### Gesetzes- und Materialiensammlung Fusionskontrolle

#### **B. Fusionskontrolle (GWB)**

1. **Rechtsgrundlagen**

#### Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) [Stand 16.09.2016]

1. §§ 35 - 43 GWB [Erster Teil Wettbewerbsbeschränkungen: 7. Abschnitt: Fusions- kontrolle]
2. §§ 51 - 53 GWB [Zweiter Teil Kartellbehörden: 2. Abschnitt: Bundeskartellamt]
3. §§ 54 - 76 GWB [Dritter Teil Verfahren und Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren: Erster Abschnitt Verwaltungssachen]

#### **Merkblätter**

* 1. Merkblatt des Bundeskartellamts zur Inlandsauswirkung in der Fusionskontrolle 30.09.2014
  2. Merkblatt des Bundeskartellamts zur deutschen Fusionskontrolle 01.07.2005 (wird aktuell überarbeitet)
  3. Merkblatt des Bundeskartellamts zum Anwendungsbereich der EU-Fusionskontrolle 01.07.2004

#### **Bekanntmachungen des BKartA**

* 1. Bekanntmachung zu den Auswirkungen der 2. Inlandsumsatzschwelle auf die Ausnahmeregelungen beim Erwerb von Immobilien 07.04.2006
  2. Bekanntmachung – Gutachtenstandards 20.10.2010

#### **Leitlinien und Leitfäden des Bundeskartellamtes**

* 1. Leitfaden des Bundeskartellamts zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle 29.03.2012

#### **Mustertexte (Nebenbestimmungen und Treuhändervertrag) und Formulare**

* 1. Mustertext: Freigabe eines Zusammenschlussvorhabens mit Nebenbestimmungen - Aufschiebende Bedingung
  2. Mustertext: Freigabe eines Zusammenschlussvorhabens mit Nebenbestimmungen - Auflagen

#### **Grundsätze und Mitteilungen**

* 1. EU Merger Working Group: Best practices on cooperation between EU National Competition Authorities in merger review
  2. Grundsätze der nationalen Wettbewerbsbehörden der ECA zur Anwendung des Verweisungsregimes der FKVO
  3. Mitteilung zur Behandlung nachträglich angemeldeter Zusammenschlüsse

GWB [Kartellgesetz] Verkündungsblatt für diese Norm ausgewertet bis 16.09.2016 Bund

**Inhaltsübersicht (amtlich)**

Erster Teil Wettbewerbsbeschränkungen

**Inhaltsübersicht (redaktionell)**

**Erster Abschnitt Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen**

**§ 1 Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen**

**§ 2 Freigestellte Vereinbarungen**

**§ 3 Mittelstandskartelle**

§§ 4 bis 17 (weggefallen)

**§ 4 (weggefallen)**

**§ 5 (weggefallen)**

**§ 6 (weggefallen)**

**§ 7 (weggefallen)**

**§ 8 (weggefallen)**

**§ 9 (weggefallen)**

**§ 10 (weggefallen)**

**§ 11 (weggefallen)**

**§ 12 (weggefallen)**

**§ 13 (weggefallen)**

**§ 14 (weggefallen)**

**§ 15 (weggefallen)**

**§ 16 (weggefallen)**

**§ 17 (weggefallen)**

Zweiter Abschnitt Marktbeherrschung, sonstiges wettbewerbsbeschränkendes Verhalten

**§ 18 Marktbeherrschung**

**§ 19 Verbotenes Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen**

**§ 20 Verbotenes Verhalten von Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht**

**§ 21 Boykottverbot, Verbot sonstigen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens**

Dritter Abschnitt Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts

**§ 22 Verhältnis dieses Gesetzes zu den Artikeln 101 und 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union**

**§ 23 (weggefallen)**

Vierter Abschnitt Wettbewerbsregeln

**§ 24 Begriff, Antrag auf Anerkennung**

**§ 25 Stellungnahme Dritter**

**§ 26 Anerkennung**

**§ 27 Veröffentlichung von Wettbewerbsregeln, Bekanntmachungen**

Fünfter Abschnitt Sonderregeln für bestimmte Wirtschaftsbereiche

**§ 28 Landwirtschaft**

**§ 29 Energiewirtschaft**

**§ 30 Preisbindung bei Zeitungen und Zeitschriften**

**§ 31 Verträge der Wasserwirtschaft**

**§ 31a Wasserwirtschaft, Meldepflicht**

**§ 31b Wasserwirtschaft, Aufgaben und Befugnisse der Kartellbehörde, Sanktionen**

Sechster Abschnitt Befugnisse der Kartellbehörden, Sanktionen

**§ 32 Abstellung und nachträgliche Feststellung von Zuwiderhandlungen**

**§ 32a Einstweilige Maßnahmen**

**§ 32b Verpflichtungszusagen**

**§ 32c Kein Anlass zum Tätigwerden**

**§ 32d Entzug der Freistellung**

**§ 32e Untersuchungen einzelner Wirtschaftszweige und einzelner Arten von Vereinbarungen**

**§ 33 Unterlassungsanspruch, Schadensersatzpflicht**

**§ 34 Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörde**

**§ 34a Vorteilsabschöpfung durch Verbände**

Siebenter Abschnitt Zusammenschlusskontrolle

**§ 35 Geltungsbereich der Zusammenschlusskontrolle**

**§ 36 Grundsätze für die Beurteilung von Zusammenschlüssen**

**§ 37 Zusammenschluss**

**§ 38 Berechnung der Umsatzerlöse und der Marktanteile**

**§ 39 Anmelde- und Anzeigepflicht**

**§ 40 Verfahren der Zusammenschlusskontrolle**

**§ 41 Vollzugsverbot, Entflechtung**

**§ 42 Ministererlaubnis**

**§ 43 Bekanntmachungen**

Achter Abschnitt Monopolkommission

**§ 44 Aufgaben**

**§ 45 Mitglieder**

**§ 46 Beschlüsse, Organisation, Rechte und Pflichten der Mitglieder**

**§ 47 Übermittlung statistischer Daten**

Neunter Abschnitt Markttransparenzstellen für den Großhandel mit Strom und Gas und für Kraftstoffe

**Erster Teil Wettbewerbsbeschränkungen Siebenter Abschnitt Zusammenschlusskontrolle**

**§ 35 Geltungsbereich der Zusammenschlusskontrolle**

1. Die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle finden Anwendung, wenn im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss
2. die beteiligten Unternehmen insgesamt weltweit Umsatzerlöse von mehr als 500 Millionen Euro und
3. im Inland mindestens ein beteiligtes Unternehmen Umsatzerlöse von mehr als 25 Millionen Euro und ein anderes beteiligtes Unternehmen Umsatzerlöse von mehr als 5 Millionen Euro

erzielt haben.

1. 1Absatz 1 gilt nicht, soweit sich ein Unternehmen, das nicht im Sinne des § 36 Absatz 2 abhängig ist und im letzten Geschäftsjahr weltweit Umsatzerlöse von weniger als 10 Millionen Euro erzielt hat, mit einem anderen Unternehmen zusammenschließt. 2Absatz 1 gilt auch nicht für Zusammenschlüsse durch die Zusammenlegung öffentlicher Einrichtungen und Betriebe, die mit einer kommunalen Gebietsreform einhergehen.
2. Die Vorschriften dieses Gesetzes finden keine Anwendung, soweit die Europäische Kommission nach der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen in ihrer jeweils geltenden Fassung ausschließlich zuständig ist.

§ 36 [1] Grundsätze für die Beurteilung von Zusammenschlüssen

1. 1Ein Zusammenschluss, durch den wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde, insbesondere von dem zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, ist vom Bundeskartellamt zu untersagen. 2Dies gilt nicht, wenn
   1. die beteiligten Unternehmen nachweisen, dass durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und diese Verbesserungen die Behinderung des Wettbewerbs überwiegen, oder
   2. die Untersagungsvoraussetzungen des Satzes 1 auf einem Markt vorliegen, auf dem seit mindestens fünf Jahren Waren oder gewerbliche Leistungen angeboten werden und auf dem im letzten Kalenderjahr weniger als 15 Millionen Euro umgesetzt wurden, oder
   3. die marktbeherrschende Stellung eines Zeitungs- oder Zeitschriftenverlags verstärkt wird, der einen kleinen oder mittleren Zeitungs- oder Zeitschriftenverlag übernimmt, falls nachgewiesen wird, dass der übernommene Verlag in den letzten drei Jahren jeweils in der Gewinn- und Verlustrechnung nach § 275 des Handelsgesetzbuchs einen erheblichen Jahresfehlbetrag auszuweisen hatte und er ohne den Zusammenschluss in seiner Existenz gefährdet wäre. Ferner muss nachgewiesen werden, dass vor dem Zusammenschluss kein anderer Erwerber gefunden wurde, der eine wettbewerbskonformere Lösung sichergestellt hätte.
2. 1Ist ein beteiligtes Unternehmen ein abhängiges oder herrschendes Unternehmen im Sinne des § 17 des Aktiengesetzes oder ein Konzernunternehmen im Sinne des § 18 des Aktiengesetzes, sind die so verbundenen Unternehmen als einheitliches Unternehmen anzusehen. 2Wirken mehrere Unternehmen derart zusammen, dass sie gemeinsam einen beherrschenden Einfluss auf ein anderes Unternehmen ausüben können, gilt jedes von ihnen als herrschendes.
3. Steht einer Person oder Personenvereinigung, die nicht Unternehmen ist, die Mehrheitsbeteiligung an einem Unternehmen zu, gilt sie als Unternehmen.

[1] § 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 geänd. mWv 23. 7. 2015 durch G v. 17. 7. 2015 (BGBl. I S. 1245).

§ 37 Zusammenschluss

1. Ein Zusammenschluss liegt in folgenden Fällen vor:
   1. Erwerb des Vermögens eines anderen Unternehmens ganz oder zu einem wesentlichen Teil;
   2. Erwerb der unmittelbaren oder mittelbaren Kontrolle durch ein oder mehrere Unternehmen über die Gesamtheit oder Teile eines oder mehrerer anderer Unternehmen. Die Kontrolle wird durch Rechte, Verträge oder andere Mittel begründet, die einzeln oder zusammen unter Berücksichtigung aller tatsächlichen und rechtlichen Umstände die Möglichkeit gewähren, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines Unternehmens auszuüben, insbesondere durch
      1. Eigentums- oder Nutzungsrechte an einer Gesamtheit oder an Teilen des Vermögens des Unternehmens,
      2. Rechte oder Verträge, die einen bestimmenden Einfluss auf die Zusammensetzung, die Beratungen oder Beschlüsse der Organe des Unternehmens gewähren;
   3. Erwerb von Anteilen an einem anderen Unternehmen, wenn die Anteile allein oder zusammen mit sonstigen, dem Unternehmen bereits gehörenden Anteilen
      1. 50 vom Hundert oder
      2. 25 vom Hundert

des Kapitals oder der Stimmrechte des anderen Unternehmens erreichen. Zu den Anteilen, die dem Unternehmen gehören, rechnen auch die Anteile, die einem anderen für Rechnung dieses Unternehmens gehören und, wenn der Inhaber des Unternehmens ein Einzelkaufmann ist, auch die Anteile, die sonstiges Vermögen des Inhabers sind. Erwerben mehrere Unternehmen gleichzeitig oder nacheinander Anteile im vorbezeichneten Umfang an einem anderen Unternehmen, gilt dies hinsichtlich der Märkte, auf denen das andere Unternehmen tätig ist, auch als Zusammenschluss der sich beteiligenden Unternehmen untereinander;

* 1. jede sonstige Verbindung von Unternehmen, auf Grund deren ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen wettbewerblich erheblichen Einfluss auf ein anderes Unternehmen ausüben können.

1. Ein Zusammenschluss liegt auch dann vor, wenn die beteiligten Unternehmen bereits vorher zusammengeschlossen waren, es sei denn, der Zusammenschluss führt nicht zu einer wesentlichen Verstärkung der bestehenden Unternehmensverbindung.
2. 1Erwerben Kreditinstitute, Finanzinstitute oder Versicherungsunternehmen Anteile an einem anderen Unternehmen zum Zwecke

der Veräußerung, gilt dies nicht als Zusammenschluss, solange sie das Stimmrecht aus den Anteilen nicht ausüben und sofern die Veräußerung innerhalb eines Jahres erfolgt. 2Diese Frist kann vom Bundeskartellamt auf Antrag verlängert werden, wenn glaubhaft gemacht wird, dass die Veräußerung innerhalb der Frist unzumutbar war.

§ 38 [1] Berechnung der Umsatzerlöse und der Marktanteile

1. 1Für die Ermittlung der Umsatzerlöse gilt § 277 Absatz 1 des Handelsgesetzbuchs. 2Umsatzerlöse aus Lieferungen und Leistungen zwischen verbundenen Unternehmen (Innenumsatzerlöse) sowie Verbrauchsteuern bleiben außer Betracht.
2. Für den Handel mit Waren sind nur drei Viertel der Umsatzerlöse in Ansatz zu bringen.
3. Für den Verlag, die Herstellung und den Vertrieb von Zeitungen, Zeitschriften und deren Bestandteilen ist das Achtfache, für die Herstellung, den Vertrieb und die Veranstaltung von Rundfunkprogrammen und den Absatz von Rundfunkwerbezeiten ist das Zwanzigfache der Umsatzerlöse in Ansatz zu bringen.
4. 1An die Stelle der Umsatzerlöse tritt bei Kreditinstituten, Finanzinstituten, Bausparkassen sowie bei externen

Kapitalverwaltungsgesellschaften im Sinne des § 17 Absatz 2 Nummer 1 des Kapitalanlagegesetzbuchs der Gesamtbetrag der in § 34 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 Buchstabe a bis e der Kreditinstituts-Rechnungslegungsverordnung in der jeweils geltenden Fassung genannten Erträge abzüglich der Umsatzsteuer und sonstiger direkt auf diese Erträge erhobener Steuern. 2Bei Versicherungsunternehmen sind die Prämieneinnahmen des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahres maßgebend. 3Prämieneinnahmen sind die Einnahmen aus dem Erst- und Rückversicherungsgeschäft einschließlich der in Rückdeckung gegebenen Anteile.

1. 1Wird ein Zusammenschluss durch den Erwerb von Teilen eines oder mehrerer Unternehmen bewirkt, so ist unabhängig davon, ob diese Teile eigene Rechtspersönlichkeit besitzen, auf Seiten des Veräußerers nur der Umsatz oder der Marktanteil zu berücksichtigen, der auf die veräußerten Teile entfällt. 2Dies gilt nicht, sofern beim Veräußerer die Kontrolle im Sinne des § 37 Absatz 1 Nummer 2 oder 25 Prozent oder mehr der Anteile verbleiben. 3Zwei oder mehr Erwerbsvorgänge im Sinne von Satz 1, die innerhalb von zwei Jahren zwischen denselben Personen oder Unternehmen getätigt werden, werden als ein einziger Zusammenschluss behandelt, wenn dadurch erstmals die Umsatzschwellen des § 35 erreicht werden; als Zeitpunkt des Zusammenschlusses gilt der letzte Erwerbsvorgang.

[1] § 38 Abs. 4 Satz 1 geänd. mWv 22. 7. 2013 durch G v. 4. 7. 2013 (BGBl. I S. 1981).

§ 39 [1] Anmelde- und Anzeigepflicht

1. 1Zusammenschlüsse sind vor dem Vollzug beim Bundeskartellamt gemäß den Absätzen 2 und 3 anzumelden. 2Für den Empfang elektronischer Anmeldungen wird ausschließlich die vom Bundeskartellamt eingerichtete zentrale De-Mail-Adresse im Sinne des De- Mail-Gesetzes oder, für E-Mails mit qualifizierter elektronischer Signatur, die vom Bundeskartellamt eingerichtete zentrale E-Mail- Adresse bestimmt. 3Die beiden Zugänge sind über die Internetseite des Bundeskartellamts erreichbar.
2. Zur Anmeldung sind verpflichtet:
   1. die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen,
   2. in den Fällen des § 37 Absatz 1 Nummer 1 und 3 auch der Veräußerer.
3. 1In der Anmeldung ist die Form des Zusammenschlusses anzugeben. 2Die Anmeldung muss ferner über jedes beteiligte Unternehmen folgende Angaben enthalten:
4. die Firma oder sonstige Bezeichnung und den Ort der Niederlassung oder den Sitz;
5. die Art des Geschäftsbetriebes;
6. die Umsatzerlöse im Inland, in der Europäischen Union und weltweit; anstelle der Umsatzerlöse sind bei Kreditinstituten, Finanzinstituten, Bausparkassen sowie bei externen Kapitalverwaltungsgesellschaften im Sinne des § 17 Absatz 2 Nummer 1 des Kapitalanlagegesetzbuchs der Gesamtbetrag der Erträge gemäß § 38 Absatz 4, bei Versicherungsunternehmen die Prämieneinnahmen anzugeben;
7. die Marktanteile einschließlich der Grundlagen für ihre Berechnung oder Schätzung, wenn diese im Geltungsbereich dieses Gesetzes oder in einem wesentlichen Teil desselben für die beteiligten Unternehmen zusammen mindestens 20 vom Hundert erreichen;
8. beim Erwerb von Anteilen an einem anderen Unternehmen die Höhe der erworbenen und der insgesamt gehaltenen Beteiligung;
9. eine zustellungsbevollmächtigte Person im Inland, sofern sich der Sitz des Unternehmens nicht im Geltungsbereich dieses Gesetzes befindet.

3In den Fällen des § 37 Absatz 1 Nummer 1 oder 3 sind die Angaben nach Satz 2 Nummer 1 und 6 auch für den Veräußerer zu machen. 4Ist ein beteiligtes Unternehmen ein verbundenes Unternehmen, sind die Angaben nach Satz 2 Nummer 1 und 2 auch über die verbundenen Unternehmen und die Angaben nach Satz 2 Nummer 3 und Nummer 4 über jedes am Zusammenschluss beteiligte Unternehmen und die mit ihm verbundenen Unternehmen insgesamt zu machen sowie die Konzernbeziehungen, Abhängigkeits- und Beteiligungsverhältnisse zwischen den verbundenen Unternehmen mitzuteilen. 5In der Anmeldung dürfen keine unrichtigen oder unvollständigen Angaben gemacht oder benutzt werden, um die Kartellbehörde zu veranlassen, eine Untersagung nach § 36 Absatz 1 oder eine Mitteilung nach § 40 Absatz 1 zu unterlassen.

1. 1Eine Anmeldung ist nicht erforderlich, wenn die Europäische Kommission einen Zusammenschluss an das Bundeskartellamt verwiesen hat und dem Bundeskartellamt die nach Absatz 3 erforderlichen Angaben in deutscher Sprache vorliegen. 2Das Bundeskartellamt teilt den beteiligten Unternehmen unverzüglich den Zeitpunkt des Eingangs der Verweisungsentscheidung mit und unterrichtet sie zugleich darüber, inwieweit die nach Absatz 3 erforderlichen Angaben in deutscher Sprache vorliegen.
2. Das Bundeskartellamt kann von jedem beteiligten Unternehmen Auskunft über Marktanteile einschließlich der Grundlagen für die Berechnung oder Schätzung sowie über den Umsatzerlös bei einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen verlangen, den das Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss erzielt hat.
3. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen haben dem Bundeskartellamt den Vollzug des Zusammenschlusses unverzüglich anzuzeigen.

[1] § 39 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 geänd. mWv 22. 7. 2013 durch G v. 4. 7. 2013 (BGBl. I S. 1981).

§ 40 Verfahren der Zusammenschlusskontrolle

1. 1Das Bundeskartellamt darf einen Zusammenschluss, der ihm angemeldet worden ist, nur untersagen, wenn es den anmeldenden Unternehmen innerhalb einer Frist von einem Monat seit Eingang der vollständigen Anmeldung mitteilt, dass es in die Prüfung des Zusammenschlusses (Hauptprüfverfahren) eingetreten ist. 2Das Hauptprüfverfahren soll eingeleitet werden, wenn eine weitere Prüfung des Zusammenschlusses erforderlich ist.
2. 1Im Hauptprüfverfahren entscheidet das Bundeskartellamt durch Verfügung, ob der Zusammenschluss untersagt oder freigegeben wird. 2Wird die Verfügung nicht innerhalb von vier Monaten nach Eingang der vollständigen Anmeldung den anmeldenden Unternehmen zugestellt, gilt der Zusammenschluss als freigegeben. 3Die Verfahrensbeteiligten sind unverzüglich über den Zeitpunkt der Zustellung der Verfügung zu unterrichten. 4Dies gilt nicht, wenn
   1. die anmeldenden Unternehmen einer Fristverlängerung zugestimmt haben,
   2. das Bundeskartellamt wegen unrichtiger Angaben oder wegen einer nicht rechtzeitig erteilten Auskunft nach § 39 Absatz 5 oder § 59 die Mitteilung nach Absatz 1 oder die Untersagung des Zusammenschlusses unterlassen hat,
   3. eine zustellungsbevollmächtigte Person im Inland entgegen § 39 Absatz 3 Satz 2 Nummer 6 nicht mehr benannt ist.

5Die Frist nach Satz 2 wird gehemmt, wenn das Bundeskartellamt von einem am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen eine Auskunft nach § 59 erneut anfordern muss, weil das Unternehmen ein vorheriges Auskunftsverlangen nach § 59 aus Umständen, die von ihm zu vertreten sind, nicht rechtzeitig oder nicht vollständig beantwortet hat. 6Die Hemmung endet, wenn das Unternehmen dem Bundeskartellamt die Auskunft vollständig übermittelt hat. 7Die Frist nach Satz 2 verlängert sich um einen Monat, wenn ein anmeldendes Unternehmen in einem Verfahren dem Bundeskartellamt erstmals Vorschläge für Bedingungen oder Auflagen nach Absatz 3 unterbreitet.

1. 1Die Freigabe kann mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden, um sicherzustellen, dass die beteiligten Unternehmen den Verpflichtungen nachkommen, die sie gegenüber dem Bundeskartellamt eingegangen sind, um eine Untersagung abzuwenden. 2Die Bedingungen und Auflagen dürfen sich nicht darauf richten, die beteiligten Unternehmen einer laufenden Verhaltenskontrolle zu unterstellen.

(3a) 1Die Freigabe kann widerrufen oder geändert werden, wenn sie auf unrichtigen Angaben beruht, arglistig herbeigeführt worden ist oder die beteiligten Unternehmen einer mit ihr verbundenen Auflage zuwiderhandeln. 2Im Falle der Nichterfüllung einer Auflage gilt § 41 Absatz 4 entsprechend.

1. 1Vor einer Untersagung ist den obersten Landesbehörden, in deren Gebiet die beteiligten Unternehmen ihren Sitz haben, Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. 2In Verfahren nach § 172a des Fünften Buches Sozialgesetzbuch ist vor einer Untersagung das Benehmen mit den zuständigen Aufsichtsbehörden nach § 90 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch herzustellen.
2. Die Fristen nach den Absätzen 1 und 2 Satz 2 beginnen in den Fällen des § 39 Absatz 4 Satz 1, wenn die Verweisungsentscheidung beim Bundeskartellamt eingegangen ist und die nach § 39 Absatz 3 erforderlichen Angaben in deutscher Sprache vorliegen.
3. Wird eine Freigabe des Bundeskartellamts durch gerichtlichen Beschluss rechtskräftig ganz oder teilweise aufgehoben, beginnt die Frist nach Absatz 2 Satz 2 mit Eintritt der Rechtskraft von neuem.

§ 41 [1] Vollzugsverbot, Entflechtung

1. 1Die Unternehmen dürfen einen Zusammenschluss, der vom Bundeskartellamt nicht freigegeben ist, nicht vor Ablauf der Fristen nach § 40 Absatz 1 Satz 1 und Absatz 2 Satz 2 vollziehen oder am Vollzug dieses Zusammenschlusses mitwirken. 2Rechtsgeschäfte, die gegen dieses Verbot verstoßen, sind unwirksam. 3Dies gilt nicht
   1. für Verträge über Grundstücksgeschäfte, sobald sie durch Eintragung in das Grundbuch rechtswirksam geworden sind,
   2. für Verträge über die Umwandlung, Eingliederung oder Gründung eines Unternehmens und für Unternehmensverträge im Sinne der §§ 291 und 292 des Aktiengesetzes, sobald sie durch Eintragung in das zuständige Register rechtswirksam geworden sind, sowie
   3. für andere Rechtsgeschäfte, wenn der nicht angemeldete Zusammenschluss nach Vollzug angezeigt und das Entflechtungsverfahren nach Absatz 3 eingestellt wurde, weil die Untersagungsvoraussetzungen nicht vorlagen, oder die Wettbewerbsbeschränkung infolge einer Auflösungsanordnung nach Absatz 3 Satz 2 in Verbindung mit Satz 3 beseitigt wurde oder eine Ministererlaubnis nach § 42 erteilt worden ist.

(1a) Absatz 1 steht der Verwirklichung von Erwerbsvorgängen nicht entgegen, bei denen die Kontrolle, Anteile oder wettbewerblich erheblicher Einfluss im Sinne von § 37 Absatz 1 oder 2 von mehreren Veräußerern entweder im Wege eines öffentlichen Übernahmeangebots oder im Wege einer Reihe von Rechtsgeschäften mit Wertpapieren, einschließlich solchen, die in andere zum Handel an einer Börse oder an einem ähnlichen Markt zugelassene Wertpapiere konvertierbar sind, über eine Börse erworben werden, sofern der Zusammenschluss gemäß § 39 unverzüglich beim Bundeskartellamt angemeldet wird und der Erwerber die mit den Anteilen verbundenen Stimmrechte nicht oder nur zur Erhaltung des vollen Wertes seiner Investition auf Grund einer vom Bundeskartellamt nach Absatz 2 erteilten Befreiung ausübt.

1. 1Das Bundeskartellamt kann auf Antrag Befreiungen vom Vollzugsverbot erteilen, wenn die beteiligten Unternehmen hierfür

wichtige Gründe geltend machen, insbesondere um schweren Schaden von einem beteiligten Unternehmen oder von Dritten abzuwenden. 2Die Befreiung kann jederzeit, auch vor der Anmeldung, erteilt und mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden. 3§ 40 Absatz 3a gilt entsprechend.

1. 1Ein vollzogener Zusammenschluss, der die Untersagungsvoraussetzungen nach § 36 Absatz 1 erfüllt, ist aufzulösen, wenn nicht der Bundesminister für Wirtschaft und Energie nach § 42 die Erlaubnis zu dem Zusammenschluss erteilt. 2Das Bundeskartellamt ordnet die zur Auflösung des Zusammenschlusses erforderlichen Maßnahmen an. 3Die Wettbewerbsbeschränkung kann auch auf andere Weise als durch Wiederherstellung des früheren Zustands beseitigt werden.
2. Zur Durchsetzung seiner Anordnung kann das Bundeskartellamt insbesondere
   1. (weggefallen)
   2. die Ausübung des Stimmrechts aus Anteilen an einem beteiligten Unternehmen, die einem anderen beteiligten Unternehmen gehören oder ihm zuzurechnen sind, untersagen oder einschränken,
   3. einen Treuhänder bestellen, der die Auflösung des Zusammenschlusses herbeiführt.

[1] § 41 Abs. 3 Satz 1 geänd. mWv 8. 9. 2015 durch VO v. 31. 8. 2015 (BGBl. I S. 1474).

§ 42 [1] Ministererlaubnis

1. 1Der Bundesminister für Wirtschaft und Energie erteilt auf Antrag die Erlaubnis zu einem vom Bundeskartellamt untersagten Zusammenschluss, wenn im Einzelfall die Wettbewerbsbeschränkung von gesamtwirtschaftlichen Vorteilen des Zusammenschlusses aufgewogen wird oder der Zusammenschluss durch ein überragendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt ist. 2Hierbei ist auch die Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen auf Märkten außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes zu berücksichtigen. 3Die Erlaubnis darf nur erteilt werden, wenn durch das Ausmaß der Wettbewerbsbeschränkung die marktwirtschaftliche Ordnung nicht gefährdet wird.
2. 1Die Erlaubnis kann mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden. 2§ 40 Absatz 3 Satz 2 und Absatz 3a gilt entsprechend.
3. 1Der Antrag ist innerhalb einer Frist von einem Monat seit Zustellung der Untersagung oder einer Auflösungsanordnung nach

§ 41 Absatz 3 Satz 1 ohne vorherige Untersagung beim Bundesministerium für Wirtschaft und Energie schriftlich zu stellen. 2Wird die Untersagung angefochten, beginnt die Frist in dem Zeitpunkt, in dem die Untersagung unanfechtbar wird. 3Wird die Auflösungsanordnung nach § 41 Absatz 3 Satz 1 angefochten, beginnt die Frist zu dem Zeitpunkt, zu dem die Auflösungsanordnung unanfechtbar wird.

1. 1Der Bundesminister für Wirtschaft und Energie soll über den Antrag innerhalb von vier Monaten entscheiden. 2Vor der Entscheidung ist eine Stellungnahme der Monopolkommission einzuholen und den obersten Landesbehörden, in deren Gebiet die beteiligten Unternehmen ihren Sitz haben, Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

[1] § 42 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 und Abs. 4 Satz 1 geänd. mWv 8. 9. 2015 durch VO v. 31. 8. 2015 (BGBl. I S. 1474).

§ 43 Bekanntmachungen

1. Die Einleitung des Hauptprüfverfahrens durch das Bundeskartellamt nach § 40 Absatz 1 Satz 1 und der Antrag auf Erteilung einer Ministererlaubnis sind unverzüglich im Bundesanzeiger bekannt zu machen.
2. Im Bundesanzeiger sind bekannt zu machen
   1. die Verfügung des Bundeskartellamts nach § 40 Absatz 2,
   2. die Ministererlaubnis, deren Widerruf, Änderung oder Ablehnung,
   3. die Rücknahme, der Widerruf oder die Änderung der Freigabe des Bundeskartellamts,
   4. die Auflösung eines Zusammenschlusses und die sonstigen Anordnungen des Bundeskartellamts nach § 41 Absatz 3 und 4.
3. Bekannt zu machen nach Absatz 1 und 2 sind jeweils die Angaben nach § 39 Absatz 3 Satz 1 sowie Satz 2 Nummer 1 und 2.
4. Markttransparenzstelle für den Großhandel im Bereich Strom und Gas

**§ 47a Einrichtung, Zuständigkeit, Organisation**

**§ 47b Aufgaben**

**§ 47c Datenverwendung**

**§ 47d Befugnisse**

**§ 47e Mitteilungspflichten**

**§ 47f Verordnungsermächtigung**

**§ 47g Festlegungsbereiche**

**§ 47h Berichtspflichten, Veröffentlichungen**

**§ 47i Zusammenarbeit mit anderen Behörden und Aufsichtsstellen**

**§ 47j Vertrauliche Informationen, operationelle Zuverlässigkeit, Datenschutz**

1. Markttransparenzstelle für Kraftstoffe

**§ 47k Marktbeobachtung im Bereich Kraftstoffe**

1. Evaluierung

**§ 47l Evaluierung der Markttransparenzstellen**

Zweiter Teil Kartellbehörden

**Erster Abschnitt Allgemeine Vorschriften**

**§ 48 Zuständigkeit**

**§ 49 Bundeskartellamt und oberste Landesbehörde**

**§ 50 Vollzug des europäischen Rechts**

**§ 50a Zusammenarbeit im Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden**

**§ 50b Sonstige Zusammenarbeit mit ausländischen Wettbewerbsbehörden**

**§ 50c Behördenzusammenarbeit**

Zweiter Abschnitt Bundeskartellamt

**§ 51 Sitz, Organisation**

**§ 52 Veröffentlichung allgemeiner Weisungen**

**§ 53 Tätigkeitsbericht und Monitoringberichte**

Dritter Teil Verfahren und Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren Erster Abschnitt Verwaltungssachen

1. **Verfahren vor den Kartellbehörden**

**§ 54 Einleitung des Verfahrens, Beteiligte**

**§ 55 Vorabentscheidung über Zuständigkeit**

**§ 56 Anhörung, mündliche Verhandlung**

**§ 57 Ermittlungen, Beweiserhebung**

**§ 58 Beschlagnahme**

**§ 59 Auskunftsverlangen**

**§ 60 Einstweilige Anordnungen**

**§ 61 Verfahrensabschluss, Begründung der Verfügung, Zustellung**

**§ 62 Bekanntmachung von Verfügungen**

1. Beschwerde

**§ 63 Zulässigkeit, Zuständigkeit**

**§ 64 Aufschiebende Wirkung**

**§ 65 Anordnung der sofortigen Vollziehung**

**§ 66 Frist und Form**

**§ 67 Beteiligte am Beschwerdeverfahren**

**§ 68 Anwaltszwang**

**§ 69 Mündliche Verhandlung**

**§ 70 Untersuchungsgrundsatz**

**§ 71 Beschwerdeentscheidung**

**§ 71a Abhilfe bei Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör**

**§ 72 Akteneinsicht**

**§ 73 Geltung von Vorschriften des GVG und der ZPO**

1. Rechtsbeschwerde

**§ 74 Zulassung, absolute Rechtsbeschwerdegründe**

**§ 75 Nichtzulassungsbeschwerde**

**§ 76 Beschwerdeberechtigte, Form und Frist**

1. Gemeinsame Bestimmungen

**§ 77 Beteiligtenfähigkeit**

**§ 78 Kostentragung und -festsetzung**

**§ 78a Elektronische Dokumentenübermittlung**

**§ 79 Rechtsverordnungen**

**§ 80 Gebührenpflichtige Handlungen**

Zweiter Abschnitt Bußgeldverfahren

**§ 81 Bußgeldvorschriften**

**§ 81a Auskunftspflichten**

**§ 82 Zuständigkeit für Verfahren wegen der Festsetzung einer Geldbuße gegen eine juristische Person oder Personenvereinigung**

**§ 82a Befugnisse und Zuständigkeiten im gerichtlichen Bußgeldverfahren**

**§ 83 Zuständigkeit des OLG im gerichtlichen Verfahren**

**§ 84 Rechtsbeschwerde zum BGH**

**Zweiter Teil Kartellbehörden**

**Zweiter Abschnitt Bundeskartellamt**

§ 51 [1] Sitz, Organisation

* 1. 1Das Bundeskartellamt ist eine selbstständige Bundesoberbehörde mit dem Sitz in Bonn. 2Es gehört zum Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie.
  2. 1Die Entscheidungen des Bundeskartellamts werden von den Beschlussabteilungen getroffen, die nach Bestimmung des

Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie gebildet werden. 2Im Übrigen regelt der Präsident die Verteilung und den Gang der Geschäfte des Bundeskartellamts durch eine Geschäftsordnung; sie bedarf der Bestätigung durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie.

* 1. Die Beschlussabteilungen entscheiden in der Besetzung mit einem oder einer Vorsitzenden und zwei Beisitzenden.
  2. Vorsitzende und Beisitzende der Beschlussabteilungen müssen Beamte auf Lebenszeit sein und die Befähigung zum Richteramt oder zum höheren Verwaltungsdienst haben.
  3. Die Mitglieder des Bundeskartellamts dürfen weder ein Unternehmen innehaben oder leiten noch dürfen sie Mitglied des Vorstandes oder des Aufsichtsrates eines Unternehmens, eines Kartells oder einer Wirtschafts- oder Berufsvereinigung sein.

[1] § 51 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 1 und 2 geänd. mWv 8. 9. 2015 durch VO v. 31. 8. 2015 (BGBl. I S. 1474).

§ 52 [1] Veröffentlichung allgemeiner Weisungen

Soweit das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie dem Bundeskartellamt allgemeine Weisungen für den Erlass oder die Unterlassung von Verfügungen nach diesem Gesetz erteilt, sind diese Weisungen im Bundesanzeiger zu veröffentlichen.

[1] § 52 geänd. mWv 8. 9. 2015 durch VO v. 31. 8. 2015 (BGBl. I S. 1474).

§ 53 [1] Tätigkeitsbericht und Monitoringberichte

1. 1Das Bundeskartellamt veröffentlicht alle zwei Jahre einen Bericht über seine Tätigkeit sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet. 2In den Bericht sind die allgemeinen Weisungen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie nach § 52 aufzunehmen. 3Es veröffentlicht ferner fortlaufend seine Verwaltungsgrundsätze.
2. Die Bundesregierung leitet den Bericht des Bundeskartellamts dem Bundestag unverzüglich mit ihrer Stellungnahme zu.
3. 1Das Bundeskartellamt erstellt einen Bericht über seine Monitoringtätigkeit nach § 48 Absatz 3 Satz 1 im Einvernehmen mit der Bundesnetzagentur, soweit Aspekte der Regulierung der Leitungsnetze betroffen sind, und leitet ihn der Bundesnetzagentur zu. 2Das Bundeskartellamt erstellt als Teil des Monitorings nach § 48 Absatz 3 Satz 1 mindestens alle zwei Jahre einen Bericht über seine Monitoringergebnisse zu den Wettbewerbsverhältnissen im Bereich der Erzeugung elektrischer Energie. 3Das Bundeskartellamt kann den Bericht unabhängig von dem Monitoringbericht nach Satz 1 veröffentlichen.

[1] § 53 Abs. 1 Satz 2 geänd. mWv 8. 9. 2015 durch VO v. 31. 8. 2015 (BGBl. I S. 1474); Überschrift und Abs. 3 Satz 1 geänd., Sätze 2 und 3 angef. mWv 30. 7. 2016 durch

G v. 26. 7. 2016 (BGBl. I S. 1786).

##### Dritter Teil Verfahren und Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren Erster Abschnitt Verwaltungssachen

* 1. **Verfahren vor den Kartellbehörden**

§ 54 Einleitung des Verfahrens, Beteiligte

1. 1Die Kartellbehörde leitet ein Verfahren von Amts wegen oder auf Antrag ein. 2Die Kartellbehörde kann auf entsprechendes Ersuchen zum Schutz eines Beschwerdeführers ein Verfahren von Amts wegen einleiten.
2. An dem Verfahren vor der Kartellbehörde sind beteiligt,
   1. wer die Einleitung eines Verfahrens beantragt hat;
   2. Kartelle, Unternehmen, Wirtschafts- oder Berufsvereinigungen, gegen die sich das Verfahren richtet;
   3. Personen und Personenvereinigungen, deren Interessen durch die Entscheidung erheblich berührt werden und die die Kartellbehörde auf ihren Antrag zu dem Verfahren beigeladen hat; Interessen der Verbraucherzentralen und anderer Verbraucherverbände, die mit öffentlichen Mitteln gefördert werden, werden auch dann erheblich berührt, wenn sich die Entscheidung auf eine Vielzahl von Verbrauchern auswirkt und dadurch die Interessen der Verbraucher insgesamt erheblich berührt werden;
   4. in den Fällen des § 37 Absatz 1 Nummer 1 oder 3 auch der Veräußerer.
3. An Verfahren vor obersten Landesbehörden ist auch das Bundeskartellamt beteiligt.

§ 55 Vorabentscheidung über Zuständigkeit

1. 1Macht ein Beteiligter die örtliche oder sachliche Unzuständigkeit der Kartellbehörde geltend, so kann die Kartellbehörde über die Zuständigkeit vorab entscheiden. 2Die Verfügung kann selbständig mit der Beschwerde angefochten werden; die Beschwerde hat aufschiebende Wirkung.
2. Hat ein Beteiligter die örtliche oder sachliche Unzuständigkeit der Kartellbehörde nicht geltend gemacht, so kann eine Beschwerde nicht darauf gestützt werden, dass die Kartellbehörde ihre Zuständigkeit zu Unrecht angenommen hat.

§ 56 [1] Anhörung, mündliche Verhandlung

1. Die Kartellbehörde hat den Beteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.
2. Vertretern der von dem Verfahren berührten Wirtschaftskreise kann die Kartellbehörde in geeigneten Fällen Gelegenheit zur Stellungnahme geben.
3. 1Auf Antrag eines Beteiligten oder von Amts wegen kann die Kartellbehörde eine öffentliche mündliche Verhandlung

durchführen. 2Für die Verhandlung oder für einen Teil davon ist die Öffentlichkeit auszuschließen, wenn sie eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung, insbesondere der Staatssicherheit, oder die Gefährdung eines wichtigen Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses besorgen lässt. 3In den Fällen des § 42 hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen; mit Einverständnis der Beteiligten kann ohne mündliche Verhandlung entschieden werden.

1. Die §§ 45 und 46 des Verwaltungsverfahrensgesetzes sind anzuwenden.

[1] § 56 Abs. 3 Satz 3 geänd. mWv 8. 9. 2015 durch VO v. 31. 8. 2015 (BGBl. I S. 1474).

§ 57 Ermittlungen, Beweiserhebung

1. Die Kartellbehörde kann alle Ermittlungen führen und alle Beweise erheben, die erforderlich sind.
2. 1Für den Beweis durch Augenschein, Zeugen und Sachverständige sind § 372 Absatz 1, §§ 376, 377, 378, 380 bis 387, 390, 395 bis 397, 398 Absatz 1, §§ 401, 402, 404, 404a, 406 bis 409, 411 bis 414 der Zivilprozessordnung sinngemäß anzuwenden; Haft darf nicht verhängt werden. 2Für die Entscheidung über die Beschwerde ist das Oberlandesgericht zuständig.
3. 1Über die Zeugenaussage soll eine Niederschrift aufgenommen werden, die von dem ermittelnden Mitglied der Kartellbehörde und, wenn ein Urkundsbeamter zugezogen ist, auch von diesem zu unterschreiben ist. 2Die Niederschrift soll Ort und Tag der Verhandlung sowie die Namen der Mitwirkenden und Beteiligten ersehen lassen.
4. 1Die Niederschrift ist dem Zeugen zur Genehmigung vorzulesen oder zur eigenen Durchsicht vorzulegen. 2Die erteilte Genehmigung ist zu vermerken und von dem Zeugen zu unterschreiben. 3Unterbleibt die Unterschrift, so ist der Grund hierfür anzugeben.
5. Bei der Vernehmung von Sachverständigen sind die Bestimmungen der Absätze 3 und 4 entsprechend anzuwenden.
6. 1Die Kartellbehörde kann das Amtsgericht um die Beeidigung von Zeugen ersuchen, wenn sie die Beeidigung zur Herbeiführung einer wahrheitsgemäßen Aussage für notwendig erachtet. 2Über die Beeidigung entscheidet das Gericht.

§ 58 Beschlagnahme

1. 1Die Kartellbehörde kann Gegenstände, die als Beweismittel für die Ermittlung von Bedeutung sein können, beschlagnahmen.

2Die Beschlagnahme ist dem davon Betroffenen unverzüglich bekannt zu machen.

1. Die Kartellbehörde soll binnen drei Tagen die gerichtliche Bestätigung bei dem Amtsgericht, in dessen Bezirk sie ihren Sitz hat, beantragen, wenn bei der Beschlagnahme weder der davon Betroffene noch ein erwachsener Angehöriger anwesend war oder wenn der Betroffene und im Falle seiner Abwesenheit ein erwachsener Angehöriger des Betroffenen gegen die Beschlagnahme ausdrücklich Widerspruch erhoben hat.
2. 1Der Betroffene kann gegen die Beschlagnahme jederzeit die richterliche Entscheidung nachsuchen. 2Hierüber ist er zu

belehren. 3Über den Antrag entscheidet das nach Absatz 2 zuständige Gericht.

1. 1Gegen die richterliche Entscheidung ist die Beschwerde zulässig. 2Die §§ 306 bis 310 und 311a der Strafprozessordnung gelten entsprechend.

§ 59 [1] Auskunftsverlangen

* 1. 1Soweit es zur Erfüllung der in diesem Gesetz der Kartellbehörde übertragenen Aufgaben erforderlich ist, kann die Kartellbehörde bis zum Eintritt der Bestandskraft ihrer Entscheidung
     1. von Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen Auskunft über ihre wirtschaftlichen Verhältnisse sowie die Herausgabe von Unterlagen verlangen; dies umfasst auch allgemeine Marktstudien, die der Einschätzung oder Analyse der Wettbewerbsbedingungen oder der Marktlage dienen und sich im Besitz des Unternehmens oder der Unternehmensvereinigung befinden;
     2. von Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen Auskunft über die wirtschaftlichen Verhältnisse von mit ihnen nach

§ 36 Absatz 2 verbundenen Unternehmen sowie die Herausgabe von Unterlagen dieser Unternehmen verlangen, soweit sie die Informationen zur Verfügung haben oder soweit sie auf Grund bestehender rechtlicher Verbindungen zur Beschaffung der verlangten Informationen über die verbundenen Unternehmen in der Lage sind;

* + 1. bei Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen innerhalb der üblichen Geschäftszeiten die geschäftlichen Unterlagen einsehen und prüfen.

2Gegenüber Wirtschafts- und Berufsvereinigungen gilt Satz 1 Nummer 1 und 3 entsprechend hinsichtlich ihrer Tätigkeit, Satzung, Beschlüsse sowie Anzahl und Namen der Mitglieder, für die die Beschlüsse bestimmt sind. 3Die Kartellbehörde kann vorgeben, in welcher Form die Angaben nach den Sätzen 1 und 2 zu erteilen sind; insbesondere kann sie vorgeben, dass eine Internetplattform zur Eingabe der Angaben verwendet werden muss.

* 1. Die Inhaber der Unternehmen und ihre Vertretung, bei juristischen Personen, Gesellschaften und nicht rechtsfähigen Vereinen die nach Gesetz oder Satzung zur Vertretung berufenen Personen sind verpflichtet, die verlangten Unterlagen herauszugeben, die verlangten Auskünfte zu erteilen, die geschäftlichen Unterlagen zur Einsichtnahme und Prüfung vorzulegen und die Prüfung dieser geschäftlichen Unterlagen sowie das Betreten von Geschäftsräumen und -grundstücken zu dulden.
  2. 1Personen, die von der Kartellbehörde mit der Vornahme von Prüfungen beauftragt werden, dürfen die Räume der Unternehmen

und Vereinigungen von Unternehmen betreten. 2Das Grundrecht des Artikels 13 des Grundgesetzes wird insoweit eingeschränkt.

* 1. 1Durchsuchungen können nur auf Anordnung des Amtsrichters, in dessen Bezirk die Kartellbehörde ihren Sitz hat, vorgenommen werden. 2Durchsuchungen sind zulässig, wenn zu vermuten ist, dass sich in den betreffenden Räumen Unterlagen befinden, die die Kartellbehörde nach Absatz 1 einsehen, prüfen oder herausverlangen darf. 3Das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung (Artikel 13 Absatz 1 des Grundgesetzes) wird insoweit eingeschränkt. 4Auf die Anfechtung dieser Anordnung finden die §§ 306 bis 310 und 311a der Strafprozessordnung entsprechende Anwendung. 5Bei Gefahr im Verzuge können die in Absatz 3 bezeichneten Personen während der Geschäftszeit die erforderlichen Durchsuchungen ohne richterliche Anordnung vornehmen. 6An Ort und Stelle ist eine Niederschrift über die Durchsuchung und ihr wesentliches Ergebnis aufzunehmen, aus der sich, falls keine richterliche Anordnung ergangen ist, auch die Tatsachen ergeben, die zur Annahme einer Gefahr im Verzuge geführt haben.
  2. Für die zur Auskunft verpflichtete Person gilt § 55 der Strafprozessordnung entsprechend.
  3. 1Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie oder die oberste Landesbehörde fordern die Auskunft durch schriftliche Einzelverfügung, das Bundeskartellamt fordert sie durch Beschluss an. 2Darin sind die Rechtsgrundlage, der Gegenstand und der Zweck des Auskunftsverlangens anzugeben und eine angemessene Frist zur Erteilung der Auskunft zu bestimmen.
  4. 1Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie oder die oberste Landesbehörde ordnen die Prüfung durch schriftliche Einzelverfügung, das Bundeskartellamt ordnet sie durch Beschluss mit Zustimmung des Präsidenten an. 2In der Anordnung sind Zeitpunkt, Rechtsgrundlage, Gegenstand und Zweck der Prüfung anzugeben.

[1] § 59 Abs. 6 Satz 1 und Abs. 7 Satz 1 geänd. mWv 8. 9. 2015 durch VO v. 31. 8. 2015 (BGBl. I S. 1474).

§ 60 Einstweilige Anordnungen

Die Kartellbehörde kann bis zur endgültigen Entscheidung über

* + 1. eine Verfügung nach § 31b Absatz 3, § 40 Absatz 2, § 41 Absatz 3 oder einen Widerruf oder eine Änderung einer Freigabe nach § 40 Absatz 3a,
    2. eine Erlaubnis nach § 42 Absatz 1, ihren Widerruf oder ihre Änderung nach § 42 Absatz 2 Satz 2,
    3. eine Verfügung nach § 26 Absatz 4, § 30 Absatz 3 oder § 34 Absatz 1

einstweilige Anordnungen zur Regelung eines einstweiligen Zustandes treffen.

§ 61 Verfahrensabschluss, Begründung der Verfügung, Zustellung

1. 1Verfügungen der Kartellbehörde sind zu begründen und mit einer Belehrung über das zulässige Rechtsmittel den Beteiligten nach den Vorschriften des Verwaltungszustellungsgesetzes zuzustellen. 2§ 5 Absatz 4 des Verwaltungszustellungsgesetzes und § 178 Absatz 1 Nummer 2 der Zivilprozessordnung sind auf Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen sowie auf Auftraggeber im Sinn von § 98 entsprechend anzuwenden. 3Verfügungen, die gegenüber einem Unternehmen mit Sitz außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes ergehen, stellt die Kartellbehörde der im Inland ansässigen Person zu, die das Unternehmen dem Bundeskartellamt als zustellungsbevollmächtigt benannt hat. 4Hat das Unternehmen keine zustellungsbevollmächtigte Person benannt, so stellt die Kartellbehörde die Verfügungen durch Bekanntmachung im Bundesanzeiger zu.
2. Soweit ein Verfahren nicht mit einer Verfügung abgeschlossen wird, die den Beteiligten nach Absatz 1 zugestellt wird, ist seine Beendigung den Beteiligten schriftlich mitzuteilen.

