

### **Auslegungsgrundsätze**

Die vorliegenden Auslegungsgrundsätze sollen eine Orientierungshilfe geben, wenn bei der Fusionskontrolle geprüft wird, ob eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird. Auf der Grundlage der bisherigen Entscheidungspraxis sowie wirtschaftswissenschaftlicher Aussagen wird die wettbewerbliche Bedeutung einzelner Kriterien im Rahmen der erforderlichen Gesamtbetrachtung summarisch erläutert.

Entsprechende Auslegungsgrundsätze wurden 1990 in ihrer ersten Fassung veröffentlicht ("Checkliste"). Aufgrund zwischenzeitlicher Rechts- und Anwendungsentwicklungen im nationalen und europäischen Recht erscheint eine aktualisierte Neuauflage erforderlich.

Für das deutsche Recht ist hier insbesondere auf einzelne Änderungen der Regelungen zur Prüfung von Marktbeherrschung durch die 5. und 6. Novellierung des GWB hinzuweisen. In die vorliegenden Auslegungsgrundsätze wurden die Anwendungspraxis des Bundeskartellamtes und die Rechtsprechung der deutschen Gerichte eingearbeitet. Dabei wird nicht nur auf Untersagungsbeschlüsse des Bundeskartellamtes Bezug genommen. Dargestellt werden auch aktuelle Freigabeentscheidungen im Hauptprüfverfahren, die seit Inkrafttreten der 6. GWB-Novelle am 1. Januar 1999 im Internet veröffentlicht werden ([www.bundeskartellamt.de](http://www.bundeskartellamt.de)).

Entscheidend für die fusionsrechtliche Prüfung von Marktbeherrschung ist die sachliche und räumliche Marktabgrenzung. Sie bestimmt letztlich über die Ermittlung der Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite den sachlichen und räumlichen Bereich, in dem Unternehmen miteinander in Wettbewerb stehen, und den Rahmen, innerhalb dessen die Prüfung von Marktbeherrschung erfolgt. Sie ist häufig ausschlaggebend für die Würdigung eines konkreten Zusammenschlussvorhabens. Die Kriterien zur Festlegung des sachlich und räumlich relevanten Marktes sind nicht Gegenstand der vorliegenden Auslegungsgrundsätze.

Mit den vorliegenden Auslegungsgrundsätzen sollen weder andere Interpretationen der Verwaltungs- und Rechtsprechungspraxis seit 1973 ausgeschlossen noch Weiterentwicklungen blockiert werden.

## **I. Einzelmarktbeherrschung**

<b>A. Einführung</b>	4
<b>1. Fusionskontrolle und wettbewerbstheoretisches Leitbild</b>	4
<b>2. Der Marktbeherrschungsbegriff in der deutschen Fusionskontrolle</b>	
2.1 Definition	5
2.2 Anwendungsgrundsätze	7
<b>B. Prüfungskriterien</b>	9
<b>1. Marktanteil</b>	10
1.1 Grundsätze für die Marktanteilsbetrachtung	10
1.1.1 Absolute Höhe des Marktanteils	10
1.1.2 Marktanteilsabstände und Verteilung der Marktanteile im Übrigen	11
1.1.3 Marktanteilsentwicklung	12
1.2 Berechnung von Marktanteilen	14
<b>2. Ressourcenbetrachtung, insbesondere Finanzkraft</b>	14
2.1 Bemessung von Finanzkraft	15
2.2 Entmutigungs- und Abschreckungseffekte durch Finanzkraft	16
2.3 Entmutigungs- und Abschreckungseffekte durch andere Ressourcen	17
<b>3. Zugang zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten</b>	18
3.1 Vertikale Integration	18
3.2 Umfassendes Sortiment/umfassende Systemfähigkeit	20
3.3 Sonstige Wettbewerbsvorteile beim Zugang zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten	22
<b>4. Verflechtungen</b>	22
<b>5. Marktzutrittsschranken/Potenzieller Wettbewerb</b>	23
5.1 Gesetzliche Marktzutrittsschranken	25
5.2 Strukturelle Marktzutrittsschranken	26
5.3 Strategische Marktzutrittsschranken	28
5.4 Besonderheiten im Hinblick auf Marktzutrittsschranken für ausländische Unternehmen	28
5.5 Erwerb eines potentiellen Wettbewerbers	30
<b>6. Wettbewerb durch Randsubstitution</b>	30
6.1 Abgrenzung Austauschbarkeit/Marktgleichwertigkeit - unvollkommene Substitution	30
6.2 Wettbewerbsrechtliche Einordnung	31
<b>7. Gegengewichtige Marktmacht</b>	32
7.1 Voraussetzungen	32
7.2 Wettbewerbsrechtliche Einordnung	33

<b>8. Marktphase</b>	34
8.1 Experimentier- und Expansionsphase	34
8.2 Ausreifungs- und Stagnationsphase	35
<b>9. Gesamtbetrachtung der Wettbewerbsbedingungen</b>	36
<b>10. Kausalität</b>	38
<b>II. <u>Oligopolistische Marktbeherrschung</u></b>	40
<b>A. Einführung</b>	40
<b>1. Oligopole in der Wettbewerbstheorie</b>	40
<b>2. Die Definition oligopolistischer Marktbeherrschung in der deutschen Fusionskontrolle</b>	41
<b>B. Prüfungskriterien</b>	44
<b>1. Wettbewerbsbedingungen - Binnenwettbewerb</b>	44
1.1 Marktanteil	44
1.2 Kräfteverhältnis im Oligopol	45
1.3 Ressourcenbetrachtung	47
1.4 Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten	47
1.5 Verflechtungen	47
1.5.1 Verflechtungen auf vom Zusammenschluss betroffenen Märkten	47
1.5.2 Verflechtungen auf Drittmärkten	48
1.6 Marktzutrittsschranken/potenzieller Wettbewerb	48
1.7 Wettbewerb durch unvollkommene Substitute	48
1.8 Gegengewichtige Marktmacht	49
1.9 Marktphase	50
<b>2. Wettbewerbsbedingungen - Außenwettbewerb</b>	50
<b>3. Gesamtschau der Wettbewerbsbedingungen</b>	51
<b>4. Wettbewerbsgeschehen</b>	53
4.1 Wettbewerbsgeschehen und Markttransparenz	53
4.2 Wettbewerbsgeschehen und Homogenität der betroffenen Produkte oder Dienstleistungen	54
4.3 Wettbewerbsrechtliche Einordnung	55

## I. Einzelmarktbeherrschung

### A. Einführung

#### 1. Fusionskontrolle und wettbewerbstheoretisches Leitbild

Die Fusionskontrolle hat die Aufgabe, einer "übermäßigen" Unternehmenskonzentration zu begegnen. Ziel ist es, wettbewerbliche Marktstrukturen zu erhalten und vom Wettbewerb nicht hinreichend kontrollierte Verhaltensspielräume von Unternehmen im Interesse der materiellen Handlungsfreiheit anderer Unternehmen und der Verbraucher zu verhindern. Die Fusionskontrolle soll also einer Gefährdung des Wettbewerbs begegnen, die sich aus einer Veränderung der Marktstruktur in Folge eines Zusammenschlusses ergeben kann (sog. "Strukturansatz"). Als theoretische Grundlagen für die wettbewerbspolitische Beurteilung von Zusammenschlüssen lassen sich insbesondere die verschiedenen Ansätze der *Harvard School (Struktur-Verhalten-Ergebnis-Paradigma)* und die *Theorie bestreitbarer Märkte* ("Contestable Markets") unterscheiden.

Für die wettbewerbstheoretische Diskussion im deutschen Sprachraum hatte lange Zeit eine von Kantzenbach entwickelte Spielart des "*Struktur-Verhalten-Ergebnis-Ansatzes*" besondere Bedeutung. Sie versucht, die Marktstruktur zu ermitteln, bei der eine "optimale Wettbewerbsintensität" erreicht wird. Dabei sieht Kantzenbach unter anderem einen Zusammenhang zwischen einer starken Zunahme der Marktkonzentration und einer entsprechenden Abnahme der Wettbewerbsintensität. Kritiker werfen Kantzenbach vor, in seinem Modell Marktzutrittsschranken und potenziellen Wettbewerb als wettbewerbsbelebendes Element nicht hinreichend zu berücksichtigen. Die *Theorie bestreitbarer Märkte* und verwandte Ansätze gehen davon aus, dass bei geringen Marktzutrittsschranken die Eintrittsdrohung potenzieller Wettbewerber sowohl ein kollusives Verhalten etablierter Anbieter als auch nicht hinreichend kontrollierte Verhaltensspielräume eines Unternehmens verhindern könne. Die aktuelle Konkurrenz wird kaum thematisiert; zentraler Beschäftigungsgegenstand ist die potenzielle Konkurrenz.<sup>1</sup>

Die deutsche Fusionskontrolle wird nicht auf einen bestimmten Theorieansatz gestützt. Dies ergibt sich schon aus dem Kriterienkatalog, den der Gesetzgeber bei der Definition der überragenden Marktstellung des § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB zur Prüfung einer marktbeherrschenden Stellung eingefügt hat. Maßgebend hierfür war der Gedanke, dass sich die Marktstellung eines Unternehmens in der Regel nicht allein aufgrund der Prüfung eines Strukturkriteriums (z.B. Marktanteil, aktueller oder potenzieller Wettbewerb), sondern nur anhand einer Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände des Einzelfalls beurteilen lässt.<sup>2</sup> Im Einzelfall kann dies dazu

<sup>1</sup> Zur Beschreibung des "Contestable Markets-Ansatzes" vgl. z.B. Kowalski: Die Marktprozeßanalyse der Harvard School und neuere Systemtheorie, Hamburg 1997, S. 139 ff..

<sup>2</sup> BT-Drs. VI/2520, S. 21 f., grundlegend WuW/E BGH 1504 "GKN-Sachs" (1978) und WuW/E BGH 1908 "SZ-Münchener Anzeigenblätter" (1982), ebenso WuW/E BGH 3037, 3041 "Raiffeisen" (1995), zu einer

führen, dass selbst Zusammenschlüsse, bei denen hohe Marktanteile erreicht werden, nicht untersagt werden, weil andere Strukturfaktoren, wie z.B. ein leistungsfähiger, potenzieller Wettbewerb aus dem Ausland und eine nachfragestarke Marktgegenseite, aller Erwartung nach keine unkontrollierten wettbewerblichen Verhaltensspielräume der Zusammenschlussbeteiligten zulassen.<sup>3</sup>

Die *Theorie bestreitbarer Märkte* liefert im Rahmen der Industrieökonomie wichtige Erkenntnisse. Die entsprechenden Modellvoraussetzungen sind jedoch in der Realität kaum zu beobachten. Insbesondere die Höhe der Marktzutrittschranken als Voraussetzung für eine wirksame Eintrittsdrohung potenzieller Wettbewerber ist in jedem Einzelfall anhand der hier geltenden Marktbedingungen zu prüfen. Insoweit kann die Theorie bestreitbarer Märkte nur eingeschränkt Hilfestellung für die Fusionskontrollpraxis bieten. In der Wettbewerbsaufsicht, die auf "Krisenmanagement" innerhalb eines Prognosezeitraums zielt, muss eine Verbindung der Beurteilung aktueller und potenzieller Konkurrenz gefunden werden. Hierbei spielt die Prüfung der tatsächlichen "Angreifbarkeit" der betroffenen Märkte - insbesondere Marktphase, Marktzutrittschranken, potenzieller Wettbewerb - eine erhebliche Rolle.

## 2. Der Marktbeherrschungsbegriff in der deutschen Fusionskontrolle

Nach dem Wortlaut des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) gibt es drei verschiedene Möglichkeiten der Marktbeherrschung. Ein Unternehmen ist danach unter folgenden - alternativen - Voraussetzungen marktbeherrschend:

### 2.1 Definition

§ 19 Abs. 2 GWB:

Ein Unternehmen ist marktbeherrschend, soweit es als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen (1.) ohne Wettbewerber ist oder (2.) keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder (3.) eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat.

#### Variante 1

Ein Unternehmen ist **keinem Wettbewerb ausgesetzt** (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB). Das Fehlen jeglichen Wettbewerbs (kein einziger konkurrierender Anbieter bzw. Nachfrager) ist lediglich ein Extremfall des Fehlens wesentlichen Wettbewerbs und hat in der Fusionskontrollpraxis des Bundeskartellamtes kaum Bedeutung.

#### Variante 2

Ein Unternehmen ist **keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt** (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB). Wesentlicher Wettbewerb fehlt dann, wenn ein Unternehmen auf einem bestimmten Markt in der Lage ist, sein Marktverhalten unabhängig von den möglichen Reaktionen seiner Konkurrenten zu bestimmen oder sogar durch seine marktstra-

---

kritischen Auseinandersetzung mit der Praxis des Bundeskartellamtes vgl. Erb T., Jahraus J. u.a.: Konsequenzen der Globalisierung für die Wettbewerbspolitik, Frankfurt/Main u.a. 2000. Z.B. Bundeskartellamt, Beschluss v. 18. 01.1999 "Babcock/Steinmüller", S. 12 ff.

tegische Entscheidung die Handlungsspielräume der Wettbewerber einzuschränken. Bei der Prüfung dieser Alternative steht das Wettbewerbsgeschehen (Marktverhalten) im Vordergrund. Die Wettbewerbsparameter, die ein Unternehmen zur Sicherung eines nicht hinreichend kontrollierten Verhaltensspielraums einsetzen kann (Preis, Qualität, Forschung & Entwicklung usw.), können von Markt zu Markt sehr unterschiedlich sein. Praktische Bedeutung hat das Fehlen wesentlichen Wettbewerbs vor allem für die Feststellung von marktbeherrschenden Oligopolen und in Fällen der Einzelmarktbeherrschung mit sehr hohen Marktanteilen. Von Ausnahmen abgesehen, ist die Marktbeherrschung im Sinne des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB bislang nur in Pressefällen oder bei Zusammenschlüssen im Bereich der leitungsgebundenen Energieversorgung festgestellt worden.<sup>4</sup>

### Variante 3

Das Unternehmen nimmt **eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung** ein. Sie besteht, wenn ein Unternehmen aufgrund markt- oder unternehmensbezogener Strukturkriterien über einen von Wettbewerbern nicht hinreichend kontrollierten Verhaltensspielraum verfügt. Eine überragende Marktstellung ergibt sich insbesondere aus dem Marktanteil, der Finanzkraft, dem Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten, den Verflechtungen mit anderen Unternehmen, den Marktzutrittschranken und dem Fehlen von tatsächlichem oder potenziellem Wettbewerb durch im Inland oder im Ausland ansässige Unternehmen (§ 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB).

Die mit der 5. GWB-Novelle 1990 erfolgte Erweiterung dieses exemplarischen Katalogs um die Kriterien

- (1) Umstellungsflexibilität des betreffenden Unternehmens und
- (2) Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite

zielt auf eine **bessere Erfassung von Nachfragemacht**.

Dem liegt die Annahme zugrunde, dass insbesondere große Handelsunternehmen mit einem breiten Gesamtsortiment in ihrem Marktverhalten flexibler sind als Hersteller einzelner Konsumgüter (Sortimentsflexibilität > Produktionsflexibilität). Die Macht, die aus einer solchen vertikalen Abhängigkeit resultiert, kann zu Marktbeherrschung auf Beschaffungsmärkten führen, wenn eine für den jeweiligen Markt erhebliche Zahl von Unternehmen keine ausreichenden oder zumutbaren Absatzalternativen besitzt.<sup>5</sup>

Vorteile gegenüber Wettbewerbern resultieren aus Nachfragemacht, wenn diese keine vergleichbaren Vorteile aus entsprechenden Abhängigkeitsverhältnissen ziehen können.

<sup>4</sup> Vgl. zum Beispiel WuW/E OLG 4835, 4855 "WAZ/Iserlochner Kreisanzeiger" (1991), WuW/E BKartA 2701, 2707 "Stadtwerke Garbsen"(1994), jedoch auch WuW/E BKartA 2591 "Fresenius/Schiwa" (1993).

<sup>5</sup> Vgl. Begründung zum Entwurf eines Fünften Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Drucks. 11/4610 S. 11, WuW/OLG 3585 "Hussel/Mara" (1985).

Die Marktbeherrschungsdefinition ist im Rahmen der 6. GWB-Novelle 1998 im **Wesentlichen unverändert** geblieben. Zwar hat der Gesetzgeber in den Kriterienkatalog zur Bestimmung einer überragenden Marktstellung den *"tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerb durch innerhalb oder außerhalb des Geltungsbereiches dieses Gesetzes ansässige Unternehmen"* eingefügt. Dies dient jedoch in erster Linie der gesetzlichen Klarstellung der bisherigen Anwendungspraxis des Bundeskartellamtes, das den tatsächlichen und potenziellen Auslandswettbewerb bei der Prüfung der überragenden Marktstellung - soweit relevant - als ein wichtiges Strukturkriterium berücksichtigt. Der wirtschaftlich relevante Markt wird durch die tatsächlichen Angebots- und Nachfragebedingungen bestimmt und kann europa- oder auch weltweit abzugrenzen sein. Dies wurde mit der 7. GWB-Novelle 2005 in §19 Abs. 2 festgeschrieben. Die Beschlussabteilungen des Bundeskartellamtes gehen dementsprechend in einer Reihe von Entscheidungen von wirtschaftlich grenzüberschreitenden Märkten aus.<sup>6</sup>

## 2.2 Anwendungsgrundsätze

Die Aufnahme der überragenden Marktstellung mit Einführung der Fusionskontrolle resultierte aus der Schwierigkeit, mit Hilfe der Varianten 1 und 2 Fälle zu beurteilen, in denen Unternehmen mit unterschiedlichen Marktstellungen am Markt tätig sind, ohne dass sogleich erkennbar wäre, ob das herausragende Unternehmen noch Wettbewerb ausgesetzt ist oder nicht.<sup>7</sup> Der BGH hat aus der Entstehungsgeschichte gefolgert, dass die Optionen 2 und 3 in einem echten Alternativverhältnis zueinander stehen und die Annahme einer überragenden Marktstellung möglich bleibt, selbst wenn **wesentlicher Wettbewerb** fortbesteht.<sup>8</sup> Dem liegt die Auffassung zugrunde, dass in Einzelfällen ein Unternehmen, das durch seine Wettbewerber noch einem den eigenen Handlungsspielraum berührenden wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist, einen so erheblichen strukturellen Vorsprung haben kann, dass es die Handlungsspielräume anderer Anbieter einschränken und möglicherweise auf Dauer wesentlichen Wettbewerb beseitigen kann.<sup>9</sup> Die **Bedeutung wesentlichen Wettbewerbs** ist dann in die Prüfung einzubeziehen, wenn die Gesamtbetrachtung der strukturellen Wettbewerbsbedingungen nicht schon für sich genommen ein deutliches Übertreten des betroffenen Unternehmens gegenüber seinen Wettbewerbern belegt.<sup>10</sup> In diesem Fall kann das **tatsächliche Marktgeschehen**, d.h., einzelne hervortretende wettbe-

<sup>6</sup> Vgl. beispielsweise Bundeskartellamt, Beschl. v. 28.04.1999 "Dow Chemical/Shell"; 16.07.1999 "PPG Industries/ICI Farben und Lacke"; 06.08.1999 "Texas Instruments/ISS"; 19.11.1999 "Siemens/NEC"; 09.12.1999 "Krautkrämer/NUKEM"; 07.01.2000 "Microsoft/Visio"; 08.03.1999 "Saft/Tadiran". Beschluss v. 21.06.2000 „Melitta“, bestätigt durch BGH WuW/E, 1295 ff. -Staubsaugerbeutelmarkt-

<sup>7</sup> Begründung zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Drucks. 265/71, S. 21.

<sup>8</sup> Vgl. WuW/E BGH 1435, 1439 "Vitamin-B-12" (1976); WuW/E BGH 1445, 1449 "Valium" (1976); WuW/E BGH 1501, 1504 "Kfz-Kupplungen" (1978). Nachfolgende Entscheidungen halten an diesem Grundsatz fest, ohne ihn ausdrücklich zu wiederholen, vgl. z.B. WuW/E BGH 3037, 3041 "Raiffeisen" (1995).

<sup>9</sup> Vgl. Ruppelt in: Langen /Bunte § 22 Rz. 56.

<sup>10</sup> Vgl. WuW/E BGH 1749, 1754 f. "Klößner-Becorit" (1980), WuW/E BKartA 2521, 2530ff. "Zahnradfabrik Friedrichshafen/Allison" (1993); WuW/E BKartA 2591, 2602 ff. "Fresenius/Schiwa" (1993).

werbliche Abläufe, neben den Struktur Faktoren für die Entscheidung erheblich sein. Ist für die Zeit vor dem Zusammenschluss wesentlicher Wettbewerb festgestellt, so ist zu prüfen, ob durch den Zusammenschluss die Wettbewerbsbedingungen so einschneidend verändert werden, dass der wesentliche Wettbewerb danach seine Marktmacht ausschließende Wirkung nicht mehr entfalten kann.<sup>11</sup> "Marktbeherrschung setzt insoweit nicht voraus, dass sich auf dem betroffenen Markt überhaupt kein Widerstand mehr dem Preisdiktat des markt führenden Anbieters entgegenstellen kann. Entscheidend ist vielmehr der ihm verbleibende Spielraum, sich gegen Preisoffensiven der Wettbewerber letztlich immer wieder zu behaupten".<sup>12</sup> Eine überragende Marktstellung ist in der Regel dann zu verneinen, wenn der wesentliche Wettbewerb seinerseits auf Struktur Faktoren zurückgeführt werden kann, die durch den Zusammenschluss unberührt bleiben, und insoweit auch zukünftig von wesentlichem Wettbewerb auszugehen ist.<sup>13</sup>

Der Prüfung überragender Marktstellungen hat in der Fusionskontrolle des Bundeskartellamtes die größte praktische Bedeutung.<sup>14</sup> Sie steht daher in dieser Checkliste im Vordergrund:

- Bei der Frage der **Entstehung einer überragenden Marktstellung** kommt es darauf an, ob durch den Zusammenschluss die bisher bestehende wettbewerbliche Kontrolle des Verhaltensspielraums der Zusammenschlussbeteiligten beseitigt wird. Dies muss anhand der zu erwartenden Veränderung der Unternehmens- und Marktstrukturen (Wettbewerbsbedingungen) ermittelt werden.<sup>15</sup>
- Eine **überragende Marktstellung wird** durch einen Zusammenschluss von Unternehmen **verstärkt**, wenn sich dadurch die Wettbewerbsbedingungen auf dem davon betroffenen Markt *weiter* verschlechtern. Über die Feststellungen zum Bestehen einer überragenden Marktstellung hinaus ist dann zu prüfen, ob die bereits bestehenden nicht kontrollierten Verhaltensspielräume erweitert werden und damit funktionsfähiger Wettbewerb noch weniger wahrscheinlich wird.<sup>16</sup> Entstehung und Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung werden anhand der gleichen Faktoren begründet.

Eine Verstärkung tritt schon dann ein, wenn das Unternehmen nachstoßenden Wettbewerb nach dem Zusammenschluss besser abwehren kann als zuvor und damit seine überragende Marktstellung erhalten oder absichern kann. Die Anforde-

<sup>11</sup> WuW/E BGH 1755 "Klöckner-Becorit" (1980).

<sup>12</sup> WuW/E DE-R 451 "Herlitz/Landré" (1999), zuvor davon abweichende Wertung im Einzelfall WuW/E (OLG) DE-R 94, 101 ff. "Hochtief/Philipp Holzmann" (1998), hier keine Überprüfung der Entscheidung durch den BGH.

<sup>13</sup> Grundlegend WuW/E BGH 1756 "Klöckner-Becorit" (1980).

<sup>14</sup> Beispiele aus der neueren Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes: WuW/E BKartA 2729 "Hochtief/Philipp Holzmann" (1995); WuW/E BKartA 2829 "Kolbenschmidt" (1995); WuW/E BKartA "Herlitz/Landré" (1997).

