

Entwurf der Fusionskontroll- leitlinien

Bitkom Stellungnahme

Auf einen Blick

Entwurf der Fusionskontrollleitlinien

Ausgangslage

Im Anschluss an die Überprüfung der Fusionskontrollleitlinien im Jahr 2025 hat die Europäische Kommission vorgeschlagen, die horizontalen und nicht-horizontalen Leitlinien in einem einheitlichen Entwurf zusammenzuführen. Der im April 2026 veröffentlichte Entwurf soll die Fusionskontrolle an veränderte geopolitische und handelspolitische Rahmenbedingungen anpassen.

Bitkom-Bewertung

Bitkom begrüßt grundsätzlich die Überarbeitung der Fusionskontrollleitlinien und erkennt zahlreiche positive Ansätze an. Insbesondere ist positiv zu bewerten, dass die Fusionskontrollleitlinien (nachfolgend »Leitlinien«) neben der Förderung wirksamen Wettbewerbs auch pro-wettbewerbliche Fusionen hervorheben, EU-Ziele im fusionskontrollrechtlichen Kontext berücksichtigen und sowohl Preis- als auch Nicht-Preisparameter wie Investitionen, Resilienz und Nachhaltigkeit als Bewertungsmaßstäbe akzeptieren. Die Abwägung zwischen positiven und negativen Effekten sowie der einheitliche Beweismaßstab für Schadenstheorien und Effizienzvorteile gehen im Ansatz in die richtige Richtung.

Das Wichtigste

Dennoch bestehen erhebliche Bedenken, die einer dringenden Nachbesserung bedürfen. Insbesondere die kontrafaktische Analyse bleibt weitgehend im Einklang mit den bisherigen Leitlinien und auch die Effizienzgewinne unterliegen faktisch weiterhin denselben strikten Standards. Darüber hinaus tragen sie den spezifischen strukturellen Besonderheiten spezieller Märkte mit begrenzten Zugangsmöglichkeiten bislang nicht ausreichend Rechnung.

Inhalt

1	Teil I – Einführung und Leitprinzipien	5
2	Teil I.A – DIE ROLLE DER EU-FUSIONS-KONTROLLE	5
3	Teil I.B – LEITPRINZIPIEN	6
4	TEIL II – WETTBEWERBLICHE BEWERTUNG	8
5	Teil II.A.1 – Strukturelle Indikatoren für Marktmacht	9
6	Teil II.A.2 – Weitere Indikatoren für Marktmacht	9
7	Teil II.A.3 – Dynamisches Wettbewerbspotenzial	10
8	Teil II.A.4 – Gegenläufige Faktoren	10
9	Teil II.A.5 – Marktbeherrschung und andere Formen von Marktmacht	11
10	Teil II.B.1 – WETTBEWERBSBESCHRÄNKENDE AUSWIRKUNGEN – Einführung: unmittelbare und dynamische Auswirkungen	11
11	Teil II.B.2 – Wegfall des unmittelbaren Wettbewerbs zwischen den Parteien (»Head-to-Head Competition«)	12
12	Teil II.B.3 – Wegfall von Investitions- und Expansionswettbewerb	13
13	Teil II.B.4 – Wegfall von Innovationswettbewerb	14
14	Teil II.B.5 – Wegfall potenziellen Wettbewerbs	15
15	Teil II.B.6 – Abschottung (»Foreclosure«)	15
16	Teil II.B.7 – Verfestigung einer marktbeherrschenden Stellung	15
17	Teil II.B.8 – Koordinierung	16
18	Teil II.B.9 – Sonstige wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen	16
19	TEIL II.C – VORTEILE VON ZUSAMMENSCHLÜSSEN (EFFIZIENZGEWINNE)	18
20	Teil II.C.1 – Bewertung unmittelbarer Effizienzgewinne	18
21	Teil II.C.2 – Bewertung dynamischer Effizienzgewinne	21
22	Teil II.C.3 – Abwägung von Nutzen und Schaden	21

23	TEIL III – MASSNAHMEN ZUM SCHUTZ BERECHTIGTER INTERESSEN	22
24	Teil III.A – MATERIELLRECHTLICHE BEWERTUNG	23
25	Teil III.B – VERFAHRENSRAHMEN	23
26	Abschließende Bemerkungen und Dokumentenupload	23

1 Teil I – Einführung und Leitprinzipien

Dieser Abschnitt umfasst die Einführung zu Teil I, d. h. die Randnummern 1–6.

Frage: Bitte teilen Sie uns Ihr Feedback zu dem oben genannten Abschnitt/Unterabschnitt mit. Falls sich Ihr Kommentar oder Vorschlag auf eine bestimmte Randnummer bezieht, geben Sie diese bitte eindeutig an.

Bitkom begrüßt grundsätzlich die Überarbeitung der Fusionskontrollleitlinien und erkennt zahlreiche positive Ansätze an. Insbesondere ist positiv zu bewerten, dass die Leitlinien neben der Förderung wirksamen Wettbewerbs auch pro-wettbewerbliche Fusionen hervorheben, EU-Ziele im fusionskontrollrechtlichen Kontext berücksichtigen und sowohl Preis- als auch Nicht-Preisparameter wie Investitionen, Resilienz und Nachhaltigkeit als Bewertungsmaßstäbe akzeptieren. Die Abwägung zwischen positiven und negativen Effekten sowie der einheitliche Beweismaßstab für Schadenstheorien und Effizienzvorteile gehen im Ansatz in die richtige Richtung.

Gleichwohl bestehen erhebliche Bedenken, die einer dringenden Nachbesserung bedürfen. Trotz der grundsätzlichen Offenheit für eine zukunftsorientierte Bewertung bleibt die kontrafaktische Analyse weitgehend im Einklang mit den bisherigen Leitlinien und auch die Effizienzgewinne unterliegen weiterhin denselben strikten Standards. Darüber hinaus tragen sie den spezifischen strukturellen Besonderheiten spezieller Märkte mit begrenzten Zugangsmöglichkeiten bislang nicht ausreichend Rechnung.

2 Teil I.A – DIE ROLLE DER EU-FUSIONS-KONTROLLE

Dieser Abschnitt umfasst die Unterabschnitte 1. Die Bedeutung der EU-Fusionskontrolle für den Binnenmarkt und die Wettbewerbsfähigkeit sowie 2. Vorteile von Größe gegenüber Marktmacht, d. h. die Randnummern 7–18.

Frage: Bitte teilen Sie uns Ihr Feedback zu dem oben genannten Abschnitt/Unterabschnitt mit. Falls sich Ihr Kommentar oder Vorschlag auf eine bestimmte Randnummer bezieht, geben Sie diese bitte eindeutig an.

Positiv anzumerken ist, dass die Leitlinien anerkennen, dass Fusionen Größenvorteile schaffen und zur Wettbewerbsfähigkeit beitragen können. Allerdings ist die Formulierung zu stark auf globale Märkte und grenzüberschreitende Konsolidierung ausgerichtet. Bitkom fordert daher die Klarstellung, dass Größenvorteile nicht nur im Kontext globalen Wettbewerbsdrucks pro-wettbewerblich sind, sondern auch dann,

wenn sie die Fähigkeit und den Anreiz stärken, auf Preis- und Nicht-Preisparametern im nationalen Markt zu konkurrieren. Gleichzeitig sollte sichergestellt werden, dass bei der Berücksichtigung von Größenvorteilen deren tatsächliche Realisierbarkeit sowie mögliche Auswirkungen auf den Wettbewerb in den einschlägigen Märkten angemessen berücksichtigt werden. Darüber hinaus bietet sich die durchgängige Aufnahme von »investitionsintensiven Sektoren« neben »innovationsintensiven Sektoren« im Leitlinientext an, damit sichergestellt ist, dass industriepolitische und investitionsbezogene Ziele mit nachhaltigem Wettbewerb, Innovation und Vorteilen für Endnutzer nicht als Gegensätze verstanden werden.