§ 62 Bekanntmachung von Verfügungen

1Verfügungen der Kartellbehörde nach § 30 Absatz 3, § 31b Absatz 3, §§ 32 bis 32b und 32d sind im Bundesanzeiger bekannt zu machen. 2Entscheidungen nach § 32c können von der Kartellbehörde bekannt gemacht werden.

##### Beschwerde

§ 63 [1] Zulässigkeit, Zuständigkeit

1. 1Gegen Verfügungen der Kartellbehörde ist die Beschwerde zulässig. 2Sie kann auch auf neue Tatsachen und Beweismittel gestützt werden.
2. Die Beschwerde steht den am Verfahren vor der Kartellbehörde Beteiligten (§ 54 Absatz 2 und 3) zu.
3. 1Die Beschwerde ist auch gegen die Unterlassung einer beantragten Verfügung der Kartellbehörde zulässig, auf deren Vornahme der Antragsteller ein Recht zu haben behauptet. 2Als Unterlassung gilt es auch, wenn die Kartellbehörde den Antrag auf Vornahme der Verfügung ohne zureichenden Grund in angemessener Frist nicht beschieden hat. 3Die Unterlassung ist dann einer Ablehnung gleichzuachten.
4. 1Über die Beschwerde entscheidet das für den Sitz der Kartellbehörde zuständige Oberlandesgericht, in den Fällen der §§ 35 bis 42 das für den Sitz des Bundeskartellamts zuständige Oberlandesgericht, und zwar auch dann, wenn sich die Beschwerde gegen eine Verfügung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie richtet. 2§ 36 der Zivilprozessordnung gilt entsprechend. 3Für Streitigkeiten über Entscheidungen des Bundeskartellamts, die die freiwillige Vereinigung von Krankenkassen nach § 172a des Fünften Buches Sozialgesetzbuch betreffen, gilt § 202 Satz 3 des Sozialgerichtsgesetzes.

[1] § 63 Abs. 4 Satz 1 geänd. mWv 8. 9. 2015 durch VO v. 31. 8. 2015 (BGBl. I S. 1474).

§ 64 Aufschiebende Wirkung

1. Die Beschwerde hat aufschiebende Wirkung, soweit durch die angefochtene Verfügung
   1. weggefallen
   2. eine Verfügung nach § 26 Absatz 4, § 30 Absatz 3, § 31b Absatz 3, § 32 Absatz 2a Satz 1 oder § 34 Absatz 1 getroffen oder
   3. eine Erlaubnis nach § 42 Absatz 2 Satz 2 widerrufen oder geändert wird.
2. 1Wird eine Verfügung, durch die eine einstweilige Anordnung nach § 60 getroffen wurde, angefochten, so kann das Beschwerdegericht anordnen, dass die angefochtene Verfügung ganz oder teilweise erst nach Abschluss des Beschwerdeverfahrens oder nach Leistung einer Sicherheit in Kraft tritt. 2Die Anordnung kann jederzeit aufgehoben oder geändert werden.
3. 1§ 60 gilt entsprechend für das Verfahren vor dem Beschwerdegericht. 2Dies gilt nicht für die Fälle des § 65.

§ 65 Anordnung der sofortigen Vollziehung

1. Die Kartellbehörde kann in den Fällen des § 64 Absatz 1 die sofortige Vollziehung der Verfügung anordnen, wenn dies im öffentlichen Interesse oder im überwiegenden Interesse eines Beteiligten geboten ist.
2. Die Anordnung nach Absatz 1 kann bereits vor der Einreichung der Beschwerde getroffen werden.
3. 1Auf Antrag kann das Beschwerdegericht die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise wiederherstellen, wenn
   1. die Voraussetzungen für die Anordnung nach Absatz 1 nicht vorgelegen haben oder nicht mehr vorliegen oder
   2. ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Verfügung bestehen oder
   3. die Vollziehung für den Betroffenen eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte.

2In den Fällen, in denen die Beschwerde keine aufschiebende Wirkung hat, kann die Kartellbehörde die Vollziehung aussetzen; die Aussetzung soll erfolgen, wenn die Voraussetzungen des Satzes 1 Nummer 3 vorliegen. 3Das Beschwerdegericht kann auf Antrag die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise anordnen, wenn die Voraussetzungen des Satzes 1 Nummer 2 oder 3 vorliegen. 4Hat ein

Dritter Beschwerde gegen eine Verfügung nach § 40 Absatz 2 eingelegt, ist der Antrag des Dritten auf Erlass einer Anordnung nach Satz 3 nur zulässig, wenn dieser geltend macht, durch die Verfügung in seinen Rechten verletzt zu sein.

1. 1Der Antrag nach Absatz 3 Satz 1 oder 3 ist schon vor Einreichung der Beschwerde zulässig. 2Die Tatsachen, auf die der Antrag

gestützt wird, sind vom Antragsteller glaubhaft zu machen. 3Ist die Verfügung im Zeitpunkt der Entscheidung schon vollzogen, kann das Gericht auch die Aufhebung der Vollziehung anordnen. 4Die Wiederherstellung und die Anordnung der aufschiebenden Wirkung können von der Leistung einer Sicherheit oder von anderen Auflagen abhängig gemacht werden. 5Sie können auch befristet werden.

1. Beschlüsse über Anträge nach Absatz 3 können jederzeit geändert oder aufgehoben werden.

§ 66 [1] Frist und Form

1. 1Die Beschwerde ist binnen einer Frist von einem Monat bei der Kartellbehörde, deren Verfügung angefochten wird, schriftlich einzureichen. 2Die Frist beginnt mit der Zustellung der Verfügung der Kartellbehörde. 3Wird in den Fällen des § 36 Absatz 1 Antrag auf Erteilung einer Erlaubnis nach § 42 gestellt, so beginnt die Frist für die Beschwerde gegen die Verfügung des Bundeskartellamts mit der Zustellung der Verfügung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie. 4Es genügt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist bei dem Beschwerdegericht eingeht.
2. Ergeht auf einen Antrag keine Verfügung (§ 63 Absatz 3 Satz 2), so ist die Beschwerde an keine Frist gebunden.
3. 1Die Beschwerde ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung der angefochtenen Verfügung zu begründen. 2Im Fall des Absatzes 1 Satz 3 beginnt die Frist mit der Zustellung der Verfügung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie. 3Wird diese Verfügung angefochten, beginnt die Frist zu dem Zeitpunkt, zu dem die Untersagung unanfechtbar wird. 4Im Fall des Absatzes 2 beträgt die Frist einen Monat; sie beginnt mit der Einlegung der Beschwerde. 5Die Frist kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Beschwerdegerichts verlängert werden.
4. Die Beschwerdebegründung muss enthalten
   1. die Erklärung, inwieweit die Verfügung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird,
   2. die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt.
5. Die Beschwerdeschrift und die Beschwerdebegründung müssen durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein; dies gilt nicht für Beschwerden der Kartellbehörden.

[1] § 66 Abs. 1 Satz 3 und Abs. 3 Satz 2 geänd. mWv 8. 9. 2015 durch VO v. 31. 8. 2015 (BGBl. I S. 1474).

§ 67 Beteiligte am Beschwerdeverfahren

1. An dem Verfahren vor dem Beschwerdegericht sind beteiligt
   1. der Beschwerdeführer,
   2. die Kartellbehörde, deren Verfügung angefochten wird,
   3. Personen und Personenvereinigungen, deren Interessen durch die Entscheidung erheblich berührt werden und die die Kartellbehörde auf ihren Antrag zu dem Verfahren beigeladen hat.
2. Richtet sich die Beschwerde gegen eine Verfügung einer obersten Landesbehörde, ist auch das Bundeskartellamt an dem Verfahren beteiligt.

§ 68 Anwaltszwang

1Vor dem Beschwerdegericht müssen die Beteiligten sich durch einen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten vertreten lassen. 2Die Kartellbehörde kann sich durch ein Mitglied der Behörde vertreten lassen.

§ 69 Mündliche Verhandlung

1. Das Beschwerdegericht entscheidet über die Beschwerde auf Grund mündlicher Verhandlung; mit Einverständnis der Beteiligten kann ohne mündliche Verhandlung entschieden werden.
2. Sind die Beteiligten in dem Verhandlungstermin trotz rechtzeitiger Benachrichtigung nicht erschienen oder gehörig vertreten, so kann gleichwohl in der Sache verhandelt und entschieden werden.

§ 70 Untersuchungsgrundsatz

1. Das Beschwerdegericht erforscht den Sachverhalt von Amts wegen.
2. Der oder die Vorsitzende hat darauf hinzuwirken, dass Formfehler beseitigt, unklare Anträge erläutert, sachdienliche Anträge gestellt, ungenügende tatsächliche Angaben ergänzt, ferner alle für die Feststellung und Beurteilung des Sachverhalts wesentlichen Erklärungen abgegeben werden.
3. 1Das Beschwerdegericht kann den Beteiligten aufgeben, sich innerhalb einer zu bestimmenden Frist über aufklärungsbedürftige

Punkte zu äußern, Beweismittel zu bezeichnen und in ihren Händen befindliche Urkunden sowie andere Beweismittel vorzulegen. 2Bei Versäumung der Frist kann nach Lage der Sache ohne Berücksichtigung der nicht beigebrachten Beweismittel entschieden werden.

1. 1Wird die Anforderung nach § 59 Absatz 6 oder die Anordnung nach § 59 Absatz 7 mit der Beschwerde angefochten, hat die Kartellbehörde die tatsächlichen Anhaltspunkte glaubhaft zu machen. 2§ 294 Absatz 1 der Zivilprozessordnung findet Anwendung.

3Eine Glaubhaftmachung ist nicht erforderlich, soweit § 20 voraussetzt, dass kleine oder mittlere Unternehmen von Unternehmen in der Weise abhängig sind, dass ausreichende und zumutbare Ausweichmöglichkeiten nicht bestehen.

§ 71 Beschwerdeentscheidung

1. 1Das Beschwerdegericht entscheidet durch Beschluss nach seiner freien, aus dem Gesamtergebnis des Verfahrens gewonnenen Überzeugung. 2Der Beschluss darf nur auf Tatsachen und Beweismittel gestützt werden, zu denen die Beteiligten sich äußern konnten. 3Das Beschwerdegericht kann hiervon abweichen, soweit Beigeladenen aus wichtigen Gründen, insbesondere zur Wahrung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen, Akteneinsicht nicht gewährt und der Akteninhalt aus diesen Gründen auch nicht vorgetragen worden ist. 4Dies gilt nicht für solche Beigeladene, die an dem streitigen Rechtsverhältnis derart beteiligt sind, dass die Entscheidung auch ihnen gegenüber nur einheitlich ergehen kann.
2. 1Hält das Beschwerdegericht die Verfügung der Kartellbehörde für unzulässig oder unbegründet, so hebt es sie auf. 2Hat sich die Verfügung vorher durch Zurücknahme oder auf andere Weise erledigt, so spricht das Beschwerdegericht auf Antrag aus, dass die Verfügung der Kartellbehörde unzulässig oder unbegründet gewesen ist, wenn der Beschwerdeführer ein berechtigtes Interesse an dieser Feststellung hat.
3. Hat sich eine Verfügung nach den §§ 32 bis 32b oder § 32d wegen nachträglicher Änderung der tatsächlichen Verhältnisse oder auf andere Weise erledigt, so spricht das Beschwerdegericht auf Antrag aus, ob, in welchem Umfang und bis zu welchem Zeitpunkt die Verfügung begründet gewesen ist.
4. Hält das Beschwerdegericht die Ablehnung oder Unterlassung der Verfügung für unzulässig oder unbegründet, so spricht es die Verpflichtung der Kartellbehörde aus, die beantragte Verfügung vorzunehmen.
5. 1Die Verfügung ist auch dann unzulässig oder unbegründet, wenn die Kartellbehörde von ihrem Ermessen fehlsamen Gebrauch

gemacht hat, insbesondere wenn sie die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten oder durch die Ermessensentscheidung Sinn und Zweck dieses Gesetzes verletzt hat. 2Die Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung ist hierbei der Nachprüfung des Gerichts entzogen.

1. Der Beschluss ist zu begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung den Beteiligten zuzustellen.

§ 71a [1] Abhilfe bei Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör

1. 1Auf die Rüge eines durch eine gerichtliche Entscheidung beschwerten Beteiligten ist das Verfahren fortzuführen, wenn
   1. ein Rechtsmittel oder ein anderer Rechtsbehelf gegen die Entscheidung nicht gegeben ist und
   2. das Gericht den Anspruch dieses Beteiligten auf rechtliches Gehör in entscheidungserheblicher Weise verletzt hat.

2Gegen eine der Endentscheidung vorausgehende Entscheidung findet die Rüge nicht statt.

1. 1Die Rüge ist innerhalb von zwei Wochen nach Kenntnis von der Verletzung des rechtlichen Gehörs zu erheben; der Zeitpunkt der Kenntniserlangung ist glaubhaft zu machen. 2Nach Ablauf eines Jahres seit Bekanntgabe der angegriffenen Entscheidung kann die Rüge nicht mehr erhoben werden. 3Formlos mitgeteilte Entscheidungen gelten mit dem dritten Tage nach Aufgabe zur Post als bekannt gegeben. 4Die Rüge ist schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle bei dem Gericht zu erheben, dessen Entscheidung angegriffen wird. 5Die Rüge muss die angegriffene Entscheidung bezeichnen und das Vorliegen der in Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 genannten Voraussetzungen darlegen.
2. Den übrigen Beteiligten ist, soweit erforderlich, Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.
3. 1Ist die Rüge nicht statthaft oder nicht in der gesetzlichen Form oder Frist erhoben, so ist sie als unzulässig zu verwerfen. 2Ist die Rüge unbegründet, weist das Gericht sie zurück. 3Die Entscheidung ergeht durch unanfechtbaren Beschluss. 4Der Beschluss soll kurz begründet werden.
4. 1Ist die Rüge begründet, so hilft ihr das Gericht ab, indem es das Verfahren fortführt, soweit dies aufgrund der Rüge geboten ist. 2Das Verfahren wird in die Lage zurückversetzt, in der es sich vor dem Schluss der mündlichen Verhandlung befand. 3Im schriftlichen Verfahren tritt an die Stelle des Schlusses der mündlichen Verhandlung der Zeitpunkt, bis zu dem Schriftsätze eingereicht werden können. 4Für den Ausspruch des Gerichts ist § 343 der Zivilprozessordnung anzuwenden.
5. § 149 Absatz 1 Satz 2 der Verwaltungsgerichtsordnung ist entsprechend anzuwenden.

[1] § 71a Abs. 1 Satz 2 ber. durch G v. 12. 8. 2013 (BGBl. I S. 3245).

§ 72 Akteneinsicht

1. 1Die in § 67 Absatz 1 Nummer 1 und 2 und Absatz 2 bezeichneten Beteiligten können die Akten des Gerichts einsehen und sich durch die Geschäftsstelle auf ihre Kosten Ausfertigungen, Auszüge und Abschriften erteilen lassen. 2§ 299 Absatz 3 der Zivilprozessordnung gilt entsprechend.
2. 1Einsicht in Vorakten, Beiakten, Gutachten und Auskünfte ist nur mit Zustimmung der Stellen zulässig, denen die Akten gehören oder die die Äußerung eingeholt haben. 2Die Kartellbehörde hat die Zustimmung zur Einsicht in die ihr gehörigen Unterlagen zu versagen, soweit dies aus wichtigen Gründen, insbesondere zur Wahrung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen, geboten ist. 3Wird die Einsicht abgelehnt oder ist sie unzulässig, dürfen diese Unterlagen der Entscheidung nur insoweit zugrunde gelegt werden, als ihr Inhalt vorgetragen worden ist. 4Das Beschwerdegericht kann die Offenlegung von Tatsachen oder Beweismitteln, deren Geheimhaltung aus wichtigen Gründen, insbesondere zur Wahrung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen, verlangt wird, nach Anhörung des von der Offenlegung Betroffenen durch Beschluss anordnen, soweit es für die Entscheidung auf diese Tatsachen oder

Beweismittel ankommt, andere Möglichkeiten der Sachaufklärung nicht bestehen und nach Abwägung aller Umstände des Einzelfalles die Bedeutung der Sache für die Sicherung des Wettbewerbs das Interesse des Betroffenen an der Geheimhaltung überwiegt. 5Der Beschluss ist zu begründen. 6In dem Verfahren nach Satz 4 muss sich der Betroffene nicht anwaltlich vertreten lassen.

1. Den in § 67 Absatz 1 Nummer 3 bezeichneten Beteiligten kann das Beschwerdegericht nach Anhörung des Verfügungsberechtigten Akteneinsicht in gleichem Umfang gewähren.

§ 73 Geltung von Vorschriften des GVG und der ZPO

Für Verfahren vor dem Beschwerdegericht gelten, soweit nichts anderes bestimmt ist, entsprechend

1. die Vorschriften der §§ 169 bis 201 des Gerichtsverfassungsgesetzes über Öffentlichkeit, Sitzungspolizei, Gerichtssprache, Beratung und Abstimmung sowie über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren;
2. die Vorschriften der Zivilprozessordnung über Ausschließung und Ablehnung eines Richters, über Prozessbevollmächtigte und Beistände, über die Zustellung von Amts wegen, über Ladungen, Termine und Fristen, über die Anordnung des persönlichen Erscheinens der Parteien, über die Verbindung mehrerer Prozesse, über die Erledigung des Zeugen- und Sachverständigenbeweises sowie über die sonstigen Arten des Beweisverfahrens, über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung einer Frist.

##### Rechtsbeschwerde

§ 74 Zulassung, absolute Rechtsbeschwerdegründe

1. 1Gegen Beschlüsse der Oberlandesgerichte findet die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof statt, wenn das Oberlandesgericht die Rechtsbeschwerde zugelassen hat. 2Für Beschlüsse des Landessozialgerichts in Streitigkeiten, die die freiwillige Vereinigung von Krankenkassen nach § 172a des Fünften Buches Sozialgesetzbuch betreffen, gilt § 202 Satz 3 des Sozialgerichtsgesetzes.
2. Die Rechtsbeschwerde ist zuzulassen, wenn
   1. eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zu entscheiden ist oder
   2. die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs erfordert.
3. 1Über die Zulassung oder Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde ist in der Entscheidung des Oberlandesgerichts zu befinden.

2Die Nichtzulassung ist zu begründen.

1. Einer Zulassung zur Einlegung der Rechtsbeschwerde gegen Entscheidungen des Beschwerdegerichts bedarf es nicht, wenn einer der folgenden Mängel des Verfahrens vorliegt und gerügt wird:
   1. wenn das beschließende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war,
   2. wenn bei der Entscheidung ein Richter mitgewirkt hat, der von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen oder wegen Besorgnis der Befangenheit mit Erfolg abgelehnt war,
   3. wenn einem Beteiligten das rechtliche Gehör versagt war,
   4. wenn ein Beteiligter im Verfahren nicht nach Vorschrift des Gesetzes vertreten war, sofern er nicht der Führung des Verfahrens ausdrücklich oder stillschweigend zugestimmt hat,
   5. wenn die Entscheidung auf Grund einer mündlichen Verhandlung ergangen ist, bei der die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens verletzt worden sind, oder
   6. wenn die Entscheidung nicht mit Gründen versehen ist.

§ 75 Nichtzulassungsbeschwerde

1. Die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde kann selbständig durch Nichtzulassungsbeschwerde angefochten werden.
2. 1Über die Nichtzulassungsbeschwerde entscheidet der Bundesgerichtshof durch Beschluss, der zu begründen ist. 2Der Beschluss kann ohne mündliche Verhandlung ergehen.
3. 1Die Nichtzulassungsbeschwerde ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich bei dem Oberlandesgericht einzulegen. 2Die Frist beginnt mit der Zustellung der angefochtenen Entscheidung.
4. 1Für die Nichtzulassungsbeschwerde gelten § 64 Absatz 1 und 2, § 66 Absatz 3, 4 Nummer 1 und Absatz 5, §§ 67, 68, 72 und 73 Nummer 2 dieses Gesetzes sowie die §§ 192 bis 201 des Gerichtsverfassungsgesetzes über die Beratung und Abstimmung sowie über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren entsprechend. 2Für den Erlass einstweiliger Anordnungen ist das Beschwerdegericht zuständig.
5. 1Wird die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen, so wird die Entscheidung des Oberlandesgerichts mit der Zustellung des Beschlusses des Bundesgerichtshofs rechtskräftig. 2Wird die Rechtsbeschwerde zugelassen, so beginnt mit der Zustellung des Beschlusses des Bundesgerichtshofs der Lauf der Beschwerdefrist.

§ 76 Beschwerdeberechtigte, Form und Frist

1. Die Rechtsbeschwerde steht der Kartellbehörde sowie den am Beschwerdeverfahren Beteiligten zu.
2. 1Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf einer Verletzung des Rechts beruht; die

§§ 546, 547 der Zivilprozessordnung gelten entsprechend. 2Die Rechtsbeschwerde kann nicht darauf gestützt werden, dass die Kartellbehörde unter Verletzung des § 48 ihre Zuständigkeit zu Unrecht angenommen hat.

1. 1Die Rechtsbeschwerde ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich bei dem Oberlandesgericht einzulegen. 2Die Frist beginnt mit der Zustellung der angefochtenen Entscheidung.
2. Der Bundesgerichtshof ist an die in der angefochtenen Entscheidung getroffenen tatsächlichen Feststellungen gebunden, außer wenn in Bezug auf diese Feststellungen zulässige und begründete Rechtsbeschwerdegründe vorgebracht sind.
3. 1Für die Rechtsbeschwerde gelten im Übrigen § 64 Absatz 1 und 2, § 66 Absatz 3, 4 Nummer 1 und Absatz 5, §§ 67 bis 69, 71

bis 73 entsprechend. 2Für den Erlass einstweiliger Anordnungen ist das Beschwerdegericht zuständig.

##### Gemeinsame Bestimmungen

§ 77 Beteiligtenfähigkeit

Fähig, am Verfahren vor der Kartellbehörde, am Beschwerdeverfahren und am Rechtsbeschwerdeverfahren beteiligt zu sein, sind außer natürlichen und juristischen Personen auch nichtrechtsfähige Personenvereinigungen.

§ 78 Kostentragung und -festsetzung

1Im Beschwerdeverfahren und im Rechtsbeschwerdeverfahren kann das Gericht anordnen, dass die Kosten, die zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendig waren, von einem Beteiligten ganz oder teilweise zu erstatten sind, wenn dies der Billigkeit entspricht. 2Hat ein Beteiligter Kosten durch ein unbegründetes Rechtsmittel oder durch grobes Verschulden veranlasst, so sind ihm die Kosten aufzuerlegen. 3Im Übrigen gelten die Vorschriften der Zivilprozessordnung über das Kostenfestsetzungsverfahren und die Zwangsvollstreckung aus Kostenfestsetzungsbeschlüssen entsprechend.

§ 78a Elektronische Dokumentenübermittlung

1Im Beschwerdeverfahren und im Rechtsbeschwerdeverfahren gelten § 130a Absatz 1 und 3 sowie § 133 Absatz 1 Satz 2 der Zivilprozessordnung mit der Maßgabe entsprechend, dass die Beteiligten nach § 67 am elektronischen Rechtsverkehr teilnehmen können. 2Die Bundesregierung und die Landesregierungen bestimmen für ihren Bereich durch Rechtsverordnung den Zeitpunkt, von dem an elektronische Dokumente bei den Gerichten eingereicht werden können, sowie die für die Bearbeitung der Dokumente geeignete Form. 3Die Landesregierungen können die Ermächtigung durch Rechtsverordnung auf die Landesjustizverwaltungen übertragen. 4Die Zulassung der elektronischen Form kann auf einzelne Gerichte oder Verfahren beschränkt werden.

§ 79 Rechtsverordnungen

Das Nähere über das Verfahren vor der Kartellbehörde bestimmt die Bundesregierung durch Rechtsverordnung, die der Zustimmung des Bundesrates bedarf.

§ 80 Gebührenpflichtige Handlungen

1. 1Im Verfahren vor der Kartellbehörde werden Kosten (Gebühren und Auslagen) zur Deckung des Verwaltungsaufwandes erhoben. 2Gebührenpflichtig sind (gebührenpflichtige Handlungen)
   1. Anmeldungen nach § 31a Absatz 1 und § 39 Absatz 1; bei von der Europäischen Kommission an das Bundeskartellamt verwiesenen Zusammenschlüssen stehen der Verweisungsantrag an die Europäische Kommission oder die Anmeldung bei der Europäischen Kommission der Anmeldung nach § 39 Absatz 1 gleich;
   2. Amtshandlungen auf Grund der §§ 26, 30 Absatz 3, § 31b Absatz 3, §§ 32 bis 32d, § 34 – auch in Verbindung mit den §§ 50 bis 50b –, §§ 36, 39, 40, 41, 42 und 60;
   3. Einstellungen des Entflechtungsverfahrens nach § 41 Absatz 3;
   4. Erteilung von beglaubigten Abschriften aus den Akten der Kartellbehörde.

3Daneben werden als Auslagen die Kosten der Veröffentlichungen, der öffentlichen Bekanntmachungen und von weiteren Ausfertigungen, Kopien und Auszügen sowie die in entsprechender Anwendung des Justizvergütungs- und -entschädigungsgesetzes zu zahlenden Beträge erhoben. 4Auf die Gebühr für die Freigabe oder Untersagung eines Zusammenschlusses nach § 36 Absatz 1 sind die Gebühren für die Anmeldung eines Zusammenschlusses nach § 39 Absatz 1 anzurechnen.

1. 1Die Höhe der Gebühren bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Kartellbehörde unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung, die der Gegenstand der gebührenpflichtigen Handlung hat. 2Die Gebührensätze dürfen jedoch nicht übersteigen
2. 50 000 Euro in den Fällen der §§ 36, 39, 40, 41 Absatz 3 und 4 und § 42;
3. 25 000 Euro in den Fällen des § 31b Absatz 3, der §§ 32 und 32b Absatz 1 sowie der §§ 32c, 32d, 34 und 41 Absatz 2 Satz 1 und 2;
4. weggefallen
5. 5 000 Euro in den Fällen des § 26 Absatz 1 und 2, § 30 Absatz 3 und § 31a Absatz 1;
6. 17,50 Euro für die Erteilung beglaubigter Abschriften (Absatz 1 Satz 2 Nummer 4);
7. a) in den Fällen des § 40 Absatz 3a auch in Verbindung mit § 41 Absatz 2 Satz 3 und § 42 Absatz 2 Satz 2 den Betrag für die Freigabe, Befreiung oder Erlaubnis,
   1. 250 Euro für Verfügungen in Bezug auf Vereinbarungen oder Beschlüsse der in § 28 Absatz 1 bezeichneten Art,
   2. im Falle des § 26 Absatz 4 den Betrag für die Entscheidung nach § 26 Absatz 1 (Nummer 4),
   3. in den Fällen der §§ 32a und 60 ein Fünftel der Gebühr in der Hauptsache.

3Ist der personelle oder sachliche Aufwand der Kartellbehörde unter Berücksichtigung des wirtschaftlichen Werts der gebührenpflichtigen Handlung im Einzelfall außergewöhnlich hoch, kann die Gebühr bis auf das Doppelte erhöht werden. 4Aus Gründen der Billigkeit kann die unter Berücksichtigung der Sätze 1 bis 3 ermittelte Gebühr bis auf ein Zehntel ermäßigt werden.

1. Zur Abgeltung mehrfacher gleichartiger Amtshandlungen oder gleichartiger Anmeldungen desselben Gebührenschuldners können Pauschgebührensätze, die den geringen Umfang des Verwaltungsaufwandes berücksichtigen, vorgesehen werden.
2. Gebühren dürfen nicht erhoben werden
   1. für mündliche und schriftliche Auskünfte und Anregungen;
   2. wenn sie bei richtiger Behandlung der Sache nicht entstanden wären;
   3. in den Fällen des § 42, wenn die vorangegangene Verfügung des Bundeskartellamts nach § 36 Absatz 1 oder § 41 Absatz 3 aufgehoben worden ist.
3. 1Wird ein Antrag zurückgenommen, bevor darüber entschieden ist, so ist die Hälfte der Gebühr zu entrichten. 2Das Gleiche gilt, wenn eine Anmeldung innerhalb von drei Monaten nach Eingang bei der Kartellbehörde zurückgenommen wird.
4. 1Kostenschuldner ist
   1. in den Fällen des Absatzes 1 Satz 2 Nummer 1, wer eine Anmeldung oder einen Verweisungsantrag eingereicht hat;
   2. in den Fällen des Absatzes 1 Satz 2 Nummer 2, wer durch einen Antrag oder eine Anmeldung die Tätigkeit der Kartellbehörde veranlasst hat, oder derjenige, gegen den eine Verfügung der Kartellbehörde ergangen ist;
   3. in den Fällen des Absatzes 1 Satz 2 Nummer 3, wer nach § 39 Absatz 2 zur Anmeldung verpflichtet war;
   4. in den Fällen des Absatzes 1 Satz 2 Nummer 4, wer die Herstellung der Abschriften veranlasst hat.

2Kostenschuldner ist auch, wer die Zahlung der Kosten durch eine vor der Kartellbehörde abgegebene oder ihr mitgeteilte Erklärung übernommen hat oder wer für die Kostenschuld eines anderen kraft Gesetzes haftet. 3Mehrere Kostenschuldner haften als Gesamtschuldner.

1. 1Der Anspruch auf Zahlung der Gebühren verjährt in vier Jahren nach der Gebührenfestsetzung. 2Der Anspruch auf Erstattung der Auslagen verjährt in vier Jahren nach ihrer Entstehung.
2. 1Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung, die der Zustimmung des Bundesrates bedarf, die Gebührensätze und die Erhebung der Gebühren vom Kostenschuldner in Durchführung der Vorschriften der Absätze 1 bis 6 sowie die Erstattung von Auslagen nach Absatz 1 Satz 3 zu regeln. 2Sie kann dabei auch Vorschriften über die Kostenbefreiung von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, über die Verjährung sowie über die Kostenerhebung treffen.
3. Durch Rechtsverordnung der Bundesregierung, die der Zustimmung des Bundesrates bedarf, wird das Nähere über die Erstattung der durch das Verfahren vor der Kartellbehörde entstehenden Kosten nach den Grundsätzen des § 78 bestimmt.

**BUNDESKARTELLAMT** Stand: Juli 2005

GRUNDSATZABTEILUNG

**Merkblatt zur deutschen Fusionskontrolle**

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) ist die gesetzliche Grundlage für die Prüfung von Zusammenschlüssen (§§ 35 ff. GWB1). Für diese Prüfung ist in Deutsch- land ausschließlich das Bundeskartellamt zuständig. Die Anmeldung bzw. Anzeige muss in deutscher Sprache erfolgen. Das GWB findet keine Anwendung, soweit die Europäische Kommission nach der EG - Fusionskontrollverordnung2 ausschließlich zuständig ist.

**Dieses Merkblatt erläutert kurz zentrale Begriffe, die für die Anmeldung von Be- deutung sind, d.h. Schwellenwerte, Fristen, Zusammenschlusstatbestände, Fest- stellung der beteiligten Unternehmen usw., und es beschreibt die Grundzüge des Fusionskontrollverfahrens in Deutschland.**

Bitte senden Sie Ihre Anmeldung/Vollzugsanzeige an die untenstehende Adresse:

**Bundeskartellamt** Kaiser-Friedrich-Str. 16 D-53113 Bonn

Tel.: (++49-228) 9499-0

Fax: (++49-228) 9499-400

Die Unterlagen der Anmeldung müssen dem Bundeskartellamt vollständig zugehen, um den Fristenlauf auszulösen. Das kann per Post oder per Telefax erfolgen. Eine wirksame Anmeldung per E-Mail ist derzeit nicht möglich.

Sollten Sie weitere Fragen zur Anmeldung von Zusammenschlüssen haben, wenden Sie sich bitte ebenfalls an die angegebene Adresse (oder E-Mail: info@bundeskartellamt.de).

1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. Juli 2005 (Bundesgesetzblatt I, S. 1954)

2 Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen,

(„EG-Fusionskontrollverordnung“) vom 20. Januar 2004 (ABl. EG Nr. L 24 S. 1)

- 2 -

**Inhaltsübersicht**

1. Voraussetzungen der Anmeldepflicht
   1. Kontrollpflichtige Zusammenschlüsse
   2. Nicht kontrollpflichtige und nicht anzeigepflichtige Zusammenschlüsse
2. Vom GWB erfasste Zusammenschlusstatbestände
3. Grundzüge des Kontrollverfahrens, Entscheidungsfristen und Vollzugsverbot
   1. Eingriffsvoraussetzung
   2. Fristen und Vollzugsverbot
      1. Ablauf des Verfahrens
      2. Vollzugsverbot
      3. Vollzugsanzeige
      4. Gebühren
4. Zur Vollständigkeit von Anmeldungen
   1. Erforderliche Angaben für vollständige Anmeldungen
      1. Angaben über den Zusammenschluss
      2. Angaben über die Unternehmen
   2. Rechtsfolgen bei Verstoß gegen Vollzugsverbot, Anmeldepflicht oder Anzeigepflicht
   3. Behandlung von Auslandszusammenschlüssen
5. Erläuterung wichtiger Begriffe
   1. Beteiligte Unternehmen
   2. Verbundene Unternehmen
   3. Wesentlicher Teil des Vermögens
   4. Kontrolle
   5. Umsatzerlöse
      1. Allgemeine Berechnungsgrundlage
      2. Besondere Regelungen für einzelne Branchen
   6. Marktanteile

- 3 -

1. **Voraussetzungen der Anmeldepflicht**

In der Fusionskontrolle nach dem GWB sind zwei Klassen von Zusammenschlüssen zu unterscheiden: kontrollpflichtige und nicht kontrollpflichtige Zusammenschlüsse. Kontroll- pflichtige Fälle sind stets vor Vollzug anzumelden (§ 39 GWB). Für nicht kontrollpflichtige Zusammenschlüsse besteht weder eine Anmeldepflicht noch eine Pflicht zur Vollzugsan- zeige.

**In welche dieser zwei Klassen ein Zusammenschluss fällt, hängt von den Umsätzen der beteiligten Unternehmen ab.**

* 1. **Kontrollpflichtige Zusammenschlüsse**

Im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss haben

* + - die beteiligten Unternehmen insgesamt weltweit Umsatzerlöse von mehr als fünfhundert Millionen Euro und
    - mindestens ein beteiligtes Unternehmen im Inland Umsatzerlöse von mehr als fünfundzwanzig Millionen Euro erzielt.
  1. **Nicht kontrollpflichtige und nicht anzeigepflichtige Zusammenschlüsse**

Es handelt sich um einen nicht kontrollpflichtigen und nicht anzeigepflichtigen Zusam- menschluss, wenn :

* der Zusammenschluss **keine Inlandsauswirkung** im Sinne von § 130 Abs. 2 GWB hat3 oder
* die unter 1. genannten **Umsatzschwellen nicht erreicht** werden oder
* die **de minimis-Klausel** (§ 35 Abs. 2 Nr. 1 GWB) erfüllt ist, d.h. soweit sich ein Un- ternehmen, das nicht im Sinne des § 36 Abs. 2 GWB abhängig ist und im **letzten Geschäftsjahr weltweit Umsatzerlöse von weniger als zehn Millionen Euro** er- zielt hat, mit einem anderen Unternehmen zusammenschließt oder
* die **Bagatellmarktklausel** (§ 35 Abs. 2 Nr. 2 GWB) erfüllt ist, d.h. soweit aus- schließlich ein Markt betroffen ist, auf dem seit mindestens fünf Jahren Waren oder gewerbliche Leistungen angeboten werden und auf dem im letzten Kalenderjahr **we- niger als fünfzehn Millionen Euro** umgesetzt wurden.

3 Vgl. dazu auch das Merkblatt des Bundeskartellamtes über Inlandsauswirkungen bei Unternehmens- zusammenschlüssen.

- 4 -

Die de minimis-Klausel gilt nicht, soweit der Zusammenschluss zu Beschränkungen des Wettbewerbs beim Verlag, bei der Herstellung oder beim Vertrieb von Zeitungen oder Zeitschriften oder deren Bestandteilen führt (§ 35 Abs. 2 Satz 2 GWB).

Nach dem Gesetzeswortlaut kann nur ein Unternehmen, das **nicht abhängig** ist, die de minimis-Klausel in Anspruch nehmen. Dies führt dazu, dass zur Prüfung der de minimis- Klausel stets auf den Gesamtumsatz, der dem Veräußerer zuzurechnen ist (§ 36 Abs. 2 GWB), abgestellt werden muss. Dieser Gesamtumsatz, nicht etwa nur der Umsatz des ver- äußerten Unternehmens, muss unter 10 Millionen Euro liegen.

Zusammenschlüsse, die einen Bagatellmarkt betreffen, unterliegen nicht der Fusions- kontrolle. Die Kontrollpflicht und damit auch die Anmeldepflicht entfällt aber nur dann, wenn der Zusammenschluss **ausschließlich** einen Bagatellmarkt betrifft. Eine notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung dafür ist, dass das erworbene Unternehmen ausschließlich auf einem Markt tätig ist, der ein Bagatellmarkt ist. Es kann aber fraglich sein, ob ein sol- cher Fall nicht z.B. auch die Stellung des Erwerbers auf der vorgelagerten Marktstufe ver- bessert. In Zweifelsfällen ist (bei Erreichen der unter 1. genannten Umsatzschwellen) eine vorherige Anmeldung vor Vollzug ratsam, um einen Verstoß gegen das Vollzugsverbot zu vermeiden und Rechtssicherheit zu erlangen.

**WICHTIGE HINWEISE!**

**Kontrollpflichtige Zusammenschlüsse, die das Verfahren der Fu- sionskontrolle durchlaufen haben, sind nach ihrem Vollzug beim Bundeskartellamt anzuzeigen.** Bei der Vollzugsanzeige kann auf die bei der Anmeldung eingereichten Unterlagen Bezug genommen wer- den.

**Für bestimmte Branchen (Handel, Banken, Versicherungen,**

**Presse, Rundfunk) gelten besondere Regeln zur Ermittlung des für die Anmeldepflicht zugrundezulegenden Umsatzes ( siehe dazu unten Abschnitt V. 5).**

- 5 -

1. **Vom GWB erfasste Zusammenschlusstatbestände**

Als Zusammenschlüsse im Sinne des GWB gelten folgende Unternehmensverbindungen (**§ 37 Abs. 1 Nr. 1 - 4 GWB**):

1. der **Erwerb des Vermögens** eines anderen Unternehmens ganz oder zu einem we- sentlichen Teil (siehe dazu Abschnitt V Punkt 3.);
2. der **Erwerb der** unmittelbaren oder mittelbaren **Kontrolle** durch ein oder mehrere Un- ternehmen über die Gesamtheit oder Teile eines oder mehrerer anderer Unternehmen. Die Kontrolle wird durch Rechte, Verträge oder andere Mittel begründet, die einzeln oder zusammen unter Berücksichtigung aller tatsächlichen und rechtlichen Umstände die Möglichkeit gewähren, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines Unter- nehmens auszuüben, insbesondere durch
   1. Eigentums- und Nutzungsrechte an einer Gesamtheit oder an Teilen des Vermögens des Unternehmens,
   2. Rechte oder Verträge, die einen bestimmenden Einfluss auf die Zusammensetzung, die Beratungen oder Beschlüsse der Organe des Unternehmens gewähren ( siehe dazu Abschnitt V Punkt 4);
3. der **Erwerb von Anteilen** an einem anderen Unternehmen, wenn diese Anteile allein oder zusammen mit sonstigen, dem Unternehmen bereits gehörenden Anteilen

* **50 vom Hundert** oder

##### 25 vom Hundert

des Kapitals oder der Stimmrechte des anderen Unternehmens erreichen oder über- steigen. Zu den Anteilen, die dem Unternehmen gehören, rechnen auch die Anteile, die einem anderen auf Rechnung dieses Unternehmens gehören und, wenn der Inhaber des Unternehmens ein Einzelkaufmann ist, auch die Anteile, die sonstiges Vermögen des Inhabers sind. Erwerben mehrere Unternehmen gleichzeitig oder nacheinander im vorbezeichneten Umfang Anteile an einem anderen Unternehmen, gilt dies hinsichtlich der Märkte, auf denen das andere Unternehmen tätig ist, auch als Zusammenschluss der sich beteiligenden Unternehmen untereinander;

1. jede sonstige Verbindung von Unternehmen, auf Grund deren ein oder mehrere Unter- nehmen unmittelbar oder mittelbar einen **wettbewerblich erheblichen Einfluss** auf ein anderes Unternehmen ausüben können.

Ein Zusammenschluss liegt auch dann vor, wenn die beteiligten Unternehmen bereits vor- her zusammengeschlossen waren, es sei denn, der Zusammenschluss führt nicht zu einer wesentlichen Verstärkung der bestehenden Unternehmensverbindung (§ 37 Abs. 2 GWB).

Erwerben Kreditinstitute, Finanzinstitute oder Versicherungsunternehmen Anteile an einem anderen Unternehmen zum Zwecke der Veräußerung, gilt dies nicht als Zusammenschluss,

- 6 -

solange sie das Stimmrecht aus den Anteilen nicht ausüben und sofern die Veräußerung innerhalb eines Jahres erfolgt (”**Bankenklausel**”). Diese Frist kann vom Bundeskartellamt auf Antrag verlängert werden, wenn glaubhaft gemacht wird, dass die Veräußerung inner- halb der Frist unzumutbar war (§ 37 Abs. 3 GWB).

1. **Grundzüge des Kontrollverfahrens, Entscheidungsfristen und Vollzugsverbot**
   1. **Eingriffsvoraussetzung**

Das Bundeskartellamt untersagt einen Zusammenschluss, wenn zu erwarten ist, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder ver- stärkt wird, es sei denn, die Unternehmen weisen nach, dass durch den Zu- sammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und dass diese Verbesserungen die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen (§ 36 Abs. 1 GWB). Zum Begriff der Marktbeherrschung siehe § 19 Abs. 2 und 3 GWB.

Die Untersagungsverfügung kann vor dem örtlich zuständigen Oberlandesgericht ange- fochten werden (OLG Düsseldorf).

Daneben kann die Erlaubnis des Bundesministers für Wirtschaft und Technologie be- antragt werden, wenn im Einzelfall die Wettbewerbsbeschränkung von gesamtwirt- schaftlichen Vorteilen aufgewogen wird oder der Zusammenschluss durch ein überra- gendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt ist (§ 42 GWB).

* 1. **Fristen und Vollzugsverbot**
  2. Ablauf des Verfahrens

In den kontrollpflichtigen Fällen hat das Bundeskartellamt grundsätzlich einen Prüfungs- zeitraum von 4 Monaten nach Eingang der vollständigen Anmeldung; d.h. es kann in- nerhalb dieser Frist den Zusammenschluss untersagen. Dazu muss es aber den an- meldenden Unternehmen innerhalb eines Monats nach Eingang der Anmeldung mittei- len (sog. "Monatsbrief"), dass es in die Prüfung des Zusammenschlusses (Hauptprüf- verfahren) eingetreten ist. Das Hauptprüfverfahren soll eingeleitet werden, wenn eine weitere Prüfung des Zusammenschlusses erforderlich ist (§ 40 Abs. 1 S. 2 GWB). Im Hauptprüfverfahren entscheidet das Bundeskartellamt durch förmliche Verfügung, ob der Zusammenschluss untersagt oder freigegeben wird. Auch die Freigabeentschei- dung ist zu begründen; sie kann mit Bedingungen sowie Auflagen verbunden werden (§ 40 Abs. 3 GWB). Diese dürfen sich nicht darauf richten, die beteiligten Unternehmen einer laufenden Verhaltenskontrolle zu unterstellen. Entscheidungen im Hauptprüfver- fahren werden bekannt gemacht (§ 43 (2) Nr. 1 GWB).

- 7 -

**HINWEIS!**

**Die Entscheidungsfrist beginnt erst mit dem Eingang der vollständigen Anmeldung zu laufen.**

* 1. Vollzugsverbot

Ein anmeldepflichtiger Zusammenschluss darf nicht vollzogen werden, bevor

* + - die Monatsfrist des § 40 Abs. 1 Satz 1 GWB abgelaufen ist, ohne dass das Bundeskartellamt das Hauptprüfverfahren eingeleitet hat, oder
    - die Viermonatsfrist des § 40 Abs. 2 Satz 2 GWB abgelaufen ist, oder
    - das Bundeskartellamt den Zusammenschluss freigegeben hat.

Ein Verstoß gegen dieses Vollzugsverbot stellt eine Ordnungswidrigkeit dar (§ 81 Abs. 2 Nr. 1 GWB). Im übrigen sind Rechtsgeschäfte, die gegen dieses Verbot versto- ßen, unwirksam (§ 41 Abs. 1 S. 2 GWB). Das Bundeskartellamt kann auf Antrag eine **Befreiung vom Vollzugsverbot** erteilen, wenn die beteiligten Unternehmen hierfür wichtige Gründe geltend machen, insbesondere um schweren Schaden von einem be- teiligten Unternehmen oder von Dritten abzuwenden (§ 41 Abs. 2 GWB). Die Befreiung kann jederzeit, auch vor der Anmeldung, erteilt und mit Bedingungen und Auflagen ver- bunden werden.

Das Bundeskartellamt ist bestrebt, Prüfungsverfahren nach § 40 GWB, die nicht auf eine Untersagung hinauslaufen, möglichst kurzfristig abzuschließen. Kommt aufgrund der mitge- teilten oder dem Amt bereits vorliegenden Daten die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung i.S. des § 36 Abs. 1 GWB erkennbar nicht in Betracht, so wird das Bundeskartellamt den anmeldenden Unternehmen unverzüglich nach Eingang der vollständigen Anmeldung mitteilen, dass die Untersagungsvoraussetzungen nicht erfüllt sind, und damit den Vollzug freigeben.

* 1. Vollzugsanzeige

Die Anzeige eines Zusammenschlusses hat unverzüglich nach dem Vollzug zu erfolgen (§ 39 Abs. 6 GWB). Der Verstoß gegen die Anzeigepflicht stellt ebenfalls eine Ord- nungswidrigkeit dar (§ 81 Abs. 2 Nr. 4 GWB).

* 1. Gebühren

Die Anmeldung kontrollpflichtiger Zusammenschlüsse ist gebührenpflichtig (§ 80 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 GWB). Die Höhe der Gebühren bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Kartellbehörde unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeu- tung des Zusammenschlusses. Die Gebühr darf grundsätzlich 50.000 Euro nicht überstei- gen (§ 80 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 GWB); sie kann in Ausnahmefällen verdoppelt werden (§ 80 Abs. 2 Satz 3 GWB).

- 8 -

1. **Zur Vollständigkeit von Anmeldungen**
   1. **Erforderliche Angaben für vollständige Anmeldungen**

Anmeldungen sind vollständig, wenn sie die in § 39 Abs. 3 GWB aufgeführten Angaben enthalten. Erforderlich sind:

* 1. Angaben über den Zusammenschluss

Aus der Anmeldung muss hervorgehen, welche Unternehmen sich zusammenschließen wollen. Außerdem ist die Form des Zusammenschlusses anzugeben, (§ 39 Abs. 3 Satz 1 GWB); soweit der Zusammenschluss auf Verträgen beruht, ist es zweckmäßig, be- glaubigte Abschriften oder Ablichtungen dieser Verträge beizufügen. Beim Erwerb von Anteilen ist die Höhe der erworbenen und der insgesamt gehaltenen Beteiligung an- zugeben; ferner ist anzugeben, wer die restlichen Anteile hält.

* 1. Angaben über die Unternehmen

1. Für *jedes* am Zusammenschluss *beteiligte in- und ausländische Unternehmen* sowie für die mit diesen *verbundenen in- und ausländischen Unternehmen* (zu dem Begriff der beteiligten bzw. verbundenen Unternehmen siehe Abschnitt V. 1. und 2.) sind an- zugeben:
   * Firma, Sitz und Geschäftsbetrieb. Der Geschäftsbetrieb ist möglichst genau anzugeben

(z.B. nicht "Metallverarbeitung", sondern "Herstellung von Baubeschlägen") und sollte auch die Wirtschaftsstufe kennzeichnen (z.B. Produktion, Großhandel).

* + Konzernbeziehungen und Abhängigkeits- und Beteiligungsverhältnisse;

1. Für jeden *Unternehmensverbund,* d.h. für jedes beteiligte Unternehmen einschließlich der mit ihm verbundenen Unternehmen, sind nach § 39 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 und 4 GWB für das letzte Geschäftsjahr anzugeben:
   * die **Umsatzerlöse** im **Inland**, in der **Europäischen Union** und **weltweit**;
   * die **Marktanteile** einschließlich der Grundlagen für ihre Berechnung oder Schätzung, **wenn** diese im Geltungsbereich dieses Gesetzes oder in einem wesentlichen Teil desselben für die beteiligten Unternehmen **mindestens 20 %** erreichen.
2. Eine zustellungsbevollmächtigte Person im Inland, sofern sich der Sitz des Unternehmens nicht in Deutschland befindet.