<sup>15</sup> Vgl. WuW/E BGH 2795, 2804 "Pinneberger Tageblatt" (1992)

<sup>16</sup> Grundlegend WuW/E BGH 1685, 1691 "Springer-Elbe Wochenblatt" (1979), WuW/E BGH 2276, 2283 "Süddeutscher Verlag/Donau-Kurier" (1986);



rungen an den Nachweis einer Verstärkung sind umso geringer, je umfassender der betroffene Markt bereits beherrscht wird.<sup>17</sup> Bei bereits bestehender hoher Konzentration reichen schon geringe Verschiebungen der die Marktmacht bestimmenden Größen aus, um die Verstärkungswirkung zu bejahen.<sup>18</sup> In diesen Fällen ist ein Zuwachs an Marktanteilen nicht unbedingt erforderlich. Andere Ressourcenzugewinne können ebenfalls Verstärkungswirkungen begründen. Beispielsweise hat der BGH bei Vertikalzusammenschlüssen in der Energieversorgung aufgrund des hier hohen Konzentrationsgrades schon geringe Strukturveränderungen, beispielsweise durch die gesellschaftsrechtliche Absicherung bestehender Lieferverträge, als ausreichende Verstärkungselemente erachtet.<sup>19</sup> Im Fall "Kali+Salz/PCS" war der Wegfall eines potenziellen Wettbewerbers und die Erhöhung des Abwehrpotenzials im Hinblick auf den Marktzutritt neuer Wettbewerber für die Feststellung der Verstärkung entscheidend.<sup>20</sup>

Auch eine Intensivierung der Einflussnahme auf ein Zielunternehmen, z.B. der Wechsel von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle, kann eine marktbeherrschende Stellung insofern verstärken, als die Ressourcen des allein herrschenden Unternehmens nunmehr noch stärkere Wettbewerbswirkungen entfalten.<sup>21</sup> Sind dagegen die Marktanteile und Umsätze des erworbenen Unternehmen dem Erwerber schon vor dem Zusammenschluss bei der wettbewerblichen Betrachtung voll zuzurechnen, d.h. kommt es nicht zu entsprechenden wettbewerblichen Wirkungen durch zusätzliche Rechte oder die Ressourcenzufuhr des Erwerbers, so ist die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zu verneinen.<sup>22</sup>

## B. Prüfungskriterien

Die nachfolgend dargestellten unternehmens- und marktbezogenen Wettbewerbsbedingungen (Strukturfaktoren) können darüber Aufschluss geben, ob ein Unternehmen auf dem von dem Zusammenschluss betroffenen Markt über einen überragenden Verhaltensspielraum im Sinne des § 19 Abs. 2 GWB verfügt. Die Aufzählung ist nicht abschließend, und es sind nicht alle hier aufgeführten Kriterien für jeden Markt aussage-

<sup>17</sup> Grundlegend WuW/E BGH 1501, 1509 "Kfz-Kupplungen" (1978), WuW/E BGH 1685, 1691 f. "Springer-Elbe Wochenblatt" (1979); vgl. auch WuW/E OLG 4537, 4545 "Linde/Lansing" (1990), Verstärkung durch 0,5 % Marktanteilszuwachs, insoweit bestätigt vom BGH, WuW/E BGH 2731/ 2737 "Inlandstochter" (1991); WuW/E OLG 5549, 5560 "Fresenius/Schiwa" (1995), rechtskräftig, Marktanteilszuwachs von ca. 4 %, WuW/E OLG 5879 "WMF/Auerhahn" (1997), Marktanteilszuwachs von etwa 2 %; Bundeskartellamt, Untersagungsbeschl. v. 20.09.1999 "Henkel/Luhns", Rz 48, rechtskräftig, Marktanteilszuwachs von ca. 2 %; Bundeskartellamt, Untersagungsbeschl. v. 21.06.2000 "Melitta/Schultink" S. 34 f., Marktanteilszuwachs von 0,4 %; dagegen reichte im Fall Deutsche Post/trans-o-flex (Auslandstochter) ein Marktanteilszuwachs von unter 1 % - aufgrund der ansonsten geringen Ressourcenzuwächse - für die Verstärkung nicht aus, vgl. Beschl. v. 21.03.2000, S. 8.

<sup>18</sup> Vgl. zuletzt Bundeskartellamt Beschl. v. 12.01.2000, "WAZ/OTZ", S. 28 mit weiteren Nachweisen.

<sup>19</sup> WuW/E DE-R 32 "Stadtwerke Garbsen (1997), WuW/E DE-R 24 "Stromversorgung Aggertal" (1997).

<sup>20</sup> vgl. WuW/E BKartA 2885, 2887 ff. "Kali+Salz/PCS" (1997); die Untersagung in diesem Fall gründet sich jedoch nicht auf eine bestehende überragende Marktstellung, sondern auf das Fehlen wesentlichen Wettbewerbs im Sinne des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB.

<sup>21</sup> Bundeskartellamt, Untersagungsbeschl. v. 12.01.2000 "WAZ/OTZ", S. 28.

<sup>22</sup> Bundeskartellamt, Beschl. v. 21.03.2000 "Deutsche Post/trans-o-flex (Auslandstochter)", Rz. 20.

kräftig. Im konkreten Einzelfall berücksichtigt das Bundeskartellamt in einer Gesamtschau alle für den betroffenen Markt relevanten Merkmale.

Unternehmen sind Strukturvorteile gegenüber Wettbewerbern nicht nur dann zuzurechnen, wenn sie - gegebenenfalls infolge des Zusammenschlusses - eine **wirtschaftliche Einheit** bilden (Verbundklausel des § 36 Abs. 2 GWB). Der BGH geht in seiner "Raiffeisen"-Entscheidung davon aus, dass "**besondere gesellschaftsrechtliche und geschäftliche Beziehungen**", die das am Zusammenschluss beteiligte Unternehmen zu anderen Unternehmen hat, und die daraus hervorgehenden Wirkungen einschließlich der Marktanteile bei der gebotenen Gesamtbetrachtung für die Frage einer überragenden Marktstellung zu berücksichtigen sind. Dies gelte auch dann, wenn die Voraussetzungen der Verbundklausel und damit von § 17 und § 18 Aktiengesetz nicht erfüllt seien.<sup>23</sup>

## 1. Marktanteil

Auch wenn der Marktanteil im Kriterienkatalog des § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB nicht ausdrücklich hervorgehoben wird, bildet er dennoch den Ausgangspunkt für die Bestimmung von Marktmacht. Auf vielen Märkten lässt der Marktanteil als wichtige marktbezogene Größe erste Rückschlüsse auf die Leistungsfähigkeit eines Unternehmens und dessen zukünftigen Verhaltensspielraum zu.<sup>24</sup> Ein erheblicher Marktanteil deutet auf eingeschränkte Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite und einen erhöhten Verhaltensspielraum eines Unternehmens hin. Allerdings ist der Marktanteil für sich genommen nicht immer ein verlässlicher Indikator für Marktbeherrschung und unterliegt daher einer möglichen Relativierung durch andere Gesichtspunkte im Rahmen einer Gesamtbetrachtung der im Einzelfall einschlägigen Wettbewerbsbedingungen.

### 1.1 Grundsätze für die Marktanteilsbetrachtung

Die Marktanteilsbetrachtung ist besonders aussagekräftig, wenn neben der absoluten Höhe des Marktanteils (1.1.1) der Marktanteilsabstand zum nächsten Wettbewerber sowie die Verteilung der Marktanteile im Übrigen (1.1.2) und die Entwicklung der Marktanteile über mehrere Perioden (1.1.3) ermittelt und gewürdigt werden.

#### 1.1.1 Absolute Höhe des Marktanteils

Je größer der absolute Marktanteil eines Unternehmens ausfällt, desto wahrscheinlicher ist, dass es über einen unkontrollierten Verhaltensspielraum verfügt. Mit steigendem Marktanteil wächst die Fähigkeit des Unternehmens, den Einsatz der Wettbewerbsparameter anderer Marktteilnehmer zu beschränken.

Die Bedeutung des absoluten Marktanteils als Strukturkriterium im Rahmen der Fusionskontrolle wird durch die an einem Marktanteil von einem Drittel anknüpfende

<sup>23</sup> WuW/E BGH 3037, 3040 "Raiffeisen" (1995).

<sup>24</sup> WuW/E BGH 1905, 1908 "Münchener Anzeigenblätter", zuletzt Bundeskartellamt, Untersagungsbeschl. v. 21.06.2000 "Melitta/Schultink", S. 20.

**Marktbeherrschungsvermutung** des § 19 Abs. 3 Satz 1 GWB unterstrichen. Erreicht oder überschreitet der Marktanteil eines Unternehmens diese Schwelle, so wird Einzelmarktbeherrschung vermutet. Damit wachsen gleichzeitig die Anforderungen an den Nachweis, dass - entgegen der Vermutung - keine überragende Marktstellung besteht. Die Monopolvermutung des § 19 Abs. 3 Satz 1 GWB enthält zwar - im Gegensatz zur Oligopolvermutung des § 19 Abs. 3 Satz 2 GWB - keine explizite Umkehr der materiellen Beweislast. Schon wegen des Risikos, die Wettbewerbsbehörde könne widerlegende Fakten übersehen, verstärkt jedoch auch die Monopolvermutung faktisch die Darlegungslast der Unternehmen.<sup>25</sup> Im Ergebnis entfaltet die Monopolvermutung nur dann Wirkung, wenn nach Ausschöpfen der Ermittlungspflichten des Bundeskartellamtes und der Prüfung durch die Gerichte eine marktbeherrschende Stellung weder auszuschließen noch zu bejahen ist.<sup>26</sup> Sind die Voraussetzungen sowohl für die Vermutung der Marktbeherrschung durch ein Unternehmen als auch für die Vermutung der Marktbeherrschung durch mehrere Unternehmen erfüllt, so kommt es für die Prüfung darauf an, wo der Schwerpunkt liegt.<sup>27</sup> Entscheidend für die Anwendung der einen oder anderen Vermutung ist das Innenverhältnis zwischen den führenden Marktteilnehmern.<sup>28</sup>

Aufgrund der gebotenen Gesamtbetrachtung aller relevanten Strukturkriterien dient die Vermutung des § 19 Abs. 3 Satz 1 GWB in der Regel als erster Anhaltspunkt für eine marktbeherrschende Stellung. (Zur Prüfung von Marktbeherrschung unterhalb der Vermutungsschwellen, siehe im folgenden Abschnitt 1.1.2.)

Die Marktanteile einzelner Anbieter auf dem betroffenen Markt sind dann zu relativieren, wenn sie beim Angebot der betroffenen Produkte oder Dienstleistungen auf **Vorlieferungen von Wettbewerbern** angewiesen sind. In einer solchen Konstellation kann die Marktanteilsbetrachtung nur sehr bedingt Anhaltspunkte für die Beurteilung des Wettbewerbspotenzials der auf einem Markt tätigen Unternehmen geben.<sup>29</sup>

### 1.1.2 Marktanteilsabstände und Verteilung der Marktanteile im Übrigen

Der Marktanteilsabstand und die Verteilung der Marktanteile geben über die Fähigkeit der Wettbewerber Aufschluss, der Marktgegenseite Ausweichmöglichkeiten anzubieten, sollte der Marktführer seine Verhaltensspielräume in wettbewerbsbe-

<sup>25</sup> Vgl. zur insoweit unveränderten Regelung des § 22 Abs. 3 Nr. 1 GWB<sup>alt</sup> Ruppelt in Langen/Bunte, § 22 Rz. 61 f..

<sup>26</sup> Grundlegend WuW/E BGH 2231, 2237 f. "Metro/Kaufhof" (1986), vgl. auch WuW/E BGH 3037, 3039 "Raiffeisen" (1995).

<sup>27</sup> Richter, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, München 1999, § 20, Rz. 92; WuW/E OLG 3051, 3070 "Morris/Rothmans" (1983); WuW/E OLG 3759, 3765 "Pillsbury/Sonnen-Bassermann" (1985); zuletzt Bundeskartellamt, Beschl. v. 23.03.2000 "TNT-NET Express/NET Nachtexpress", S. 5f..

<sup>28</sup> WuW/E BKartA 2669, 2674 "Lindner Licht GmbH" (1994), vgl. hierzu auch Monopolkommission HG 1994/95, Rz. 632.

<sup>29</sup> Bundeskartellamt, Beschl. v. 02.07.1999 "Corning/BICC", S. 13.

schränkender Weise ausnutzen. Ergänzend hierzu können Herstellungskapazitäten der Wettbewerber und deren Auslastungsgrad herangezogen werden.<sup>30</sup>

Je größer der Marktanteilsabstand zum nächsten Wettbewerber ausfällt und je zersplitterter die Marktanteile der übrigen Wettbewerber sind, desto wahrscheinlicher ist ein wettbewerbsbeschränkender Verhaltensspielraum des Markt(anteils)führers.<sup>31</sup> Dies gilt in verstärktem Maße, wenn die vom Zusammenschluss betroffenen Märkte mittelständisch geprägt sind.<sup>32</sup>

Absoluter **Marktanteil** und **Marktanteilsabstand** stehen darüber hinaus in einer **Wechselbeziehung**. Nach der Rechtsprechung kommt dem Marktanteilsvorsprung bei relativ geringen absoluten Marktanteilen eine "möglicherweise sehr erhebliche" Indizwirkung zu. Gerade im Fall eines absolut niedrigen Marktanteils sei besonders eingehend zu prüfen, ob der Marktanteilsvorsprung - unter Berücksichtigung anderer Strukturkriterien - so gefestigt sei, dass von einem wettbewerbslich nicht mehr hinreichend kontrollierten Verhaltensspielraum ausgegangen werden könne.<sup>33</sup> Vermitteln besondere Umstände den Parteien hingegen eine wesentlich stärkere Marktstellung, als dies der gemeinsame Marktanteil vermuten ließe, so kommt auch bei vergleichsweise geringen Marktanteilen eine Untersagung in Betracht.<sup>34</sup>

### 1.1.3 Marktanteilsentwicklung

Die Entwicklung der Marktanteile über mehrere Perioden kann ebenfalls Hinweise auf das Bestehen oder Nicht-Bestehen einer überragenden Marktstellung geben. Wettbewerb ist ein dynamischer Prozess von Vorstößen einzelner und des Aufholens anderer Unternehmen. Auf einem durch Wettbewerb gekennzeichneten Markt kommt es in der Regel zu **Marktanteilsschwankungen im Zeitablauf**. So wie ein dauerhaft hoher Marktanteil ein Anhaltspunkt für einen unkontrollierten Verhaltensspielraum ist, können Marktanteilsschwankungen - verbunden mit wechselnder Marktführerschaft - oder anhaltend starke Marktanteilsverluste dagegen sprechen.

<sup>30</sup> WuW/E OLG 1752 "GKN-Sachs" (1978), WuW/E BKartA 2885, 2887 f. "Kali+Salz/PCS" (1997).

<sup>31</sup> WuW/E BGH, 2150, 2155f. "Edelstahlbestecke" (1985); Beispiele aus der neueren Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes: WuW/E BKartA 2729, 2750 "Hochtief/Philipp Holzmann" (1995), WuW/E BKartA 2894, 2898 "Herlitz/Landré" (1997), BKartA WuW/E DE-V 145 "Pfleiderer/Coswig" (1999), für die Oligopolbetrachtung: Bundeskartellamt, Beschluss v. 03.07.2000 "RWE/VEW", S. 47ff.

<sup>32</sup> WuW/E BKartA 2820 "Straßenmarkierungsmaterial" (1995).

<sup>33</sup> Im Fall "Kaufhof/Saturn" hat der BGH dies verneint. Die beteiligten Unternehmen würden sowohl vor als auch nach dem Zusammenschluss über keine signifikanten Wettbewerbsvorsprünge ihren Wettbewerbern gegenüber verfügen, WuW/E BGH 2772, 2774 f. "Kaufhof/Saturn" (1992). Auch im Fall "Beck/Nomos" wurde die Frage der Marktbeherrschung trotz vergleichsweise geringer Marktanteile eingehend geprüft, vgl. Bundeskartellamt, Beschl. v. 09.11.1999 "Beck/NOMOS", Rz. 19, 22.

<sup>34</sup> Grundlegend WuW/E OLG 2862, 2863f. "REWE/Florimex"; Marktbeherrschung bei Marktanteilen von etwa 34 % aufgrund von Ressourcenvorsprüngen, WuW/E BKartA 2729 "Hochtief/Philipp Holzmann" (1995); ebenso Auffassung der Kommission im Fall Hutchinson/ECT/RMPM (Marktbeherrschung bei einem Marktanteil von 36 % aufgrund hoher Marktanteilsabstände und einer starken Position im Umschlaggeschäft für Fernostfracht). Die Anmeldung wurde von den Unternehmen vor Untersagung zurückgenommen.

Das Bundeskartellamt analysiert daher in der Regel die **zeitliche Entwicklung** der Marktanteile auf dem relevanten Markt über mehrere Jahre. Die Betrachtung der Marktanteilsentwicklung hat gegenüber einer Momentaufnahme den Vorteil, dass sie mögliche Entwicklungen der Marktstellungen der Marktteilnehmer aufdeckt.

In Fällen, in denen Produkte, z.B. **langlebige Investitionsgüter**, in der Regel nur in großen zeitlichen Abständen und im Rahmen langfristiger Verträge nachgefragt werden, kann zudem nur eine Marktanteilsbetrachtung über einen längeren Zeitraum überhaupt Aufschluss über die wettbewerbliche Auseinandersetzung auf diesem Markt geben.

Bei der Betrachtung der Marktanteile im Zeitablauf sind die möglichen **Ursachen für die Marktanteilsentwicklung** zu berücksichtigen. Häufig lassen sich hieraus grundsätzliche Rückschlüsse auf die Angreifbarkeit der Marktstellung des betroffenen Unternehmens herleiten. So lassen Marktanteilsverluste bei starkem Preiswettbewerb Marktbeherrschung unwahrscheinlich werden. Gleiches gilt für die Erwartung erheblicher Marktanteilsabschmelzungen aufgrund einer entsprechenden Umstellung der Lieferbeziehungen von Seiten der Abnehmer.<sup>35</sup> Leichte Schwankungen oder Verluste beim Marktanteil in der Vergangenheit stehen einer Marktbeherrschung in der Regel jedoch nicht entgegen.<sup>36</sup> Konnte der Marktführer seine Marktanteile im Zeitablauf konstant halten oder sogar ausbauen, so ist dies ein starkes Indiz für die Unangreifbarkeit seiner Marktposition.<sup>37</sup>

**Abschmelzverluste** infolge von Zusammenschlüssen sind insbesondere dann nicht zu erwarten, wenn neben den Marktanteilszuwächsen spürbare Strukturvorteile des betreffenden Unternehmens gegenüber Wettbewerbern vorliegen oder sich diese Strukturvorteile nach einem (teilweise) schon vollzogenen Zusammenschluss im Wettbewerb bereits bemerkbar gemacht haben.<sup>38</sup> Selbst erhebliche Marktanteilsabschmelzungen nach Vollzug eines Zusammenschlusses stellen eine marktbeherrschende Stellung des betreffenden Unternehmens nicht in Frage, soweit weiterhin erhebliche Wettbewerbsvorteile gegenüber den Wettbewerbern bestehen (z.B. hoher Marktanteilsabstand, Ressourcenvorteile).<sup>39</sup>

<sup>35</sup> Bundeskartellamt, Beschl. v. 16.06.1999 "Eramet/Cogema/Elkem", S. S. 10 f.

<sup>36</sup> vgl. z.B. WuW/E OLG 5549, 5560 ""Fresenius/Schiwa" (1995), WuW/E OLG 5879, 5883 "WMF/Auerhahn" (1997); WuW/E BKartA 2829, 2837 "Kolbenschmidt".

<sup>37</sup> Bundeskartellamt, Beschl. v. 20.09.1999 "Henkel/Luhs", Rz 34 f.. Im vorliegenden Fall konnte Henkel seine Marktposition sogar in einem wettbewerblich schwierigen Umfeld - Verringerung des Marktvolumens, Marktanteilsgewinne durch Handelsmarkenhersteller zulasten von Erstmarkenherstellern - ausbauen.

<sup>38</sup> WuW/E OLG 5271, 5283 "Marktabgrenzung Großbacköfen" (1993), bestätigt durch den BGH, WuW/E 3026, 3032 f.

<sup>39</sup> WuW/E OLG 5549, 5560 "Fresenius/Schiwa" (1995), rechtskräftig, WuW/E (OLG) DE-R 451, 457 "Herlitz/Landré".

## 1.2 Berechnung von Marktanteilen

Die Rechtsprechung versteht den Marktanteil - insbesondere bei heterogenen Produkten - in der Regel als den durch den Umsatz ausgedrückten **Wertanteil** eines Produktes am Markt und nicht als Mengenanteil. Andere Berechnungsmethoden können in bestimmten Konstellationen aussagekräftiger sein oder Ermittlungsschwierigkeiten im Hinblick auf Umsatzzahlen auffangen. Dies galt in der Vergangenheit beispielsweise für Märkte in der Bauwirtschaft bzw. im Rüstungssektor (Auftragsvolumina)<sup>40</sup> oder im Luftverkehr (Passagieraufkommen). Verbleibende Unsicherheiten im Hinblick auf die Marktabgrenzung (z.B. hinsichtlich des für das Marktvolumen zugrundezulegenden räumlichen Marktes) können durch Toleranzschwelen bei der Marktanteilsberechnung aufgefangen werden.<sup>41</sup>

Grundsätzlich entspricht der **Marktanteil zusammengesetzter Unternehmen** der Summe der zuvor von ihnen allein erzielten Marktanteile.<sup>42</sup> Wirken durch einen Zusammenschluss mehrere Unternehmen derart zusammen, dass sie gemeinsam einen beherrschenden Einfluss auf ein drittes Unternehmen ausüben, ohne dass die herrschenden Unternehmen ihrerseits eine wirtschaftliche Einheit bilden (§ 36 Abs. 2 Satz 2 GWB - **Gemeinschaftsunternehmen**), so ist doch regelmäßig der Ausschluss des Binnenwettbewerbs zwischen ihnen die Folge und sind die Marktanteile aller beteiligten Unternehmen zusammenzuzählen. Beim **Vermögenserwerb** ist für die Marktanteile des Veräußerers nur auf den veräußerten Vermögensteil abzustellen (§ 38 Abs. 5 GWB). Besondere gesellschaftsrechtliche und geschäftliche Beziehungen zwischen Marktteilnehmern **unterhalb der Verbundklausel** sind bei der Beurteilung der Marktstruktur im Rahmen der gebotenen Gesamtbetrachtung zu berücksichtigen.<sup>43</sup>

Eine **Eigenfertigung von Nachfragern oder anderen Anbietern**, die dann als potenzielle Wettbewerber in Betracht kommen, sind in die Marktanteilsberechnungen nicht einzubeziehen. Dies gilt allerdings nicht für die Anteile der Produktion, mit denen Dritte beliefert werden. Der Gesichtspunkt der Eigenfertigung kann im Rahmen der Gesamtwürdigung, insbesondere bei der Prüfung von Marktzutrittschranken, als potenzieller Wettbewerb von erheblicher Bedeutung sein.<sup>44</sup>

## 2. Ressourcenbetrachtung, insbesondere Finanzkraft

Überlegene **Finanzkraft** kann einem Unternehmen Verhaltensspielräume - insbesondere bei den Wettbewerbsparametern Preis, Investitionen, Forschung und Werbung - verschaffen. Gleiches gilt beispielsweise für ein umfassendes **Produktionsprogramm**

<sup>40</sup> vgl. zum Beispiel WuW/E BKartA 2729, 2740 ff. "Hochtief/Philipp Holzmann" (1995); WuW/E BKartA 2335, 2345 ff. "Daimler-MBB" (1989)

<sup>41</sup> Vgl. auch KG, Beschl. v. 18.01.2000 "Tariftreueerklärung II", noch unveröffentlicht.

<sup>42</sup> WuW/E OLG 3767, 3771 "Niederrheinische Anzeigenblätter" (1986), Immenga/Mestmäcker § 22, Rn. 59.

<sup>43</sup> WuW/E BGH 3037, 3040 "Raiffeisen" (1995), Bundeskartellamt, Beschl. v. 13.01.1999 "CP Ships/Transportación Marítima Mexicana", Rz. 17, kein Wettbewerb zwischen Mitgliedern (Reedereien) einer Linienkonferenz.

<sup>44</sup> WuW/E BGH 1501 "GKN-Sachs" (1978), WuW/E BGH 2575, 2579 "Kampffmeyer-Plange" (1989), zuletzt Bundeskartellamt Beschl. v. 01.06.1999 "Heitkamp/Deilmann-Haniel", S. 13 f

**bzw. Sortiment<sup>45</sup> oder branchen- und marktspezifische, insbesondere technologische Ressourcen<sup>46</sup>.** Überlegene Ressourcen führen zu einer überragenden Marktstellung, wenn sie die Ausweichmöglichkeiten der Nachfrager begrenzen und bei den Wettbewerbern **Entmutigungs- und Abschreckungseffekte** hervorrufen. Gegebenenfalls wird ein Gewinntransfer und Verlustausgleich über verschiedene Märkte hinweg möglich.<sup>47</sup> Wirkungen dieser Art zeigen sich darin, dass aktuelle Wettbewerber vom aktiven Parametereinsatz und potenzielle Wettbewerber vom Markteintritt absehen.<sup>48</sup>

Die Erwartung, dass überlegene Ressourcen auch eingesetzt werden, muss fundiert sein. Ihre Berücksichtigung auf Märkten, auf denen sie lediglich eine untergeordnete Rolle spielen, scheidet aus.<sup>49</sup> Die Rechtsprechung stellt hierbei ab auf Marktrelevanz und unternehmerische Zielsetzungen, z.B. im Sinne von Diversifikationsstrategien. Der Vorwurf des Spekulativen bei der fusionsrechtlichen Begründung von Ressourcenmacht kann entkräftet werden, wenn Ressourcenpotenzial, starkes Interesse am Ressourceneinsatz, Marktrelevanz des Ressourcenpotenzials und schwache Reaktionsmöglichkeiten von aktuellen und potenziellen Wettbewerbern zusammenfallen.<sup>50</sup>

## 2.1 Bemessung von Finanzkraft

Das Bundeskartellamt verwendet zur Beurteilung der Finanzkraft eines Unternehmens eine Vielzahl von Kriterien, wie zum Beispiel Umsätze, Cash Flow, Gewinne, liquide Mittel, Jahresüberschuss oder den Zugang zu nationalen und internationalen Kapitalmärkten. Umsätze sind im Hinblick auf den Umfang der für Finanzverschiebungen innerhalb eines Unternehmens zur Verfügung stehenden Mittel - für sich genommen - nur eingeschränkt aussagekräftig und insofern nicht immer ein geeignetes Indiz für die Finanzkraft eines Unternehmens.<sup>51</sup> Die Monopolkommission ist der Auffassung, dass der Nettozufluss finanzieller Mittel am besten aus der Eigenfinanzierungskraft eines Unternehmens, gemessen am "Cash-Flow", ermittelt werden kann.<sup>52</sup> Neben dem Cash Flow können die Möglichkeit der Fremdfinanzierung unter Einbeziehung der verbundenen Unternehmen, die in der Bilanz ausgewiesenen liquiden Mittel oder die in der Vergangenheit getätigten Investitionen weitere Indikatoren für die Finanzkraft

<sup>45</sup> WuW/E BKartA 2521, 2530 f. "Zahnradfabrik Friedrichshafen/Allison" (1993).