Soweit die Leitlinien in Rn. 16 klarstellen, dass Übernahmen von Start-ups – vorbehaltlich der weiteren in den Leitlinien genannten Voraussetzungen – in der Regel keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken begründen, sollte dieser Grundsatz auch konsequent in der Anwendungspraxis berücksichtigt werden. Denn für Start-ups und ihre Investoren kann ein vorhersehbarer und verhältnismäßiger Rahmen für die Fusionskontrolle ein entscheidender Faktor für die Kapitalbildung und die Bereitschaft sein, unternehmerische Risiken einzugehen. Insbesondere Unternehmenszusammenschlüsse stellen häufig einen praktikablen und realistischen Exit-Weg für erfolgreiche Start-ups dar. Es ist von zentraler Bedeutung, dass Europa ein attraktiver Markt für die Skalierung und den Exit von Start-ups bleibt, um die Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Innovationswirtschaft insgesamt zu stärken.

3 Teil I.B – LEITPRINZIPIEN

Dieser Abschnitt umfasst die Unterabschnitte 1. Wettbewerbsparameter, 2. Beweislast, Schadenstheorien und Vorteile, 3. Beweismittel, 4. Gesamtbewertung der Auswirkungen von Zusammenschlüssen einschließlich ihrer Vorteile sowie 5. Kausalität zwischen dem Zusammenschluss und den Wettbewerbswirkungen, wiederum mit den Unterabschnitten 5.1 Relevantes kontrafaktisches Szenario und 5.2 Unternehmen in Schwierigkeiten (»Failing Firm«), d. h. die Randnummern 19–51.

Frage: Bitte teilen Sie uns Ihr Feedback zu dem oben genannten Abschnitt/Unterabschnitt mit. Falls sich Ihr Kommentar oder Vorschlag auf eine bestimmte Randnummer bezieht, geben Sie diese bitte eindeutig an.

Wettbewerbsparameter

Bitkom begrüßt die in Rn. 19 festgehaltene, ausdrückliche Einbeziehung von Innovation, Investitionen, Resilienz und Nachhaltigkeit als Nicht-Preisparameter. Es besteht jedoch die Gefahr, dass kurzfristige Preiseffekte in der Praxis stärker gewichtet werden, weil sie leichter quantifizierbar sind. Die Leitlinien sollten klarstellen, wie Nicht-Preisparameter konkret bewertet werden, und das Ermessen der Kommission bei der Gewichtung verschiedener Parameter begrenzen. Die Kommission sollte erwägen, in Rn. 20 auch klarzustellen, dass zu den relevanten Wettbewerbsparametern auch effektive Großhandelszugangsbedingungen, Qualitätsäquivalenz, der Zugang zu

Netzwerkfunktionen sowie die Fähigkeit nachgelagerter Betreiber gehören, Einzelhandelsangebote effektiv zu replizieren.

In Rn. 23 sollte die Kommission insbesondere bei Märkten mit begrenzten Zugangsmöglichkeiten im Rahmen ihrer Schadenstheorie auch die Auswirkungen auf den Wettbewerb im Bereich des Großhandelszugangs berücksichtigen.

In Rn. 34 sollte zudem sichergestellt werden, dass Effizienzgewinne für Investitionsanreize besonders sorgfältig gegen das Risiko einer Schwächung des Wettbewerbs im Vorleistungsbereich und einer Verfestigung bestehender Marktstrukturen abgewogen werden.

Beweislast und Beweisstandard

Positiv ist die grundsätzliche Anerkennung eines einheitlichen Beweismaßstabs für Schadenstheorien und Effizienzvorteile in Rn. 26, allerdings ist dies nicht konsequent in den Leitlinien umgesetzt. Außerdem liegt die gesamte Beweislast für die »Theory of Benefit« bei den Parteien, was nicht zu einer asymmetrischen Bewertung führen darf. Positive strategische Effekte der Fusion (Fähigkeit und Anreiz zu investieren) müssen gleichwertiger Teil der Gesamtbewertung der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs sein und sollten symmetrisch bewertet werden. Konkret bedeutet dies: Wo die Kommission eine Schadenstheorie auf qualitative Indizien (interne Dokumente, Marktstruktur, ökonomische Plausibilität) stützt, ohne den Schaden zu quantifizieren, darf sie von den Parteien keinen quantitativen Nachweis der gegenläufigen Effizienzgewinne verlangen. Die Beweismittel-Hierarchie muss in beide Richtungen identisch sein. Jede Abweichung von diesem Grundsatz stellt eine faktische Erhöhung der Beweislast für Effizienzgewinne dar und untergräbt den in Rn. 26 proklamierten einheitlichen Beweismaßstab.

Die Leitlinien räumen der Kommission einen außergewöhnlich weiten Beurteilungsspielraum ein, der nur schwer mit dem erklärten Ziel vereinbar erscheint, die Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit der Fusionskontrolle zu erhöhen. Besonders deutlich wird dies in Rn. 30, wonach die Kommission ihre Bewertung »auf Einzelfallbasis« vornimmt und »nicht an Feststellungen in einem früheren Fall gebunden« ist, selbst wenn die betroffenen Märkte ähnlich oder identisch sind. Kein vergleichbarer EU-Durchsetzungsrahmen lehnt die Kohärenz mit der eigenen Entscheidungspraxis in dieser Weise ausdrücklich ab. Vielmehr besteht der Zweck von Leitlinien gerade darin, den Ermessensspielraum der Kommission zu begrenzen. Bitkom hält daher eine Überarbeitung der Leitlinien für erforderlich, um den Beurteilungsspielraum der Kommission durch klarere Kriterien zu begrenzen und eine konsistente Entscheidungspraxis zu stärken.

Kontrafaktische Analyse

Bei der Prüfung der Kausalität zwischen dem Zusammenschluss und den Wettbewerbswirkungen akzeptiert die Kommission zwar grundsätzlich eine zukunftsorientierte Bewertung. Entscheidend bleibt allerdings, dass das relevante kontrafaktische Szenario nur dann von der Ist-Situation abweichen kann, wenn stichhaltige Indizien auf ein anderes wahrscheinlicheres kontrafaktisches Szenario hinweisen. In diesem Zusammenhang ist es auch wichtig, dass das wahrscheinlichste Szenario dann zur Analyse von Schaden und Effizienzen des Zusammenschlusses verwendet werden muss. Dies steht auch im Einklang mit der europäischen

Rechtsprechung, welche von der Kommission verlangt, zu ermitteln, welche Ursachenketten »am wahrscheinlichsten« sind. Die Kommission sollte zudem verpflichtet sein, das von ihr zugrunde gelegte kontrafaktische Szenario den Parteien spätestens im Rahmen der Mitteilung der Beschwerdepunkte offenzulegen. Nur so können die Parteien ihre Verteidigungsrechte wirksam wahrnehmen und gezielt zu dem Szenario Stellung nehmen, auf dem die Schadenstheorie der Kommission beruht. Eine transparente Offenlegung stärkt zudem die Qualität der Entscheidungsfindung und verringert das Risiko von Entscheidungsfehlern.

