

Der SIEC-Test im GWB - Verhältnis zum Unionsrecht und Auswirkungen auf die Praxis

[Torsten Körber, Göttingen](#)

Mit der 8. GWB-Novelle hat der "Significant Impediment to Effective Competition"-Test, kurz: SIEC-Test, Einzug in die deutsche Fusionskontrolle gehalten. Die Frage, ob diese Änderung sinnvoll war, ist damit praktisch obsolet geworden. Umso wichtiger ist, welche praktischen Konsequenzen sich daraus für die deutsche Behörden- und Gerichtspraxis ergeben. Dem geht der folgende Beitrag nach. Zunächst wird dem Verhältnis des deutschen zum europäischen SIEC-Test und in diesem Zusammenhang den Fragen nach einer Bindungswirkung des EU-Rechts und nach einer Vorlagepflicht an den EuGH nachgespürt. Darauf aufbauend wird die Frage erörtert, welche Änderungen sich durch die Einführung des SIEC-Tests für die Fusionskontrolle durch das BKartA und für die gerichtliche Überprüfung von Fusionskontrollentscheidungen ergeben. Schwerpunkte bilden dabei die künftige Rolle des Marktbeherrschungstests und sein Verhältnis zum SIEC-Test, insbesondere die Frage nach einer universellen Geltung des Erheblichkeitskriteriums und nach der Möglichkeit einer Effizienzverteidigung sowie Kontrolldichte und Nachweisanforderungen im gerichtlichen Verfahren.

Gliederung

A. Verhältnis zum Unionsrecht

- I. Übernahme des SIEC-Tests der FKVO oder deutscher SIEC-Test?
- II. Bindung an die europäische Praxis?
- III. Vorlagemöglichkeit bzw. Vorlagepflicht nach Art. 267 AEUV?

B. Auswirkungen auf die Praxis

- I. Erweiterung der Eingriffsbefugnisse des BKartA durch den SIEC-Test?
- II. Zukünftige Rolle des Marktbeherrschungstests
- III. Verhältnis der SIEC-Formel zum Regelbeispiel, insbesondere: Erheblichkeitskriterium
- IV. Anerkennung einer "Effizienzverteidigung" durch Einführung des SIEC-Tests?
- V. Gesteigerte Rolle des "more economic approach" und der Konsumentenwohlfahrt?
- VI. Volle gerichtliche Nachprüfbarkeit oder behördlicher Beurteilungsspielraum?
- VII. Komplikation der gerichtlichen Kontrolle durch den SIEC-Test?

A. Verhältnis zum Unionsrecht

I. Übernahme des SIEC-Tests der FKVO oder deutscher SIEC-Test?

Die Frage nach den praktischen Konsequenzen der Einführung des SIEC-Tests in das deutsche GWB¹⁾ hängt maßgeblich vom Grad der dadurch angestrebten Harmonisierung mit dem SIEC-Test der EU-Fusionskontrollverordnung 139/2004 (FKVO) ab. Beim "Ob" und "Wie" der Änderung des [§ 36 GWB](#) handelt es sich um autonome Entscheidungen des deutschen Gesetzgebers. Eine unionsrechtliche Pflicht, den deutschen Prüfmaßstab ganz oder teilweise dem europäischen anzupassen, existiert nicht. Fragt man sich, wie weit die Angleichung reicht, so bleibt die Regierungsbegründung ambivalent. Sie spricht relativierend von einer Übernahme "weiterer Elemente" der europäischen Fusionskontrolle²⁾ und einer "weitgehend gleichlaufenden" Beurteilung, aber auch von einem "gleich laufenden Prüfmaßstab" und dem Ziel, ein "level playing field" zu erzeugen.³⁾ Im Zusammenhang mit der Rechtssicherheit verweist sie auf eine "gefestigte Praxis der Europäischen Kommission", aber auch auf die Fortgeltung der bisherigen deutschen Rechtsprechung.⁴⁾ Den Schlüssel liefert eine systematische Betrachtung: Schon [§ 36 Abs. 1 S. 2 GWB](#) enthält mit Abwägungsklausel, Bagatellmarktklausel und Pressensanierungsklausel drei Sonderregelungen, welche die FKVO in dieser Form nicht kennt. Auch der für das Regelbeispiel zentrale Begriff der Marktbeherrschung ist bewusst nicht dem Unionsrecht ü[WuW 2014 S. 251]berlassen worden, sondern wird - gerade auch mit Blick auf die Fusionskontrolle⁵⁾ - weiterhin autonom durch das GWB definiert. Die Marktbeherrschungsvermutungen wurden im Grundsatz beibehalten, und auch die deutsche Judikatur soll nach den Vorstellungen des Gesetzgebers weitergelten.⁶⁾ Erhalten bleiben schließlich auch die besonderen Zusammenschlusstatbestände des § 37 Abs. 1 Nr. 1, 3 und 4 GWB und das Ministererlaubnisverfahren nach [§ 42 GWB](#).

In der Summe wird deutlich, dass keine Vollharmonisierung mit der FKVO, sondern lediglich eine autonome Teilharmonisierung erfolgt ist.⁷⁾

II. Bindung an die europäische Praxis?

Stellt man sich vor diesem Hintergrund die Frage, ob bzw. inwieweit die deutsche Praxis sich in Zukunft an der europäischen orientieren sollte oder gar orientieren muss, so könnte neben dem allgemeinen Harmonisierungsziel zwar für eine Bindung sprechen, dass die Regierungsbegründung den Einwand drohender Rechtsunsicherheit auch unter Hinweis auf die "gefestigte Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission" zurückweist.⁸⁾ Eine Bindung an "Leitlinien", "Mitteilungen" oder "Bekanntmachungen" der Kommission lässt sich daraus aber nicht ableiten.⁹⁾ Bei diesen Instrumenten handelt es sich schon in Bezug auf die EU-Fusionskontrolle nur um eine Art "soft law", das lediglich eine gewisse Selbstbindung der Kommission bewirkt, für andere Institutionen (insbesondere für die Gerichte) aber unverbindlich bleibt.¹⁰⁾ Im Anwendungsbereich des autonomen deutschen Fusionskontrollrechts kann diesen Instrumenten erst recht keine rechtsverbindliche Wirkung zukommen. Auch eine Bindung der deutschen Behörden oder Gerichte an Entscheidungen der Kommission oder der Unionsgerichte ist abzulehnen. Es existiert keine Regelung, die - wie etwa Art. 16 VO 1/2003 oder [§ 33 Abs. 4 GWB](#) - eine Bindungswirkung von Kommissionsbeschlüssen anordnet, ebenso keine Regelung, die einer Anwendung des nationalen Rechts nach dem Muster des Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003 Grenzen setzt oder die auch nur eine am EU-Recht orientierte Auslegung gebietet.¹¹⁾

Im Ergebnis besteht daher weder eine Pflicht des BKartA oder der deutschen Gerichte, der europäischen Praxis zu folgen, noch eine Pflicht, Abweichungen von dieser Praxis oder gar von bloßen Kommissionsmitteilungen zu begründen.¹²⁾ Das bedeutet aber nicht, dass Leitlinien und Entscheidungen der Unionsorgane ohne Relevanz für die deutsche Praxis sind. Sie besitzen unzweifelhaft - auch mit Blick auf das vom deutschen Gesetzgeber unterstrichene Harmonisierungsziel - eine erhebliche faktische Autorität und Leitbildfunktion,¹³⁾ so dass ratsam und zu erwarten ist, dass sich die deutsche Praxis bei Anwendung des SIEC-Tests weitgehend an der europäischen Praxis orientieren wird.¹⁴⁾