Umsätze und Marktanteile müssen also nur für jedes am Zusammenschluss beteiligte Un- ternehmen und für die mit ihm verbundenen Unternehmen ***insgesamt***, aber nicht gesondert für jedes einzelne verbundene Unternehmen angegeben werden. Zweckmäßig ist es aller- dings, wenn die Daten der unmittelbar an dem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen darüber hinaus noch gesondert ausgewiesen werden. Sofern erhebliche Umsatzanteile auf

- 9 -

das Ausland entfallen, ist ferner eine Aufschlüsselung nach in- und ausländischen Umsät- zen nützlich.

Bei der Berechnung der Marktanteile können im Einzelfall Zweifel sowohl hinsichtlich der Marktabgrenzung als auch hinsichtlich der von den anderen Beteiligten erreichten Inlands- marktanteile bestehen. Deshalb empfiehlt es sich im Interesse der Vollständigkeit von An- meldungen, Angaben über nennenswerte Marktanteile auch dann zu machen, wenn das Überschreiten der 20 %-Grenze zweifelhaft ist.

Die Anmeldung sollte auch eine Übersicht über die **Verflechtungen** der Beteiligten enthalten, also eine Angabe der Unternehmen, an denen die Beteiligten einzeln oder gemeinsam 10% oder mehr der Stimmrechte oder der Anteile halten. Daneben sollten diejenigen Unternehmen benannt werden, die an den Beteiligten derart beteiligt sind.

Das Bundeskartellamt bittet, bereits in der Anmeldung darzulegen, in welchen anderen Staaten eine Notifizierung des Zusammenschlussvorhabens geplant oder bereits erfolgt ist **(Mehrfachnotifizierung)**.

**HINWEIS!**

Es ist zweckmäßig, einen Geschäftsbericht - sofern vorhanden und zu den einzelnen Punkten aussagefähig - beizufügen.

- 10 -

* 1. **Rechtsfolgen bei Verstoß gegen Vollzugsverbot, Anmeldepflicht oder Anzei- gepflicht**

Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig ein anmeldepflichtiges Zu- sammenschlussvorhaben verbotswidrig vollzieht oder am Vollzug mitwirkt (§ 81 Abs. 2 Nr. 1 GWB). Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu einer Million Euro geahndet werden (§ 81 Abs. 4 Satz1 GWB). Wird eine Geldbuße gegen ein Unter- nehmen oder eine Unternehmensvereinigung verhängt, darf die Geldbuße für jedes an der Zuwiderhandlung beteiligte Unternehmen oder jede beteiligte Unternehmensverei- nigung darüber hinaus 10% seines bzw. ihres jeweiligen im vorausgegangenen Ge- schäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes nicht übersteigen (§ 81 Abs. 4 Satz 2 GWB).

Wer vorsätzlich oder fahrlässig entgegen § 39 Abs. 1 GWB eine Anmeldung bzw. ent- gegen § 39 Abs. 6 GWB eine Vollzugsanzeige nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig erstattet, begeht eine Ordnungswidrigkeit, die mit einer Geldbuße bis zu

100.000 Euro geahndet werden kann (§ 81 Abs. 2 Nr. 3 bzw. Nr. 4 i.V.m. Abs. 4 GWB).

* 1. **Behandlung von Auslandszusammenschlüssen**

Wird das Vorhaben eines Auslandszusammenschlusses angemeldet und dabei glaub- haft dargelegt, dass die Unternehmen aufgrund der für den Zusammenschluss gelten- den ausländischen Rechtsvorschriften oder aufgrund sonstiger Umstände daran gehin- dert sind, vor dem Vollzug des Zusammenschlusses alle erforderlichen Angaben zu beschaffen, so wird das Bundeskartellamt die Freigabe des Zusammenschlusses nicht von der Vollständigkeit der eingereichten Anmeldung abhängig machen, sofern sich bereits aus den vorgelegten bzw. vorliegenden Unterlagen ergibt, dass eine Untersa- gung des Zusammenschlussvorhabens erkennbar nicht in Betracht kommt (siehe auch die allgemeine Weisung des Bundesministers für Wirtschaft vom 30. Mai 1980, BAnz Nr. 103/80 vom 7. Juni 1980). Auch in diesem Fall ist jedoch bei Vollzug des Zu- sammenschlussvorhabens eine Vollzugsanzeige zu erstatten.

1. **Erläuterung wichtiger Begriffe**

Die Vorschriften über Anmeldungen verwenden bestimmte Begriffe in einem genau de- finierten Sinn. Dies gilt insbesondere für folgende Begriffe:

- 11 -

* 1. **Beteiligte Unternehmen**

Welches Unternehmen an einem Zusammenschluss beteiligt ist, richtet sich danach, wie der Zusammenschluss zustande kommt. Beteiligt sind z.B.

* beim *Vermögenserwerb* (durch Verschmelzung oder sonstige Art, § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB): der Erwerber und der Veräußerer, wobei der Veräußerer nur hinsichtlich des übertragenen Vermögens beteiligt ist; in Fällen der *Verschmelzung* die Unter- nehmen, die miteinander verschmolzen werden;
* beim *Kontrollerwerb* (§ 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB): die Unternehmen, die eine Kontrolle ausüben können, und das der Kontrolle unterworfene Unternehmen.
* beim *Anteilserwerb* (§ 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB): der oder die Erwerber und das Un- ternehmen, an dem die Anteile erworben werden. Sind mit diesem noch weitere Unternehmen im Sinne des § 36 Abs. 2 GWB zusammengeschlossen, so sind sie ebenfalls beteiligte Unternehmen;
* bei *Unternehmensverbindungen mit wettbewerblich erheblichem Einfluss* (§ 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB): die Unternehmen, die einen wettbewerblich erheblichen Ein- fluss ausüben können, und das diesem Einfluss unterworfene Unternehmen.

##### Verbundene Unternehmen

Mit einem beteiligten Unternehmen verbunden und als einheitliches Unternehmen an- zusehen im Sinne von § 36 Abs. 2 GWB sind

* abhängige oder herrschende Unternehmen (§ 17 AktG) sowie Konzernunternehmen (§ 18 AktG).
* Unternehmen, die vom beteiligten Unternehmen allein oder gemeinsam mit anderen beherrscht werden, und - vice versa - Unternehmen, die auf das beteiligte Unter- nehmen einen beherrschenden Einfluss ausüben können.

Hält ein Unternehmen 50 % der Anteile eines anderen Unternehmens, geht das Bun- deskartellamt in der Regel davon aus, dass das Unternehmen (mit)beherrschenden Einfluss auf das andere Unternehmen ausüben kann.

* 1. **Wesentlicher Teil des Vermögens**

Als wesentliche Teile des Vermögens i.S. des § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB gelten nicht nur Vermögensteile, die in ihrem Verhältnis zum Gesamtvermögen des Veräußerers quan- titativ ausreichend hoch sind. Wesentlich ist ein Vermögensteil vielmehr stets dann, wenn ihm im Hinblick auf die Produktion, die Vertriebsziele und die jeweiligen Markt- verhältnisse eine eigenständige Bedeutung zukommt und er deshalb als ein vom übri- gen Vermögen des Veräußerers abtrennbarer einheitlicher Teil erscheint. Das können beispielsweise eine Betriebsstätte (z.B. Filiale eines Lebensmittelhandelsunterneh- mens), ein Geschäftsbereich (z.B. der Bereich "Industrienähmaschinen" eines Maschi- nenbauunternehmens), ein Warenzeichen oder die Verlags- und Titelrechte einer Zei- tung sein.

- 12 -

* 1. **Kontrolle**

Mit dem Zusammenschlusstatbestand des Kontrollerwerbs übernimmt das GWB den entsprechenden Tatbestand des europäischen Rechts. Kontrolle liegt danach vor, wenn auf die Tätigkeit eines anderen Unternehmens ein **bestimmender Einfluss** ausgeübt werden kann.

Dies ist im Regelfall gegeben, wenn der Erwerber **strategische Entscheidungen der Geschäftspolitik** oder die **Besetzung der Geschäftsführungsorgane** des zu erwerbenden Unternehmens bestimmen kann.

Die Kontrolle i.S.d. § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB kann **durch ein oder mehrere Unter- nehmen** erworben werden; die Erwerber brauchen nicht miteinander verbunden zu sein. Es reicht für die gemeinsame Kontrolle aus, dass die Unternehmen aufgrund ei- ner gemeinsamen Unternehmenspolitik die eigenen Wettbewerbsinteressen im Ver- hältnis zueinander und gegenüber dem abhängigen Unternehmen abstimmen und durchsetzen können, z.B. aufgrund von Poolverträgen, erhöhten Zustim- mungserfordernissen in der Gesellschafterversammlung, oder weil aufgrund einer auf Dauer angelegten Interessengleichheit eine einheitliche Einflussnahme gesichert ist. Begründen mehrere Unternehmen die gemeinsame Kontrolle über ein anderes Unter- nehmen, so sind alle mitkontrollierenden Unternehmen und die Zielgesellschaft am Zu- sammenschluss beteiligt. Gründen also z.B. fünf Unternehmen mit je 150 Mio. Euro Umsatz ein Gemeinschaftsunternehmen, an dem sie sich mit jeweils 20 % beteiligen, und sehen sie vor, dass alle wichtigen Entscheidungen mit einer Mehrheit von 81 % ge- troffen werden, liegt ein kontrollpflichtiger Zusammenschluss vor.

Der Zusammenschlusstatbestand ist auch beim **Übergang von gemeinsamer zu al- leiniger Kontrolle** erfüllt. Beispiel: An einem Unternehmen sind A mit 60 % und B mit 40 % beteiligt. Alle wichtigen Entscheidungen sind mit Zweidrittelmehrheit zu treffen (das GU wird also von A und B gemeinsam kontrolliert). Erwirbt A nun die restlichen 40 % der Anteile, ist dieser Zusammenschluss nunmehr nach § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB kontrollpflichtig. Entsprechendes gilt bei einem Übergang von der Kontrolle durch drei Unternehmen zu einer Kontrolle durch zwei Unternehmen.

Ein wichtiger Fall des Kontrollerwerbs liegt im Erwerb einer **gesicherten Haupt- versammlungsmehrheit** bei börsennotierten Gesellschaften. Dies wird in der Regel der Fall sein, wenn bei Zugrundelegung der Präsenzen in den drei letzten Hauptver- sammlungen davon auszugehen ist, dass mit den erworbenen Stimmrechten Hauptver- sammlungsbeschlüsse durchgesetzt werden können. Dieser Zusam- menschlusstatbestand kann auch ohne Erreichen der Anteilsschwelle des § 37 Abs. 1 Nr. 3a GWB erfüllt werden, z.B. bei einer Anteilserhöhung von 25 % auf 45 %.

* 1. **Umsatzerlöse**

- 13 -

* 1. Allgemeine Berechnungsgrundlagen

Bei der Ermittlung der Umsatzerlöse ist von § 277 Abs. 1 HGB auszugehen (§ 38 Abs. 1 GWB). Die Mehrwertsteuer und Verbrauchsteuern bleiben außer Betracht. Es sind auch die Auslandsumsätze einzubeziehen. Umsätze sind in Euro anzugeben. Um- satzerlöse in fremder Währung sind nach dem Jahresmittelkurs der Europäischen Zentralbank (s. dazu: http:// [www.ecb.int](http://www.ecb.int/) - Publications – Periodical Publications – Monthly Bulletin – Euro area statistics: Table 10 Exchange Rates) in Euro um- zurechnen. Bei Umsatzangaben für mehrere miteinander verbundene Unternehmen insgesamt bleiben die Erlöse für Lieferungen und Leistungen der Unternehmen unter- einander (Innenumsatzerlöse) außer Betracht. Die Umsatzerlöse sind unter Berücksich- tigung des **Konsolidierungskreises** zum **Zeitpunkt der Anmeldung** anzugeben.

* 1. Besondere Regelungen für einzelne Branchen

Soweit der Geschäftsbetrieb eines Unternehmens im Handel mit Waren besteht, sind die dabei erzielten Umsatzerlöse nur zu drei Viertel in Ansatz zu bringen. Ein Han- delsumsatz in diesem Sinne liegt nicht vor, wenn die von einem Unternehmen erzeug- ten oder bearbeiteten Waren von einem anderen mit ihm verbundenen Unternehmen bezogen und weiterveräußert werden (§ 38 Abs. 2 GWB).

Bei Versicherungsunternehmen treten an die Stelle der Umsatzerlöse die Prämienein- nahmen. Dies sind die Einnahmen aus dem Erst- und Rückversicherungsgeschäft ein- schließlich der in Rückdeckung gegebenen Anteile (§ 38 Abs. 4 Satz 2 und 3 GWB).

Bei Kreditinstituten, Finanzinstituten und Bausparkassen tritt an die Stelle der Um- satzerlöse der Gesamtbetrag der in § 34 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchstabe a bis e der Verordnung über die Rechnungslegung der Kreditinstitute vom 10. Februar 1992 (BGBl. I S. 203) genannten **Erträge** abzüglich der Umsatzsteuer und sonstiger direkt aus diesen Erträgen erhobener Steuern (§ 38 Abs. 4 Satz 1 GWB). Hinzuzurechnen sind in vollem Umfang die Umsätze von Unternehmen, an denen ein (mit-) beherr- schender Einfluss besteht.

Bei Unternehmen, deren Geschäftsbetrieb ganz oder teilweise im Verlag, in der Her- stellung und im Vertrieb von Zeitungen oder Zeitschriften oder deren Bestandteilen so- wie in der Herstellung, im Vertrieb und der Veranstaltung von Rundfunk programmen und im Absatz von Rundfunkwerbezeiten besteht, ist insoweit das Zwanzigfache der Umsatzerlöse in Ansatz zu bringen (§ 38 Abs. 3 GWB). **Wichtiger Hinweis!**

Soweit die tatsächlichen Umsätze aufgrund der kartellrechtlichen Sondervorschriften **gekürzt** oder **vervielfacht** werden oder statt

- 14 -

dessen **Erträge** genannt oder einbezogen werden, ist dies **aus- drücklich kenntlich zu machen.**

* 1. **Marktanteile**

Die Beteiligten haben für jeden Unternehmensverbund die Inlandsmarktanteile anzu- geben, soweit diese im Geltungsbereich des GWB oder in einem wesentlichen Teil desselben für die beteiligten Unternehmen mindestens 20 % erreichen, einschließlich der Grundlagen für ihre Berechnung oder Schätzung.

Für die Berechnung der Marktanteile ist zunächst von dem gesamten Geltungsbereich des Gesetzes (Bundesrepublik Deutschland) auszugehen. Wenn ein Unternehmen nicht im gesamten Bundesgebiet tätig ist oder seine Marktstellung erhebliche regiona- le Unterschiede aufweist, ist es erforderlich, neben den Marktanteilen für den gesamten Geltungsbereich auch Angaben für die Marktanteile in den einzelnen regionalen Märk- ten zu machen.

Für die Marktanteilsberechnung sind die neuesten statistischen Angaben zu ver- wenden sowie Angaben über Grundlagen für seine Berechnung oder Schätzung zu machen. Bei der Marktanteilsberechnung kann von Absatzmengen oder Absatzwerten ausgegangen werden. Es ist zweckmäßig, die Berechnung auf beiden Wegen vorzu- nehmen und vorzulegen.

Zu einem Markt sind nur solche Waren bzw. gewerbliche Leistungen zu zählen, die aus der Sicht der Abnehmer nach Beschaffenheit, Verwendungszweck und Preis als aus- tauschbar angesehen werden. Eine weitergehende Gliederung der Märkte bei der Be- rechnung der anzugebenden Marktanteile präjudiziert die Unternehmen nicht hinsicht- lich der Feststellung marktbeherrschender Stellungen.

Bei der Berechnung der Marktanteile können im Einzelfall Zweifel sowohl hinsichtlich der Marktabgrenzung als auch hinsichtlich der von den anderen Beteiligten erreichten Inlandsmarktanteile bestehen. Deshalb empfiehlt es sich im Interesse der Vollständig- keit von Anmeldungen, Angaben über nennenswerte Marktanteile auch dann zu ma- chen, wenn das Überschreiten der 20 %-Grenze zweifelhaft ist.

**Umsätze und Marktanteile müssen nur für jedes am Zusammenschluss betei- ligte Unternehmen** und für die mit ihm verbundenen Unternehmen insgesamt an- gegeben werden. Zweckmäßig ist es allerdings, wenn die Daten der unmittelbar an dem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen darüber hinaus noch gesondert aus- gewiesen werden.



# Merkblatt Inlandsauswirkungen in der Fusionskontrolle

30. September 2014

### Einführung

1. Bei **Auslandszusammenschlüssen**, d.h. Zusammenschlüssen von Unternehmen mit Sitz im Ausland, stellt sich häufig die Frage, ob eine Anmeldepflicht1 in Deutschland besteht. Nach der deutschen Rechtslage ist ein Zusammenschluss nicht schon dann anmeldepflichtig, wenn ein Zusammenschlusstatbestand i.S.d. § 37 GWB2 verwirklicht wurde und die Umsatzschwellenwerte nach § 35 GWB erfüllt sind. Ausreichende Inlandsauswirkungen des Zusammenschlusses sind nach § 130 Abs. 2 GWB eine weitere notwendige Voraussetzung der Anmeldepflicht.
2. Das vorliegende Merkblatt soll es den Unternehmen und ihren Beratern erleichtern einzuschätzen, ob ein Zusammenschluss ausreichende Auswirkungen in Deutschland hat, um die Anforderungen der Inlandsauswirkungsklausel in § 130 Abs. 2 GWB zu erfüllen3 und eine Anmeldepflicht auszulösen.4 Zu diesem Zweck werden **typische Fallkonstellationen** beschrieben, in denen Inlandsauswirkungen offensichtlich vorlie- gen oder klar ausgeschlossen werden können (vgl. Punkt B I. und II.). Außerdem werden maßgebliche **Kriterien für die notwendige Einzelfallbewertung** von Inlands- auswirkungen in den übrigen Fällen identifiziert, die nicht in die genannten klaren Fallgruppen eingeordnet werden können (vgl. Punkt B. III.). Fallbeispiele und ein Schaubild veranschaulichen das Prüfkonzept.5
3. Bisweilen wirft die Bewertung der Inlandsauswirkungen eines Zusammenschlusses komplexere Fragen auf als seine wettbewerbliche Beurteilung. Können wettbewerbliche Probleme aber im Rahmen einer Anmeldung einfach und rasch ausgeschlossen

1 Die Anmeldepflicht ergibt sich aus § 39 Abs. 1 GWB. Nach § 41 Abs. 1 S. 1 GWB darf ein Zusammenschluss erst nach Freigabe (bzw. nach Freigabe durch Fristablauf) vollzo- gen werden.

2 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

3 Im Einklang mit dem völkerrechtlichen Auswirkungsgrundsatz steht es jeder Rechtsord- nung frei, Zusammenschlüsse daraufhin zu überprüfen, ob sie im eigenen Staatsgebiet zu Beeinträchtigungen des Wettbewerbs führen, wenn ein ausreichender Bezug zwi- schen dem Zusammenschluss und dem Staat besteht. Die völkerrechtlichen Anforde- rungen an eine Anmeldepflicht gehen in den meisten Fällen weniger weit als die Anforderungen aus § 130 Abs. 2 GWB, mit denen sich dieses Merkblatt ausschließlich beschäftigt. Für die Vereinbarkeit einer Anmeldepflicht mit den völkerrechtlichen Anfor- derungen ist die Überschreitung der Umsatzschwellenwerte in Deutschland durch min- destens zwei am Zusammenschluss beteiligte Unternehmen ausreichend.

4 Auf diesen Fragenkreis beschränkt sich das vorliegende Merkblatt. In dem Merkblatt zur deutschen Fusionskontrolle finden sich Hinweise zu den allgemeineren Fragen, welche Arten von Transaktionen anmeldepflichtig sind (sogenannter Zusammenschluss- tatbestand), welche Unternehmen an einem Zusammenschluss beteiligt sind und wie die Umsatzschwellenwerte anzuwenden sind. Darauf kann an dieser Stelle verwiesen wer- den.

5 Sollten der Text des Merkblatts, das Schaubild bzw. die Beispiele unterschiedliche Inter- pretationsmöglichkeiten eröffnen, hat der Text Vorrang.

werden, ist eine genauere Prüfung von Inlandsauswirkungen entbehrlich. Aus der Sicht des Bundeskartellamts ist es daher vorzugswürdig, diese Fälle im Sinne einer pragma- tischen Verfahrensgestaltung in einem Fusionskontrollverfahren zu prüfen und die Frage der Inlandsauswirkungen **offen zu lassen**, soweit die Unternehmen bereit sind, solche Zusammenschlüsse anzumelden.

1. Das Merkblatt beruht auf der deutschen Entscheidungs- und Rechtsprechungspraxis und berücksichtigt auch die Empfehlung des International Competition Network (ICN) zu Anmeldeverfahren in der Fusionskontrolle.6
2. Die Entscheidungen des Bundeskartellamts unterliegen der **gerichtlichen Überprü- fung** durch das Oberlandesgericht Düsseldorf und den Bundesgerichtshof. Diese Instanzen werden durch die Erläuterungen in diesem Merkblatt nicht gebunden. Außerdem kann auch eine Weiterentwicklung des hier dargelegten Prüfkonzeptes infolge künftiger Entscheidungen in Einzelfällen geboten sein.

### Inlandsauswirkungen

1. Nach § 130 Abs. 2 GWB findet das Gesetz Anwendung auf alle Wettbewerbsbeschrän- kungen, die sich in Deutschland auswirken, auch wenn sie außerhalb Deutschlands veranlasst werden. § 130 Abs. 2 GWB gilt auch für die **Zusammenschlusskontrolle**7 insgesamt, und insbesondere für die Anmeldepflicht nach § 39 GWB (und das damit verbundene Vollzugsverbot). Das bedeutet, dass – anders als bislang in der europäi-

6 ICN, Recommended Practices for Merger Notification Procedures, verfügbar auf: [www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc588.pdf](http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc588.pdf) Die bisherige Ent- scheidungspraxis der Europäischen Kommission zu Auslandszusammenschlüssen wur- de ebenfalls ausgewertet. Der Ansatz der Kommission, eine Anmeldepflicht (schon) immer dann zu bejahen, wenn die Umsatzschwellenwerte für die europäische Fusions- kontrolle erfüllt sind, wurde allerdings in die deutsche Fusionskontrollpraxis nicht über- nommen, weil es im GWB – anders als in der europäischen Fusionskontrollverordnung – eine ausdrückliche Regelung zu den Inlandsauswirkungen gibt. Außerdem ist es ein An- liegen des BKartA, Anmeldungen in Fällen zu vermeiden, die offensichtlich keine Aus- wirkungen auf Deutschland haben.

7 Der Begriff "Wettbewerbsbeschränkungen" in § 130 Abs. 2 GWB ist die zusammenfas- sende Bezeichnung für alle in den Sachnormen des GWB geregelten Auswirkungen auf den Wettbewerb.

schen Fusionskontrolle8 – Zusammenschlüsse, welche die Umsatzschwellenwerte überschreiten9 (und einen Zusammenschlusstatbestand erfüllen10), nicht zwangsläufig anmeldepflichtig sind.

1. Daran hat die Einführung einer **zweiten Inlandsumsatzschwelle** durch das dritte Mittelstandsentlastungsgesetz11 nichts geändert. Mit der zweiten Inlandsumsatzschwel- le wurden zwar Anforderungen aus § 130 Abs. 2 GWB für einen Teilbereich der Fusi- onskontrolle konkretisiert: Eine Anmeldepflicht von Zusammenschlüssen mit zwei Beteiligten, von denen bislang nur ein Unternehmen Umsätze in Deutschland erzielt, ist von vorneherein ausgeschlossen, weil die Umsatzschwellenwerte nicht erreicht wer- den. Bezüglich anderer Fallgestaltungen enthält die zweite Inlandsumsatzschwelle aber keine abschließende Regelung, die § 130 Abs. 2 GWB verdrängen würde. Im Ergebnis hat sich die Anwendung von § 130 Abs. 2 GWB durch die Einführung der zweiten Inlandsumsatzschwelle erheblich vereinfacht.
2. Der Begriff Inlandsauswirkung im Sinne des § 130 Abs. 2 GWB ist nach dem **Schutzzweck** der jeweils anzuwendenden Vorschrift auszulegen.12 Der Zweck der Fusionskontrolle nach §§ 35 ff. GWB und insbesondere der Anmeldepflicht nach

§ 39 GWB besteht darin, vor dem Vollzug von Transaktionen, die zu einer Änderung

8 Europäische Kommission, Towards more effective EU merger control (Commission staff working document). 25. Juni 2013 (verfügbar auf: [www.ec.europa.eu/competition/consultations/2013\_merger\_control/merger\_control\_en.p](http://www.ec.europa.eu/competition/consultations/2013_merger_control/merger_control_en.pdf) [df](http://www.ec.europa.eu/competition/consultations/2013_merger_control/merger_control_en.pdf) ), S.22 f., vgl. Frage 1; Weißbuch „Towards more effective EU merger control“, 9. Juli 2014, COM(2014)449 final, Rn.77; Staff Working Document, 9. Juli 2014, SWD(2014)221 final, Rn.180 (verfügbar auf: [http://www.ec.europa.eu/competition/consultations/2014\_merger\_control/mergers\_white](http://www.ec.europa.eu/competition/consultations/2014_merger_control/mergers_white_paper_en.pdf)

[\_paper\_en.pdf](http://www.ec.europa.eu/competition/consultations/2014_merger_control/mergers_white_paper_en.pdf) und

[http://ec.europa.eu/competition/consultations/2014\_merger\_control/staff\_working\_docum ent\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2014_merger_control/staff_working_document_en.pdf)).

9 Zusammenschlüsse unterliegen nur dann der deutschen Fusionskontrolle, wenn die beteiligten Unternehmen insgesamt Umsätze von mehr als EUR 500 Mio. erwirtschaften und von zwei beteiligten Unternehmen mindestens eines Umsätze im Inland von mehr als EUR 25 Mio. und ein anderes von mehr als EUR 5 Mio. erreichen (§ 35 GWB). Dabei kann es sich um das erwerbende, das zu erwerbende oder ein gemeinsam gegründetes Unternehmen handeln. Unerheblich ist, ob ein inländisches oder ein ausländisches be- teiligtes Unternehmen das Erfordernis erfüllt.

10 Siehe § 37 GWB, vgl. dazu Bundeskartellamt, Merkblatt zur deutschen Fusionskontrolle (verfügbar unter

[www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/merkblaetter/Fusionskontrolle/MerkblFusionW3Dna](http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/merkblaetter/Fusionskontrolle/MerkblFusionW3DnavidW2689.php) [vidW2689.php](http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/merkblaetter/Fusionskontrolle/MerkblFusionW3DnavidW2689.php) ), sowie für Fragen im Zusammenhang mit dem aus dem europäischen Recht übernommen Zusammenschlusstatbestand des Kontrollerwerbs vgl. Kommission, Konsolidierte Mitteilung zu Zuständigkeitsfragen (verfügbar unter [http://eur-](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ%3AC%3A2009%3A043%3A0010%3A0057%3ADE%3APDF) [lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:043:0010:0057:DE:PDF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ%3AC%3A2009%3A043%3A0010%3A0057%3ADE%3APDF) ).

11 Drittes Gesetz zum Abbau bürokratischer Hemmnisse insbesondere in der mittelständi- schen Wirtschaft (Drittes Mittelstandsentlastungsgesetz - MEG III), Gesetz vom 17.03.2009, BGBl. I S. 550.

12 Vgl. BGH, Beschluss vom 12. Juli 1973, KRB 2/72, - Ölfeldrohre, WuW/E BGH 1276 (zu

§ 98 Abs. 2 GWB a.F.); BGH, Beschluss vom 29. Mai 1979, KVR 2/78 – Organische Pigmente, WuW/E BGH 1613.

der Marktstruktur führen, zu überprüfen, ob sie wirksamen Wettbewerb erheblich behindern würden. Anknüpfungspunkt für die Bewertung der Inlandsauswirkungen ist daher der **Zusammenschlussvorgang** und dessen **Bezug zu Märkten**, die im Inland liegen oder das Inland ganz oder teilweise umfassen. Zusammenschlüsse können sich auf Absatzmärkte und Beschaffungsmärkte13 auswirken.

1. Inlandsauswirkungen liegen vor, wenn ein Zusammenschluss **geeignet** ist, die Voraussetzungen für den Wettbewerb auf Märkten **unmittelbar14** zu beeinflussen, die das Inland ganz oder teilweise umfassen. Die mögliche Beeinflussung der Marktver- hältnisse muss eine gewisse Mindestintensität erreichen, d.h. sie muss **spürbar**15 sein. Für diese Bewertung sind grundsätzlich alle Strukturfaktoren relevant, die auch bei der materiellen Prüfung nach § 36 Abs. 1 GWB heranzuziehen sind.16 Es ist nicht erforder- lich, dass sich die Wettbewerbsverhältnisse verschlechtern oder das Erreichen der Interventionsschwelle möglich erscheint.17 Diese Fragen sind erst Gegenstand der materiellen Prüfung.
2. Im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung sind an die Spürbarkeit der Inlands- auswirkungen **keine hohen Anforderungen** zu stellen. Das gilt insbesondere im Kontext der Anmeldepflicht. Beispielsweise wurden Inlandsauswirkungen eines Zu- sammenschlusses bejaht, der im Inland zu geringen Marktanteilsadditionen (im einen Jahr 4,4% plus 0,14% bzw. im nächsten Jahr 3,5% plus 0,23%) und damit zum Aus- scheiden eines Mitwettbewerbers führte, der dem Erwerber Zugang zu qualifiziertem Know-how eröffnete, von dem er sich eine bessere Wettbewerbsposition versprach.18 Außerdem ist bei den erwarteten Inlandsauswirkungen im Hinblick auf die Anmelde-

13 Z.B. kann sich ein Einkaufsgemeinschaftsunternehmen auf Beschaffungsmärkten im Inland auswirken, wenn das Gemeinschaftsunternehmen im Inland die Beschaffung von Produkten übernimmt, die (ggfs. nach Weiterverarbeitung) auf Absatzmärkten im Aus- land abgesetzt werden sollen.

14 BGH, Beschluss vom 29. Mai 1979, KZR 2/78 – Organische Pigmente, WuW/E BGH 1613, 1615; KG Beschluss vom 5. April 1978, Kart 22/78 – Organische Pigmente, WuW/E OLG 1993, 1996.

15 Ebenda, vgl. auch BGH, Beschluss vom 25. September 2007, KVR 19/07 – Sulzer/ Kelmix, WuW/E DE-R 2133, 2136 ; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. November 2008, VI-Kart 8/07 (V) – Phonak II (Hauptsache), WuW/E DE-R 2478, 2482; bestätigt von BGH, Beschluss vom 20. April 2010, KVR 1/09 - Phonak/GN Store, WuW/E DE-R 2905 (aber keine Ausführungen zu diesem Punkt).

16 Siehe ausführlich Bundeskartellamt, Leitfaden Marktbeherrschung in der Fusionskontrol- le, 2012.

17 BGH, Beschluss vom 29. Mai 1979, KZR 2/78 – Organische Pigmente, WuW/E BGH 1613, 1614 f.

18 BGH, Beschluss vom 29. Mai 1979, KZR 2/78 – Organische Pigmente, WuW/E BGH 1613, 1615 (Anzeigepflicht bejaht). Diese Anforderungen an die Inlandsauswirkungen sind auf die Anmeldepflicht übertragbar.

pflicht eine niedrigere Nachweistiefe erforderlich als bei der Bewertung der Untersa- gungsvoraussetzungen im Zeitpunkt der kartellbehördlichen Entscheidung.19

1. Auf dieser Grundlage lassen sich Fallkonstellationen identifizieren, in denen spürbare Inlandsauswirkungen im Kontext der Anmeldepflicht einerseits offensichtlich vorliegen (siehe Punkt I.) oder andererseits klar ausgeschlossen werden können (siehe Punkt II.). In den übrigen Fällen ist eine Bewertung im Einzelfall erforderlich, für die nachfolgend einige wichtige Gesichtspunkte erläutert werden (siehe Punkt III.).
   1. Klare Fälle mit Inlandsauswirkungen
2. Überschreitet das **Zielunternehmen** im Inland zumindest die Umsatzschwelle von

€ 5 Mio., liegen immer ausreichende Inlandsauswirkungen vor, denn das Zielunterneh- men ist in diesem Fall in einem ausreichenden Umfang in Deutschland tätig. Durch die Inlandsumsatzschwellen hat der Gesetzgeber das Merkmal der Inlandsauswirkungen für einen Teilbereich der Fusionskontrolle konkretisiert. Zusammenschlüsse mit ledig- lich **zwei Zusammenschlussbeteiligten** (z.B. Erwerber und Zielunternehmen beim Erwerb alleiniger Kontrolle), welche die Umsatzschwellenwerte nach § 35 GWB über- schreiten, erfüllen daher immer die Voraussetzungen von § 130 Abs. 2 GWB. Die relevanten Umsätze müssen dabei nach § 36 Abs. 2 GWB jeweils auch Umsätze der verbundenen Unternehmen enthalten.20

1. Bei **mehr als zwei Zusammenschlussbeteiligten** liegen nicht in allen Fällen, in denen die Umsatzschwellenwerte überschritten werden, ausreichende Inlandsauswir- kungen vor. Wenn ein Gemeinschaftsunternehmen zumindest auch im Inland tätig ist, sind Inlandsauswirkungen klar gegeben, wenn das Gemeinschaftsunternehmen Umsätze von mehr als € 5 Mio.21 in Deutschland erzielt. Bei niedrigeren Umsätzen des Gemeinschaftsunternehmens im Inland (insbesondere bei neu gegründeten Gemein- schaftsunternehmen), hängt es von den Umständen im Einzelfall ab, ob ausreichende Inlandsauswirkungen zu erwarten sind (siehe unten Punkt III).

19 Zu dem vergleichbaren Fall der Betroffenheit eines Bagatellmarktes im Kontext der An- meldepflicht (§ 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB in der Fassung bis zum 25. Juni 2013) siehe BGH, Beschluss vom 14. Oktober 2008, KVR 30/08 – Faber/Basalt, WuW/E DE-R 2507, 2509 (Rn. 13) sowie nachgehend OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. April 2009, VI- Kart 18/07 (V), WuW/E DE-R 2622, 2626 f. (Rn. 32 f.).

20 Dabei darf es nicht zu Doppelzählungen von Umsätzen kommen. Außerdem sind Mutter- bzw. Tochtergesellschaften, die nach dem Zusammenschluss nicht mehr mit dem Ziel- unternehmen verbunden sind, nicht in die Umsatzberechnung einzubeziehen.

21 Bei einem Marktanteil des Gemeinschaftsunternehmens von mehr als 5 Prozent auf einem Markt, der das Inland ganz oder teilweise umfasst, liegen ebenfalls ausreichende Inlandsauswirkungen vor. Diese Einschätzung erfordert im konkreten Fall eine Marktab- grenzung. Daher wird dieser Fall im Kontext der Einzelfallbetrachtung behandelt (siehe Rn. 18).

1. Klare Fälle ohne Inlandsauswirkungen
2. In Fällen mit **mehr als zwei Zusammenschlussbeteiligten** können Inlandsauswirkun- gen eindeutig ausgeschlossen werden, wenn folgende (kumulative) Voraussetzungen vorliegen:
3. Reines Auslands-Gemeinschaftsunternehmen
4. Das Gemeinschaftsunternehmen22 ist auf einem Inlandsmarkt, d.h. auf einem räumlich relevanten Markt, der das Inland ganz oder teilweise umfasst, **weder aktuell noch potenziell tätig**.23 Bei Neugründungen gilt dies für die beabsichtigte Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens.
5. Muttergesellschaften sind keine Wettbewerber auf dem sachlich relevan- ten Markt des GU (bzw. auf vor- oder nachgelagerten Märkten)
6. Es sind nicht mehrere Muttergesellschaften des Gemeinschaftsunternehmens oder mit ihnen nach § 36 Abs. 2 GWB verbundene Unternehmen im Inland24 auf demselben sachlich relevanten Markt tätig wie das Gemeinschaftsunternehmen im Ausland. Die Muttergesellschaften sind auf diesen Märkten auch keine potenziellen Wettbewerber. Mehrere Muttergesellschaften sind aktuell auch nicht auf einem dem Produktmarkt des Gemeinschaftsunternehmens vor- oder nachgelagerten Inlandsmarkt25 tätig. In diesen Fällen können fusionskontrollrechtlich relevante negative Auswirkungen der Gründung oder des Erwerbs des Gemeinschaftsunternehmens auf das Wettbewerbsverhältnis zwischen den Muttergesellschaften (Spillover-Effekte)26auf diesen Märkten eindeutig ausgeschlossen werden.

22 Im Kontext der deutschen Fusionskontrolle wird in folgenden Konstellationen von Ge- meinschaftsunternehmen gesprochen: a) Ein Unternehmen wird von mehreren anderen Unternehmen kontrolliert (Zusammenschlusstatbestand des Kontrollerwerbs nach § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB) und b) mindestens zwei Unternehmen halten an einem anderen Un- ternehmen Anteile (oder Stimmrechte) von mindestens 25 Prozent (Zusammenschluss- tatbestand des Anteilserwerbs nach § 37 Abs.1 Nr. 3 GWB in der Form der sogenannten Zusammenschlussfiktion der Muttergesellschaften, § 37 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 GWB).

23 Für die Frage der Anforderungen an potenziellen Wettbewerb vgl. z.B. BGH, Beschluss vom 19. Juni 2012, KVR 15/11 – Haller Tagblatt, WuW/E DE-R 3695.

24 Siehe Rn. 15: Ein Inlandsmarkt ist jeder räumlich relevante Markt, der das Inland ganz oder teilweise umfasst.

25 Ebd.

26 Diese Auswirkungen können in der fusionskontrollrechtlichen Prüfung insbesondere im Kontext koordinierter Effekte (implizite Kollusion) von Bedeutung sein. Sie können sich auch auf die Anreize der Muttergesellschaften zu wettbewerblichem Verhalten auswirken und so die Intensität des Wettbewerbsverhältnisses zwischen den Muttergesellschaften beeinflussen.

Beispiel: Die Unternehmen A und B erwerben gemeinsame Kontrolle über ein Unternehmen, das im Einzelhandel mit Elektroartikeln in Brasilien tätig ist. A betreibt weltweit Wa- renhäuser, Einkaufsmärkte sowie Fachmärkte. A hat seinen Umsatzschwerpunkt in Europa und expandiert in mehreren lateinamerikanischen Ländern, u.a. in Brasilien. B ist eine brasilianische Investmentgesellschaft, die bislang in Unternehmen ver- schiedener Tätigkeitsfelder in Brasilien und in weltweit tätige Rohstoffunternehmen investiert hat. Die Umsätze von A und B überschreiten die Schwellenwerte der deut- schen Fusionskontrolle. Das Zusammenschlussvorhaben hat keine Inlandsauswir- kungen und ist daher nicht anmeldepflichtig. Das gilt auch dann, wenn A Teil eines Mischkonzerns ist, der teilweise auf denselben Rohstoffmärkten tätig ist wie B.

1. Einzelfallprüfung in den übrigen Fällen
2. In den Fallkonstellationen, die nicht den oben identifizierten Fallgruppen zugeordnet werden können, hängt es von den **Umständen des Einzelfalls** ab, ob ausreichende Auswirkungen auf das Inland zu erwarten sind. Dabei handelt es sich ausschließlich um Zusammenschlüsse mit mehr als zwei Beteiligten. In diesen Fallkonstellationen können die folgenden Hinweise bei der Bewertung von Inlandsauswirkungen im Einzelfall hilfreich sein:
3. Wenn ein Gemeinschaftsunternehmen nur marginal auf Märkten tätig ist, die das Inland ganz oder teilweise umfassen, reicht das in der Regel nicht aus, um spürbare Inlands- auswirkungen zu begründen (**GU mit geringer Tätigkeit im Inland**). Dabei sind insbesondere die tatsächlichen Umsätze des Gemeinschaftsunternehmens zu berück- sichtigen.27 Überschreiten diese Umsätze des Gemeinschaftsunternehmens in Deutschland die Schwelle von € 5 Mio., ist das in jedem Fall ausreichend (siehe Rn. 13). Im Rahmen einer Einzelfallprüfung genügt es ebenfalls, wenn der Marktanteil des Gemeinschaftsunternehmens auf einem Markt, der das Inland ganz oder teilweise umfasst, die Schwelle von fünf Prozent überschreitet. Die Tätigkeit des Gemeinschafts- unternehmens ist aber nicht allein schon deswegen **„marginal“**, weil sie unterhalb der

€ 5 Mio. Schwelle der zweiten Inlandsumsatzschwelle liegt und einen Marktanteil von

27 Bei Teilfunktionsgemeinschaftsunternehmen (z.B. ProduktionsGUs), die nur mit ihren Muttergesellschaften Umsätze erzielen, kann die Umsatzschwelle von € 5 Mio. ebenfalls hilfreich sein, um einzuschätzen, ob die internen Lieferungen des GUs an seinen Mutter- gesellschaften eine Größenordnung erreichen, die den Umfang einer marginalen Tätig- keit überschreitet. Dabei kommt den internen Verrechnungspreisen eine geringere Bedeutung zu. Aussagekräftiger ist in diesem Fall, ob die Liefermengen einem Umsatz- volumen von € 5 Mio. entsprechen.

weniger als fünf Prozent ausmacht.28 Anhaltspunkte für eine mehr als marginale Marktposition können sich auch aus der Übertragung von erheblichen Unternehmens- ressourcen auf das Gemeinschaftsunternehmen ergeben, z.B. aus übertragenen gewerblichen Schutzrechten bzw. übertragenem Know-How. Das setzt voraus, dass die Unternehmensressourcen eine gewichtigere Marktstellung vermitteln als den aktuellen Umsätzen oder Marktanteilen des Gemeinschaftsunternehmens entspricht. Fehlen jedoch zusätzliche Anhaltspunkte für hinreichende Auswirkungen auf die Marktstruktur, reichen Umsätze von weniger als € 5 Mio. in Deutschland nicht aus, um eine nicht- marginale Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens zu begründen. Das gleiche gilt für Marktanteile des Gemeinschaftsunternehmens von weniger als 5 Prozent, soweit es durch den Zusammenschluss nicht zu Marktanteilsadditionen kommt.

Beispiel: Eine japanische Investmentbank (B) und ein US-amerikanischer Hedgefond (H) erwerben gemeinsame Kontrolle am kanadischen Unternehmen A. B und H sind weltweit tätig und erzielen auch in Deutschland erhebliche Umsätze. Die Umsatz- schwellenwerte der deutschen Fusionskontrolle werden durch die Umsätze der bei- den Erwerber klar erfüllt. Die japanische Investmentbank und der US-amerikanische Hedgefonds sind in Deutschland Wettbewerber auf verschiedenen Märkten für be- stimmte Finanzdienstleistungen, auf denen sie jeweils gemeinsame Marktanteile in einer Größenordnung von etwa 25 Prozent erreichen. Das Zielunternehmen A stellt Ahornsirup her und verkauft diesen weltweit. In Europa bezieht lediglich eine in Nordeuropa tätige Pfannkuchenkette Ahornsirup von A. Deren deutsches Tochterun- ternehmen betreibt in Deutschland drei Pfannkuchenhäuser. A erzielte im letzten Geschäftsjahr durch Verkäufe an dieses Tochterunternehmen einen Umsatz in Höhe von 50.000 € in Deutschland (und liegt mit seinem Marktanteil damit deutlich unter fünf Prozent). Die Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens auf Inlandsmärkten ist folglich marginal. Das Wettbewerbsverhältnis der Muttergesellschaften auf einem Drittmarkt reicht nicht aus, um fusionskontrollrelevante Spillover-Effekte zu begrün- den. Das Vorhaben ist in Deutschland daher nicht anmeldepflichtig.

1. Bei neu gegründeten Gemeinschaftsunternehmen, die noch keine Umsätze erzielt haben, können die im Prognosezeitraum29 **zu erwartenden Umsätze** in Deutschland ein Anhaltspunkt sein, ob lediglich eine marginale Tätigkeit im Inland vorliegt. Dabei

28 Beispielsweise wurden im o.g. Fall Organische Pigmente Inlandsauswirkungen eines Zusammenschlusses bejaht, der im Inland zu geringen Marktanteilsadditionen (im einen Jahr 4,4% plus 0,14% bzw. im nächsten Jahr 3,5% plus 0,23%) und damit zum Aus- scheiden eines Mitwettbewerbers führte. Es kamen aber noch weitere Faktoren hinzu, weil das Zielunternehmen dem Erwerber im konkreten Fall Zugang zu qualifiziertem Know-how eröffnete, von dem sich dieser eine bessere Wettbewerbsposition versprach (BGH, Beschluss vom 29. Mai 1979, KZR 2/78 – Organische Pigmente, WuW/E BGH 1613, 1615).

29 Zur Dauer des Prognosezeitraums siehe Bundeskartellamt, Leitfaden Marktbeherr- schung Rn. 12 Fn. 13. Bei der Bewertung von Inlandsauswirkungen im Kontext der An- meldepflicht ist es ausreichend, pauschal einen Prognosezeitraum von drei bis fünf Jahren zugrunde zu legen.

können beispielsweise die im Geschäfts- und Finanzplan prognostizierten Umsätze berücksichtigt werden. Anhaltspunkte können sich auch aus der **erwarteten Marktpo- sition** ergeben, die das Gemeinschaftsunternehmen auf einem Markt, der das Inland ganz oder teilweise erfasst, voraussichtlich im Prognosezeitraum erreichen wird.

Beispiel: Das Schweizer Chemieunternehmen A und das amerikanische Technologieunter- nehmen B möchten ein Gemeinschaftsunternehmen gründen, das eine Spezialche- mikalie herstellen und vertreiben soll. A und B erreichen die Umsatzschwellenwerte für die deutsche Fusionskontrolle. Es ist geplant, dass die Produktion in Asien er- folgt. Das Gemeinschaftsunternehmen soll sich in den ersten fünf Jahren zunächst auf Europa als Absatzregion konzentrieren. Der Finanzplan sieht Umsätze auf dem europäischen Markt vor, die innerhalb der ersten drei bis fünf Jahre eine Größenord- nung von rd. € 100 Mio. erreichen. Wie sich die Umsätze auf einzelne Mitgliedstaa- ten verteilen werden, ist unklar. Auf der Grundlage von Schätzungen zum Marktvolumen entsprechen diese Umsätze des Gemeinschaftsunternehmens einem Marktanteil von rd. 15 Prozent auf dem EWR-weiten Markt für die entsprechenden Spezialchemikalien. Angesichts der zu erwartenden Marktposition des Gemein- schaftsunternehmens auf dem relevanten Markt, der Deutschland umfasst, hat das Zusammenschlussvorhaben hinreichende Inlandsauswirkungen und ist anmelde- pflichtig.

1. Bei einer lediglich marginalen Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens auf Inlandsmärkten können sich spürbare Inlandsauswirkungen aus möglichen **Spillover- Effekten zwischen den Muttergesellschaften** ergeben. Solche negativen Auswirkun- gen auf das Wettbewerbsverhältnis der Muttergesellschaften sind auch dann zu prüfen, wenn das Gemeinschaftsunternehmen gar nicht auf einem Markt tätig ist, der das Inland ganz oder teilweise umfasst, und auch kein potenzieller Wettbewerber auf einem solchen Markt ist.
2. Spillover-Effekte kommen vor allem in Betracht, wenn die Muttergesellschaften im Inland30 auf demselben sachlich relevanten Markt als aktuelle oder potentielle Wettbe- werber tätig sind wie das Gemeinschaftsunternehmen im Ausland (und/oder im Inland). Dabei fehlt es an der erforderlichen Mindestintensität dieser Auswirkungen, wenn wegen der begrenzten Marktposition der Muttergesellschaften nur marginale wettbe- werbliche Auswirkungen zu erwarten sind. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn die **gemeinsamen Marktanteile der Muttergesellschaften** auf diesem Markt31 **zwanzig Prozent** nicht überschreiten. Eine Tätigkeit beider Muttergesellschaften auf einem vor- bzw. einem nachgelagerten Markt zum sachlich relevanten Markt des

30 Siehe Rn. 15: Ein Inlandsmarkt ist jeder räumlich relevante Markt, der das Inland ganz oder teilweise umfasst.

31 Maßgeblich sind die Marktanteile auf dem ökonomisch relevanten Markt, auch wenn dieser geografisch über das Inland hinausreicht.

Gemeinschaftsunternehmens kann auch zu Spillover-Effekten führen. In diesem Fall finden die gleichen Grundsätze Anwendung.