Im Rahmen der Failing-Firm-Analyse (Rn. 44 ff.) legen die Leitlinien die Anforderungen an den Nachweis unrealistisch hoch. Insbesondere die kumulative Voraussetzung, dass kein alternativer Erwerber vorhanden sein darf, verkennet die wirtschaftliche Realität: In Krisensituationen ist der Zeitdruck oft so erheblich, dass ein umfassendes Markttest-Verfahren nicht durchführbar ist. Die Leitlinien sollten klarstellen, dass das Fehlen eines konkreten alternativen Übernahmeangebots nach angemessener Marktsondierung als ausreichender Nachweis gilt. Zudem sollte die Beweislast für die Existenz einer weniger wettbewerbsschädlichen Alternative bei der Kommission liegen, nicht bei den Parteien.

Gesamtbewertung der Auswirkungen

In Rn. 35 sollten in Märkten mit begrenzten Zugangsmöglichkeiten vorgetragene Effizienzgewinne in Bezug auf Skaleneffekte, Ausfallsicherheit oder Investitionsanreize besonders sorgfältig gegen das Risiko einer Schwächung der Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Industrie im Großhandelsbereich und den Verbrauchern abgewogen werden.

4 TEIL II – WETTBEWERBLICHE BEWERTUNG

Dieser Abschnitt umfasst die Einführung zu Teil II sowie die Einführung zu Teil II.A – MARKTMACHT, d. h. die Randnummern 52–59.

Frage: Bitte teilen Sie uns Ihr Feedback zu dem oben genannten Abschnitt/Unterabschnitt mit. Falls sich Ihr Kommentar oder Vorschlag auf eine bestimmte Randnummer bezieht, geben Sie diese bitte eindeutig an.

5 Teil II.A.1 – Strukturelle Indikatoren für Marktmacht

Dieser Abschnitt umfasst eine Einführung sowie die Unterabschnitte 1.1 Hohe Marktanteile und 1.2 Hohe Marktkonzentration, d. h. die Randnummern 60–67.

Frage: Bitte teilen Sie uns Ihr Feedback zu dem oben genannten Abschnitt/Unterabschnitt mit. Falls sich Ihr Kommentar oder Vorschlag auf eine bestimmte Randnummer bezieht, geben Sie diese bitte eindeutig an.

Die neue Taxonomie der Marktanteile bringt potenzielle wettbewerbsrechtliche Bedenken bereits ab »wesentlichen« Marktanteilen (25–40 %) ins Spiel – ein erheblicher Rückschritt gegenüber der bisherigen Vermutung der Vereinbarkeit bei Marktanteilen unter 25 %. Der HHI verliert seine Filterfunktion und wird eher zu einem belastenden als einem entlastenden Instrument. Bitkom fordert die Beibehaltung der bisherigen Schwellenwerte.

6 Teil II.A.2 – Weitere Indikatoren für Marktmacht

Dieser Abschnitt umfasst die Unterabschnitte 2.1 Geringe Preissensibilität, 2.2 Hohe Gewinnmargen und 2.3 Hohe Marktzutrittsschranken, d. h. die Randnummern 68–79.

Frage: Bitte teilen Sie uns Ihr Feedback zu dem oben genannten Abschnitt/Unterabschnitt mit. Falls sich Ihr Kommentar oder Vorschlag auf eine bestimmte Randnummer bezieht, geben Sie diese bitte eindeutig an.

Die Fokussierung auf inkrementelle oder variable Kosten kann gemessene Gewinnmargen in Branchen mit hohen Fix- und versunkenen Investitionskosten systematisch überschätzen, sofern es sich nicht um Märkte mit beschränkten Zugangsmöglichkeiten handelt. Bitkom vertritt daher die Auffassung, dass es sich bei der Variable-Kosten-Analyse in solchen Sektoren nicht um den geeigneten Standardmaßstab handelt.

Bei der wettbewerblichen Bewertung sollte in Rn. 75 klargestellt werden, dass in Märkten mit hohen Zutrittsschranken und begrenzten Zugangsmöglichkeiten das Fehlen gesetzlich wettbewerbsfördernder Rahmenbedingungen ein besonders starkes Indiz für das Fortbestehen oder die Verstärkung von Marktmacht darstellen kann.

7 Teil II.A.3 – Dynamisches Wettbewerbspotenzial

Dieser Abschnitt umfasst die Randnummern 80–83.

Frage: Bitte teilen Sie uns Ihr Feedback zu dem oben genannten Abschnitt/Unterabschnitt mit. Falls sich Ihr Kommentar oder Vorschlag auf eine bestimmte Randnummer bezieht, geben Sie diese bitte eindeutig an.

Die Anerkennung des dynamischen Wettbewerbspotenzials ist ambivalent: Sie ermöglicht einerseits die Berücksichtigung von Investitionen und Innovation, erlaubt aber andererseits, Marktmacht in die Zukunft zu projizieren und das Risiko einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs für etablierte Unternehmen zu erhöhen. Bitkom fordert robuste, evidenzbasierte Standards und eine klare Trennung zwischen Wettbewerbsvorteilen durch Effizienz und Marktausschlussmacht.

Ohne hinreichende faktische Verankerung besteht zudem das Risiko, dass die Konzepte der »dynamischen Abschottung" und des »dynamischen Wettbewerbspotenzials" de facto zu einer Umkehr der Beweislast führen. Die fusionierenden Unternehmen wären gezwungen, spekulative Schadensszenarien zu widerlegen, anstatt dass die Kommission den wahrscheinlichen Eintritt eines wettbewerbswidrigen Schadens nachweist. Dies widerspricht dem Grundsatz, dass die Beweislast für eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs bei der Kommission liegt.

Die Leitlinien sollten daher klarstellen, dass zumindest in Märkten ohne Zugangsbeschränkungen »dynamische Abschottung" und »dynamischen Wettbewerbspotenzials" nur dann als tragfähige Schadenstheorien herangezogen werden können, wenn sie auf wahrscheinlichen, in den konkreten Geschäftsrealitäten und Marktgegebenheiten verankerten Prognosen beruhen. Rein hypothetische zukünftige Wettbewerbsbedrohungen, deren Eintritt weder belegt noch ökonomisch plausibilisiert ist, genügen diesem Standard nicht. Eine spekulative Anwendung dieser Konzepte würde die Rechtssicherheit für Unternehmen erheblich beeinträchtigen und pro-wettbewerbliche Zusammenschlüsse ohne ausreichende Grundlage verhindern.

8 Teil II.A.4 – Gegenläufige Faktoren

Dieser Abschnitt umfasst eine Einführung sowie die Unterabschnitte 4.1 Dynamischer Markteintritt oder Expansion von Wettbewerbern, 4.2 Wettbewerbsdruck außerhalb des relevanten Marktes und 4.3 Ausgleichende Nachfragemacht, d. h. die Randnummern 84–110.

Frage: Bitte teilen Sie uns Ihr Feedback zu dem oben genannten Abschnitt/Unterabschnitt mit. Falls sich Ihr Kommentar oder Vorschlag auf eine bestimmte Randnummer bezieht, geben Sie diese bitte eindeutig an.

Marktzutritt, Expansion und Nachfragemacht werden systematisch als schwach und ausnahmsweise behandelt. Der kumulative Test für Marktzutritt (Wahrscheinlichkeit, Rechtzeitigkeit, Umfang) setzt eine unrealistisch hohe Schwelle, insbesondere die Zweijahresfrist, die für innovationsintensive Sektoren unangemessen ist. Bitkom fordert sektorspezifische Flexibilität und die Anerkennung längerer Investitions- und Bereitstellungszyklen.