III. Vorlagemöglichkeit bzw. Vorlagepflicht nach Art. 267 AEUV?

Unmittelbar mit der Frage nach einer Bindungswirkung europäischer Entscheidungen verbunden ist die Frage nach einer Vorlagemöglichkeit oder sogar Vorlagepflicht deut[WuW 2014 S. 252]scher Gerichte an den EuGH in Bezug auf den SIEC-Test. Auf den ersten Blick scheint die Antwort klar negativ zu sein, da es sich bei [§ 36 GWB](#) um autonom deutsches Recht handelt. Allerdings interpretiert der EuGH Art. 267 AEUV sehr großzügig.¹⁵⁾ In der Entscheidung *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato/ETI u. a.* hat er ausgeführt, es bestehe ein klares Gemeinschaftsinteresse daran, dass die vom Gemeinschaftsrecht übernommenen Bestimmungen oder Begriffe einheitlich ausgelegt würden, wenn sich eine nationale Rechtsvorschrift zur Regelung rein innerstaatlicher Sachverhalte nach Unionsrecht richte. Gegenstand dieser Entscheidung war die Auslegung des Art. 101 AEUV nachgebildeten Kartellverbots in Art. 2 des italienischen Kartellgesetzes Nr. 287/90. Dieses war nach Art. 1 Abs. 4 des Gesetzes "nach den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts der Europäischen Gemeinschaften" auszulegen.¹⁶⁾ Andererseits hat der EuGH in der Rechtssache *Kleinwort Benson/City of Glasgow District Council* betont, dass eine Vorlage nicht in Betracht komme, wenn die nationale Regelung nur teilweise dem europäischen Recht angepasst sei, also keine "unmittelbare und unbedingte Verweisung" auf das Unionsrecht vorliege und wenn die nationalen Gerichte die Bestimmungen des Unionsrechts nach dieser Regelung nur "berücksichtigen" müssten, also grds. frei entscheiden könnten, ob sie der Auslegung der Unionsgerichte folgen wollten oder nicht.¹⁷⁾ Genau dies ist aber bei [§ 36 GWB](#) der Fall. Weder ist eine Vollharmonisierung des materiellen Prüfmaßstabes erfolgt, noch existiert ein Art. 1 Abs. 4 des italienischen Kartellgesetzes entsprechendes Gebot zur gemeinschaftskonformen Auslegung.

Vorlagemöglichkeit und Vorlagepflicht sind daher in Bezug auf den SIEC-Test zu verneinen,¹⁸⁾ auch wenn der deutsche Gesetzgeber es entgegen einer Aufforderung des BKartA¹⁹⁾ unterlassen hat, dies durch eine ausdrückliche gesetzliche Regelung klarzustellen.²⁰⁾ Sollten OLG Düsseldorf oder BGH gleichwohl einen Vorlagebeschluss fassen, ist es freilich nicht auszuschließen, dass der EuGH sich damit befassen wird, weil er sich schon in der Vergangenheit als sehr kreativ erwiesen hat, wenn es darum ging, die eigenen Kompetenzen zu erweitern.

B. Auswirkungen auf die Praxis

I. Erweiterung der Eingriffsbefugnisse des BKartA durch den SIEC-Test?

Es ist seit jeher umstritten, ob es überhaupt über den Marktbeherrschungstest hinausreichende Anwendungsfälle für den SIEC-Test gibt. Im Mittelpunkt der Debatte steht, wie auch die Regierungsbegründung zur 8. GWB-Novelle unterstreicht, die Erfassung komplexer Oligopolsachverhalte, insbesondere nicht koordinierter (unilateraler) Effekte im Oligopol.²¹⁾

Eine leichtere Beurteilung verspricht sich die Regierungsbegründung ferner in Bezug auf vertikale und konglomerate Zusammenschlüsse.²²⁾ Den Kritikern dieser Auffassung ist zuzugeben, dass die beschriebenen Fallkonstellationen wohl auch unter Geltung des Marktbeherrschungstests sachgerecht hätten gelöst werden können.²³⁾ Doch ist [WuW 2014 S. 253] diese Diskussion nach Einführung des SIEC-Tests müßig. Zudem kann festgestellt werden, dass der SIEC-Test jedenfalls flexibler ist und dass er den Kartellbehörden daher den Nachweis negativer Wettbewerbswirkungen erleichtern und ihnen eine dogmatisch klare, stringente und unmittelbar bei den Wettbewerbswirkungen ansetzende Begründung ermöglicht.²⁴⁾ So wird z. B. seitens der Monopolkommission²⁵⁾ und in der Literatur²⁶⁾ - ausgehend vom US-Recht²⁷⁾ - auf die Möglichkeit hingewiesen, auf Märkten mit differenzierten Produkten, Sortimentsmärkten oder Ausschreibungsmärkten, unmittelbar die Veränderung der Preissetzungsspielräume der Unternehmen aufgrund des Zusammenschlusses zu messen, ohne zuvor eine - auf solchen Märkten oftmals ohnehin nicht mit hinreichender Eindeutigkeit mögliche²⁸⁾ - Marktabgrenzung durchführen zu müssen.

II. Zukünftige Rolle des Marktbeherrschungstests

Bei Einführung des SIEC-Tests auf europäischer Ebene wurde diesem eine eher untergeordnete, den Marktbeherrschungstest ergänzende Bedeutung beigemessen. Nach Erwägungsgrund 26 zur FKVO sollte der Marktbeherrschungstest der "im Allgemeinen" anzuwendende Maßstab bleiben, während der SIEC-Test nach Erwägungsgrund 25 "ausschließlich" auf die Erfassung unilateraler Effekte im Oligopol beschränkt sein sollte. Die Kommission hat in Tz. 4 ihrer Horizontalleitlinien von 2004 dementsprechend die Erwartung geäußert, dass der Marktbeherrschungstest auch in Zukunft dominieren werde. Doch hat sie sich in ihrer jüngeren Praxis zunehmend vom Marktbeherrschungstest gelöst.²⁹⁾ Diese Entwicklung zu einem stärker wirkungsorientierten Ansatz ist bereits in den Horizontalleitlinien angelegt; sie wird naturgemäß noch deutlicher in den Nichthorizontalleitlinien von 2008.³⁰⁾ In der Kommissionspraxis dürften sich strukturorientierte und wirkungsorientierte Analyse im Ergebnis derzeit zwar noch annähernd die Waage halten.³¹⁾ Doch geht die Entwicklung klar in Richtung einer auf die SIEC-Formel abstellenden, wirkungsorientierten Rechtsanwendung.

Wenn in der deutschen Literatur und in der Regierungsbegründung die Behauptung aufgestellt wird, das Regelbeispiel der Marktbeherrschung sei auch in der europäischen Praxis der Hauptanwendungsfall des SIEC-Tests und werde in der Praxis dominant bleiben,³²⁾ so erscheint dies mithin zweifelhaft, auch wenn eine eingehende empirische Analyse bisher fehlt. Mittel- oder langfristige wird sich die deutsche Praxis dem Sog der Unionspraxis nicht entziehen können.³³⁾

III. Verhältnis der SIEC-Formel zum Regelbeispiel, insbesondere: Erheblichkeitskriterium

Ausweislich der Regierungsbegründung stellt die "Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung [...] stets eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs dar (Marktbeherrschung als Regelbeispiel)".³⁴⁾ Das OLG Düsseldorf ist dem [WuW 2014 S. 254]jüngst in einem obiter dictum gefolgt.³⁵⁾ Kühnen hat die Gesetzesbegründung in diesem Punkt dagegen als unzutreffend kritisiert.³⁶⁾ Auch die Monopolkommission ist einem solchen Automatismus entgegengetreten.³⁷⁾ Zu Recht, denn ein Regelbeispiel ist seiner Natur nach weder abschließend noch zwingend. Seine Erfüllung führt eben nur "in aller Regel" und nicht "stets" dazu, dass auch der Grundtatbestand vorliegt.³⁸⁾