<sup>46</sup> WuW/E BGH 1858 ff. "Springer-Münchener Zeitungsverlag", Bundeskartellamt, Beschl. v. 20.09.1999, "Henkel/Luhns", S. 27 ff.

<sup>47</sup> WuW/E BKartA 1753, 1758 "bituminöses Mischgut" (1978).

<sup>48</sup> WuW/E BGH 1510 f. "GKN/Sachs" (1978), Monopolkommission: HG 1982/83, S. 237, Rn. 786.

<sup>49</sup> Keine große Bedeutung pressebezogener Ressourcen von Wettbewerbern auf dem relevanten Lesermarkt, vgl. WuW/E BKartA 2641, 2644 "Sarstedter Kurier-Kreisanzeiger" (1994), rechtskräftig; WuW/E BKartA 2591, 2600 "Fresenius/Schiwa" (1993), Bundeskartellamt, Beschl. v. 12.07.1999 "Beeck/Homann", S. 5 f.

<sup>50</sup> Möschel in: Immenga/Mestmäcker, § 22 Rn. 63.

<sup>51</sup> Vgl. auch WuW/E BGH 2575, 2582 "Kampffmeyer-Plange" (1989).

<sup>52</sup> Monopolkommission: HG 1982/83, S. 239, Rn. 795; vgl. auch WuW/E (OLG) DE-R 451, 456 "Herlitz/Landré.

eines Unternehmens darstellen.<sup>53</sup> Zunehmend sind auch Gewinnmöglichkeiten innovativer Unternehmen, beispielsweise im Hinblick auf die Kursentwicklung von Technologieaktien, in die Ressourcenbetrachtung einzubeziehen.<sup>54</sup>

## 2.2 Entmutigungs- und Abschreckungseffekte durch Finanzkraft

Entmutigungs- und Abschreckungseffekte auf Seiten der Wettbewerber infolge überlegener Finanzkraft sind dann zu erwarten, wenn aus der Sicht der Wettbewerber ein Einsatz der überlegenen Ressourcen durch die sich zusammenschließenden Unternehmen erfolversprechend und damit wahrscheinlich ist. Näheren Aufschluss hierüber geben u.a. die Verfügbarkeit freier Kapazitäten zur kurzfristigen Erhöhung des Angebots durch das finanzkräftige Unternehmen, die Möglichkeit der Nachfrager zum Lieferantenwechsel, die Fähigkeit der Konkurrenten, erfolversprechend mit nicht finanzkraftabhängigen Parametern reagieren zu können und die Bedeutung des betroffenen Marktes für die Tätigkeit des finanzstarken Unternehmens insgesamt. Ferner sind die Marktzutrittschranken und die Marktphase von Bedeutung für den erfolversprechenden Einsatz von Verdrängungs- und Disziplinierungsstrategien.

Der finanzielle Rückhalt eines Unternehmens kann insbesondere in Märkten wichtig werden, die starken konjunkturellen Schwankungen unterliegen, auf denen hohe Anforderungen an Forschung und Entwicklung oder gestellt werden<sup>55</sup> oder hohe Marketingaufwendungen erforderlich sind<sup>56</sup>. Darüber hinaus kommt der Finanzkraft des Erwerbers dann eine besondere Bedeutung zu, wenn das Marktgeschehen durch einen hohen Preisdruck bestimmt wird<sup>57</sup> oder Vorfinanzierungen, hohe Kalkulationskosten und Gewährleistungsrisiken eine erhebliche Bedeutung spielen<sup>58</sup>. Gleiches gilt, wenn Verdrängungsstrategien über eine nicht kostendeckende Preissetzung auf den betroffenen Märkten - beispielsweise aufgrund mittelfristig guter Gewinnchancen und einer weitgehend mittelständisch strukturierten Anbieterstruktur - erfolversprechend sind.<sup>59</sup>

Die Monopolkommission misst der Finanzkraft auch bei **konglomeraten Zusammenschlüssen** erhebliche Bedeutung bei. Bei Zusammenschlüssen, bei denen weder entwicklungs-, produktions- noch absatztechnische Verbundvorteile auftreten, können nach ihrer Auffassung Wettbewerbswirkungen durch die Zusammenfassung von Ressourcen entstehen.<sup>60</sup> Allerdings führt nicht schon der Zuwachs an Finanzkraft als solcher zur Verschlechterung der Marktstrukturen, sondern nur dann, wenn eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung unter Berücksichtigung der konkreten Marktverhält-

<sup>53</sup> WuW/E BKartA 2729, 2748 ff. "Hochtief/Philipp Holzmann" (1995)

<sup>54</sup> Vgl. Bundeskartellamt, Beschl. v. 03.03.2000 "Cisco/IBM", S. 21

<sup>55</sup> Möschel in: Immenga/Mestmäcker § 22 Rn. 63.

<sup>56</sup> Bundeskartellamt, Untersagungsbeschl. v. 21.06.2000 "Melitta/Schultink", S. 25.

<sup>57</sup> WuW/E BKartA 2820 "Straßenmarkierung" (1995).

<sup>58</sup> WuW/E BKartA 2729, 2750 "Hochtief/Philipp Holzmann" (1995).

<sup>59</sup> Zuletzt Bundeskartellamt, Untersagungsbeschl. v. 21.06.2000 "Melitta/Schultink", S. 24 ff., Beschluss v. 03.07.2000 "RWE/VEW", S. 77.

<sup>60</sup> Monopolkommission: HG 1982/83, S. 237 Rn. 786.



nisse wahrscheinlich ist. Dabei ist auch hier zu prüfen, ob die zufließenden finanziellen Ressourcen geeignet sind, neue Wettbewerber vom Marktzutritt und aktuelle Wettbewerber von innovativen Vorstößen oder nachstoßendem Wettbewerb abzuhalten.<sup>61</sup>

Die **Verstärkung bestehender Marktbeherrschung** ist dann sehr wahrscheinlich, wenn einem marktbeherrschenden Unternehmen mit einem erheblichen Marktanteil zusätzlich Finanzkraft zuwächst. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Erwerber bereits in erheblichem Umfang im wettbewerblichen Umfeld oder sogar im Markt des erworbenen Unternehmens tätig ist<sup>62</sup> oder mit dem Zusammenschluss unternehmerische Zielsetzungen verfolgt, die insbesondere in Kapitalzuführungen, Investitions- und Expansionsplänen zum Ausdruck kommen können<sup>63</sup>.

Das Vorhandensein anderer finanzkräftiger Wettbewerber kann die Annahme einer überragenden Marktstellung eines Unternehmens ausschließen.<sup>64</sup> Bei der Prüfung von Verdrängungsstrategien kann sich das Vorhandensein weiterer finanzkräftiger Wettbewerber zugunsten kleinerer Anbieter wie eine Art Schutzschild auswirken, wenn in solchen Fällen Verdrängungsstrategien auf Dauer nicht erfolversprechend sind.<sup>65</sup>

### 2.3 Entmutigungs- und Abschreckungseffekte durch andere Ressourcen

Auch im Hinblick auf andere Ressourcen ist zu prüfen, wie sich entsprechende Vorsprünge auf den betroffenen Märkten auswirken. In Märkten, in denen Kundenkontakte und das Vertrauen von Anwendern in ein etabliertes und umfassendes Produktangebot eine große Rolle spielen, können **Sortimentsvielfalt, Produktionsvolumina und etablierte Vertriebsstrukturen** an die Stelle der Finanzkraft als einem zentralen Wettbewerbsparameter treten.<sup>66</sup> In forschungs- und entwicklungsintensiven Märkten können qualifizierte **personelle Ressourcen** oder ein erhebliches **Innovationspotenzial** Bedeutung erlangen.<sup>67</sup>

Einzelmarktbeherrschung aufgrund von Ressourcenmacht ist besonders in den Märkten wahrscheinlich, in denen die Zusammenschlussbeteiligten aufgrund anderer Strukturkriterien bereits eine starke Marktstellung innehaben, die durch die vorhandenen Ressourcen weiter verstärkt wird. Dies gilt beispielsweise, wenn ein ressourcenstarkes Unternehmen über einen erheblichen Marktanteil verfügt. Verstärkungswirkungen können auch Folge von Kompetenzzuwächsen im Bereich Forschung

<sup>61</sup> Ruppelt in: Langen/Bunte § 24 Rn. 32, grundlegend WuW/E BGH 1501, 1510 "Kfz-Kupplungen" (1978).

<sup>62</sup> Vgl. WuW/E BGH 1501, 1511 "GKN-Sachs" (1978), WuW/E BGH 2771, 2775 "Kaufhof/Saturn" (1992).

<sup>63</sup> Vgl. WuW/E BGH 2150, 2157 "Edelstahlbestecke" (1985).

<sup>64</sup> WuW/E BGH 1711, 1717 "Mannesmann-Brueninghaus" (1980); zuletzt: Bundeskartellamt Beschl. v. 02.03.1999 "Rheinpfalz/Hock", Rz. 27.

<sup>65</sup> Möschel in: Immenga/Mestmäcker, § 22 Rn. 64.

<sup>66</sup> WuW/E BKartA 2591, 2600 f. "Fresenius/Schiwa" (1993).

<sup>67</sup> Bundeskartellamt, Beschl. v. 20.09.1999 "Henkel/Luhns", Rz. 41 ff.. Im Fall "Corning/BICC" hat das Bundeskartellamt erhebliche Forschungs- und Entwicklungskapazitäten für den Erwerber identifiziert, die Entstehung einer überragenden Marktstellung des in Deutschland marktstarken erworbenen Unternehmens aufgrund der ebenfalls ressourcenstarken Wettbewerber jedoch verneint, Beschl. v. 02.07.1999, S. 15; vgl. auch Bundeskartellamt, Beschl. v. 03.03.2000 "Cisco/IBM", Rz. 88 ff.

und Entwicklung oder Sortimentserweiterungen sein.<sup>68</sup> Selbst wenn ein Unternehmen durch einen Ressourcenzuwachs nur einen - beispielsweise technologischen - Rückstand aufholt, ist die Entstehung oder Verstärkung einer überragenden Marktstellung nicht ausgeschlossen. Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs kann dadurch eingeschränkt werden, dass eine von Wettbewerbern eingesetzte Technik nach einem Zusammenschluss auch dem Marktführer zur Verfügung steht.<sup>69</sup>

### 3. Zugang zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten

Ein im Vergleich zu Wettbewerbern besserer Zugang zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten kann einem Unternehmen eine überragende Marktstellung verschaffen. Dies gilt insbesondere dann, wenn ein markt(anteils)starkes Unternehmen aufgrund seines hervorragenden Zugangs zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten seinen Konkurrenten den Zugang zu diesen Märkten erschweren oder gar verschließen kann (Erhöhung der Marktzutrittsschranken).

Der Marktschließungseffekt tritt in der Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes vornehmlich in folgenden Konstellationen auf:

- Ein Unternehmen ist nicht nur auf dem betroffenen Markt, sondern zugleich auf einem wichtigen vor- oder nachgelagerten Markt tätig (**vertikale Integration**) und nimmt auf beiden Märkten zumindest marktstarke Stellungen ein (unten 3.1).
- Eine dem Marktschließungseffekt vergleichbare, wenngleich meist weniger rigide Wettbewerbsbeschränkung kann durch das **Angebot eines Sortiments** verursacht werden, sofern Konkurrenten des Sortimentsanbieters kein oder nur ein weniger breites Sortiment von Waren oder Dienstleistungen anbieten können. Gleiches gilt - bei entsprechender Nachfrage - für das **Angebot von Komplettsystemen**, wenn die Wettbewerber lediglich Komponenten des Systems anbieten und nicht über eine vergleichbare "Systemfähigkeit" verfügen (unten 3.2).
- Auch **ressourcenbedingte Wettbewerbsvorteile** können einem Unternehmen einen hervorragenden Zugang zu Beschaffungs- oder Absatzmärkten verschaffen (unten 3.3).

#### 3.1 Vertikale Integration

**Marktschließungseffekte** infolge eines vertikalen Zusammenschlusses stärken in der Regel die Marktstellung der beteiligten Unternehmen. Sie können zur Entstehung oder Verstärkung einer überragenden Marktstellung führen, indem sie nicht vertikal integrierten Konkurrenten vorstoßenden Wettbewerb (weiter) erschweren und für potenzielle Wettbewerber die Marktzutrittsschranken erhöhen. Dies gilt auch für den Fall, dass das vertikal integrierte Unternehmen nicht auf dem Produktmarkt, sondern auf dem vor- oder nachgelagerten Markt eine marktbeherrschende Stellung inne hat.

<sup>68</sup> WuW/E BKartA 2521, 2533 f. "Zahnradfabrik Friedrichshafen/Allison" (1993).

<sup>69</sup> WuW/E BGH 3026, 3033 "Backofenmarkt" (1995).

Nach der Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes drohen entsprechende Marktschließungseffekte beispielsweise dann, **wenn maßgebliche Wettbewerber** auf das Angebot bzw. die Nachfrage gerade durch das vertikal integrierte Unternehmen **angewiesen sind**. Dies gilt insbesondere, wenn die vertikale Integration auf knappe Rohstoffe/Ressourcen zielt.<sup>70</sup> So hat das Bundeskartellamt in der Verbindung eines marktbeherrschenden Herstellers von Triebwerken für militärische Flugzeuge und Hubschrauber mit dem marktbeherrschenden Anbieter von militärischen Flugzeugen und Hubschraubern die Verstärkung der überragenden Marktstellung gesehen.<sup>71</sup>

Bestehende **Lieferbeziehungen** werden in der Regel durch eine Kapitalbeteiligung abgesichert und entfalten insoweit marktrelevante Wirkungen. Das Vordringen eines Herstellers von Kolbenringen in den nachgelagerten Markt der Kolben führt zur Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, da hierdurch die Abnahme der eigenen Produkte oder Dienstleistungen sichergestellt wird und die Nachfrage des Erwerbers dem Markt dauerhaft entzogen wird.<sup>72</sup>

Überragende Marktstellungen infolge vertikaler Integration kommen nicht nur dann in Betracht, wenn ein Unternehmen auf zwei Marktstufen zugleich tätig ist oder zwei auf verschiedenen Marktstufen vertretene Unternehmen eine wirtschaftliche Einheit bilden (§ 36 Abs. 2 GWB). Ein hervorragender Zugang zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten kann schon aufgrund von **Verflechtungen mit Lieferanten oder Abnehmern** im Wege von Minderheitsbeteiligungen bestehen.<sup>73</sup> Eine entsprechende gesellschaftsrechtliche Absicherung von Lieferverträgen führt im Einzelfall nur dann nicht zur Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, wenn eine alternative Belieferung durch ein drittes Unternehmen aufgrund technischer oder wirtschaftlicher Hürden ohnehin nicht zu erwarten ist.<sup>74</sup>

Die Frage des Zugangs zu den Absatzmärkten über einen Vertikal-Zusammenschluss spielte auch in den ähnlich gelagerten Fällen "ASV/Postdienst-Service" und "ASV/Stilke" eine herausragende Rolle.<sup>75</sup> In beiden Fällen wurde die Beteiligung des

<sup>70</sup> Ruppelt in: Langen/Bunte, § 24, Rn. 30, vgl. auch Kommission, Entsch. v. 03.05.2000 Alcoa/Reynolds, S. 34 ff. noch unveröffentlicht.

<sup>71</sup> WuW/E BKartA 2335, 2346 "Daimler Benz/MBB" (1989), entsprechend auch Kommission, Entsch. v. 03.05.2000 "Alcoa/Reynolds", S. 34 f., noch unveröffentlicht.

<sup>72</sup> WuW/E BKartA 2829, 2837 f. "Kolbenschmidt" (1995), WuW/E BGH 1949, 1952 f. "Braun-Almo" (1982).

<sup>73</sup> So kann auch die gesellschaftsrechtliche Absicherung des Strom- bzw. Gasabsatzes über (Minderheits-) Beteiligungen von Energieversorgungsunternehmen an Weiterverteilern zur Verstärkung marktbeherrschender Stellungen auf den betroffenen Weiterverteilungsmärkten führen. Im Fall "Stromversorgung Aggertal" hat der BGH hervorgehoben, dass - in Anbetracht des hohen Konzentrationsgrades auf den Energieversorgungsmärkten - die Verstärkungswirkung schon aus einem Anteilerwerb von 25 % erwachsen könne, WuW/E BGH 24, 29 "Stromversorgung Aggertal" (1997), gleiche Begründung des BGH gilt auch für den materiell ähnlich gelagerten Fall "Stadtwerke Garbsen" WuW/E DE-R 32 f. (1997); zustimmend Monopolkommission, die insbesondere auf die Signalwirkung der gesellschaftsrechtlichen Absicherung von Lieferverträgen für potenzielle Wettbewerber verweist, HG 1994/95, Rz. 607.

<sup>74</sup> Bundeskartellamt, Beschl. v. 20.08.1999 "Saarferngas/Südwestgas/VSE AG", S. 8.

<sup>75</sup> WuW/E BKartA 2909, 2911 ff. "ASV/Postdienst-Service" (1997), rechtskräftig, und WuW/E DE-V 1, 5 ff. "ASV/Stilke" (1997).

Axel Springer Verlags an Unternehmen des Presseeinzelhandels untersagt. Im Fall ASV/Stilke stützte das Bundeskartellamt seine Untersagungsverfügung auf die Verstärkung der marktbeherrschende Stellung von ASV auf regionalen und bundesweiten Lesermärkten durch die Möglichkeit gezielter Verkaufsförderungsmaßnahmen und einem verbesserten Zugang zu Informationen über die Situation auf den Absatzmärkten.<sup>76</sup> Da bereits mit dem Beteiligungserwerb Abschreckungs- und Entmutigungseffekte verbunden waren, kam es nicht darauf an, ob die konkrete Gefahr besteht, dass die ASV von ihren Verhaltensspielräumen auf dem nachgelagerten Markt auch Gebrauch macht.<sup>77</sup>

### 3.2 Umfassendes Sortiment/umfassende Systemfähigkeit

Ein hervorragender Zugang zum Absatzmarkt durch das Angebot eines Sortiments meist komplementärer und substitutiver Waren oder Dienstleistungen setzt voraus, dass eine für den Wettbewerb erhebliche Anzahl von Abnehmern diese Sortimente regelmäßig nachfragt und andere Unternehmen ein annähernd vollständiges Sortiment nicht anbieten. Diese Voraussetzungen gelten auch für das Angebot von kompletten (Fertigungs-)Anlagen oder sogenannten Problemlösungen aus einer Hand (Systemnachfrage).

Die Tatsache, dass sich eine Reihe von Märkten, z.B. in der Automobilzulieferindustrie, zu Systemmärkten entwickelt hat oder in der Entwicklung steht, ist in vielen Fällen - auch für die Nachfragerseite - effizienzfördernd und kostensenkend. Das Angebot von Sortimenten oder Komplettsystemen kann aber dann zur Entstehung oder Verstärkung einer überragenden Marktstellung beitragen, wenn es uneinholbare Wettbewerbsvorteile im Hinblick auf den Zugang zu den Absatzmärkten und entsprechende **Verdrängungsstrategien** zum Nachteil von weniger diversifizierten Unternehmen bedingt.<sup>78</sup> Im Hinblick auf eine Sortimentsvielfalt ist eine entsprechende Verdrängungsstrategie nicht nur diversifizierten, auf mehreren sachlichen Märkten tätigen Anbietern möglich. Sie kann auch von Unternehmen ausgehen, die in preislicher oder qualitativer Hinsicht ein breites Sortiment von Waren oder Dienstleistungen, die alle demselben sachlichen Markt angehören, anbieten (Portfolio-Aspekt).<sup>79</sup> Gleiches gilt für den Eintritt eines marktstarken Erstmarkenherstellers in das Marktsegment des Handelsmarkengeschäfts, beispielsweise mit der Möglichkeit der Zweitvermarktung von Markenartikelinnovationen und einer verbesserten Position bei Konditionenverhandlungen.<sup>80</sup>

<sup>76</sup> WuW DE-V 1, 7 "ASV/Stilke" (1997)

<sup>77</sup> WuW DE-V 1, 7 "ASV/Stilke" (1997).

<sup>78</sup> Gleiches gilt beispielsweise auch für ein marktbeherrschendes Unternehmen auf Anzeigenmärkten, das aufgrund des Angebots von Anzeigenblättern und Abonnement-Tageszeitungen einen im Vergleich mit Wettbewerbern wesentlich verbesserten Zugang zu den Anzeigenkunden hat, vgl. Bundeskartellamt, Untersagungsbeschluss v. 12.01.2000 "WAZ/OTZ", S. 33.

<sup>79</sup> WuW/E OLG 3759, 3762 "Pillsbury-Sonnen Bassermann" (1985), WuW/E OLG 5879 ff. "WMF/Auerhahn" (1997).

<sup>80</sup> Bundeskartellamt, Untersagungsbeschl. v. 20.09.1999 "Henkel/Luhns", Rz 51 ff., rechtskräftig.

Bei der Zusammenführung von komplementären Produkten ist der Anbieter eines Sortiments gegenüber Konkurrenten, die jeweils nur ein oder wenige Produkte im Angebot haben, in mehrfacher Hinsicht im Vorteil. Seine Position gegenüber den Abnehmern ist stärker, da er ganze Sortimente liefern kann und seine Produkte oftmals einen größeren Anteil am Beschaffungsvolumen ausmachen. Er ist zudem flexibler in der Gestaltung von Preisen oder Rabatten und verfügt über mehr Möglichkeiten zu Kopplungsgeschäften. Zudem kann er Größen- und Diversifizierungsvorteile bei Absatz und Marketing realisieren und mit einer impliziten oder expliziten Drohung der Nichtbelieferung vergleichsweise große Wirkungen erzielen.

In der Phase der Entwicklung von Systemmärkten kann ein Zusammenschluss zwischen Komponentenherstellern, die auf ihren jeweiligen Teilmärkten über marktstarke oder sogar marktbeherrschende Stellungen verfügen, erhebliche Wettbewerbsvorteile durch einen überlegenen Zugang zum Absatzmarkt vermitteln. Denn in einem wachsenden Systemmarkt wird die reibungslose, gesellschaftsrechtlich abgesicherte Zusammenarbeit zwischen Komponentenherstellern noch entscheidender als beim traditionellen Bezug von Einzelkomponenten durch den Nachfrager. Die Möglichkeit zur Systementwicklung im Unternehmensverbund kann hier zu erheblichen Wettbewerbsvorsprüngen führen.<sup>81</sup> Auch auf Märkten, die sich schon von Komponenten- zu Systemmärkten entwickelt haben, kann ein Zusammenschluss zwischen einem System- und einem Komponentenanbieter zu uneinholbaren Wettbewerbsvorsprüngen gegenüber Herstellern von Einzelkomponenten führen.<sup>82</sup> Dieser Effekt verstärkt sich noch, wenn andere Systemanbieter auf eine enge Zusammenarbeit mit dem beteiligten Komponentenhersteller angewiesen sind und insofern ihrem Wettbewerber technisches und wirtschaftliches know-how offenlegen müssten (siehe oben 3.1 Vertikale Integration).

Ein hervorragender Zugang zum Absatzmarkt durch das Angebot von Sortimenten oder Systemen eröffnet in den meisten Fällen - für sich genommen - keinen Verhaltensspielraum im Sinne der Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung. Dafür müssen andere Faktoren, wie zum Beispiel ein erheblicher Marktanteil, hinzukommen. Verfügt ein Unternehmen über Produkte, insbesondere Marken, die in ihren (Teil-) Märkten stark oder sogar führend sind, so kann ein Zusammenschluss, der ein Sortiments- bzw Systemangebot gestattet oder abrundet, zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen.<sup>83</sup>

<sup>81</sup> WuW/E BKartA 2829, 2839 "Kolbenschmidt" (1995).

<sup>82</sup> Bundeskartellamt, Beschl. v. 27. Mai 1999 "Federal Mogul/Alcan".

<sup>83</sup> WuW/E BKartA 2414, 2418 "WMF-Hutschenreuther" (1989), WuW/E BKartA 2829, 2837 ff. "Kolbenschmidt" (1995), vgl auch Kommission, Entsch. v. 15.10.1995 "Guinness/Grand Metropolitan", ABl. EG 1998 L 288, 24.

### 3.3 Sonstige Wettbewerbsvorteile beim Zugang zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten

Ein hervorragender Zugang zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten aufgrund ressourcenbedingter Wettbewerbsvorteile eines Unternehmens kann sich beispielsweise aus folgenden Parametern ergeben:

- ein hohes Ansehen oder eine besondere Markt-/Markengeltung<sup>84</sup>,
- ein eigenes, dichtes Filialnetz<sup>85</sup>, eine etablierte Vertriebslogistik<sup>86</sup>, eine herausragende räumliche Präsenz<sup>87</sup>,
- einen (gesellschaftsrechtlich abgesicherten) Zugriff auf wichtige Transportkapazitäten beim Angebot von Distributionsdienstleistungen<sup>88</sup>,
- eine gesicherte Vorproduktbeschaffung<sup>89</sup>, bzw. eine (rechtlich abgesicherte) Verbindung mit Herstellern auf vor- oder nachgelagerten Märkten<sup>90</sup>.

Die Wahrscheinlichkeit, dass ein ohnehin marktanteilsstarkes Unternehmen eine überragende Marktstellung einnimmt, kann durch ressourcenbedingte Wettbewerbsvorteile erhöht werden. Sofern eine solche Marktstellung bereits besteht, kann sie durch einen Zusammenschluss verstärkt werden, der den Zugang des marktbeherrschenden Unternehmens zu vor- oder nachgelagerten Märkten auf diese Weise verbessert.