In diesem Abschnitt sollte zudem berücksichtigt werden, dass indirekter Wettbewerbsdruck durch angrenzende digitale Dienste oder Ökosysteme nicht pauschal als Ersatz für den Zugang zu wesentlichen Infrastrukturen oder anderen strukturell knappen Ressourcen angesehen werden kann. Die wettbewerbliche Bedeutung solcher Abhängigkeiten sollte vielmehr markt- und sektorspezifisch bewertet werden.

9 Teil II.A.5 – Marktbeherrschung und andere Formen von Marktmacht

Dieser Abschnitt umfasst die Randnummern 111–113.

Frage: Bitte teilen Sie uns Ihr Feedback zu dem oben genannten Abschnitt/Unterabschnitt mit. Falls sich Ihr Kommentar oder Vorschlag auf eine bestimmte Randnummer bezieht, geben Sie diese bitte eindeutig an.

10 Teil II.B.1 – WETTBEWERBSBESCHRÄNKENDE AUSWIRKUNGEN –

Einführung: unmittelbare und dynamische Auswirkungen

Dieser Abschnitt umfasst die Randnummern 114–118.

Frage: Bitte teilen Sie uns Ihr Feedback zu dem oben genannten Abschnitt/Unterabschnitt mit. Falls sich Ihr Kommentar oder Vorschlag auf eine bestimmte Randnummer bezieht, geben Sie diese bitte eindeutig an.

Die Kommission erweitert die Leitlinien zu Schadenstheorien erheblich und schafft dabei quasi-präsumtive Formulierungen. Bitkom betont, dass die Feststellung einer potenziellen Schadenstheorie allein nicht ausreicht, um eine wahrscheinliche erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs zu begründen. Die Bewertung muss strikt evidenzbasiert und effektorientiert bleiben. Die Vermutung, dass Konsolidierung notwendigerweise Investitionsrivalität oder Innovationsanreize verringert, sollte vermieden werden. Bei der Bewertung des Verlusts von Investitions- und Expansionswettbewerb muss auch berücksichtigt werden, dass eine Fusion die Fähigkeit und den Anreiz des fusionierten Unternehmens, künftig zu investieren, positiv beeinflussen kann.

11 Teil II.B.2 – Wegfall des unmittelbaren Wettbewerbs zwischen den Parteien («Head-to-Head Competition«)

Dieser Abschnitt umfasst eine Einführung sowie die Unterabschnitte 2.1 Strukturelle Marktmerkmale, 2.2 Nähe des Wettbewerbs, 2.3 Bedeutende Wettbewerbskraft und 2.4 Besondere Marktaspekte, d. h. die Randnummern 119–168.

Frage: Bitte teilen Sie uns Ihr Feedback zu dem oben genannten Abschnitt/Unterabschnitt mit. Falls sich Ihr Kommentar oder Vorschlag auf eine bestimmte Randnummer bezieht, geben Sie diese bitte eindeutig an.

Der Rahmen für die Beurteilung der Wettbewerbsnähe beschränkt sich derzeit auf eine statische Betrachtung zum Zeitpunkt der Anmeldung. In den Rn. 119 ff. sollte daher ausdrücklich klargestellt werden, dass die Analyse auch zukunftsgerichtete Aspekte berücksichtigen muss. Zudem sollte die bestehende Asymmetrie korrigiert werden: Während Wettbewerbsnähe als starkes Indiz für eine erhebliche Behinderung

wirksamen Wettbewerbs gewertet wird, wird Wettbewerbsdistanz lediglich als mögliches Gegenindiz behandelt.

Preisdruckindikatoren wie GUPPI und CMCR sollten lediglich als ein Faktor innerhalb der Gesamtwürdigung dienen und nicht die Bewertung nichtpreislicher Wettbewerbsparameter ersetzen. Ihre Anwendung setzt zudem eine sachgerechte Kalibrierung voraus, insbesondere unter Berücksichtigung der Weitergabe zusammenschlusspezifischer Effizienzgewinne.

Der vorgesehene 5 %-Safe-Harbour für nicht kontrollierende Minderheitsbeteiligungen erscheint zu niedrig. In Anlehnung an den US-amerikanischen Schwellenwert für passive Investoren sowie die Offenlegungspflichten im Form CO halten wir einen Schwellenwert von mindestens 10 % für angemessener, sofern keine zusätzlichen Gesellschafterrechte bestehen. Die endgültigen Leitlinien sollten außerdem klar zwischen strukturellen Überkreuzbeteiligungen unter Wettbewerbern und passiven institutionellen Beteiligungen über breit diversifizierte Indexfonds unterscheiden.

Hinsichtlich möglicher Arbeitsmarkteffekte sollte eine eigenständige Schadenstheorie die Ausnahme bleiben. Angesichts des umfassenden europäischen Arbeitnehmerschutzes, möglicher Spannungen mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit bei grenzüberschreitenden Zusammenschlüssen sowie des Fehlens praktikabler Abhilfemaßnahmen erscheint eine gesonderte Prüfungsebene nicht gerechtfertigt. Arbeitsmarkterwägungen sollten daher nicht als eigenständiger Prüfungsmaßstab in den Leitlinien verankert werden.

12 Teil II.B.3 – Wegfall von Investitions- und Expansionswettbewerb

Dieser Abschnitt umfasst die Randnummern 169–174.

Frage: Bitte teilen Sie uns Ihr Feedback zu dem oben genannten Abschnitt/Unterabschnitt mit. Falls sich Ihr Kommentar oder Vorschlag auf eine bestimmte Randnummer bezieht, geben Sie diese bitte eindeutig an.

Nach Rn. 170 kann ein Zusammenschluss nunmehr auch mit der Begründung beanstandet werden, dass er die Investitionsanreize der Unternehmen verringere – selbst wenn sämtliche geplanten Investitionen unverändert fortgeführt werden. Dies könnte in der Praxis zu der Annahme führen, dass Zusammenschlüsse in konzentrierten Märkten typischerweise mit geringeren Investitionsanreizen einhergehen. Bitkom sieht einen solchen Ansatz kritisch. Aus Sicht von Bitkom sollte die wettbewerbliche Bewertung von Investitionsanreizen von einem neutralen Ausgangspunkt ausgehen und auf einer fallspezifischen Analyse beruhen, anstatt

implizit von einer Wettbewerbsbeeinträchtigung auszugehen. Denn die Auswirkungen von Fusionen auf Investitionsanreize sind aus ökonomischer Sicht nicht eindeutig vorgegeben und können je nach Markt- und Transaktionskontext sowohl positiv als auch negativ ausfallen. Für die Beurteilung sollte daher nicht allein auf die Investitionsfähigkeit und den -anreiz der zusammengeschlossenen Unternehmen abgestellt werden, sondern auch auf die voraussichtlichen tatsächlichen Auswirkungen der Transaktion.

In Rn. 174 sollte die Kommission zudem anerkennen, dass sich der Wettbewerb um Investitionen und Expansion nicht auf Investitionen in physische Infrastruktur beschränkt. Auch Unternehmen, die auf Vorleistungen oder den Zugang zu bestehenden Infrastrukturen angewiesen sind, tätigen erhebliche Investitionen in den Markteintritt und die Geschäftsausweitung, insbesondere durch die Finanzierung von Zugangsleistungen sowie durch Innovationen bei Dienstleistungen, digitalen Geschäftsmodellen, Kundenerlebnissen und Vertriebskanälen.