Die Diskussion über das Verhältnis von Grundtatbestand und Regelbeispiel ist kein rein begrifflicher Disput. Dahinter steht die praktisch wichtige Frage, ob mit dem SIEC-Test ein auch für das Regelbeispiel der Marktbeherrschung geltendes Spürbarkeitskriterium in [§ 36 Abs. 1 S. 1 GWB](#) eingeführt worden ist.³⁹⁾ Art. 2 FKVO beinhaltet nämlich seit jeher ein Erheblichkeitskriterium, das mit der SIEC-Formel nunmehr auch im Wortlaut des [§ 36 Abs. 1 S. 1 GWB](#) verankert wurde. Davon ausgehend gibt es in der europäischen Fusionskontrolle ein Spürbarkeitserfordernis,⁴⁰⁾ das die deutsche Fusionskontrolle bisher nicht kannte.⁴¹⁾ Mit Blick auf das GWB seit der 8. Novelle ist zwischen drei Situationen zu unterscheiden: Für Fälle außerhalb des Marktbeherrschungstests ist das Erheblichkeitskriterium unstrittig relevant. Es unterstreicht jedenfalls, dass außerhalb der Reichweite des Marktbeherrschungstests liegende Wettbewerbsbeschränkungen nur dann eine Untersagung rechtfertigen können, wenn ihre Intensität mindestens ebenso erheblich ist wie bei Erfüllung des Marktbeherrschungstests. Die Erheblichkeitsschwelle kompensiert dadurch partiell die Weite der SIEC-Formel und beugt einem Ausufern der Untersagungsbefugnisse vor.⁴²⁾ Andererseits ist kaum ein Fall denkbar, in dem die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung durch einen Zusammenschluss nicht zugleich zu einer erheblichen Wettbewerbsbehinderung führen würde. Das gilt jedenfalls, wenn man dabei nicht auf rein quantitative Kriterien abstellt und bei sehr großen Marktanteilen automatisch eine Marktbeherrschung annimmt, sondern - der Praxis sowohl der Kommission als auch des BKartA entsprechend⁴³⁾ - eine wettbewerbliche Gesamtschau vornimmt. Führt diese zur Annahme der Begründung einer marktbeherrschenden Stellung, so ist das Erheblichkeitskriterium zwar einschlägig, aber in aller Regel auch erfüllt.⁴⁴⁾

Als für die Praxis problematisch erweist sich damit letztlich nur die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. Insoweit weichen deutsche und europäische Praxis voneinander ab, wenn man auf die quantitative Spürbarkeit abstellt. So hat die Kommission im Fall *Deutsche Post/DHL* einen Marktanteilszuwachs von weniger als 5 % bei einem bereits vorher bestehenden Marktanteil von rund 75 % bzw. 50 % für unerheblich erachtet.⁴⁵⁾ Im deutschen Fall *Linde/Lansing* wurde demgegenüber die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung schon bei einem Marktanteilszuwachs von nur 0,5 % bei einem Marktanteil von 40 % bis 50 % vor dem Zusammenschluss bejaht.⁴⁶⁾ Der Regie[WuW 2014 S. 255]rungsbegründung zur 8. GWB-Novelle, die auf die Fortgeltung der deutschen Rechtsprechung "etwa zur Frage, wann eine marktbeherrschende Stellung durch einen Zusammenschluss verstärkt wird" verweist,⁴⁷⁾ wird entnommen, dass die wesentlich strengere deutsche Praxis beibehalten werden könne.⁴⁸⁾ Dies ist allerdings weder mit dem ebenfalls betonten Harmonisierungsziel noch mit der Normsystematik des [§ 36 Abs. 1 S. 1 GWB](#) zu vereinbaren, der eben nicht zwei unabhängige Fallgruppen (SIEC und Marktbeherrschung) enthält, sondern den SIEC-Test als übergeordneten Grundtatbestand und den Marktbeherrschungstest nur als Regelbeispiel.⁴⁹⁾ Für das Regelbeispiel eine Ausnahme zu machen und jede noch so geringe Verstärkung automatisch als erheblich zu qualifizieren, würde das Erheblichkeitskriterium ad absurdum führen und damit auch außerhalb des Marktbeherrschungstests zu genau der uferlosen Weite des Untersagungstatbestandes führen, die es nach seinem Sinn und Zweck vermeiden soll.

Bejaht man die Relevanz der Erheblichkeitsschwelle, so stellt sich die Frage nach deren Höhe, die letztlich durch die deutsche Rechtsprechung geklärt werden muss.⁵⁰⁾ Die skizzierten Unterschiede relativieren sich, wenn man nicht bei einer rein quantitativen Bemessung stehen bleibt, sondern das Kriterium auch und in erster Linie qualitativ ausfüllt.⁵¹⁾ Minimale Marktanteilserhöhungen reichen nämlich auch nach der Praxis des BKartA für sich genommen nicht aus, um eine untersagungs begründende Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zu begründen. Es müssen - ebenso wie nach europäischem

Recht⁵²⁾ - weitere qualitative Faktoren hinzukommen.⁵³⁾ Außerdem hat das BKartA in seinem aktuellen Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle - im Einklang mit der Entscheidung *Haller Tageblatt* des BGH⁵⁴⁾ - betont, durch den Zusammenschluss müsse jedenfalls eine "konkrete" Verschlechterung der Wettbewerbsverhältnisse eintreten.⁵⁵⁾ Die deutsche Praxis hat sich mithin bereits vor Einführung des SIEC-Tests an die europäische angenähert.⁵⁶⁾ Für die Zukunft gilt: Je geringer die quantitative Verstärkung ist, desto höher sind die Anforderungen an Begründung und Nachweis der qualitativen Aspekte. Die Annahme der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung setzt in Zukunft grundsätzlich auch in Deutschland einen erheblichen Marktanteilszuwachs voraus.⁵⁷⁾ Allerdings kann auf einem hochkonzentrierten Markt auch nach der EU-Praxis bereits eine sehr geringe quantitative Verstärkung der Position des marktbeherrschenden Unternehmens relevant werden, weil der Restwettbewerb als besonders schützenswert angesehen wird.⁵⁸⁾ Berücksichtigt man dies, so besteht auch in Zukunft Raum für einen "sliding scale"-Ansatz.⁵⁹⁾

IV. Anerkennung einer "Effizienzverteidigung" durch Einführung des SIEC-Tests?

Im Zuge der Übernahme des SIEC-Tests in das GWB wird ferner die Frage diskutiert, ob damit - entgegen der bisherigen Praxis des BKartA⁶⁰⁾ - auch die europäische Effizienzverteidigung Einzug in das deutsche Recht gehalten hat. Dahinter stehen die drei Annah[WuW 2014 S. 256]men, die sich bei genauerer Betrachtung als unzutreffend oder jedenfalls ungenau erweisen. Bereits die erste Annahme, die europäische FKVO würde eine "efficiency defense" anerkennen, ist zu undifferenziert.⁶¹⁾ Richtig ist, dass in der europäischen Fusionskontrolle regelmäßig eine Prüfung von zusammenschlussbedingten Effizienzvorteilen erfolgt.⁶²⁾ Allerdings handelt es sich dabei nicht um eine "defense", also einen Rechtfertigungsgrund, der eine erhebliche Wettbewerbsbehinderung kompensieren könnte, sondern nur um einen Ausgleichsfaktor, der im Rahmen der wettbewerblichen Analyse berücksichtigt wird.⁶³⁾ Zudem hat die Kommission dafür mit den Kriterien der Fusionspezifität, der Verbrauchervorteile und vor allem der Nachprüfbarkeit sehr hohe Anforderungen aufgestellt.⁶⁴⁾ Dies hat dazu geführt, dass auch fast ein Jahrzehnt nach Inkrafttreten der FKVO 139/2004 kein einziger Fall existiert, in dem die Effizienzvorteile den Ausschlag für die Freigabe eines Zusammenschlusses gegeben hätten.⁶⁵⁾ Schließlich macht die Kommission in ihren Horizontalleitlinien deutlich, dass sie den Begriff der Effizienzvorteile wettbewerbsbezogen versteht: Berücksichtigungsfähig sind danach nur Effizienzvorteile, die "geeignet sind, die Fähigkeit und den Anreiz des fusionierten Unternehmens zu verstärken, den Wettbewerb zum Vorteil für die Verbraucher zu beleben, wodurch den nachteiligen Wirkungen dieser Fusion auf den Wettbewerb entgegengewirkt werden kann".⁶⁶⁾ Zumindest ungenau ist auch die zweite Annahme, der in Art. 2 Abs. 2 und Abs. 3 FKVO normierte SIEC-Test sei der gesetzliche Anknüpfungspunkt für die Effizienzanalyse.⁶⁷⁾ Im Rahmen der FKVO-Novelle 2004 wurde heftig darüber gestritten, ob eine "efficiency defense" im Gesetzestext verankert werden sollte. Letztlich verzichtete man darauf. Die Berücksichtigung von Effizienzvorteilen wird nur in Erwägungsgrund 29 zur FKVO erwähnt. Die Kommission zieht ferner die (schon vor der Revision 2004 gleichlautend vorhandene) Fortschrittsklausel des Art. 2 Abs. 1 lit. b FKVO heran.⁶⁸⁾ Der SIEC-Test als solcher lässt zwar durch seine offene Formulierung in der Tat mehr Raum für eine Berücksichtigung von Effizienzvorteilen, d. h. er schließt sie nicht aus, aber er gebietet sie auch nicht.⁶⁹⁾