## 4. Verflechtungen

Verflechtungen eines Unternehmens mit anderen, insbesondere mit Wettbewerbern, Abnehmern oder Lieferanten, können zu einer überragenden Marktstellung beitragen, sie jedoch nicht allein begründen.<sup>91</sup> Sofern die zwischen den Unternehmen bestehenden gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen Einfluss auf deren Marktstellung haben können, sind diese auch dann im Rahmen der Gesamtbetrachtung zu berücksichtigen, wenn sie nicht die Voraussetzungen der Verbundklausel erfüllen.

Anderenfalls "...würde die Analyse sämtlicher marktrelevanter Faktoren sinnwidrig beschränkt und die Gesamtbetrachtung gerade ihres umfassenden Charakters

<sup>84</sup> WuW/E BKartA 2370, 2375 "Melitta-Kraft" (1989), WuW/E OLG 5879, 5883 "WMF/Auerhahn" (1997), Bundeskartellamt, Beschluss v. 20.09.1999 "Henkel/Luhns", Rz. 39 f., Bundeskartellamt, Untersagungsbeschl. v. 21.06.2000 "Melitta/Schultink", S. 27 f..

<sup>85</sup> WuW/E BGH 2156 "Rheinmetall-WMF", WuW/E OLG 2849, 2859 "Lufthansa-f.i.r.s.t. Reisebüro" (1982); WuW/E OLG 5879, 5883 "WMF/Auerhahn" (1997).

<sup>86</sup> KG, WuW/E OLG 5549, 5562 "Fresenius/Schiwa" (1993), Bundeskartellamt Beschluss v. 25. Februar 1999 "Lekkerland/Tobaccoland", S. 17 f., S. 20; WuW/E DE-R 451, 457, 458 "Herlitz/Landré", Bundeskartellamt, Untersagungsbeschl. v. 21.06.2000 "Melitta/Schultink", S. 28.

<sup>87</sup> Bundeskartellamt, Beschluss v. 03.07.2000 "RWE/VEW", S. 90.

<sup>88</sup> WuW/E BKartA 2659, 2664 "ATG-Menke-Silcock & Colling" (1994).

<sup>89</sup> WuW/E BGH 2575, 2581 "Kampffmeyer-Plange"; WuW/OLG 5549, 5560 "Fresenius/Schiwa" (1993), hier Absicherung des Zugriffs auf Vorprodukte von VE-Lösungen über einen Ausschließlichkeitsvertrag.

<sup>90</sup> Bundeskartellamt, Beschl. v. 20.09.1999 "Henkel/Luhns", Rz. 38; Bundeskartellamt, Beschl. v. 16.12.1999 "Bilfinger+Berger/Buderus", S. 11.

<sup>91</sup> Fall MZ "Oldenburg/Botterbloom", TB 1995/96, S. 80/81.

entkleidet".<sup>92</sup> Es wird auch nicht vorausgesetzt, dass sich die verflochtenen Unternehmen als wettbewerbliche Einheit darstellen, da wirtschaftliche, rechtliche und geschäftliche Beziehungen zwischen Unternehmen selbst dann Einfluss auf die Marktposition haben können, wenn kein einheitlicher Marktauftritt feststellbar ist.<sup>93</sup>

Berücksichtigungsfähige Verflechtungen müssen nicht **gesellschaftsrechtlicher Art** sein; sie können auch **personeller, rechtlicher oder wirtschaftlicher Natur** sein. Vertragliche Beziehungen - wie z.B. wechselseitige Patentlizenzverträge oder (ausschließliche) Lieferverträge - können wettbewerbsdämpfende Effekte entfalten.<sup>94</sup> Alle vorgenannten Verflechtungen sind grundsätzlich geeignet, eine marktbeherrschende Stellung zu verstärken, soweit dem Unternehmen dadurch Ressourcen oder Einflussmöglichkeiten zuwachsen<sup>95</sup>. Die sich aus den Verflechtungen ergebenden Wettbewerbsbeschränkungen werden weitgehend bereits von den anderen in dieser Checkliste angeführten Strukturkriterien erfasst. So können Verflechtungen mit finanzkräftigen Unternehmen die finanziellen Spielräume erweitern und Verflechtungen mit Abnehmern oder Lieferanten den Absatz oder die Beschaffung absichern sowie die Marktzutrittsschranken erhöhen.

Besonders große Bedeutung hat dieses Merkmal bei Verflechtungen mit aktuellen oder potenziellen Wettbewerbern sowie mit Anbietern von unvollkommenen Substitutionsprodukten, da hierdurch regelmäßig der Wettbewerb zwischen den Wettbewerbern beschränkt wird.<sup>96</sup> Verflechtungen über Gemeinschaftsunternehmen zur Herstellung von Vorprodukten bzw. Teilkomponenten wirken wegen des vergemeinschafteten Kostensockels vereinheitlichend auf die Absatzbedingungen von Wettbewerbern. Gleiches gilt in verstärktem Maße für die Zusammenarbeit zwischen Wettbewerbern auf dem relevanten Produktmarkt selbst.<sup>97</sup>

## 5. Marktzutrittsschranken/Potenzieller Wettbewerb

Die Prüfung von Marktzutrittsschranken und potenziellem Wettbewerb hat in der Bewertung der Marktstellung der Zusammenschlussbeteiligten einen großen Stellenwert. So wie der Marktanteil Anhaltspunkte für das Verhältnis der Zusammenschlussbeteiligten zu ihren aktuellen Wettbewerbern gibt, geben die Marktzutrittsschranken über die Bedeutung potenziellen Wettbewerbs für das Wettbewerbsgeschehen auf dem betroffenen Markt Auskunft. Der Marktzutritt ist insoweit kein unternehmens-, sondern ein **marktbezogenes Strukturkriterium**.<sup>98</sup> Solange ein marktstarkes Unter-

<sup>92</sup> WuW/E BGH 3037, 3041 "Raiffeisen" (1995), siehe auch WuW/E BGH 2433, 2440 "Gruner+Jahr/Zeit" (1985).

<sup>93</sup> WuW/E BGH 3037, 3041 "Raiffeisen" (1995), vgl. auch RWS-Skript 162: Kartellrechtspraxis und Kartellrechtsprechung 1995/96, Rz. 240.

<sup>94</sup> WuW/E BKartA 2669 "Lindner Licht GmbH" (1994), Bundeskartellamt, Beschl. v. 24.02.2000 "Ansell/Johnson&Johnson", S. 11 f.

<sup>95</sup> WuW/E BKartA 1908, 1913 "Lufthansa/f.i.r.s.t." (1981).

<sup>96</sup> WuW/E BGH 2795 "Pinneberger Tageblatt" (1992), BGH WuW/E DE - R 24 "Stromversorgung Aggertal" (1997).

<sup>97</sup> Bundeskartellamt, Besch. v. 02.07.1999 "Corning/BICC", S. 13 f.

<sup>98</sup> Vgl. Ruppelt in Langen/Bunte, § 22, Rz. 52.

nehmen keine überhöhten Preise fordern oder auf Forschung und Entwicklung verzichten kann, weil es sonst mit dem Markteintritt potenzieller Konkurrenten rechnen muss, ist es wenig wahrscheinlich, dass es einen nicht kontrollierbaren Verhaltensspielraum besitzt.<sup>99</sup> Hohe Marktzutrittsschranken können dagegen ein wichtiges Indiz für eine überragende Marktstellung eines marktstarken Unternehmens sein, da sie seine Marktstellung gegen Neueintritte absichern. Bei der Beurteilung der Frage nach einem potenziellen Wettbewerb ist zu prüfen, ob ein wettbewerblich relevanter und effektiver Marktzutritt **möglich** und **wahrscheinlich** wäre. Er muss auch hinreichend **konkretisierbar** sein. So besteht für potenzielle Wettbewerber auf benachbarten Märkten bei voll ausgeschöpften Kapazitäten und etablierten Kundenbindungen häufig kein Anreiz für einen Marktzutritt. Es stellt sich darüber hinaus die Frage, ob Unternehmen mit **Mengen und Preisen** in den Markt eintreten könnten, die einen unkontrollierbaren Verhaltensspielraum der Zusammenschlussbeteiligten wirksam einengen würden.

Hohe Marktzutrittsschranken müssen Markteintritte nicht völlig ausschließen. Es reicht vielmehr aus, wenn ein Markteintritt nicht in einer **Größenordnung** zu erwarten ist, die geeignet ist, den Verhaltensspielraum der Zusammenschlussbeteiligten zu begrenzen. Zudem müsste der Marktzutritt innerhalb einer **Zeitspanne** erfolgen, die kurz genug ist, um die betroffenen Unternehmen von der Ausnutzung ihrer Marktmacht abzuhalten.<sup>100</sup> Unverhältnismäßig hohe **Kosten des Marktzutritts oder hohe Risiken eines Fehlschlags** sind Indizien für hohe Marktzutrittsschranken.<sup>101</sup>

Nach ihrer Herkunft lassen sich Marktzutrittsschranken grob in drei Gruppen aufspalten:

- *Gesetzliche* Marktzutrittsschranken werden unter Rückgriff auf das staatliche Gewaltmonopol in Form von Gesetzen, Verordnungen oder Verwaltungspraktiken errichtet (unten 5.1).
- *Strukturelle* Marktzutrittsschranken sind in der Regel auf bestimmte technologische oder nachfragebedingte Charakteristika eines Marktes zurückzuführen, können aber auch in für den Markterfolg erforderlichen ressourcenbedingten Stärken eines Unternehmens liegen. Sie werden in der Regel nicht absichtlich geschaffen, um einen Marktzutritt abzuwehren (unten 5.2).

<sup>99</sup> Vgl. schon Begr. 1971, S. 22, dazu Kantzenbach/Krüger WuW 1990 472, Ruppelt in Langen/Bunte § 22, Rz. 52; Fall "Henkel/Loctite", TB 1995/96, S. 100; Fall "Radex-Heraklith/Didier", TB 1995/96, S. 102.

<sup>100</sup> Bundeskartellamt, Beschl. v. 03.03.2000 "Cisco/IBM", Rz. 75.

<sup>101</sup> Die Kommission legt für die Prüfung von Marktzutrittsschranken und potenziellem Wettbewerb grundsätzlich die gleichen Kriterien an wie das Bundeskartellamt, vgl. z.B. Kommission, Entsch. v. 22.07.1992 "Nestlé/Perrier", Abl. EG 1992 L 356/1, Rz. 91.



- *Strategische* Marktzutrittsschranken schließlich werden von etablierten Anbietern auf einem Markt bewusst errichtet, um potenzielle Anbieter von einem Marktzutritt abzuschrecken (unten 5.3).<sup>102</sup>

Marktzutritte sind umso eher zu erwarten, je größer die künftigen Gewinnaussichten eingeschätzt werden. Neue und wachsende Märkte oder Märkte mit Nachfrageüberhang weisen daher in der Regel niedrigere Marktzutrittsschranken auf<sup>103</sup> als stagnierende Märkte mit Überkapazitäten<sup>104</sup>. Ist die verbleibende Amortisationszeit für Neuinvestitionen kurz, weil der Markt rückläufig ist, ist ein Marktzutritt wenig wahrscheinlich.

Für potenzielle Wettbewerber außerhalb Deutschlands können besondere Marktzutrittsschranken bestehen (unten 5.4). Der Erwerb eines potenziellen Wettbewerbers kann zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen (unten 5.5).

## 5.1 Gesetzliche Marktzutrittsschranken

**Rechtsnormen** oder **Verwaltungsvorschriften** können den Marktzutritt oder den Parametereinsatz von Unternehmen beschränken und dadurch potenziellen Wettbewerb zugunsten der etablierten Unternehmen verringern. Beispiele dafür sind

- Genehmigungsvorbehalte für umweltbelastende Betriebe oder spezielle Entsorgungsvorschriften für Abfälle<sup>105</sup>
- nationale Einzelzulassungsverfahren im Arzneimittelbereich<sup>106</sup> oder
- Patentschutz<sup>107</sup>.

Auch gesetzliche Regelungen können im Einzelfall von etablierten Anbietern genutzt werden, um Marktzutrittsschranken bewusst zu erweitern und potenzielle Anbieter von einem Marktzutritt abzuschrecken. Dies zeigt, dass die Grenzen zwischen den eingangs abgegrenzten Kategorien von Marktzutrittsschranken fließend sind. Beispiel hierfür ist ein gezielter und flächendeckender Einsatz des gewerblichen Rechtsschutzes, insbesondere die Methode des Absicherns des gesamten Umfeldes einer

<sup>102</sup> Insbesondere die moderne Harvard School betont bei der Analyse von Marktzutrittsschranken und potenziellem Wettbewerb strategische Eintrittsbarrieren, die beispielsweise in Investitionen mit sunk cost-Charakter liegen können, vgl. Kowalski, a.a.O. S. 162 ff., Vickers, J.; Hay, D. (Hrsg.) *The Economics of Market Dominance*, Oxford 1987, S. 24.

<sup>103</sup> Gleason/Pfauter, TB 1997/98, S. 124/5; Siemens/AEG Electrocom TB 1997/98, S. 136/7; Securitas/RKS, TB 1997/98, S. 404/5, Bundeskartellamt Beschl. v. 03.03.2000 Cisco/IBM S. 20.

<sup>104</sup> Vulkan/Schiess, TB 1993/94, S. 81; Didier/Martin Pagenstecher, TB 1993/94, 84; Campbell Soup/Erasco, TB 1995/96, S. 83; RAG/Hemscheidt/Braun/Becorit, TB 1995/96, S. 107; Newell/rotring, TB 1997/98, S. 197/8.

<sup>105</sup> WuW/E BKartA 2247, 2250 "Hüls/Condea" (1986), vgl. auch Kommission, Entsch. v. 20.09.1995 "Orkla/Volvo" ABL. EG 1996 L 66/17, Rz. 106.

<sup>106</sup> WuW/E BKartA 2591, 2601 "Fresenius/Schiwa" (1993).

<sup>107</sup> Bundeskartellamt "Degussa/Elephant Holding BV", TB 1993/94, S. 79; Bundeskartellamt Fall "BTR/MCC Holding" TB 1997/98, S. 128/9, Bundeskartellamt, Beschl. v. 20.09.1999 "Henkel/Luhns", S. 32.

Innovation und möglicher technologischer Alternativen mit Schutzrechten (sog. "**ring fencing**").<sup>108</sup>

## 5.2 Strukturelle Marktzutrittsschranken

Strukturelle Marktzutrittsschranken beruhen in ihrer zutrittsbehindernden Wirkung insbesondere auf einem oder mehreren der nachfolgenden Faktoren:

- **Ressourcen**

Ein ressourcengestütztes Abwehrpotenzial des Marktführers auf dem betroffenen Markt kann erhebliche Abschreckungswirkungen im Hinblick auf einen Marktzutritt von Newcomern entfalten. Ein erhebliches Abwehrpotenzial besteht beispielsweise dann, wenn der Marktführer in hohem Maße über marktspezifische Ressourcen verfügt<sup>109</sup>. Können Hersteller von Produkten auf benachbarten Märkten - beispielsweise aufgrund vergleichbarer Technologien - mit vergleichsweise geringem Aufwand auf den betroffenen Markt treten, spricht dies hingegen für erheblichen potenziellen Wettbewerb.<sup>110</sup> Finanzkraft auf einem von Werbungs- und Markenwettbewerb gekennzeichneten Markt<sup>111</sup> oder Verflechtungen mit wichtigen Abnehmern<sup>112</sup> können Newcomer vom Marktzutritt ebenso abschrecken wie ein etabliertes Unternehmen, das über erhebliche Kapazitäten in Verbindung mit einer günstigen Kostenstruktur verfügt<sup>113</sup>. Gleiches gilt für nicht vermehrbare Ressourcen im Besitz der etablierten Unternehmen, wie z.B. Rohstoff- oder Abfallagerstätten oder Start- und Landezeiten (Slots)<sup>114</sup> auf Flughäfen.

- **Marktentwicklungen**

Bestehen im Prognosezeitraum aufgrund der zunehmenden Konvergenz von Einzelprodukten zu Gesamtsystemen oder aufgrund einer immer stärkeren Verkürzung von Produktzyklen gute Gewinnaussichten für innovative Newcomer, so spricht dies für wirksamen potenziellen Wettbewerb.<sup>115</sup> Ein anderes Bild ergibt sich häufig auf Märkten, die sich in einer Ausreifungs- und Stagnationsphase befinden (vgl. unten Abschnitt 9 "Marktphase").

- **Transportkosten/Abnehmernähe**

Transportkostennachteile sind eine wesentliche produktbedingte Marktzutrittsschranke, wenn sie nicht durch andere Kostenvorteile, z.B. bei der Produktion, ausgeglichen werden können.<sup>116</sup> Die Nähe zu den Abnehmern gewinnt dann als Marktzutrittsschranke an Bedeutung, wenn die Lieferzuverlässigkeit für die Marktgegenseite von großer Bedeutung ist oder ein Produkt in enger Zusammenarbeit

<sup>108</sup> Vgl. Bundeskartellamt, Beschl. v. 20.09.1999 "Henkel/Luhns", S. 30 ff.

<sup>109</sup> WuW/E BGH 2276, 2283 "SZ-Donau Kurier" (1986); "RAG/VEBA" TB 1995/96, S.152.

<sup>110</sup> Bundeskartellamt, Beschl. v. 09.12.1999, "Krautkrämer/NUKEM", S. 13.

<sup>111</sup> WuW/E OLG 3079 "Morris-Rothmans" (1983).

<sup>112</sup> WuW/E BGH 1769 "Teerbau-Makadam" (1980).

<sup>113</sup> WuW/E BKartA 2865 "Kali+Salz/PCS" (1997).

<sup>114</sup> WuW/E BKartA 2391, 2394 "DLT/Südvavia" (1989).

<sup>115</sup> Bundeskartellamt, Beschl. v. 03.03.2000 "Cisco/IBM", S. 22.

<sup>116</sup> WuW/E BKartA 2865 "Kali+Salz/PCS" (1997), Bundeskartellamt Fall "Ruhrkohle/Veba", TB 95/96, S. 152.

zwischen dem Wettbewerber und dem Abnehmer ständig weiterentwickelt wird<sup>117</sup>. Werden zuvor enge Bindungen zwischen Nachfragern und "Haus und Hoflieferanten" abgebaut und Aufträge zunehmend international vergeben, führt dies zu einer Senkung zuvor bestehender Marktzutrittsschranken.<sup>118</sup>

- **Economies of scale**

Größe allein begründet nicht schon wettbewerbliche Effektivität und Abschreckungswirkung auf potenzielle Wettbewerber. Ein Betriebsgrößenvorteil der etablierten Unternehmen bei Forschung und Entwicklung, in der Fertigung<sup>119</sup> oder beim Absatz ihrer Produkte<sup>120</sup> kann aber aus tatsächlichen Gründen einen Marktzutritt wenig wahrscheinlich machen. Dies gilt beispielsweise dann, wenn einerseits mit zunehmender Betriebsgröße die Kosten für Forschung und Entwicklung, Fertigung oder den Absatz sinken und andererseits ein Marktzutritt hohe Outputmengen für das Erreichen der Gewinnzone voraussetzt. Gerade wenn hohe irreversible Investitionen eine Rolle spielen, ist die Beibehaltung einer langfristig hohen Outputmenge für den etablierten Anbieter rational. Dies kann den Effekt haben, dass Newcomer nicht davon ausgehen können, eine Absatzmenge zu erreichen, die ihnen mittelfristig eine Amortisation ihrer Investitionen gestatten würde und daher vom Marktzutritt absehen.<sup>121</sup> Je größer der Marktanteil ausfallen muss, um die gleichen Kostenvorteile wie die etablierten Wettbewerber zu erzielen, desto höher sind die Marktzutrittsschranken wegen der erforderlichen finanziellen Vorleistungen und Risiken der Newcomer.

- **Economies of scope**

Gerade diversifizierte Unternehmen verfügen häufig über Verbundvorteile. Sie entstehen, wenn die Durchführung verschiedener wirtschaftlicher Aktivitäten durch ein Unternehmen geringere Kosten verursacht als wenn jede einzelne Aktivität von unterschiedlichen Unternehmen ausgeübt wird. Hierunter fallen auch die Vorteile vertikal integrierter Unternehmen, die es für einen Newcomer erforderlich machen können, auf mehreren Marktstufen zugleich tätig zu werden.

- **technische Marktzutrittsschranken**

Hohe Marktzutrittsschranken liegen dann vor, wenn Marktzutritte zwar langfristig nicht unmöglich erscheinen, ein Zutritt aus entwicklungstechnischen Gründen jedoch erst mittel- bis langfristig zu erwarten ist. Ein entsprechender Zeitraum übersteigt in einer Situation, in der einer steigenden Nachfrage ein noch mittelfristig

<sup>117</sup> Bundeskartellamt Fall "Bayer/Bergla", TB 1995/96, S. 94; "St. Gobain/ESK", TB 1995/96, S. 94/95.

<sup>118</sup> Bundeskartellamt, Beschl. v. 11.02.2000 "Dürr/Alstom", Rz. 28.

<sup>119</sup> WuW/E BGH 1501, 1504 "GKN-Sachs" (1978).

<sup>120</sup> WuW/E BKartA 2319, 2328 "Messer Griesheim/Buse" (1989).

<sup>121</sup> Vgl. auch Erb T., Jahraus J. u.a., a.a.O., S. 85.

stagnierendes Angebot gegenübersteht, den in der Fusionskontrolle zu berücksichtigenden Prognosezeitraum<sup>122</sup>.

### 5.3 Strategische Marktzutrittsschranken

Die etablierten Unternehmen können durch ihr Marktverhalten faktische Zutritts-schranken für Newcomer errichten und ihnen dadurch den Markteintritt erschweren. Die Praxis aller Hersteller des betroffenen Marktes, mit ihren jeweiligen Abnehmern langfristige Lieferverträge<sup>123</sup> oder Ausschließlichkeitsverträge abzuschließen<sup>124</sup>, sind ein Beispiel für strategische Marktzutrittsschranken. Eine vergleichbare Wirkung haben Demarkations- und Konzessionsverträge<sup>125</sup>, Industrie- und Firmenstandards für komplementäre Waren<sup>126</sup> oder der Aufbau proprietärer technischer Zugangssysteme<sup>127</sup>.

Nachfragepräferenzen können strategische Marktzutrittsschranken widerspiegeln, sofern sie durch Werbung- und Markenwettbewerb geschaffen worden sind. Dadurch können Newcomern Kostennachteile gegenüber den etablierten Unternehmen entstehen, bis es ihnen gelungen ist, auf sich aufmerksam zu machen und ebenfalls anerkannt zu werden<sup>128</sup>. Umgekehrt kann marktstrategisches Verhalten von Nachfragern und die Drohung des Lieferantenaustauschs dazu führen, dass potenzieller Wettbewerb den Verhaltensspielraum marktstarke Unternehmen wirkungsvoll begrenzen kann.<sup>129</sup>

### 5.4 Besonderheiten im Hinblick auf Marktzutrittsschranken für ausländische Unternehmen

Potenzielle Wettbewerber außerhalb Deutschlands sind grundsätzlich nicht anders zu bewerten als potenzielle inländische Wettbewerber<sup>130</sup>. Allerdings können für sie besondere Marktzutrittsschranken bestehen, wenn die Märkte nationale Besonderheiten aufweisen, die Markteintritte aus dem Ausland aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen erschweren.

<sup>122</sup> Die Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes entspricht auch der Auffassung der Kommission; vgl. Entsch. v. 19.07.1995, "Nordic Satellite Distribution", Abl. 1996 L 53/20.

<sup>123</sup> VEBA/SW Bremen, TB 1995/96, S.121; BGH WuW/E DE - R 32 "Stadtwerke Garbsen"; BGH WuW/E DE - R 24 "Stromversorgung Aggertal"; Bundeskartellamt Beschl. v. 25. Februar 1999 "Lekkerland/Tobaccoland", S. 18.

<sup>124</sup> WuW/E BKartA 2215 f. "Linde-Agefko" (1985).

<sup>125</sup> WuW/E BKartA 2157 f. "EVS-TWS" (1984).

<sup>126</sup> WuW/E BKartA 2894 "Herlitz/Landré" (1997).

<sup>127</sup> Kommission, Entsch. v. 09.11.1994, "MSG Media Service", ABl. EG 1995 Nr. L. 364/1.

<sup>128</sup> WuW/E BKartA 2376 "Melitta/Kraft" (1989); WuW/E BKartA 2591 "Fresenius/Schiwa" (1993); WuW/E BKartA 2865 "Kali+Salz/PCS" (1997); WuW/E BKartA 2905 "Merck/KMF" (1997).

<sup>129</sup> Bundeskartellamt Beschl. v. 03.03.2000 "Cisco/IBM", S. 20 f.

<sup>130</sup> "Deckel/Maho", TB 1993/94, S. 81; "Stöhr/Südwolle", TB 1993/94, S. 103; "Freudenberg/Marelli" TB 1997/98, S. 21; "Daun/Stöhr", TB 1997/98, S. 22; "Schickedanz/Karstadt", TB 1997/98, S. 280/84; "TÜV Rheinland/TÜV Berlin-Brandenburg", TB 1997/98, S. 406/08, Bundeskartellamt Beschl. v. 29.07.1999 "MZO/Nordmilch/MEN/Bremerland/Hansano", Rz. 30.

