

I. ABHANDLUNGEN

Torsten Körber, Jena

Die Leitlinien der Kommission zur Bewertung nicht-horizontaler Zusammenschlüsse

Am 28.11.2007 hat die Kommission ihre Leitlinien für nicht-horizontale (d.h. vertikale und konglomerate) Zusammenschlüsse veröffentlicht¹⁾. Mehr als drei Jahre nach Veröffentlichung ihrer Horizontalleitlinien²⁾ möchte sie damit „den Unternehmen klare, eindeutige Orientierungshilfen an die Hand ... geben“³⁾. Diese Orientierung wurde mit Spannung erwartet, nachdem der Fall *General Electric (GE)* grundsätzliche Differenzen zur US-Praxis offenbart und die Rechtsprechung in *Tetra Laval*⁴⁾ und der *GE*⁵⁾ sehr hohe Anforderungen an den Nachweis wettbewerbswideriger Wirkungen solcher Zusammenschlüsse gestellt hatte. Der Endfassung der Leitlinien war am 13.2.2007 ein Entwurf vorausgegangen⁶⁾, den die Kommission zur öffentlichen Diskussion gestellt hatte. Die zahlreichen Stellungnahmen⁷⁾ hat die Kommission zum Anlass für einige Detailkorrekturen, nicht aber für grundlegende Änderungen genommen. Auch in der Endfassung bleiben die Behandlung der Effizienzvorteile, des Verhältnisses zu Art. 82 EG und insbesondere der Darlegungs- und Beweislast problematisch.

I. Einleitung

Im Einleitungsteil der Richtlinien umreißt die Kommission zunächst den allgemeinen Rahmen. Sie definiert Schlüsselbegriffe⁸⁾ und macht von Anfang an deutlich, dass sie die neuen Leitlinien (nur) als Ergänzung zu ihren Horizontalleitlinien versteht (Tz. 6). Die Kommission betont insoweit zu Recht, dass ein und derselbe Zusammenschluss oft horizontale und nicht-horizontale Aspekte umfasse (Tz. 7) und dass die Grenzen zwischen horizontalen, vertikalen und konglomeraten Zusammenschlüssen fließend seien (Fn. 5). Die Kommission ist erkennbar um eine kohärente Praxis bemüht, was ihr insbesondere in Bezug auf die Effizienzanalyse erhebliche Schelte eingebracht hat⁹⁾. Zusammenschlüsse mit potenziellen Wettbewerbern zählt die Kommission angesichts ihrer primär horizontalen Wirkungen zu den horizontalen Zusammenschlüssen¹⁰⁾. Sie werden daher

Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Kartellrecht, Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena.

1) <http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/nonhorizontalguidelines.pdf> (zurzeit nur in englischer Sprache verfügbar). Funktionierende Links zu den zitierten Dokumenten, Entscheidungen und Stellungnahmen auch unter www.fkvo.eu.

2) ABIEG 2004, C 31/5 vom 5. 2. 2004.

3) Wettbewerbskommissarin Kroes, Pressemitteilung IP-07-1870 der Kommission vom 28. 11. 2007.

4) EuG, 25. 10. 2002, Rs. T-5/02, Slg 2002, II-4381 – *Tetra Laval BV/Kommission* = WuW/E EU-R 585; EuGH, 15. 2. 2005, Rs. C-12/03 – *Tetra-Laval/Kommission* = WuW/E EU-R 875.

5) EuG, 14. 12. 2005, T-210/01, Slg. 2005, II-5575 – *GE/Kommission* = WuW/E EU-R 977; dazu von Bonin, *Vertikale und konglomerate Zusammenschlüsse nach dem Urteil GE/Kommission*, WuW 2006, 466 ff.

6) http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/non_horizontal_guidelines.pdf; dazu Denzell/Hermann, *Der Leitlinienentwurf der Europäischen Kommission zur Bewertung nicht-horizontaler Zusammenschlüsse: Post-Chicago-Ansätze in Brüssel?*, WuW 2007, 566 ff.

7) http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/non_horizontal_consultation.html.