Schließlich enthalten weder der Text des neuen GWB noch die Regierungsbegründung irgendwelche Hinweise darauf, dass man beabsichtigt habe, zusammen mit dem SIEC-Test auch eine Effizienzverteidigung in das GWB einzuführen.⁷⁰⁾ Eine Erwägungsgrund 29

entsprechende Programmaussage fehlt ebenso wie eine "Fortschrittsklausel". Der SIEC-Test ist insoweit offen und die deutsche Praxis nicht an die Kommissionsleitlinien gebunden. In der Summe hat die Einführung des SIEC-Tests in das GWB mithin insoweit zu keiner signifikanten Veränderung der deutschen Rechtslage geführt.

V. Gesteigerte Rolle des "more economic approach" und der Konsumentenwohlfahrt?

Der SIEC-Test bietet einen einfacheren und flexibleren Ansatzpunkt für die Berücksichtigung ökonomischer und ökonomischer Erkenntnisse als der Marktbeherrschungstest.⁷¹⁾ Er erleichtert damit einen "more economic approach". Allerdings ist die Ökonomisierung der Fusionskontrolle Ausdruck einer Entwicklung, die unabhängig vom konkreten materiellen Prüfmaßstab stattfindet. Diese Entwicklung hat, angetrieben durch erhöhte Begründungsanforderungen der Unionsgerichte,⁷²⁾ auf EU-Ebene bereits unter Geltung des Marktbeherrschungstests eingesetzt. Die Einführung des SIEC-Tests in die FKVO war eher Folge als Grund dieser Entwicklung. Auch das BKartA hat sich bereits vor der 8. GWB-Novelle einer verstärkten ökonomischen Analyse zugewandt.⁷³⁾ Die Regierungsbegründung hebt dies hervor und unterstreicht zu Recht, dass der mit der Ökonomisierung einhergehende Aufwand letztlich von der Einführung des SIEC-Tests unabhängig sei.⁷⁴⁾

Mit Blick auf die künftige Praxis des BKartA ist schließlich die Frage aufgeworfen, ob mit Einführung des SIEC-Tests auch eine Änderung des wettbewerbspolitischen Leitbildes verbunden ist. Die EU-Kommission neigt unverkennbar dem Konsumentenwohlfahrtsansatz zu,⁷⁵⁾ während das BKartA daran festhält, dass die Fusionskontrolle dem Zweck diene, den Wettbewerb als funktionsfähigen Prozess zu schützen.⁷⁶⁾ Dies kann auch in Zukunft so bleiben. Die einseitige Fokussierung der Kommission auf die Konsumentenwohlfahrt wird nicht nur in der Literatur heftig kritisiert,⁷⁷⁾ auch der EuGH hat einer politisch motivierten Neuausrichtung allein auf die Konsumentenwohlfahrt zu Recht mehrfach eine klare Absage erteilt.⁷⁸⁾ Für eine "Neuausrichtung" der deutschen Fusionskontrolle am wettbewerbspolitischen Leitbild der Konsumentenwohlfahrt fehlt also nicht nur jeglicher Ansatzpunkt in der 8. GWB-Novelle.⁷⁹⁾ Sie ist auch unionsrechtlich nicht geboten.⁸⁰⁾

VI. Volle gerichtliche Nachprüfbarkeit oder behördlicher Beurteilungsspielraum?

Nach deutschem Recht unterliegen Beschlüsse des BKartA auf dem Gebiet der Fusionskontrolle der vollständigen gerichtlichen Überprüfung. Gerichtsfreie Beurteilungsspielräume gibt es nicht.⁸¹⁾ Auf europäischer Ebene ist demgegenüber anerkannt, dass ein gerichtsfreier Beurteilungsspielraum der Kommission existiert. Insbesondere ist es nicht Sache der Unionsgerichte, in Bezug auf komplexe wirtschaftliche Sachverhalte ihre wirtschaftliche Beurteilung an die Stelle derjenigen der Kommission zu setzen.⁸²⁾ Die Intensität der gerichtlichen Nachprüfung war in den letzten Jahren allerdings erheblichen Schwankungen ausgesetzt.⁸³⁾ Den aktuellen Stand markiert die *Impala*-Entscheidung des Gerichtshofs aus dem Jahre 2008. In dieser Entscheidung unterstrich der Gerichtshof den der Kommission zustehenden Beurteilungsspielraum und betonte, dass sich die Kontrolle durch den Unionsrichter auf die Nachprüfung der materiellen Richtigkeit des Sachverhalts und auf offensichtliche Beurteilungsfehler beschränke. Das Gericht dürfe daher nicht seine eigene wirtschaftliche Beurteilung an die Stelle derjenigen der Kommission [WuW 2014 S. 258]setzen, "doch bedeutet dies nicht, dass der Gemeinschaftsrichter eine Kontrolle der rechtlichen Einordnung von Wirtschaftsdaten durch die Kommission

unterlassen muss. Der Gemeinschaftsrichter muss nämlich nicht nur die sachliche Richtigkeit der angeführten Beweise, ihre Zuverlässigkeit und ihre Kohärenz prüfen, sondern auch kontrollieren, ob diese Beweise alle relevanten Daten darstellen, die bei der Beurteilung einer komplexen Situation heranzuziehen waren, und ob sie die aus ihnen gezogenen Schlüsse zu stützen vermögen".⁸⁴⁾ Die Anerkennung gerichtsfreier Beurteilungsspielräume ist mithin auch auf der Unionsebene begrenzt. Der für die Unionsgerichte geltende Standard bleibt insgesamt eher diffus.

Die Regierungsbegründung zur 8. GWB-Novelle unterstreicht im Einklang mit der bisherigen Rechtslage, dass Anwendung und Auslegung des neuen Untersagungskriteriums, das der europäischen Fusionskontrolle angeglichen sei, der vollständigen Nachprüfung durch die deutschen Gerichte unterliege.⁸⁵⁾ Die insoweit einschlägigen [§§ 70](#) und [71 GWB](#) wurden nicht geändert, und allein aus der Modifikation des materiellen Prüfmaßstabes des [§ 36 GWB](#) kann keine Einschränkung der gerichtlichen Prüfkompetenzen abgeleitet werden.⁸⁶⁾ Eine Verpflichtung zur Übernahme europäischer Maßstäbe besteht nach dem oben Gesagten ebenfalls nicht.⁸⁷⁾ Schließlich würde eine abweichende nationale gerichtliche Kontrolldichte auch der vom Gesetzgeber durchaus angestrebten Harmonisierung der materiellen Maßstäbe nicht im Wege stehen.⁸⁸⁾ Dem BKartA kommt demnach auch in Zukunft kein gerichtsfreier Beurteilungsspielraum in Bezug auf die Bewertung komplexer wirtschaftlicher Sachverhalte zu.