Das ist insbesondere dann möglich, wenn tarifäre oder nichttarifäre **Handelshemmnisse**, **Sprachbarrieren**<sup>131</sup> oder eine **Präferenz der Nachfrager für inländische Anbieter**<sup>132</sup> besteht. Entsprechende Präferenzen können auch aus gewachsenen Vertriebsstrukturen oder speziellen Anforderungsprofilen der Nachfrager resultieren.<sup>133</sup> Marktzutrittsschranken können zudem aus dem **Beschaffungsverhalten staatlicher Abnehmer**<sup>134</sup>, das sich überwiegend an im Inland ansässige Unternehmen richtet, resultieren. Im Rüstungssektor ist bis heute eine grenzüberschreitenden Nachfrage nur dann zu beobachten, wenn das benötigte Produkt von inländischen Unternehmen nicht angeboten wird.<sup>135</sup> **Internationale Ausschreibungsverfahren** sind dann ein Hinweis auf gleiche Chancen von inländischen Anbietern und Wettbewerbern außerhalb Deutschlands, wenn die Ausschreibung keine national geprägten Anforderungen enthält, deren Erfüllung Wettbewerbern außerhalb Deutschlands entweder objektiv unmöglich ist oder aber mit erheblich höheren Kosten verbunden wäre.<sup>136</sup>

Nimmt das im Inland marktführende Unternehmen **auch europa- oder sogar weltweit vergleichbare Marktpositionen** ein, so bestehen erhebliche Anhaltspunkte, dass ein gegebenenfalls unkontrollierbarer Verhaltensspielraum auch gegenüber ausländischen Wettbewerbern besteht.<sup>137</sup>

**Fehlgeschlagene Marktzutrittsversuche** in der Vergangenheit sind ein Indiz für hohe Marktzutrittsschranken. Dies kann darauf hindeuten, dass der betroffene Markt hohe Anforderungen an die Wettbewerbsfähigkeit stellt. Andererseits ist der Nachweis erfolgreicher Marktzutritte in der Vergangenheit je nach Einzelfall ein Indiz<sup>138</sup>, jedoch keine notwendige Voraussetzung für die Annahme ausreichenden potenziellen Wettbewerbs.<sup>139</sup>

<sup>131</sup> WuW/E 2894 BKartA "Herlitz/Landré" (1997).

<sup>132</sup> WuW/E BKartA 2250 "Hüls-Condea" (1986).

<sup>133</sup> WuW/E (OLG) DE-R 451, 457,458 "Herlitz/Landré"; Bundeskartellamt, Beschl. v. 21.04.1999 "Betonschwelkenwerk Coswig/Wayss & Freitag", S. 12. Im Hinblick auf die Prüfung eines marktbeherrschenden Oligopols vgl. WuW/E BKartA 2669, 2677 "Lindner Licht GmbH" (1994).

<sup>134</sup> Bundeskartellamt Fall "ABB/AEG/LHB/Siemens/Deutsche Waggonbau AG", TB 1993/94, S. 80.

<sup>135</sup> TB 97/98, S. 116, so auch Praxis der Kommission, zuletzt Entsch. v. 19.06.1998 über die Verweisung des Falls "Krauss-Maffei/Wegmann" an das Bundeskartellamt, Rz. 18 ff.

<sup>136</sup> Bundeskartellamt Beschl. v. 18.01.1999 "Babcock/Steinmüller", S. 10, zur wettbewerblichen Einordnung von Ausschreibungsmärkten vgl. auch WuW/E OLG 94, 99ff. "Hochtief/Philipp Holzmann" (1998). Dagegen hat das Bundeskartellamt im Fall "Betonschwelkenwerk Coswig/Wayss & Freitag" (Beschl. v. 21.04.1999) aufgrund hoher Transportkosten und der Notwendigkeit von "Just-in-Time"-Lieferungen eine Chancengleichheit zwischen in- und ausländischen Unternehmen bei Ausschreibungen verneint, vgl. S. 12.

<sup>137</sup> WuW/E BKartA 2521, 2532, 2536 f. "Zahnradfabrik Friedrichshafen/Allison" (1993); im Hinblick auf die Prüfung eines marktbeherrschenden Oligopols vgl. WuW/E BKartA 2669, 2674 f. "Lindner Licht GmbH" (1994).

<sup>138</sup> Bundeskartellamt Beschl. v. 03.03.2000 "Cisco/IBM", S. 21.

<sup>139</sup> Bundeskartellamt Beschl. v. 11.02.2000 "Dürr/Alstom", S. 9f., Bundeskartellamt Beschl. v. 18.01.1999 "Babcock/Steinmüller", S. 10.

## 5.5 Erwerb eines potenziellen Wettbewerbers

Wenn der Verhaltensspielraum eines etablierten marktstarken Unternehmens ganz wesentlich von einem potenziellen Konkurrenten kontrolliert wird, kann der Zusammenschluss mit eben diesem potenziellen Konkurrenten dem etablierten Unternehmen eine überragende Marktstellung verschaffen. Nimmt das etablierte Unternehmen schon vor dem Zusammenschluss eine überragende Marktstellung ein, dann wird diese in der Regel durch jeden weiteren Zusammenschluss mit einem wesentlichen potenziellen Konkurrenten verstärkt (Absicherung der Marktstellung).<sup>140</sup> Als potenzielle Konkurrenten kommen u.a. Unternehmen in Betracht, die einen Markteintritt erkennbar beabsichtigen<sup>141</sup>, die relevante Waren oder Dienstleistungen schon für den eigenen Bedarf herstellen oder erbringen<sup>142</sup>, auf räumlich nahen Märkten anbieten, über rasch umrüstbare Kapazitäten verfügen oder auf vor- bzw. nachgelagerten Märkten tätig sind.<sup>143</sup> Der Erwerb eines ohnehin marktbeherrschenden Unternehmens durch ein ressourcenstarkes Unternehmen kann zu Abschreckungswirkungen auf potenzielle Wettbewerber im Sinne der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen.<sup>144</sup>

## 6. Wettbewerb durch Randsubstitution

Der Verhaltensspielraum von marktstarken Unternehmen kann in beschränktem Umfang von Unternehmen begrenzt werden, die Waren oder Dienstleistungen anbieten, die mit denen des betroffenen Marktes zwar nicht marktgleichwertig sind, sie jedoch in eingeschränktem Umfang oder unter bestimmten Bedingungen ersetzen können. Substitutionswettbewerb ist daher grundsätzlich als eine Form des Restwettbewerbs auf einem bereits von einer überragenden Marktstellung gekennzeichneten Markt bedeutsam, der - für sich genommen - noch keine hinreichende Kontrolle des Verhaltensspielraums des Marktführers sichert. Die Frage der Randsubstitution spielt in der fusionsrechtlichen Prüfung insbesondere bei vergleichsweise eng abgegrenzten Märkten eine Rolle.

### 6.1 Abgrenzung Austauschbarkeit/Marktgleichwertigkeit - unvollkommene Substitution

An der Marktgleichwertigkeit kann es bei unvollkommenen Substitutionsgütern oder -leistungen aus unterschiedlichen Gründen fehlen. Beispielsweise kann ein Wechsel zum (unvollkommen) substitutiven Gut Nachfragern **nur langfristig möglich** sein, weil sie zuvor erhebliche Investitionen tätigen müssten, um es überhaupt einsetzen zu

<sup>140</sup> WuW/E BKartA 1724 "BP-Gelsenberg" (1978); WUW/E BKartA 2865 "Kali+Salz/PCS" (1997); Bundeskartellamt Fall "EWE/ÜNH", TB 1997/98, S. 230/31; Fall "Badenwerk/EW Mittelbaden" TB 1997/98, S. 235; Fall "Gaz de France/GASAG", TB 1997/98, S. 245/6, Bundeskartellamt Beschl. v. 14.10.1999 "VEW/Westfälische Ferngas/Westfälische Gasversorgung", S. 7f, Bundeskartellamt, Beschl. v. 03.07.2000 "RWE/VEW", S. 71 f.

<sup>141</sup> WuW/E 1723 BKartA "BP-Gelsenberg" (1978).

<sup>142</sup> WuW/E BKartA 2249 "Hüls-Condea" (1986).

<sup>143</sup> BGH WuW/E 1952 "Braun-Almo" (1982).

<sup>144</sup> Bundeskartellamt, Beschl. v. 12.01.2000, "WAZ/OTZ", S. 28 f.

können. Dies gilt zum Beispiel für die Umstellung von Strom auf Gas als Wärmeenergieträger. Hier findet Wettbewerb hauptsächlich in der Phase der Erschließung des Wärmemarktes statt, da in dieser Zeit über die grundlegenden Investitionen zur Leitungsauslegung entschieden wird.<sup>145</sup> Die Wahl des unvollkommenen Substitutionsprodukts kann eine **Änderung des Geschmacks oder der Gewohnheiten von Nachfragern** voraussetzen, z.B. bei einem Wechsel von einer politischen Wochenzeitung zu einer überregionalen Tageszeitung. Oder der Wechsel kann aufgrund der **Preisunterschiede** bei der Anschaffung oder beim Gebrauch erschwert sein.<sup>146</sup> Die Marktgleichwertigkeit besteht auch dann nicht, wenn trotz Überschneidung der Anwendungsbereiche der Einsatz des Substituts erheblich **zeitaufwendiger und kostenintensiver** ist. Eine lediglich teilweise Überlappung der **Anwendungsbereiche** reicht für die Annahme der Marktgleichwertigkeit von Produkten oder Dienstleistungen in der Regel nicht aus.<sup>147</sup>

Substitutionswettbewerb kann von mehreren Waren oder Dienstleistungen, die verschiedenen sachlichen Märkten zuzuordnen sind, ausgehen. Dabei kann die Intensität des Wettbewerbs unterschiedlich sein, je nachdem wie gut die eine Ware die andere aus Nachfragersicht zu ersetzen geeignet ist. Bei **heterogenen Waren oder Dienstleistungen** kann die Intensität des Substitutionswettbewerbs auch für die einzelnen Anbieter auf dem Primärmarkt unterschiedlich sein.<sup>148</sup>

## 6.2 Wettbewerbsrechtliche Einordnung

Substitutionswettbewerb ist grundsätzlich eine Form des Restwettbewerbs auf beherrschten Märkten und kann Verhaltensspielräume von Unternehmen nur sehr begrenzt kontrollieren. Eine **überragende Marktstellung** kann dadurch **allenfalls ganz ausnahmsweise ausgeschlossen** werden, z.B., wenn ein völlig neues Produkt, das einem anderen sachlichen Markt angehört, das Produkt des betroffenen Marktes in absehbarer Zeit vollständig substituieren wird.<sup>149</sup> Bei der fusionsrechtlichen Bewertung von Substitutionswettbewerb ist zu berücksichtigen, dass sich dieser zunächst gegen alle auf dem betroffenen Markt tätigen Unternehmen richtet. Sind diese Unternehmen dem Substitutionswettbewerb in gleicher Weise ausgesetzt, so hat dieser auf die Wettbewerbsverhältnisse letztlich keinen Einfluss.<sup>150</sup>

Die **Verstärkung einer bestehenden marktbeherrschenden Stellung** ist wahrscheinlich, wenn sich das marktbeherrschende Unternehmen mit einem markt-(anteils)starken Konkurrenten, der Substitutionsgüter produziert, zusammen-

<sup>145</sup> Vgl. grundlegend BGH, WuW/E 1533, 1535 f. "Erdgas Schwaben" (1978); zuletzt: Bundeskartellamt, Beschl. v. 12.03.1999 "RWE/Erdgas Schwaben", S. 9f., Bundeskartellamt, Beschl. v. 20.08.1999 "Saar Ferngas/Südwestgas/VSE", Rz. 16.

<sup>146</sup> WuW/E BKartA 2669, 2672 f. "Lindner Licht GmbH" (1994), anderer Auffassung: Monopolkommission HG 1994/95, Rz. 636.

<sup>147</sup> Bundeskartellamt, Beschl. v. 09.12.1999 Krautkrämer/NUKEM, Rz. 24.

<sup>148</sup> BGH WuW/E 2123 f. "Gruner + Jahr/Die Zeit" (1984).

<sup>149</sup> "Sommer Allibert/Tarkett", TB 1997/98, S. 96/98; "Motorola/Bosch-Betriebsfunk", TB 1997/98, S. 155

<sup>150</sup> WuW/E BGH 2112, 2123 "Gruner+Jahr/Zeit" (1984).

schließt.<sup>151</sup> Das gilt nicht nur, jedoch in besonderem Maße dann, wenn dieser Konkurrent auf dem benachbarten Markt ebenfalls eine überragende Marktstellung einnimmt. Dann kann davon ausgegangen werden, dass die beiden Unternehmen nach dem Zusammenschluss den Umfang und die Intensität des Substitutionswettbewerbs in ihrem Interesse beeinflussen oder steuern können und dadurch ihre überragende Marktstellung weiter abgesichert wird. Findet hingegen Substitutionswettbewerb kaum (noch) statt, beispielsweise weil das Substitut im räumlich betroffenen Markt aufgrund seiner Unwirtschaftlichkeit kaum mehr nachgefragt wird, ist eine Verstärkungswirkung in der Regel auszuschließen.<sup>152</sup>

## 7. Gegengewichtige Marktmacht

### 7.1 Voraussetzungen

Eine hohe Konzentration auf Nachfragerseite ist für sich genommen kein ausreichendes Indiz für die Widerlegung einer marktbeherrschenden Stellung eines Anbieters, da die etwaige Nachfragemacht zunächst alle Anbieter gleichermaßen trifft.<sup>153</sup> Dies gilt insbesondere dann, wenn der Konzentrationsgrad auf der Angebotsseite dem Konzentrationsgrad auf der Nachfragerseite gleicht oder ihn sogar übersteigt.<sup>154</sup>

Voraussetzung für gegengewichtige Marktmacht ist vielmehr, dass ein marktstarker Nachfrager seine Aufträge nach **marktstrategischen Überlegungen** verteilt, um nicht von einem (beherrschenden) Zulieferer abhängig zu werden.<sup>155</sup> Ein solches marktstrategisch orientiertes Nachfrageverhalten ist wahrscheinlich, wenn der Beschaffungsmarkt für die beziehenden Unternehmen besonders wichtig ist, z.B. weil die Kosten für das Vorprodukt den Abgabepreis für das weiterverarbeitete Endprodukt wesentlich bestimmen. Auch wenn die Bezüge eines Nachfragers einen Großteil der Produktion auf den Angebotsmärkten betreffen, kann dies für die Annahme von Nachfragemacht sprechen. Auf einen marktstarken Anbieter, der einen Großteil seiner Produktion an einen Nachfrager liefert, kann die Androhung eines Lieferantenwechsel

<sup>151</sup> WUW/E BGH 1536 f. "Erdgas Schwaben" (1978), Bundeskartellamt, Beschl. v. 15.04.1999 "Oberbayerisches Volksblatt/RFR Regional Fernsehen", S. 5.

<sup>152</sup> Bundeskartellamt, Beschl. v. 12.03.1999, Rz. 18, ebenso Bundeskartellamt, Beschl. v. 29.04.1999 "RWE/Stadtwerke Essen", S. 6, keine Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung aufgrund geringen Substitutionswettbewerbs hat das Bundeskartellamt auch im Fall "Oberbayerisches Volksblatt/RFR Regional Fernsehen" angenommen, Beschl. v. 15.04.1999, S. 6., gleiches galt für den Fall "Holtzbrinck/Akzent", Beschl. v. 12.04.2000, S. 6.

<sup>153</sup> Vgl. WuW/OLG 3759, 3763 "Pillsbury - Sonnen-Bassermann" (1985), WuW/E BGH 2783, 2791 "Warenzeichenerwerb" (1992), siehe auch Entsch. der Kommission v. 25.11.1998 "Enso/Stora", ABI.EG 1999 L 254/9, 18 f.

<sup>154</sup> Vgl. z.B. Entsch. der Kommission vom 22.07.1992 "Nestlé/Perrier" Abl. EG 1992, L 356/1.

<sup>155</sup> Grundlegend: BGH WuW/E 1749, 1752 "Klöckner-Becorit" (1980); zuletzt Bundeskartellamt, Beschl. v. 11.05.2000 "CarboTech/Willich Fosroc", S. 17 f.



- sofern Wettbewerber über ausreichende Kapazitäten verfügen - eine erhebliche disziplinierende Wirkung entfalten.<sup>156</sup>

## 7.2 Wettbewerbsrechtliche Einordnung

Bei der Würdigung gegengewichtiger Marktmacht stellt sich die Frage, ob die **Funktionen wirksamen Wettbewerbs** - beispielsweise die Funktion einer wirksamen Preis- und Kostenbegrenzung und der Anreiz zu technischem Fortschritt - im Einzelfall durch Nachfragemacht und strategisches Einkaufsverhalten **gleichwertig ersetzt** werden kann.<sup>157</sup> Diese Frage dürfte für das Verhältnis nachfragestarker Unternehmen zu *Oligopolen* auf der Anbieterseite in bestimmten Fallkonstellationen zu bejahen sein. Schwieriger ist der entsprechende Nachweis für das Verhältnis nachfragestarker Unternehmen zu *einzelnen* marktstarken Anbietern.<sup>158</sup>

Die Aufrechterhaltung der wesentlichen Wettbewerbsfunktionen durch ein marktstrategisches Einkaufsverhalten setzt voraus, dass die Nachfrager über eine umfassende **Kostentransparenz** und **Entwicklungscompetenz** im Hinblick auf die betroffenen Produkte verfügen.<sup>159</sup> Oftmals werden nur im Zusammenwirken von Entwicklung und Produktion Erkenntnisse gewonnen und Ergebnisse erzielt, die denen wesentlichen Anbieterwettbewerbs annähernd entsprechen. Hinweise hierfür sind hohe **Eigenfertigungsquoten**<sup>160</sup>; dagegen sprechen beispielsweise Tendenzen zur **Verringerung von Fertigungstiefe** (Outsourcing). Ob ein Nachfrager gegengewichtige Marktmacht durch den Aufbau neuer Lieferanten ausüben kann, ist Bestandteil der Prüfung des potenziellen Wettbewerbs und hängt entscheidend von der Höhe der Marktzutritts-schranken für den betroffenen Markt ab.<sup>161</sup>

**Marktspezifische Gesichtspunkte** können die Bedeutung von Nachfragemacht relativieren. So ist ein marktstrategisches Einkaufsverhalten dann ausgeschlossen, wenn die Marktgegenseite die Entscheidung über den Bezug der betreffenden Produkte nicht selbst trifft und eine eigene Einkaufspolitik insoweit nur eingeschränkt möglich ist.<sup>162</sup> Bei Zusammenschlüssen zwischen Herstellern handelsfähiger Produkte können ebenfalls marktspezifische Erwägungen gegen gegengewichtige Marktmacht sprechen. Hier ist die Nachfragemacht des Handels dann kein ausreichendes

<sup>156</sup> Vgl. Bundeskartellamt, Beschl. v. 16.07.1999 "PPG Industries/ICI", S. 8, Bundeskartellamt, Beschl. v. 11.05.2000 "CarboTech/Willich Fosroc", S. 17 f.; ebenso Entsch. der Kommission v. 25.11.1998 "Enso/Stora", ABl. EG 1999 L 254/1, 19.

<sup>157</sup> Monopolkommission, HG 1984/85 Rz. 496; für das Problem der Nachfragemacht im Handel vgl. Vogel L.: Competition Law and Buying Power: The Case for new Approach in Europe in: E.C.L.R. 1998, Issue 1, S. 5.

<sup>158</sup> Vgl. auch Steptoe, M.L.: The Power Buyer Defense in Merger Cases, in: Antitrust Law Journal 1993, Vol 61, S. 493 ff.

<sup>159</sup> Begriff des "sophisticated buyer", siehe Steptoe, ebenda, S. 495.

<sup>160</sup> Vgl. Beschluss des Bundeskartellamtes vom 01.06.1999 im Fall Deilmann-Haniel/Heitkamp, Rz. 30, siehe auch Steptoe a.a.O., S. 500.

<sup>161</sup> Zum Aufbau von gegengewichtiger Marktmacht durch einen Zusammenschluss, vgl. auch NERA: Merger appraisal in oligopolistic markets. Prepared for the Office of Fair Trading by National Economic Research Associates, November 1999, Research Paper 19, S. 50 ff.

<sup>162</sup> Vgl. WuW/E BKartA 2591, 2605 "Fresenius/Schiwa" (1993).

Regulativ gegen marktbeherrschende Stellungen auf Herstellerseite, wenn das entsprechende Produkt marktführend ist, aufgrund aufwendiger Werbung sowie starker Verbrauchertreue "vorverkauft ist" und insoweit in den Regalen jedes Einzelhändlers geführt werden muss.<sup>163</sup> Das Drohpotenzial der Auslistung einer führenden Marke durch den Handel ist besonders gering, wenn der Hersteller über mehrere oder sogar über ein Sortiment führender Erstmarken verfügt.<sup>164</sup>

**Vertikale Verflechtungen** oder Zusammenschlüsse nachfragemächtiger Unternehmen mit marktstarken Anbietern schließen ein marktstrategisches, Anbieterwettbewerb stützendes Einkaufsverhalten in der Regel aus. Sie können vielmehr dazu führen, dass Wettbewerber des integrierten Unternehmens von wichtigen Absatzwegen ausgeschlossen oder zumindest in ihrem Zugang schlechter gestellt werden (Zugang zu Absatz- und Beschaffungsmärkten, vgl. Abschnitt I B 3).

Gegengewichtige Nachfragemacht kann Marktbeherrschung auf der Anbieterseite nur dann ausschließen, wenn **alle wesentlichen Nachfrager** über ein **vergleichbares Drohpotenzial** verfügen. Nachfragemacht führt zudem dann nicht zu einer wirksamen Relativierung von Marktbeherrschung, wenn sie - beispielsweise aufgrund der Bekanntheit der Marken des Marktführers - einseitig zu Lasten der Wettbewerber, nicht jedoch zu Lasten des Marktführers besteht.<sup>165</sup>

## 8. Marktphase

Die Marktphase sagt etwas über den Entwicklungsstand eines Marktes und damit über die Beständigkeit seiner Wettbewerbsbedingungen aus. Sie ist insoweit kein eigenständiger Faktor, sondern gibt wichtige Rückschlüsse für die Bewertung von Marktanteilen und Marktanteilsentwicklungen. Unterschiede können insbesondere zwischen den beiden frühen Marktphasen, der Experimentier- und der Expansionsphase (8.1), und den beiden späten Stadien, der Ausreifungs- und der Stagnationsphase (8.2) bestehen.

### 8.1 Experimentier- und Expansionsphase

Auf Märkten, die sich gerade erst zu entwickeln beginnen und ein hohes Innovationstempo aufweisen, ist ein hoher Marktanteil oder sogar eine Alleinstellung nicht zwangsläufig als marktbeherrschende Stellung anzusehen. Teilweise sind Marktanteile und Marktführerschaft noch instabil oder noch gar nicht zu ermitteln. Die Wettbewerbsbedingungen sind raschem Wandel ausgesetzt und können daher kaum beständige Verhaltensspielräume anzeigen. Die relevante Ware oder Dienstleistung hat zwar schon ihre Abnehmer gefunden, aber sie ist noch in starkem Maße entwicklungs- oder verbesserungsfähig, ihre Verwendungs- und Einsatzmöglichkeiten sind

<sup>163</sup> Zuletzt Bundeskartellamt, Untersagungsbeschl. v. 21.06.2000 "Melitta/Schultink", S. 33.

<sup>164</sup> Vgl. z.B. Entsch. Der Kommission v. 15.10.1997 "Guinness/GrandMetropolitan", ABI. EG 1998, Nr. L 288/24, 33 f.

<sup>165</sup> Bundeskartellamt, Untersagungsbeschl. v. 21.06.2000 "Melitta/Schultink", S. 33.

zumindest teilweise noch nicht entdeckt. Zahlreiche Wettbewerbsparameter sind einsetzbar und ihr Einsatz schafft eher neue Nachfrage, als dass bereits bestehende von Konkurrenten abgezogen wird.<sup>166</sup> Die Annahme, dass keine marktbeherrschende Stellung besteht, setzt allerdings voraus, dass dieser junge Markt offen für künftigen Wettbewerb bleibt und die dominierende Stellung eines Unternehmens daher nur vorübergehend ist. Ist jedoch zu erwarten, dass der betreffende Markt durch den Zusammenschluss bereits in der Entstehungsphase dauerhaft abgeschottet wird, ist der entsprechende Zusammenschluss zu untersagen. Die Prüfung möglicher Abschottungstendenzen spielt derzeit insbesondere im Bereich der sich schnell entwickelnden Märkte der digitalen Fernsehdienste und des Internets eine Rolle.<sup>167</sup>

## 8.2 Ausreifungs- und Stagnationsphase

In der Ausreifungs- und Stagnationsphase wandeln sich die Wettbewerbsbedingungen des betroffenen Marktes in der Regel wesentlich langsamer als in der Experimentier- und Expansionsphase. Der Markt wächst im Vergleich zur allgemeinen Entwicklung unterdurchschnittlich, Produkte oder Produktionsverfahren sind kaum noch zu verbessern; die Verwendungs- und Einsatzmöglichkeiten der relevanten Waren sind entdeckt und erprobt. In Märkten mit entsprechend ausgereifter Technik und rückläufigen bzw. stagnierenden Umsatzvolumina sind Wettbewerbsimpulse durch Innovation und Marktzutritt eher selten. Die noch möglichen Wettbewerbsparameter können im Wesentlichen nur noch gegen die Marktposition der Konkurrenten eingesetzt werden.