8) Z.B. vertikale/konglomerate Zusammenschlüsse (Tz. 4/5); concentration (Fn. 2); upstream/downstream (Fn. 4); increased prices (Fn. 8); complementary (Fn. 10).

9) Dazu noch unten VI.1.

10) Dazu Immenga/Körber, in: Immenga/Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht*, 4. Aufl. 2007, Art. 2 FKVO Rdn. 519.

nicht in den neuen Leitlinien, sondern schon in Tz. 5 und 58 ff. der Horizontalleitlinien behandelt¹¹⁾.

II. Überblick

1. Ziel: Schutz des Wettbewerbs und letztlich Konsumentenwohlfahrt

Die Kommission beschreibt es als Ziel der Fusionskontrolle, zu verhindern, dass den Verbrauchern die Vorteile wirksamen Wettbewerbs durch Zusammenschlüsse vorenthalten würden¹²⁾. Sie hat sich damit (wie schon in den Horizontalleitlinien) dem politischen Leitziel der Konsumentenwohlfahrt verschrieben¹³⁾. Trotzdem fällt auf, dass die neuen Leitlinien insoweit deutlich vorsichtiger formuliert sind als beispielsweise das ICN Merger Guidelines Workbook 2006, das den Wettbewerb noch nicht einmal mehr als Zwischenziel auf dem Weg zur Konsumentenwohlfahrt hervorhebt¹⁴⁾. Die einseitige Fokussierung allein auf die Konsumentenwohlfahrt wird – obgleich zur Zeit politisch in Mode – zu Recht heftig kritisiert, weil es in erster Linie der Wettbewerb ist, durch den die Verbraucher ihre Interessen definieren und der sicherstellt, dass die Verbraucher an fusionsbedingten Effizienzvorteilen beteiligt werden¹⁵⁾. Eine Ausrichtung allein auf die Konsumentenwohlfahrt ist nicht nur aus wettbewerbspolitischer Sicht abzulehnen. Sie findet auch keinen hinreichenden Anhalt im Normwortlaut der FKVO 139/2004 und in der Rechtsprechung des EuGH¹⁶⁾.

2. Grundsatz: Wettbewerbsbehinderung weniger wahrscheinlich, aber möglich

Nach dieser Zielbestimmung setzt die Kommission den Grundtenor der Leitlinien. Sie betont, eine erhebliche Wettbewerbsbehinderung i.S.d. in Art. 2 Abs. 2 und 3 FKVO normierten SIEC-Tests sei bei nicht-horizontalen Zusammenschlüssen generell weniger wahrscheinlich als bei horizontalen (Tz. 11). Dies resultiere *erstens* daraus, dass sie nicht zu einem Verlust unmittelbaren Wettbewerbs führten (Tz. 12). *Zweitens* böten sie einen substantiellen Spielraum für Effizienzvorteile. Vor allem dann, wenn die Beteiligten oder ihre Produkte komplementär seien, ergebe sich die Möglichkeit wettbewerbsfördernder und für die Verbraucher vorteilhafter Wirkungen (Tz. 13 f.). Dem ist im Grundsatz sicher zuzustimmen.

Dann folgen zwei wesentliche Klarstellungen: Die Kommission betont *erstens* ausdrücklich, dass nicht die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf einzelne Wettbewerber, sondern allein diejenigen auf den Wettbewerb insgesamt ausschlaggebend seien („the fact that a merger affects competitors is not in itself a problem“, Tz. 16). Damit tritt sie der in den USA weit verbreiteten Auffassung entgegen, sie schütze anders als die US-Antitrustbehörden nicht den Wettbewerb, sondern die Wettbewerber. In die gleiche Richtung deutet *zweitens*, dass die Kommission gegenüber dem Leitlinienentwurf ausdrücklich klarstellt, dass Effizienzvorteile als solche keine Grundlage für Wettbewerbsbedenken sein könnten (Tz. 16). Sie versucht dadurch offensichtlich, dem – angesichts ihrer Praxis nicht unberechtigten – Bedenken entgegenzutreten, von den Zusammenschlussbeteiligten vorgetragene Effizienzvorteile könnten am Ende i.S.e.

11) Anders (Einordnung unter die non-horizontal mergers) z.B. Abschnitt 4.1 der US Non-Horizontal Merger Guidelines 1984, <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/2614.pdf>.