Die deutschen Gerichte können auch das erforderliche Beweismaß eigenständig nach Maßgabe des nationalen Rechts bestimmen.⁸⁹⁾ Eine formelle Bindung der deutschen Praxis an die Rechtsprechung des EuGH besteht nicht, und auch in sachlicher Hinsicht ist die EU-Judikatur angesichts ihrer Wechselhaftigkeit und mangelnden Eindeutigkeit kein Vorbild.⁹⁰⁾ Dies schließt es selbstverständlich nicht aus, auch insoweit eine weitgehende Entscheidungsharmonie anzustreben und die Einführung des SIEC-Tests bzw. die zunehmende Ökonomisierung zum Anlass für eine Überprüfung tradierter Maßstäbe zu nehmen. Schon vor Einführung des SIEC-Tests ins GWB deutet sich insoweit eine Annäherung an, als der BGH in der Entscheidung *Haller Tageblatt* in Bezug auf die Wettbewerbsbehinderung eine Wahrscheinlichkeit aufgrund konkreter Umstände verlangt hat.⁹¹⁾ Aus der Einführung des SIEC-Tests eine Pflicht zur Übernahme des europäischen Maßstabes der "eindeutigen Beweise" (convincing evidence) abzuleiten,⁹²⁾ dürfte aber zu weit gehen. Dies gilt umso mehr als die Unionsgerichte selbst von diesem in der *Airtours*-Entscheidung begründeten Maßstab⁹³⁾ in der Rechtssache *Impala* wieder ein Stück weit abgerückt sind. Das EuG hat darin betont, das Vorliegen der *Airtours*-Kriterien könne auch "mittelbar durch eine Reihe von unter Umständen sogar sehr heterogenen Indizien und Beweisen nachgewiesen werden".⁹⁴⁾[WuW 2014 S. 259]

VII. Komplikation der gerichtlichen Kontrolle durch den SIEC-Test?

Der Befund, dass es den deutschen Gerichten in den Grenzen der deutschen Rechtsordnung freisteht, Kontrolldichte und Beweismaß autonom vom europäischen Recht zu bestimmen, hat auch eine Schattenseite. So ist darauf hingewiesen worden, dass der allein mit Juristen besetzten Gerichtsbarkeit eine dem BKartA vergleichbare ökonomische Expertise fehle. Es sei infolge der Einführung des SIEC-Tests aber damit zu rechnen, dass zunehmend ökonomische Privatgutachten der Zusammenschlussbeteiligten oder ihrer Wettbewerber in Gerichtsverfahren eingebracht würden, welche die Gerichte regelmäßig wiederum nur mithilfe weiterer Gutachter sachgerecht würdigen könnten, so dass es insgesamt zu einer signifikanten Verlängerung der Verfahrensdauer und - entgegen der Intention des Gesetzgebers - eben doch zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit kommen werde.⁹⁵⁾

Wie bereits oben festgestellt wurde, ist die steigende ökonomische Komplexität von Fusionskontrollverfahren letztlich nicht Folge der Einführung des SIEC-Tests, sondern der schon vorher einsetzenden Ökonomisierung der Fusionskontrolle. Ein more economic approach dürfte weniger Probleme bereiten, soweit es um die Bewertung von Zusammenschlüssen am Maßstab des Marktbeherrschungstests geht. Insoweit bestehen umfangreiche Erfahrungen, und ausweislich der Regierungsbegründung wurden die Vermutungstatbestände des § 18 Abs. 4 und Abs. 6 GWB gerade auch mit Blick auf eine Erleichterung der behördlichen Fusionskontrolle beibehalten.⁹⁶⁾ BKartA und Monopolkommission rechnen damit, dass auch den Gerichten ihre Aufgabe dadurch maßgeblich erleichtert werde. Die Vermutungen ermöglichten den Gerichten komplexe wirtschaftliche Sachverhalte mit einer praktikablen Kontrolldichte zu überprüfen, was im Ergebnis der Anerkennung eines Einschätzungsspielraums der Kommission im Unionsrecht vergleichbar sei.⁹⁷⁾ Allerdings ist die Reichweite der Vermutungen begrenzt: Sie betreffen nur die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung und erfassen daher weder Verstärkungsfälle noch Fälle, die unmittelbar nach der SIEC-Formel entschieden werden müssen.⁹⁸⁾ Sie geben insbesondere auch keinen Aufschluss über die Ausfüllung des Erheblichkeitskriteriums. Last, but not least erscheint die Ableitung einer Marktbeherrschungsvermutung (§ 18 Abs. 4) oder gar einer eingeschränkten Beweislastumkehr (§ 18 Abs. 6) wettbewerbspolitisch zweifelhaft. Sie steht im Widerspruch zu einem more economic approach, der nicht nur auf Marktanteile, sondern auf konkrete Auswirkungen des Zusammenschlusses abstellt und für den sich der BGH in der *E.ON/Eschwege*-Entscheidung im Grundsatz den europäischen *Airtours*-Test zu Eigen gemacht hat.⁹⁹⁾

Einer über die Vermutungsregelungen hinausgehenden allgemeinen Absenkung der Kontrolldichte oder des Beweismaßes in gerichtlichen Fusionskontrollverfahren werden durch den nach [§ 70 GWB](#) geltenden Amtsermittlungsgrundsatz und letztlich durch die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG Grenzen gesetzt; jedenfalls verbietet sich eine allgemeine Beweislastumkehr zu Lasten der Unternehmen allein aufgrund der ökonomischen Komplexität der Sachverhalte.¹⁰⁰⁾ Allerdings folgt weder aus [§ 70 GWB](#) noch aus Art. 19 Abs. 4 GG, dass das Beschwerdegericht den Sachverhalt erneut oder sogar erstmalig in vollem Umfang selbst ausermitteln müsste. Das Gericht ist zu einer umfassenden Nachprüfung befugt, aber nicht notwendig in gleichem Maße dazu verpflichtet. Eine Aufklärungs- und Ermittlungspflicht besteht nach der BGH-Rechtsprechung nur soweit "[WuW 2014 S. 260]der Vortrag der Beteiligten oder der Sachverhalt als solcher bei sorgfältiger Überlegung der sich aufdrängenden Gestaltungsmöglichkeiten dazu Anlass gibt".¹⁰¹⁾ Dabei hat das Gericht die Möglichkeit, ergänzende Sachverhaltsermittlungen von der Kartellbehörde durchführen zu lassen.¹⁰²⁾ In besonders gelagerten Fällen kann es die kartellbehördliche Verfügung sogar aufheben, um der Kartellbehörde eine Nachholung der Ermittlungen zu ermöglichen.¹⁰³⁾