Da sich die aktuellen Wettbewerber auf dem Markt an den gegebenen Wettbewerbsbedingungen orientieren, ist der Abbau hoher Marktanteile in späten Marktphasen wesentlich weniger wahrscheinlich als in einer frühen Marktphase. Wettbewerbsvorteile einzelner Unternehmen - beispielsweise aufgrund überlegener Finanzkraft oder einem hervorragenden Zugang zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten - erschweren vorstoßenden Wettbewerb und wirken eher auf die Verdrängung weniger

<sup>166</sup> Vgl. Möschel in: Immenga/Mestmäcker § 22 Rz. 57, 61; Begriff des "Prozeßmonopolisten". In einem Zusammenschluss im Bereich von Hochdrucksensoren sprach das starke Wachstum und Innovationspotenzial des Marktes gegen einen auf Dauer vom Wettbewerb nicht hinreichend kontrollierbaren Verhaltensspielraum des Marktführers, vgl. Beschluß des Bundeskartellamtes vom 06.08.1999 "Texas Instruments/ISS", S. 9 f. Gleiches gilt für den Bereich von Einzelkomponenten für Datennetzwerke, vgl. Beschl. v. 03.03.2000 "Cisco/IBM", S. 19ff., vgl. auch Beschl. v. 25. September 2000 "Covisint", S. 11 ff..

<sup>167</sup> Zur grundlegenden Problematik vgl. WuW/E BKartA 2143, 2146 "Glasfaserkabel" (1986); TB 1993/94 S. 133, 135; gleiche Einschätzung der EU-Kommission im Fall "MSG Media Service", Entsch. v. 9. November 1994, ABl. EG 1995 Nr. L 364/1, Rn. 55 ff., vgl. auch TB 1993/94, S. 137. Ein weiteres Beispiel ist der Fall "Premiere", in dem sowohl die EU-Kommission als auch später das Bundeskartellamt von einer dauerhaften marktbeherrschenden Stellung auf dem deutschen Pay-TV-Markt ausgingen: EU-Fall "Bertelsmann/Kirch/Premiere", Entsch. v. 27. Mai 1998, ABl. 1999 L 53/1 und Entsch. des Bundeskartellamtes im Fall "Premiere", WuW/E DE-V 53, 59 (1998). Zum Bereich Internet vgl. Entsch. der EU-Kommission vom 8. Juli 1998 "Worldcom/MCI", ABl. EG 1999, L 116/1.

integrierter oder ressourcenschwacher Unternehmen hin. Marktneueintritte sind eher unwahrscheinlich, insbesondere wenn der Markt stagniert.<sup>168</sup>

Allerdings ist auch in späteren Marktphasen eine Wiederbelebung des Wettbewerbs beispielsweise dann möglich,

- wenn der betroffene Markt aufgrund von Innovationen in einen neuen Markt übergeht und nicht zu erwarten ist, dass der bisherige Marktführer seine Position behaupten kann (z.B. Komprimierung von Marktphasen durch Verkürzung von Produktlebenszyklen)<sup>169</sup>,
- wenn Wettbewerber, die bislang nicht auf dem räumlich relevanten Markt der Zusammenschlussbeteiligten tätig waren, beispielsweise aufgrund von eigenen Überkapazitäten, zu Marktzutritten veranlasst werden oder Überkapazitäten eine marktstrategische Auftragsvergabe der Nachfrager begünstigen<sup>170</sup> oder
- wenn gesetzliche Rahmenbedingungen oder die Notwendigkeit einer stärkeren Ausschöpfung von Rationalisierungspotenzialen Nachfrager dazu zwingen, Beschaffungsalternativen zu nutzen.<sup>171</sup>

## 9. Gesamtbetrachtung der Wettbewerbsbedingungen

Bei der Prüfung, ob ein Zusammenschluss zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt, steht die Gesamtbetrachtung der in § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB beispielhaft genannten Strukturkriterien im Mittelpunkt. Maßgebend hierfür ist der Gedanke, dass sich die Marktstellung eines Unternehmens in der Regel nicht allein aufgrund der Prüfung eines Strukturkriteriums (z.B. Marktanteil), sondern nur anhand einer **Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände** beurteilen lässt.<sup>172</sup>

Eine überragende Marktstellung ist sehr wahrscheinlich, wenn alle Wettbewerbsbedingungen jeweils für sich oder insgesamt betrachtet für ein Unternehmen einen von Wettbewerbern nicht mehr kontrollierten Verhaltensspielraum ausweisen. Für die Frage der überragenden Marktstellung kann es jedoch je nach Einzelfall ausreichen, wenn nicht alle der aufgeführten Merkmale in überragendem Maße vorhanden sind<sup>173</sup> oder die überragende Marktstellung aus dem Zusammenwirken einer Reihe von Vorteilen folgt, die jeder für sich nicht als überragend erscheinen.<sup>174</sup>

<sup>168</sup> Vgl. schon WuW/E OLG 1745, 1752 "GKN-Sachs" (1978) und WuW/E OLG 3051, 3080 "Morris/Rothmans" (1983).

<sup>169</sup> Bundeskartellamt, Beschl. v. 28.04.1999 "Dow Chemical/Shell", S. 10.

<sup>170</sup> Bundeskartellamt, Beschl. v. 01.06.1999 "Deilmann-Haniel/Heitkamp", S.12.

<sup>171</sup> Bundeskartellamt, Beschl. v. 18.01.1999 "Babcock/Steinmüller", S. 12 f.

<sup>172</sup> BT-Drs. VI/2520, S. 21 f., grundlegend WuW/E BGH 1504 "GKN-Sachs" (1978) und WuW/E BGH 1908 "SZ-Münchener Anzeigenblätter" (1982), ebenso WuW/E BGH 3037, 3041 "Raiffeisen" (1995).

<sup>173</sup> grundlegend BGH WuW/E 1685, 1691 "Springer-Elbe Wochenblatt" (1979).

<sup>174</sup> siehe Unterrichtung des Ausschusses für Wirtschaft zur Zweiten GWB-Novelle, Drucks. 7/765, S. 5 f.

Eine überragende Marktstellung aufgrund eines einzigen Merkmals, z.B. dem Marktanteil, konnte in der Vergangenheit lediglich in wenigen Einzelfällen begründet werden.<sup>175</sup> Grundsätzlich stützt das Bundeskartellamt die Annahme einer überragenden Marktstellung auch in den Fällen, in denen hohe Marktanteile erreicht werden, auch auf weitere strukturelle Kriterien, wie zum Beispiel

- hohe Marktzutrittsschranken<sup>176</sup>,
- der Zugang zu vor- oder nachgelagerten Märkten<sup>177</sup>,
- Finanzkraft und marktstrategische Möglichkeiten<sup>178</sup> oder
- die Fähigkeit, einzelne Produkte in Komplettsystemen zusammenzufassen<sup>179</sup>.

Weisen sowohl der Marktanteil als auch die Finanzkraft auf unkontrollierte Verhaltensspielräume hin und bestehen darüber hinaus Marktzutrittsschranken, dann ist eine überragende Marktstellung wahrscheinlich. Bei Vorliegen dieser Kombination von Wettbewerbsbedingungen bestehen hohe Anforderungen an eine Widerlegung der sich daraus ergebenden Annahme einer Einzelmarktbeherrschung.

Hohe Marktanteile führen dann nicht zu einer Untersagung, wenn andere Struktur-faktoren, wie z.B. ein leistungsfähiger, potenzieller Wettbewerb aus dem Ausland und eine nachfragestarke Marktgegenseite, aller Erwartung nach keine unkontrollierten wettbewerblichen Verhaltensspielräume der Zusammenschlussbeteiligten zulassen.<sup>180</sup>

Umgekehrt kann eine überragende Marktstellung vorliegen, wenn die Marktanteile unter oder nur knapp über der Vermutungsschwelle von 33 % liegen. Nicht nur erhebliche Marktanteilsvorsprünge sondern auch finanzielle, ingenieurwissenschaftliche, technische und organisatorische Ressourcen können bei entsprechender Ressourcenakkumulation zweier führender Unternehmen zum entscheidenden Wettbewerbsvorteil werden.<sup>181</sup>

Bei besonders ressourcenstarken oder diversifizierten Unternehmen kann die Einzelmarkt Betrachtung um eine **marktübergreifende Analyse** ihres Wettbewerbspotenzials zu erweitern sein. Die erhebliche Konzentration von Unternehmensressourcen oder von marktbeherrschenden Stellungen und Ressourcen kann marktübergreifend wirken und die Wahrscheinlichkeit, dass auf den betroffenen Märkten überragende Marktstellungen bestehen oder durch einen Zusammenschluss entstehen oder verstärkt werden, wesentlich erhöhen. Das ist insbesondere dann anzunehmen, wenn ein Unternehmen infolge eines Zusammenschlusses die Produktionskapazitäten und

<sup>175</sup> Vgl. WuW/E BGH 1449 f. "Valium" (1976).

<sup>176</sup> Vgl. WuW/E BKartA 2865 "Kali+Salz/PCS" (1997), WuW/E BKartA 2894 "Herlitz/Landré" (1997).

<sup>177</sup> Vgl. WuW/E BKartA 2829, 2837 "Kolbenschmidt" (1995).

<sup>178</sup> Vgl. WuW/E BKartA 2820 "Straßenmarkierungsmaterial" (1995), WuW/E BKartA 2894 "Herlitz/Landré" (1997).

<sup>179</sup> Vgl. Bundeskartellamt, Beschl. v. 27.05.1999 "Federal Mogul/Alcan", S. 8 ff.

<sup>180</sup> Bundeskartellamt, Beschluß v. 18.01.1999 "Babcock/Steinmüller", S. 12 ff.

<sup>181</sup> WuW/E BKartA 2729 "Hochtief/Philipp Holzmann" (1995), zustimmend Monopolkommission, HG 1994/95 Rz. 627, HG 1996/97 Rz. 368, ablehnend KG WuW/E DE-R 94, 99 ff.

Arbeitsplätze eines gesamten Wirtschaftszweiges in außerordentlich hohem Maße auf sich konzentriert, deshalb zum dominierenden Branchenführer aufsteigt und den damit verbundenen politischen Einfluss zu Lasten seiner Konkurrenten ausnutzen kann. So ließ sich die überragende Marktstellung der Daimler Benz AG auf verschiedenen Einzelmärkten der Rüstungs- und Raumfahrtindustrie nur unter Einbeziehung der zentralen Bedeutung des Konzerns in diesen Wirtschaftszweigen insgesamt erschließen.<sup>182</sup> Darüber hinaus kann die Zusammenführung von Ressourcen bei komplementären, jedoch nicht in direktem Wettbewerb zueinander stehenden Produkten/ Produktgruppen den Wettbewerb beschränken und insoweit ein Kriterium zur Begründung von Einzelmarktbeherrschung sein (Portfolio-Ansatz).<sup>183</sup>

Zudem können wesentliche Wettbewerbswirkungen eines Zusammenschlusses - insbesondere bei der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen - den nicht vergemeinschafteten Bereich treffen und hier - z.B. im Rahmen der Oligopolbetrachtung - Anhaltspunkte für ein wettbewerbsloses Parallelverhalten geben (vgl. Abschnitt II, 1.5). Ein Zusammenschluss kann insbesondere dann zu entsprechenden **Gruppen-effekten** führen, wenn eine unabhängige Wahrnehmung der Wettbewerbsinteressen der Kooperationspartner nicht mehr gewährleistet ist. Hinweise darauf geben die konkreten gesellschaftsrechtlichen Vereinbarungen zwischen den Muttergesellschaften und die wirtschaftliche Bedeutung, die das Gemeinschaftsunternehmen für die beteiligten Unternehmen hat.<sup>184</sup>

Sofern beispielsweise der Wegfall eines Wettbewerbers auch erhebliche **Auswirkungen außerhalb des Geltungsbereichs des GWB** hat, sind entsprechende Rückwirkungen auf den inländischen Markt bei der Gesamtbetrachtung zu berücksichtigen. Dies gilt insbesondere dann, wenn der ökonomisch relevante räumliche Markt grenzüberschreitend abzugrenzen ist.<sup>185</sup>

## 10. Kausalität

Eine marktbeherrschende Stellung muss durch den Zusammenschluss entstehen oder verstärkt werden<sup>186</sup>, wobei Mitursächlichkeit ausreicht.<sup>187</sup> Dies ist nach den Marktverhältnissen zum Zeitpunkt der Entscheidung - nicht nach den Marktverhältnissen zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses - zu beurteilen.<sup>188</sup> Die bloße Möglich-

<sup>182</sup> Vgl. WuW/E BKartA 2335, 2347 "Daimler/MBB (1989).

<sup>183</sup> Vgl. z.B. Entsch. der Kommission v. 15. Oktober 1997 im Fall "Guinness/Grand Metropolitan" ABI. EG 1998, L 288/24, 29 f.

<sup>184</sup> WuW/E BKartA DE-V 9, 17 "Ostfleisch" (1997), zustimmend Monopolkommission, HG 1996/97, Rz. 356. Das KG hat den vom Bundeskartellamt beanstandeten Gruppeneffekt unter Hinweis aufgrund der geringen wirtschaftlichen Bedeutung des GU und des mangelnden Nachweises eines wirtschaftlichen Sachzwangs für eine Koordinierung auf Drittmärkten nicht bestätigt, KG, Beschl. v. 29.09.1999, S. 19 f., nicht rechtskräftig.

<sup>185</sup> Bundeskartellamt, Untersagungsbeschl. v. 21.06.2000 "Melitta/Schultink", S. 36, S. 39.

<sup>186</sup> Heidelberger Druckmaschinen/Stahl KG, TB 1997/98, S. 126/7.

<sup>187</sup> BGH WuW/E 2743 "Stormarer Tageblatt" (1991), Ruppelt in: Langen/Bunte § 24, Rz. 38.

<sup>188</sup> RAG/Becorit u.a. TB 1993/94, 107/108.

keit der Marktbeherrschung reicht nicht aus, erforderlich ist vielmehr ein gesteigerter Grad an Wahrscheinlichkeit.<sup>189</sup>

Ist zu erwarten, dass die **Entstehung oder Verstärkung einer Marktbeherrschung erst in Zukunft eintritt**, stellt sich die Frage, ob der Zusammenschluss hierfür kausal ist. Hier können sich - je nach Markt und Wettbewerbsprozess - Besonderheiten ergeben. So hat der BGH im Fall "Stromversorgung Aggertal" die Untersagungsverfügung des Bundeskartellamtes bestätigt und festgestellt, dass die beherrschende Stellung der RWE Energie auf Regionalverteilermärkten durch die Beteiligung an einem lokalen Gebietsversorger und die damit verbundene gesellschaftsrechtliche Absicherung zukünftiger Absatzchancen verstärkt wird.<sup>190</sup> Dem stehe nicht entgegen, dass die Marktverhältnisse hinsichtlich des Absatzes von Strom mit Blick auf laufende Konzessions- und Lieferverträge bis zum Jahr 2014 unverändert blieben. Eine langfristige - darüber hinausgehende - Absicherung der Absatzchancen wirke sich schon heute verstärkend auf die Marktposition des betroffenen Unternehmens aus.<sup>191</sup> Liegen entsprechende besondere Umstände nicht vor, so wird der Prognosezeitraum regelmäßig nicht mehr als drei Jahre betragen.

Die Kausalität fehlt dann, wenn ein Zusammenschluss eine **Verschlechterung der Marktbedingungen** zwar herbeiführt, diese aber **auch ohne den Zusammenschluss** eingetreten wäre. Dies gilt beispielsweise dann, wenn Betriebsteile, die Gegenstand eines Zusammenschlusses sind, kraft Gesetz ohnehin auf den Erwerber übergehen<sup>192</sup> oder wettbewerbsbeschränkende Verflechtungen schon vor dem Zusammenschluss bestanden und durch diesen gesellschaftsrechtlich nicht weiter verfestigt werden.<sup>193</sup>

Ein besonderer Fall fehlender Kausalität ist die sogenannte **"failing company defence"** (Sanierungsfusion). Ein Zusammenschluss ist nur dann nicht kausal für die Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens, wenn folgende drei Voraussetzungen *kumulativ* erfüllt sind<sup>194</sup>:

- a) Das sanierungsbedürftige Unternehmen wäre ohne Zusammenschluss nicht überlebensfähig.
- b) Es gibt keine Alternative zu einer Übernahme durch das marktbeherrschende Unternehmen.

<sup>189</sup> Süddeutsche Verlag GmbH/Baumann, TB 1993/94, S. 120.

<sup>190</sup> Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch die Absicherung von Lieferbeziehungen und die Realisierung von Synergien bei der Entwicklung von Systemmärkten, vgl. auch WuW/E Bundeskartellamt 2829, 2838 Kolbenschmidt (1995).

<sup>191</sup> Vgl. WuW/E BGH DE-R 24, 27 "Stromversorgung Aggertal" (1997), gleiche Begründung des BGH gilt auch für den materiell ähnlich gelagerten Fall "Stadtwerke Garbsen" WuW/E DE-R 32 f. (1997).

<sup>192</sup> Vgl. "Solvay/Sodafabrik Bernburg", Rückübertragung bei Aufhebung einer Zwangsverwaltung durch Inkrafttreten des Vermögensgesetzes, TB 91/92, S. 23; zustimmend Monopolkommission, HG 90/91, Rz. 582 ff.

<sup>193</sup> Bundeskartellamt, Beschl. v. 16.12.1999 "Norddeutsche Affinerie/Hüttenwerke Kayser", S. 9., Beschl. v. 22.12.1999 "Progas/Westfalen AG/caratgas", S. 6 f.

<sup>194</sup> Vgl. "Lufthansa/Interflug", TB 1989/90, S. 113; "M. DuMont Schauberg/Kölnische Rundschau", TB 1997/98, S. 89.

- c) Beim Ausscheiden des sanierungsbedürftigen erworbenen Unternehmens würde das noch verbleibende Potenzial ohnehin dem erwerbenden Unternehmen zuwachsen.

Nicht ausreichend ist es, wenn lediglich eine Tochtergesellschaft oder gar nur ein Geschäftsbereich innerhalb eines Konzerns aus dem Markt ausgeschieden wäre (sog. Failing division).

Für die Anwendung der failing company defence reicht die bloße Behauptung, finanziell notleidend zu sein, als Nachweis nicht aus. Der unmittelbar drohende Marktaustritt ist anhand geeigneter Dokumente nachzuweisen. Würde dem erwerbenden Unternehmen nur ein Teil der Marktposition des erworbenen Unternehmens bei dessen Marktaustritt zuwachsen, kommt die Anwendung der failing company defence nicht in Betracht. Im Regelfall wird der Nachweis dafür nur gelingen, wenn sich die beiden einzigen Wettbewerber auf dem Markt zusammenschließen. Schließlich darf es keinen Erwerbwilligen geben, bei dem die Realisierung des Zusammenschlussvorhabens zu einer weniger starken Wettbewerbsbeeinträchtigung führen würde. Dies setzt den Nachweis voraus, dass und weshalb entsprechende Veräußerungsbemühungen gescheitert sind.<sup>195</sup> Die Beweislast für das Vorliegen dieser drei Voraussetzungen tragen die Zusammenschlussbeteiligten.

## **II. Oligopolistische Marktbeherrschung**

### **A. Einführung**

#### **1. Oligopole in der Wettbewerbstheorie**

Wettbewerb im Oligopol ist ein "strategisches Spiel" von Aktion und Reaktion. Vor diesem Hintergrund stützt sich die modernere Oligopoltheorie stark auf die industrieökonomischen Ansätze der Spieltheorie. Im Mittelpunkt steht die Frage unternehmerischen Handelns auf hochkonzentrierten Märkten. In Erweiterung der traditionellen mikroökonomischen Theorie, die das Handeln eines Marktteilnehmers auf der Grundlage eines gegebenen Marktszenarios beschreibt, berücksichtigt die Spieltheorie, dass gleichzeitig auch andere Marktteilnehmer handeln und so das Marktgeschehen beeinflussen. Die Spieltheorie geht also davon aus, dass jeder Marktteilnehmer seine optimale Strategie verfolgt, die als Antwort auf die optimale Strategie der anderen Marktteilnehmer konzipiert ist.<sup>196</sup> In einer Situation, in der die Unternehmen ihre gegenseitige Abhängigkeit (weitgehend) durchschaut haben, ist entweder wettbewerbsloses Parallelverhalten oder oligopolistischer Wettbewerb die Folge. Die entsprechende Interaktion kann zu intensivem Wettbewerb mit günstigen

<sup>195</sup> "M. DuMont Schauberg/Kölnische Rundschau", TB 1997/98, S. 89.

<sup>196</sup> Einen guten Überblick über die unterschiedlichen Oligopoltheorien bietet: Kantzenbach, Kottmann und Krüger: Kollektive Marktbeherrschung: Neue Industrieökonomik und Erfahrungen aus der Europäischen Fusionskontrolle, Baden-Baden 1996.



Verbraucherpreisen und Produkt- und Verfahrensinnovationen führen oder zu langfristiger Preisstarrheit und Verlagerung des Wettbewerbs auf Werbung und Produktdifferenzierung ohne technischen Fortschritt. Oligopole sind also nicht per se gut oder schlecht. Ein für die Wettbewerbspolitik und die Anwendung des Kartellrechts bedeutender Fall sind die wettbewerbslosen oder nur eingeschränkt wettbewerbsfähigen Oligopole: Oligopolistische Interdependenz kann dazu führen, dass z.B. die Preissenkung eines Oligopolisten die Wettbewerber dazu veranlasst, ebenfalls ihre Preise zu senken, um keine Nachfrager zu verlieren. Das Ergebnis wären niedrigere Preise und niedrigere Gewinne für alle Anbieter. Sind sich die Anbieter dieser Zusammenhänge bewusst, werden sie versuchen, dieser Situation, bei der alle Anbieter verlieren, zu entgehen. Sie werden ihre Wettbewerbsparameter im Bewusstsein der möglichen Reaktionen der Wettbewerber setzen.<sup>197</sup> Auch ohne formelle Absprachen kann diese gegenseitige Rücksichtnahme dazu führen, dass sich die Oligopolmitglieder wie ein kollektives Monopol verhalten. Die spieltheoretischen Ansätze, aber auch die Entscheidungspraxis der Wettbewerbsbehörden, haben eine Reihe von Faktoren herausgearbeitet, die bewirken können, dass die beschriebene Oligopoldisziplin eingehalten wird. Voraussetzung sind insbesondere Vergeltungspotenziale, die "Ausreißer" davon abhalten, sich aus der Oligopoldisziplin zu "mogeln", beispielsweise, um die Spanne zwischen Oligopol-Preis und Grenzkosten für sich auszunutzen. Die entsprechenden Vergeltungspotenziale hängen ihrerseits insbesondere von den Marktverhältnissen im Einzelfall ab. Die Kriterien, anhand derer das Bundeskartellamt oligopolistische Marktbeherrschung prüft, werden nachfolgend erläutert.

## 2. Die Definition oligopolistischer Marktbeherrschung in der deutschen Fusionskontrolle

Die Fusionskontrolle des GWB verfolgt bei der Prüfung oligopolistischer Marktbeherrschung zunächst einen strukturorientierten Ansatz. Durch eine Analyse von markt- und unternehmensbezogenen **Wettbewerbsfaktoren** ist es möglich, wettbewerbsliche Gefährdungslagen durch Oligopole ex ante zu erkennen. Eine Analyse des tatsächlichen Marktverhaltens i.S.d. auf dem Markt eingesetzten Wettbewerbsparameters liefert Hinweise auf das **Wettbewerbsgeschehen** und die Frage, ob auf dem Markt die Funktionen wesentlichen Wettbewerbs erfüllt sind.<sup>198</sup> Die strukturorientierte Fusionskontrolle ist das primäre Instrument, um Gefährdungslagen durch Oligopole zu verhindern. Das Verfolgen wettbewerbsbeschränkender Absprachen und missbräuchlichen Verhaltens, das sich allein an dem tatsächlichen

<sup>197</sup> Kantzenbach, Kottmann und Krüger, a.a.O., S. 26; Wolf, Dieter: Die kartellrechtliche Beurteilung von Oligopolen aus Sicht des Bundeskartellamtes, November 1994, S. 2 f., unveröffentlicht; ebenso OECD: Committee on Competition Law and Policy, Roundtable on Oligopoly, Paris 1999, United States/DTI: Room document No. 4, S. 225.

<sup>198</sup> zum konzeptionellen Aufbau der Prüfung vgl. auch Möschel in: Immenga/Mestmäcker, § 22, Rz. 79; Ruppelt in: Langen/Bunte a.a.O., § 22 Rz. 59; Richter in: Wiedemann § 20, Rz. 78 ff.

Marktgeschehen orientiert, ist demgegenüber immer nur punktuell möglich, und greift häufig zu spät.

§ 19 Abs. 2 Satz 2 GWB **definiert** oligopolistische Marktbeherrschung wie folgt:

"Zwei oder mehr Unternehmen sind marktbeherrschend, soweit zwischen ihnen für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ein wesentlicher Wettbewerb nicht besteht und soweit sie in ihrer Gesamtheit die Voraussetzungen des Satzes 1 erfüllen."<sup>199</sup>

In Anlehnung an die gesetzliche Definition des marktbeherrschenden Oligopols erfolgt eine Wettbewerbsprüfung in dreifacher Hinsicht:

- Der von dem Zusammenschluss betroffene Markt weist Wettbewerbsbedingungen auf, welche eine Gesamtheit von Unternehmen (Oligopol) von Wettbewerbshandlungen absehen lässt und wettbewerbsbeschränkendes Parallelverhalten begünstigen (**Wettbewerbsbedingungen - Binnenwettbewerb**, Abschnitt B 1).
- Sofern neben dem Oligopol weitere Unternehmen auf dem Markt tätig sind (Außenseiter), besteht zwischen diesen und dem Oligopol kein wesentlicher Wettbewerb mehr. Diese Feststellung kann auch durch die einer überragenden Marktstellung des Oligopols gegenüber den Außenseitern ersetzt werden (**Wettbewerbsbedingungen - Außenwettbewerb**, Abschnitt B 2).
- Eng verknüpft mit der Prüfung der Wettbewerbsbedingungen ist die Frage, inwiefern die Oligopolisten mögliche Wettbewerbsparameter tatsächlich einsetzen. Sofern aufgrund des Parametereinsatzes die maßgeblichen Funktionen des Wettbewerbs nicht (mehr) erfüllt werden, spricht dies für das Fehlen wesentlichen Wettbewerbs im Oligopol und einen unkontrollierbaren Verhaltensspielraum des Oligopols gegenüber Außenseitern (**Wettbewerbsgeschehen**, Abschnitt B 4).