12) Tz. 10; sehr deutlich auch Tz. 31; zum (weiten) Verbraucherbegriff s. Tz. 16. Die Kommission spricht im Folgenden insbesondere von zu Lasten der Verbraucher „erhöhten Preisen“, weist aber in Fn. 8 darauf hin, dass sie diesen Begriff als Kurzform für verschiedene Arten der Schädigung des Wettbewerbs verwende.

13) Vgl. auch Tz. 15, 16, 72 und 94.

14) Vgl. http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference_5th_capetown_2006/ICN_MergerGuidelinesWorkbook.pdf, Tz. H.2 und H.13.

15) Vgl. etwa Ruppelt, *Nicht-horizontale Zusammenschlüsse besser als horizontale?*, WuW 2007, 219; Basedow, *Konsumentenwohlfahrt und Effizienz – Neue Leitbilder in der Wettbewerbspolitik?*, WuW 2007, 712 ff.; Körber, *GlaxoSmithKline – Parallelhandel mit Medikamenten zwischen Binnenmarktziel, Konsumentenwohlfahrt und Innovationswettbewerb*, ZWeR 2007, 515, 523 f.

16) Vgl. EuGH, 15. 3. 2007, Rs. C-95/04 P, Tz. 106 – *British Airways/Kommission* = WuW/E EU-R 1259.

„efficiency offense“ gegen diese verwendet werden¹⁷⁾. Ob dieser Grundsatz durchzuhalten ist, bleibt freilich abzuwarten.

Trotz ihrer grundsätzlich positiven Haltung gegenüber nicht-horizontalen Zusammenschlüssen betont die Kommission, es könnten durchaus auch Umstände bestehen, unter denen nicht-horizontale Zusammenschlüsse zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führen könnten. Dies sei der Fall, wenn solche Zusammenschlüsse Fähigkeit und Anreiz der Zusammenschlussbeteiligten und ihrer Wettbewerber, sich wirksamen Wettbewerb zu liefern, zu Lasten der Verbraucher veränderten (Tz. 15), namentlich dann, wenn sie einseitigen Marktverschließungspraktiken (foreclosure) Vorschub leisteten (Tz. 18)¹⁸⁾ oder die wettbewerbliche Koordination mit anderen Unternehmen erleichterten (Tz. 19).

Im Rahmen ihrer Prognoseentscheidung über die Vereinbarkeit des Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt berücksichtigt die Kommission deshalb sowohl die möglichen wettbewerbswidrigen Auswirkungen als auch die möglichen positiven Auswirkungen auf Wettbewerb und Verbraucherinteressen, die aus substantiierten Effizienzvorzügen resultieren. Dabei kommt wettbewerblich negativen wie positiven Auswirkungen jeweils umso größeres Gewicht zu je unmitteldbarer und direkter sie aus dem Zusammenschluss resultieren (Tz. 20 f.). Dieses Vorgehen entspricht im Grundsatz dem in Tz. 9 und 12 der Horizontalleitlinien beschriebenen Ansatz. Die Kommission hebt allerdings deutlicher als dort die Relevanz fusionsbedingter Effizienzvorteile hervor.

III. Marktanteil und Konzentration

1. Erfordernis erheblicher Marktmacht

Nochwendige (Tz. 23), aber nicht hinreichende (Tz. 27) Voraussetzung für ein Einschreiten der Kommission gegen einen nicht-horizontalen Zusammenschluss ist, dass die durch den Zusammenschluss entstehende Unternehmenseinheit über erhebliche Marktmacht („a significant degree of market power“) verfügt¹⁹⁾. Dies ist schon deshalb erforderlich, weil die von der Kommission in den Mittelpunkt ihrer Analyse gerückten Marktverschließungsstrategien nicht ohne eine erhebliche Marktmacht auf mindestens einem Markt praktiziert werden können. Die Marktanteile der durch den Zusammenschluss entstehenden Unternehmenseinheit und ihrer Wettbewerber bilden dafür ebenso wie der Konzentrationsgrad nur „useful first indications“ (Tz. 24). Die Kommission hält es deshalb für unangebracht, einen Marktanteil festzulegen, von dem an Wettbewerbsbedenken als wahrscheinlich anzusehen sind (Tz. 27).

