von Nettopreisen geht, und nicht auf Bruttopreise ankommt.
31. Im Zusammenhang mit der Transparenz bei kollusivem Parallelverhalten beschäftigt sich Tz. 99 damit, dass Informationen aus bilateralen Verhandlungen auch über die Verhandlungspartner auf der Marktgegenseite bekannt werden können. Es wäre hier hilfreich klarzustellen, dass die Informationen auch tatsächlich weitergegeben und verlässlich sein müssen.
32. In Tz. 102 fehlt die Feststellung, dass die Sanktionierung für den potentiellen Adressaten der Maßnahme als solche erkennbar sein muss.
33. In Tz. 104 a.E. wird die Möglichkeit erwähnt, dass Sanktionen auf anderen Märkten stattfinden, auf denen sich die Oligopolisten ebenfalls begegnen. Das setzt allerdings

voraus, dass Aktionen auf anderen Märkten dann auch als Sanktion für eine Abweichung auf dem Oligopolmarkt erkennbar sind, was normalerweise nicht der Fall sein dürfte.

34. Die Bedeutung freier Kapazitäten wird in Tz. 105 und in Tz. 106 unterschiedlich gewertet. Zutreffender dürfte der Ansatz in Tz. 106 sein, dass freie Kapazitäten einen Ansatz zu Wettbewerbsvorstößen geben. Dass ein Unternehmen freie Kapazitäten ungenutzt lässt, um sie nur als Drohpotential für die Oligopolstabilität einzusetzen, erscheint dagegen unrealistisch.
35. In Fn. 170 zu Tz. 107 sollte wieder der Total/OMV-Beschluss des OLG Düsseldorf erwähnt werden.
36. Tz. 111 ist insofern unpräzise, als die Frage, ob es überhaupt potentielle Wettbewerber gibt, von den Marktzutrittsschranken abhängt. Dies gilt auch für den letzten Satz der Tz.
37. Die Klarstellung in Tz. 117, dass nicht schon jede Veränderung der Strukturbedingungen, die sich grundsätzlich begünstigend auf eine implizite Koordinierung auswirkt, zu einer Verstärkung einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung führt, ist zu begrüßen.
38. Die Hinweise in Tz. 123 auf Spiral- und Wasserbetteffekt sollten durch Beispiele aus der Amtspraxis angereichert werden.
39. Der letzte Satz von Tz. 152 ist eine „efficiency offense“. Die Kommission hat erklärt, durch einen Zusammenschluss herbeigeführte Effizienzen nicht gegen die Zusammenschlussbeteiligten verwenden zu wollen. Es wäre wünschenswert, wenn auch das Amt so verfahren würde.
40. Tz. 179 geht davon aus, dass bei der Sanierungsfusion den beteiligten Unternehmen eine entsprechende Einrede und der Nachweis der Voraussetzungen obliegen. Das Amt wird ohne einen entsprechenden Hinweis der Beteiligten in der Tat keinen Anlass haben, insoweit die Kausalität zu prüfen. Im Übrigen gilt hier jedoch uneingeschränkt der Amtsermittlungsgrundsatz. Anders als bei der Abwägungsklausel gibt es keine gesetzliche Regelung, die den Parteien hier die Beweislast auferlegen würde.
41. Der letzte Satz in Tz. 179 sollte dahin konkretisiert werden, dass es für die Anerkennung einer Sanierungsfusion ausreicht, dass die Wettbewerbsverhältnisse durch den Zusammenschluss nicht wesentlich schlechter als bei einem Ausscheiden des insolventen Unternehmens werden.