13 Teil II.B.4 – Wegfall von Innovationswettbewerb

Dieser Abschnitt umfasst eine Einführung sowie die Unterabschnitte 4.1 Wegfall spezifischen Innovationswettbewerbs, 4.2 Wegfall allgemeinen Innovationswettbewerbs und 4.3 Innovationsschutzschild (»Innovation Shield«), d. h. die Randnummern 175–192.

Frage: Bitte teilen Sie uns Ihr Feedback zu dem oben genannten Abschnitt/Unterabschnitt mit. Falls sich Ihr Kommentar oder Vorschlag auf eine bestimmte Randnummer bezieht, geben Sie diese bitte eindeutig an.

Das Innovationsschutzschild stellt eine konzeptionell wichtige Entwicklung der Fusionskontrolle dar. Wir stimmen darin überein, dass die Kommission bei diesen Sachverhaltskonstellationen keine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs feststellen sollte, wenn die Übernahme ein kleines innovatives Unternehmen betrifft. Dieses Konzept bringt die Fusionskontrollpolitik in Einklang mit der wirtschaftlichen Realität, dass die Übernahme von Unternehmen in frühen Entwicklungsphasen Innovationen häufig beschleunigt und über einen längeren Zeitraum positive externe Effekte für Innovationen erzeugt.

Problematisch ist jedoch, dass die Leitlinien nicht allen Unternehmen im Markt die Möglichkeit einräumen, vom Innovationsschutzschild zu profitieren. Die Kommission sollte die Formulierungen streichen, die bestimmten Unternehmen eine Vermutungswirkung zugunsten des Innovationsschutzschildes einräumen, anderen jedoch nicht – und zwar auf Grundlage vermeintlicher Größenschwellen, einer Marktführerschaft in nicht klar abgegrenzten Märkten oder regulatorischer Einstufungen, die keinen konkreten Bezug zu den tatsächlichen Wettbewerbswirkungen aufweisen.

14 Teil II.B.5 – Wegfall potenziellen Wettbewerbs

Dieser Abschnitt umfasst die Randnummern 193–207.

Frage: Bitte teilen Sie uns Ihr Feedback zu dem oben genannten Abschnitt/Unterabschnitt mit. Falls sich Ihr Kommentar oder Vorschlag auf eine bestimmte Randnummer bezieht, geben Sie diese bitte eindeutig an.

15 Teil II.B.6 – Abschottung (»Foreclosure«)

Dieser Abschnitt umfasst eine Einführung sowie die Unterabschnitte 6.1 Fähigkeit zur Abschottung, 6.2 Anreiz zur Abschottung und 6.3 Auswirkungen auf den Wettbewerb, d. h. die Randnummern 208–251.

Frage: Bitte teilen Sie uns Ihr Feedback zu dem oben genannten Abschnitt/Unterabschnitt mit. Falls sich Ihr Kommentar oder Vorschlag auf eine bestimmte Randnummer bezieht, geben Sie diese bitte eindeutig an.

Bei der Beurteilung möglicher Wettbewerbswirkungen und Auswirkungen von Marktverschließungen in Rn. 243 ff. sollte berücksichtigt werden, dass diese nicht nur aus einer Verweigerung des Zugangs entstehen können. Auch die konkrete Ausgestaltung von Vorleistungsprodukten, etwa hinsichtlich der Zugangsbedingungen für Großkunden, der technischen Leistungsfähigkeit, der Interoperabilität oder des Zugangs zu Netzwerkfunktionen für nachfragende Unternehmen, kann für die Wettbewerbsdynamik auf nachgelagerten Märkten von Bedeutung sein.

16 Teil II.B.7 – Verfestigung einer marktbeherrschenden Stellung

Dieser Abschnitt umfasst die Randnummern 252–259.

Frage: Bitte teilen Sie uns Ihr Feedback zu dem oben genannten Abschnitt/Unterabschnitt mit. Falls sich Ihr Kommentar oder Vorschlag auf eine bestimmte Randnummer bezieht, geben Sie diese bitte eindeutig an.

17 Teil II.B.8 – Koordinierung

Dieser Abschnitt umfasst eine Einführung sowie die Unterabschnitte 8.1 Zustandekommen koordinierter Verhaltensweisen: Marktbedingungen, die eine Koordinierung begünstigen, 8.2 Abweichung von der Koordinierung: Überwachung und Abschreckung sowie 8.3 Störung der Koordinierung, d. h. die Randnummern 260–281.

Frage: Bitte teilen Sie uns Ihr Feedback zu dem oben genannten Abschnitt/Unterabschnitt mit. Falls sich Ihr Kommentar oder Vorschlag auf eine bestimmte Randnummer bezieht, geben Sie diese bitte eindeutig an.

Im Bereich von Rn. 260 ff. sollte für die Koordination insbesondere bei Märkten mit besonderen Zugangsvoraussetzungen berücksichtigt werden, dass nachhaltiger Wettbewerb auf geeignete regulatorische und gesetzliche Rahmenbedingungen angewiesen ist. Wettbewerbssichernde und -fördernde Maßnahmen spielen daher eine wichtige Rolle bei Marktzugang, Innovation, Investitionen und für die Wettbewerbsintensität auf Vorleistungs- und Endkundenmärkten.

18 Teil II.B.9 – Sonstige wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen

Dieser Abschnitt umfasst eine Einführung sowie die Unterabschnitte 9.1 Zugang zu kommerziell sensiblen Informationen und 9.2 Portfolioeffekte, d. h. die Randnummern 282–290.

Frage: Bitte teilen Sie uns Ihr Feedback zu dem oben genannten Abschnitt/Unterabschnitt mit. Falls sich Ihr Kommentar oder Vorschlag auf eine bestimmte Randnummer bezieht, geben Sie diese bitte eindeutig an.

Zugang zu kommerziell sensiblen Informationen

Die Behandlung des Zugangs zu kommerziell sensiblen Informationen als eigenständige Schadenshypothese – ohne notwendige Verknüpfung zu konkreten Nachweisen einer Marktabstottung oder der Beseitigung engen Wettbewerbs – birgt

nach Auffassung des Bitkom die Gefahr, auch Zusammenschlüsse zu erfassen, von denen keine nennenswerte Wettbewerbsgefährdung ausgeht, und schafft dadurch erhebliche Rechtsunsicherheit für Unternehmen.

Eine solche Theorie weist zudem keinen klaren Zusammenhang mit einer Schädigung der Verbraucher auf. Die bloße Möglichkeit, dass ein Unternehmen die erlangten Informationen strategisch nutzen könnte, genügt nicht, um die für die Feststellung einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs erforderliche Wahrscheinlichkeit wettbewerbswidriger Auswirkungen zu belegen.

Die Kommission sollte dieses Konzept daher nicht als eigenständige Schadenshypothese behandeln, sondern es in andere ökonomisch fundierte Theorien integrieren, die einen kausalen Zusammenhang zu wettbewerbswidrigen Auswirkungen aufweisen, etwa in Theorien der Marktabstottung.

Portfolioeffekte

Die von der Kommission vertretene Theorie der Portfolioeffekte geht über traditionelle kartellrechtliche Grundsätze hinaus. Sie beruht auf der Annahme, dass die Zusammenführung von Produkten, die weder miteinander konkurrieren noch sich gegenseitig ergänzen, allein deshalb zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führen kann, weil sie an dieselben Kunden verkauft werden.