### Verfahrensfragen

1. Die Bewertung von Inlandsauswirkungen eines Zusammenschlusses kann im Einzelfall komplexere Fragen aufwerfen als seine wettbewerbliche Beurteilung. In diesen Grenz- fällen ist eine präzise und tatsachenintensive Prüfung entbehrlich, wenn klar ist, dass der Zusammenschluss keine Wettbewerbsprobleme aufwirft. Die Frage der Inlands- auswirkungen kann in diesen Situationen **offen gelassen** werden, soweit die Unter- nehmen bereit sind, den Zusammenschluss anzumelden. Das Bundeskartellamt ist (weiterhin) dazu bereit, entsprechende Zusammenschlussvorhaben nach einer Anmel- dung der Zusammenschlussbeteiligten **fokussiert auf die wettbewerblich relevanten Fragen** zu prüfen und somit für die beteiligten Unternehmen mit einem möglichst begrenzten Aufwand Rechtssicherheit herzustellen. Wie in anderen unproblematischen Zusammenschlüssen ist die Prüfung innerhalb von maximal einem Monat (ohne verpflichtende Vorgespräche) abgeschlossen, wenn die wenigen für eine Anmeldung in Deutschland notwendigen Pflichtangaben vorliegen. Soweit erforderlich können die Fragen der Inlandsauswirkung auch vorab in **informellen Kontakten** mit der zuständi- gen Beschlussabteilung des BKartA bzw. bei allgemeinen Auslegungsfragen mit dem Referat Fusionskontrolle der Grundsatzabteilung erörtert werden.
2. Sofern sich der Sitz eines der beteiligten Unternehmen nicht im Inland befindet, muss die Anmeldung auch eine **zustellungsbevollmächtigte Person im Inland** benennen (§ 39 Abs. 3 Nr. 6 GWB).
3. Das Bundeskartellamt macht die Freigabe von Auslandszusammenschlüssen nicht von der **Vollständigkeit** der eingereichten **Anmeldung** abhängig, wenn glaubhaft dargelegt wird, dass die Anmelder aufgrund von geltenden ausländischen Rechtsvorschriften oder wegen sonstiger Umstände gehindert sind, vor Vollzug alle Pflichtangaben nach

§ 39 GWB zu beschaffen und sich aus den vorgelegten oder sonst dem Bundeskartell- amt bereits bekannten Unterlagen ergibt, dass eine Untersagung des Zusammen- schlusses erkennbar nicht in Betracht kommt.32

32 Diese erleichterte Verfahrensweise bei Auslandszusammenschlüssen beruht auf einer allgemeinen Weisung des Bundesministeriums für Wirtschaft vom 30. Mai 1980 (BAnz Nr. 103/80 vom 7. Juni 1980)

#### Auslandszusammenschlüsse und Inlandsauswirkungen (§ 130 Abs. 2 GWB)



Ja

Ist das **GU** in Deutschland oder auf einem Markt, der Deutschland ganz oder teilweise umfasst (**Inlandsmarkt**), tätig oder ein potenzieller Wettbewerber? (Rz. 12f.)

Bei neugegründetem GU, soll es auf einem Inlandsmarkt tätig werden? (Rz. 15)

Ja

Nein

Keine Anmeldepflicht beim BKartA (Frage der Inlandsauswirkungen kann offen bleiben.)

Spürbare Inlandsauswirkungen liegen vor.



Sind **mehr als zwei Unternehmen** am Zusammenschluss beteiligt? (Rz. 12f., 15)

Erfüllt der Auslandszusammenschluss (gemäß

§37 GWB) die **Umsatzschwellen** nach §35 GWB? (Rz. 1)

Nein

Ja

Nein

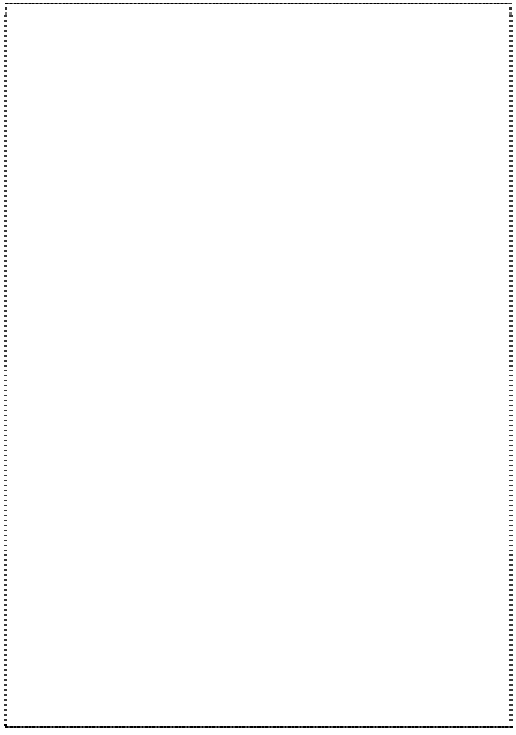
Erwirtschaftet das GU **mindestens**

**€5 Mio. Umsatz in Deutschland**? (Rz. 13)

Für neu gegründetes GU wird in D im Prognosezeitraum (3‐5 Jahre) Umsatz von > €5 Mio. erwartet? (Rz. 19)

Ja

Spürbare Inlandsauswirkungen liegen vor.



Sind mehrere **Muttergesellschaften**

1. tatsächliche oder potenzielle Wettbewerber auf **demselben Produktmarkt wie das GU**? (Rz. 16) ODER
2. tatsächliche Wettbewerber auf einem **dem Produktmarkt des GU vor‐ oder nachgelagerten Produktmarkt**? (Rz. 16)

(Dabei sind die Muttergesellschaften jeweils auf Märkten tätig, die D ganz oder teilweise umfassen.)

KEINE spürbaren Inlandsauswirkungen.

Nein

Ja

Ist das GU nur **marginal** auf einem

Markt, der Deutschland ganz oder teilweise umfasst (Inlandsmarkt), tätig?

Mögliche Indikatoren:

* GU hat **Marktanteil < 5%** (Rz. 18)
* Keine **Anhaltspunkte für gewichtigere Marktposition**, insbesondere keine Übertragung von erheblichen Unternehmens‐ ressourcen (z.B. gewerbliche Schutzrechte, Know‐how) aus denen eine solche Marktposition folgen würde (Rz. 18)

Nein

Nein

Ja

Haben die Muttergesellschaften auf diesem

Markt einen **gemeinsamen Marktanteil von mehr als 20%**? (Rz. 21)

Nein

Ja

Spürbare Inlandsauswirkungen liegen vor.

Spürbare Inlandsauswirkungen liegen vor.

**BUNDESKARTELLAMT** Stand: Juli 2004 GRUNDSATZABTEILUNG

### Merkblatt zum Anwendungsbereich der EU-Fusionskontrolle

Dieses Merkblatt bietet eine Hilfe zum Verständnis der Kompetenzverteilung zwischen EU- Kommission und Bundeskartellamt bei Unternehmenszusammenschlüssen. Es enthält eine erläuternde Übersicht der Kriterien, die aufgrund der EG-Fusionskontroll-Verordnung1 (folgend: EG- FusionskontrollVO) eine ausschließliche Zuständigkeit der EU-Kommission begründen.

Zusammenschlüsse, die diese Kriterien nicht, jedoch die Voraussetzungen für die Anmelde- bzw. Anzeigepflicht nach GWB2 erfüllen, unterliegen nach wie vor der Fusions-kontrolle durch das Bundeskartellamt.

1. **Umsatzschwellen und Umsatzberechnung**
   1. **Umsatzschwellen**

In die Zuständigkeit der EU-Kommission fallen alle Zusammenschlüsse von sog. gemeinschaftsweiter Bedeutung. Gemeinschaftsweite Bedeutung hat ein Zusammenschluß, wenn die folgenden Umsatzkriterien erfüllt sind (Art. 1 Abs. 2 Buchstabe a und b EG-FusionskontrollVO):

* alle am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen haben zusammen einen weltweiten Gesamtumsatz von mehr als 5 Mrd. Euro

**und**

* *mindestens zwei* der beteiligten Unternehmen erzielen einen gemeinschaftsweiten (EU=)Umsatz von *jeweils* mehr als 250 Mio. Euro,

**oder:**

* alle am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen haben zusammen einen weltweiten Gesamtumsatz von mehr als 2,5 Mrd. Euro

**und**

* mindestens zwei der beteiligten Unternehmen erzielen einen gemeinschaftsweiten Umsatz von jeweils mehr als 100 Mio. Euro

**und**

1 Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 (ABl. L 24/1 vom 29.01.2004; in Kraft ab 1. Mai 2004). Im *Anhang* zu diesem Merkblatt sind die ergänzenden Verordnungen, Bekanntmachungen und Leitlinien der Kommission aufgeführt.

2 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. August 1998 (BGBl. I S. 2546).

-2-

* alle am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen erzielen zusammen in mindestens drei Mitgliedstaaten einen Gesamtumsatz von jeweils mehr als 100 Mio. Euro

**und**

* mindestens zwei der beteiligten Unternehmen erzielen in jedem dieser drei Mitgliedstaaten ein Umsatz von jeweils mehr als 25 Mio. Euro .

Einschränkung (Art. 1 Abs. 2 und Abs. 3 jeweils letzter Satzteil EG-FusionskontrollVO):

Erzielen die beteiligten Unternehmen *jeweils* mehr als 2/3 ihres *gemeinschaftsweiten* Umsatzes (nicht bezogen auf den weltweiten Gesamtumsatz!) in einem und demselben Mitgliedstaat, ist auch bei Überschreiten der oben genannten Schwellenwerte keine Zuständigkeit der EU- Kommission gegeben. Mit dieser Klausel sollen Zusammenschlüsse, die sich ganz überwiegend in einem Mitgliedstaat auswirken, in der Zuständigkeit der nationalen Behörde verbleiben.

* 1. **Umsatzberechnung**

Die Umsatzberechnung erfolgt im wesentlichen ähnlich der deutschen Fusionskontrolle: Mehrwert- und andere auf den Umsatz bezogene Steuern sind abzuziehen, Innenumsatzerlöse nicht zu berücksichtigen (Art. 5 Abs. 1 EG-FusionskontrollVO). Ebenfalls sind die mit den Beteiligten verbundenen Unternehmen einzubeziehen (im einzelnen: Art. 5 Abs. 4 EG-FusionskontrollVO).

* 1. **Sonderregeln für Kreditinstitute und Versicherungen**

***Kreditinstitute*** (Art. 5 Abs. 3 Buchstabe a EG-FusionskontrollVO):

An die Stelle des in Art. 1 Abs. 2 und 3 EG-FusionskontrollVO maßgeblichen weltweiten Gesamtumsatzes tritt die Summe der Ertragsposten (nach Abzug von Mehrwertsteuer und sonstigen direkt auf diese Erträge erhobenen Steuern) aus:

* Zinsen und ähnlichen Erträgen
* Wertpapiererträgen (Aktien, andere Anteilsrechte, nicht festverzinsliche Wertpapiere, Erträge aus Beteiligungen, Erträge aus Anteilen an verbundenen Unternehmen)
* Provisionserträgen
* Nettoerträgen aus Finanzgeschäften
* sonstigen betrieblichen Erträgen.

Maßgeblich für die "2/3 Klausel" (Art. 1 Abs. 3 letzter Satzteil EG-FusionkontrollVO) und die Berechnung des gemeinschaftsweiten Umsatzes ist der Umsatz aus den obigen Ertrags-posten, die die in der Gemeinschaft bzw. in dem Mitgliedstaat errichteten Zweig- oder Geschäftsstellen verbuchen.

***Versicherungen*** (Art. 5 Abs. 3 Buchstabe b EG-FusionskontrollVO):

An die Stelle des weltweiten Gesamtumsatzes tritt die Summe der Bruttoprämien. An die Stelle des "gemeinschaftsweiten Umsatzes" und des "Umsatzes in einem und demselben Mitgliedstaat" treten die Bruttoprämien, die von in der Gemeinschaft bzw. in einem Mitgliedstaat ansässigen Personen gezahlt wurden.

**Hinweis:** *Sonderregeln für Handels- und Verlags- bzw. Presseumsätze gibt es - anders als im GWB - nicht.*

-3-

### Zusammenschlußtatbestand

Nach Art. 3 Abs. 1 und 4 EG-FusionskontrollVO wird ein Zusammenschluß dadurch bewirkt, dass eine dauerhafte Veränderung der Kontrolle in der Weise stattfindet, dass

* zwei oder mehr bisher unabhängige Unternehmen fusionieren oder dass
* eine oder mehrere Personen, die bereits mindestens ein Unternehmen kontrollieren, oder

ein oder mehrere Unternehmen durch den Erwerb von Anteilsrechten oder Vermögens-werten, durch Vertrag oder in sonstiger Weise die unmittelbare oder mittelbare *Kontrolle* über die Gesamtheit oder über Teile eines oder mehrerer anderer Unternehmen erwerben oder dass

* ein Gemeinschaftsunternehmen gegründet wird, das dauerhaft alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt.

Maßgeblich ist also das Kriterium *Kontrolle über andere Unternehmen*, das in Art. 3 Abs. 2 EG- FusionskontrollVO als Möglichkeit definiert ist, einen *bestimmenden Einfluß* auf die Tätigkeit eines Unternehmens auszuüben.

Damit ist bei Minderheitsbeteiligungen die Anwendung der EG-FusionskontrollVO nicht generell ausgeschlossen. Da lediglich diejenigen Minderheitsbeteiligungen erfaßt werden, bei denen der Erwerber die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluß auszuüben, hängt die Anwendung der EG-FusionskontrollVO von den Umständen des Einzelfalles ab. Für Einzelheiten wird auf die Bekanntmachung der Kommission zum Begriff des Zusammenschlusses verwiesen (siehe Anhang Ziff. 8).

**Hinweis:** *Fällt ein Minderheitserwerb oder die Gründung bzw. Entstehung eines Gemein- schaftsunternehmens nach diesen Kriterien trotz Überschreiten der Umsatzschwel- len nicht unter die EG-FusionskontrollVO, erfüllt der Vorgang jedoch die Voraus- setzungen zur Anmelde- bzw. Anzeigepflicht nach GWB, ist die Zuständigkeit des Bundeskartellamtes gegeben.*

1. **Möglichkeiten der Verweisung an die nationalen Kartellbehörden durch die EU-Kommission**
2. **Verweisung auf Antrag eines Mitgliedstaates**

Selbst wenn sämtliche Voraussetzungen für die Anwendung der EG-FusionskontrollVO erfüllt sind, *kann* sich im Einzelfall dennoch eine Entscheidungskompetenz der nationalen Kartellbehörde dadurch ergeben, dass die EU-Kommission einen Fall an diese verweist. Die Verweisung ist gem. Art. 9 Abs. 2 EG-FusionskontrollVO an die Voraussetzung gebunden, dass der Mitgliedstaat der Kommission binnen 15 Arbeitstagen nach Erhalt der Abschrift der Anmeldung mitteilt,

* dass ein Zusammenschluß den Wettbewerb auf einem Markt in diesem Mitgliedstaat, der alle Merkmale eines gesonderten Marktes aufweist, erheblich zu beeinträchtigen droht **oder**
* dass ein Zusammenschluß den Wettbewerb auf einem Markt in diesem Mitgliedstaat beeinträchtigt, der alle Merkmale eines gesonderten Marktes aufweist und keinen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes darstellt **und**

-4-

* die EU-Kommission diese Auffassung teilt **und**
* die Kommission den Fall nicht selbst behandelt, sondern an die zuständige nationale Behörde verweist, damit die nationalen Wettbewerbsvorschriften angewendet werden.

Die EU-Kommission kann einen Fall ganz oder auch teilweise an die zuständige Behörde des Mitgliedstaates verweisen. Sie kann den Mitgliedstaat auch dazu auffordern, einen Verweisungsantrag zu stellen.

1. **Verweisung auf Antrag der beteiligten Unternehmen**

Nach Art. 4 Abs. 4 der EG-FusionskontrollVO können die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen vor Anmeldung des Zusammenschlusses eine Verweisung von der Kommission an einen Mitgliedstaat beantragen (sog. begründeter Antrag), wenn der Zusammenschluss den Wettbewerb auf einem Markt in diesem Mitgliedstaat erheblich beeinträchtigen könnte, der alle Merkmale eines gesonderten Marktes aufweist.

Die Verweisung ist an die weiteren Voraussetzungen gebunden,

* dass die EU-Kommission die o.g. Auffassung der Antragsteller teilt *und*
* dass der im Antrag genannte Mitgliedstaat der EU-Kommission innerhalb von 15 Arbeitstagen nach Erhalt des Antrages mitteilt, dass er der Verweisung des Falles zustimmt.(Schweigen wird dabei als Zustimmung gewertet).

Die EU-Kommission entscheidet ihrerseits innerhalb von 25 Arbeitstagen nach Eingang des begründeten Antrags über die Verweisung oder Nichtverweisung des Falles.

Wird der Zusammenschluss verwiesen, so findet das Wettbewerbsrecht des betreffenden Mitgliedstaates Anwendung. Wird ein Fall nach Deutschland verwiesen, so ist das Zusammenschlussvorhaben von den beteiligten Unternehmen gemäß § 39 GWB beim Bundeskartellamt anzumelden.4

4 Vgl. dazu §§ 39 Abs. 4, 40 Abs. 5 GWB.

-5-

### Möglichkeiten der Verweisung an die EU-Kommission durch die nationalen Kartellbehörden

##### Verweisung auf Antrag eines oder mehrerer Mitgliedstaaten

Ein oder mehrere Mitgliedstaaten können gemäß Art. 22 Abs. 1 EG-FusionskontrollVO auch die Verweisung eines Zusammenschlusses an die EU-Kommission beantragen, der keine gemeinschaftsweite Bedeutung im Sinne von Art. 1 EG-FusionskontrollVO hat.

Folgende gesetzliche Voraussetzungen müssen für einen solchen Verweisungsantrag erfüllt sein:

* es handelt sich um einen Zusammenschluss im Sinne von Art. 3 EG-FusionskontrollVO,
* der den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt *und*
* der den Wettbewerb im Hoheitsgebiet des bzw. der antragstellenden Mitgliedstaaten erheblich zu beeinträchtigen droht.

Der bzw. die Mitgliedstaaten müssen ihren Antrag innerhalb von 15 Arbeitstagen stellen, nach dem der Zusammenschluss bei ihnen angemeldet wurde oder ihnen anderweitig zur Kenntnis gebracht worden ist.

Die EU-Kommission unterrichtet die Mitgliedstaaten unverzüglich über den Eingang des ersten Verweisungsantrages in der vorliegenden Sache, danach können sich weitere Mitglied-staaten, die bislang noch keine Verweisung beantragt haben, innerhalb von 15 Arbeitstagen dem ersten Verweisungsantrag anschließen. Alle einzelstaatlichen Fristen, die den Zusam-menschluss betreffen, werden bis zur endgültigen Entscheidung darüber gehemmt, durch wen der Zusammenschluss geprüft wird.

Die EU-Kommission selbst entscheidet binnen 25 Arbeitstagen nach Eingang des ersten Verweisungsantrages über den Antrag des bzw. der Mitgliedstaaten. Stimmt die EU-Kommission den Anträgen zu, findet das nationale Wettbewerbsrecht der antragstellenden Mitgliedstaaten keine Anwendung mehr. Die EU-Kommission kann von den beteiligten Unternehmen eine Anmeldung nach Art. 4 EG-FusionskontrollVO verlangen.

Die EU-Kommission kann einem oder mehreren Mitgliedstaaten mitteilen, dass ein Zusammenschluss nach ihrer Ansicht die Kriterien für eine Verweisung an die EU-Kommission erfüllt und den bzw. die Mitgliedstaaten auffordern, einen Verweisungsantrag zu stellen.

1. **Verweisung auf Antrag der beteiligten Unternehmen**

Falls ein Zusammenschluss zwar keine gemeinschaftsweite Bedeutung im Sinne von Art. 1 EG- FusionskontrollVO hat, jedoch nach dem Wettbewerbsrecht mindestens dreier Mitglied-staaten geprüft werden könnte, können die beteiligten Unternehmen gemäß Art. 4 Abs. 5 EG- FusionskontrollVO eine Verweisung an die EU-Kommission beantragen.

Die Mitgliedstaaten, die für die Prüfung des Zusammenschlusses zuständig wären, ent-scheiden innerhalb von 15 Arbeitstagen nach Vorlage des begründeten Antrags der Parteien darüber, ob sie den Antrag ablehnen. Wenn mindestens einer dieser Mitgliedstaaten den Verweisungsantrag ablehnt,

-6-

wird der Zusammenschluss insgesamt nicht, d.h. auch nicht für für den Zuständigkeitsbereich der den Antrag annehmenden Mitgliedstaaten, an die EU-Kommission verwiesen. Stimmen alle zuständigen Mitgliedstaaten der Verweisung zu, so wird die gemeinschaftsweite Bedeutung des Zusammenschlusses vermutet und er ist bei der EU-Kommission nach Art. 4 Abs. 1 EG- FusionskontrollVO anzumelden. Das innerstaatliche Recht der Mitgliedstaaten findet keine Anwendung.

1. **Anmeldepflicht und Vollzugsverbot**

Für die EU-Fusionskontrolle gilt generell die Prävention. Ein Zusammenschluß darf nicht vollzogen werden, bis er für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärt worden ist (Art. 7 Abs. 1 EG- FusionskontrollVO). Die Kommission kann den Vollzug auf Antrag bis zum Erlaß einer endgültigen Entscheidung aussetzen (Art. 7 Abs. 3 EG-FusionskontrollVO).

Die Entscheidung über die Einleitung eines vertieften Prüfverfahrens (sog. Zweite Phase) ergeht innerhalb einer Frist von höchstens 25 Arbeitstagen nach Eingang der vollständigen Anmeldung (Art. 10 Abs. 1 EG-FusionskontrollVO). Die Frist wird auf 35 Arbeitstage verlängert, wenn der EU- Kommission der Verweisungsantrag eines Mitgliedstaates gemäß Art. 9 Abs. 2 EG- FusionskontrollVO zugeht, oder wenn die beteiligten Unternehmen sog. Verpflichtungszusagen zur Abwendung einer Untersagung vorlegen (Art. 10 Abs. 1 Unterabsatz 2 EG-FusionskontrollVO). Die Entscheidung, ob ein Zusammenschluß mit dem gemeinsamen Markt vereinbar ist oder nicht, muß innerhalb einer Frist von höchstens 90 Arbeitstagen nach Einleitung des Verfahrens erlassen werden (Art. 10 Abs. 3 EG-Fusions-kontrollVO). Legen die beteiligten Unternehmen der EU-Kommission Verpflichtungszusagen nach dem 55. Arbeitstag vor, erhöht sich diese Frist auf maximal 105 Arbeitstage.

Auf einmaligen Antrag der Anmelder, der der EU-Kommission spätestens 15 Arbeitstage nach Einleitung des Verfahrens gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. c) EG-FusionskontrollVO vorliegen muss, ist eine Fristverlängerung möglich. Die EU-Kommission kann mit Zustimmung der Anmelder jederzeit eine Fristverlängerung vornehmen. Die Gesamtdauer aller etwaigen Fristverlängerungen darf 20 Arbeitstage nicht übersteigen (Art. 10 Abs. 3 Unterabsatz 2 EG-FusionskontrollVO).

Anmeldungen sind in einer der Amtssprachen der EU abzufassen und müssen die in Formblatt CO (siehe Anhang zu diesem Merkblatt Ziff. 1) verlangten Angaben enthalten. Werden vorsätzlich oder fahrlässig unrichtige oder irreführende Angaben gemacht oder wird gegen das Vollzugsverbot verstoßen, kann die EU-Kommission gem. Art. 14 Abs. 1 und 2 EG-FusionskontrollVO Bußgelder verhängen.

-7-

##### ANHANG

**Durchführungsverordnung, Bekanntmachungen und Leitliniender EU-Kommission zur EG-FusionskontrollVO**

1. Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission vom 07. April 2004 zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmens- zusammenschlüssen (ABl. L 133 vom 30.04.2004, S. 1) - enthält als Anhang I das **"Formblatt CO"** zur Anmeldung eines Zusammenschlusses nach der EG-FusionskontrollVO, als Anhang II das **"vereinfachte Formblatt**" zur Anmeldung eines Zusammenschlusses nach der EG-FusionskontrollVO sowie als Anhang III das **"Formblatt RS**" für einen begründeten Antrag im Sinne von Art. 4 Abs. 4 u. 5 EG-FusionskontrollVO; im Internet abrufbar unter: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/legislation/regulation/#implementing>
2. Bekanntmachung der Kommission über das Verweisungsregime bei Zusammen-schlüssen gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/04 – **Case Allocation** -; im Internet abrufbar unter: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/legislation/regulation/#implementing>
3. Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/04 (ABl*.* C 31, 05.02.2004, Seiten 5-18) – **Horizontal Merger Guidelines** -; im Internet abrufbar unter:<http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/legislation/regulation/#implementing>
4. Mitteilung der Kommission über die **Berechnung des Umsatzes** im Sinne der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABl. C 66 vom 2.3.1998, S. 25), im Internet abrufbar unter: <http://www.europa.eu.int/comm/competition/mergers/legislation/mergin98.html>
5. Bekanntmachung der Kommission über ein vereinfachtes Verfahren für bestimmte Zusammenschlüsse gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/04 des Rates – **Vereinfachtes Verfahren** -; im Internet abrufbar unter: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/legislation/regulation/#implementing>
6. Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/04 – **Ancillary Restraints -**; im Internet abrufbar unter: <http://.europa.eu.int/comm/competition/mergers/legislation/regulation/#implementing>

-8-

1. Bekanntmachung der Kommission über den Begriff des **Vollfunktionsgemeinschafts**- unternehmens nach der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABl. C 66 vom 02.03.1998, S. 1); im Internet abrufbar unter: <http://www.europa.eu.int/comm/competition/mergers/legislation/mergin98.html>
2. Bekanntmachung der Kommission über den **Begriff des Zusammenschlusses** der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmens- zusammenschlüssen (ABl. C 66 vom 02.03.1998, S. 5); im Internet abrufbar unter:<http://www.europa.eu.int/comm/competition/mergers/legislation/mergin98.html>
3. Bekanntmachung der Kommission über den **Begriff der beteiligten Unternehmen** in der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammen- schlüssen (ABl. C 66 vom 02.03.1998, S. 14); im Internet abrufbar unter: <http://www.europa.eu.int/comm/competition/mergers/legislation/mergin98.html>
4. Bekanntmachung der Kommission über die **Definition des relevanten Marktes** im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (ABl. C 372 vom 9.12.1997, S. 5); im Internet abrufbar unter: <http://www.europa.eu.int/comm/competition/mergers/legislation/mergmrkt.html>



# Standards für ökonomische Gutachten vom

**20. Oktober 2010**

Zielsetzung

Die Zahl ökonomischer Gutachten, die beim Bundeskartellamt vor allem in Verwaltungs-, aber auch in Ordnungswidrigkeitenverfahren eingereicht werden, ist in den letzten Jahren kontinuierlich gestiegen. Das Bundeskartellamt verspricht sich von einer einheitlichen und transparenten Vorgehensweise bei der Bewertung ökonomischer Gutachten, dass deren Einbindung in das konkrete kartellrechtliche Verfahren fair und effizient verläuft. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Evidenz aus einem ökonomischen Gutachten nie allein entschei- dungsrelevant ist, sondern immer nur einen zu berücksichtigenden Teilaspekt im Rahmen der Gesamtschau aller für die kartellrechtliche Beurteilung des konkreten Einzelfalles rele- vanten Sachverhaltsaspekte darstellt.

Durch die Einhaltung von Mindestanforderungen an die Qualität von ökonomischen Gutach- ten soll garantiert werden, dass die Ergebnisse ökonomischer Analysen zu einer sachge- rechten Beurteilung des konkret betroffenen kartellrechtlichen Sachverhalts beitragen. Das war in der Vergangenheit oft nicht der Fall.

Mit der vorliegenden Bekanntmachung skizziert das Bundeskartellamt in allgemeiner Form Standards für ökonomische Gutachten in kartellrechtlichen Verfahren. Argumente, Ergebnis- se und Schlussfolgerungen aus Gutachten, die diesen Standards nicht genügen, können je nach Grad der Abweichung im Rahmen der Beweiswürdigung nur entsprechend nachrangig oder gar nicht berücksichtigt werden. Die Bekanntmachung erörtert ferner praktische und rechtliche Fragen, die sich im Verlauf des Prozesses der Gutachtenerstellung-, -einreichung und -bewertung stellen, und spricht diesbezüglich Empfehlungen aus. Die im Folgenden dar- gelegten Grundsätze sind nicht abschließend und werden ggf. vor dem Hintergrund weiterer Erfahrungen fortentwickelt und angepasst.

I. Standards für ökonomische Gutachten

1. Allgemeine Standards
   1. Generelle Anforderungen

Ein Gutachten soll folgende grundlegende Anforderungen erfüllen:

1. Bezug zur kartellrechtlichen Fragestellung: Aus einem Gutachten muss klar hervorgehen, mit welcher kartellrechtlichen Fragestellung es sich auseinandersetzt, mit welcher öko- nomischen Methode diese Fragestellung untersucht werden soll und welche Rückschlüs- se aus den Ergebnissen der ökonomischen Analyse für die Beurteilung des kartellrechtli- chen Sachverhaltes gezogen werden.
2. Nachvollziehbarkeit und Vollständigkeit: Ein Gutachten muss in angemessener Zeit voll- ständig nachvollziehbar sein. Gutachten, die für ein Nachvollziehen und ggf. Replizieren der Ergebnisse unverzichtbare Informationen nicht enthalten, sind unvollständig. Ergeb- nisse ökonomischer Analysen, die für das Kartellamt nicht nachvollziehbar sind, können nicht in die Beweiswürdigung des Bundeskartellamts eingehen.
3. Transparenz: Ökonomischen Analysen liegen in der Regel vereinfachende, für ihre Prak- tikabilität und Aussagekraft aber unverzichtbare Annahmen zugrunde. Diese sind offen zu legen und hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit dem relevanten kartellrechtlichen Sach- verhalt zu bewerten.
4. Kongruenz: Enthält ein Gutachten mehrere Analysen zu gleichen oder verschiedenen kartellrechtlichen Sachverhalten, sollten die Annahmen und Ergebnisse der einzelnen Analysen sich nicht gegenseitig ausschließen oder widersprechen. Sollte dies in Einzel- fällen dennoch der Fall sein, so ist dies explizit zu erläutern und zu rechfertigen.
   1. Sprache

Amtssprache des Bundeskartellamtes ist deutsch.1 Gutachten sind daher grundsätzlich in deutscher Sprache vorzulegen. Nach Absprache mit der Beschlussabteilung nimmt das Bundeskartellamt auch Gutachten in englischer Sprache entgegen. In diesem Fall ist dem Gutachten eine deutsche Übersetzung der nicht-technischen Zusammenfassung (s. 1.3) beizufügen. Im Falle eines Beschwerdeverfahrens ist es Aufgabe der einreichenden Partei, kurzfristig und auf eigene Kosten eine deutsche Übersetzung nachzureichen.

* 1. Nicht-technische Zusammenfassung

Die endgültige Bewertung der Ergebnisse ökonomischer Gutachten im Zusammenspiel mit anderen Ermittlungsergebnissen erfolgt in der zuständigen Beschlussabteilung. Dieser gehö- ren sowohl Ökonomen als auch Nicht-Ökonomen an. Es ist daher unerlässlich, dass die Vorgehensweise und die Ergebnisse eines Gutachtens auch für Nicht-Ökonomen nachvoll- ziehbar und verständlich sind. Einem Gutachten ist daher stets eine allgemein verständliche nicht-technische Zusammenfassung voranzustellen. Diese Zusammenfassung sollte insbe- sondere auf folgende Punkte eingehen:

1. Fragestellung: Welche Frage versucht das Gutachten zu beantworten? Welche Relevanz hat diese Frage für die kartellrechtliche Beurteilung des betroffenen kartellrechtlichen Sachverhalts?

1 § 23 Abs. 1 VwVfG

1. Methode: Mit welcher Methode analysiert das Gutachten die Frage? Warum ist die ge- wählte Methode geeignet, die Frage zu beantworten? Welche Alternativen stünden zur Verfügung und warum wurden diese nicht gewählt?
2. Spezifikation: Welche im konkreten Markt relevanten Sachverhalte werden in der Modell- spezifikation oder der konkreten Anwendung einer empirischen Methode erfasst, welche nicht? Welche Annahmen liegen dem Modell oder der verwendeten empirischen Metho- de über das Verhalten der Marktteilnehmer zu Grunde?
3. Ergebnis: Welches Ergebnis hat die Analyse? Welche Schlussfolgerungen werden hie- raus für die kartellrechtliche Beurteilung des Sachverhalts gezogen?
4. Robustheit: Wie belastbar ist das Ergebnis? Ergeben sich die gleichen oder zumindest vergleichbare Ergebnisse bei einer Modifikation der zugrundegelegten Annahmen, der Verwendung anderer zur Verfügung stehender Daten oder mit einer anderen Analyseme- thode?

1.4 Nicht-vertrauliche Fassung

In Verwaltungsverfahren gibt es regelmäßig Beigeladene, die Anspruch auf Akteneinsicht haben. In solchen Fällen ist ein Gutachten in einer vertraulichen und in einer um Geschäfts- geheimnisse bereinigten Fassung einzureichen. Die nicht-vertrauliche Fassung eines Gut- achtens muss alle Informationen enthalten, die notwendig sind, um die Methoden und Er- gebnisse des Gutachtens verstehen und bewerten zu können. Zahlen, die Geschäftsge- heimnisse darstellen, sind in üblichen Spannen anzugeben.

* 1. Literatur- und Quellenangaben

Die Einbettung einer ökonomischen Analyse in die einschlägige Fachliteratur zu dem betref- fenden Thema ist wünschenswert. Die fachliche Diskussion der relevanten Literatur sollte sich an den in wissenschaftlichen Fachzeitschriften üblichen Standards orientieren.

Ökonomische Modelle, die in einem Gutachten verwendet und gegebenenfalls modifiziert werden, sind, sofern sie nicht selbst entwickelt wurden, mit einer Literaturangabe zu verse- hen. Ist ein Modell an verschiedenen Stellen und ggf. in unterschiedlicher Detailtiefe be- schrieben, sind einfachere und allgemeinere Darstellungen aus Lehrbüchern oder aus weit verbreiteten und anerkannten wissenschaftlichen Zeitschriften anderen Quellen vorzuziehen. Sofern Modifikationen an in der Fachliteratur diskutierten Modellen vorgenommen werden, sind diese transparent zu machen und im Detail zu erläutern.

Sachverhalte, die im Rahmen der Analyse als gegeben angenommen werden und die nicht als allgemein bekannt unterstellt werden können, sind mit entsprechenden Quellenangaben

zu belegen. Dies betrifft z. B. Annahmen, die ein Modell als geeignet zur Beschreibung und Abbildung eines Sachverhalts erscheinen lassen oder Annahmen, die im Rahmen eines Si- mulationsmodells getroffen werden.

Nicht-veröffentlichte Literaturquellen oder Quellen, die nicht allgemein verfügbar sind, sind bei der Übermittlung des Gutachtens vorzulegen.

* 1. Bevorzugung etablierter Theorien und Methoden

Die Verwendung neuartiger oder in der Literatur umstrittener Theorien und Methoden zur Bewertung ökonomischer Fragestellung in kartellrechtlichen Verfahren ist grundsätzlich mög- lich, sofern die Grundsätze der Verfahrensökonomie dem nicht entgegenstehen. Allerdings sind die Anforderungen an die Nachweistiefe und die Darstellung umso höher, je weniger anerkannt und verbreitet eine Theorie oder Methode ist. Theorien oder Methoden, die noch nicht in einer Fachzeitschrift veröffentlicht und dabei einem Peer Review unterzogen wurden, sind ausführlich zu begründen und zu erläutern. Es ist zu begründen, warum bereits etablier- te Theorien und Methoden nicht ausreichend oder nicht geeignet zur Analyse des kartell- rechtlichen Sachverhalts sind. Grundsätzlich erleichtert die Verwendung von in der Wissen- schaft allgemein anerkannten und ggf. in der Kartellrechtspraxis bereits verwendeten Theo- rien und Methoden die Berücksichtigung eines Gutachtens.

Empirische Analysen bewegen sich ebenso wie rein theoretisch-konzeptionelle Analysen typischerweise in einem Spannungsfeld zwischen Präzision und Praktikabilität. Je präziser eine Analyse ist, desto aufwendiger ist sie in der Regel. Das Bundeskartellamt weist darauf hin, dass bei fristgebundenen Verfahren verfeinerte empirische Analysen aufgrund des en- gen Fristenregimes oft nicht praktikabel oder mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden sind.

1. Standards für theoretisch-konzeptionelle Analysen

Theoretisch-konzeptionelle Analysen beschäftigen sich mit der Beschreibung eines konkre- ten kartellrechtlich relevanten Sachverhaltes mit Hilfe eines geeigneten, ggf. dem Sachver- halt angepassten theoretischen Modells. Eine theoretisch-konzeptionelle Analyse kann da- durch zum Verständnis des Verhaltens von Marktteilnehmern oder der Funktionsweise eines bestimmten Marktes beitragen.

* 1. Auswahl eines Modelltyps

Theoretische Modelle dienen dazu, einen Zusammenhang zu erklären, indem sie die Realität stilisiert und damit vereinfacht darstellen. Ziel eines ökonomischen Modells ist es nicht, die

Realität möglichst detailgenau darzustellen, sondern die immense Komplexität eines Sach- verhalts durch Annahmen so zu vereinfachen, dass die wesentlichen und für die zu klärende Fragestellung relevanten Zusammenhänge sichtbar werden. Innerhalb des Modells lassen sich logische Schlussfolgerungen ziehen, die dann wiederum auf den komplexen Sachver- halt übertragen werden können.

Ökonomische Modelle lassen sich verbal, graphisch oder mit Hilfe mathematischer Formeln darstellen. Im Einzelfall ist die Form der Darstellung zu wählen, die das Modell am einfachs- ten nachvollziehbar macht. Auf eine verbale Erläuterung eines mathematisch oder graphisch dargestellten Modells sollte jedoch nicht verzichtet werden.

* 1. Zusammenhang zwischen Modell und kartellrechtlicher Fragestellung

Die Ergebnisse eines Modells können nur dann die Bewertung eines kartellrechtlichen Sach- verhalts beeinflussen, wenn der Zusammenhang zwischen dem Modell und dem zu erklä- renden Sachverhalt klar erkennbar ist. Die Entscheidung für ein bestimmtes Modell oder ei- nen bestimmten Modelltyp ist daher in jedem Fall ausführlich zu begründen und zu erläutern.

Modelle stellen die Realität stark vereinfacht dar, indem sie viele Aspekte der Wirklichkeit per Annahme ausblenden. Diese Vorgehensweise ist nicht nur legitim, sondern notwendig. Aller- dings müssen Annahmen explizit aufgeführt und ggf. erläutert werden. Insbesondere wenn Annahmen getroffen werden, durch die wesentliche Aspekte der Realität stark verzerrt dar- gestellt werden, ist eine Rechtfertigung der gewählten Vorgehensweise erforderlich.

* 1. Robustheit

Die Ergebnisse ökonomischer Modelle sind unterschiedlich robust. Während manche Model- le bei geringfügigen Änderungen einer einzigen Annahme zu völlig gegensätzlichen Ergeb- nissen führen, lassen sich andere Modelle vergleichsweise stark modifizieren, ohne dass die Ergebnisse signifikant voneinander abweichen. Oft sind einzelne Annahmen in einem Modell entscheidend für das Ergebnis, während die Modifikation anderer Annahmen nur zu einer komplizierteren Darstellung, nicht aber zu einem anderen Ergebnis führt. Daher ist im Rah- men einer theoretisch-konzeptionellen ökonomischen Analyse stets für die verwendeten ein- zelnen Annahmen zu erläutern, ob und ggf. in welchem Ausmaß sie in dieser Form ent- scheidend für das Ergebnis des Modells insgesamt sind. Darüber hinaus sollte auf die allge- meine Robustheit eines Modells eingegangen werden. Dabei kann z. B. auf die Ergebnisse von empirischen Überprüfungen eines Modells oder auf die Ergebnisse von Laborexperimen- ten verwiesen werden. Die Beweiskraft einer Analyse ist umso höher, je robuster das Ergeb- nis ist.

1. Standards für empirische Analysen

Ökonomische Gutachten beinhalten häufig empirische Analysen, die entweder mit bereits vorhandenen oder mit selbst erhobenen Daten durchgeführt werden. Ziel empirischer Analy- sen ist es, einen bestimmten Sachverhalt zu ermitteln oder zu zeigen, dass ein bestimmtes theoretisches Modell geeignet ist, das Geschehen in einem konkret betroffenen Markt zu beschreiben oder zu erklären.

* 1. Auswahl einer Methode

Für empirische Analysen steht eine Vielzahl von Methoden zur Verfügung, angefangen mit einfachen Berechnungen der deskriptiven Statistik bis hin zu komplizierten ökonometrischen Schätzungen.

Die deskriptive Statistik ist eine Methode, Daten so aufzubereiten, dass sie besser zu erfas- sen sind, z. B. durch die Berechnung von Mittelwerten und Varianzen oder die Erstellung von Pivot-Tabellen. Die einzelnen Statistiken werden in aller Regel mit Hilfe eines Tabellenkalku- lationsprogramms berechnet. Durch eine geeignete Auswahl und Aufbereitung von Daten, die heute in Unternehmen aufgrund der elektronischen Buchung aller Vorgänge zur Verfü- gung stehen, lassen sich viele Sachverhaltsfragen klären oder Vermutungen über das Ver- halten der Marktteilnehmer substantiieren. Eine solche Datenaufbereitung stellt zwar keine ökonomische Analyse im engeren Sinne dar, kann aber dennoch wesentlich zur Aufklärung eines Sachverhalts und damit zur sachgerechten Beurteilung einer kartellrechtlichen Frage- stellung beitragen.

In der induktiven Statistik und der Ökonometrie wird mit Stichproben gearbeitet. Ziel ist es, aus den Daten einer Stichprobe Eigenschaften einer Grundgesamtheit abzuleiten. Das spe- zielle Ziel ökonometrischer Untersuchungen ist es, ökonomische Hypothesen zu prüfen oder die quantitative Bedeutung ökonomischer Zusammenhänge zu ermitteln. Die Berechnung wird mit einer Stichprobe durchgeführt. Das Ergebnis stellt eine Schätzung des entsprechen- den Zusammenhangs in der statistischen Grundgesamtheit dar. Diese Schätzung ist mit Un- sicherheit behaftet, die daher rührt, dass die Berechnung eben nicht mit Daten über die Grundgesamtheit, sondern nur mit einer Stichprobe durchgeführt wurde. Im Allgemeinen ist die Unsicherheit bezüglich der Validität der Ergebnisse größer, wenn eine Stichprobe sehr klein und die geprüften ökonomischen Zusammenhänge quantitativ wenig bedeutsam sind. Aussagen über die Validität einer Schätzung als Ganzes und die Signifikanz der geschätzten Parameter sind integraler Bestandteil einer ökonometrischen Analyse.

In der Regel kommen für die empirische Analyse eines ökonomischen Sachverhalts ver- schiedene Methoden in Betracht. Die Wahl einer bestimmten Methode ist daher stets zu be- gründen und zu erläutern. Es kann hilfreich sein, die gleiche Frage unter Verwendung ver-

schiedener, unterschiedlich komplexer Methoden zu analysieren, z. B. mittels einer einfa- chen linearen Regression und unter Verwendung einer komplexeren Schätzmethode.

* 1. Auswahl und Aufbereitung der verwendeten Daten

Daten sind der mit Abstand wichtigste Input-Faktor für eine empirische Analyse. Mit der Qua- lität der Daten steht und fällt die Aussagekraft einer Analyse. Auch die Entscheidung für eine bestimmte Methode wird in vielen Fällen durch die Verfügbarkeit von Daten bestimmt. Daher ist ausführlich darzulegen, welche Datensätze für die Untersuchung einer bestimmten empi- rischen Frage zur Verfügung stehen und welches die Vor- und Nachteile dieser Datensätze sind. Die Entscheidung für einen bestimmten Datensatz ist zu begründen.

Grundsätzlich besteht die Möglichkeit, Daten durch Umfragen oder in Laborexperimenten selbst zu erheben. Der Vorteil einer eigenen Erhebung besteht darin, dass genau die Daten erhoben werden können, die für die geplante Untersuchung benötigt werden. Der Nachteil besteht - abgesehen von den damit in aller Regel verbundenen hohen Kosten – darin, dass bereits durch die Art der Erhebung der Daten, insbesondere bei Befragungen, Manipulatio- nen möglich sind, die dann auch das Ergebnis der Analyse beeinflussen. Dieses Problem besteht insbesondere dann, wenn derjenige, der die Daten erhebt, ein Interesse daran hat, dass mit den Daten ein bestimmtes Ergebnis erzielt wird. Aus diesem Grund ist die Verwen- dung bereits vorhandener Daten der Erhebung eigener Daten vorzuziehen. Falls Daten selbst erhoben werden, ist unbedingt auf Verifizierbarkeit, Objektivität und Repräsentativität der Daten zu achten und die Erhebungstechnik umfassend zu dokumentieren.

Die einer Analyse zugrunde liegenden Rohdaten sind in aller Regel nicht direkt verwendbar, sondern müssen zunächst bereinigt werden, z. B. durch den Ausschluss von Ausreißern oder die Ergänzung fehlender Werte. Werden Daten aus verschiedenen Quellen in einem gemeinsamen Datensatz verwendet, müssen diese sinnvoll zusammengeführt werden. Der erforderliche Prozess der Datenaufbereitung muss vollständig nachvollziehbar sein, da die Art der Datenbereinigung das Ergebnis einer Analyse stark beeinflussen, im Einzelfall sogar ins Gegenteil verkehren kann. Zur Nachvollziehbarkeit gehört, dass dargelegt wird, nach welchen Kriterien welche Bereinigungen vorgenommen werden. Zudem sind als Anhang zu einem Gutachten die Originaldaten, die bereinigten Daten sowie die zur Bereinigung ggf. verwendeten Programmcodes zur Verfügung zu stellen.

Die verwendeten Daten sollten im Gutachten zumindest kurz beschrieben werden, z. B. durch eine tabellarische Übersicht mit Namen und Definition aller in einer Analyse verwende- ten Variablen sowie geeigneten deskriptiven Statistiken (Anzahl der Beobachtungen, Mittel- wert) oder durch entsprechende graphische Darstellungen.

* 1. Präsentation der Ergebnisse

Die Präsentation der Ergebnisse einer empirischen Untersuchung umfasst mehrere Stufen:

1. Tabellarische Darstellung der Ergebnisse,
2. Verbale Erläuterung der Ergebnisse,
3. Erläuterung, welche Schlussfolgerungen aus den Ergebnissen für die kartellrechtliche Fragestellung gezogen werden.

Je nach Anzahl der vorgenommenen Berechnungen oder Schätzungen kann die tabellari- sche Darstellung der Ergebnisse im Gutachten verkürzt erfolgen. In jedem Fall sollten aber Gütemaße für die statistische Qualität einer Schätzung mit angegeben werden. Bei einer verkürzten Darstellung sind die vollständigen Schätzergebnisse, dargestellt z. B. durch die Output Sheets der verwendeten Ökonometrie-Software, als Anhang zum Gutachten zu übermitteln. Die im Einzelnen durchgeführten Berechnungen oder Schätzungen sind zudem in elektronischer Form zu übermitteln, gegebenenfalls ergänzt durch entsprechende Erläute- rungen, die es ermöglichen, die Berechnungen oder Schätzungen mit vertretbarem Aufwand nachzuvollziehen.

Die verbale Erläuterung der Ergebnisse, z. B. durch ein Lesebeispiel, dient dem Verständnis und vermeidet Fehlinterpretationen. Dabei ist auch auf die Interpretation statistischer Gütemaße und die hieraus zu ziehenden Schlussfolgerungen für die Aussagekraft der Er- gebnisse einzugehen.

Entscheidend für die Bedeutung der empirischen Analyse im konkreten Verfahren ist schließ- lich die Erläuterung, was die Ergebnisse der empirischen Analyse zur Beantwortung der kar- tellrechtlichen Fragestellung beitragen. Sinnvoll ist eine empirische Analyse erst, wenn die Ergebnisse tatsächlich zur Beurteilung des kartellrechtlichen Sachverhalts beitragen können. Wenn mehrere Berechnungen oder Schätzungen durchgeführt werden, die zu unterschiedli- chen Ergebnissen führen, ist zu erläutern, welche Ergebnisse aus welchem Grund als aus- sagekräftiger angesehen werden können.

* 1. Robustheit

Unterschiedliche ökonomische Analysen liefern häufig verschiedene, gegebenenfalls wider- sprüchliche Ergebnisse. Aus diesem Grund kann einer isolierten Analyse nur ein sehr gerin- ger Beweiswert eingeräumt werden.

Der Beweiswert lässt sich steigern, indem das Ergebnis durch Robustheitstests bestätigt wird. Dies kann z. B. durch verschiedene Spezifikationen einer Schätzung, durch die Ver- wendung unterschiedlicher Schätzmethoden, durch die Verwendung unterschiedlicher Da- tensätze oder durch den Vergleich mit Ergebnissen anderer empirischer Analysen in der

wissenschaftlichen Literatur erfolgen. Je mehr und je stärker unterschiedliche Analysen zum gleichen Ergebnis gelangen, desto höher ist das Gewicht der ökonomischen Evidenz in der Gesamtschau aller Elemente, die bei der Entscheidungsfindung berücksichtigt werden.

1. Verfahrensschritte

Für ökonomische Gutachten gelten die gleichen verfahrensrechtlichen Grundsätze wie für andere Schriftstücke, die Parteien in einem Verfahren beibringen. Die folgenden Abschnitte sind daher lediglich als darüber hinausgehende Hinweise zu verstehen. Dabei sind zwei Be- sonderheiten ökonomischer Gutachten zu beachten. Zum einen werden ökonomische Gut- achten im Unterschied zu anderen Schriftstücken in der Regel weder von einem beteiligten Unternehmen noch von der mit dem Verfahren betrauten Kanzlei, sondern von einem Drit- ten, einem ökonomischen Beratungsunternehmen erstellt. Zum anderen bedeutet die Ausei- nandersetzung mit einem ökonomischen Gutachten für das Bundeskartellamt häufig einen nicht unbedeutenden zusätzlichen Aufwand, für den ausreichend Zeit einzuplanen ist.

* 1. Mögliche Kontakte vor dem Einreichen eines Gutachtens

Möchte eine Partei in einem Verfahren ein ökonomisches Gutachten einreichen, so besteht grundsätzlich die Möglichkeit, sich bereits vor dem Einreichen des Gutachtens, in der Phase der Planung und Erstellung, mit dem Bundeskartellamt in Verbindung zu setzen. Eine solche Kontaktaufnahme sollte rechtzeitig erfolgen und kann dazu dienen, die Frage zu diskutieren, ob und inwieweit eine bestimmte Analyse für die Beurteilung des konkreten Sachverhaltes von Bedeutung sein kann.