Stellen Zusammenschlussbeteiligte oder Wettbewerber die ökonomischen Grundlagen eines Kartellamtsbeschlusses durch Privatgutachten in Frage, so wird das Gericht also abwägen müssen, ob die behördlichen Feststellungen dadurch ernsthaften Zweifeln ausgesetzt sind. Solche Zweifel können Privatgutachten - zumal sie nur einen Teil des Parteivortrags darstellen - nur begründen, wenn sie für die Richter, also für Juristen, verständlich und nachvollziehbar sind. Bestehen keine ernsthaften Zweifel, so trifft das Beschwerdegericht auch keine Verpflichtung, selbst weitere Sachverständigengutachten einzuholen. Umgekehrt können Parteigutachten natürlich auch gerade aufgrund ihrer Qualität und Überzeugungskraft die Einholung von Sachverständigengutachten überflüssig machen und dem Gericht dadurch seine Arbeit erleichtern.¹⁰⁴⁾ Schließlich kann das Gericht, wenn es sich selbst für hinreichend

sachkundig hält, auf die Anhörung von Sachverständigen verzichten, und sich u. a. auf allgemein anerkannte - auch ökonomische - Erfahrungssätze stützen,¹⁰⁵⁾ deren Einschlägigkeit allerdings, wie der BGH jüngst in der Entscheidung *Haller Tageblatt* unterstrichen hat, durch konkrete Anhaltspunkte unterfüttert werden muss.¹⁰⁶⁾ Im Verzicht auf Sachverständigengutachten liegt nach der Rechtsprechung des BGH schließlich nur dann ein Verfahrensverstöß, wenn die Begründung der angefochtenen Entscheidung auf mangelnde Sachkunde schließen lässt.¹⁰⁷⁾

Ließe man insoweit in Bezug auf die Bewertung ökonomischer Feststellungen des BKartA durch die Gerichte grundsätzlich eine Art "Plausibilitätskontrolle" ausreichen, so läge einerseits nahe, zu vermuten, dass Richter eines Kartellsenats, auch wenn sie keine Ökonomen sind, über für diese Bewertung hinreichende ökonomische Grundkenntnisse verfügen. Andererseits würde sich die Kontrolldichte damit im Ergebnis stark dem europäischen Maß annähern. Die Alternative, eine letztlich in erster Linie juristische Entscheidung de facto in die Hände ökonomischer Gutachter zu legen, wäre unter dem Gesichtspunkt der verfassungsrechtlichen Rechtsweggarantie jedenfalls sicher nicht weniger bedenklich.

Informationen zu den Autoren

Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Kartellrecht, Versicherungs-, Gesellschafts- und Regulierungsrecht und Direktor des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Georg-August-Universität Göttingen. Der Beitrag basiert auf einem am 7.11.2013 auf der 42. Brüsseler Informationstagung des FIW gehaltenen Vortrag, der in erweiterter Fassung auch in den FIW-Schwerpunkten des Kartellrechts 2013 dokumentiert ist.

Fußnoten:

- 1) Dazu u. a. auch *Bardong*, in: Bien, Das deutsche Kartellrecht nach der 8. GWB-Novelle, 2013, S. 11; *ders.*, NZKart 2013, 303; *Esser/Höft*, NZKart 2013, 447; *Weitbrecht/Willems*, ZWeR 2013, 365.
- 2) Begr RegE, BT-Drucks. 17/9852, S. 19.
- 3) Begr RegE, BT-Drucks. 17/9852, S. 19, 28.
- 4) Begr RegE, BT-Drucks. 17/9852, S. 28.
- 5) S. Begr RegE, BT-Drucks. 17/9852, S. 23.
- 6) Begr RegE, BT-Drucks. 17/9852, S. 28.
- 7) So zu Recht *Bardong* (Fn. 1), S. 11, 30 ff.; vgl. auch Monopolkommission, SG 63, Tz. 15.
- 8) Begr RegE, BT-Drucks. 17/9852, S. 19, 28.
- 9) So auch *Bardong* (Fn. 1), S. 11, 32 f.; *ders.*, NZKart 2013, 303, 304; *Barth/Budde*, BB 2011, 1923, 1924.
- 10) Vgl. ausf. *Thomas*, EuR 2009, 423, 426 ff.; *Körber*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, Einl. FKVO Rn. 76; s. auch EuGH, Urt. v. 18.7.2013, Rs. C-501/11 P, NZKart 2013, 334 Tz. 66 ff. = [WuW/E EU-R 2793](#) - *Schindler*.
- 11) Dies hatte der nicht Gesetz gewordene [§ 23 GWB-RegE](#) 7. GWB-Novelle (allerdings nur für Kartellverbot und Missbrauchsaufsicht) vorgesehen, s. BT-Drucks. 15/3640, S. 9.
- 12) So auch *Bardong* (Fn. 1), S. 11, 33; a. A. *Schroeder*, [WuW 2011, 1216, 1219](#).

- 13) Ebenso *de Crozals/Hartog*, EWS 2004, 534, 538; weitergehend *Baron*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, 11. Aufl. 2011, Art. 2 FKVO Rn. 55 ("praktisch die gleiche Wirkung wie Normen"); i. S. einer Quasi-Bindung auch *Kühnen*, [WuW 2012, 458, 462](#).
- 14) So auch *Bardong* (Fn. 1), S. 11, 44.
- 15) Dazu ausf. *Bardong* (Fn. 1), S. 11, 44 ff.; *ders.*, NZKart 2013, 303, 304; *Barth/Budde*, BB 2011, 1923, 1924 ff.
- 16) EuGH, Urt. v. 11.12.2007, Rs. C-280/06, Slg. 2007, I-10893 Tz. 21 f. m. w. N. = [WuW/E EU-R 1353](#) - *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato/ETI u.a.*
- 17) EuGH, Urt. v. 28.3.1995, Rs. C-346/93, Slg. 1995, I-615 Tz. 16, 22 f - *Kleinwort Benson/City of Glasgow District Council*.
- 18) So auch BKartA, Stellungnahme zum RefE zur 8. GWB-Novelle vom 30.11.2011, S. 4 f.; *Bardong*, NZKart 2013, 303, 304; *ders.* (Fn. 1), S. 11, 44 ff., 50 ff.; *Immenga*, EuZW 2013, 761, 762; *Weitbrecht/Willems*, ZWeR 2013, 365, 372; a. A. *Keßler*, WRP 2013, 1116, 1118 unter Berufung auf *Säcker*, [WuW 2010, 370, 374](#) (der allerdings vom hypothetischen Szenario einer Vollharmonisierung ausgeht); *Esser/Höft*, NZKart 2013, 447, 457.
- 19) BKartA, Stellungnahme zum RefE zur 8. GWB-Novelle, S. 1 f., 4 f.
- 20) Differenzierend *Barth/Budde*, BB 2011, 1923, 1925: keine Vorlagepflicht, aber mangels Klarstellung Vorlagemöglichkeit.
- 21) Begr RegE, BT-Drucks. 17/9852, S. 28; insoweit eine Lücke bejahend etwa *Säcker*, [WuW 2010, 370, 372](#); ablehnend *Kühnen*, [WuW 2012, 458, 459 ff.](#); *Bechtold*, GWB, 7. Aufl. 2013, § 36 Rn. 3, 31 ff.
- 22) Begr RegE, BT-Drucks. 17/9852, S. 28; zweifelnd *Kühnen*, [WuW 2012, 458, 462](#).
- 23) Hierzu etwa *Schroeder*, [WuW 2011, 1216, 1220](#); *Bardong*, in: FIW, Schwerpunkte des Kartellrechts 2011, 2012, S. 69, 103; *Esser*, NZKart 2013, 135; s. auch BKartA, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle vom 29.3.2012, Tz. 129 ff.
- 24) Dazu bereits *Körber*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Fn.10), Art. 2 FKVO Rn. 444; bezogen auf [§ 36 GWB](#) *Esser/Höft*, NZKart 2013, 447, 448 ff.
- 25) Vgl. Monopolkommission, SG 63, Tz. 23 ff.
- 26) So schon *Säcker*, [WuW 2010, 370, 373](#); *Bardong* (Fn. 1), S. 11, 28 f.; *Zimmer* [WuW 2013, 928](#); *Esser*, NZKart 2013, 135.
- 27) Vgl. US Horizontal Merger Guidelines 2010, S. 21.
- 28) Vgl. dazu auch BKartA, Leitfaden Marktbeherrschung (Fn. 23), Tz. 37, 42.
- 29) *Baron*, in: Langen/Bunte (Fn. 13), Art. 2 FKVO Rn. 141; *Rosenthal/Thomas*, European Merger Control, 2010, S. 87 f., Rn. 5 ff.; *Kellerbauer*, in: Mäsch, PK-KartellR, 2010, Art. 2 FKVO Rn. 22.
- 30) Nichthorizontalleitlinien, ABl. 2008 C 265/6; kritisch dazu *Körber*, [WuW 2008, 522, 523](#).
- 31) Dazu m. w. N. *Baron*, in: Langen/Bunte (Fn. 13), Art. 2 FKVO Rn. 144 sowie *Körber*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Fn. 10), Art. 2 FKVO Rn. 197.
- 32) Begr RegE, BT-Drucks. 17/9852, S. 28; *Kühnen*, [WuW 2012, 458, 461](#); jedenfalls für Phase II-Fälle auch Monopolkommission, SG 63, Tz. 19; a. A. *Säcker*, [WuW 2010, 370, 373](#); *Ritter/Käseberg*, [WuW 2012, 661, 664 f.](#)
- 33) So auch *Lettl*, [WuW 2013, 706, 712](#); *Esser/Höft*, NZKart 2013, 447, 448.
- 34) Begr RegE, BT-Drucks. 17/9852, S. 28 (Hervorhebung durch den Verfasser).
- 35) OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.8.2013, VI-Kart 1/12 (V), NZKart 2013, 465, 469 - *Signalmarkt* m. Anm. *Körber*, NZKart 2013, 458.
- 36) *Kühnen*, [WuW 2012, 458, 464](#).
- 37) Vgl. vorsichtig Monopolkommission, SG 63, Tz. 27.
- 38) So auch Komm., Horizontalleitlinien, ABl. 2004 C 31/5, Tz. 25 "im Allgemeinen"; a. A. (bezogen auf Art. 2 FKVO) *Lettl*, WRP 2013, 274, 278 f. sowie bezogen auf [§ 36 GWB](#)