Klassischerweise wird Wettbewerb durch einen Zusammenschluss auf zwei Arten beeinträchtigt: Erstens kann ein Wettbewerber wegfallen, der bislang Preisdruck ausgeübt hat (horizontale Effekte). Zweitens kann der Zugang von Wettbewerbern zu wichtigen Vorleistungen oder Vertriebskanälen eingeschränkt werden (vertikale Effekte). Beide Theorien setzen jedoch voraus, dass zwischen den betroffenen Produkten eine konkrete wettbewerbliche Beziehung besteht.

Fehlt eine solche Beziehung, weil die Produkte weder Substitute noch Komplementärgüter sind, reduziert ein Zusammenschluss die den Kunden zur Verfügung stehenden Alternativen nicht. Die stärkere Verhandlungsposition des fusionierten Unternehmens ergibt sich dann lediglich aus der Bündelung von Marktpositionen, die bereits vor der Transaktion rechtmäßig bestanden haben. Allein dieser Umstand sollte nicht ausreichen, um einen Wettbewerbsnachteil anzunehmen.

Andernfalls bestünde die Gefahr, dass Unternehmenswachstum auch in Fällen eingeschränkt wird, in denen der Zusammenschluss weder den Wettbewerb beeinträchtigt noch den Verbrauchern schadet und sogar Effizienz- und Innovationsgewinne ermöglichen kann.

19 TEIL II.C – VORTEILE VON ZUSAMMENSCHLÜSSEN (EFFIZIENZGEWINNE)

Dieser Abschnitt umfasst die Einführung zu Teil II.C., d. h. die Randnummern 291–301.

Bitkom begrüßt die umfassende Taxonomie direkter und dynamischer Effizienzen. Wichtig ist, dass der Grundsatz des einheitlichen Beweismaßstabs für Schäden und Effizienzen auch in diesem Kapitel konsequent umgesetzt wird (siehe dazu Antwort zu Teil II C. 1). Die mangelnde Umsetzung dieses Grundsatzes in den operativen Bestimmungen riskiert eine Reform, die symbolisch statt substantiell bleibt. Bei Skaleneffekten sollte ergänzt werden, dass organisches Wachstum durch die Marktstruktur gehindert sein kann und dass fusionsbedingte Größe notwendig sein kann, um die Investitionsökonomie zu verbessern. In Zweifelsfällen sollten die Leitlinien zugunsten von Innovation und Investitionen entscheiden.

20 Teil II.C.1 – Bewertung unmittelbarer Effizienzgewinne

Dieser Abschnitt umfasst die Unterabschnitte 1.1 Taxonomie unmittelbarer Synergien, 1.2 Nachprüfbarkeit, 1.3 Zusammenschlusspezifität und 1.4 Nutzen für Verbraucher, d. h. die Randnummern 302–323.

Frage: Bitte teilen Sie uns Ihr Feedback zu dem oben genannten Abschnitt/Unterabschnitt mit. Falls sich Ihr Kommentar oder Vorschlag auf eine bestimmte Randnummer bezieht, geben Sie diese bitte eindeutig an.

Bitkom nimmt zu Teil II C.1 und Teil II C.2 gesammelt Stellung, weil die Anforderungen für unmittelbare Effizienzen über Rn. 324 auf dynamische Effizienzen übertragen werden und die Kapitel im Kern ähnliche Aspekte adressieren.

Die Kommission erwartet gem. Rn. 304, dass Effizienzen in einer Weise nachgewiesen werden, die ihr die Beurteilung ermöglicht, ob sie voraussichtlich eintreten, rechtzeitig wirksam werden und hinreichend gewichtig sind, um die prognostizierten wettbewerblichen Nachteile des Zusammenschlusses auszugleichen. Die Effizienzgewinne sollen dabei auf eine hinreichend überzeugende und konsistente Beweisgrundlage gestützt werden, wobei derselbe Beweismaßstab gelten soll wie für die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen.

Nachweisbarkeit

Trotz dieser formal gleichen Beweisanforderungen besteht eine faktische Asymmetrie zwischen dem Nachweis von Effizienzvorteilen und Schäden durch einen Zusammenschluss. Die in diesem Abschnitt aufgeführten, kumulativen Anforderungen (Überprüfbarkeit, Fusionsspezifität, Verbrauchervorteil) machen Effizienzvorteile in der Praxis schwerer nachweisbar als Schadenstheorien. Bitkom fordert die Beseitigung dieser strukturellen Asymmetrie.

Der in Rn. 31 proklamierte Grundsatz, wonach zwischen qualitativen und quantitativen Beweismitteln keine Hierarchie besteht, wird zudem durch spätere Randnummern der Leitlinien faktisch relativiert. Nach Rn. 320 sind Effizienzen »soweit möglich« zu quantifizieren. Fußnote 395 macht eine Quantifizierung sogar zur Voraussetzung, wenn Vorteile und Schäden von vergleichbarer Größenordnung sind. Damit entsteht ein Spannungsverhältnis zu der Entscheidung der Kommission, den Kreis anerkannter Effizienzen um Kategorien wie Resilienz, Nachhaltigkeit und Innovation zu erweitern – Effizienzarten, die ihrem Wesen nach häufig nur begrenzt quantifizierbar sind. Fußnote 395 droht daher, gerade jene Effizienzen in der Abwägungsphase zu benachteiligen, deren Anerkennung zuvor ausdrücklich erweitert wurde.

Besonders problematisch erscheint dies in Fällen, in denen die Kommission selbst das Ausmaß des wettbewerblichen Schadens nicht quantifiziert. In solchen Konstellationen sollten die Parteien keinem strengeren Quantifizierungsmaßstab für die Darlegung von Effizienzen unterworfen werden. Wo eine Quantifizierung nicht möglich oder mit unverhältnismäßiger Unsicherheit behaftet ist, sollte ein schlüssiger qualitativer Nachweis des Umfangs und der Bedeutung der geltend gemachten Effizienzen ausreichen.

Zeitraumen

Die Kommission beabsichtigt zu prüfen, ob Effizienzgewinne »rechtzeitig« wirksam werden. Für direkte Effizienzen soll dies der Fall sein, wenn sie »ohne Verzögerung« eintreten (Rn. 306), während bei dynamischen Effizienzen auf einen Zeitpunkt »kurz nach Closing« abgestellt wird (Rn. 328). Zugleich erkennt die Kommission an, dass der relevante Zeithorizont länger sein kann, sofern dies den Merkmalen und der Dynamik des betreffenden Marktes entspricht. Diese zukunftsgerichtete und marktspezifische Betrachtungsweise ist ausdrücklich zu begrüßen.

Vor diesem Hintergrund sollte jedoch Fn. 380 gestrichen werden. Die dort enthaltene Bezugnahme auf einen Betrachtungszeitraum von drei bis vier Jahren begrenzt die zuvor offen formulierte Bewertung faktisch wieder. Gerade in kapital- und innovationsintensiven Sektoren, in denen Ausbau, Qualitätsverbesserungen und technologische Innovation über mehrere Jahre reifen, entstehen Effizienzgewinne häufig erst über längere Zeiträume. Eine starre zeitliche Begrenzung würde solchen Marktgegebenheiten nicht gerecht. Bitkom fordert daher, die Rechtzeitigkeit von Effizienzgewinnen anhand der Investitions- und Innovationszyklen des jeweiligen Sektors zu beurteilen.