Davon kann jedoch keine Bindungswirkung ausgehen. Das Bundeskartellamt kann insbe- sondere vorab keine bindende Einschätzung abgeben, dass ein bestimmtes Ergebnis einer ökonomischen Analyse zu einer festgelegten kartellrechtlichen Bewertung führt.

* 1. Das Einreichen eines Gutachtens

Der Umfang eines Gutachtens und der Zeitpunkt, zu dem es eingereicht wird, sind so zu wählen, dass die Kartellbehörde die Möglichkeit hat, vor ihrer Entscheidung das Gutachten im Detail nachzuvollziehen und einzuschätzen. Dabei besteht in fristgebundenen Verfahren nach der Rechtsprechung nur ein enger Spielraum. Auch in nicht-fristgebundenen Verfahren muss der Umfang der behördlichen Befassung mit dem Gutachten im Verhältnis bleiben zu den öffentlichen und privaten Interessen an einem zügigen Abschluss des Verwaltungsver- fahrens. Ist ein Gutachten innerhalb einer bestimmten Frist einzureichen, gilt die Frist als nicht erfüllt, wenn das Gutachten bis zum Ablauf der Frist nicht vollständig der Kartellbehör-

de vorliegt.

Daten, Programmcodes und Erläuterungen, die notwendig sind, um die Ergebnisse in einem Gutachten nachzuvollziehen, sind Teil eines Gutachtens. Nicht veröffentlichte oder nicht all- gemein ohne besonderen Aufwand verfügbare Quellen, aus denen ein Gutachten zitiert, sind ebenfalls mit Einreichen des Gutachtens zu übermitteln. Dieser Grundsatz betrifft auch öf- fentlich verfügbare Daten und Daten, die von einem Unternehmen kostenpflichtig erworben wurden. Fehlen diese Teile, gilt ein Gutachten als nicht vollständig und kann daher je nach Grad der Unvollständigkeit in der abschließenden Würdigung nicht oder nur nachrangig be- rücksichtigt werden.

Gutachten sollten nach Möglichkeit in Papierform und als elektronisches Dokument übermit- telt werden. Daten und Programmcodes sind in elektronischer Form einzureichen.

Beim Nachvollziehen insbesondere empirischer Analysen kann es leicht zu Verständnisfra- gen kommen. Um derartige Fragen kurzfristig bilateral klären zu können, ist es erforderlich, dem Kartellamt mit Einreichen des Gutachtens eine Kontaktperson zu benennen, die an der Erstellung des Gutachtens beteiligt war, und mit der Verständnisfragen formlos und kurzfris- tig bilateral geklärt werden können.

* 1. Verfahrensweise im Einzelfall

Die Festlegung des konkreten Verfahrensablaufs obliegt stets der für den konkreten Einzel- fall zuständigen Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes.



# Leitfaden

**zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle**

29. März 2012

Inhaltsverzeichnis

* + 1. [Einführung 1](#_TOC_250050)
       1. [Marktmacht und Marktbeherrschung 3](#_TOC_250049)
       2. [Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung 4](#_TOC_250048)
       3. [Fusionstypen 7](#_TOC_250047)
    2. [Horizontale Zusammenschlüsse 9](#_TOC_250046)
       1. [Einzelmarktbeherrschung 9](#_TOC_250045)
          1. [Marktanteile und Konzentration 10](#_TOC_250044)
          2. [Weitere Wettbewerbsfaktoren im relevanten Markt 17](#_TOC_250043)

[Kapazitäten und Kapazitätsbeschränkungen 17](#_TOC_250042)

[Kundenpräferenzen und Wechselkosten 18](#_TOC_250041)

[Gewerbliche Schutzrechte und Know-How 20](#_TOC_250040)

[Marktphase 20](#_TOC_250039)

[Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten 21](#_TOC_250038)

[Verflechtungen mit anderen Unternehmen 22](#_TOC_250037)

[Finanzielle Ressourcen 23](#_TOC_250036)

* + - * 1. [Wettbewerbsfaktoren außerhalb des relevanten Marktes 25](#_TOC_250035)

[Potentieller Wettbewerb und Marktzutrittsschranken 25](#_TOC_250034)

[Randsubstitution 32](#_TOC_250033)

* + - * 1. [Gegengewichtige Nachfragemacht 33](#_TOC_250032)
      1. [Gemeinsame Marktbeherrschung 35](#_TOC_250031)
         1. [Kollusives Parallelverhalten (tacit collusion) 36](#_TOC_250030)
         2. [Bedingungen stabiler Koordinierung im Binnenwettbewerb 39](#_TOC_250029)

[Koordinationserzielung 39](#_TOC_250028)

[Markttransparenz 43](#_TOC_250027)

[Glaubhafter Sanktionsmechanismus 45](#_TOC_250026)

* + - * 1. [Außenwettbewerb 48](#_TOC_250025)
        2. [Tatsächliches Wettbewerbsgeschehen 49](#_TOC_250024)
        3. [Auswirkungen des Zusammenschlusses 51](#_TOC_250023)
      1. [Nachfrageseitige Marktbeherrschung 52](#_TOC_250022)
    1. [Vertikale Zusammenschlüsse 55](#_TOC_250021)
       1. [Einzelmarktbeherrschung 56](#_TOC_250020)
          1. [Abschottung von Einsatzfaktoren („input foreclosure“) 57](#_TOC_250019)

[Möglichkeit zur Abschottung 58](#_TOC_250018)

[Anreiz zur Abschottung 58](#_TOC_250017)

* + - * 1. [Abschottung von Kunden („customer foreclosure“) 59](#_TOC_250016)

[Möglichkeit zur Abschottung 60](#_TOC_250015)

[Anreiz zur Abschottung 60](#_TOC_250014)

* + - * 1. [Zugang zu vertraulichen Unternehmensinformationen 61](#_TOC_250013)
        2. [Zusammenschlusswirkungen 62](#_TOC_250012)
      1. [Gemeinsame Marktbeherrschung 63](#_TOC_250011)
    1. [Konglomerate Zusammenschlüsse 65](#_TOC_250010)
       1. [Einzelmarktbeherrschung 65](#_TOC_250009)
          1. [Verlust von Randwettbewerb oder potentiellem Wettbewerb 66](#_TOC_250008)
          2. [Wettbewerbsbeschränkung durch Kopplung oder Bündelung 67](#_TOC_250007)

[Möglichkeit zu Kopplungs- oder Bündelungsstrategien 67](#_TOC_250006)

[Anreiz zu Kopplungs- oder Bündelungsstrategien 69](#_TOC_250005)

* + - * 1. [Portfolioeffekte 70](#_TOC_250004)
        2. [Stärkung von Ressourcen 70](#_TOC_250003)
      1. [Gemeinsame Marktbeherrschung 71](#_TOC_250002)
    1. [Kausalität 73](#_TOC_250001)
    2. [Abwägungsklausel 77](#_TOC_250000)

1. **Einführung**
2. Dieses Dokument erläutert den analytischen Ansatz, nach dem das Bundeskartellamt beurteilt, ob durch einen Zusammenschluss **eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt** wird. Fragen der Marktabgrenzung werden in diesem Leitfaden nicht behandelt.1 Im Regierungsentwurf zur 8. GWB-Novelle ist vorgesehen, den Marktbeherrschungs- test des § 36 Abs. 1 GWB durch das Kriterium einer „erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs“ (“significant impediment to effective competition”, kurz: SIEC) zu ersetzen. Es ist geplant, diesen Leitfaden zu überarbeiten, nachdem die 8. GWB-Novelle verabschiedet worden ist und ausreichend Fallpraxis des Bundeskartellamtes zum SIEC-Test vorliegt. Der aktuelle Leitfaden trägt der Fortentwicklung der Entscheidungspraxis zum Marktbeherrschungstest Rechnung. Er erleichtert so die nächste Überarbeitung, die sich dann darauf beschränken kann, welche Änderungen sich an dem Prüfkonzept durch den SIEC-Test ergeben. Der Leitfaden ist dafür ein guter Ausgangspunkt, weil die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung im SIEC-Test als Regelbeispiel erhalten bleibt.
3. In diesen Leitfaden sind neben ökonomischen Erkenntnissen insbesondere die Fallpraxis und die Erfahrung des Bundeskartellamtes sowie die Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf und des Bundesgerichtshofs eingeflossen. Vor dem Hintergrund einer weit fortgeschrittenen Konvergenz vieler Kartellrechts- jurisdiktionen weltweit können auch die Rechtsprechung der europäischen Gerichte und die Entscheidungen und Leitlinien der Europäischen Kommission und aus anderen Jurisdiktionen, sowie die Dokumente aus den internationalen Foren ICN und OECD für die Nutzer dieses Leitfadens nützlich sein, für das Verständnis der wettbewerblichen Analyse im Kontext der Fusionskontrolle. Diese Erfahrungen sind in die Vorbereitung des Leitfadens eingeflossen.
4. Nicht in jedem Fusionskontrollfall spielen sämtliche dargestellten Kriterien eine Rolle oder haben die gleiche Bedeutung. Außerdem kann auch eine Weiterentwicklung des hier dargelegten Prüfkonzeptes infolge künftiger Entscheidungen in Einzelfällen geboten sein. Insofern erhebt der Text keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Grundsätzlich können sämtliche Beweismittel herangezogen werden, die geeignet sind, innerhalb der kurzen Fusionskontrollfristen einen effektiven Beitrag zur Aufklärung der relevanten Fragestellungen zu leisten. Es wird bewusst darauf

1 Zwischen Fragen der Marktabgrenzung und Fragen der wettbewerblichen Beurteilung von Zusammenschlussvorhaben bestehen erhebliche Wechselwirkungen. Der vorliegende Leitfaden behandelt die wettbewerbliche Beurteilung.

verzichtet, bestimmte ‚Typen von Beweismitteln aufzuführen, da ihre Eignung vom jeweiligen Einzelfall abhängig ist.

1. Fusionskontrolle kann einen maßgeblichen Beitrag dazu leisten, Wettbewerbs- beschränkungen durch Unternehmenskonzentration zu verhindern. Der Bedeutung der Fusionskontrolle steht dabei nicht entgegen, dass die meisten Fusionen2 keine wettbewerblichen Probleme aufwerfen und viele Fusionen im Gegenteil wettbewerb- lich positive Impulse setzen, z.B. wenn sich aus vertikalen Fusionen wettbewerb- liche Vorteile ergeben. Da Zusammenschlüsse jedoch die Marktstruktur verändern, können sie einen wesentlichen Einfluss auf das Wettbewerbsverhalten der Unternehmen und die Marktergebnisse haben.
2. 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.3
3. Die Fusionskontrolle dient dem Zweck, den **Wettbewerb als funktionsfähigen Prozess** zu schützen. Damit dient der Schutz des Wettbewerbs gleichzeitig dem Schutz von Konsumenteninteressen, und zwar nicht im Sinne einer kurzfristigen, sondern einer dauerhaften und langfristigen Interessenwahrung.4 Es geht grundsätzlich nicht darum, einzelnen Wettbewerbern Vorteile zu verschaffen oder sie vor Wettbewerb zu schützen, sondern um die Funktionsfähigkeit des

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

3 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.

4 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.

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.

* 1. Marktmacht und Marktbeherrschung

1. 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).
2. Der Begriff der Marktbeherrschung lässt sich mit dem in der ökonomischen Theorie verwendeten Konzept der **Marktmacht**5 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. Nach der klassischen juristischen Definition verfügt ein marktbeherrschendes Unternehmen über einen „vom Wettbewerb nicht hinreichend kontrollierten Verhaltensspielraum.“6 Ein marktbeherrschendes Unternehmen ist in der Lage, “die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, in dem [seine Marktstellung] ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Konkurrenten, seinen Kunden und letztlich den Verbrauchern gegenüber in

5 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.

6 Z.B. BGH, WuW/E 1533, 1536 – *Erdgas Schwaben*.

nennenswertem Umfang unabhängig zu verhalten.“7 Das bedeutet, dass das marktbeherrschende Unternehmen unternehmerische Entscheidungen treffen kann, die nicht hinreichend durch die Reaktionen seiner Wettbewerber, Kunden und Lieferanten beschränkt werden. 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.

1. 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.8
2. Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung
3. 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.9
4. 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 Wettbewerbs- bedingungen nach dem Zusammenschluss gehen auch für den Wettbewerb relevante Entwicklungen auf dem Markt ein, die unabhängig vom Zusammenschluss

7 EuGH, 27/76, Slg. 1978, 207, Rn.65 – *United Brands*.

8 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 (juris).

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

in näherer Zukunft zu erwarten sind.10 Maßgeblich ist also ein Vergleich zweier zukunftsgerichteter Szenarien. In vielen Fällen sind allerdings ohne den Zusammmenschluss keine wesentlichen Änderungen der Marktbedingungen zu erwarten, so dass sich das zukunftsgerichtete Szenario ohne den Zusammenschluss nicht wesentlich von der Marktsituation vor dem Zusammenschluss unterscheidet. Außerdem ist zu beachten, dass sich die Prognose auf einen überschaubaren Zeitraum beschränken muss, dessen Länge anhand der konkreten Umstände des betroffenen Marktes im Einzelfall zu bestimmen ist.11

1. 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 Wettbewerbs- intensität auf dem relevanten Markt weiter verringert, d.h. die bereits bestehenden, nicht hinreichend kontrollierten Verhaltensspielräume erweitert werden.
2. Der aus einem Zusammenschluss resultierende Zuwachs an Marktmacht wird umso kritischer beurteilt, je höher deren Ausmaß bereits ohne den geplanten Zusammenschluss ist.12 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.
3. Die auf eine veränderte Marktstruktur zurückzuführende Verringerung der Wettbewerbsintensität und der korrespondierende Marktmachtzuwachs müssen kein bestimmtes Ausmaß i.S. einer Spürbarkeit erreichen.13 Allerdings muss überhaupt eine **konkrete Verschlechterung der Wettbewerbsverhältnisse**

10 Vgl. BGH, Beschl. v. 29.9.1981, WuW/E BGH 1854, 1861 – *Zeitungsmarkt München*, Rn. 27(juris).

11 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.

12 Vgl. BGH, Beschl. v. 23.10.1979, WuW/E BGH 1655, 1659 – *Zementmahlanlage II,* Rn.

19 (juris); BGH, Beschl. v. 18.12.1979, WuW/E BGH 1685, 1691f. – *Springer/Elbe Wochenblatt,* Rn. 49(juris); BGH, Beschl. v. 21.12.2004, WuW/E DE-R 1419, 1424 – *Deutsche Post/trans-o-flex,* Rn. 26(juris).

13 BGH, Beschl. v. 11.11.2008, WuW/E DE-R 2451, 2460f. – *E.ON/Stadtwerke Eschwege*, Rn. 61 m.w.N.

feststellbar sein.14 Ob durch den Zusammenschluss Veränderungen bewirkt werden, die einen Marktmachtzuwachs bedeuten, hängt stets von den Marktverhältnissen im Einzelfall ab.15 Eine marktbeherrschende Stellung kann z.B. auch ohne Marktanteilsaddition 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.16

1. 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 soll17 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 geschädigt18 und das Potential des Marktes, wettbewerbliche Strukturen wiederzuerlangen, weiter verringert werden.

14 Beispielsweise reichte im Fall BKartA, Beschl. v. 7.3.2008, B8-134/07 – *Shell/HPV*, Rn. 76ff. der Erwerb von sechs Tankstellen nicht aus, um eine bereits bestehende gemeinsame marktbeherrschende Stellung zu verstärken. Begründet wurde dies aber nicht in erster Linie mit dem nur geringen Marktanteilszuwachs von unter einem Prozent. Entscheidend war vielmehr, dass es keine Anhaltspunkte dafür gab, dass die Oligopolisten eine schrittweise vertikale Integration als strategisches Instrument nutzen, um Märkte für Wettbewerber zu verschließen.

15 Beispielsweise wurden bereits Marktanteilsadditionen von 1,3 % oder auch 0,5 % als ausreichend erachtet, um eine marktbeherrschende Stellung zu verstärken: BGH, Beschl. v. 18.12.1979, WuW/E BGH 1685, 1692 – *Springer/Elbe Wochenblatt,* Rn. 49 (juris); KG, Beschl. v. 22.3.1990, WuW/E OLG 4537, 4545 – *Linde/Lansing*. Allerdings wurde nicht allein auf den Marktanteilszuwachs abgestellt, sondern zusätzliche Faktoren berücksichtigt. Zum Beispiel war im Fall *Linde/Lansing* relevant, dass die Erwerberin bereits ohne den Zusammenschluss eine besonders ausgeprägte überragende Marktstellung innehatte und nun einen der wenigen etablierten Wettbewerber mit besonders gefestigtem Kundenstamm und bekannter Marke übernehmen wollte.

16 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. 25f.; BGH, Beschl. v. 10.12.1991, WuW/E BGH 2731, 2737

– *Inlandstochter,* Rn. 24 (juris) m.w.N.

17 BGH, Beschl. v. 29.9.1981, WuW/E BGH 1854, 1860 – *Zeitungsmarkt München*, Rn. 27(juris).

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

1. Im Ausnahmefall kann auch ein Zusammenschluss, der eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, positive wettbewerbliche Auswirkungen haben. **Effizienzgewinne** und sonstige positive Auswirkungen von Zusammenschlüssen können – jedenfalls teilweise – im Rahmen von Abwägungsklausel19 (§ 36 Abs. 1 HS 2 GWB) und Ministererlaubnis20 (§ 42 GWB) berücksichtigt werden. Darüber hinaus – insbesondere im Hinblick auf den Markt, auf dem Wettbewerbsprobleme identifiziert wurden – sieht das GWB im Rahmen des Marktbeherrschungstests aber keine Rechtsgrundlage für die Berücksichtigung von Effizienzen vor, soweit sie nicht unmittelbar wettbewerbliche Auswirkungen haben.21 Gegen eine weitergehende Berücksichtigung von Effizienzen spricht insbesondere auch der für ihre Darlegung und Prüfung erforderliche hohe Ressourcenaufwand für die Zusammenschluss- beteiligten und die Wettbewerbsbehörde. Im Hinblick auf die Erfahrungen anderer Wettbewerbsbehörden bei der Berücksichtigung von Effizienzen und dem bislang geringen Einfluss auf das Prüfungsergebnis erscheint der mit einer stärkeren Berücksichtigung von Effizienzen verbundene Nutzen im Vergleich zu den damit verbundenen zusätzlichen hohen Transaktionskosten außer Verhältnis zu stehen.22 Weiterhin sind Effizienzvorteile durch einen Zusammenschluss in der Praxis oft nicht verlässlich feststellbar. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber bei der höheren Eingriffsschwelle für Fusionen (im Vergleich zu wettbewerbs- beschränkenden Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen), jedenfalls beim Marktbeherrschungstest, die zu erwartenden Effizienzen bereits pauschal

berücksichtigt hat.

1. Fusionstypen
2. Fusionen können danach unterschieden werden, ob die beteiligten Unternehmen auf demselben Markt (horizontale Fusion), auf jeweils vor- oder nachgelagerten

19 Zur Berücksichtigung von Effizienzen auf sogenannten „Verbesserungsmärkten“, also auf anderen Märkten als denen, auf denen eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, siehe Kapitel F. dieses Leitfadens.

20 § 42 GWB sieht vor, dass der Bundesminister für Wirtschaft und Technologie auf Antrag die Erlaubnis zu einem vom Bundeskartellamt untersagten Zusammenschluss erteilt, wenn im Einzelfall die Wettbewerbsbeschränkung von gesamtwirtschaftlichen Vorteilen des Zusammenschlusses aufgewogen wird oder der Zusammenschluss durch ein überragendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt ist.

21 Effizienzvorteile nach einem Zusammenschluss können z.B. bei der Beurteilung von kollektiver Marktbeherrschung eine Rolle spielen. Führt der Zusammenschluss zu erheblichen Kostenvorteilen eines Oligopolmitglieds kann dies das Oligopol asymmetrischer machen und destabilisieren. In solch einer Situation würde es dann trotz der Stärkung der Marktposition eines Oligopolmitglieds nicht zu einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung des Oligopols kommen, sondern möglicherweise zu einer Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen. Siehe Rn. 95, 111 und 122.

22 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 63: „Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht“ (2012), Rn. 40.

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.23

1. Bei **horizontalen** Zusammenschlüssen werden durch die Verbindung zweier bislang eigenständiger Wettbewerber auf Absatzmärkten die Ausweichmöglichkeiten der Nachfrager - auf Beschaffungsmärkten die Ausweichmöglichkeiten der Anbieter - verringert.24 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.
2. 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 Zusammenschluss- beteiligten – z.B. aufgrund der voraussichtlichen Profitabilität einer solchen Strategie

– auch einen hinreichend starken Anreiz haben, diese Verhaltensweisen umzusetzen.

23 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.

24 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.

### Horizontale Zusammenschlüsse

1. 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.).
   1. Einzelmarktbeherrschung
2. 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 Produkte25 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.
3. 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

25 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.26 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 einzelnen Fall zu prüfen. Welche Bedeutung einzelnen Faktoren für die Beurteilung des Wettbewerbsprozesses jeweils zukommt, ist eine Frage des Einzelfalls. Die Erläuterungen zu einigen der dargestellten Faktoren für die Markt- und Wettbewerbsanalyse sind auch im Kontext der gemeinsamen Marktbeherrschung und bei der Beurteilung von vertikalen und konglomeraten Zusammenschlüssen relevant.

1. 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.
2. Marktanteile und Konzentration
3. 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 Zusammen- schluss potentiell wettbewerblich problematisch sein könnte und daher vermutlich eingehendere Ermittlungen erfordert.27 Bei nur geringen Marktanteilen der

26 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).

27 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.

beteiligten Unternehmen bzw. geringer Marktkonzentration ist in der Regel keine umfassende Ermittlung notwendig.

1. Von Bedeutung sind die Marktanteile ferner im Hinblick auf die gesetzliche Vermutungsregelung (§ 19 Abs. 3 GWB), die an bestimmte Marktanteilsschwellen die **widerlegbare Vermutung** der Marktbeherrschung knüpft.28 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 kein hinreichendes Kriterium, um hohe Marktmacht oder gar Marktbeherrschung feststellen zu können.29 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.30 Die Gesetzeslage sieht vor, dass rechnerisch neben der Vermutungsschwelle für Einzelmarktbeherrschung (§ 19 Abs.3 S.1 GWB) auch eine der Vermutungen für ein wettbewerbsloses Oligopol (§ 19 Abs. 3 S.2 Nr. 1 und Nr.2 GWB) erfüllt sein können. Es gibt keinen gesetzlichen Vorrang der einen vor der anderen Vermutungsregelung. Die Vermutungen können im Einzelfall auch alternativ für zwei verschiedene Sachverhalte Anwendung finden, die nach den Ermittlungen beide – zwar nicht gleichzeitig aber alternativ - möglich sind, z.B. ein Duopol oder ein Oligopol aus drei Unternehmen. Das setzt allerdings zum einen voraus, dass das Bundeskartellamt seine Verpflichtung zur Amtsermittlung erfüllt hat, die bei Einzelmarktbeherrschung zur Anwendung kommt und bei kollektiver Markt- beherrschung in modifizierter und eingeschränkter Form gilt, und dass sich zum anderen auf der Grundlage dieser Ermittlungen keine der beiden Alternativen ausschließen lässt.
2. 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

28 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: OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.7.2003, WuW/E DE-R 1159, 1161 – *BASF/NEPG.*

29 Vgl. BGH, Beschl. v. 29.6.1982, WuW/E BGH 1949, 1951 f. – *Braun/Almo,* Rn. 15 (juris).

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

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 Marktzutritts- schranken, potentiellen Wettbewerb, Ausweichmöglichkeit der Marktgegenseite, Produktionsumstellungsflexibilität, Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten sowie Verflechtungen mit anderen Unternehmen.31 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*

1. Das Bundeskartellamt berechnet die Marktanteile in der Regel nach dem Umsatz oder dem Absatz, den die Unternehmen auf dem betroffenen relevanten Markt erzielen. 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.32 Eine allein **mengenbasierte** Betrachtung kann ausreichen, wenn diese z.B. wegen geringer Preis- und Qualitätsunterschiede ein (ebenso) aussagekräftiges Abbild der Marktstruktur liefert.
2. 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 Investitions- gütermärkten kann es angemessen sein, die Marktanteile über einen längeren als

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

32 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.

den üblichen Zeitraum von einem Jahr zu berechnen.33 Die Eigenfertigung wird in der Regel nicht in das Marktvolumen bzw. die Marktanteile eingerechnet,34 sondern im Rahmen der Prüfung von Marktzutrittsschranken und potentiellem Wettbewerb gewürdigt.35

1. 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 nach dem Zusammenschluss ausreichende und für diese Nachfrager ebenso geeignete Bezugsalternativen im Markt verbleiben.36

*Bewertung der Marktanteile und Marktkonzentration*

1. Bei der Bewertung der so ermittelten gemeinsamen Marktanteile der Zusammen- schlussbeteiligten 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.

33 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.

34 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*.

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

36 Zur Prüfung von Marktanteilseinbußen 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.

1. 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.37 Eine umfassende Analyse aller wettbewerblich relevanten Faktoren kann gleichwohl ergeben, dass trotz hoher Marktanteile keine Marktbeherrschung besteht.38 Insbesondere dann, wenn die Marktanteile zwar hoch sind, sich aber stetig verringert haben, kann dies bereits gegen eine marktbeherrschende Stellung sprechen.39 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.40 Umgekehrt sind niedrige Marktanteile ein Indiz dafür, dass keine marktbeherrschende Stellung besteht. Allerdings schließen auch vergleichsweise moderate Marktanteile eine marktbeherrschende Stellung nicht in jedem Fall aus.41 Dies ist möglich, wenn ein hoher Marktanteilsabstand zu den nachfolgenden Wettbewerbern besteht und der Markt stark zersplittert ist.42
2. Der **Konzentrationsgrad** eines Marktes und die Marktanteilsverteilung kann mit dem Herfindahl-Hirschman-Index (HHI)43 abgebildet werden.44 Neben der absoluten

37 Vgl. für die deutsche Rechtsprechung BGH, Beschl. v. 21.12.2004, WuW/E DE-R 1419, 1424 – *Deutsche Post/trans-o-flex,* Rn. 25 (juris) (Marktanteil von 65 %); BGH, Beschl. v. 13.7.2004, WuW/E DE-R, 1301, 1303 – *Sanacorp/ANZAG,* Rn. 18(juris) (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 ff. (Marktanteile von 60-89%); EuG, Entsch. v. 28.04.1999, Rs. T-221/95 – *Endemol/Kommission*, Rn. 133 f. (Marktanteile von deutlich über 50% bei deutlichem Abstand zu übrigen Wettbewerbern).

38 Vgl. BGH, Beschl. v. 29.6.1982, WuW/E BGH 1949, 1951f. – *Braun/Almo,* Rn. 15 (juris).

39 Vgl. BKartA, Beschl. v. 15.03.2005, B4-227/04 – *Smiths/MedVest,* S. 58.

40 Vgl. BGH, Beschl. v. 13.07.2004, WuW/E DE-R 1301, 1303 – *Sanacorp/ANZAG,* Rn. 16(juris); 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 %).

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

42 Vgl. BGH, Beschl. v. 23.6.1985, WuW/E BGH 2150, 2155ff. – *Edelstahlbestecke,* Rn. 40 (juris); BKartA, Beschl. v. 15.03.2005, B4-227/04 – *Smiths/MedVest,* S. 32f.; BKartA, Beschl. v. 24.03.2004, B4-167/03 – *Synthes-Stratec/Mathys,* Rn. 68.

43 Dieser errechnet sich als Summe der quadrierten Marktanteile aller Wettbewerber auf einem Markt bzw. in formaler Darstellung: HHI =  sj2 mit sj = Marktanteil des Anbieters j.

44 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.

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.

1. Auf **Bietermärkten**45 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.46 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 hoher Marktanteil durchaus eine gesicherte Marktstellung und damit eventuelle Marktmacht eines Anbieters.
2. 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.47 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

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

46 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.

47 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 (juris); BKartA, Beschl. v. 9.6.2004, B9-16/04 – *Deutsche Bahn/KVS Saarlouis,* S. 21f.

Aufträge oder Folgeaufträge erhält.48 Dann können die Anbieter voraussichtlich von einer engen Bindung zwischen Anbieter und Auftraggeber und von Reputationseffekten profitieren.

1. 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,49 oder aber für das Angebot einer Kredit- oder Debitkarte, das für die Kunden umso interessanter wird, je mehr Händler bereit sind, diese Karte als Bezahlmittel zu akzeptieren. In solchen Konstellationen werden die wettbewerblichen Spielräume des Intermediärs oder Plattformanbieters unter anderem durch die Reaktions- verbundenheit 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.
2. Bei **differenzierten Produkten** sind Marktanteile ebenfalls kein eindeutiger Indikator für die Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf die Marktmacht der Zusammenschlussbeteiligten. In Märkten mit differenzierten Produkten spielt die wettbewerbliche Nähe (“closeness of competition”) eine besondere Rolle für die Einschätzung, welche Beschränkung des Verhaltensspielraums durch den Erwerb eines Wettbewerbers entfällt.50 Diese Effekte können größer oder kleiner sein, als sich allein aus der Höhe der Marktanteile ergibt.

48 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 (juris)*.* Die Besitzstandsklausel verschaffe zwar als solche keine marktbeherrschende Stellung, könne allerdings eine bestehende marktbeherrschende Stellung stützen: OLG Düsseldorf, Beschl. v. 4.5.2005, WuW/E DE-R 1495, 1500 – *ÖPNV Saarland,* Rn. 49, 53 (juris).

49 BKartA, Beschl. v. 29.8.2008, B6-52/08 – *Intermedia/Health & Beauty*, S. 22f.

50 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).

1. Weitere Wettbewerbsfaktoren im relevanten Markt
2. 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.
3. In der weiteren Analyse werden regelmäßig folgende Wettbewerbsfaktoren und Kriterien im relevanten Markt berücksichtigt: Kapazitäten und Kapazitäts- beschränkungen (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).
4. Kapazitäten und Kapazitätsbeschränkungen
5. 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.51 Sind die Expansionshindernisse gering, ist der Wettbewerbsdruck tendenziell hoch, während die Existenz rechtlicher oder struktureller Expansionsschranken 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.52 Gleiches kann gelten, wenn eine Kapazitätsausweitung nur mit längerem zeitlichen Vorlauf oder nicht in nennenswertem Umfang möglich ist.53 Falls einem am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen neben dem größten Marktanteil auch erhebliche, derzeit

51 Vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 24.8.2007, B5-51/07 – *Cargotec/CVS Ferrari*, Rn. 120ff.; BKartA, Beschl. v. 29.9.2004, B5-170/03 – Leggett&Platt/AGRO, Rn. 125 ff.

52 Vgl. dazu z.B. BKartA, Beschl. v. 29.9.2004, B5-170/03 – Leggett&Platt/AGRO, Rn. 146 ff.

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

nicht ausgelastete Überkapazitäten zur Verfügung stehen, kann dies die Auswirkungen eines Marktanteilszuwachses verstärken.

1. 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.
2. Kundenpräferenzen und Wechselkosten
3. 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.54 Durch den Zusammenschluss gelingt es den Unternehmen gegebenenfalls, die beste Ausweichalternative zu internalisieren und damit einen relativ hohen Wettbewerbsdruck zu beseitigen. In solchen Situationen spiegeln die Marktanteile die tatsächlichen Wettbewerbsverhältnisse nicht ausreichend wieder, so kann es z.B. trotz niedriger Marktanteilsadditionen bei einem Erwerb des engsten Wettbewerbers zu einer erheblichen Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen kommen.
4. 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, kann dies dem Anbieter wettbewerbliche Verhaltensspielräume vermitteln, 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 durch

54 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).

eine Fusion entstehende Fähigkeit zum Angebot gesamter **Sortimente** oder kompletter Systeme gehören, wenn ein erheblicher Anteil von Kunden diese gegenüber dem Bezug einzelner Bestandteile bevorzugt.55 Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass aktuelle und potenzielle Wettbewerber teilweise Gegenstrategien anwenden können, z.B. indem aktuelle Wettbewerber in Kooperation mit anderen Anbietern gemeinsam ein breiteres Sortiment anbieten. In beiden Konstellationen (Marken und Sortimente) gilt: Wenn ein Anbieter bereits in der Vergangenheit auf entsprechende Marktentwicklungen reagiert hat, indem er seine Produkte erfolgreich im Markt neu positioniert hat, könnte dies in manchen Fällen auch als Reaktion auf den Zusammenschluss zweier enger Wettbewerber zu erwarten sein.

1. Mit dem Aspekt der **Wechselkosten** werden (Folge-)Kosten und der erhebliche (Zeit-)Aufwand erfasst, der für einen Nachfrager mit dem Anbieterwechsel verbunden sein kann.56 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.
2. 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,57 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“58) an den bisherigen Anbieter gebunden werden.59
3. Ein Anbieterwechsel kann auch dadurch erschwert sein, dass es nur wenige alternative Anbieter gibt bzw. Kunden insbesondere aus Gründen der Versorgungssicherheit bei mehreren Anbietern nachfragen müssen („dual

55 Vgl. z.B. KG, Beschl. v. 7.11.1985, WuW/E OLG 3759, 3761 – *Pillsbury/Sonnen- Bassermann;* oder BKartA, Beschl. v. 14.2.2007, B5-10/07 – *Sulzer/Kelmix*, Rn. 55.

56 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: BKartA, Beschl. v. 3.4.2008, B7-200/07 – *KDG/Orion*, Rn. 155.

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

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

59 Insofern können Wechselhindernisse auch in Form von Opportunitätskosten auftreten.

sourcing“). In diesen Konstellationen können die Ausweichmöglichkeiten der Kunden – etwa bei Preiserhöhungen – bereits beschränkt sein. Schränkt ein Zusammenschluss zweier Anbieter die Ausweichmöglichkeiten zusätzlich ein, kann dies die Fähigkeit der Kunden, sich vor Preiserhöhungen zu schützen, erheblich beeinträchtigen. Diese Effekte können größer sein, als sich allein aus der Höhe der Marktanteile ergibt.

1. Gewerbliche Schutzrechte und Know-How
2. 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.60 Solche Vorteile sind als Ergebnis des Leistungswettbewerbs grundsätzlich positiv zu bewerten. Gleichwohl sind sie bei der Beurteilung der Marktmacht eines Unternehmens zu berücksichtigen. Diese Vorteile haben ein sehr viel geringeres Gewicht, wenn zu erwarten ist, dass dieser Vorsprung von Wettbewerbern zügig aufgeholt werden kann.61 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 diese eine Kerntechnologie oder proprietäre Schnittstellentechnologie betreffen. Entscheidend ist auch, ob Wettbewerber über vergleichbare eigene Patente verfügen oder über Lizenzen Zugang zu vergleichbarer Technologie haben.62
3. Marktphase
4. 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.63 Bei jungen, noch in der Experimentierphase befindlichen Märkten, kommt eine marktbeherrschende

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

61 Vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 14.2.2007, B5-10/07 – *Sulzer/Kelmix*, Rn. 55ff.

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

63 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.

Stellung vor allem in den seltenen Fällen in Betracht, dass ein Markt durch den Zusammenschluss bereits in der Entstehungsphase dauerhaft vermachtet wird.64 Zu einer frühzeitigen Vermachtung des Marktes und einer Schwächung der Wettbewerbsdynamik kann es z.B. kommen, wenn sich zwei führende und innovative Wettbewerber zusammenschließen.65 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.

1. Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten
2. 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 Wettbewerbsvorteile 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 Zusammenschluss- beteiligten besondere Verhaltensspielräume vermitteln und ihnen wettbewerbs- beschränkende Verhaltensweisen erleichtern.
3. 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 Vor- leistungen 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

64 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.](http://www.bundeskartellamt.de/)

65 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.

oder den relevanten Input zu ähnlich günstigen Konditionen von Dritten zu beschaffen.66 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.67

1. 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,68 einen leistungsfähigen oder flächendeckenden Vertrieb69, ein besonders gutes Service-Netzwerk70 oder After-Sales-Geschäft oder durch bestehende Geschäftsbeziehungen aus anderen Produktmärkten zu Kunden, die Hauptabnehmer des betroffenen Produktes sind.71
2. Verflechtungen mit anderen Unternehmen
3. 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.72 Vielmehr können sämtliche Verflechtungen rechtlicher, wirtschaftlicher, personeller oder finanzieller Art ein relevanter Faktor bei der Beurteilung der Marktstellung sein.73

66 Zu einer ausführlichen Erörterung, inwiefern und unter welchen Bedingungen eine vertikale Integration marktmachtsteigernd wirkt, vgl. auch unten die Ausführungen zu vertikalen Zusammenschlüssen Rn. 129ff.

67 BKartA, Beschl. v. 30.06.2008, B2-333/07 – *EDEKA/Tengelmann*, S. 103f.

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

69 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.; 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).

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

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

72 Vgl. BGH, Beschl. v. 19.12.1995, WuW/E BGH 3037, 3040 – *Raiffeisen,* Rn. 16 (juris).

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

1. Im Falle der Einzelmarktbeherrschung ist die eigenständige Bedeutung dieses Kriteriums allerdings begrenzt.74 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.75 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.76
2. Finanzielle Ressourcen
3. 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 d**i**e Möglichkeit, dass ein Unternehmen mit überlegener Finanzkraft seine finanziellen Mittel dazu nutzen könnte, aktuelle Wettbewerber von wettbewerblichen Vorstößen abzuhalten oder potentielle Wettbewerber vom Markteintritt abzuschrecken.77 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

74 Bedeutung erlangt dieses Kriterium insbesondere bei der gemeinsamen Marktbeherrschung; vgl. dazu unten Rn. 96 und 105.

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

76 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, 1832. – *hydraulischer Schreitausbau*; BKartA, Beschl. v. 9.1.1981, WuW/E BKartA 1863, 1864f. – *Gruner+Jahr/Zeit*.

77 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. 27.5.1986, WuW/E BGH 2276, 2283 – *Süddeutscher Verlag/Donau-Kurier,* Rn. 57 (juris); BGH, Beschl. v. 25.6.1985, WuW/E BGH 2150, 2157 – *Edelstahlbestecke,* Rn. 45ff. (juris).

und den Anreiz eines Unternehmens, entsprechende Strategien – z.B. Kampfpreisstrategien – durchzuführen.78

1. Nur wenn Wettbewerber im Vergleich zu den Zusammenschlussbeteiligten lediglich über beschränkte finanzielle Ressourcen verfügen, haben sie einer Verdrängungs- bzw. Abschreckungsstrategie wenig entgegenzusetzen.79 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.
2. Zur Bemessung der Finanzkraft können verschiedene Indikatoren herangezogen werden. Geeignete Indikatoren sind insbesondere der Cash-flow80, die Möglich- keiten zur Fremdfinanzierung auch unter Einbeziehung der verbundenen Unternehmen sowie die lt. Bilanz verfügbaren liquiden Mittel.81 Diese Kennzahlen geben maßgeblich Auskunft über die kurzfristig für wettbewerbliche Maßnahmen verfügbaren finanziellen Ressourcen. Weiterhin können zur Beurteilung der dauerhaften Leistungsfähigkeit eines Unternehmens Ertragskennziffern wie Jahresüberschuss82, 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

78 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: BKartA, Beschl. v. 30.06.2008, B2-333/07 – *EDEKA/Tengelmann*, S. 111.

79 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.

80 Vgl. BKartA, Beschl. v. 18.5.1977, WuW/E BKartA 1685, 1687 –

*Mannesmann/Brueninghaus*.

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

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

Unternehmens geben. Hinweise auf das vorhandene Ressourcenpotential kann auch der Umsatz liefern.83

1. Wettbewerbsfaktoren außerhalb des relevanten Marktes
2. In der wettbewerblichen Analyse werden weiterhin Faktoren berücksichtigt, die von außen auf den relevanten Markt einwirken. Betrachtet wird neben potentiellem Wettbewerb und Marktzutrittsschranken (a) auch Randsubstitution (b).
3. Potentieller Wettbewerb und Marktzutrittsschranken
4. Neben den aktuellen können auch potentielle Wettbewerber die Verhaltens- spielräume der bereits aktiven Anbieter in einem relevanten Markt beeinflussen.84 Als potentielle Wettbewerber kommen sowohl Newcomer in Betracht als auch Unternehmen, die schon auf benachbarten oder vor- bzw. nachgelagerten Märkten tätig sind.
5. Die Stärke des potentiellen Wettbewerbs und damit das Ausmaß der davon ausgehenden Kontrolle hängen insbesondere von der Höhe der Marktzutritts- schranken 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.
6. Um aufgrund von potentiellem 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 Markteintritt voraussetzt.85 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

83 Vgl. BGH, Beschl. v. 25.6.1985, WuW/E BGH 2150, 2157 – *Edelstahlbestecke,* Rn. 41 (juris).

84 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.

85 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 4.5.2005, WuW/E DE-R 1495 – *ÖPNV Saarland,* Rn. 54 (juris). 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: BKartA, Beschl. v. 27.02.2008, B5-198/07 – *A-TEC/Norddeutsche Affinerie*, Rn. 117ff.

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.86 Recht hohe Anforderungen sind hingegen an den Wettbewerbs- druck 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*

1. Ein Marktzutritt ist selten unmöglich, aber eventuell aufgrund hoher Kosten oder geringer Ertragserwartungen 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.87 Die Möglichkeit und die Anreize zum Marktzutritt werden insbesondere von verschiedenen Arten von Marktzutrittsschranken beeinflusst.88 Je nach Ursache des Hindernisses lassen sich rechtliche, strukturelle und strategische Marktzutrittsschranken unterscheiden.
2. **Rechtliche Marktzutrittsschranken** liegen vor, wenn staatliche Vorschriften den Marktzutritt erschweren oder ausschließen.89 Dazu gehören staatlich geschützte

86 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. 114ff. (juris); die Frage des Wahrscheinlichkeitsmaßstabs ist Gegenstand eines laufenden Rechtsbeschwerdeverfahrens.

87 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*.

88 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.

89 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.

Monopole oder durch den Staat vergebene (zahlenmäßig beschränkte) Lizenzen.90 Des Weiteren können tarifäre und nicht-tarifäre Handelshemmnisse für ausländische Anbieter ein Marktzutrittshindernis darstellen.

1. 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 stehen91 oder Wettbewerber nicht über vergleichbare Rechte verfügen.92 Allerdings kann der Marktzutritt trotz technischer Alternativen behindert werden.93 Werden Patente lizenziert, hängt das Ausmaß der Marktzutrittsschranken von der Höhe der Lizenzgebühren ab.
2. **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 Markzutritts und/oder die Höhe der nach dem Zutritt zu erwartenden Erlöse aus.
3. 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.94 Darüber hinaus können sich Größenvorteile der Produktion (so genannte Skalenerträge oder „economies of scale“) auf die Möglichkeit zum

90 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.

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

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

93 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.

94 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.; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 23.11.2005, WuW/E DE-R 1639, 1642 – *Mainova/Aschaffenburger Versorgungs GmbH,* Rn. 30-33 (juris).

Marktzutritt auswirken.95 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“).96

1. Kostenvorteile der Zusammenschlussbeteiligten, die für ihre Wettbewerber möglicherweise Marktzutrittsschranken darstellen, können zudem z.B. aus Lerneffekten97, Verbundvorteilen („economies of scope“) oder direkten oder indirekten Netzwerkeffekten98 resultieren. Indirekte Netzwerkeffekte sind kennzeichnend für sogenannte Plattform- oder zweiseitige Märkte.99 In solchen Konstellationen werden die Marktchancen etwa eines Zeitungsherausgebers auf dem Anzeigenmarkt von der Marktstellung der Zeitung auf dem Lesermarkt beeinflusst.100 Hinsichtlich der Marktzutrittsbedingungen können die Märkte aufgrund dieser Wechselwirkungen daher nicht isoliert betrachtet werden. So ist in der Regel ein Marktzutritt auf beiden betroffenen Märkten notwendig.

95 Vgl. zu „economies of scale“: BKartA, Beschl. v. 8.6.2006, B4-29/06 – *Telecash/*GZS, Rn. 103, 122 f.; BKartA, Beschl. v. 28.4.2005, B10-161/04 – *Asklepios Kliniken/LBK Hamburg*, Rn. 67. 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 (insoweit nicht aufgehoben durch BGH, Beschl. v. 20.4.2010, KVR 1/09, WuW/E DE-R 2905 – *Phonak/GN Store*).

96 Vgl. auch § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB.

97 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, VI-Kart 14/08 (V) insoweit nicht abgedruckt in WuW/E DE-R 2885, 2893 – *Assa Abloy/SimonsVoss*, bei juris Rn. 123.

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

99 Vgl. Rn. 36.

100 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.

1. 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 Vorprodukten101, Investitionsgütern102 bzw. bestimmten personellen Ressourcen oder zu Absatzwegen103 hat oder persönliche Netzwerke nutzen kann104, auf die ein außenstehendes Unternehmen nicht zurückgreifen kann. Die Kosten des Markzutritts 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,105 hohe Reputation eines etablierten Anbieters106 oder andere, so genannte Lock-in-Effekte,107 zu überwinden.
2. **Strategische Marktzutrittsschranken** können bestehen, wenn die am Markt etablierten Unternehmen Markteintrittsversuche dadurch abwehren bzw. diesen vorbeugen können,108 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

101 Vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 30.9.2005, B2-23/11 – *Homann/Rügen Feinkost*, Rn. 145 ff. (schwieriger Zugang zur Rohware Fisch als Marktzutrittsschranke zu den Märkten im Bereich Fischfeinkost).

102 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 (juris), insoweit nicht abgedruckt in WuW/E DE-R 1501 (Herausgabe eines neuen populären Wissensmagazins erfordert den Einsatz nicht unbedeutender personeller und finanzieller Mittel).

103 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 (juris) (Verflechtungen von Nahverkehrsunternehmen mit Auftraggebern begründen Marktzutrittsschranke zum Markt für liniengebundene Nahverkehrsdienstleistungen im ÖPNV).

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

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

106 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.

107 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.

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

Newcomern einzuschränken.109 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.110

1. 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.111 Durch gezielten und flächendeckenden Einsatz des gewerblichen Rechtsschutzes können ggfls. auch alternative Technologien soweit abgedeckt werden, dass sie Wettbewerbern nicht zur Verfügung stehen.112 Auch die Erwartung erheblicher Preissenkungen kann – sowohl als Reaktion auf bereits erfolgte Marktzutritte, als auch im Vorgriff auf erwartete Marktzutritte113 – eine Marktzutritts- schranke bilden.
2. 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.114 Ebenso können lange Vertrags- bindungen einen Marktaustritt verzögern.
3. 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

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

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

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

112 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.

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

114 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.

wahrscheinlicher115 als auf einem ausgereiften oder schrumpfenden Markt, der zudem gegebenenfalls bereits durch Überkapazitäten gekennzeichnet ist.116

1. 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.117

*Rechtzeitigkeit und ausreichender Umfang eines Marktzutritts*

1. 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 Testphasen118 oder Zertifizierungen,119 die vor einer Produkteinführung erforderlich sind.
2. 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.120 Gleiches kann gelten, wenn ein

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

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

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

118 Vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 25.10.2006, B7-97/06 – *Coherent/Excel*, Rn. 139.

119 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. Siehe auch BKartA, Beschl. v. 30.9.2005, B2-23/11 – *Homann/Rügen Feinkost*, Rn. 145 ff.: besondere veterinärrechtliche Zulassung für die Verarbeitung von Fisch erforderlich, MSC Zertifizierung als Wettbewerbsparameter.

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

Anbieter eine gesamte Produktpalette anbieten muss, um sich am Markt dauerhaft etablieren zu können, der Marktzutritt aber möglicherweise nur in einem gewissen Produktspektrum möglich ist.121

*Zusammenschluss mit einem potentiellen Wettbewerber*

1. Der Zusammenschluss mit einem potentiellen Wettbewerber kann die Marktmacht eines Unternehmens erhöhen, da zumindest dieser Wettbewerber nicht mehr disziplinierend wirken kann.122 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.
2. 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 Marktzutrittsschranken 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.123 Allein aus der Tatsache, dass die Beteiligten in benachbarten

Märkten tätig sind, lässt sich dies nicht schließen.124

1. Randsubstitution
2. 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

121 Vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 25.10.2006, B7-97/06 – *Coherent/Excel*, Rn. 140.

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

123 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. 113ff. (noch nicht rechtskräftig).

124 So konnte die Fusion zweier Zeitungsverlage freigegeben werden, obwohl die Beteiligten in benachbarten Kreisen tätig sind: vgl. dazu BKartA, Fallbericht, B6-10/09 – *Zeitungs- verlag Schwerin/Kurierverlag*, abrufbar unter [http://www.bundeskartellamt.de.](http://www.bundeskartellamt.de/)

bestimmten Ausmaß einer Preiserhöhung oder Qualitätsverschlechterung werden zumindest einige Kunden erwägen, auf einen benachbarten sachlichen Markt auszuweichen, oder das 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.125 Diese Wettbewerbskräfte können so berücksichtigt werden, ohne dass es notwendig wäre, sie – trotz der nur beschränkten Substitutionsbeziehungen - in den Markt einzubeziehen.