Die Prüfung der Frage, ob im Innen- und Außenverhältnis wesentlicher Wettbewerb besteht, erfolgt entsprechend § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB in **einer Gesamtbeurteilung aller maßgeblichen Wettbewerbsverhältnisse**. Der Prüfungsschwerpunkt liegt dabei auf den strukturellen Bedingungen für zukünftigen Wettbewerb und ihren Auswirkungen auf das Wettbewerbsgeschehen, beispielsweise auf die Preispolitik der Oligopolisten.

Wie für die Marktbeherrschung durch ein Unternehmen, sieht das GWB für die oligopolistische Marktbeherrschung eine **Vermutungsregelung** vor (§ 19 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 oder Nr. 2 GWB)<sup>200</sup>. Auch diese Vermutungen können widerlegt werden. Die betroffenen Unternehmen müssen nachweisen, dass die Wettbewerbsbedingungen zwischen ihnen wesentlichen Wettbewerb erwarten lassen oder die Gesamtheit der Unternehmen im Verhältnis zu den übrigen Wettbewerbern keine überragende Markt-

<sup>199</sup> In Satz 1 sind die verschiedenen Optionen für die Definitionen marktbeherrschender Stellungen aufgeführt.

<sup>200</sup> Zur näheren Erläuterung der Oligopolvermutungen, vgl. Richter in: Wiedemann a.a.O., § 20, Rz 90 ff.

stellung hat. Ein non liquet wirkt zu Lasten der Unternehmen im Sinne einer Bejahung von Marktbeherrschung.<sup>201</sup> (vgl. Abschnitt I B 1.1). In der Kartellrechtspraxis des Bundeskartellamtes spielt die in § 19 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 GWB beschriebene Variante des Oligopols mit mehr als drei Mitglieder keine nennenswerte Rolle.

Sofern es um die **Entstehung** oligopolistischer Marktbeherrschung geht - hierzu gehört auch die Ablösung einer Einzelmarktbeherrschung durch oligopolistische Marktbeherrschung - kommt es entscheidend auf die Wettbewerbsbedingungen nach dem Zusammenschluss an. Die Gesamtbetrachtung der Wettbewerbsbedingungen nach dem Zusammenschluss muss ergeben, dass künftig wettbewerbsbeschränkendes Parallelverhalten im Oligopol zu erwarten ist. Es muss mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten sein, dass der festgestellte oder zumindest unterstellte wesentliche Wettbewerb vor dem Zusammenschluss danach nicht mehr zum Tragen kommen wird. Die Indizwirkung wesentlichen Wettbewerbs vor dem Zusammenschluss ist um so schwächer, je stärker die Wettbewerbsbedingungen auf dem betroffenen Markt durch den Zusammenschluss verändert werden.

Im Falle der **Verstärkung** oligopolistischer Marktbeherrschung muss geprüft werden, ob eine weitere Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen zu erwarten ist. Die Anforderungen an den Nachweis der Verstärkung sind umso geringer je höher der Konzentrationsgrad des Marktes bereits ist. (siehe Abschnitt Einzelmarktbeherrschung).

Der Nachweis eines aktiven kollusiven Zusammenwirkens der Oligopolmitglieder ist keine Voraussetzung für die Feststellung einer oligopolistischen Marktbeherrschung.<sup>202</sup> Vielmehr kann bereits eine bloße Anpassung der Oligopolmitglieder an die Marktbedingungen zu einem wettbewerbschädlichen Parallelverhalten führen, durch das das Oligopol marktbeherrschend wird.<sup>203</sup> Dem steht nicht entgegen, dass Märkte, auf denen Anhaltspunkte für Kartellabsprachen bestehen, ein besonders hohes Risiko für oligopolistische Marktbeherrschung in sich tragen und Verflechtungen ein wichtiges Prüfungskriterium für oligopolistische Marktbeherrschung sind.<sup>204</sup>

Der folgende Abschnitt dieser Checkliste ist nach der Prüfungsfolge der Legaldefinition für oligopolistische Marktbeherrschung (§ 19 Abs. 2 S. 2 GWB) gegliedert. Die einzelnen Prüfungsschritte können - in etwas abgewandelter Reihenfolge - auch zur Untersuchung herangezogen werden, ob die Oligopolvermutung (§ 19 Abs. 3 S. 2 GWB) widerlegt ist. Für die Prüfung der ersten Widerlegungsalternative (die Wettbewerbsbedingungen lassen auch nach dem Zusammenschluss noch wesentlichen Wettbewerb im Oligopol erwarten) ist zunächst Abschnitt II B 3 (Wettbewerbsge-

<sup>201</sup> Richter, in: Wiedemann a.a.O., § 20 Rz. 85.

<sup>202</sup> Ständige Praxis des Bundeskartellamtes

<sup>203</sup> Bundeskartellamt, Beschluss v. 03.07.2000 "RWE/VEW", S. 54 f.; ebenso Kommission, Entsch. im Fall Nr. "Gencor/Lonrho", ABl. EG 1997, Nr. L 11, Rz. 140 bestätigt durch: EuG, Rs. T-102/96, WuW/E EU-R 213 "Gencor v. Commission".

<sup>204</sup> vgl. Abschnitt II 1 5, zudem OECD: Committee on Competition Law and Policy, Roundtable on Oligopoly, Paris 1999, Background Note, S. 17.

geschehen) und dann Abschnitt II B 1 (Wettbewerbsbedingungen im Hinblick auf Binnenwettbewerb) heranzuziehen. Die zweite Widerlegungsalternative (das Oligopol nimmt gegenüber den Außenseitern keine überragende Marktstellung ein) kann aufgrund von Abschnitt B 2 (Wettbewerbsbedingungen - Außenwettbewerb) geprüft werden.

## B. Prüfungskriterien

Die Auflistung der nachfolgenden Wettbewerbsbedingungen orientiert sich an den entsprechenden Ausführungen zur Einzelmarktbeherrschung und ergänzt diese, soweit Besonderheiten bei der Prüfung oligopolistischer Marktbeherrschung zu beachten sind. Bei den Kriterien, deren Prüfung im Falle oligopolistischer Marktstrukturen keine wesentlichen Besonderheiten aufwerfen, wird auf die entsprechenden Ausführungen zur Einzelmarktbeherrschung verwiesen.

### 1. Wettbewerbsbedingungen - Binnenwettbewerb

#### 1.1 Marktanteil

Anhand der Höhe der Marktanteile, die die führenden Unternehmen eines Marktes auf sich vereinigen, sowie anhand der Verteilung der Marktanteile auf die einzelnen Unternehmen, kann abgeschätzt werden, welches Unternehmen gegebenenfalls einer marktbeherrschenden Gesamtheit von Unternehmen zuzurechnen ist und welche Rückschlüsse sich auf die Reaktionsverbundenheit der Oligopolisten ziehen lassen. Erst ab einer gewissen Konzentration des Angebots oder der Nachfrage auf einem Markt wird eine Reaktionsverbundenheit zwischen den Unternehmen spürbar. Wettbewerbliche Vorstöße Einzelner wirken sich nachteilig auf ihre Wettbewerber aus und veranlassen diese zur Reaktion. Mögliche Reaktionen der Wettbewerber werden mit steigendem Konzentrationsgrad zunehmend beim eigenen Parametereinsatz berücksichtigt. Je enger der Reaktionsverbund ist oder durch den Zusammenschluss wird, desto wahrscheinlicher wird oligopolistisches Parallelverhalten und damit der Ausschluss wesentlichen Wettbewerbs.

Die **Marktanteilswerte der Oligopolvermutung** (§ 19 Abs. 3 S. 2 GWB) kennzeichnen enge Oligopole, bei denen ein wettbewerbsbeschränkendes Parallelverhalten der Unternehmen wahrscheinlich ist. Je enger das Oligopol ist und je weniger Außenseiter es hat, desto wahrscheinlicher ist der Ausschluss von wesentlichem Wettbewerb.<sup>205</sup> Liegt der Konzentrationsgrad wesentlich unter den Marktanteilswerten der Vermutungstatbestände, ist ein Parallelverhalten allenfalls auf transparenten Märkten mit hoher Homogenität der betroffenen Produkte oder Dienstleistungen zu erwarten. Für sich genommen beschreiben die Vermutungsregelungen jedoch nur

<sup>205</sup> WuW/E BKartA 2669, 2674 "Lindner Licht GmbH" (1994); das Oligopol selbst erzielte Marktanteile von etwa 80%, der nächstfolgende Wettbewerber hielt lediglich einen Marktanteil in Höhe von 7%.

unzuverlässig die tatsächlichen Wettbewerbsbedingungen auf hochkonzentrierten Märkten. Das Bundeskartellamt hat in seiner Entscheidungspraxis die Oligopolvermutung in der weit überwiegenden Zahl von Fällen als widerlegt angesehen.<sup>206</sup>

Insbesondere die Analyse der **Marktanteilsentwicklung** auf dem relevanten Markt über mehrere Jahre kann für das Wettbewerbsgeschehen im Oligopol aufschlussreich sein<sup>207</sup>. Weitgehend stabile Marktanteile oder Marktanteilsabstände deuten auf ein wettbewerbsloses Oligopol hin. Das gilt insbesondere dann, wenn die Marktanteile trotz erheblicher Veränderungen der äußeren Marktumstände, beispielsweise einem starken Nachfragerückgang, konstant geblieben sind.<sup>208</sup> Marktanteilsveränderungen im Oligopol sprechen dann nicht gegen Marktbeherrschung, wenn beispielsweise Anteilsgewinne eines Oligopolisten nicht zu Lasten anderer Oligopolisten, sondern zu Lasten von Außenseitern gehen.<sup>209</sup> Schwanken die Marktanteile hingegen derart, dass die Unternehmen von Periode zu Periode unterschiedliche Marktfränge einnehmen, so liegt ein wettbewerbsliches Oligopol nahe.<sup>210</sup> Kurzfristige Marktanteilsverschiebungen sind grundsätzlich aussagekräftiger als langfristige. Erstere deuten auf aktives Wettbewerbsverhalten hin, während letztere eher auf strukturelle Änderungen der Marktverhältnisse, z.B. der Präferenzen der Nachfrager, zurückzuführen sind.<sup>211</sup>

## 1.2 Kräfteverhältnis im Oligopol

Je mehr sich die markt- und unternehmensbezogenen Strukturmerkmale der einem Oligopol zuzurechnenden Unternehmen gleichen, desto eher kann es zu wettbewerbsbeschränkendem Parallelverhalten kommen.<sup>212</sup> Zu den maßgeblichen Strukturmerkmalen zählen neben den Marktanteilen insbesondere die Produktionskapazitäten und deren Auslastung, die jeweiligen Kostenstrukturen (insbesondere Fixkostenanteil) sowie die finanziellen Ressourcen.<sup>213</sup> Im Hinblick auf unternehmensbezogene

<sup>206</sup> Vgl. zur aktuellen Entscheidungspraxis: Bundeskartellamt Beschl. v. 28.04.1999 "Dow Chemical/Shell", Beschl. v. 12.05.1999 "Comet/Piepenbrock"; Beschl. v. 02.07.1999 "Corning/BICC" WuW/E DE-V 170; Beschl. v. 03.12.1999 "Checkpoint/Meto"; Beschl. v. 16.12.1999 "Norddeutsche Affinerie/Hüttenwerke Kayser"; Beschl. v. 22.12.1999 "Xerox/Tektronix"; Beschl. v. 22.12.1999 "Progas/Westfalen AG"; Beschl. v. 11.02.2000 "Dürr/Alstom"; Beschl. v. 18.04.2000 "Gemplus/ODS", vgl. auch Ausführungen der Monopolkommission zur Oligopolvermutung, HG 1994/95, Rz. 635.

<sup>207</sup> Zur Erläuterung siehe oben I.1.c..

<sup>208</sup> WuW/E Bundeskartellamt 2669, 2675 "Lindner Licht GmbH" (1994)

<sup>209</sup> Die Kommission hat im Fall Linde/AGA gegenläufige Marktanteilsentwicklungen als Indiz für wesentlichen Wettbewerb im Oligopol herangezogen. Diese Entscheidung ist aus Sicht des Bundeskartellamtes insoweit zu kritisieren, als hier die Marktanteilsverluste eines Oligopolisten nicht zu Gunsten des anderen Oligopolisten, sondern zu Gunsten von Außenseitern gingen, vgl. Entsch. der Kommission v. 09.02.2000 "Linde/AGA", S. 13 f., noch unveröffentlicht. Demgegenüber war im Fall "Comet/Piepenbrock" ein marktbeherrschendes Oligopol auch wegen der Marktanteilsverschiebungen zwischen den Oligopolisten zu verneinen, Bundeskartellamt, Beschl. v. 12.05.1999, Rz. 21.

<sup>210</sup> Bundeskartellamt, Beschl. v. 22.12.1999 "Xerox/Tektronix", S. 7.

<sup>211</sup> KG, WuW/E OLG 3075 f. "Morris-Rothmans" (1983).

<sup>212</sup> Grundlegend KG WuW/E OLG 3080 "Morris-Rothmans" (1983).

<sup>213</sup> Zu Irreversibilitäten als Plusfaktor für Reaktionsinterdependenz im Oligopol vgl. Kantzenbach, Kottmann und Krüger a.a.O., S. 53; siehe auch EuGH, Verb. Rs. C-68/94 und C-30/95, Slg. 1998, I-1375 Rz. 221 "Kali + Salz/MdK/Treuhandanstalt"

Symmetrien können auch Geschäftsumfang und vertikale Integration eine wichtige Rolle spielen.<sup>214</sup>

Ein **symmetrisches Oligopol** mit geringen Marktanteilsabständen der Unternehmen untereinander, vergleichbaren Ressourcen und einem ähnlich guten Zugang zu Beschaffungs- oder Absatzmärkten neigt zur Wettbewerbslosigkeit, weil wettbewerbliche Vorstöße für alle Unternehmen gleich spürbar, wegen der Transparenz leicht erkennbar und aufgrund ähnlicher Vergeltungspotenziale wenig erfolgversprechend sind.<sup>215</sup> Ein aufgrund vertikaler Integration symmetrisches Oligopol führt außerdem dann zur Wettbewerbslosigkeit, wenn wesentlicher Wettbewerb lediglich zur Folge hätte, dass dadurch die Verhaltensspielräume des Oligopols gegenüber nicht integrierten Konkurrenten auf nachgelagerten Märkten wesentlich verengt würden.<sup>216</sup> Weist das Oligopol Wettbewerbsvorteile auf, über die Außenseiter nicht oder nicht in dem Maße verfügen, z.B. breite Sortimente, Möglichkeiten zu Gegengeschäften, ressourcenbedingte Wettbewerbsvorteile etc., so sind parallele Verdrängungsstrategien zum Nachteil der letzteren wahrscheinlich.

**Asymmetrische Oligopole** sind umgekehrt noch kein hinreichendes Anzeichen für wesentlichen Wettbewerb im Oligopol. Sie weisen zwar ein höheres Potenzial für individuelles wettbewerbliches Verhalten auf, da sie gegensätzliche Interessen der Unternehmen hervorrufen können. So können Kostenasymmetrien dazu führen, dass die kollektive Gewinnmaximierung unterschiedliche Ausbringungsmengen und unterschiedliche Gewinne impliziert.

Jedoch kann eine Prüfung der absoluten Höhe der Marktanteile der zum Oligopol gehörenden Unternehmen, deren Zugang zu Technologien und zum Absatzmarkt und deren Produktsortiment ergeben, dass selbst ein nach Sicht der Marktanteile asymmetrisches Oligopol - beispielsweise aufgrund ressourcenbedingter Symmetrien - wettbewerbslos ist.<sup>217</sup>

*Vertikale* Zusammenschlüsse, durch die der Grad vertikaler Integration im Oligopol ausgeglichener wird, verstärken in der Regel die Transparenz des Wettbewerbsverhaltens. Dadurch können aber besonders wettbewerbsaktive Lieferanten oder Abnehmer ausgeschaltet werden, was ebenfalls ein Parallelverhalten erleichtern oder absichern kann. *Konglomerate* Zusammenschlüsse können eine Angleichung der Ressourcen und damit der Vergeltungspotenziale bewirken und dadurch Parallelverhalten begünstigen. Verfügen alle Unternehmen des Oligopols nach einem

<sup>214</sup> Bundeskartellamt, Beschluss v. 03.07.2000 "RWE/VEW", S. 52, S. 60.

<sup>215</sup> Entsch. der Kommission v. 18.10.1995 "ABB/Daimler Benz", ABLEG 1997, Nr. L 11/1, 17.

<sup>216</sup> WuW/E BKartA 2250 "Hüls-Condea" (1986).

<sup>217</sup> WuW/E BKartA 2669, 2674 "Lindner Licht GmbH" (1994). Sind hingegen trotz asymmetrisch verteilter Marktanteile Symmetrien im Hinblick auf unternehmensbezogene Strukturkriterien, wie z.B. Kapazitäten oder finanzielle Ressourcen nicht erkennbar, so spricht dies gegen ein marktbeherrschendes Oligopol, vgl. EuGH, Verb. Rs. C-68/94 und C-30/95, Slg. 1998, I-1375 Rz. 226 "Kali + Salz/MdK/Treuhandanstalt"; Venit, J.: Two steps forward and no steps back: Economic Analysis and Oligopolistic Dominance after Kali&Salz, in: Common Market Law Review 35/1998, S. 1113 f., vgl. auch Kantzenbach, Kottmann und Krüger, a.a.O., S. 62 ff.

Zusammenschluss über Wettbewerbsvorteile gegenüber den Außenseitern, so ist Verdrängungswettbewerb wahrscheinlich.

Zusammenschlüsse, durch die ein Oligopol ausgewogener wird, können im Einzelfall den Wettbewerb intensivieren. Dies setzt aber voraus, dass die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen infolgedessen objektiv wettbewerbsfähiger gegenüber den anderen, dem Oligopol zuzurechnenden Unternehmen werden.<sup>218</sup> Wird ein Unternehmen durch den Zusammenschluss und den entsprechenden Ressourcenzugewinn erst in die Lage versetzt, in wirksamen Wettbewerb zum Marktführer zu treten und bisherige Wettbewerbsnachteile auszugleichen, so kann dies, insbesondere auf innovativen, expandierenden Märkten, gegen wettbewerbsbeschränkendes Parallelverhalten auch nach dem Zusammenschluss sprechen.<sup>219</sup>

### 1.3 Ressourcenbetrachtung (vgl. Abschnitt I B 2)

### 1.4 Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten (vgl. Abschnitt I B 3)

### 1.5 Verflechtungen

Personelle oder kapitalmäßige Verflechtungen unter den einem Oligopol zuzurechnenden Unternehmen erhöhen die Wahrscheinlichkeit wettbewerbsbeschränkenden Parallelverhaltens. Das gilt sowohl für Verflechtungen auf dem von dem Zusammenschluss betroffenen Markt (1.5.1) als auch für solche auf Drittmärkten, insbesondere auf vor- oder nachgelagerten Märkten (1.5.2). Verflechtungen zwischen den Oligopolmitgliedern sind jedoch weder eine notwendige Voraussetzung für die Entstehung oder Verstärkung eines marktbeherrschenden Oligopols, noch führen sie - für sich genommen - zu einer entsprechenden fusionsrechtlichen Beurteilung.

Neben gesellschaftsrechtlich abgesicherten Verflechtungen können auch personelle Verflechtungen, Kartellabsprachen<sup>220</sup> oder Lieferbeziehungen<sup>221</sup> wettbewerbsdämpfende Wirkung im Oligopol entfalten.<sup>222</sup>

Eine den Verflechtungen vergleichbare Wirkung auf das Wettbewerbsverhalten kann dadurch eintreten, dass die Unternehmen auch auf Drittmärkten aufeinander treffen und auf zumindest einem dieser Märkte ein wettbewerbsloses Oligopol besteht. In diesem Fall ist auf dem betroffenen Markt wettbewerbsbeschränkendes Parallelverhalten unter denselben Bedingungen wahrscheinlich wie bei Gemeinschaftsunternehmen auf Drittmärkten (hierzu nachfolgend unter 1.5.2).

#### 1.5.1 Verflechtungen auf vom Zusammenschluss betroffenen Märkten

Ein marktbeherrschendes Oligopol ist ohne weiteres - d.h. allein aufgrund einer Prüfung der Wettbewerbsbedingungen - anzunehmen, wenn die Unternehmen

---

<sup>218</sup> Aufholfusion; KG WuW/E OLG 3081 "Morris-Rothmans" (1983).  
<sup>219</sup> Bundeskartellamt, Beschl. v. 03.12.1999 "Checkpoint/Meto", S. 16f.  
<sup>220</sup> WuW/E BKartA 2145 1 "GfL" (1984).  
<sup>221</sup> WuW/E BKartA 2249 "Hüls-Condea" (1986).  
<sup>222</sup> WuW/E Bundeskartellamt 2669, 2676 "Lindner Licht GmbH" (1994).

untereinander direkt oder über Dritte unterhalb der Verbundklausel so weitgehend miteinander verflochten sind, dass sie auf dem betroffenen Markt als "wettbewerbliche Einheit" auftreten.<sup>223</sup> Rechtliche, wirtschaftliche oder personelle Verflechtungen sind jedoch auch dann in die Gesamtbetrachtung einzubeziehen, wenn die betroffenen Unternehmen der Marktgegenseite als unterschiedliche Anbieter oder Nachfrager gegenüberreten, ihre untereinander bestehenden Beziehungen aber Einfluss auf die Marktstellung haben.<sup>224</sup>

Bei einem hohen Verflechtungsgrad unterbleibt wesentlicher Wettbewerb in der Regel, weil er den untereinander Verflochtenen nur schaden könnte.<sup>225</sup>

Entsprechendes gilt, wenn die ein Oligopol bildenden Unternehmen über ein Gemeinschaftsunternehmen miteinander verflochten sind.<sup>226</sup>

### 1.5.2 Verflechtungen auf Drittmärkten

Sind die dem Oligopol zuzurechnenden Unternehmen auf Drittmärkten personell oder kapitalmäßig, z.B. über Gemeinschaftsunternehmen, miteinander verflochten, so fördert dies regelmäßig die Bereitschaft zu wettbewerbsbeschränkendem Parallelverhalten auf dem betroffenen Markt (marktübergreifender Gruppeneffekt). Ein Parallelverhalten ist dann besonders wahrscheinlich, wenn die Zusammenarbeit auf einem räumlich benachbarten oder sachlich verwandten Markt stattfindet. Dies gilt insbesondere, wenn ein Gemeinschaftsunternehmen auf einem vor- oder nachgelagerten Markt tätig ist und dadurch Bezugs- oder Absatzbedingungen für die das Oligopol bildenden Unternehmen vereinheitlicht und infolgedessen die wettbewerblichen Verhaltensspielräume eingeschränkt werden. Im Fall Lindner Licht GmbH wirkten sich Kooperationen (Gemeinschaftsunternehmen, Patentlizenzvereinbarungen) bei Vorprodukten über den insoweit gemeinsamen Kostensockel vereinheitlichend auf die Absatzbedingungen aus.<sup>227</sup>

## 1.6 Marktzutrittsschranken/potenzieller Wettbewerb (vgl. Abschnitt I B 5)

## 1.7 Wettbewerb durch unvollkommene Substitute (vgl. Abschnitt I B 6)

<sup>223</sup> Vgl. z.B. KG WuW/E OLG 5907, 5914 f. "Rheinpfalz/Medien Union" (1997). Hier waren KG und Bundeskartellamt von einem Gleichordnungskonzern von Herausgebern zweier Tageszeitungen ausgegangen. Das KG hat für den Fall, dass ein Gleichordnungskonzern zu verneinen sei, ein marktbeherrschendes Oligopol angenommen. Die personellen und geschäftlichen Verflechtungen seien so intensiv, dass mit wesentlichem Wettbewerb nicht gerechnet werden könne; siehe auch Bundeskartellamt, Beschl. v. 12.01.2000 "WAZ/OTZ", S. 27. Auch im Fall "RWE/VEW" hat das Bundeskartellamt zahlreiche Verflechtungen auf den betroffenen Energiemärkten - teilweise über, teilweise unterhalb eines Unternehmensverbundes - als wichtigen Anhaltspunkt für ein wettbewerbsbeschränkendes Parallelverhalten identifiziert, vgl. Beschluss v. 03.07.2000, S. 52, S. 59.

<sup>224</sup> BGH WuW/E 3037, 3041 "Raiffeisen". (1995).

<sup>225</sup> WuW/E BGH 2440 "G + J-Zeit II" (1987); KG, WuW/E OLG 4106 "w+i-Weiss-Druck" (1988).

<sup>226</sup> WuW/E BGH 2195 ff. "Abwehrblatt II" (1985).

<sup>227</sup> WuW/E BKartA 2669, 2676 "Lindner Licht GmbH" (1994), zustimmend Monopolkommission HG 1994/95, Rz. 634.



## 1.8 Gegengewichtige Marktmacht (vgl. auch Abschnitt I B 7)

In einem hoch konzentrierten Markt kann eine oligopolistische Marktbeherrschung je eher eintreten, desto zersplitterter die Marktgegenseite ist. Nachfragemächtige Unternehmen auf der Marktgegenseite können dagegen ein wettbewerbsbeschränkendes Parallelverhalten der Anbieter erschweren (vgl. die entsprechenden Ausführungen zur Einzelmarktbeherrschung).