Fusionsspezifität: Der »No Less Anticompetitive Alternative"-Test

Der NLAA-Test (»No Less Anti-competitive Alternative«) verlangt von den Zusammenschlussparteien den Nachweis, dass die geltend gemachten Effizienzgewinne nicht durch eine weniger wettbewerbsschädliche Alternative erreicht werden könnten. Damit wird faktisch die Unerlässlichkeitsprüfung des Art. 101 Abs. 3

AEUV auf die Fusionskontrolle übertragen. Dies überzeugt weder systematisch noch rechtlich. Während Art. 101 Abs. 3 AEUV eine Ex-post-Beurteilung bestehender Vereinbarungen vorsieht, erfolgt die Fusionskontrolle notwendigerweise ex ante und auf Grundlage prognostischer Annahmen.

Weder die FKVO noch die Rechtsprechung verlangen eine solche Unerlässlichkeitsprüfung. Die FKVO stellt lediglich auf einen Kausalzusammenhang ab und verlangt Effizienzgewinne, die »durch den Zusammenschluss bewirkt werden«. Eine zusätzliche Voraussetzung, wonach dieselben Effizienzen nicht auf anderem Wege erreicht werden dürften, enthält sie nicht. Soweit der europäische Gesetzgeber die Maßstäbe des Art. 101 Abs. 3 AEUV auf die Fusionskontrolle übertragen wollte, hat er dies ausdrücklich geregelt, etwa in Art. 2 Abs. 4 FKVO für Gemeinschaftsunternehmen. Im Umkehrschluss spricht dies dagegen, die Unerlässlichkeitsanforderung auf Zusammenschlüsse allgemein zu erstrecken.

Hinzu kommt, dass der NLAA-Test in der Praxis zu einer asymmetrischen Beweislast führt. Für die Kommission dürfte es vergleichsweise einfach sein, hypothetische Alternativen zum Zusammenschluss zu benennen, ohne deren tatsächliche Umsetzbarkeit oder Wahrscheinlichkeit nachweisen zu müssen. Den Parteien wird damit faktisch der Nachweis eines Negativs auferlegt, was Bitkom ablehnt.

Zur Gewährleistung einer konsistenten und symmetrischen Bewertung sollte die Fusionsspezifität stattdessen ausschließlich anhand des wahrscheinlichsten kontrafaktischen Szenarios beurteilt werden: Effizienzgewinne sollten als fusionsspezifisch gelten, wenn sie im wahrscheinlichsten Szenario ohne den Zusammenschluss nicht eintreten würden. Dabei sollte derselbe »more likely than not«-Maßstab gelten, den die Kommission auch bei der Beurteilung wettbewerblicher Schäden anwendet.

Verbrauchervorteil

Die Anforderung in Rn. 315, wonach Effizienzgewinne »im Wesentlichen denselben Verbrauchern« zugutekommen müssen, die durch den Zusammenschluss geschädigt würden, stellt eine erhebliche Verengung des Wortlauts von Art. 2 Abs. 1 Buchst. b FKVO dar. Die Verordnung spricht lediglich von den Verbrauchern im Allgemeinen und verlangt keine Identität der begünstigten und belasteten Verbrauchergruppen. Der im Entwurf verankerte »same consumers«-Ansatz droht daher insbesondere solche Effizienzen auszuschließen, deren Nutzen naturgemäß über einzelne Märkte, Kundengruppen oder Mitgliedstaaten hinausreicht.

Dies gilt insbesondere für die neu anerkannten Effizienzkategorien wie Nachhaltigkeit, Resilienz und Versorgungssicherheit. So erzeugen beispielsweise Investitionen in Netzinfrastruktur, Cybersicherheit oder die Versorgung ländlicher Räume regelmäßig Vorteile, die weit über die unmittelbar betroffene Kundengruppe hinausreichen und sich häufig erst mittel- bis langfristig vollständig entfalten. Ein enger »In-Market«-Verbraucherwohlfahrtsansatz läuft daher Gefahr, gerade jene dynamischen und gesellschaftlichen Effizienzgewinne zu unterschätzen, deren Bedeutung die Leitlinien an anderer Stelle ausdrücklich anerkennen.

Bitkom fordert daher einen breiteren Verbraucherwohlfahrtsbegriff, der marktübergreifende und gesamtgesellschaftliche Effizienzgewinne angemessen berücksichtigt. Das Erfordernis derselben Verbraucher sollte durch eine

verhältnismäßigkeitsbasierte Abwägung des aggregierten Verbraucherwohls auf EU-Ebene ersetzt werden. Dabei sollten sowohl gruppenübergreifende als auch zeitübergreifende Nutzenabwägungen ausdrücklich zulässig sein.

Auch die kategorische Aussage in Fußnote 390, wonach Fixkosten Preisentscheidungen nicht beeinflussen, überzeugt nicht. Sie steht in einem Spannungsverhältnis zu Rn. 317 und wird durch die betriebswirtschaftliche Literatur in Frage gestellt, die zeigt, dass Unternehmen ihre Preisentscheidungen häufig auf Grundlage von Vollkostenkalkulationen treffen. Fußnote 390 sollte daher gestrichen und die Rolle von Fixkosten im Haupttext differenziert erläutert werden.

Schließlich setzt der in Rn. 323 vorgesehene Rückforderungsmechanismus (»claw-back«) einen unrealistisch hohen Nachweismaßstab. Faktisch verlangt er von den Parteien darzulegen, dass Post-Merger-Investitionen nicht mit Preiserhöhungen einhergehen. Maßgeblich sollte jedoch sein, ob die Verbraucher im relevanten Vergleichsszenario mit dem Zusammenschluss besser gestellt sind als ohne ihn.

21 Teil II.C.2 – Bewertung dynamischer Effizienzgewinne

Dieser Abschnitt umfasst die Unterabschnitte 2.1 Taxonomie unmittelbarer Synergien, 2.2 Nachprüfbarkeit, 2.3 Zusammenschlusspezifität und 2.4 Nutzen für Verbraucher, d. h. die Randnummern 324–338.

Frage: Bitte teilen Sie uns Ihr Feedback zu dem oben genannten Abschnitt/Unterabschnitt mit. Falls sich Ihr Kommentar oder Vorschlag auf eine bestimmte Randnummer bezieht, geben Sie diese bitte eindeutig an.

Bitkom hat zu Teil II C.1 und Teil II C.2 gesammelt Stellung genommen, weil die Anforderungen für unmittelbare Effizienzen über Rn. 324 auf dynamische Effizienzen übertragen werden und die Kapitel im Kern ähnliche Aspekte adressieren (siehe daher Antwort unter Teil II C.1).

22 Teil II.C.3 – Abwägung von Nutzen und Schaden

Dieser Abschnitt umfasst eine Einführung sowie die Unterabschnitte 3.1 Abwägung zwischen symmetrischem Nutzen und Schaden, 3.2 Abwägung zwischen

asymmetrischem Nutzen und Schaden und 3.3 Abwägung zwischen verschiedenen Verbrauchergruppen/Märkten, d. h. die Randnummern 339–357.

Frage: Bitte teilen Sie uns Ihr Feedback zu dem oben genannten Abschnitt/Unterabschnitt mit. Falls sich Ihr Kommentar oder Vorschlag auf eine bestimmte Randnummer bezieht, geben Sie diese bitte eindeutig an.