1. 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.126 Ist der bereits erreichte Grad an Marktbeherrschung im betrachteten Markt sehr hoch, kann dieser Effekt jedoch im Einzelfall für die Annahme einer Verstärkungswirkung ausreichen.
2. Gegengewichtige Nachfragemacht
3. Eine Begrenzung der Marktmacht von Unternehmen kann auch von der Marktgegenseite ausgehen, wenn diese über hinreichende Nachfragemacht verfügt.127 Dies kann z.B. der Fall sein, wenn den Zusammenschlussbeteiligten auf Kundenseite einige wenige, große Unternehmen gegenüberstehen, die strategisch einkaufen.128 Gegengewichtige Marktmacht kann die aus anderen Strukturfaktoren resultierende Marktmacht allerdings nicht hinreichend begrenzen, wenn nur einzelne Kunden über gegengewichtige Nachfragemacht verfügen oder diese nur im Hinblick

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

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

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

128 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 (juris).

auf einzelne Parameter besteht.129 Auch die strukturellen Probleme eines natürlichen Monopols kann gegengewichtige Marktmacht allenfalls im Ausnahmefall vollständig ausräumen.130

1. Damit Nachfrager die negativen Folgen der Marktbeherrschung verhindern können, müssen mehrere Voraussetzungen erfüllt sein.131 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,132 sondern auch über ausreichende Kapazitäten verfügen, um seinen Bedarf zu decken.133 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.

129 BKartA, Beschl. v. 20.6.2005, B7-22/05 – *Iesy (Apollo)/Ish,* Rn. 155; BKartA, Beschl. v. 21.6.2005, B7-38/05 – *Tele Columbus (BC Partners)/Ish,* Rn. 146.

130 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.

131 Vgl. dazu die Ausführungen in BKartA, Beschl. v. 22.12.2009, B9-84/09 –

*Webasto/Edscha*, S. 62ff., insb. S. 64.

132 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.

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

1. Gemeinsame Marktbeherrschung
2. Das Konzept der gemeinsamen Marktbeherrschung134 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 Koordinierung** („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 Verhaltens- koordination zu erleichtern bzw. zu stabilisieren (Verstärkung gemeinsamer Marktbeherrschung).
3. 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 Abs. 2 Satz 1 GWB erfüllen.135 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.

1. 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 Verhaltens- spielräume des Oligopols durch Außenseiter nicht wirksam begrenzt werden, d.h. ausreichender Außenwettbewerb fehlt (3.). Im Rahmen der Gesamtbetrachtung wird zudem das tatsächliche Wettbewerbsverhalten daraufhin geprüft, ob nennenswerter

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

135 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).

Wettbewerb zwischen den Oligopolmitgliedern stattfindet (4.). 136 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)
2. 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.
3. Stabile Koordinierung setzt somit voraus, dass sich die Unternehmen **wiederholt im Markt begegnen** und ohne die implizite Koordinierung aktuell oder potentiell miteinander im Wettbewerb stünden. 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.
4. Wie explizite Absprachen kann auch die implizite Koordinierung unterschiedliche **Wettbewerbsparameter** betreffen: Unternehmen können etwa koordiniert ihre Preise erhöhen oder auf hohem Niveau stabil halten, ihre Absatzmengen reduzieren oder niedrig halten, ihre Kapazitäten beschränken oder zurückhalten, oder einen Markt nach Gebieten137, 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.

136 Ein beobachtetes Verhalten kann ambivalent sein: ob es sich z.B. um einen Wettbewerbsvorstoß oder aber um die Sanktionierung eines Abweichens von einer Koordinierung handelt, lässt sich nur bewerten, wenn zuvor die Marktgegebenheiten analysiert worden sind. Vgl. dazu BGH Pressemitteilung Nr. 194/2011 zu BGH, Beschl. v. 6.12.2011, KVR 95/10 – *Total/OMV*.

137 Zur Koordinierung über Gebietsaufteilung vgl. BKartA, Beschl. v. 15.12.2011, B7-66/11 –

*Liberty Global/Kabel BW*, Rn. 78 ff.

1. 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.138 Im Rahmen der Fusionskontrolle kommt dabei den Marktstrukturfaktoren eine besondere Bedeutung zu.139 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.140
2. Die gemeinsamen Marktanteile sind ein wichtiges Strukturmerkmal, das bei der Analyse der kollektiven Marktbeherrschung einen ersten Anhaltspunkt für die Beurteilung der Marktverhältnisse liefert. Je höher der gemeinsame Marktanteil ist, desto geringer ist die Wahrscheinlichkeit, dass die Verhaltensspielräume der Oligopolisten durch 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 Marktanteilsschwelle 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.141

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

139 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;* BGH, Beschl. v. 11.11.2008, WuW/E DE-R 2451, 2457 – *E.ON/Stadtwerke Eschwege,* Rn. 39.

140 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.

141 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.

1. Das Erreichen bzw. Überschreiten der Vermutungsschwellen allein ist jedoch kein hinreichendes Kriterium, um hohe Marktmacht oder gar Marktbeherrschung feststellen zu können. Das Bundeskartellamt muss außerdem seine Ermittlungsverpflichtungen aus dem Amtsermittlungsgrundsatz erfüllt haben, daher kommen die Vermutungsschwellen in seiner Verwaltungspraxis letztlich nur selten zur Anwendung. Ihre entscheidende Funktion liegt darin, den Zusammenschlussbeteiligten hinreichende Anreize zu geben, dem Bundeskartellamt frühzeitig alle notwendigen Informationen für eine umfassende Prüfung zur Verfügung zu stellen.142 Bei der Oligopol-Marktbeherrschungs- vermutung ist 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 Zusammenschluss- beteiligten 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.143
2. 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 Marktzutrittsschranken, eine regelmäßige Interaktion auf dem Markt144, 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 konkreten Markt gewichtet.145 Abhängig von den jeweiligen Marktverhältnissen können einzelne Faktoren auf einem Markt kaum

142 Eine weitere wichtige Funktion besteht darin, den Gerichten die Möglichkeit zu geben, den Prozessstoff überschaubar zu halten.

143 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.

144 Zu berücksichtigen ist auch wenn sich die Oligopolmitglieder auf mehreren Märkten begegnen („multi-market contacts“).

145 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.

relevant sein, während sie auf einem anderen Markt ausschlaggebend für das Ergebnis der Gesamtwürdigung sind.

1. Bedingungen stabiler Koordinierung im Binnenwettbewerb
2. 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.146 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).

1. 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.147 Im Folgenden werden die genannten Voraussetzungen einzeln dargestellt und erläutert, welche Marktstrukturfaktoren bei der Analyse typischerweise von Bedeutung sind.
2. Koordinationserzielung
3. Koordiniertes Verhalten ist umso wahrscheinlicher, je weniger Beteiligte notwendig sind, um eine nachhaltige Koordinierung aufrechtzuerhalten. Eine **geringe Anzahl**

146 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.

147 BGH, Beschl. v. 11.11.2008, WuW/E DE-R 2451 – *E.ON/Stadtwerke Eschwege*, Rn. 39; BGH, Beschl. v. 20.4.2010, KVR 1/09, 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.

**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.

1. Auf Märkten mit **homogenen Produkten** ist eine Verhaltenskoordinierung leichter zu erzielen.148 Sind die Produkte in einem Markt vertikal oder horizontal differenziert,149 kann dies unter Umständen eine Koordinierung erschweren. Auch in diesen Situationen sind aber grundsätzlich Koordinierungsmechanismen möglich. Verfügen die Oligopolisten beispielsweise jeweils über ein vergleichbar vertikal differenziertes Produktportfolio, wird die Verhaltensabstimmung ähnlich wie bei homogenen Produkten wieder einfacher. Gleiches gilt, wenn der Qualitäts- wettbewerb zwischen den Anbietern durch detaillierte Vorgaben des Nachfragers im Rahmen von Ausschreibungen weitgehend ausgeschaltet wird.150 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.
2. 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.151 Zu betrachten sind in diesem Zusammenhang alle 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

148 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. (Dieser Beschluss wurde durch den BGH bestätigt – vgl. BGH Pressemitteilung Nr. 194/2011, Urteilsgründe liegen im Zeitpunkt der Veröffentlichung dieses Leitfadens noch nicht vor.)

149 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.

150 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.

151 Vgl. zu Aspekten der Symmetrie 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.

Ressourcen sowie der Grad vertikaler Integration.152 Begegnen sich die Oligopolmitglieder auf mehreren Märkten, kann sich eine Symmetrie ergeben, die beim Blick allein auf einzelne Märkte zu fehlen scheint.

1. 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.153 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 Wettbewerbs- verhalten) 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 Verhaltens- koordinierung erleichtern.154
2. **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.155 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

152 Vgl. zur Symmetrie der Oligopolmitglieder z.B. BKartA, Beschl. v. 12.3.2007, B8-62/06 – *RWE/Saar Ferngas*, S. 38f.; BGH, Beschl. v. 20.04.2010, KVR 1/09, WuW DE-R 2905, 2915 – *Phonak/GN Store,* Rn. 65, in dem der BGH aber die Symmetrie von Marktanteilen nicht als relevant angesehen hat.

153 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. bestätigt durch BGH, Beschl. v. 6.12.2011, KVR 95/10 – *Total/OMV* (siehe BGH Pressemitteilung Nr. 194/2011, Urteilsgründe liegen zum Veröffentlichungszeitpunkt dieses Leitfadens noch nicht vor); oder auch BKartA, Beschl. v. 16.11.2004, B10-74/04 – *Rethmann/Tönsmeier/GfA Köthen*, Rn. 108ff.

154 Zu gegenseitigen Lizenzen als Faktor, der oligopolistisches Parallelverhalten begünstigt vgl. BKartA, Beschl. v. 11.4.2007, B3-578/06 – *Phonak/GN ReSound*, Rn. 180ff. (aufgehoben durch BGH, Beschl. v. 20.04.2010, KVR 1/09, WuW DE-R 2905, 2915 – *Phonak/GN Store*, u.a. weil Beendigung des Kreuzlizensierungsabkommens und tatsächliches Wettbewerbsverhalten nicht ausreichend berücksichtigt worden waren.)

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

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 Verhaltenskoordinierung aufgeben.156 Allerdings ist auch auf einem innovativen Markt eine Verhaltenskoordinierung insbesondere dann nicht ausgeschlossen, wenn sie gerade die Innovationsstrategien zum Gegenstand hat.

1. 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.157 Märkte mit ausgereiften Produkten, in denen weder nachhaltige Produkt- noch Prozess- innovationen (mehr) stattfinden, sind aus dem gleichen Grund grundsätzlich anfälliger für Koordinierungen als dynamische, innovationsgetriebene Märkte.158
2. 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.159 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 Nachfrage160 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

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

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

158 Vgl. für einen ausgereiften Markt z.B. BKartA, Beschl. v. 16.11.2004, B10-74/04 –

*Rethmann/Tönsmeier/GfA Köthen*, Rn. 78ff.

159 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.

160 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.

Sanktionierung, so dass sowohl der Anreiz zum Abweichen als auch die Wirksamkeit der Sanktion positiv beeinflusst wird.

1. Das Auftreten von **Nachfragemacht,** bedingt durch wenige große Nachfrager oder ein Bündeln der Nachfrage mehrerer kleiner Kunden, kann die Möglichkeit eines stillschweigenden Parallelverhaltens erschweren. Die Anbieter haben einen geringeren Preissetzungsspielraum, da die Nachfrager ihre Verhandlungsmacht ausspielen könnten, um die für sie vorteilhaftesten Konditionen zu erlangen.161 Marktstarken Nachfragern könnte es aufgrund ihrer Bedeutung als Abnehmer auch gelingen, einzelne Oligopolteilnehmer zu abweichendem Verhalten zu bewegen.162 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.163 Eine zersplitterte Nachfrageseite und ein geringes Interesse an einer wettbewerblichen Auftragsvergabe können eine Koordinierung dagegen begünstigen.164
2. Markttransparenz
3. 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 Markt- transparenz erforderlich.165 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

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

162 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. 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.

163 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.56 ff. u. S. 62ff.

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

165 Zur Transparenz im Binnenwettbewerb vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 17.3.2011, B6-94/10

– *ProSiebenSat.1 Media/RTL interactive*, Rn. 77 ff.; BKartA, Beschl. v. 7.3.2008, B8- 134/07 – *Shell/HPV,* Rn. 40f.; BKartA, Beschl. v. 17.2.2009, B2-46/08 – *Nordzucker/Danisco*, Rn. 270ff. BGH, Beschl. v. 8.6.2010, WuW/E DE-R 3067, 3070 – *Springer/ProSieben II*, Rn. 21 und 27 f.; BGH, Beschl. v. 20.04.2010, KVR 1/09, WuW DE-R 2905, 2915 – *Phonak/GN Store,* Rn. 55 + 72 (Markttransparenz relativiert durch Nachweis wesentlichen Binnenwettbewerbs).

oligopolistisches Parallelverhalten zu begünstigen, reicht ein Niveau der Markttransparenz, das den Oligopolisten erlaubt, eventuelle Wettbewerbsvorstöße anderer Wettbewerber zu erkennen.166 Eine vollständige Transparenz der koordinierten Wettbewerbsparameter ist hingegen nicht erforderlich; die Transparenz ist dann ausreichend, wenn sie ein ernsthaftes Risiko begründet, dass ein abweichendes Verhalten aufgedeckt wird.

1. 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.167 Schwieriger kann es dagegen sein, ein Abweichen bei Produkten zu erkennen, die individuell für einen Kunden gefertigt werden.168
2. Gefördert werden kann die Transparenz zudem durch regulative Vorgaben.169 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 oder Angebots- schwankungen gekennzeichnet, beeinträchtigt dies die Möglichkeit der Anbieter, Verhaltensänderungen anderer Anbieter zu erkennen bzw. richtig einzuordnen.170 Die Marktteilnehmer könnten beispielsweise aus Absatzveränderungen fälschlicher- weise auf ein Abweichen anderer Unternehmen vom koordinierten Verhalten schließen, obwohl diese konjunkturell bedingt sind.
3. 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

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

167 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; BKartA, Beschl. v. 29.9.2006, B1-169/05 – *FIMAG /Züblin*, Rn. 60ff.

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

169 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.

170 Dies kann z.B. auf Naturprodukte zutreffen, die von witterungsbedingten 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.

abgeschlossen werden.171 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 Verhandlungspartner auf der Marktgegenseite bekannt werden.172 Im Fall eines Duopols kann auch aus der Reaktion der Nachfrager auf die eigenen Angebote auf das Verhalten des einzigen anderen Anbieters geschlossen werden.

1. 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 Preismeldestellen173, die gezielte Veröffentlichung von Preislisten oder Marktstatistiken174 bzw. die öffentliche Ankündigung des zukünftigen Verhaltens sowie die Vereinbarung von Meist- begünstigungsklauseln als **Transparenzmechanismen** wirken. Dabei ist die Markttransparenz umso höher, je detaillierter und schneller die Informationen zur Verfügung gestellt werden.
2. Glaubhafter Sanktionsmechanismus
3. Damit eine Verhaltenskoordinierung stabil ist, muss ein Abweichen eines Oligopolmitglieds von dem koordinierten Verhalten nicht nur entdeckt, sondern zusätzlich auch sanktioniert werden können.175 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.176 Je schneller und gezielter diese Reaktion möglich ist, umso

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

172 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.

173 Vgl. dazu z.B. BKartA, Beschl. v. 17.2.2009, B2-46/08 – *Nordzucker/Danisco*, Rn. 112 + 273 (zum Meldesystem der EU im Zuckerbereich); BGH, Beschl. v. 20.04.2010, KVR 1/09, WuW DE-R 2905, 2915 – *Phonak/GN Store,* Rn. 92 (Beschränkte Bedeutung von Preismeldestellen, wenn Preis nicht wesentlicher Wettbewerbsparameter).

174 Vgl. dazu z.B. BKartA, Beschl. v. 17.3.2011, B6-94/10 – *ProSiebenSat.1 Media/RTL interactive*, Rn. 79.

175 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.

176 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.

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.177

1. 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 eine hohe Bedeutung haben.178 Für den Nachweis wirksamer Sanktions- mechanismen 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.
2. 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.179
3. 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.180 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.

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

178 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.

179 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.

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

1. 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.181 Die Sanktionierung ist hingegen umso schwieriger, je schneller sich die **Marktbedingungen** ändern, weil eine auf frühere Marktbedingungen angelegte Reaktion bei später geänderten Marktbedingungen unter Umständen unglaubwürdig oder undurchführbar werden kann. Solche Marktbedingungen können z.B. bei High-Tech-Industrien mit kurzen Produkt- lebenszyklen 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.
2. Eine **Symmetrie** der Oligopolmitglieder wirkt oft begünstigend, da ein abweichendes Unternehmen eher durch Unternehmen mit einer vergleichbaren Marktposition sanktioniert werden kann.182 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.183 Asymmetrisch verteilte Kapazitäten bzw. Kapazitäts- auslastungen 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.
3. Auch **Verflechtungen zwischen den Oligopolmitgliedern** können das Sanktionspotential erhöhen. Sind die Oligopolmitglieder z.B. durch ein Gemeinschaftsunternehmen miteinander verbunden, kann ein abweichendes

181 Die Wirkung freier Kapazitäten der Oligopolmitglieder 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.

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

183 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.

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.184

1. Außenwettbewerb
2. 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.185 Kunden können eine ähnliche Rolle spielen. Ihr Einfluss auf die Stabilität der Koordinierung wurde oben im Kontext der Koordinierungserzielung beschrieben (B. II. 2. a)).186
3. 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.
4. 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**“).187 Bestehen hingegen Verbindungen (in Form von Geschäftsbeziehungen oder Minderheits- beteiligungen) zwischen den Oligopolmitgliedern und Außenseitern (auf den

184 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.

185 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.

186 Siehe Rn. 100.

187 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.

betroffenen oder anderen Märkten), dürfte die zu erwartende Rücksichtnahme auf die bestehenden Geschäftsbeziehungen den Außenwettbewerb dämpfen.188

1. 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 hinzutretender 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.189 Marktzutritts- schranken, die einen hinreichenden Außenwettbewerb erschweren oder verhindern, leisten somit einen wichtigen Beitrag zur Stabilität der Koordinierung.190
2. Tatsächliches Wettbewerbsgeschehen
3. In die wertende Gesamtbetrachtung der Strukturmerkmale, inwieweit eine stabile implizite Kollusion der potentiellen Oligopolmitglieder zu erwartet werden kann, ist auch das tatsächliche Wettbewerbsverhalten auf dem betroffenen Markt einzubeziehen.191 Insbesondere wenn geprüft wird, ob eine bereits bestehende gemeinsame marktbeherrschende Stellung verstärkt wird, können das beobachtbare Wettbewerbsverhalten sowie die Marktergebnisse vor dem Zusammenschluss in einigen Fällen wichtige Hinweise darauf liefern, inwiefern die aufgrund der vorherrschenden Strukturbedingungen erwarteten Anreize wirksam

188 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.

189 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.

190 Vgl. zu hohen Marktzutrittsschranken z.B. BKartA, Beschl. v. 13.8.2007, B7-61/07 –

*O2/T-Mobile/Vodafone*, Rn. 149.

191 Vgl. BGH, Beschl. v. 11.11.2008, WuW/E DE-R 2451, 2460f. – *E.ON/Stadtwerke Eschwege*, Rn. 39 und - unter Hinweis auf die Ambivalenz beobachtbaren Verhaltens - BGH, Beschl. v. 6.12.2011, KVR 95/10 – *Total/OMV* (siehe BGH Pressemitteilung Nr. 194/2011, Urteilsgründe liegen zum Veröffentlichungszeitpunkt dieses Leitfadens noch nicht vor). Anders noch BGH, Beschl. v. 20.4.2010, KVR 1/09, WuW/E DE-R 2905, 2917

– *Phonak/GN Store* (Wettbewerbsverhalten als eigenständiges Prüfungskriterium).

sind.192 Bei der Interpretation des beobachteten Wettbewerbsgeschehens ist allerdings zu beachten, dass von Marktergebnissen nicht zweifelsfrei auf wettbewerbsloses Parallelverhalten oder wirksamen Wettbewerb geschlossen werden kann: Ein beobachtetes Verhalten kann ambivalent sein: ob es sich z.B. um einen Wettbewerbsvorstoß oder aber um die Sanktionierung eines Abweichens von einer Koordinierung handelt, lässt sich nur bewerten, wenn zuvor die Marktgegebenheiten analysiert worden sind.193

1. Tendenziell für eine stabile Koordinierung spricht, wenn keine wesentlichen längerfristigen Verschiebungen bei den Marktanteilen,194 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 eingesetzten Wettbewerbsparametern ab.195 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.
2. 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

192 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, KVR 1/09, WuW/E DE-R 2905 – *Phonak/GN Store.*

193 Vgl. dazu BGH Pressemitteilung Nr. 194/2011 zu BGH, Beschl. v. 6.12.2011, KVR 95/10

– *Total/OMV*.

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

195 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, insoweit nicht abgedruckt in WuW/E DE-R 2593 ff. – *Springer/ProSieben*, bei juris Rn. 90.

wesentlich verändert haben und auch nicht absehbar ist, dass sie sich in naher Zukunft verändern werden.

1. Auswirkungen des Zusammenschlusses
2. Die Analyse der Voraussetzungen und Anreize zu stillschweigendem Parallelverhalten im relevanten Markt bildet den Ausgangspunkt der materiellen Prüfung. In einem zweiten Schritt wird dann im Rahmen eines Vergleichsszenarios196 untersucht, ob der Zusammenschluss eine Marktstruktur- änderung bewirkt und ob und inwieweit diese die Voraussetzungen für eine stabile Koordinierung beeinflusst, indem sie eine **Koordinierung (erstmals) ermöglicht, erleichtert, stabiler oder effektiver** macht.
3. 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.
4. 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.197 Allerdings führt nicht schon jede Veränderung der Strukturbedingungen, die sich grundsätzlich begünstigend auf eine implizite Koordinierung auswirkt, immer zur Verstärkung einer gemeinsamen markt- beherrschenden Stellung.198 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

196 Vgl. oben Rn. 11.

197 Vgl. zu zunehmender Symmetrie z.B. BKartA, Beschl. v. 21.5.2010, B9-13/10 –

*Magna/Karmann*, S. 63f.

198 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.

des Oligopols in der Weise, dass ein Abweichen von der Koordinierung zu erwarten ist.199

1. 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 markt- beherrschenden Oligopols erwarten lassen.
2. Nachfrageseitige Marktbeherrschung
3. Während eine starke Marktstellung von Abnehmern im Fall angebotsseitiger Markt- beherrschung 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.
4. 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 Markt- gegenseite, auf andere Unternehmen auszuweichen“ eine besondere Rolle.200 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.
5. 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

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

200 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“).

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.201

1. Für die Analyse nachfrageseitiger Marktmacht bietet in bestimmten Fällen das Monopson-Modell – als Spiegelbild des angebotsseitigen Monopols – einen geeigneten Referenzpunkt.202 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.
2. 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 Abhängigkeits- verhältnissen 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.203 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

201 Ob und wieweit 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.

202 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.

203 Dieser Wirkungsmechanismus ist in der Literatur unter dem Begriff des „Spiraleffekts“ bekannt, in dessen Folge kleinere Wettbewerber vom Markt verdrängt werden. Vgl. BKartA, Beschl. v. 28.10.2010, B2-52/10 – *EDEKA/trinkgut*, S. 100 f. und S. 105; BKartA, Beschl. v. 30.06.2008, B2-333/07 – *EDEKA/Tengelmann*, S. 104, 127, 131.

Bedingungen für andere Abnehmern kompensiert.204 Gleichwohl haben unterschiedliche Konditionen häufig andere Ursachen und sind somit kein zwingender Hinweis auf eine marktbeherrschende Stellung.

204 Dies wird auch als „Wasserbetteffekt“ bezeichnet. Vgl. BKartA, Beschl. v. 28.10.2010, B2-52/10 – *EDEKA/trinkgut*, S. 100 f. und S. 105; BKartA, Beschl. v. 30.06.2008, B2- 333/07 – *EDEKA/Tengelmann*, S. 104, 127, 131.

### Vertikale Zusammenschlüsse

1. 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.205 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.
2. 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.206
3. 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.

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

206 Vgl. dazu auch den Hinweis in Fn. 23.

1. 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 Preisaufschläge auf Vorprodukte können in einem integrierten Unternehmen vermieden werden. Das Unternehmen hat zudem einen Anreiz, den Preisaufschlag auf das Endprodukt geringer zu wählen, als die Summe der Preisaufschläge für Vor- und Endprodukte in der Situation ohne den Zusammenschluss.207 Die vertikale Integration hat insofern eine tendenziell preisdämpfende Wirkung und trägt zu einer besseren Marktversorgung bei.
   1. Einzelmarktbeherrschung
2. 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“).
3. 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 Vorprodukt- lieferanten Zugang zu vertraulichen Unternehmensinformationen über die Tätigkeit seiner Wettbewerber auf dem nachgelagerten Markt verschafft und diese dadurch in ihrem Wettbewerbshandeln behindert (3.). Zur Würdigung der Zusammenschluss- wirkungen ist schließlich zu betrachten, wie der Zusammenschluss die Möglichkeiten und Anreize zu solchen Strategien beeinflusst (4.).
4. 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

207 In der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur bezeichnet man dies als die Vermeidung doppelter Preisaufschläge (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.

1. 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 Wettbewerbs- möglichkeiten anderer Unternehmen einschränken. Gerade potentielle Wettbewerber könnten hinsichtlich eines Marktzutritts entmutigt und aktuelle Wettbewerber von nachstoßendem Wettbewerb abgehalten werden.208 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.209
2. Ohne eine gewisse Marktmacht auf mindestens einer der beteiligten Marktstufen erfüllt ein vertikaler Zusammenschluss die Untersagungsvoraussetzungen nicht. 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.
3. Abschottung von Einsatzfaktoren („input foreclosure“)
4. 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

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

209 Vgl. dazu z.B. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 6.6.2007, WuW/E DE-R 2094, 2095. – *E.ON/Stadtwerke Eschwege*, Rn. 87ff.; sowie BGH, Beschl. v. 11.11.2008, WuW/E DE-R 2451, 2461 – *E.ON/Stadtwerke Eschwege,* Rn. 61f.

besser seine Möglichkeiten (a) zur Abschottung seiner Wettbewerber sind und je größer sein Anreiz (b) ist, diese Strategie zu verfolgen.

1. Möglichkeit zur Abschottung
2. 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.
3. 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.210 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.211 Dies ist insbesondere dann wahrscheinlich, wenn das an der Fusion beteiligte, auf dem vorgelagerten Markt tätige Unternehmen bereits vor der Fusion marktbeherrschend ist.
4. Anreiz zur Abschottung
5. 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

210 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.](http://www.bundeskartellamt.de/)

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

abzuwerben.212 Eine Abschottungsstrategie ist für das vertikal integrierte Unternehmen profitabel, wenn die Gewinnsteigerung auf dem nachgelagerten die Gewinnminderung auf dem vorgelagerten Markt überwiegt.213

1. Unterschiedliche Faktoren können die zu erwartenden Gewinnveränderungen beeinflussen, insbesondere die (relativen) Margen sowie die Absatzvolumina.214 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.215
2. Abschottung von Kunden („customer foreclosure“)
3. Zur Abschottung von Kunden kann es kommen, wenn ein Hersteller einen wichtigen Abnehmer seines Produkts erwirbt bzw. durch einen Zusammenschluss einen wichtigen Vertriebsweg besetzt.216 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

212 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. 16.

213 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: BKartA, Beschl. v. 20.05.2010, B5-17/10 – *Hunter Douglas/Faber-Benthin*, Rn. 114.

214 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).

215 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.

216 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*.*

nachgelagerten Markt zu einem höheren Verkaufspreis oder ungünstigeren Bedingungen vertreibt.

1. Möglichkeit zur Abschottung
2. 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.
3. 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.217 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.218
4. 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.
5. Anreiz zur Abschottung
6. 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

217 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: BKartA, Beschl. v. 21.6.2005, B7- 38/05 – *TeleColumbus (BC Partners)/Ish*, Rn. 247.

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

besserer Qualität zu produzieren oder wenn die fusionierenden Unternehmen selbst durch Kapazitätsengpässe beschränkt sind.

1. 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.
2. Zugang zu vertraulichen Unternehmensinformationen
3. 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.219 Ein vom Wettbewerber geplanter Wettbewerbsvorstoß könnte z.B. eine besondere Abstimmung mit dem Vorproduktlieferanten erfordern, weil technologische Veränderungen vorgenommen werden sollen220 oder für Akquisitionsaktionen zusätzliche Liefermengen benötigt werden.
4. Durch die **Integration eines Abnehmers** könnte das fusionierte Unternehmen Informationen z.B. über Angebotsabgaben seiner Wettbewerber (auf dem vorgelagerten Markt) einsehen.221 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. Gegenstrategien – z.B. der Abbruch der Vertragsbeziehungen zu dem künftig vertikal integrierten Lieferanten – sind denkbar, hängen aber davon ab, welche Ausweichmöglichkeiten die betroffenen Unternehmen im Einzelfall haben.

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

220 Vgl. hierzu BKartA, Beschl. v. 18.7.2008, B5-84/08 – *STIHL/ZAMA*, Rn. 67.

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

1. Zusammenschlusswirkungen
2. 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 wettbewerblich bedenklicher Zugang zu vertraulichen Informationen von Wettbewerbern eröffnet wird. Durch derartige Verhaltensweisen oder 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.
3. 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 Abschottungs- strategie 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 Minderheits- beteiligungen ihre Absatzwege langfristig zu sichern,222 und sich der Erwerb eines weiteren, wenn auch kleinen Kunden in diese Gesamtstrategie einfügt. Beispiel für eine solche Konstellation sind die Beteiligungen der großen deutschen Stromerzeuger an Stadtwerken, die den Markteintritt weiterer Stromanbieter behindern können.223

222 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.

223 In BKartA, Beschl. v. 8.12.2011, B8-94/11 – *RWE/Stadtwerke Unna*, Rn. 83 ff. hat das BKartA eine Verstärkung der Marktstellung von RWE durch eine beteiligungsbedingte Abschottung der Stadtwerke Unna als Großhandelskunde von RWE indes verneint, da das bisherige Bezugsverhalten des Beteiligungsunternehmens keine Rücksichtnahme auf den Minderheitsgesellschafter erkennen ließ.

II. Gemeinsame Marktbeherrschung

1. 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 zu koordinieren, bzw. wenn eine Koordination einfacher, wirksamer oder stabiler wird.224
2. 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 Außen- wettbewerber oder die Marktgegenseite, vermindert.225
3. 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 Koordinationserzielung 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.
4. 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 Markt-

224 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 zugutekommt.

225 Zur ausführlichen Erläuterung des Konzeptes gemeinsamer Marktbeherrschung vgl. oben Kapitel B.II., Rn. 81ff. An dieser Stelle soll nur auf Besonderheiten im Zusammenhang mit vertikalen Zusammenschlüssen hingewiesen werden.

teilnehmer sinkt. Werden strukturelle Verbindungen zwischen den Oligopolisten begründet,226 kann ein erhöhter Informationsaustausch zwischen den Unternehmen die Überwachungsmöglichkeiten verbessern.227

1. Ein vertikaler Zusammenschluss kann auch die Möglichkeiten verbessern, ein Abweichen von der Verhaltenskoordinierung zu **sanktionieren** und somit die Abschreckungswirkung 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.228 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 aufschließen können.
2. 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.
3. 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.

226 Vgl. hierzu oben Rn. 105.

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

228 Vgl. hierzu oben Rn. 109.

### Konglomerate Zusammenschlüsse

1. Eine konglomerate Fusion liegt vor, wenn die fusionierenden Unternehmen weder auf den gleichen sachlichen noch auf einander vor- oder nachgelagerten Märkten tätig sind.229 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.230 Ohne eine gewisse Marktmacht zumindest eines am Zusammenschluss beteiligten Unternehmens auf mindestens einem relevanten Markt erfüllt ein konglomerater Zusammenschluss die Untersagungsvoraussetzungen nicht. 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 konglomeraten Effekten kommen kann.
2. Wenngleich 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.
   1. Einzelmarktbeherrschung
3. 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

229 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 horizontale und konglomerate Fusionen 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.

230 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.

Wettbewerb vermindert werden (1.). Sind die betroffenen Produkte komplementär bzw. wenden sie sich an die gleichen Kundengruppen, kann die Gefahr drohen, dass durch Kopplung 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 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.).231

1. Verlust von Randwettbewerb oder potentiellem Wettbewerb
2. 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.232 Der von solchen Randsubstituten ausgehende Wettbewerbsdruck ist in der Regel jedoch relativ schwach.233 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.234
3. 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.235

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

232 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 f. Durch die Fusion wäre auf dem bundesweiten Fernsehwerbemarkt die Randsubstitution durch die Bild- Zeitung entfallen.

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

234 Vgl. zur Beurteilung verminderter Randsubstitution bei horizontalen Fusionen auch oben Rn. 78.

235 Vgl. hierzu Rn. 75f.

1. Wettbewerbsbeschränkung durch Kopplung oder Bündelung
2. Durch eine konglomerate Fusion kann das fusionierte Unternehmen sein bisheriges Produktportfolio um komplementäre Produkte erweitern. Eine solche Erweiterung kann wettbewerblich problematisch sein, wenn sie das fusionierte Unternehmen zu einer Kopplung oder Bündelung dieser komplementären Produkte veranlasst.236 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.
3. 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.237 Konglomerate Fusionen können so dazu führen, dass auf dem Markt für das gekoppelte Produkt eine marktbeherrschende Stellung zu erlangen oder diese zu verstärken.238
4. 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.
5. Möglichkeit zu Kopplungs- oder Bündelungsstrategien
6. Der erfolgreiche Einsatz von Bündelungsstrategien zur Behinderung aktueller Wettbewerber oder Verhinderung von Marktzutritten ist grundsätzlich

236 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.

237 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.

238 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.

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

1. 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.
2. 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.
3. 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 Marktzutrittsschranke 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.
4. Anreiz zu Kopplungs- oder Bündelungsstrategien
5. 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 verbundenen 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.239
6. 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.
7. 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.240
8. 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

239 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.

240 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.

„Abschreckungswirkung“ anderer wettbewerbspolitischer Instrumente im Rahmen der Fusionskontrolle nicht zu berücksichtigen.241

1. Portfolioeffekte
2. 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. 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, vorausgesetzt das entspricht den Präferenzen der Nachfrager. Unter solchen Bedingungen kann sich die Marktmacht eines Anbieters erhöhen, wenn er durch einen konglomeraten Zusammenschluss seine Produktpalette entsprechend erweitert. Dabei sind auch mögliche und wahrscheinliche Gegenstrategien der Wettbewerber zu berücksichtigen.

1. Stärkung von Ressourcen
2. 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

241 Vgl. auch *Nothdurft, J.* (2006), Die Entscheidung des EuGH im Fall Tetra Laval, in: ZWeR, S. 315.

(siehe oben Punkt B.I.2.g). 242 Dieselben Erwägungen finden auch bei konglomeraten Fusionen Anwendung. 243

II. Gemeinsame Marktbeherrschung

1. 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 Mitglieder eines Oligopols durch den konglomeraten Zusammenschluss eher geneigt sind, ihr Verhalten zu koordinieren, bzw. wenn eine Koordination einfacher, wirksamer oder stabiler wird.244
2. Eine konglomerate Fusion kann das **Erzielen einer Verhaltenskoordinierung** 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 Verhaltenskoordinierung kann zudem erleichtert werden, wenn sie eine Verflechtung245 zwischen Mitgliedern des Oligopols begründet, z.B. wenn durch den Zusammenschluss zwei Oligopolisten an einem Gemeinschafts- unternehmen beteiligt werden.246
3. Begründet ein konglomerater Zusammenschluss strukturelle Verbindungen zwischen den Oligopolisten kann dies auch die **Markttransparenz** erhöhen und so die Entdeckung eines Abweichens von der Verhaltenskoordinierung begünstigen.247 Führt ein Zusammenschluss dazu, dass sich die Oligopolisten auf einer größeren

242 Vgl. hierzu Rn. 54ff.

243 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 1625, 1628. – *GKN/Sachs;* BGH, Beschl. v. 21.2.1978, WuW/E BGH 1501, 1510. – *Kfz-Kupplungen*; BKartA, Beschl. v. 4.3.1981, B7-35/80, WuW/E BKartA 1867,1869. – *Rheinmetall/WMF*; BGH, Beschl. v. 23.6.1985, WuW/E BGH 2157. – *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 (juris).

244 Zur ausführlichen Erläuterung des Konzeptes gemeinsamer Marktbeherrschung vgl. Kapitel B.II., Rn. 81ff. Hier wird nur auf Besonderheiten im Zusammenhang mit konglomeraten Zusammenschlüssen eingegangen.

245 Vgl. hierzu Rn. 96.

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

247 Vgl. hierzu Rn. 105.

Anzahl von Märkten begegnen als zuvor („multi market contacts“), kann dies die Möglichkeiten erweitern, ein von der Koordinierung abweichendes Verhalten zu **sanktionieren**.248

1. 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 einem Unternehmen zusammenschließt, welches bislang Druck auf den oligopolistisch beherrschten Markt ausgeübt hat.249

248 Vgl. hierzu Rn. 109.

249 So die Argumentation in BKartA, Beschl. v. 19.1.2006, B6-103/05 – Springer/ProSiebenSat.1, S. 39: 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.

### Kausalität

1. 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.250 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.
2. 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.251 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.252
3. An der Kausalität des Zusammenschlusses für die Verschlechterung der Marktverhältnisse fehlt es insbesondere, wenn die Voraussetzungen einer sog.

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

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

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

**Sanierungsfusion** erfüllt sind.253 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.254 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,255 ROI,256 Cash Flow, Liquidität, Verschuldungsgrad,

Eigenkapitalrentabilität, Eigenkapitalquote, insbesondere im Vergleich zum Branchendurchschnitt. Relevant ist ebenfalls, ob eine Restrukturierung bzw. Refinanzierung möglich erscheint.257 Maßgeblich sind die Umstände des Einzelfalls.

253 Vgl. BGH, Beschl. v. 23.10.1979, WuW/E BGH 1655, 1660 – *Zementmahlanlage 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. 16-19; 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 – |
| *Magna/Karmann*, S. 122ff. |  |  |  |

254 Für eine Ablehnung der Sanierungsbedürftigkeit vgl. z.B. BKartA, Beschl. v. 6.6.2007, B3-6/07 – *LBK Hamburg/Mariahilf*, Rn. 235ff.; 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. 39f.

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

256 Diese Kennzahl steht für „return on investment“.

257 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.258 Insbesondere kommt **kein** Unternehmen als **alternativer Erwerber** in Betracht, dessen Erwerb den Wettbewerb weniger beeinträchtigen würde als der vorliegende Zusammenschluss.259 Dies erfordert den Nachweis, dass sich der Verkäufer ausreichend um eine anderweitige Veräußerung bemüht hat.260 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.261
* Die **Marktposition des erworbenen Unternehmens würde auch ohne den Zusammenschluss im Wesentlichen dem erwerbenden Unternehmen zufallen**.262 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.263 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.264 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

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

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

260 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.

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

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

263 BKartA, Beschl. v. 21.10.2003, B7-100/03 – *Imation/EMTEC*, Rn. 62f.

264 BKartA, Beschl. v. 10.3.2005, B10-123/04 – *Rhön/Rhön-Grabfeld*, Rn. 244f.; vgl. auch BKartA, Beschl. v. 6.6.2007, B3-6/07 – *LBK Hamburg/Mariahilf*, Rn. 262ff.

zugunsten der Wettbewerber zu rechnen ist.265 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.266 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.267

265 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,](http://www.bundeskartellamt.de/) unter Bezugnahme auf Monopolkommission (2004), Sondergutachten Nr. 42, Die Pressefusionskontrolle in der 7. GWB-Novelle, Rn. 140.

266 Vgl. dazu z.B. BKartA, Beschl. v. 2.5.2003, B3-8/03 – *Ajinomoto/Orsan*, S. 18f.; sowie BKartA, Beschl. v. 21.5.2010, B9-13/10 – *Magna/Karmann*, S. 135.

267 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.

### Abwägungsklausel

1. 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.
2. 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.
3. Die Abwägungsklausel ermöglicht eine Abwägung ausschließlich von **wettbewerblichen Auswirkungen** eines Zusammenschlusses. Etwaige gesamtwirtschaftliche Vorteile, politische Zielsetzungen268 und sonstige Allgemeininteressen können vom Bundeskartellamt nicht berücksichtigt werden, sondern ausschließlich im Rahmen eines Ministererlaubnisverfahrens vom Bundeswirtschaftsminister (§ 42 GWB).
4. Die wettbewerblich positiven Auswirkungen des Zusammenschlusses müssen

**struktureller Art** sein – ebenso wie dessen wettbewerblich negativen

268 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.

Auswirkungen, die eine Marktbeherrschung begründen oder verstärken.269 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 Marktzutrittsschranken270 sein.

1. 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.271 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.272
2. Ebenfalls nicht ausreichend sind reine betriebswirtschaftliche Vorteile, wie bessere Kapazitätsauslastung oder Kosteneinsparungen der Zusammenschluss- beteiligten.273 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.274

269 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.

270 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.

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

272 Vgl. BGH, Beschl. v. 8.2.1994, WuW/E BGH 2899, 2903 – *Anzeigenblätter II.*

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

274 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.

1. Die abzuwägenden wettbewerblichen Auswirkungen müssen **auf verschiedenen Märkten** eintreten. Treten die Auswirkungen auf *demselben* Markt auf, sind sie nicht im Rahmen der Abwägungsklausel, sondern bereits bei der Beurteilung darüber zu berücksichtigen, ob eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird.275
2. 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.276 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.277 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.
3. 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.
4. 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 Zusammen-

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

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

277 Vgl. BKartA, Beschl. v. 15.12.2011, B7-66/11 – *Liberty Global/Kabel BW*, Rn. 295; BKartA, Beschl. v. 22.2.2002, B7-168/01 – *Liberty/KDG*, Rn. 103f.; BKartA, Beschl. v. 28.12.2004, B7-150/04 – SES*/DPC*, Rn.158; 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.

schluss nicht zu erwarten ist.278 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 ist dagegen der Vorteil, dass die Verbesserungen schneller eintreten, wenn der Zusammenschluss stattfindet.279 Der Prognosezeitraum bezüglich der Verbesserung ist – wie der Prognosezeitraum bezüglich der Entstehung oder Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung – von dem betroffenen Markt abhängig.

1. Die Kausalität erfordert zudem einen gewissen Zusammenhang der wettbewerblichen Verschlechterungen und Verbesserungen. Dieser ist nicht in dem Sinne herbeiführbar, dass durch die Ausgestaltung des Zusammenschluss- vorhabens 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.280
2. Daraus ergibt sich, dass die notwendigen Verbesserungswirkungen nicht beliebig über Nebenbestimmungen „aushandelbar“ sind.281 Gleichwohl können Nebenbestimmungen in manchen Fällen dazu beitragen, die Voraussetzungen der Abwägungsklausel zu erfüllen.282 Die Verbesserungen müssen aber in Zusammenhang zum eigentlichen Zusammenschluss stehen. Nebenbestimmungen können auch auf das Verhalten einwirken, sofern dabei ein struktureller Effekt erzielt

278 BGH, Beschl. v. 12.12.1978, WuW/E BGH, 1533, 1539 f. – *Erdgas Schwaben.* 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: KG, Beschl. v. 7.11.1985, WuW/E OLG, 3759, 3767 – Pillsbury/Sonnen-Bassermann.

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

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

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

282 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/SaarFerngas*, S. 48; allerdings hätten in diesem Fall die mit den angebotenen Zusagen zu erreichenden Verbesserungen die mit dem Zusammenschluss bewirkten Verschlechterungen nicht überwogen.

wird, der hinreichend wirksam und nachhaltig ist.283 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 insoweit ist sie durch die Marktstruktur begründet.284 Im Einzelfall können die Verbesserungswirkungen über Nebenbestimmungen gegebenenfalls unterstützt werden, indem sie die Wahrscheinlichkeit der Strukturveränderung erhöhen oder ein Offenhalten der Märkte absichern.

1. 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.285 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.
2. Bei den **Marktkriterien** wird in quantitativer Hinsicht insbesondere die gesamtwirtschaftliche Bedeutung der betroffenen Märkte berücksichtigt. Diese bemisst sich insbesondere nach dem Marktvolumen286 der betroffenen Märkte, kann sich aber auch nach deren räumlicher Ausdehnung bemessen.287 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.288

283 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 DE-R 1691, 1692 f. – *DB Regio/üstra*, Rn. 57ff.

284 BGH, Beschl. v. 8.2.1994, WuW/E BGH 2899, 2903 – *Anzeigenblätter II.*

285 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.

286 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.

287 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*.

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

1. Das Ausmaß der strukturellen **Verbesserungswirkungen** kann etwa anhand eines Marktanteilszugewinns und der daraus resultierenden Wettbewerbsintensivierung bewertet werden.289 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 überwiegen.290 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.291
2. 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 substantiierter 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.
3. 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. Ermittlungen sind aber nur im Rahmen dessen möglich und notwendig, was von den Beteiligten dargelegt wird. 292 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.

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

290 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.

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

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

### Mustertext:

**Freigabe eines Zusammenschlussvorhabens mit Nebenbestimmungen**

(hier: Aufschiebende Bedingungen)

**Variablen (individuell einzusetzen):**

**[Z]:** Name des zu veräußernden Unternehmens bzw. Bezeichnung für die zu veräußernden Gesellschaftsanteile, den zu veräußernden Geschäftsbereich, Betrieb, Vermögensgegenstand etc. und verbundene Unternehmen

**[A]:** die Zusammenschlussbeteiligte A (Erwerber)

**[B]:** die Zusammenschlussbeteiligte B (Zielunternehmen)

**[C]:** die Zusammenschlussbeteiligte C (Veräußerer)

**Freigabe mit Nebenbestimmungen**

Das am [Datum] [...] angemeldete Vorhaben wird nach § 40 Abs. 2 und 3 GWB mit folgenden Nebenbestimmungen freigegeben:

**A. Veräußerungsverpflichtung**

1. **Veräußerung**

Die Freigabe erfolgt unter der aufschiebenden Bedingung, dass [A/B/C] die [Z] in dem unter

A.2. genannten Umfang innerhalb der unter A.3. bezeichneten Frist nach Maßgabe der nachfolgenden Bestimmungen (insbesondere A.4., B.1. und B.2.) an einen unabhängigen Erwerber veräußert bzw. die Veräußerung der [Z] durch die mit [A/B/C] verbundenen Unternehmen veranlasst.

Die Bedingung gilt als erfüllt, wenn [A/B/C] der Beschlussabteilung nachweist, dass die dingliche Veräußerung von [Z] unter Beachtung der nachfolgenden Bestimmungen rechtswirksam vollzogen worden ist. Kommt eine solche Veräußerung bis zum Ablauf der unter A.3. genannten Frist nicht zu Stande, kann sie nicht mehr erfolgen oder wird sie wirksam angefochten, entfaltet die Entscheidung keine Freigabewirkung. Der Zusammenschluss gilt dann als untersagt.

1. **Veräußerungsgegenstand**

[Z] ist [Beschreibung der rechtlichen und funktionalen Struktur, der Tätigkeits- und Geschäftsbereiche, Betriebsstätten, Organisationsstruktur etc.] und besteht im Wesentlichen aus:

2

* 1. den folgenden materiellen Vermögensgegenständen: [Liste der wesentlichen Vermögensgegenstände, wie Betriebsgrundstücke und -gebäude, Werke, Betriebe, Lager, Anlagen, Maschinen und technische Einrichtungen, Fuhrparke, EDV-Einrichtungen, Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe aller Art, fertige Erzeugnisse und Warenvorräte, etc.].
  2. den folgenden immateriellen Vermögensgegenständen: [Liste der immateriellen Vermögensgegenstände, wie gewerbliche Schutzrechte (Urheberrechte und urheberrechtliche Nutzungsrechte, Patente, Lizenzen, Warenzeichen, Gebrauchs- und Geschmacksmuster), spezifisches Know-how, spezielle EDV-Programme, Kunden-, Debitoren- und sonstige Verzeichnisse, Geschäftsbücher und Unterlagen, die zur Fortsetzung des Geschäftsbetriebes benötigt werden, etc.].
  3. den folgenden vertraglichen und sonstigen Rechtsverhältnissen: [Liste der Rechtsverhältnisse, wie Verträge mit Lieferanten, Verträge mit Kunden, Beratungs- und Handelsvertreterverträge, Miet- und Pachtverträge, Verträge mit Kreditgebern und -nehmern, Gesellschaftsverträge, Versicherungsverträge, Rechte an fremden Grundstücken, Konzessionen, Betriebsgenehmigungen, etc.].
  4. den folgenden Arbeitnehmern: [Liste der Namen mit Funktionsbeschreibung und der Beschäftigungszeiträume, sowie Angabe solcher Mitarbeiter, die wesentliche Funktionen ausüben, unter Angabe der Arbeits- bzw. Dienstverträge].

1. **Veräußerungsfrist**

Die Veräußerungsverpflichtung nach A.1. hat [A/B/C] innerhalb von [...] Monaten nach Zustellung dieses Beschlusses zu erfüllen.