Binnenwettbewerb wird im Einzelfall dann in das Oligopol hineingetragen, wenn sich eine hochkonzentrierte Nachfrageseite mit dem strategischen Ziel, neben den Oligopolisten auf mehrere andere Anbieter ausweichen zu können, mit Auftragsangeboten auch gezielt an in- und ausländische Oligopolaußenseiter wendet und aufgrund eigener Entwicklungskompetenz unkontrollierbare Verhaltensspielräume auf Seiten der Anbieter verhindern kann.<sup>228</sup> Dies kann im Ausnahmefall auch dann gelten, wenn Aufträge bislang in der Regel lediglich an inländische Anbieter vergeben wurden. Hier sind allerdings hohe Anforderungen an die Prognose zu stellen, dass das nachfragestarke Unternehmen den zur Verfügung stehenden wirtschaftlichen Verhaltensspielraum auch nutzen wird.<sup>229</sup> Kann die Nachfrageseite zu Eigenfertigung übergehen, ist im Einzelfall die Unabhängigkeit des Nachfragers von einem nicht marktgerechten Verhalten der Anbieter (teilweise) gesichert.<sup>230</sup>

Wie im Falle der Einzelmarktbeherrschung stellt sich auch hier die Frage, ob die Funktionen, die wirksamer Wettbewerb erfüllt - beispielsweise die Funktion einer wirksamen Preis- und Kostenbegrenzung und der Anreiz zu technischem Fortschritt - im Einzelfall durch Nachfragemacht und strategisches Einkaufsverhalten gleichwertig ersetzt werden kann.<sup>231</sup> Für das Verhältnis nachfragestarker Unternehmen zu *Oligopolen* auf der Anbieterseite kann dies im Einzelfall - eine hohe Kostentransparenz und Entwicklungskompetenz auf Seiten der Nachfrager vorausgesetzt - zu bejahen sein.<sup>232</sup> Zudem ist aber zu beachten, dass sämtliche Wettbewerber der gleichen Nachfragemacht ausgesetzt sind, so dass das Ungleichgewicht auf der Anbieterseite nicht ohne weiteres durch Nachfragemacht ausgeglichen wird.<sup>233</sup> Dies gilt insbesondere im Hinblick auf Ausschreibungen. Ein Hinweis auf grenzüberschreitende Ausschreibungen von Nachfragern reicht zur Begründung gegengewichtiger Marktmacht dann

<sup>228</sup> Bundeskartellamt, Beschl. v. 11.02.2000 "Dürr/Alstom", S. 11.

<sup>229</sup> Bundeskartellamt, Beschl. v. 28.04.1999 "Dow Chemical/Shell", S. 9f., vgl. insoweit über die Praxis des Bundeskartellamtes hinausgehend: Entsch. der Kommission v. 18.10.1995 "ABB/Daimler Benz", ABI.EG 1997, Nr. L 11/1, 19.

<sup>230</sup> Bundeskartellamt, Beschl. v. 28.04.1999 "Dow Chemical/Shell", S. 9f., vgl. auch Monopolkommission, HG 1988/89, Rz. 533.

<sup>231</sup> Monopolkommission, Hauptgutachten VI 1984/85 Rz. 496; für das Problem der Nachfragemacht im Handel vgl. Vogel L.: Competition Law and Buying Power: The Case for new Approach in Europe in: E.C.L.R. 1998, Issue 1, S. 5.

<sup>232</sup> Bundeskartellamt, Beschl. v. 11.02.2000 "Dürr/Alstom", S. 35; vgl. auch Steptoe, M.L.: The Power Buyer Defense in Merger Cases, in: Antitrust Law Journal 1993, Vol 61, S. 493 ff.

<sup>233</sup> WuW/E BKartA 2669/2677 "Lindner Licht GmbH" (1994), vgl. auch oben Abschnitt I B 7.

nicht aus, wenn sie nicht mit einem marktstrategischen Verhalten der Nachfrager im oben geschilderten Umfang verbunden sind.<sup>234</sup>

Enge Kundenbindungen zwischen Anbietern und Nachfragern können erhebliche kunden- und lieferantenspezifische Investitionen begründen und so die Grundlage für langfristige vertikale Abhängigkeiten bilden. Eine gegengewichtige Marktmacht ist dann ausgeschlossen, wenn die jeweiligen Nachfrager nicht kurzfristig auf andere Anbieter außerhalb des Oligopols ausweichen können. Eine entsprechend geringe Elastizität der unternehmensindividuellen Nachfrage kann dementsprechend gegen gegengewichtige Marktmacht und für eine höhere Kollusionsgefahr zwischen den Oligopolisten sprechen.<sup>235</sup>

## 1.9 Marktphase

Aus der jüngsten Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes ergibt sich, dass oligopolistische Marktstrukturen zunehmend in neuen, expandierenden und innovativen Märkten auftreten.<sup>236</sup> In der Regel lassen jedoch Technologie- und Innovationswettbewerb, Produktneuentwicklungen und die damit verbundenen Unsicherheiten über die Beständigkeit der Wettbewerbsbedingungen wettbewerbsbeschränkendes Parallelverhalten auf Dauer nicht erwarten<sup>237</sup> und beständige Verhaltensspielräume des Oligopols gegenüber Außenseitern unwahrscheinlich erscheinen.<sup>238</sup> Abgesehen von der möglichen Gefahr einer dauerhaften Abschottung von Innovationsmärkten im Einzelfall ist oligopolistische Marktbeherrschung in der Experimentier- und Expansionsphase eines Marktes eher unwahrscheinlich. Im Hinblick auf die einzelnen Prüfungskriterien kann auf die Ausführungen zur Marktbeherrschung durch ein Unternehmen verwiesen werden (vgl. Abschnitt I B 8).

## 2. Wettbewerbsbedingungen - Außenwettbewerb

Sofern auf dem von dem Zusammenschluss betroffenen Markt neben dem Oligopol Außenseiter tätig sind, setzt die Annahme oligopolistischer Marktbeherrschung zusätzlich das Fehlen wesentlichen Wettbewerbs oder das Bestehen einer überragenden Marktstellung des Oligopols im Außenverhältnis voraus. Die entsprechende Untersuchung einer **überragenden Marktstellung** des Oligopols entspricht der Prüfung der Einzelmarktbeherrschung. Dabei tritt die Gesamtheit der das Oligopol bildenden Unternehmen an die Stelle des einzelnen Unternehmens.

<sup>234</sup> Monopolkommission, HG 1988/89, Rz. 535, vgl. auch Fn. 253.

<sup>235</sup> Insbesondere die Kommission geht in ihrer Entscheidungspraxis auch bei dieser Konstellation häufig von gegengewichtiger Marktmacht aus, vgl. z.B. Entsch. der Kommission v. 30.09.1992 "DuPont/ICI", Abl. EG 1993 L 7/13.

<sup>236</sup> Vgl. z.B. Bundeskartellamt, Beschl. v. 03.12.1999 "Checkpoint/Meto", S. 14 ff.; Beschl. v. 22.12.1999 "Xerox/Tektronix", S. 6ff.

<sup>237</sup> vgl. auch NERA: Merger appraisal in oligopolistic markets. Prepared for the Office of Fair Trading by National Economic Research Associates, November 1999, Research Paper 19, S. 51 ff.

<sup>238</sup> Zum Faktor der Unsicherheit als Prüfungsgegenstand in der fusionsrechtlichen Beurteilung von Oligopolen, vgl. Kantzenbach, Kottman und Krüger, a.a.O., S. 69 ff.

Ob **wesentlicher Wettbewerb** im Außenverhältnis besteht, ist nach den gleichen Kriterien zu prüfen, wie sie auch für die Feststellung wesentlichen Wettbewerbs im Oligopol gelten. Besteht trotz Parallelverhaltens im Oligopol im Außenverhältnis wesentlicher Wettbewerb, so ist zu prüfen, ob es sich im konkreten Fall aufgrund der überragenden Wettbewerbsvorteile der Oligopolmitglieder um Verdrängungswettbewerb handelt.<sup>239</sup>

Für den Außenwettbewerb sind im Hinblick auf die Wettbewerbsbedingungen insbesondere Marktanteils- und Ressourcenvorsprünge, aber auch Verflechtungen bzw. wirtschaftliche Abhängigkeiten zwischen den Oligopolisten und den Außenseitern von Bedeutung.<sup>240</sup> Die Außenseiter können einen unkontrollierbaren Verhaltensspielraum des Oligopols beispielsweise dann nicht einschränken, wenn ihnen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht alle wesentlichen Wettbewerbsparameter vollständig zur Verfügung stehen.<sup>241</sup>

### 3. Gesamtschau der Wettbewerbsbedingungen

Alle für den betroffenen Markt bedeutsamen Wettbewerbsbedingungen sind in einer Gesamtschau daraufhin zu würdigen, ob sie oligopolistische Marktbeherrschung erwarten lassen.

Selbst wenn nicht alle untersuchten relevanten Wettbewerbsbedingungen auf oligopolistische Marktbeherrschung hindeuten, kann sie dennoch - vorbehaltlich der Prüfung des Wettbewerbsgeschehens - wahrscheinlich sein. Alle für diese Annahme sprechenden Wettbewerbsbedingungen sind dann den ihr widerstreitenden gegenüberzustellen. Hierbei sind ihre Aussagen über die Möglichkeiten zum Parallelverhalten und die Wahrscheinlichkeit, dass es tatsächlich nach dem Zusammenschluss zu einem solchen Verhalten kommt, miteinander in Beziehung zu setzen und zu würdigen. Die besonders aussagekräftigen Kriterien Marktanteil, Ressourcenbetrachtung, Marktzutrittsschranken/potenzieller Wettbewerb verdienen dabei besondere Beachtung, denn sie sind eine unerlässliche Voraussetzung für wettbewerbsbeschränkendes Parallelverhalten.

Liegen die Marktanteilsvoraussetzungen der Oligopolvermutungen (§19 Abs. 2 S. 2 GWB) vor, ist zu prüfen, ob die relevanten Wettbewerbsbedingungen insgesamt keinen wesentlichen Wettbewerb erwarten lassen. Dabei sind an die Widerlegung der Vermutung spiegelbildlich die gleichen Anforderungen zu richten wie sie - umgekehrt - für die Annahme einer marktbeherrschenden Stellung bestehen.

Treten zu den zentralen Kriterien Marktanteil und Marktzutrittsschranken bestimmte andere Wettbewerbsbedingungen hinzu und bilden mit diesen eine Kombination, die

<sup>239</sup> vgl. z.B. WuW/E BKartA 1923 ff. "Burda-Springer"; BKartA, AG 86, S. 380 f. "NUR-IST".

<sup>240</sup> Bundeskartellamt WuW/E DE-V 53, 61 "Premiere"; Bundeskartellamt, Beschluss v. 03.07.2000 "RWE/VEW", S. 55 f., S 61 ff.

<sup>241</sup> Bundeskartellamt WuW/E DE-V 53, 61 "Premiere", hier eingeschränkte Teilnahme der öffentlich-rechtlichen Sender am Fernsehwerbeamt.

wettbewerbsbeschränkendes Parallelverhalten sehr wahrscheinlich macht, dann sind andere Wettbewerbsbedingungen nur noch daraufhin zu untersuchen, ob sie dem entgegenstehen. Ein Beispiel für eine solche Kombination von Wettbewerbsbedingungen ist das Zusammentreffen von engem Oligopol, homogenen Massengütern, transparentem Markt, Stagnations- oder Ausreifungsphase des Marktes und hohen Marktzutrittsschranken. Auch der Ansatz der US-amerikanischen Merger Guidelines geht in diese Richtung.

Durch einen Zusammenschluss werden in der Regel nicht sämtliche Wettbewerbsbedingungen des davon betroffenen Marktes so umfassend geändert, dass ihre Gesamtschau für die Zeit nach dessen Vollzug ein gänzlich anderes Bild ergibt als vorher. Für die Prüfung, ob eine oligopolistische Marktbeherrschung **entstehen** wird, kommt es darauf an, ob zumindest ein Teil der bestehenden Wettbewerbsbedingungen so stark durch den Zusammenschluss verändert wird, dass der bisher bestehende Wettbewerb künftig nicht mehr gewährleistet ist. Dies kann beispielsweise schon durch eine signifikante Erhöhung der Marktkonzentration bei bestehenden Marktzutrittsschranken der Fall sein. Deswegen hat der Nachweis wesentlichen Wettbewerbs für die Zeit vor dem Zusammenschluss allenfalls Indizwirkung für die Zeit danach.<sup>242</sup> Kommt es infolge eines horizontalen Zusammenschlusses zu einer erheblichen Marktanteilskonzentration bei den führenden Unternehmen des betroffenen Marktes, dann ist das Entstehen oligopolistischer Marktbeherrschung wahrscheinlich. Das gilt jedenfalls dann, wenn dadurch die Schwellen der Oligopolvermutungen erstmals erreicht oder überschritten werden.

Besteht bereits ein marktbeherrschendes Oligopol, ist dessen **Verstärkung** bei jedem weiteren horizontalen Zusammenschluss wahrscheinlich, durch den das Oligopol sich verengt (Zusammenschluss zwischen Oligopolmitgliedern) oder Außenseiter Teil des Oligopols werden. Durch die Verengung wird das Wettbewerbsverhalten im Oligopol in der Regel transparenter und ein Parallelverhalten erleichtert. Zusammenschlüsse mit Außenseitern verringern zudem ihre Möglichkeit zu wettbewerblichen Verstößen, die das Parallelverhalten im Oligopol stören könnten. Das trifft insbesondere auf Zusammenschlüsse mit solchen Außenseitern zu, die besonders leistungsfähig sind und von denen wettbewerbliche Impulse noch am ehesten erwartet werden können.

Auch im Bereich der oligopolistischen Marktbeherrschung können Wettbewerbswirkungen eines Zusammenschlusses - insbesondere bei der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen - den nicht vergemeinschafteten Bereich treffen (Gruppeneffekt).<sup>243</sup>

<sup>242</sup> KG WuW/E 3072 "Morris-Rothmans" (1983).

<sup>243</sup> WuW/E BKartA DE-V 53, 61 ff. "Premiere" (1998).

#### 4. Wettbewerbsgeschehen

Ob auf dem von dem Zusammenschluss betroffenen Markt wesentlicher Wettbewerb im Oligopol besteht, ist anhand der tatsächlich von den Unternehmen eingesetzten Wettbewerbsparameter festzustellen. Sofern aufgrund des Parametereinsatzes alle maßgeblichen Funktionen des Wettbewerbs erfüllt werden und insbesondere der Preissetzungsspielraum der Unternehmen begrenzt bleibt, herrscht wesentlicher Wettbewerb. Wird jedoch eine starke Reaktionsverbundenheit aufgrund der Prüfung der unter Abschnitt 2 dargestellten Wettbewerbsbedingungen festgestellt und diese durch ein in der Vergangenheit gleichförmiges Verhalten hinsichtlich wesentlicher Wettbewerbsparameter unterlegt, ist die Prognose der Fortsetzung dieses Verhaltens gerechtfertigt.<sup>244</sup>

In der Oligopoltheorie und in der Entscheidungspraxis der Wettbewerbsbehörden haben sich einige zentrale Marktgegebenheiten als wichtige Voraussetzung für die Annahme oligopolistischer Marktbeherrschung herausgestellt:<sup>245</sup> Beispielsweise sind wettbewerbslose Oligopole wahrscheinlicher, wenn ein hoher Grad an **Markttransparenz** zu beobachten ist (Abschnitt 4.1) und die betroffenen **Produkte** weitgehend **homogen** sind (Abschnitt 4.2).<sup>246</sup> Bestandteil der fusionsrechtlichen Prüfung ist schließlich die Bewertung des **tatsächlichen Wettbewerbsgeschehens** auf dem betroffenen Markt (Abschnitt 4.3).

##### 4.1 Wettbewerbsgeschehen und Markttransparenz

Markttransparenz kann alle strukturellen Merkmale erfassen, die den Anbietern Informationen über das wettbewerbliche Verhalten ihrer Wettbewerber verschaffen und damit eine Verhaltensabstimmung erleichtern. Dies sind nicht nur Faktoren, die eine explizite Verhaltensabstimmung ermöglichen, sondern auch Marktbedingungen, die es zulassen, dass Unternehmen sich gegenseitig Wettbewerbsstrategien signalisieren können.<sup>247</sup> Märkte, in denen die **Markttransparenz** hoch ist, beispielsweise, weil die Anbieter ihre Listenpreise (incl. Rabatte usw.) oder Verkaufszahlen veröffentlichen, sind vergleichsweise anfällig für oligopolistische Marktbeherrschung. Dies gilt tendenziell auch im Hinblick auf Märkte für börsengehandelte Grunderzeugnisse.<sup>248</sup> oder für Märkte, in denen gemeinsame E-Commerce-Plattformen für die Beschaffung oder den

<sup>244</sup> Kantzenbach, Kottmann und Krüger, a.a.O., S. 70 ff., vgl. auch BGH WuW/E 2433, 2440 "Gruner + Jahr/Zeit II"; KG, WuW/E OLG 3051, 3075 ff. "Morris/Rothmans; Bundeskartellamt WuW/E 2247, 2249 "Hüls/Condea", WuW/E Bundeskartellamt 2669, 2678 "Lindner Licht GmbH".

<sup>245</sup> Diese Faktoren können strukturell veranlasst sein (Markttransparenz aufgrund der hoher Produkthomogenität und starker Unternehmenskonzentration) oder von den Marktteilnehmern bewusst geschaffen werden (Transparenz aufgrund von Preislisten).

<sup>246</sup> Zur Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes, vgl. z.B. Beschluss v. 03.07.2000 "RWE/VEW", S. 51 f.

<sup>247</sup> Kantzenbach, Kottmann und Krüger, a.a.O., S. 72.

<sup>248</sup> Vgl. insoweit auch Entsch. der Kommission v. 24.04.1996 "Gencor/Lonrho", ABI. EG 1997, Nr. L 11/30, 52.

Absatz von Produkten eine wachsende Rolle spielen. In einem engen Oligopol kann eine solche Praxis die Kontrolle der Oligopoldisziplin erleichtern.

Öffentliche Ausschreibungen können - je nach Ausgestaltung - Markttransparenz fördern oder behindern. Die Markttransparenz wird dann gefördert, sofern sich der Ausschreibungswettbewerb auf eine geringe Anbieterzahl richtet und Mechanismen (Nachverhandlungen oder Vergabe von Aufträgen an Konsortien) bestehen, die den Oligopolisten zusätzlichen Einblick in die Angebotsgestaltung ihrer Wettbewerber gewähren.<sup>249</sup>

#### **4.2 Wettbewerbsgeschehen und Homogenität der betroffenen Produkte oder Dienstleistungen**

Bei **homogenen Gütern** kann kein oder nur ein sehr eingeschränkter Qualitätswettbewerb stattfinden, weil die von verschiedenen Herstellern angebotenen Waren keine für die Nachfrager wesentlichen Unterschiede aufweisen. Zudem kann bei homogenen Gütern meist nicht hinreichend sicher festgestellt werden, ob Preiswettbewerb stattfindet. Auf derartigen Märkten entscheiden daher alle Formen des Restwettbewerbs (z. B. Service-, Konditionen-, Qualitäts- und Beratungswettbewerb) darüber, ob der Wettbewerb noch wesentlich ist. Erhebliche Preisunterschiede in einem wettbewerblichen Markt für homogene Güter sind nur dann denkbar, wenn es an der Markttransparenz fehlt.<sup>250</sup>

Wesentlicher Wettbewerb besteht nicht schon dann, wenn die Unternehmen die auf Märkten mit homogenen Gütern vorhandenen Verhaltensspielräume nutzen. Der tatsächliche Parametereinsatz muss insgesamt von einer Intensität und Bedeutung für den Markt sein, dass die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs gegeben ist.<sup>251</sup>

Märkte, in denen Produktdifferenzierungen eine große Rolle spielen, sind in der Regel weniger geeignet für Parallelverhalten im Oligopol. Bei heterogenen Gütern, bei Produktinnovationen oder bei der Entwicklung von Systemmärkten ist Preis- und Qualitätswettbewerb möglich und von erheblicher Bedeutung für die Feststellung wesentlichen Wettbewerbs.<sup>252</sup> Die einzelnen Oligopolmitglieder sind eher in der Lage, den Oligopolpreis zu unterbieten, da sie nicht befürchten müssen, den Großteil ihrer Nachfrage bei Vergeltungsmaßnahmen der anderen Oligopolisten zu verlieren. Zudem wird es mit zunehmender Produktdifferenzierung immer schwieriger, kooperative Arrangements, z.B. über vereinheitlichte Oligopolpreise, zu treffen. Entsprechende Unsicherheiten über die zukünftige Marktentwicklung können wesentlichen Wettbewerb im Oligopol auch zukünftig sicherstellen (vgl. Abschnitt I B 8

<sup>249</sup> Entsch. der Kommission v. 18.10.1995 "ABB/Daimler Benz", ABLEG 1997, Nr. L 11/1, 17.

<sup>250</sup> Bundeskartellamt, Beschl. v. 28.04.1999 "Dow Chemical/Shell", S. 9.

<sup>251</sup> WuW/E BGH 2028 "Texaco-Zerissen" (1983).

<sup>252</sup> Bundeskartellamt, Beschl. v. 12.05.1999 "Comet/Piepenbrock", S. 8f.; Bundeskartellamt, Beschl. v. 03.12.1999 "Checkpoint/Meto", S. 14 f.

"Marktphase").<sup>253</sup> Gleichwohl schließt Produktheterogenität das Entstehen eines marktbeherrschenden Oligopols nicht von vornherein aus, beispielsweise wenn die Kollusion weniger im Bereich Preis/Menge, sondern vielmehr in der Aufteilung von sachlichen oder regionalen Teilmärkten besteht.<sup>254</sup> Auch hier ist der Markt auf seine Funktionsweise zu untersuchen.<sup>255</sup>

### 4.3 Wettbewerbsrechtliche Einordnung

Lässt sich zwischen den marktführenden Unternehmen vor dem Zusammenschluss wesentlicher Wettbewerb beobachten, und haben diese Unternehmen erhebliche Investitionen in langfristige Wachstumsstrategien auf einem grenzüberschreitenden Markt investiert, so ist der Nachweis fehlenden Binnenwettbewerbs beim Erwerb eines Oligopolaußenseiters auf einem räumlichen Teilmarkt nur schwer zu begründen.<sup>256</sup> Gleiches gilt, wenn in der Vergangenheit ein erheblicher Preisverfall zu beobachten ist, insbesondere verbunden mit erheblichen Marktanteilsrückgängen bei den Oligopolisten zugunsten der Oligopolaußenseiter sowie bereits erfolgten oder zu erwartenden Marktzutritten.<sup>257</sup>

Lässt sich im Zeitablauf hingegen ein gleichförmiges Preissetzungsverhalten des Oligopols beobachten, dann ist der Wettbewerb nicht mehr wesentlich, es sei denn es handelt sich um ein innovatives, sich dynamisch entwickelndes Gut. Preiswettbewerb nur auf der Handelsstufe ist dann nicht wesentlich, wenn die Handelsnachfrage aufgrund der Anbieterwerbung von den Verbraucherpräferenzen gesteuert wird. Auf Märkten, die nach Kenntnis der Wettbewerbsbehörden offenbar anfällig sind für wettbewerbsbeschränkende Absprachen, ist ein oligopolistisches Parallelverhalten wahrscheinlich.<sup>258</sup> Auf einem Markt, auf dem die Unternehmen ihre Kapazitäten kaum der Nachfrage anpassen können, ist eine Preiskoordinierung nicht erforderlich. Über geringere Preise könnten zusätzlich gewonnene Abnehmer ohnehin nicht bedient werden. Vielmehr ist hier die Koordinierung im Hinblick auf die Angebotsmenge wesentlich.<sup>259</sup>

Selbst wenn auf dem Markt wesentlicher Wettbewerb festzustellen ist, kann oligopolistische Marktbeherrschung bestehen, wenn dieser Wettbewerb nur temporär oder lokal stattfindet oder Verdrängungscharakter hat. Anhaltspunkte dafür können sich beispielsweise aus Wechselkursschwankungen, konjunkturell bedingten Überkapazi-

<sup>253</sup> Bundeskartellamt, Beschl. v. 03.12.1999 "Checkpoint/Meto", S. 15 f.

<sup>254</sup> Preis/Mengen-Kollusion versus Marktschrankenkollusion, vgl. Kantzenbach, Kottmann und Krüger a.a.O., S. 16 ff., S. 40; insoweit auch Entsch. der Kommission v. 31.01.1994 "Mannesmann/Vallourec/Ilva", Abl. EG 1994 L 102/15, 25.

<sup>255</sup> Kommission, Entsch. v. 22.09.1999 "Airtours/First Choice" ABI. EG 2000 L 93/1, 16.

<sup>256</sup> Bundeskartellamt, Beschl. v. 02.07.1999 "Corning/BICC", S. 17 f.

<sup>257</sup> Bundeskartellamt, Beschl. v. 18.04.2000 "Gemplus/ODS", S. 13 .

<sup>258</sup> WuW/E BKartA 2669 "Lindner Licht GmbH"; vgl auch OECD: Committee on Competition Law and Policy, Roundtable on Oligopoly, Paris 1999, United States/DTI: Room document No. 4, S. 235.

<sup>259</sup> Kommission, Entsch. v. 22.09.1999 "Airtours/First Choice" ABI. EG 2000 L 93/1, 16.

täten gleichförmigem Abwehrverhalten des Oligopols gegenüber Newcomern<sup>260</sup> oder bei Wettbewerbsvorteilen des Oligopols gegenüber den Außenseitern ergeben.

---

<sup>260</sup> KG WuW/E OLG 3078 "Morris-Rothmans".