Die Rn. 343–346 etablieren eine strukturelle Skepsis gegenüber Effizienzgewinnen in konzentrierten Märkten. Die Diskontierung zukünftiger Vorteile (Rn. 350) schafft eine weitere strukturelle Asymmetrie, da dynamische Effizienzgewinne naturgemäß über längere Zeiträume entstehen. Bitkom fordert die Ersetzung kategorischer Formulierungen durch neutrale Formulierungen. Auch setzen wir uns für die Klarstellung ein, dass die Abwägung kein unerreichbar hohes Kriterium für Effizienzgewinne aufstellen soll, sondern alle relevanten Effekte ganzheitlich bewerten muss. Klare Leitlinien zur Methodik der Diskontierung mit transparenten Diskontfaktoren sollten erarbeitet werden.

23 TEIL III – MASSNAHMEN ZUM SCHUTZ BERECHTIGTER INTERESSEN

Dieser Abschnitt umfasst die Randnummern 358–362.

Die Leitlinien der Kommission zu Eingriffen der Mitgliedstaaten nach Artikel 21 stellen einen begrüßenswerten Schritt zur Stärkung von Vorhersehbarkeit und Kohärenz im europäischen Fusionskontrollrahmen dar. Indem sie die Grenzen zulässiger staatlicher Maßnahmen innerhalb der drei festgelegten Kategorien (nämlich öffentliche Sicherheit, Medienpluralismus und aufsichtsrechtliche Vorschriften im Finanzsektor) klarstellen und hervorheben, dass geltend gemachte berechnete Interessen einer tatsächlichen und sorgfältigen Prüfung standhalten müssen, tragen die Leitlinien dazu bei, die Vorhersehbarkeit von Transaktionen für die beteiligten Unternehmen über verschiedene Rechtsordnungen hinweg zu erhöhen.

24 Teil III.A – MATERIELLRECHTLICHE BEWERTUNG

Dieser Abschnitt umfasst die Unterabschnitte 1. Arten der erfassten Maßnahmen, 2. Begriff der berechtigten Interessen, wiederum mit den Unterabschnitten 2.1 Anerkannte Interessen und 2.2 Sonstige öffentliche Interessen, 3. Vereinbarkeit mit den allgemeinen Grundsätzen des EU-Rechts, wiederum mit den Unterabschnitten 3.1 Verhältnismäßigkeit, 3.2 Nichtdiskriminierung und 3.3 Sonstige Grundsätze des EU-Rechts, sowie 4. Vereinbarkeit mit anderen Vorschriften des EU-Rechts, d. h. die Randnummern 363–389.

Frage: Bitte teilen Sie uns Ihr Feedback zu dem oben genannten Abschnitt/Unterabschnitt mit. Falls sich Ihr Kommentar oder Vorschlag auf eine bestimmte Randnummer bezieht, geben Sie diese bitte eindeutig an.

25 Teil III.B – VERFAHRENSRAHMEN

Dieser Abschnitt umfasst die Unterabschnitte 1. Anmelde- und Vollzugsverbotspflicht (»Standstill Obligation«), 2. Mögliche Entscheidungen der Kommission und 3. Zusammenspiel mit anderen Verfahren nach EU-Recht, d. h. die Randnummern 390–399.

Frage: Bitte teilen Sie uns Ihr Feedback zu dem oben genannten Abschnitt/Unterabschnitt mit. Falls sich Ihr Kommentar oder Vorschlag auf eine bestimmte Randnummer bezieht, geben Sie diese bitte eindeutig an.

26 Abschließende Bemerkungen und Dokumentenupload

Frage: Möchten Sie weitere Anmerkungen machen, die für die Überarbeitung des Entwurfs der Leitlinien für Unternehmenszusammenschlüsse relevant sein könnten?

Die Kommission sollte nach Auffassung des Bitkom erwägen, den Safe-Harbour für vertikale Zusammenschlüsse in den Leitlinien wieder einzuführen. Die derzeit geltenden Leitlinien für vertikale Beschränkungen sehen vor, dass vertikale

Vereinbarungen grundsätzlich von kartellrechtlichen Maßnahmen ausgenommen sind, sofern weder der Marktanteil des Lieferanten noch der des Abnehmers 30 % überschreitet und die weiteren einschlägigen Voraussetzungen erfüllt sind. Die Streichung des Safe Harbour in den neuen Fusionskontrollleitlinien schafft eine asymmetrische Rechtslage: Während vertikale Vereinbarungen grundsätzlich von kartellrechtlichen Maßnahmen ausgenommen sind, unterliegen vertikale Zusammenschlüsse derselben Parteien einer vollumfänglichen Prüfung. Diese Inkonsistenz ist ökonomisch nicht gerechtfertigt, da vertikale Zusammenschlüsse im Vergleich zu vertikalen Vereinbarungen typischerweise stärkere Effizienzanreize schaffen. Die Kommission sollte aus Sicht des Bitkom daher den Safe Harbour mit einer klaren 30 %-Schwelle auf beiden Marktstufen wiederherstellen, vorbehaltlich der bekannten Ausnahmen (kumulative Abschottungseffekte, bereits bestehende Marktbeherrschung).

Bei der Finalisierung der Leitlinien sollte die Kommission darüber hinaus besonderes Augenmerk auf rechtliche Klarheit legen und vage oder unbestimmte Konzepte und Begrifflichkeiten vermeiden, die es Unternehmen erschweren, potenzielle regulatorische Hindernisse für Transaktionen vorhersehbar zu beurteilen und ihre Transaktionen entsprechend zu planen.

Bitkom vertritt mehr als 2.300 Mitgliedsunternehmen aus der digitalen Wirtschaft. Sie generieren in Deutschland gut 200 Milliarden Euro Umsatz mit digitalen Technologien und Lösungen und beschäftigen mehr als 2 Millionen Menschen. Zu den Mitgliedern zählen mehr als 1.000 Mittelständler, über 700 Startups und nahezu alle Global Player. Sie bieten Software, IT-Services, Telekommunikations- oder Internetdienste an, stellen Geräte und Bauteile her, sind im Bereich der digitalen Medien tätig, kreieren Content, bieten Plattformen an oder sind in anderer Weise Teil der digitalen Wirtschaft. 82 Prozent der im Bitkom engagierten Unternehmen haben ihren Hauptsitz in Deutschland, weitere 8 Prozent kommen aus dem restlichen Europa und 7 Prozent aus den USA. 3 Prozent stammen aus anderen Regionen der Welt. Bitkom fördert und treibt die digitale Transformation der deutschen Wirtschaft und setzt sich für eine breite gesellschaftliche Teilhabe an den digitalen Entwicklungen ein. Ziel ist es, Deutschland zu einem leistungsfähigen und souveränen Digitalstandort zu machen.

Herausgeber

Bitkom e.V.
Albrechtstr. 10 | 10117 Berlin

Ansprechpartner

Julia Tas | Legal Counsel
T +49 30 27576-335 | j.tas@bitkom.org

Verantwortliches Bitkom-Gremium

AK Wettbewerbs- und Verbraucherrecht

Copyright

Bitkom 2026

Diese Publikation stellt eine allgemeine unverbindliche Information dar. Die Inhalte spiegeln die Auffassung im Bitkom zum Zeitpunkt der Veröffentlichung wider. Obwohl die Informationen mit größtmöglicher Sorgfalt erstellt wurden, besteht kein Anspruch auf sachliche Richtigkeit, Vollständigkeit und/oder Aktualität, insbesondere kann diese Publikation nicht den besonderen Umständen des Einzelfalles Rechnung tragen. Eine Verwendung liegt daher in der eigenen Verantwortung des Lesers. Jegliche Haftung wird ausgeschlossen. Alle Rechte, auch der auszugsweisen Vervielfältigung, liegen beim Bitkom oder den jeweiligen Rechteinhabern.