1. **Der / Die Erwerber**
   1. [A/B/C] kann [Z] an einen einzigen Erwerber oder, wenn ein einziger Erwerber [Z] nicht als Ganzes, sondern nur zum Teil erwerben möchte, an mehrere Erwerber veräußern.
   2. Bei dem Erwerber / den Erwerbern muss es sich um ein oder mehrere Unternehmen handeln, an denen weder [A] noch [B] einschließlich mit ihnen i. S. d. § 36 Abs. 2 GWB verbundener Unternehmen personell oder durch Kapitalbeteiligung (gleich in welcher Höhe) beteiligt sind und auf das diese keinen wettbewerblich erheblichen Einfluss im Sinne des § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB ausüben können. Der Erwerber darf auch nicht auf sonstige Weise, beispielsweise durch vertragliche Absprachen, die ein Handeln für Rechnung von [A/B] ermöglichen, mit [A/B] verbunden sein.
   3. Der / Die Erwerber soll ein / sollen Unternehmen sein, das / die den dauerhaften Fortbestand der [Z] als Wettbewerber auf dem Markt für [sachliche und räumliche

3

Bezeichnung des relevanten Marktes / der relevanten Märkte] erwarten lässt / lassen.

* 1. Infolge der Übernahme der zu veräußernden Unternehmensbeteiligungen bzw. Vermögenswerte durch den / die Erwerber darf *prima facie* nicht die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zu erwarten sein.
  2. [A/B/C] informieren die Beschlussabteilung rechtzeitig über den / die von ihnen ausgewählten potentiellen Erwerber. Die Unterzeichnung des Kaufvertrages / der Kaufverträge mit diesem Erwerber / diesen Erwerbern bedarf der vorherigen Zustimmung der Beschlussabteilung. Die Erteilung der Zustimmung darf nur aus den vorstehend unter A.4.2. bis A.4.4. genannten Gründen verweigert werden. Eine etwaige Pflicht zur Anmeldung des Erwerbs bei der/den zuständigen Kartellbehörde(n) bleibt hiervon unberührt.

1. **Pflichten von [A/B/C] vor Veräußerung**

Die aufschiebende Bedingung tritt nur ein, wenn die Veräußerung unter Einhaltung folgender Pflichten durchgeführt wird. Ansonsten gilt der Zusammenschluss als untersagt.

* 1. **Wahrung der unternehmerischen Eigenständigkeit von [Z]**
     1. [A/B/C] stellt sicher, dass [Z] bis zum Vollzug der Veräußerung von [Z] unternehmerisch eigenständig bleibt und über ausreichendes Kapital verfügt, so dass [Z] selbständig fortgeführt werden kann. Der [Z] sind die hierfür erforderlichen Mitarbeiter und Vermögensgegenstände zur Verfügung zu stellen [ggf. Liste]. [Soweit dies zur Wahrung der unternehmerischen Eigenständigkeit von [Z] notwendig ist: [A/B/C] wird [Z] bis zur Veräußerung zu marktüblichen Bedingungen / zu Bedingungen, die denjenigen entsprechen, die [Z] derzeit gewährt werden, die folgenden Produkte / Dienstleistungen zur Verfügung stellen [Liste]. / [A/B/C] wird bis zur Veräußerung die für die Wahrung der unternehmerischen Eigenständigkeit erforderlichen Mitarbeiter [ggf. Liste] weder direkt noch indirekt abwerben.
     2. [A/B/C] wird aufgegeben, bis zur Erfüllung der Verpflichtung gemäß A.1. [Z] wirtschaftlich getrennt von ihren anderen Geschäftsbereichen zu halten. Personelle Verflechtungen, insbesondere bezüglich des / der Geschäftsführer/s und leitender Angestellter, sind unverzüglich nach Zustellung des Beschlusses aufzulösen. B.1.1. Satz 2 bleibt unberührt.
     3. [A/B/C] stellt sicher, dass sie [bis zur der Veräußerung von [Z]] keine Geschäftsgeheimnisse, Know-how, unternehmerische Informationen oder sonstige

4

vertrauliche Informationen in Bezug auf [Z] mehr erhält, es sei denn, die Informationen sind erforderlich zur Erfüllung gesetzlich vorgesehener Berichtspflichten.

* + 1. [A/B/C] hat insbesondere sämtliche IT-Einrichtungen und -systeme, die derzeit von ihr und [Z] gemeinsam genutzt werden, zu trennen. [A/B/C] hat zu gewährleisten, dass [Z] spätestens [...] Wochen nach Zugang dieses Beschlusses sämtliche für ihren Geschäftsbetrieb erforderlichen IT-Leistungen mindestens in dem derzeit bestehenden Umfang selbständig und unabhängig durchführen kann.
    2. Die Auflösung der bestehenden Verbindungen ist der Beschlussabteilung spätestens innerhalb von [...] Wochen nach Zustellung des Beschlusses schriftlich zu bestätigen.
  1. **Sicherung der Markt- und Wettbewerbsfähigkeit von [Z]**

[A/B/C] stellt sicher, dass die wirtschaftliche Überlebensfähigkeit, Markt- und Wettbewerbsfähigkeit von [Z] mindestens aufrecht erhalten bleibt. [A/B/C] minimiert soweit wie möglich das Risiko eines Verlusts des wettbewerblichen Potentials von [Z]. Insbesondere nimmt [A/B/C] keine Handlungen vor, die einen negativen Einfluss auf den Wert, die Unternehmensführung oder die Wettbewerbsfähigkeit von [Z] haben oder Art und Umfang der Geschäftstätigkeit, die gewerbliche oder unternehmerische Strategie oder die Investitionspolitik von [Z] beeinträchtigen könnten.

**[Fassung von B.1. und B.2 im Fall eines „*carve out*“:**

**B.1. Schaffung von [Z] als eine eigenständige Einheit mit Markt- und Wettbewerbsfähigkeit (aufschiebende Bedingung)**

* 1. [A/B/C] stellt sicher, dass [Z] bis zu dessen Veräußerung eine eigenständige Einheit bildet und über ausreichendes Kapital verfügt so dass [Z] selbständig geführt werden kann. Der [Z] sind die hierfür erforderlichen Mitarbeiter und Vermögensgegenstände zur Verfügung zu stellen [ggf. Liste]. [A/B/C] gewährleistet, dass [Z] spätestens [...] Wochen nach Zugang dieses Beschlusses sämtliche für ihren Geschäftsbetrieb erforderlichen IT-Leistungen selbständig und unabhängig und ohne Verbindung zu den IT-Einrichtungen und -Systemen von [A/B/C] durchführen kann. [A/B/C] wirkt darauf hin, dass [Z] zu jedem Zeitpunkt über die notwendigen behördlichen Genehmigungen verfügt, um ihr Geschäft betreiben zu können. [*Soweit dies zur Schaffung der [Z] als eigenständige Einheit notwendig ist: [A/B/C]*

*wird [Z] bis zur Veräußerung zu marktüblichen Bedingungen / zu [...] Bedingungen die folgenden Produkte / Dienstleistungen zur Verfügung stellen [Liste]. / [A/B/C] wird bis zur*

5

*Veräußerung die vorgenannten Mitarbeiter [ggf. Liste] weder direkt noch indirekt abwerben*.] Die Beschlussabteilung ist über die Erfüllung der vorstehend genannten Pflichten innerhalb von [...] nach Zustellung des Beschlusses schriftlich zu unterrichten.

* 1. [A/B/C] wird aufgegeben, bis zur Erfüllung der Verpflichtung gemäß A.1. [Z] wirtschaftlich getrennt von ihren anderen Geschäftsbereichen zu halten. Personelle Verflechtungen, insbesondere bezüglich des / der Geschäftsführer/s und / oder leitender Angestellter, sind unverzüglich nach Zustellung des Beschlusses aufzulösen. B.1.1. Satz 2 bleibt unberührt.
  2. [A/B/C] stellt sicher, dass sie [bis zur Veräußerung von [Z]] keine Geschäftsgeheimnisse, Know-how, unternehmerische Informationen oder sonstige vertrauliche Informationen in Bezug auf [Z] erhält, es sei denn, die Informationen sind erforderlich, um gesetzlich vorgesehene Berichtspflichten zu erfüllen.

**B.2. Gewährleistung der Markt- und Wettbewerbsfähigkeit von [Z]**

[A/B/C] stellt sicher, dass die wirtschaftliche Überlebensfähigkeit, Markt- und Wettbewerbsfähigkeit von [Z] gewährleistet ist. [A/B/C] minimiert soweit wie möglich das Risiko eines Verlusts des wettbewerblichen Potentials von [Z]. Insbesondere nimmt [A/B/C] keine Handlungen vor, die einen negativen Einfluss auf den Wert, die Leitung oder die Wettbewerbsfähigkeit von [Z] haben oder Art und Umfang der Geschäftstätigkeit, die gewerbliche oder unternehmerische Strategie oder die Investitionspolitik von [Z] beeinträchtigen könnten.

1. **Pflichten von [A/B/C] nach Veräußerung (Auflagen)**1

Die nachfolgend aufgeführten Pflichten sind für die Freigabe notwendige Auflagen, um die strukturellen wettbewerblichen Auswirkungen der Veräußerung sicherzustellen.

* 1. **Lieferverpflichtung**

[*Soweit dies für den Erhalt der wettbewerblichen Geschäftstätigkeit von [Z] notwendig ist:*] [A/B/C] wird aufgegeben, dem Erwerber für eine Übergangszeit von bis zu [...] Monaten nach

1 Je nach Bedeutung der unter C. aufgeführten Pflichten im konkreten Fall, sollten diese ggf. als auflösende Bedingung formuliert werden. Der nachfolgende Satz lautete dann: „Die Freigabe steht unter der auflösenden Bedingung, dass gegen die unter Ziff. C.[...] aufgeführten verstoßen wird. Bei einem Verstoß gegen die unter Ziff. C.[...] aufgeführten Pflichten entfällt die Freigabewirkung der Entscheidung. Der Zusammenschluss gilt dann als untersagt.“ Ggf. können bestimmte Pflichten als Bedingungen, andere als Auflagen ausgestaltet werden, worauf dann entsprechend hinzuweisen wäre.

6

erfolgter Veräußerung die folgenden Produkte / Dienstleistungen durch [A/B/C] oder der mit ihr verbundenen Unternehmen zu marktüblichen Bedingungen / zu Bedingungen, die denjenigen entsprechen, die [Z] zum Zeitpunkt der Zustellung des Beschlusses gewährt werden, zur Verfügung zu stellen:

[Liste der Produkte / Dienstleistungen, deren Lieferung von [A/B/C] an [Z] für eine Übergangszeit notwendig ist, um das Überleben und die Wettbewerbsfähigkeit von [Z] sicherzustellen]

* 1. **Rückkaufverbot**

[A/B/C] einschließlich verbundener Unternehmen wird aufgegeben, für einen Zeitraum von [...] Jahren nach Vollzug der Veräußerung keinen direkten oder indirekten Einfluss auf die veräußerten Beteiligungen und Vermögensgegenstände zu erwerben.

* 1. **Abwerbungsverbot**

[A/B/C] wird weiterhin aufgegeben, für einen Zeitraum von [...] Jahren nach Vollzug der Veräußerung der unter A.2. genannten Vermögenswerte und / oder Unternehmensbeteiligungen weder direkt noch indirekt Mitarbeiter [leitende Angestellte] von [Z] abzuwerben, es sei denn, der / die Erwerber hat / haben schriftlich bestätigt, dass er / sie an einer Weiterbeschäftigung nicht interessiert ist / sind.

* 1. **Verzicht auf Ausübung von Rechten aus Wettbewerbsverboten**

[A/B/C] wird aufgegeben, nach Vollzug der unter A.2. genannten Vermögenswerte und / oder Unternehmensbeteiligungen auf die Ausübung von Rechten aus Wettbewerbsverboten zu verzichten, die gegebenenfalls mit Mitarbeitern der zu veräußernden Vermögensgegenstände und / oder Unternehmensbeteiligungen vereinbart sind.

1. **Sicherungstreuhänder**
   1. [A/B/C] setzt unverzüglich [nach Zustellung dieses Beschlusses / bis zum ...] einen unabhängigen und sachkundigen Sicherungstreuhänder ein, der die Aufgabe hat, die Erfüllung der unter Abschnitt A. und B. aufgeführten Pflichten für [A/B/C] sicherzustellen. Der Sicherungstreuhänder muss von [A/B/C] unabhängig und frei von aktuellen oder potentiellen Interessenkonflikten sein und die notwendige Qualifikation für seine Aufgabe besitzen. [A/B/C] trägt die Kosten des Sicherungstreuhänders.

7

* 1. Die Einsetzung des Treuhänders sowie der Treuhändervertrag bedürfen der vorherigen Zustimmung der Beschlussabteilung. [A/B/C] legt der Beschlussabteilung [innerhalb einer Woche / bis zum... ] nach Zustellung dieses Beschlusses [einen Vorschlag / eine Liste mit mindestens drei Vorschlägen] für das Amt des Sicherungstreuhänders unter Beifügung des beabsichtigten Treuhändervertrages vor. Sollte die Beschlussabteilung den vorgeschlagenen Kandidaten und / oder den Treuhändervertrag ablehnen, wird [A/B/C] innerhalb einer weiteren Woche nach Zugang der ablehnenden Entscheidung der Beschlussabteilung mindestens zwei weitere Vorschläge und / oder eine nach den Anregungen der Beschlussabteilung geänderte Fassung des Treuhändervertrages einreichen. Sollten auch diese Vorschläge keine Zustimmung finden, setzt [A/B/C] einen von der Beschlussabteilung benannten Treuhänder ein und / oder verwendet einen von der Beschlussabteilung verfassten Vertrag.
  2. Der Sicherungstreuhänder schlägt als Vertreter von [A/B/C] unmittelbar nach Aufnahme seines Mandats in einem ersten Bericht an die Beschlussabteilung einen detaillierten Arbeitsplan vor, aus welchem hervorgeht, durch welche Maßnahmen er beabsichtigt, die sich aus diesen Nebenbestimmungen ergebenden Aufgaben für [A/B/C] zu erfüllen.

Der Sicherungstreuhänder

* + - wird als Vertreter von [A/B/C] der Beschlussabteilung alle [...] Wochen einen schriftlichen Bericht über den Stand der Umsetzung und Einhaltung der unter B. genannten Verpflichtungen vorlegen;
    - beaufsichtigt und unterstützt die laufende Geschäftsführung hinsichtlich der Sicherstellung der wirtschaftlichen Überlebensfähigkeit, der unternehmerischen Werthaltigkeit und der Wettbewerbsfähigkeit von [Z] und legt gemeinsam mit der Geschäftsführung die notwendigen Maßnahmen fest;
    - unterstützt und kontrolliert den Gang des Veräußerungsprozesses;
    - kann einen Mitarbeiter von [Z] als Sicherungsmanager einsetzen. Dessen Aufgabe ist insbesondere, die übrigen Mitarbeiter von [Z] umfassend über den Veräußerungsprozess und die daraus für die Mitarbeiter von [Z] resultierenden Verpflichtungen (insbesondere die Verpflichtung, keine vertrauliche Information über [Z] mehr an [A/B/C] weiter zu geben) und sonstigen Veränderungen zu unterrichten.
    - wird als Vertreter von [A/B/C] der Beschlussabteilung unverzüglich nach Ablauf seines Mandats bzw. nach dem Vollzug der Veräußerung einen abschließenden

8

Bericht über die Einhaltung und Umsetzung der sich aus den Nebenbestimmungen ergebenden Verpflichtungen vorlegen.

* 1. [A/B/C] lässt dem Sicherungstreuhänder und dem Sicherungsmanager jegliche zweckdienliche Zusammenarbeit, Unterstützung und Informationen zukommen, die dieser zur Erfüllung seiner Aufgaben benötigt. [A/B/C] gewährt dem Sicherungstreuhänder Zugang zu allen Büchern, Aufzeichnungen, Unterlagen, Mitarbeitern, Einrichtungen, Standorten und technischen Informationen von [A/B/C] und von [Z], die für die Erfüllung seines Mandats erforderlich sind.
  2. Falls [Z] eine rechtlich selbständige Gesellschaft ist:

[A/B/C] überträgt dem Sicherungstreuhänder die unabhängige Wahrnehmung sämtlicher ihr und den mit ihr verbundenen Unternehmen zustehenden Gesellschafterrechte an [Z], einschließlich aller damit verbundenen Kontroll-, Weisungs- und Stimmrechte, mit Ausnahme des Anspruchs auf Gewinnausschüttung und des Veräußerungsrechts.

* 1. Die Beschlussabteilung kann dem Sicherungstreuhänder als Vertreter von [A/B/C] Anweisungen erteilen, um die Einhaltung der Nebenbestimmungen sicherzustellen. Kommt der Sicherungstreuhänder diesen Anweisungen nicht nach oder verletzt er sonst die ihm als Vertreter von [A/B/C] obliegenden Pflichten wiederholt, kann die Beschlussabteilung [A/B/C] aufgeben, diesen durch einen anderen Sicherungstreuhänder zu ersetzen. Die für die Ernennung unter D.2. genannten Bestimmungen gelten für die Ersetzung des Sicherungstreuhänders entsprechend.
  2. Das Bundeskartellamt haftet nicht für evtl. Schäden, die der Sicherungstreuhänder oder einer seiner Mitarbeiter verursachen.

1

**Mustertext:**

**Freigabe eines Zusammenschlussvorhabens mit Nebenbestimmungen**

(hier: Auflagen)

**Variablen (individuell einzusetzen):**

**[Z]:** Name des zu veräußernden Unternehmens bzw. Bezeichnung für die zu veräußernden Gesellschaftsanteile, den zu veräußernden Geschäftsbereich, Betrieb, Vermögensgegenstand etc. und verbundene Unternehmen

**[A]:** die Zusammenschlussbeteiligte A (Erwerber) **[B]:** die Zusammenschlussbeteiligte B (Zielunternehmen)

**[C]:** die Zusammenschlussbeteiligte C (Veräußerer)

**Freigabe mit Nebenbestimmungen**

Das am [Datum] [...] angemeldete Vorhaben wird nach § 40 Abs. 2 und 3 GWB mit folgenden Nebenbestimmungen freigegeben:

**A. Veräußerungsverpflichtung**

1. **Veräußerung**

Der [A/B/C] wird aufgegeben, [Z] in dem unter A.2. genannten Umfang innerhalb der unter

A.3. genannten Fristen nach Maßgabe der nachfolgenden Bestimmungen (A.5., B.1. und B.2.) an einen unabhängigen Erwerber zu veräußern bzw. die Veräußerung durch die mit [A/B/C] verbundenen Unternehmen zu veranlassen.

Die Auflage gilt als erfüllt, wenn [A/B/C] der Beschlussabteilung nachweist, dass die Veräußerung von [Z] unter Beachtung der nachfolgenden Bestimmungen rechtswirksam vollzogen worden ist, sofern der Vollzug nicht wirksam angefochten wird.

1. **Veräußerungsgegenstand**

[Z] ist [Beschreibung der rechtlichen und funktionalen Struktur, der Tätigkeits- und Geschäftsbereiche, Betriebsstätten, Organisationsstruktur etc.] und besteht im Wesentlichen aus:

* 1. den folgenden materiellen Vermögensgegenständen: [Liste der wesentlichen Vermögensgegenstände, wie Betriebsgrundstücke und -gebäude, Werke, Betriebe, Lager,

2

Anlagen, Maschinen und technische Einrichtungen, Fuhrparke, EDV-Einrichtungen, Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe aller Art, fertige Erzeugnisse und Warenvorräte, etc.].

* 1. den folgenden immateriellen Vermögensgegenständen: [Liste der immateriellen Vermögensgegenstände, wie gewerbliche Schutzrechte (Urheberrechte und urheberrechtliche Nutzungsrechte, Patente, Lizenzen, Warenzeichen, Gebrauchs- und Geschmacksmuster), spezifisches Know-how, spezielle EDV-Programme, Kunden-, Debitoren- und sonstige Verzeichnisse, Geschäftsbücher und Unterlagen, die zur Fortsetzung des Geschäftsbetriebes benötigt werden, etc.].
  2. den folgenden vertraglichen und sonstigen Rechtsverhältnissen: [Liste der Rechtsverhältnisse, wie Verträge mit Lieferanten oder Kunden, Beratungs- und Handelsvertreterverträge, Miet- und Pachtverträge, Verträge mit Kreditgebern und -nehmern, Gesellschaftsverträge, Versicherungsverträge, Rechte an fremden Grundstücken, Konzessionen, Betriebsgenehmigungen, etc.].
  3. den folgenden Arbeitnehmern: [Liste der Namen mit Funktionsbeschreibung und der Beschäftigungszeiträume, sowie Angabe solcher Mitarbeiter, die wesentliche Funktionen ausüben, unter Angabe der Arbeits- bzw. Dienstverträge].

1. **Veräußerungsfristen**
   1. **Erste Veräußerungsfrist**

Die Veräußerungsverpflichtung nach Abschnitt A.1. hat [A/B/C] innerhalb von [...] Monaten nach Zustellung dieses Beschlusses zu erfüllen.

* 1. **Verlängerte Veräußerungsfrist**

Gelingt es [A/B/C] nicht, der Veräußerungsverpflichtung innerhalb der ersten Veräußerungsfrist nachzukommen, hat die Veräußerung von [Z] innerhalb einer Frist von weiteren [...] Monaten nach Ablauf der ersten Veräußerungsfrist unter Einsetzung eines Veräußerungstreuhänders nach E. zu erfolgen.

1. **Berichtspflichten von [A/B/C]**

[A/B/C] wird aufgegeben, das Bundeskartellamt regelmäßig [jeden Monat] schriftlich unter Nennung des Gesprächspartners mit Namen und Kontaktadresse über Zeitpunkt und Inhalt sowie Ergebnis ihrer Kontakte mit den Kaufinteressierten für die zu veräußernden Vermögenswerte und Beteiligungen nach Abschnitt A.2. zu unterrichten.

[A/B/C] wird dem Bundeskartellamt regelmäßig über den Fortgang der Gespräche berichten.

3

1. **Der / Die Erwerber**
   1. [A/B/C] kann [Z] an einen einzigen Erwerber oder, wenn ein einziger Erwerber [Z] nicht als Ganzes, sondern nur zum Teil erwerben möchte, an mehrere Erwerber veräußern.
   2. Bei dem Erwerber / den Erwerbern muss es sich um ein oder mehrere Unternehmen handeln, an denen weder [A] noch [B] einschließlich jeweils mit ihnen

i. S. d. § 36 Abs. 2 GWB verbundener Unternehmen personell oder durch Kapitalbeteiligung (gleich in welcher Höhe) beteiligt sind und auf das diese keinen wettbewerblich erheblichen Einfluss im Sinne des § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB ausüben können. Der Erwerber darf auch nicht auf sonstige Weise, beispielsweise durch vertragliche Absprachen, die ein Handeln für Rechnung von [A/B] ermöglichen, mit [A/B] verbunden sein.

* 1. Der / Die Erwerber soll ein / sollen Unternehmen sein, das / die den dauerhaften Fortbestand der [Z] als Wettbewerber auf dem Markt für [sachliche und räumliche Bezeichnung des relevanten Marktes / der relevanten Märkte] erwarten lässt / lassen.
  2. Infolge der Übernahme der zu veräußernden Unternehmensbeteiligungen bzw. Vermögenswerte durch den / die Erwerber darf *prima facie* nicht die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zu erwarten sein.
  3. [A/B] informieren die Beschlussabteilung rechtzeitig über den / die von ihnen ausgewählten potentiellen Erwerber. Die Unterzeichnung des Kaufvertrages / der Kaufverträge mit diesem Erwerber / diesen Erwerbern bedarf der vorherigen Zustimmung der Beschlussabteilung. Die Erteilung der Zustimmung darf nur aus den vorstehend unter A.5.2. bis A.5.4. genannten Gründen verweigert werden. Eine etwaige Pflicht zur Anmeldung des Erwerbs bei der/den zuständigen Kartellbehörde(n) bleibt hiervon unberührt.

1. **Pflichten von [A/B/C] vor Veräußerung**

Die Freigabe steht unter der auflösenden Bedingung, dass gegen die nachfolgenden Pflichten verstoßen wird. Bei einem Verstoß gegen diese Pflichten entfällt die Freigabewirkung der Entscheidung. Der Zusammenschluss gilt dann als untersagt.

* 1. **Wahrung der unternehmerischen Eigenständigkeit von [Z]**
     1. [A/B/C] stellt sicher, dass [Z] bis zu dessen Veräußerung von [Z] unternehmerisch eigenständig bleibt und über ausreichendes Kapital verfügt, so dass [Z] fortgeführt werden kann. Der [Z] sind die hierfür erforderlichen Mitarbeiter und Vermögensgegenstände zur Verfügung zu stellen [ggf. Liste].

4

[Soweit dies zur Wahrung der unternehmerischen Eigenständigkeit von [Z] notwendig ist: [A/B/C] wird [Z] bis zur Veräußerung zu marktüblichen Bedingungen / zu Bedingungen, die denjenigen entsprechen, die [Z] derzeit gewährt werden, die folgenden Produkte / Dienstleistungen zur Verfügung stellen [Liste]. / [A/B/C] wird bis zur Veräußerung die für die Wahrung der unternehmerischen Eigenständigkeit erforderlichen Mitarbeiter [ggf. Liste] weder direkt noch indirekt abwerben.]

* + 1. [A/B/C] wird aufgegeben, bis zur Erfüllung der Verpflichtung gemäß A.1. [Z] wirtschaftlich getrennt von ihren anderen Geschäftsbereichen zu halten. Personelle Verflechtungen, insbesondere bezüglich des / der Geschäftsführer und / oder leitender Angestellter sind unverzüglich nach Zustellung des Beschlusses aufzulösen. B.1.1. Satz 2 bleibt unberührt.
    2. [A/B/C] stellt sicher, dass sie [bis zur Veräußerung von [Z]] keine Geschäftsgeheimnisse, Know-how, unternehmerische Informationen oder sonstige vertrauliche Informationen in Bezug auf [Z] mehr erhält, es sei denn, eine solche Information ist erforderlich zur Erfüllung gesetzlich vorgesehener Berichtspflichten.
    3. [A/B/C] hat insbesondere sämtliche IT-Einrichtungen und -systeme, die derzeit von ihr und [Z] gemeinsam genutzt werden, zu trennen. [A/B/C] hat zu gewährleisten, dass [Z] spätestens [...] Wochen nach Zugang dieses Beschlusses sämtliche für ihren Geschäftsbetrieb erforderlichen IT-Leistungen mindestens in dem derzeit bestehenden Umfang selbständig und unabhängig durchführen kann.
    4. Die Auflösung der bestehenden Verbindungen ist der Beschlussabteilung spätestens innerhalb von [...] Wochen nach Zustellung des Beschlusses schriftlich zu bestätigen.
  1. **Sicherung der Markt- und Wettbewerbsfähigkeit von [Z]**

[A/B/C] stellt sicher, dass die wirtschaftliche Überlebensfähigkeit, Markt- und Wettbewerbsfähigkeit von [Z] zumindest aufrecht erhalten bleibt. [A/B/C] minimiert soweit wie möglich das Risiko eines Verlusts des wettbewerblichen Potentials von [Z]. Insbesondere nimmt [A/B/C] keine Handlungen vor, die einen negativen Einfluss auf den Wert, die Unternehmensführung oder die Wettbewerbsfähigkeit von [Z] haben oder Art und Umfang der Geschäftstätigkeit, die gewerbliche oder unternehmerische Strategie oder die Investitionspolitik von [Z] beeinträchtigen könnten.

5

**[Fassung von B.1. und B.2. im Fall eines „*carve out*“:**

**B.1. Schaffung von [Z] als eine eigenständige Einheit mit Markt- und Wettbewerbsfähigkeit**

* 1. [A/B/C] stellt sicher, dass [Z] bis zu dessen Veräußerung Z] eine eigenständige Einheit bildet und [Z] über ausreichendes Kapital verfügt, so dass [Z] selbständig geführt werden kann. Der [Z] sind die hierfür erforderlichen Mitarbeiter und Vermögensgegenstände zur Verfügung zu stellen [ggf. Liste]. [A/B/C] gewährleistet, dass [Z] spätestens [...] Wochen nach Zugang dieses Beschlusses sämtliche für ihren Geschäftsbetrieb erforderlichen IT- Leistungen selbständig und unabhängig und ohne Verbindung zu den IT-Einrichtungen und - Systemen von [A/B/C] durchführen kann. [A/B/C] wirkt darauf hin, dass [Z] zu jedem Zeitpunkt über die notwendigen behördlichen Genehmigungen verfügt, um ihr Geschäft betreiben zu können.

[*Soweit dies zur Schaffung von [Z] als eigenständiger Einheit notwendig ist: [A/B/C] wird [Z] bis zur Veräußerung zu marktüblichen Bedingungen / zu [...] Bedingungen die folgenden Produkte / Dienstleistungen zur Verfügung stellen [Liste]. / [A/B/C] wird bis zur Veräußerung die vorgenannten Mitarbeiter [ggf. Liste] weder direkt noch indirekt abwerben.*] Die Beschlussabteilung ist über die Erfüllung der vorstehend genannten Pflichten innerhalb von [...] nach Zustellung des Beschlusses schriftlich zu unterrichten.

* 1. [A/B/C] wird aufgegeben, bis zur Erfüllung der Veräußeerungsverpflichtung [Z] wirtschaftlich getrennt von ihren anderen Geschäftsbereichen zu halten. Personelle Verflechtungen, insbesondere bezüglich des / der Geschäftsführer/s und / oder leitender Angestellter sind unverzüglich nach Zustellung des Beschlusses aufzulösen. B.1.1. Satz 2 bleibt unberührt.
  2. [A/B/C] stellt sicher, dass sie [bis zur Veräußerung von [Z]] keine Geschäftsgeheimnisse, Know-how, unternehmerische Informationen oder sonstige vertrauliche Informationen in Bezug auf [Z] erhält, es sei denn, eine solche Information ist erforderlich, um gesetzlich vorgesehene Berichtspflichten zu erfüllen.

**2. Gewährleistung der Markt- und Wettbewerbsfähigkeit von [Z]**

[A/B/C] stellt sicher, dass die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, Markt- und Wettbewerbsfähigkeit von [Z] gewährleistet ist. [A/B/C] minimiert soweit wie möglich das Risiko eines Verlusts des wettbewerblichen Potentials von [Z]. Insbesondere nimmt [A/B/C] keine Handlungen vor, die einen negativen Einfluss auf den Wert, die Leitung oder die Wettbewerbsfähigkeit von [Z] haben oder Art und Umfang der Geschäftstätigkeit, die

6

gewerbliche oder unternehmerische Strategie oder die Investitionspolitik von [Z] beeinträchtigen könnten.

1. **Pflichten von [A/B/C] nach Veräußerung**1

Die nachfolgend aufgeführten Pflichten sind für die Freigabe notwendige Auflagen, um die strukturellen wettbewerblichen Auswirkungen der Veräußerung sicherzustellen.

1. **Lieferverpflichtung**

[*Soweit dies für den Erhalt der wettbewerblichen Geschäftstätigkeit von [Z] notwendig ist:*] [A/B/C] wird aufgegeben, dem Erwerber für eine Übergangszeit von bis zu [...] Monaten nach erfolgter Veräußerung die folgenden Produkte / Dienstleistungen durch [A/B/C] oder der mit ihr verbundenen Unternehmen zu marktüblichen Bedingungen / zu Bedingungen, die denjenigen entsprechen, die [Z] zum Zeitpunkt der Zustellung des Beschlusses gewährt werden, zur Verfügung zu stellen:

[Liste der Produkte / Dienstleistungen, deren Lieferung von [A/B/C] an [Z] für eine Übergangszeit notwendig ist, um das Überleben und die Wettbewerbsfähigkeit von [Z] sicherzustellen]

1. **Rückkaufverbot**

[A/B/C] einschließlich verbundener Unternehmen wird aufgegeben, für einen Zeitraum von [...] Jahren nach Vollzug der Veräußerung keinen direkten oder indirekten Einfluss auf [Z] zu erwerben.

1. **Abwerbungsverbot**

[A/B/C] wird weiterhin aufgegeben, für einen Zeitraum von [...] Jahren nach Vollzug der Veräußerung der im Abschnitt A.2. genannten Vermögenswerte und / oder Unternehmensbeteiligungen weder direkt noch indirekt Mitarbeiter [leitende Angestellte] von [Z] abzuwerben, es sei denn der / die Erwerber hat / haben schriftlich bestätigt, dass er / sie an deren Weiterbeschäftigung nicht interessiert ist / sind.

1 Je nach Bedeutung der unter C. aufgeführten Pflichten im konkreten Fall, sollten diese ggf. als auflösende Bedingung formuliert werden. Der nachfolgende Satz lautete dann: „Die Freigabe steht unter der auflösenden Bedingung, dass gegen die unter Ziff. C.[...] aufgeführten verstoßen wird. Bei einem Verstoß gegen die unter Ziff. C.[...] aufgeführten Pflichten entfällt die Freigabewirkung der Entscheidung. Der Zusammenschluss gilt dann als untersagt.“ Ggf. können bestimmte Pflichten als Bedingungen, andere als Auflagen ausgestaltet werden, worauf dann entsprechend hinzuweisen wäre.

7

1. **Verzicht auf Ausübung von Rechten aus Wettbewerbsverboten**

[A/B/C] wird aufgegeben, nach Vollzug der Veräußerung von [Z] auf die Ausübung von Rechten aus Wettbewerbsverboten zu verzichten, die gegebenenfalls mit Mitarbeitern der zu veräußernden Vermögensgegenstände und / oder Unternehmensbeteiligungen vereinbart sind.

1. **Sicherungstreuhänder**
   1. [A/B/C] wird aufgegeben, unverzüglich [nach Zustellung dieses Beschlusses / bis zum ...] einen unabhängigen und sachkundigen Sicherungstreuhänder einzusetzen, der die Aufgabe hat, die Erfüllung der unter Abschnitt A. und B. aufgeführten Pflichten für [A/B/C] durchzuführen. Der Sicherungstreuhänder muss von [A/B/C] unabhängig und frei von aktuellen oder potentiellen Interessenkonflikten sein und die notwendige Qualifikation für seine Aufgabe besitzen. [A/B/C] trägt die Kosten des Sicherungstreuhänders.
   2. Die Einsetzung des Treuhänders sowie der Treuhändervertrag bedürfen der vorherigen Zustimmung der Beschlussabteilung. [A/B/C] legt der Beschlussabteilung [innerhalb einer Woche / bis zum... ] nach Zustellung dieses Beschlusses [einen Vorschlag / eine Liste mit mindestens drei Vorschlägen] für das Amt des Sicherungstreuhänders unter Beifügung des zugrundeliegenden Treuhändervertrages vor. Sollte die Beschlussabteilung den vorgeschlagenen Kandidaten und / oder den Treuhändervertrag ablehnen, wird [A/B/C] innerhalb einer weiteren Woche nach Zugang der ablehnenden Entscheidung der Beschlussabteilung mindestens zwei weitere Vorschläge und / oder eine nach den Anregungen der Beschlussabteilung geänderte Fassung des Treuhändervertrages einreichen. Sollten auch diese Vorschläge keine Zustimmung finden, setzt [A/B/C] einen von der Beschlussabteilung benannten Treuhänder ein und / oder verwendet einen von der Beschlussabteilung verfassten Vertrag.
   3. Der Sicherungstreuhänder schlägt als Vertreter von [A/B/C] unmittelbar nach Aufnahme seines Mandats in einem ersten Bericht an die Beschlussabteilung einen detaillierten Arbeitsplan vor, aus welchem hervorgeht, durch welche Maßnahmen er beabsichtigt, die sich aus diesen Nebenbestimmungen ergebenden Aufgaben für [A/B/C] zu erfüllen.

8

Der Sicherungstreuhänder

* + - wird als Vertreter von [A/B/C] der Beschlussabteilung alle [...] Wochen einen schriftlichen Bericht über den Stand der Umsetzung und Einhaltung der unter B. genannten Verpflichtungen und den Fortgang des Veräußerungsprozesses vorlegen;
    - beaufsichtigt und unterstützt die laufende Geschäftsführung hinsichtlich der Sicherstellung der wirtschaftlichen Überlebensfähigkeit, der unternehmerischen Werthaltigkeit und der Wettbewerbsfähigkeit von [Z] und legt gemeinsam mit der Geschäftsführung die notwendigen Maßnahmen fest;
    - unterstützt und kontrolliert den Gang des Veräußerungsprozesses;
    - kann einen Mitarbeiter von [Z] als Sicherungsmanager einsetzen. Dessen Aufgabe ist insbesondere, die übrigen Mitarbeiter von [Z] umfassend über den Veräußerungsprozess und die daraus für die Mitarbeiter von [Z] resultierenden Verpflichtungen (insbesondere die Verpflichtung, keine vertrauliche Information über [Z] mehr an [A/B/C] weiter zu geben) und sonstigen Veränderungen zu unterrichten.
    - wird als Vertreter von [A/B/C] der Beschlussabteilung unverzüglich nach Ablauf seines Mandats bzw. nach dem Vollzug der Veräußerung einen abschließenden Bericht über die Einhaltung und Umsetzung der sich aus den Nebenbestimmungen ergebenden Verpflichtungen vorlegen.
  1. [A/B/C] lässt dem Sicherungstreuhänder und dem Sicherungsmanager jegliche zweckdienliche Zusammenarbeit, Unterstützung und Informationen zukommen, die dieser zur Erfüllung seiner Aufgaben benötigt. [A/B/C] gewährt dem Sicherungstreuhänder Zugang zu allen Büchern, Aufzeichnungen, Unterlagen, Mitarbeitern, Einrichtungen, Standorten und technischen Informationen von [A/B/C] und von [Z], die für die Erfüllung seines Mandats erforderlich sind.
  2. Falls [Z] eine rechtlich selbständige Gesellschaft ist:

[A/B] überträgt dem Sicherungstreuhänder die unabhängige Wahrnehmung sämtlicher ihr und den mit ihr verbundenen Unternehmen zustehenden Gesellschafterrechte an [Z], einschließlich aller damit verbundenen Kontroll-, Weisungs- und Stimmrechte, mit Ausnahme des Anspruchs auf Gewinnausschüttung und des Veräußerungsrechts.

* 1. Die Beschlussabteilung kann dem Sicherungstreuhänder als Vertreter von [A/B/C] Anweisungen erteilen, um die Einhaltung der Nebenbestimmungen sicherzustellen. Kommt

9

der Sicherungstreuhänder diesen Anweisungen nicht nach oder verletzt er sonst die ihm als Vertreter von [A/B/C] obliegenden Pflichten wiederholt , kann die Beschlussabteilung [A/B/C] aufgeben, diesen durch einen anderen Sicherungstreuhänder zu ersetzen. Die für die Ernennung unter D.2. genannten Bestimmungen gelten für die Einsetzung des Sicherungstreuhänders entsprechend.

* 1. Das Bundeskartellamt haftet nicht für evtl. Schäden, die der Sicherungstreuhänder oder einer seiner Mitarbeiter verursachen.

1. **Einsetzung eines Veräußerungstreuhänders**

Für den Fall, dass [A/B/C] die sich aus diesen Nebenbestimmungen ergebende Veräußerungsverpflichtung nicht innerhalb der ersten Veräußerungsfrist nach Abschnitt

A.3.1. erfüllt, wird [A/B/C] unmittelbar nach Ablauf dieser Frist einen Veräußerungstreuhänder zur Vorbereitung und Durchführung der Veräußerung von [Z] bestellen. Als Veräußerungstreuhänder kann auch die Person des Sicherungstreuhänders bestellt werden.

Die Bestimmungen des Abschnitts D. gelten für den Veräußerungstreuhänder sinngemäß.

Der Veräußerungstreuhänder ist ermächtigt, den Verkauf von [Z] für Rechnung von [A/B/C] weisungsfrei, bestmöglich und ohne Bindung an einen Mindestpreis innerhalb der Veräußerungsfrist nach Abschnitt A.3.2. (zweite Veräußerungsfrist) an einen Erwerber nach Abschnitt A.5. durchzuführen.

ADOPTED 8 November 2011

**EU Merger Working Group**

**B****EST PRACTICES ON COOPERATION BETWEEN EU NATIONAL COMPETITION AUTHORITIES IN MERGER REVIEW**

1. **Introduction**
   1. The national competition authorities of the EU who have responsibility for merger review (“NCAs”) operate in compliance with different national legal systems. They believe, however, that it is desirable to cooperate in the review of some mergers which meet the requirements for notification or investigation in more than one Member State (“multi-jurisdictional mergers”), and have therefore decided jointly to publish an agreed set of Best Practices on Co-operation in Merger Review.
   2. This document, which has been drawn up by the EU Merger Working Group,[1](#_bookmark0) sets out the Best Practices which the NCAs, to the extent consistent with their respective laws and enforcement priorities, aim to follow when they review the same merger transaction. It also sets out the steps that merging parties and third parties are encouraged to take in order to facilitate cooperation between NCAs. Cooperation extending beyond the existing ECA Notice system[2](#_bookmark1) is limited to NCAs who are reviewing the same merger transaction (“the NCAs concerned”). It is not intended that cooperation should provide a forum whereby NCAs not concerned will be involved in the review of a specific case.[3](#_bookmark2)
   3. This document is intended to provide a non-binding reference for cooperation between NCAs. NCAs reserve their full discretion in the implementation of these Best Practices and nothing in this document is
2. The EU Merger Working Group (“the Working Group”) was established in Brussels in January 2010. It consists of representatives of the European Commission and the national competition authorities (“NCAs”) of the European Union (“EU”) together with observers from the NCAs of the European Economic Area (“EEA”). The objective of the Working Group is to foster increased convergence and cooperation between the EU merger jurisdictions in order to ensure effective administration and enforcement of merger control laws.
3. The European Competition Authorities ("ECA") Notice system is an information system among the

NCAs of the EU and EEA EFTA States (“ECAs”). An ECA Notice is a notice which is distributed to all other ECAs by the first NCA to be notified of a multi-jurisdictional merger. It sets out the names of the merging parties, the sector/industry concerned and/or products concerned, the date of the notification, the name of the case handler, and the other member states concerned. See *ECA procedures guide on the exchange of information between members on multi-jurisdictional mergers* (2001);

Available for example on <http://ec.europa.eu/competition/ecn/eca_information_exchange_procedures_en.pdf>.

1. Some cooperation may, however, be necessary in order to determine the NCAs concerned. NCAs

may also wish to consult non-involved NCAs about past experiences with similar mergers both as regards the substantive assessment and remedies, and these Best Practices do not preclude such discussions. For example, it may be helpful to exchange non-confidential information when assessing the effectiveness of a remedy, e.g. if the remedy concerns facilities or assets located in another Member State that is not reviewing the merger.

intended to create new rights or obligations which may fetter that discretion.

1. **Objectives of cooperation**
   1. Cooperation is beneficial for the NCAs concerned, for the merging parties themselves and for third parties. The Best Practices are intended to provide clarity on how cooperation among NCAs will operate in multi-jurisdictional merger cases. Where the merging parties provide full and consistent information to NCAs concerned, cooperation can reduce burdens on merging parties and third parties by facilitating, where possible, the alignment of timing and the overall efficiency, transparency, effectiveness and timeliness of the merger review processes.
   2. In cases where serious concerns or difficult analytical issues arise, cooperation can be invaluable in helping to reach informed and consistent or at least non-conflicting outcomes. In such cases, cooperation will ensure that NCAs are in a better position to exchange views on, for example, possible conceptual frameworks for the assessment of the transaction and theories of competitive harm, types of empirical evidence and so on.
   3. Cooperation is also beneficial both for the NCAs concerned and for the merging parties in relation to any remedial action which may be necessary. Remedies in a merger that is reviewable in more than one jurisdiction may differ across jurisdictions depending on the competition concern identified in each one; indeed, remedies may not be necessary in every jurisdiction. Nevertheless, where the merger affects a market or markets in more than one jurisdiction, a remedy accepted in one jurisdiction may have an impact in another jurisdiction (see section 3.2(iii)). Cooperation can therefore contribute to avoiding inconsistent remedies and obtaining those that are more coherent.
   4. These Best Practices are intended to promote the achievement of all these ends.
2. **Scope of application of Best Practices**
   1. These Best Practices address cooperation in multi-jurisdictional merger cases. While it is always useful for NCAs to provide basic case information[4](#_bookmark3) to each other in merger cases which are notifiable in more than one Member State, further cooperation will not be necessary, or even efficient, in the case of every multi-jurisdictional merger. This is particularly the case where it is clear during the early stages of an investigation that the merger does not raise any significant competition or procedural issues in any Member State or that it does so only in one Member State, or where such issues are not decisive for the outcome of any of the different merger reviews. Close cooperation is not an end in itself: its benefits depend on the specific circumstances of each case.
   2. Where multi-jurisdictional mergers raise similar or comparable issues in relation to jurisdictional or substantive questions, the NCAs

4 See model ECA notice (cf. Fn 2 above) as agreed in the *ECA procedures guide on the exchange of information between members on multijurisdictional mergers* (2001); available for example on <http://ec.europa.eu/competition/ecn/eca_information_exchange_procedures_en.pdf>.

concerned will decide on a case-by-case basis whether cooperation may be necessary or appropriate[5](#_bookmark4). For example:

1. Cooperation may assist the NCAs in forming a view as to whether a transaction qualifies for notification or investigation under merger control laws in their respective jurisdictions. It is noted that although jurisdictional rules and practices may differ across jurisdictions, cooperation may assist the NCAs in reaching an informed view.
2. Cooperation may assist the NCAs in relation to mergers which may have an impact on competition in more than one Member State, when markets affected by the transaction cover more than one Member State or when a merger affects national or sub-national markets in more than one Member State, if such national or sub- national markets are the same or similar from the product standpoint.
3. Cooperation may also be of value in relation to mergers where remedies need to be designed or examined in more than one Member State, such as in situations where the same remedy is designed to address competition issues in different Member States or where one remedy affects the effectiveness of a different remedy in another Member State.
   1. These Best Practices are without prejudice to the existing guidance on the system of reattribution of cases between the Member States and the Commission (see the Commission’s referral notice and ECA’s Principles on the application of Art. 4(5) and 22 of Regulation 139/2004).[6](#_bookmark5) Nevertheless, the enhanced cooperation recommended in these Best Practices may also facilitate the smooth functioning of the reattribution mechanisms set out in Regulation (EC) 139/2004. In particular, where NCAs are contemplating an Article 22 referral request, contacts between them can facilitate the referral, and, if done before notification, can also assist merging parties in forming a view whether it is appropriate for them to speed up the referral process by themselves making an Art. 4(5) referral request (see further the description of pre-notification contacts in section 5.5).
4. **Role of National Competition Authorities**
   1. In all cases that relate to a merger transaction that is reviewable in more than one EU Member State, the NCAs concerned will inform the other NCAs by means of the existing ECA Notice system, which
5. Although the NCAs concerned will keep under review throughout the merger control process the need for cooperation, it will sometimes be possible for them to form a view in this regard at an early stage of the process, i.e. during pre-notification contacts (where such contacts take place) or following notification.
6. Article 4(5) provides for referral of cases from the Member States to the Commission **prior** to

notification with the purpose of providing a "one-stop-shop" review. Article 22 provides for referral from the Member States to the Commission **after** notification where it is considered that the Commission is better positioned to investigate a merger. See also [Commission Notice on Case Referral](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX%3A52005XC0305(01)%3AEN%3ANOT) [in respect of concentrations](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX%3A52005XC0305(01)%3AEN%3ANOT) (OJ C 56, 05.03.2005, p. 2-23). See ECA principles on the application, by National Competition Authorities within the ECA, of Articles 4 (5) and 22 of the Merger Regulation (2005). Available for example on

<http://ec.europa.eu/competition/ecn/eca_referral_principles_en.pdf>

involves the exchange of basic non-confidential case information after a notification in such a multi-jurisdictional merger case has been received.[7](#_bookmark6)

* 1. To facilitate cooperation, the NCAs concerned will aim to update the information contained in the ECA notice by informing the other NCAs about any decision to commence second phase proceedings/in-depth investigations, and any final decision, including a decision with remedies.
  2. In cases where closer cooperation is necessary or appropriate (see paragraph 3.2 above), the NCAs, having due regard to confidentiality issues (see section 6 below), will aim to cooperate in particular in the following ways:
     1. The NCAs concerned will liaise with one another and keep one another appraised of their progress at key stages of their respective investigations. The key stages will vary depending on the procedural framework of each NCA concerned. The NCAs concerned will keep each other informed of the outcome of the first phase investigation, including, where relevant, the intention to open an in-depth investigation, and the outcome of the in-depth investigation. The NCAs concerned will also keep each other appraised of the launch and progress of any remedies discussions, if not conducted jointly.
     2. Where it is helpful to do so, the NCAs concerned may discuss their respective jurisdictional and/or substantive analyses. Where necessary, having regard to the possible effects of the transaction on the national territories of the NCAs concerned, such discussions may relate to issues such as market definition, assessment of competitive effects, efficiencies, theories of competitive harm, and the empirical evidence needed to test those theories. NCAs concerned will also, where it is helpful to do so, exchange views on necessary remedial measures or submitted remedies.

1. **Role of Merging Parties**
   1. Effective cooperation between NCAs requires the active assistance of the merging parties at all stages of the review process, both as regards the jurisdictional and/or substantive review and, where required, the assessment of remedies.
   2. Parties to merger investigations play an important role with regard to cooperation between the NCAs concerned. They can contribute significantly to the alignment of the review proceedings in different Member States, taking into account, among other things, procedural requirements and review periods. Such alignment will be of benefit both to merging parties and to NCAs.
   3. Therefore, where a transaction is expected to fulfil the requirements for notification or investigation in more than one jurisdiction, the merging parties are encouraged, unless it is clear and obvious from the

7 See model ECA notice as agreed in the *ECA procedures guide on the exchange of information between members on multijurisdictional mergers* (2001); Available for example on <http://ec.europa.eu/competition/ecn/eca_information_exchange_procedures_en.pdf>.

outset that paragraph 3.2 above does not apply, to contact each of the NCAs concerned as soon as practicable and provide them with the following basic information:

1. The name of each jurisdiction in which they intend to make a filing;
2. The date of the proposed filing in each jurisdiction;
3. The names and activities of the merging parties;
4. The geographic areas in which they carry on business;[8](#_bookmark7)
5. The sector or sectors involved (short description and/or NACE code).
   1. It is important to note that the provision of this information by the parties will not of itself be a trigger for cooperation among the NCAs concerned. That will depend rather upon whether the case is one where cooperation is necessary or appropriate, as set out in paragraph

3.2 of these Best Practices. However, it will assist the NCAs concerned to decide at an early stage whether there might be a need for cooperation in the particular case.