- Bardong* (Fn. 1), S. 11, 30.
- 39) Für die Anwendbarkeit des Erheblichkeitskriteriums etwa *Bechtold*, NZKart 2013, 263, 266; *Esser/Höft*, NZKart 2013, 447, 453; perspektivisch bereits *Säcker*, [WuW 2004, 1039, 1040](#); dagegen *Lettl*, WRP 2013, 274, 278 ff.; *Weitbrecht/Willems*, ZWeR 2013, 365, 376 ff.; grds. auch *Bardong* (Fn. 1), S. 11, 28 und 37; *ders.*, NZKart 2013, 303.
- 40) Kommission, Horizontalleitlinien, ABl. 2004 C 31/5, Tz. 8; ebenso Nichthorizontalleitlinien, ABl. 2008 C 265/6, Tz. 10 (wobei in der deutschen Fassung das Wort "spürbar" aufgrund eines Übersetzungsfehlers fehlt).
- 41) BKartA, Leitfaden Marktbeherrschung (Fn. 23), Tz. 15; s. auch *Barth/Budde*, BB 2011, 1859, 1864.
- 42) Vgl. *Körber*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 10), Art. 2 FKVO Rn. 203 ff.; ebenso *Lettl*, WRP 2012, 274, 280; *Bosch/Fritzsche*, NJW 2013, 2225, 2227.
- 43) Vgl. etwa Komm., Entsch. v. 7.10.2011, COMP/M.6281 Tz. 109 ff. - *Microsoft/Skype*; Komm., Entsch. v. 17.12.2008, COMP/M.5046, WuW/E EU-V 1419 - *Friesland Foods/Campina*; BKartA, Leitfaden Marktbeherrschung (Fn. 23), Tz. 27, 32.
- 44) Ebenso *Bechtold*, GWB (Fn. 21), § 36 Rn. 23.
- 45) Komm., Entsch. v. 26.6.1998, M.1168 Tz. 25 = [WuW/E EU-V 159](#) - *DHL/Deutsche Post*.
- 46) KG, Beschl. v. 22.3.1990, Kart 6/89, WuW/E OLG 4537 - *Linde/Lansing*. Dieser Fall wird vom BKartA noch im aktuellen Leitfaden Marktbeherrschung (Fn. 23) in Bezug genommen, s. dort Tz. 15 und 31.
- 47) Begr RegE, BT-Drucks. 17/9852, S. 28.
- 48) *Bardong*, NZKart 2013, 303; *ders.* (Fn. 1), S. 11, 28 und 37.
- 49) Vgl. *Bechtold*, GWB (Fn. 21), § 36 Rn. 23, 33; *Esser/Höft*, NZKart 2013, 447, 453.
- 50) So auch *Barth/Budde*, BB 2011, 1859, 1865.
- 51) So zu Recht *Bardong*, NZKart 2013, 303, 304; *ders.* (Fn. 1), S. 11, 36 f. und (Fn. 23), S. 69, 79 ff.
- 52) Vgl. Horizontalleitlinien, ABl. 2004 C 31/5, Tz. 37 f.
- 53) So im KG, Beschl. v. 22. 3. 1990 (Fn. 46) - *Linde/Lansing*.
- 54) BGH, Beschl. v. 19.6.2012, KVR 15/11, NZKart 2013, 36 Tz. 18 = [WuW/E DE-R 3695](#) - *Haller Tageblatt*; dazu auch *Esser/Höft*, NZKart 2013, 447, 453.
- 55) BKartA, Leitfaden Marktbeherrschung (Fn. 23), Tz. 10 und 15.
- 56) Vgl. *Bardong*, NZKart 2013, 303, 304; *ders.* (Fn. 1), S. 11, 36 f. und (Fn. 23), S. 69, 79 ff. jeweils m. w. N.
- 57) Zur FKVO *Körber*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 10), Art. 2 FKVO Rn. 218; für [§ 36 GWB](#) ebenso *Esser/Höft*, NZKart 2013, 447, 454.
- 58) Vgl. Komm., Entsch. v. 19.7.1991, IV/M.68 Tz. 4 = WuW/E EV 1644 - *Tetra Pak/Alfa-Laval*; s. auch *Baron*, in: Langen/Bunte (Fn. 13), Art. 2 FKVO Rn. 170; *Körber*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 10), Art. 2 FKVO Rn. 218.
- 59) Vgl. *Bechtold*, GWB (Fn. 21), § 36 Rn. 23; *Bardong* (Fn. 1), S. 11, 34 ff.; a. A. *Esser/Höft*, NZKart 2013, 447, 453.
- 60) Dazu etwa BKartA, Leitfaden Marktbeherrschung (Fn. 23), Tz. 14 ff.; *Bardong* (Fn. 1), S. 11, 42.
- 61) A. A. wohl die Monopolkommission, SG 63, Tz. 16.
- 62) Im Einzelnen Horizontalleitlinien, ABl. 2004 C 31/5, Tz. 76 ff., auf welche die Nichthorizontalleitlinien verweisen.
- 63) Dazu *Körber*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 10), Art. 2 FKVO Rn. 521.
- 64) S. Horizontalleitlinien, ABl. 2004 C 31/5, Tz. 78 ff.
- 65) Dazu *Körber*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 10), Art. 2 FKVO Rn. 350 ff.; Monopolkommission, SG 63, Tz. 39 ff. jeweils m. w. N.
- 66) Horizontalleitlinien, ABl. 2004 C 31/5, Tz. 77; über die Verweisung in deren Tz. 21 und