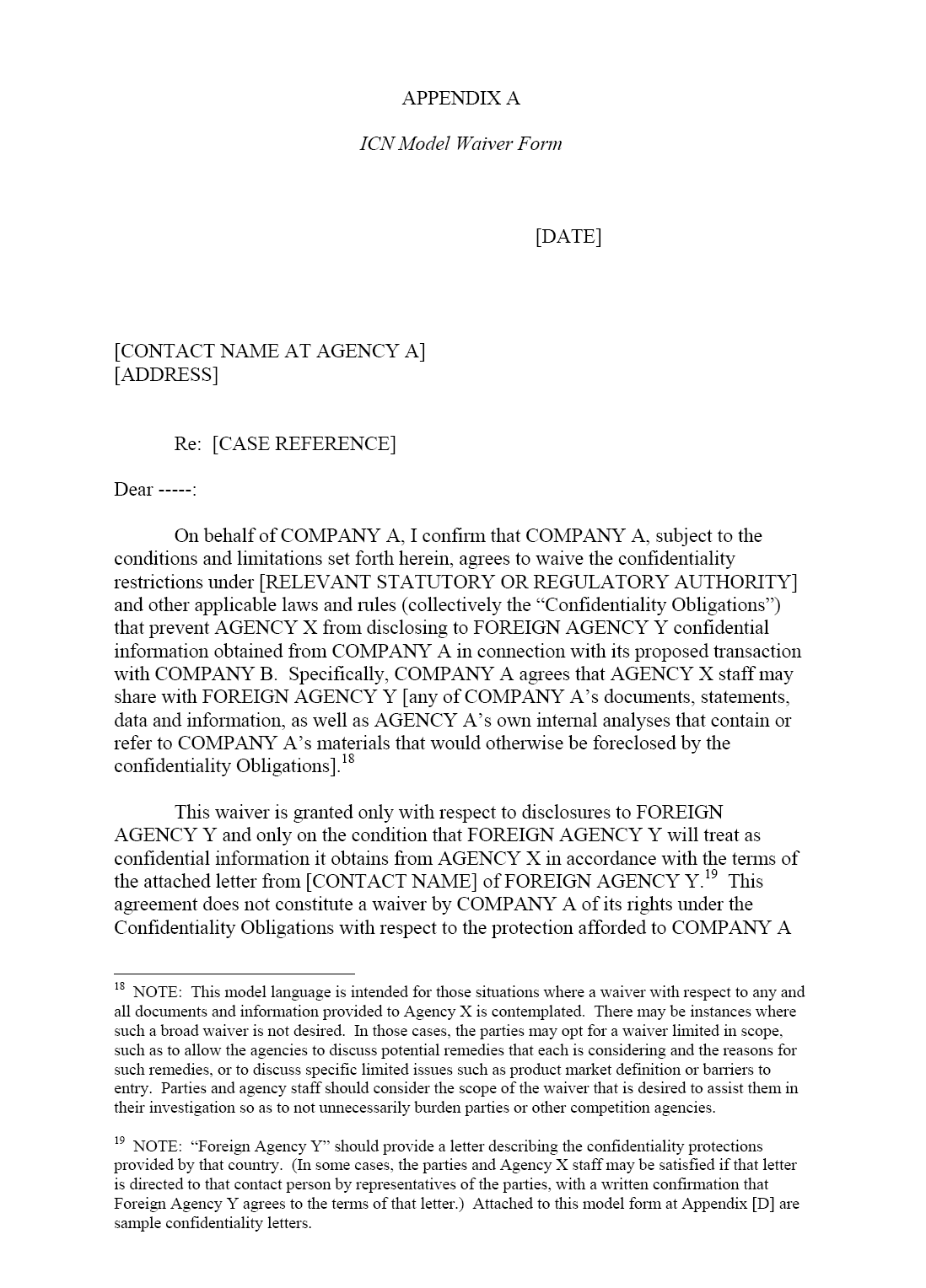
* 1. Depending on the circumstances of the case it may be possible to provide much of this information at the pre-notification stage. For this purpose, and where it is permitted by law, it may be helpful for merging parties and the NCAs concerned to organize pre-notification contacts as early as possible. Such contacts can assist the parties and the NCAs concerned to align as far as possible the timing of parallel proceedings and can, ultimately, contribute to the reduction of the overall burden that falls on merging parties in the course of a multijurisdictional merger. It may at times, where circumstances permit, be useful for the merging parties and the NCAs concerned to engage in joint pre-notification contacts.
  2. Merging parties have a crucial role in helping NCAs to ensure that remedies in different Member States do not lead to inconsistent or untenable results. As already stated above, remedies in a merger that is reviewable in more than one Member State may differ across Member States depending on the competition concern identified in each one; indeed, remedies may not be necessary in every Member State. Nevertheless, a remedy accepted in one Member State may have an impact on the effectiveness of remedies targeted at competition problems in another Member State. It is therefore clearly in the interest of the merging parties to coordinate the timing and substance of remedy proposals to the NCAs concerned, so as to ensure coherent remedies and to avoid inconsistent remedies. In certain cases, where circumstances permit, it might be appropriate for merging parties and the reviewing NCAs to engage in joint discussions on proposed remedies.

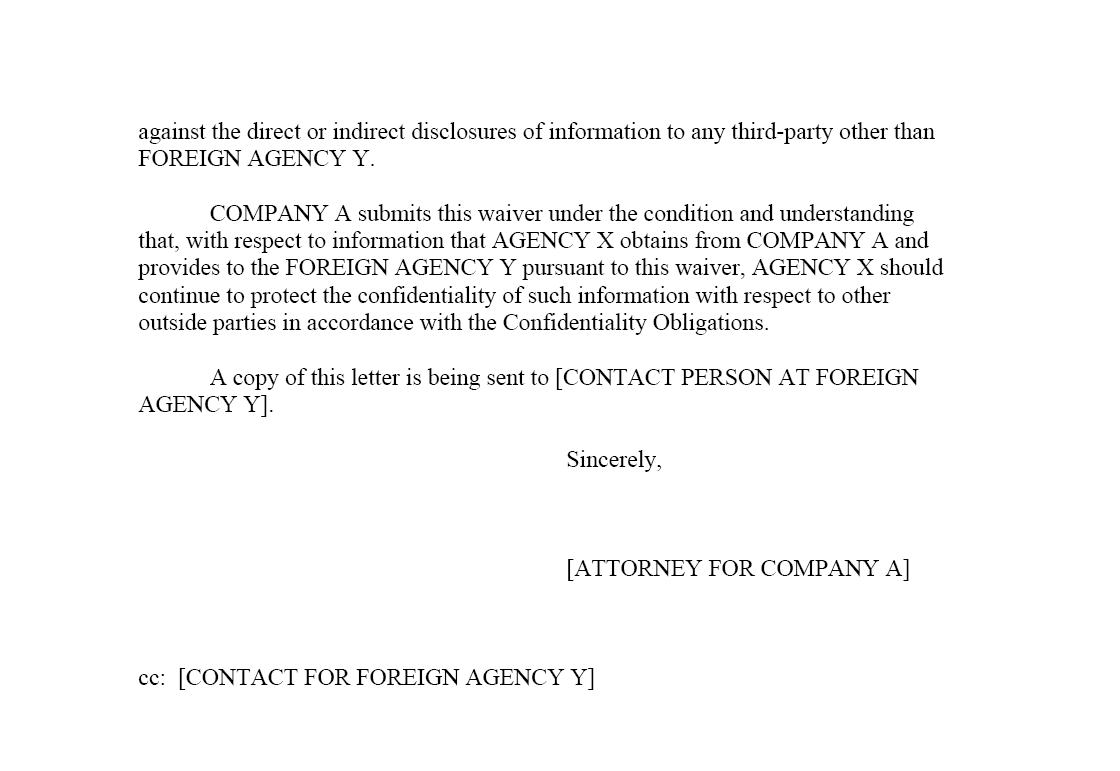
1. **Confidential information**
   1. It will often be helpful for the NCAs concerned to be able to exchange and discuss confidential information when reviewing the same merger. Therefore, while a certain degree of cooperation is feasible through the exchange of non-confidential information, waivers of confidentiality

8 The phrase “carry on business” does not include a situation where an undertaking is merely registered in a particular place.

executed by merging parties can enable more effective communication between the NCAs concerned regarding evidence that is relevant to the investigation.

* 1. For that reason, the merging parties are encouraged to be proactive and to provide waivers of confidentiality to all NCAs concerned, including, where appropriate, at the pre-notification phase. The merging parties are encouraged to use the ICN model waiver provided in the Annex to these Best Practices.
  2. For the same reasons, where appropriate, third parties are also encouraged to provide waivers of confidentiality to all NCAs concerned. Third parties are also encouraged to use the ICN model waiver provided in the Annex to these Best Practices.
  3. NCAs are fully aware that it lies within the discretion of the merging or third parties whether to provide a waiver. The scope of the waiver to be provided may be adapted to the specific circumstances of the case, but is essential that the waiver should fulfil the purpose of allowing for an effective information exchange between the NCAs concerned.
  4. Where a waiver has been provided the NCAs concerned will share the information covered by the waiver without further notice to the parties. NCAs will discuss with each other, prior to any exchange of confidential information as provided for in Sections 4 and 5, how it may best be protected. Confidential information and business secrets are protected under national law in all Member States.
  5. Confidential information exchanged on the basis of a waiver will not be used for any purpose other than the review of the relevant merger, unless the national law provides otherwise (see paragraph 6.5).





### Grundsätze für die Anwendung von Artikel 4 Absatz 5 und Artikel 22 der Europäischen Fusionskontrollverordnung durch die nationalen Wettbewerbsbehörden der ECA

1. **Einleitung**
2. Die vorliegenden Grundsätze wurden 2005 von den einzelstaatlichen Wettbewerbsbehörden („nationale Wettbewerbsbehörden“1) der European Competition Authorities Association („ECA“) vereinbart und beziehen sich auf Artikel 4 Absatz 5 und Artikel 22 der EG-Fusionskontrollverordnung ( Verordnung (EG) Nr. 139/04 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, „FKVO“2). Sie ersetzen die Fassung von 20023 und können von den nationalen Wettbewerbsbehörden von Zeit zu Zeit überprüft werden, um Entwicklungen in der (europäischen oder nationalen) Gesetzgebung oder Entscheidungspraxis Rechnung zu tragen4.

Die Grundsätze sollten im Zusammenhang mit und in Ergänzung zu der Mitteilung der Kommission über die Verweisung von Fusionssachen („die Kommissionsmitteilung“)5 und den einschlägigen Abschnitten der Verordnung

1 Dies sind die einzelstaatlichen Wettbewerbsbehörden der EU und der EEA und EFTA Staaten. Aus Gründen der Übersichtlichkeit wird im Folgenden der Begriff „nationale Wettbewerbsbehörden“ zusammenfassend für diese Behörden gebraucht.

2 Veröffentlicht im ABl. L 24, 29.01.2004;

3 Diese Grundsätze beruhten auf der Europäischen Fusionskontrollverordnung Nr. 4064/89.

4 Nach Beendigung der derzeitigen Diskussionen zur neuen Fassung des EWR Abkommens könnte eine Anpassung dieser Grundsätze an die Änderungen des Abkommens erforderlich sein.

5 Zu finden unter: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/legislation/regulation/#implementing>

(EG) Nr. 802/2004 der Kommission zur Durchführung der FKVO einschließlich ihrer Anhänge (Formblatt CO, vereinfachtes Formblatt CO und Formblatt RS)6 gelesen werden.

1. Im Bereich der Fusionskontrolle besteht eine klare Kompetenztrennung zwischen der Europäischen Kommission („die Kommission“) und den Mitgliedstaaten. Die Kommission verfügt über die ausschließliche Zuständigkeit für die Überprüfung von Zusammenschlüssen nach Artikel 3 Absatz 1 FKVO, sofern der Umsatz der an dem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen die Schwellenwerte gemäß Artikel 1 Absatz 2 oder 1 Absatz 3 FKVO erreicht. Unterhalb dieser Umsatzschwellen liegende Zusammenschlüsse verbleiben in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten gemäß den jeweiligen nationalen Bestimmungen zur Fusionskontrolle. Ein Verweisungssystem ermöglicht jedoch unter gewissen Vorraussetzungen die Überprüfung von Zusammenschlüssen, die unterhalb der FKVO-Schwellenwerte liegen, durch die Kommission und umgekehrt.
2. Bei den Verhandlungen im Vorfeld der Verordnung (EG) Nr. 139/04 des Rates konzentrierte man sich vor allem darauf, das Verweisungssystem flexibler und effektiver zu gestalten, um sicherzustellen, dass sich diejenige Behörde mit einem Zusammenschluss befasst, die am besten geeignet ist, seine Auswirkungen auf den Wettbewerb zu beurteilen und, wo erforderlich, wirksamen Wettbewerb wiederherzustellen, stets unter Beachtung des Subsidiaritätsprinzips und des Grundsatzes einer einzigen Anlaufstelle und unter Wahrung größtmöglicher Rechtssicherheit. Artikel 4 Absatz 5 und Artikel

22 FKVO, auf die sich die vorliegenden Grundsätze beziehen, ermöglichen Fallverweisungen von den Mitgliedstaaten an die Kommission.

Laut Erwägungsgrund 14 der FKVO sollten Verweisungen von Zusammenschlüssen in einer effizienten Weise erfolgen, die weitestgehend ausschließt, dass ein Zusammenschluss vor und nach seiner Anmeldung

6 Zu finden unter: [http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/legislation/regulation/#implementing;](http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/legislation/regulation/#implementing%3B) ABl. L 133, 30.04.2004, Seiten 1-39.

verwiesen wird. Dies erfordert enge Zusammenarbeit mit effizientem Informationsaustausch und Abstimmung zwischen der Kommission und den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten bei der Wahrnehmung ihrer jeweiligen Zuständigkeiten.

1. In der Vergangenheit haben die nationalen Wettbewerbsbehörden Fragen der Mehrfachnotifizierung innerhalb der ECA Arbeitsgruppe Mehrfachnotifizierungen diskutiert. Zusammenarbeit und gegenseitige Abstimmung zwischen den Wettbewerbsbehörden bei Zusammenschlüssen von gemeinsamem Interesse kann Effizienz und Wirksamkeit des Überprüfungsvorgangs steigern, das Zustandekommen einheitlicher, abgestimmter und widerspruchsfreier Ergebnisse fördern und Transaktionskosten senken. Um dieses Ziel zu erreichen, führte ECA 2001 ein System ein, das den sofortigen Austausch von Informationen und eine engere Zusammenarbeit bei der Beurteilung von Zusammenschlüssen, die in die

Zuständigkeit mehrerer Rechtsordnungen fallen, vorsieht7.

Angesichts der gewonnenen Erfahrungen und mit dem Ziel der Transparenzsteigerung in der Anwendung von Artikel 22 der Verordnung 4064/89 haben die nationalen Wettbewerbsbehörden im Jahr 2002 ein Papier mit dem Titel „Grundsätze der Anwendung von Artikel 22 der Europäischen Fusionskontrollverordnung durch die nationalen Wettbewerbsbehörden des ECA-Netzwerks“ („die ECA Grundsätze“) veröffentlicht, das die zu berücksichtigenden Gesichtspunkte bei der Bearbeitung eines Falles, der möglicherweise für eine gemeinsame Verweisung an die Kommission in Frage kommt, aufzeigt.

In der Verordnung 139/2004 des Rates wurde der ehemalige Artikel 22 FKVO überarbeitet und mit Artikel 4 Absatz 5 FKVO die Möglichkeit der Verweisung eines Zusammenschlusses an die Kommission vor Anmeldung eingeführt, wodurch ein neuer Rahmen für Verweisungen entstand, der eine Änderung der ECA Grundsätze erforderlich macht.

7 Siehe ECA Verfahrensleitfaden „Informationsaustausch zwischen Mitgliedstaaten bei Zusammenschlüssen, die in die Zuständigkeit mehrerer Rechtsordnungen fallen“, der auf den Webseiten einiger nationaler Wettbewerbsbehörden einzusehen ist.

1. Die nationalen Wettbewerbsbehörden werden diese unverbindlichen Grundsätze bei der Entscheidung über mögliche Verweisungen an die Kommission berücksichtigen. Da jedoch kein Zusammenschluss dem anderen gleicht, wird jeder Fall unter Berücksichtigung seiner besonderen Umstände, der verfügbaren Informationen und der spezifischen zeitlichen Beschränkungen beurteilt. Die nationalen Wettbewerbsbehörden werden die vorliegenden Grundsätze daher im Einzelfall flexibel anwenden.
2. **Grundsätze**
3. Verweisungen von den Mitgliedstaaten an die Kommission gemäß Artikel 4 Absatz 5 und Artikel 22 FKVO sind nur für Zusammenschlüsse im Sinne des Artikels 3 FKVO möglich.

**Zusammenarbeit bei Verweisungen durch die Mitgliedstaaten an die Kommission vor Anmeldung gemäß Artikel 4 Absatz 5 FKVO**

1. **Rechtliche Bestimmungen und materielle Kriterien**
2. Nach Artikel 4 Absatz 5 FKVO können die anmeldenden Parteien („die Parteien“) bei einem Zusammenschluss, der keine gemeinschaftsweite Bedeutung im Sinne von Artikel 1 FKVO hat und nach dem Wettbewerbsrecht mindestens dreier Mitgliedstaaten geprüft werden könnte, beantragen, dass der Zusammenschluss an die Kommission verwiesen wird8.

Teilverweisungen durch lediglich einige der Mitgliedstaaten, in deren Zuständigkeit der Zusammenschluss fallen würde, erlaubt Artikel 4 Absatz 5 FKVO nicht. Lehnt einer der für die Prüfung des Zusammenschlusses berechtigten Mitgliedstaaten die Verweisung ab, unterliegt der Zusammenschluss weiter den einschlägigen einzelstaatlichen Wettbewerbsvorschriften zur Fusionskontrolle. Spricht keiner der für die Prüfung des Zusammenschlusses berechtigten Mitgliedstaaten sich gegen die Verweisung aus, hat die Kommission keinen Ermessensspielraum, sondern muss die Verweisung annehmen.

1. Generell bedarf ein Zusammenschluss, dessen potentiell wesentliche Auswirkungen auf den Wettbewerb über nationale Grenzen hinausgehen, einer sorgfältigen Überprüfung im Hinblick auf eine mögliche Verweisung vor

8 Artikel 4 Absatz 5 FKVO ist allerdings nur dann anwendbar, wenn eine Anmeldung innerhalb der EU noch nicht erfolgt ist.

Anmeldung, stets unter Berücksichtigung der Besonderheiten des jeweiligen Falles.

Bei der Feststellung, ob ein Fall für eine Verweisung an die Kommission gemäß Art. 4 Absatz 5 FKVO in Frage käme, stellen die nationalen Wettbewerbsbehörden im Allgemeinen auf folgende Merkmale ab:

* + Geht/ gehen der Markt/ die Märkte, in denen die potentiell wesentlichen Auswirkungen auf den Wettbewerb auftreten können, über den nationalen Markt hinaus9, und wirkt sich der Zusammenschluss hauptsächlich auf eben diesen Markt/ diese Märkte aus10?
  + Rechnen die nationalen Wettbewerbsbehörden mit Schwierigkeiten bei der Beschaffung von Informationen da die Beteiligten oder Dritte, von denen Informationen hauptsächlich zu erwarten sind, nicht in dem jeweiligen Mitgliedstaat ansässig sind, oder
  + Bestehen potentiell wesentliche wettbewerbliche Bedenken für eine Reihe von nationalen oder sub-nationalen Märkten im EWR, und rechnen die nationalen Wettbewerbsbehörden mit Schwierigkeiten bei der Ermittlung und/oder Durchsetzung von geeigneten und verhältnismäßigen Auflagen oder Bedingungen („suitable remedies“), falls diese notwendig sein sollten, insbesondere in Fällen, in denen solche nicht ausreichend von den nationalen Wettbewerbsbehörden nach nationalem Recht oder durch Zusammenarbeit mit anderen nationalen Wettbewerbsbehörden durchgesetzt werden könnten?

1. Umstände, unter denen eine nationale Wettbewerbsbehörde weniger geneigt wäre, einer Verweisung zuzustimmen, könnten beispielsweise sein:

9 Nach Auffassung der Kommission und des Gerichts Erster Instanz sind nationale Wettbewerbsbehörden aufgrund ihrer Erfahrung und der unmittelbaren Kenntnis der betroffenen Märkte, der Beteiligten und Dritter in dem jeweiligen Mitgliedstaat mindestens ebenso gut in der Lage wie die Kommission, Zusammenschlüsse zu prüfen, die nationale Märkte betreffen. Siehe Urteil des Gerichts Erster Instanz, T-346/02 (Cableuropa et al. gegen die Kommission, Randnummer 178).

10 Es ist allerdings zu berücksichtigen, dass die bloße Tatsache, dass ein Unternehmen in mehr als

einem Mitgliedstaat aktiv ist, nicht bereits für sich ein Indiz für über den nationalen Markt hinausgehende Märkte darstellt (siehe Urteil des Gerichts Erster Instanz, T-346/02 und T-347/02, Cableuropa et al. gegen die Kommission; Randnummer 126).

* + die nationale Wettbewerbsbehörde überprüft bereits einen Zusammenschluss mit denselben Parteien und/oder denselben sachlichen Märkten;
  + der Zusammenschluss wirkt sich hauptsächlich auf den Wettbewerb in einem oder mehreren nationalen oder sub-nationalen Märkten dieser nationalen Wettbewerbsbehörde aus.
  + das Risiko einer anschließenden Rückverweisung von der Kommission gemäß Art. 9 FKVO soll vermieden werden.

1. **Verfahren**

***Kontaktaufnahme seitens der Parteien mit nationalen Wettbewerbsbehörden vor Verweisung***

1. Kontakte mit nationalen Wettbewerbsbehörden und der Kommission vor Einreichen des Formblattes RS können für die Bestätigung, dass die Vorraussetzungen von Artikel 4 Absatz 5 FKVO erfüllt sind, hilfreich sein. Die nationalen Wettbewerbsbehörden können jedoch erst über Zustimmung oder Ablehnung einer Verweisung eines Zusammenschlusses entscheiden, wenn sie das Formblatt RS erhalten und gelesen haben.

Kontakte mit nationalen Wettbewerbsbehörden vor Verweisung sind vor allem dann sinnvoll, wenn für die Parteien Klärungsbedarf besteht, insbesondere im Hinblick darauf

* ob ein Zusammenschluss von einem bestimmten Mitgliedstaat geprüft werden könnte. Das Formblatt RS muss ausreichende Angaben enthalten, die jedem Mitgliedstaat die Feststellung ermöglichen, ob der Zusammenschluss unter die anzuwendenden nationalen wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen zur Fusionskontrolle fällt und nach ihnen zu prüfen ist.
* ob zusätzliche Angaben hinsichtlich der räumlichen oder sachlichen Marktabgrenzung erforderlich sind oder als ratsam erscheinen,
* in welcher Sprache der Antrag auf Verweisung zu formulieren ist.

Die Parteien sind aufgerufen, sich bezüglich jeder anderen relevanten Frage, die sie vor Einreichen des Formblattes RS bei der Kommission zu erörtern wünschen, an die nationalen Wettbewerbsbehörden zu wenden.

Da es für die nationalen Wettbewerbsbehörden sinnvoll sein kann, sich vor der Verweisung informell über gemeinsame Fragen auszutauschen, wären Angaben darüber hilfreich, welche anderen nationalen Wettbewerbsbehörden vermutlich prüfungsberechtigt sind. Die Parteien sollten auch angeben, ob der geplante Zusammenschluss öffentlich bekannt gemacht wurde oder werden soll oder ob er vertraulich bleibt.

1. Sofern die Parteien von Beratungen zwischen den prüfungsberechtigten nationalen Wettbewerbsbehörden vor der Verweisung zu profitieren wünschen, sollten sie bereit sein, den Behörden Erklärungen zum Verzicht auf Wahrung der Vertraulichkeit („confidentiality waiver“) zukommen zu lassen.

***Der Verweisungsantrag („reasoned submission“) und seine inhaltlichen Anforderungen***

1. Das Formblatt RS legt generell fest, welche Angaben die Parteien zu machen haben, wenn sie eine Verweisung von den Mitgliedstaaten an die Kommission vor Anmeldung wünschen11. Nach Erhalt des Formblattes prüfen die nationalen Wettbewerbsbehörden zunächst, ob der geplante Zusammenschluss die gesetzlich festgelegten Merkmale erfüllt, insbesondere ob er nach ihren nationalen wettbewerblichen Bestimmungen zur Fusionskontrolle geprüft

werden könnte. Sie berücksichtigen außerdem weitere materielle Kriterien wie in der Kommissionsmitteilung und in den oben stehenden Abschnitten 8 und 9 dargelegt und entscheiden innerhalb von 15 Arbeitstagen nach eigenem Ermessen über den Antrag.

1. Im Allgemeinen beurteilen die nationalen Wettbewerbsbehörden den Antrag auf Verweisung anhand der im Formblatt RS gemachten Angaben ohne selbst

11 Das Formblatt RS ist Anlage III der Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission vom 7. April 2004 zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen; siehe Fußnote 6.

weitere Ermittlungen durchzuführen. Es liegt im eigenen Interesse der Parteien sicherzustellen, dass der Antrag korrekt und vollständig ausgefüllt ist, da jeder Zweifel diesbezüglich zu einer Antragsablehnung seitens eines Mitgliedstaates führen kann12.

1. Beim Ausfüllen des Formblattes RS sollten die Parteien die folgenden Gesichtspunkte besonders berücksichtigen, da sie von besonderer Bedeutung für die Entscheidung der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine Verweisungszustimmung sind:

* Art und Umfang der Angaben, auf die sie die reasoned submission stützen wollen13;
* für die Feststellung, welcher Mitgliedstaat für die Prüfung des Zusammenschlusses zuständig ist, müssen alle relevanten Angaben von allen nationalen Wettbewerbsbehörden überprüft werden. Reasoned submissions sind daher in einer allen nationalen Wettbewerbsbehörden verständlichen Sprache zu stellen;
* zusätzlich werden Parteien, die weitere Dokumente einreichen wollen, angehalten, sich an die prüfungsberechtigten nationalen Wettbewerbsbehörden zu wenden, um abzuklären, ob eine Übersetzung der Schriftstücke oder Auszüge davon angezeigt ist oder ob eine Kurzfassung ausreicht. Sofern eine nationale Wettbewerbsbehörde um eine Kurzfassung bittet, sollte die Partei, die diese vorlegt, ihre Richtigkeit und Vollständigkeit bestätigen.

12 Hinzu kommt, dass die Angabe falscher oder irreführender Informationen in der reasoned submission zu einem Widerruf der Entscheidung seitens der Kommission gemäß Artikel 6 oder 8 FKVO und/ oder zu einer Bebußung führen kann. Die Angabe falscher oder irreführender Informationen kann des weiteren zu einer Verweisung nach Anmeldung von der Kommission an einen Mitgliedstaat führen, um eine vor Anmeldung vorgenommene Verweisung zu berichtigen.

13 Dies ist insbesondere dann von Bedeutung, wenn die Kommission auf normalerweise im Formblatt

RS geforderte Informationen verzichtet hat.

***Kontakte zwischen den nationalen Wettbewerbsbehörden***

1. Bei Fragen von gegenseitigem Interesse im Hinblick auf die in der reasoned submission gemachten Angaben können sich die nationalen Wettbewerbsbehörden über den entsprechenden Sachverhalt austauschen. Neben den informellen Diskussionen zwischen den nationalen Wettbewerbsbehörden zu allgemeinen Themen wie der Marktabgrenzung oder vergleichbaren Präzedenzfällen, kann ein informeller Austausch mit der Kommission auch zur Klärung von Fragen beitragen.

Wird eine nationale Wettbewerbsbehörde der Verweisung voraussichtlich nicht zustimmen, bemüht sie sich, die anderen Wettbewerbsbehörden und die Kommission so bald wie möglich davon in Kenntnis zu setzen.

Die Verständigung zwischen der Kommission und den nationalen Wettbewerbsbehörden und zwischen den nationalen Wettbewerbsbehörden untereinander über Fälle, die unter Artikel 4 Absatz 5 FKVO fallen, ist vertraulich. Der schriftliche Austausch von Informationen erfolgt unter Sicherheitsvorkehrungen, z.B. über die von der Kommission unterhaltene Mailbox für Verweisungen von Zusammenschlüssen. Die nationalen Wettbewerbsbehörden tauschen keine vertraulichen Informationen aus, es sei denn, sie sind nach nationalem Recht dazu berechtigt oder es liegt ihnen eine Verzichtserklärung zur Wahrung der Vertraulichkeit seitens der Parteien vor. Entsprechend behandeln sie jede von anderen nationalen Wettbewerbsbehörden erhaltene Information zu Entscheidungen anderer Wettbewerbsbehörden nach Artikel 4 Absatz 5 FKVO vertraulich, es sei denn, die andere nationale Wettbewerbsbehörde hat die Entscheidung selbst veröffentlicht.

**Zusammenarbeit bei Verweisungen durch Mitgliedstaaten an die Kommission nach Anmeldung gemäß Artikel 22 FKVO**

1. **Rechtliche Bestimmungen und materielle Kriterien**
2. Die folgenden Grundsätze beziehen sich auf *gemeinsame* Verweisungen von mehreren Mitgliedstaaten an die Kommission. Allerdings können die nationalen Wettbewerbsbehörden die unten beschriebenen Kriterien auch dann vollständig oder teilweise anwenden, wenn ein Zusammenschluss von lediglich einem Mitgliedstaat an die Kommission verwiesen wird.
3. Gemäß Artikel 22 Absatz 1 FKVO kann die Kommission auf Antrag eines oder mehrerer Mitgliedstaaten einen Zusammenschluss prüfen, der keine gemeinschaftsweite Bedeutung im Sinne von Artikel 1 FKVO hat, aber den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt und den Wettbewerb im Hoheitsgebiet des beziehungsweise der antragstellenden Mitgliedstaaten erheblich zu beeinträchtigen droht.

Gemäß Artikel 22 Absatz 2 FKVO kann sich jeder andere Mitgliedstaat dem ersten Antrag innerhalb von 15 Arbeitstagen, nachdem er von der Kommission über diesen informiert wurde, anschließen.

Anders als Artikel 4 Absatz 5 erlaubt Artikel 22 FKVO eine Verweisung durch einen oder mehrere den Zusammenschluss prüfende Mitgliedstaaten (Teilverweisung). Bei einer Teilverweisung arbeiten die mit der Prüfung des Zusammenschlusses befassten nationalen Wettbewerbsbehörden, soweit zeitlich möglich, untereinander und mit der Kommission zusammen, um widersprüchliche Ergebnisse weitestgehend auszuschließen.

1. Zusätzlich zu den in Artikel 22 Absatz 1 FKVO beschriebenen Kriterien stellen die nationalen Wettbewerbsbehörden bei der Feststellung, ob ein

Zusammenschluss für eine gemeinsame Verweisung in Frage kommt, auf folgende Faktoren ab:

* + Geht/ gehen der von dem Zusammenschluss betroffene räumliche Markt, bzw. die betroffenen räumlichen Märkte, über den nationalen Markt hinaus und wirkt sich der Zusammenschluss hauptsächlich auf eben diesen Markt/ diese Märkte aus?
  + Erwarten die nationalen Wettbewerbsbehörden Schwierigkeiten bei der Beschaffung von Informationen, da die Beteiligten oder Dritte, von denen Informationen hauptsächlich zu erwarten sind, nicht in dem jeweiligen Mitgliedstaat ansässig sind, oder
  + Bestehen potentiell wesentliche wettbewerbliche Bedenken für eine Reihe von nationalen oder sub-nationalen Märkten im EWR, und rechnen die nationalen Wettbewerbsbehörden mit Schwierigkeiten bei der Ermittlung und/oder Durchsetzung von geeigneten und verhältnismäßigen Auflagen oder Bedingungen („suitable remedies“), falls diese notwendig sein sollten, insbesondere in Fällen, in denen solche nicht ausreichend von den nationalen Wettbewerbsbehörden nach nationalem Recht oder durch Zusammenarbeit mit anderen nationalen Wettbewerbsbehörden durchgesetzt werden könnten?

1. **Verfahren**

***Unterrichtung der nationalen Wettbewerbsbehörden über in die Zuständigkeit mehrerer Rechtsordnungen fallende Zusammenschlüsse***

1. Sobald eine nationale Wettbewerbsbehörde eine Anmeldung eines Zusammenschlusses, der für eine Verweisung an die Kommission in Frage käme, erhält oder von einem solchen Zusammenschluss erfährt, erkundigt sie sich bei den Parteien:

* ob der Zusammenschluss auch von einer anderen nationalen Wettbewerbsbehörde der ECA geprüft werden könnte und
* bei welcher nationalen Wettbewerbsbehörde eine Anmeldung eingereicht wurde oder wird.

Teilen die an einem Zusammenschluss beteiligten Parteien einer nationalen Wettbewerbsbehörde mit, dass der Zusammenschluss unter die Prüfungsbefugnis einer weiteren nationalen Wettbewerbsbehörde der ECA fällt, wird das im ECA Verfahrensleitfaden beschriebene Informationsverfahren in Gang gesetzt. Insbesondere sind alle nationalen Wettbewerbsbehörden der ECA über den Zusammenschluss zu unterrichten, sowie darüber, welchen nationalen Wettbewerbsbehörden die Prüfungsbefugnis nach Ansicht der Parteien zufällt. Insofern hängt der Entscheidungsprozess, ob ein Zusammenschluss für eine gemeinsame Verweisung in Frage kommt, nicht davon ab, dass der Zusammenschluss bei allen nationalen Wettbewerbsbehörden, die nach ihren einschlägigen nationalen Vorschriften zur Fusionskontrolle prüfungsbefugt sind, angemeldet worden ist.

***Die Beurteilung des Zusammenschlusses***

1. Die mit der Prüfung der Eignung eines Zusammenschlusses für eine gemeinsame Verweisung an die Kommission gemäß Artikel 22 Absatz 1 FKVO befassten nationalen Wettbewerbsbehörden sollten um eine schnellstmögliche Einschätzung bemüht sein, ob der Zusammenschluss die oben genannten rechtlichen und materiellen Kriterien voraussichtlich erfüllt. Dies kann nur auf *prima facie* Basis erfolgen.

***Die Einleitung der Verweisung***

1. Ist eine an der Prüfung des Zusammenschlusses beteiligte nationale Wettbewerbsbehörde der Ansicht, dass der Zusammenschluss für eine Verweisung in Frage käme, teilt sie dies allen anderen nationalen Wettbewerbsbehörden mit.

Alternativ kann die Kommission gemäß Artikel 22 Absatz 5 FKVO einem oder mehreren Mitgliedstaaten mitteilen, dass ein Zusammenschluss nach ihrem Dafürhalten für eine Verweisung in Frage kommt, und sie kann diesen Mitgliedstaat beziehungsweise diese Mitgliedstaaten auffordern, einen Antrag nach Artikel 22 Absatz 1 FKVO zu stellen. Erhält eine nationale

Wettbewerbsbehörde eine solche Aufforderung, teilt sie dies allen anderen Wettbewerbsbehörden mit.

Die anmeldenden Parteien können informell auch einer oder mehreren nationalen Wettbewerbsbehörden zu verstehen geben, dass sie eine Verweisung des Zusammenschlusses befürworten.

***Der Konsultationsprozess***

***Kontakte zwischen den nationalen Wettbewerbsbehörden***

1. Nachdem die erste nationale Wettbewerbsbehörde den anderen mitgeteilt hat, dass ein Zusammenschluss ihrer Ansicht nach für eine gemeinsame Verweisung in Frage käme, erfolgen aufgrund der engen zeitlichen Vorgaben unverzüglich Konsultationen, um baldmöglichst festzustellen, ob eine gemeinsame Verweisung Unterstützung findet.

Da gemäß Artikel 22 Absatz 2 FKVO alle den Zusammenschluss betreffenden einzelstaatlichen Fristen gehemmt werden, sobald ein Verweisungsantrag von einer nationalen Wettbewerbsbehörde gestellt wird, sollte jede einen Verweisungsantrag ernsthaft in Betracht ziehende nationale Behörde die anderen Behörden unverzüglich von ihrer Absicht in Kenntnis setzen.

1. Sobald ein Antrag auf Verweisung an die Kommission gemäß Artikel 22 Absatz 1 FKVO von einem oder mehreren Mitgliedstaaten eingereicht wurde, leitet die Kommission den Antrag an alle nationalen Wettbewerbsbehörden weiter, und die für den Zusammenschluss einschlägigen nationalen Fristen werden gehemmt. Gemäß Artikel 22 Absatz 2 FKVO kann sich jede andere nationale Wettbewerbsbehörde dem Antrag innerhalb von 15 Arbeitstagen, nachdem sie von der Kommission über diesen informiert wurde, anschließen.

Die nationalen Wettbewerbsbehörden informieren die anderen Behörden und die Kommission baldmöglichst darüber, ob sie sich dem Antrag anschließen oder nicht.

Sobald eine nationale Wettbewerbsbehörde der Kommission mitteilt, dass sie sich dem Antrag *nicht* anschließt, sondern den Zusammenschluss selbst prüft,

endet die Hemmung der nationalen Fristen dieser Behörde. Die Behörde sollte auch die übrigen nationalen Wettbewerbsbehörden davon in Kenntnis setzen und während der parallel durchgeführten Prüfung weiterhin mit den anderen Behörden und der Kommission zusammenarbeiten. Des weiteren sollte sie die übrigen Behörden und die Kommission über die Ergebnisse ihrer Untersuchung informieren.

Obwohl die nationalen Wettbewerbsbehörden so weit wie möglich versuchen werden, widerstreitende Entscheidungen über eine gemeinsame Verweisung eines Falles an die Kommission zu vermeiden, können nationale Wettbewerbsbedingungen eine Behörde zu dem Schluss führen, dass ihre Teilnahme an einem gemeinsamen Antrag nicht angebracht ist. Eine Wettbewerbsbehörde ist nicht an die Entscheidung einer anderen gebunden.

***Kontakte zu den Parteien***

1. Die nationalen Wettbewerbsbehörden sollten die Parteien so früh wie möglich darüber informieren, dass eine gemeinsame Verweisung des Zusammenschlusses in Betracht gezogen wird.

Erfährt eine nationale Wettbewerbsbehörde von einem Zusammenschluss, der nicht bei ihr angemeldet wurde, den aber andere Wettbewerbsbehörden für eine gemeinsame Verweisung in Betracht ziehen, kann die Behörde die Parteien kontaktieren, um Einzelheiten über den Zusammenschluss im Hinblick auf die Einleitung eines nationalen Fusionskontrollverfahrens in Erfahrung zu bringen.

***Konsultation mit der Kommission***

1. Die nationalen Wettbewerbsbehörden sollten die Kommission so bald wie möglich kontaktieren, um deren Haltung zu einer möglichen (gemeinsamen) Verweisung in Erfahrung zu bringen. Es sollte die informelle Zustimmung der Kommission zur Verweisung eingeholt werden; die übrigen nationalen Wettbewerbsbehörden sollten entsprechend laufend unterrichtet werden.

***Der Verfahrenskoordinator***

1. Die an der gemeinsamen Verweisung beteiligten nationalen Wettbewerbsbehörden bemühen sich, aus ihrer Mitte einen informellen Koordinator zu bestimmen, der als informelle Verbindungsstelle zwischen den nationalen Wettbewerbsbehörden, der Kommission und den Parteien fungiert.

Der Koordinator hat die Funktion einer zentralen Kontaktstelle für Informationen. Er/sie hält Kontakt zu den nationalen Wettbewerbsbehörden und der Kommission, informiert sie über die Sachlage und ermittelt ihre Standpunkte bezüglich der Verweisungsinitiative.

1. Der Koordinator sollte die nationalen Wettbewerbsbehörden um Stellungnahme ersuchen, um ihre Position bezüglich der Einleitung eines Verweisungsverfahrens oder einer späteren Beteiligung an einem solchen Verfahren zu ermitteln. Des weiteren sollte er/sie sicherstellen, dass mit einer

gemeinsamen Verweisung zusammenhängende verfahrensrechtliche und materielle Fragen koordiniert werden, soweit dies mit den nationalen Bestimmungen zur Wahrung der Vertraulichkeit vereinbar ist. Sowohl die Absicht, einen ersten Antrag auf Verweisung zu stellen, als auch die erfolgte Antragsstellung sollte allen nationalen Wettbewerbsbehörden unverzüglich mitgeteilt werden, da dies Auswirkungen auf alle anderen nationalen Verfahren hat. Der Koordinator sollte die nationalen Wettbewerbsbehörden fortlaufend darüber informieren, welche Mitgliedstaaten sich dem ersten Antrag auf Verweisung angeschlossen haben.

1. Die Funktion des Koordinators besteht darin, die Zusammenarbeit zwischen den nationalen Wettbewerbsbehörden zu erleichtern. Die nationalen Wettbewerbsbehörden werden dadurch nicht daran gehindert, selbst Beratungen mit der Kommission und/oder den Parteien zu führen. Ebenso wenig werden die unabhängigen Einschätzungen der nationalen Wettbewerbsbehörden, ob sie einen Fall als für eine Verweisung nach Artikel

22 Absatz 1 FKVO geeignet erachten oder sich einem ersten Antrag auf Verweisung gemäß Artikel 22 Absatz 2 FKVO anschließen, beeinflusst.

***Zeitplan***

*30.* Gemäß Artikel 22 Absatz 1 FKVO muss ein Antrag auf Verweisung innerhalb von 15 Arbeitstagen, nachdem der Zusammenschluss bei dem betreffenden Mitgliedstaat angemeldet oder, falls eine Anmeldung nicht erforderlich ist, ihm anderweitig zur Kenntnis gebracht worden ist, gestellt werden. Die nationalen Wettbewerbsbehörden bemühen sich soweit wie möglich vor Ablauf dieser Frist um einen informellen Konsens untereinander bezüglich der gemeinsamen Verweisung.

1. Bei Mitgliedstaaten ohne obligatorisches Notifizierungssystem ist die Formulierung „zur Kenntnis gebracht worden“, welche die Frist von 15 Arbeitstagen gemäß Artikel 22 Absatz 1 FKVO auslöst, dahingehend zu

verstehen, dass ausreichende Informationen vorliegen, um zu prüfen, ob die Voraussetzungen für einen Verweisungsantrag nach Artikel 22 erfüllt sind14.

***Der Antrag auf Verweisung***

1. Bei Antragstellung gemäß Artikel 22 Absatz 1 FKVO oder bei Beteiligung an einem Antrag gemäß Artikel 22 Absatz 2 FKVO verständigen sich die nationalen Wettbewerbsbehörden generell darauf, auf die folgenden Punkte, sofern angemessen, einzugehen:
   1. es handelt sich um einen Zusammenschluss im Sinne von Artikel 3 FKVO;
   2. der Zusammenschluss hat keine gemeinschaftsweite Bedeutung im Sinne von Artikel 1 FKVO;
   3. die Frage, ob ein relevanter räumlicher Markt über den nationalen Markt hinausgeht;
   4. die Rechtsordnungen, in deren Zuständigkeit der Zusammenschluss fällt;
   5. das Potenzial des Zusammenschlusses, nach einer *prima facie* Einschätzung, den Wettbewerb im Hoheitsgebiet des den Antrag stellenden Mitgliedstaates erheblich zu beeinträchtigen;
   6. mögliche Probleme bei der Ermittlung und/oder Durchsetzung von geeigneten Auflagen oder Bedingungen, sofern sich diese als erforderlich erweisen;
   7. die möglichen Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten;
   8. die Einhaltung der in Artikel 22 Absatz 1 oder Absatz 2 FKVO gesetzten Fristen;
   9. ob mehrere nationale Wettbewerbsbehörden übereinstimmend beschlossen haben, den Zusammenschluss gemeinsam an die Kommission zu verweisen; und
   10. ob, sofern bekannt, die Parteien eine Verweisung befürworten (oder nicht).

Es steht den nationalen Wettbewerbsbehörden frei, weitere Punkte, die sie als bedeutend ansehen, anzusprechen.

14 Siehe Fußnote 43 der Kommissionsmitteilung.

###### Die Übermittlung des Antrags an die Kommission

1. Jede nationale Wettbewerbsbehörde ist für die Übermittlung ihres Antrages auf Verweisung an die Kommission selbst zuständig.

***Der Abschluss des Verfahrens***

1. Gemäß Artikel 22 Absatz 3 FKVO liegt es im Ermessen der Kommission, ob sie der Verweisung zustimmt. Teilt die Kommission den nationalen Wettbewerbsbehörden mit, dass sie den Zusammenschluss untersuchen wird, übermitteln ihr die verweisenden nationalen Wettbewerbsbehörden so schnell wie möglich die im Rahmen der nationalen Verfahren erhaltenen Unterlagen, soweit dies nach den nationalen Bestimmungen zur Wahrung der Vertraulichkeit möglich ist. Verbieten die nationalen Bestimmungen zur Wahrung der Vertraulichkeit eine Übermittlung, ist eine Erklärung zum Verzicht auf die Wahrung der Vertraulichkeit der Zusammenschlussbeteiligten erforderlich, bevor die Unterlagen an die Kommission weitergeleitet werden können. Wo derartige nationale Bestimmungen bestehen, bitten die nationalen Wettbewerbsbehörden die Beteiligten und gegebenenfalls Dritte im Hinblick auf eine mögliche Verweisung um eine solche Verzichterklärung hinsichtlich der Unterlagen, die diese den nationalen Wettbewerbsbehörden im Rahmen der nationalen Untersuchung zur Verfügung gestellt haben.

**Mitteilung:**

**Keine nachträgliche Anmeldung bereits vollzogener Zusammenschlüsse**

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen bestimmt, dass Unternehmen, de- ren Gesamtumsätze bestimmte Schwellenwerte überschreiten, einen Zusammen- schluss beim Bundeskartellamt anmelden und dessen Freigabe abwarten müssen, bevor sie den Zusammenschluss vollziehen dürfen. Gleichwohl kommt es in Einzel- fällen vor, dass Unternehmen diese Verpflichtung verletzen und einen Zusammen- schluss vor Anmeldung beim Bundeskartellamt vollziehen. Häufig wollen die beteilig- ten Unternehmen den Zusammenschluss dann noch nach Vollzug beim Bundeskar- tellamt anmelden.

Zukünftig wird das Bundeskartellamt eine "Anmeldung" bereits vollzogener Zusam- menschlüsse nicht mehr als solche akzeptieren. In diesen Fällen wird es eine An- meldung als Anzeige des vollzogenen Zusammenschlusses ansehen. Zu einer sol- chen Anzeige sind die Unternehmen stets nach Vollzug eines Zusammenschlusses verpflichtet.

Ob durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt worden ist, wird das Bundeskartellamt in diesen Fällen in einem Entflech- tungsverfahren prüfen. Wenn sich ergibt, dass der Zusammenschluss keinen wett- bewerblichen Bedenken begegnet, weil er eine marktbeherrschende Stellung weder begründet noch verstärkt, wird das Bundeskartellamt das Verfahren einstellen und dies den beteiligten Unternehmen – formlos oder in einer förmlichen Entscheidung – mitteilen.

Dieser Änderung der Praxis des Bundeskartellamts liegt eine Änderung des Geset- zes gegen Wettbewerbsbeschränkungen zugrunde: Vor der 7. GWB-Novelle konnte die Entflechtung eines Zusammenschlusses nur angeordnet werden, wenn ein Zu- sammenschluss zuvor untersagt wurde. Nach der 7. GWB-Novelle ist für eine Ent- flechtung nur noch erforderlich, dass die Voraussetzungen für eine Untersagung er- füllt sind. Daraus folgt, dass ein eigenständiges Untersagungsverfahren vor einem Entflechtungsverfahren nicht mehr sinnvoll ist. Die Untersagungsvoraussetzungen sind vielmehr im Rahmen eines Entflechtungsverfahrens zu prüfen. Das entspricht

auch dem Willen des Gesetzgebers, wie sich ausdrücklich aus der Begründung zur

7. GWB-Novelle ergibt.

Keine Änderung ergibt sich dagegen bei der Einstufung von Verstößen gegen das Vollzugsverbot als Ordnungswidrigkeit. Nach wie vor kann der vorzeitige Vollzug ei- nes Zusammenschlusses mit Bußgeldern gegen die beteiligten Unternehmen und / oder gegen die verantwortlichen Personen geahndet werden. Seit der 7. GWB Novel- le kann jeweils ein Bußgeld in Höhe von bis zu € 1 Million verhängt werden. Bei Un- ternehmen kann das Bußgeld sogar bis zu 10 Prozent seines Gesamtumsatzes betragen.

Die Prüfung bereits vollzogener Zusammenschlüsse wird auf der Internetseite des Bundeskartellamts (www.bundeskartellamt.de) in der Liste laufender Zusammen- schlussverfahren veröffentlicht. Nachträglich geprüfte Fälle werden dabei durch einen Zusatz kenntlich gemacht, der erläutert, dass der Zusammenschluss bereits vollzo- gen ist und nachträglich im fristungebundenen Verfahren nach § 41 Abs. 3 GWB ge- prüft wird.