- 52 gilt Gleiches im Anwendungsbereich der Nichthorizontalleitlinien, ABl. 2008 C 265/6.
- [67\)](#) Vgl. *Zimmer*, ZWeR 2004, 250, 261; *Esser/Höft*, NZKart 2013, 447, 455.
- [68\)](#) Horizontalleitlinien, ABl. 2004 C 31/5, Tz. 76.
- [69\)](#) So für das deutsche Recht auch Monopolkommission, SG 63, Tz. 16 und 29 ff.; a. A. *Esser/Höft*, NZKart 2013, 447, 455.
- [70\)](#) Dazu auch *Bardong* (Fn. 1), S. 11, 43; *ders.*, NZKart 2013, 303, 304; Monopolkommission, SG 63, Tz. 31.
- [71\)](#) So auch Monopolkommission, SG 63, Tz. 18.
- [72\)](#) *Ritter/Käseberg*, [WuW 2012, 661, 665](#).
- [73\)](#) Z. B. BKartA, Beschl. v. 8.7.2008, B5-84/08, WuW/E DE-V 1669 - *Stihl/Zama*; BKartA, Leitfaden Marktbeherrschung (Fn. 23), insbesondere Tz. 129 ff. hierzu auch m. w. N. *Bardong* (Fn. 1), S. 11, 17 ff.
- [74\)](#) Begr RegE, BT-Drucks. 17/9852, S. 19, 28; ebenso BKartA Stellungnahme zum RefE zur 8. GWB-Novelle, S. 3.
- [75\)](#) S. z. B. Horizontalleitlinien, ABl. 2004 C 31/5, z. B. Tz. 8, 76; Nichthorizontalleitlinien, ABl. 2008 C 265/6, z. B. Tz. 10, 15 f., 18, 29, 31, 52 f.
- [76\)](#) So explizit BKartA, Leitfaden Marktbeherrschung (Fn. 23), insbes. Tz. 6 und 10.
- [77\)](#) *Immenga*, ZWeR 2006, 346; *Ruppelt*, [WuW 2007, 219](#); *Basedow*, [WuW 2007, 712](#); *Körber*, ZWeR 2007, 515, 523 f.
- [78\)](#) EuGH, Urt. v. 4.6.2009, Rs. C-8/08, Slg. 2009, I-4529 Tz. 36 ff. = WuW/E EU-R 1589 - *T-Mobile Netherlands*; ähnlich schon EuGH, Urt. v. 15.3.2007, Rs. C-95/04 P, Slg. 2007, I-2331 Tz. 106, 200 = [WuW/E EU-R 1259](#) - *British Airways*; zu dieser Entscheidung auch *Zimmer*, [WuW 2007, 1198, 1204 ff.](#)
- [79\)](#) So auch *Bardong* (Fn. 1), S. 11, 40.
- [80\)](#) Anders *Barth/Budde*, BB 2011, 1923, 1927, die more economic approach und Konsumentenwohlfahrtsansatz zu Unrecht für untrennbar verbunden halten.
- [81\)](#) Vgl. nur *Bechtold*, GWB (Fn. 21), § 71 Rn. 20; monographisch zu Beweisstandards und Kontrolldichte *Eißler*, *Economic Evidence*, 2010.
- [82\)](#) EuG, Urt. v. 3.4.2003, Rs. T-342/00, Slg. 2003, II-1161 Tz. 101 ff. = [WuW/E EU-R 663](#) - *Petrolescence*; eingehend zur Kontrolldichte *Frenz/Ehlens*, EuR 2010, 490, 493 ff.; kritisch *Böse*, in: FK, 74. Lfrg. 2011, Art. 16 FKVO Rn. 6.
- [83\)](#) Zu dieser Rechtsprechung und ihrer Fortentwicklung im Einzelnen *Körber*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Fn. 10), Art. 16 FKVO Rn. 84 ff.
- [84\)](#) EuGH, Urt. v. 10.7.2008, Rs. C-413/06 P, Slg. 2008, I-4951 Tz. 144 f. = WuW/E EU-R 1498 - *Bertelsmann und Sony/Impala*.
- [85\)](#) Begr RegE, BT-Drucks. 17/9852, S. 28.
- [86\)](#) Vgl. *Barth/Budde*, BB 2011, 1859 Fn. 112.
- [87\)](#) Tendenziell a. A. *Esser/Höft*, NZKart 2013, 447, 456.
- [88\)](#) So auch *Ritter/Käseberg*, [WuW 2012, 661, 665](#).
- [89\)](#) A. A. *Esser*, NZKart 2013, 135, 142; *Esser/Höft*, NZKart 2013, 447, 454 (Bindung an die Maßstäbe der EuGH-Rechtsprechung).
- [90\)](#) Vgl. dazu *Körber*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Fn. 10), Art. 16 FKVO Rn. 87.
- [91\)](#) BGH, Beschl. v. 19.6.2012 (Fn. 54), Tz. 18 - *Haller Tageblatt*.
- [92\)](#) So *Esser/Höft*, NZKart 2013, 447, 454.
- [93\)](#) EuG, Urt. v. 6.6.2002, Rs. T-342/99, Slg. 2000, II-2585 Tz. 63 = [WuW/E EU-R 559](#) - *Airtours*; ebenso EuGH, Urt. v. 15.2.2005, Rs. C-12/03 P, Slg. 2005, I-987 Tz. 41 = [WuW/E EU-R 875](#) - *Tetra Laval*.
- [94\)](#) EuG, Urt. v. 13.7.2006, Rs. T-464/04, Slg. 2006, II-2289 Tz. 252 = WuW/E EU-R 1091 - *Impala (Sony-BMG)*; insoweit ähnlich dann auch EuGH, Urt. v. 10.7.2008, Rs. C-413/06 P, Slg. 2008, I-4951 Tz. 45 ff. = WuW/E EU-R 1498 - *Bertelsmann und Sony/Impala*.

- [95\)](#) So *Kühnen*, [WuW 2012, 458, 464 ff.](#)
- [96\)](#) Begr RegE, BT-Drucks. 17/9852, S. 20 mit Verweis auf OLG Düsseldorf, Beschl. v. 3.12.2008, VI Kart 7/06 (V), [WuW/E DE-R 2594 Rn. 44.](#)
- [97\)](#) Stellungnahme des BKartA zum RefE zur 8. GWB-Novelle, S. 4; ebenso Monopolkommission, SG 65, Tz. 53 und *Bardong*, NZKart 2013, 303, 306.
- [98\)](#) *Bechtold*, GWB (Fn. 21), § 18 Rn. 72.
- [99\)](#) BGH, Beschl. v. 11.11.2008, KVR 60/07, [WuW DE-R 2451 Tz. 39 ff.](#) - *E.ON/Stadtwerke Eschwege*.
- [100\)](#) So zu Recht *Kühnen*, [WuW 2012, 458, 466.](#)
- [101\)](#) BGH, Beschl. v. 27.2.1969, KVR 5/68, [WuW/E BGH 990](#) - *Papierfiltertüten II*; BGH, Beschl. v. 28.6.2005, KVR 27/04, [WuW/E DE-R 1520, 1522](#) - *Arealnetz*.
- [102\)](#) BGH, Beschl. v. 11.11.2008 (Fn. 99), Tz. 32 - *E.ON/Stadtwerke Eschwege* mit Verweis auf BGH, Beschl. v. 24.6.2003, KVR 14/01, [WuW/E DE-R 1163, 1167](#) - *HABET/Lekkerland*.
- [103\)](#) BGH, Beschl. v. 24.6.2003 (Fn. 102) - *HABET/Lekkerland*.
- [104\)](#) So *Bornkamm*, ZWeR 2010, 34, 40 f.
- [105\)](#) Vgl. eingehend *Bornkamm*, ZWeR 2010, 34, 39 ff.; s. auch *Bardong* (Fn. 23), S. 69, 79; *Nothdurft*, in: MünchKomm GWB, 2008, § 76 Rn. 30; *Bechtold*, GWB (Fn. 21), § 76 Rn. 3.
- [106\)](#) Vgl. BGH, Beschl. v. 19.6.2012 (Fn. 54), Tz. 18 - *Haller Tageblatt*; dazu auch *Esser/Höft*, NZKart 2013, 447, 453.
- [107\)](#) BGH, Beschl. v. 27.6.1968, KVR 3/67, [WuW/E BGH 967](#) - *Zementverkaufsstelle Niedersachsen*.