2. Safe Harbour-Regelung

Für den umgekehrten Fall normiert die Kommission allerdings einen „safe harbour“. Danach ist grundsätzlich keine intensive Untersuchung angezeigt und ein Vorgehen gegen den Zusammenschluss unwahrscheinlich, wenn der Marktanteil der durch den Zusammenschluss entstehenden Unternehmenseinheit in jedem betroffenen Markt unter 30% liegt und der HHI nach dem Zusammenschluss unter 2000 bleibt²⁰⁾. Diese Marktanteilsschwelle liegt etwas über der in Erwägungs-

17) Diese Klarstellung hatte u.a. die American Bar Association (ABA, oben Fn. 7, S. 7) gefordert. Zur Kommissionspraxis vgl. etwa *Immenga/Kötter*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Art. 2 FKVO Rdn. 353 mit Verweis auf die Entscheidungen *Delta Airlines/PAN AM* (M.130 Tz. 21) und *GE/Honeywell* (M.2220 Tz. 404).

18) Kritisch zur Unterscheidung von „foreclosure“ und „anticompetitive foreclosure“ in den Leitlinien *Bishop, (Fore)Closing the Gap: The Commission's Draft Non-Horizontal Merger Guidelines*, ECLR 2008, 1 f.; s. auch ICC (Fn. 7) S. 6.

19) Der Entwurf sprach hier nur von „market power“. Dies wurde zu Recht kritisiert (vgl. z.B. Stellungnahme von Freshfields, oben Fn. 7, Tz. 4.2) und von der Kommission korrigiert.

20) Tz. 25. Zur Berechnung des HHI vgl. Horizontalleitlinien Tz. 16; ausführlich *Immenga/Kötter*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Art. 2 FKVO Rdn. 251 ff.

grund 32 zur FKVO festgelegten 25%-Schwelle, welche die Kommission auch in Tz. 18 ihrer Horizontalleitlinien anwendet. Sie entspricht der Höhe nach der 30%-Schwelle in Art. 3 der Vertikal-GVO 2790/1999²¹⁾, hat aber anders dieser Schwellenwert keine rechtsverbindliche Wirkung (Tz. 27). In der Literatur wird die 30%-Schwelle teilweise als zu niedrig kritisiert und eine Anhebung (häufig auf 40%) gefordert²²⁾. Sie erscheint in der Tat recht konservativ. Die HHI-Schwelle von 2000 scheint verglichen mit der 1800-Punkte-Schwelle in Tz. 4.131 der US Non-Horizontal Merger Guidelines 1984 großzügig, doch dürfte die US-Schwelle eher Ausdruck der US-Praxis von vor 20 Jahren sein. Vor allem aber erscheint die Aussagekraft des HHI in Bezug auf nicht-horizontale Zusammenschlüsse grundsätzlich zweifelhaft, weil es bei ihnen definitionsgemäß zu keiner Konzentrationssteigerung kommt²³⁾. Die aus der „safe harbour“-Regelung resultierende Rechtsicherheit wird weiter eingeschränkt durch eine Reihe von Ausnahmesituationen, die eine intensivere Untersuchung der Kommission zur Folge haben können (Zusammenschluss mit Unternehmen mit Expansionspotential, erhebliche Querbetätigungen, Zusammenschluss mit einem „Maverick“, Anzeichen für eine Koordinierung²⁴⁾).

IV. Vertikale Zusammenschlüsse

Vertikale Zusammenschlüsse führen anders als horizontale zu keiner unmittelbaren Verminderung des Wettbewerbsdrucks. Durch sie bewirkte Effizienzvorteile können sogar zu einer Wettbewerbsbelebung führen. Der bisherigen Fallpraxis lassen sich trotzdem Umstände entnehmen, unter denen vertikale Zusammenschlüsse zu Wettbewerbsbedenken führen können. Drei Fallgruppen treten hervor: Marktverschließung, Erleichterung kollusiven Verhaltens und Umgehung von Preisregulierungen²⁵⁾. Die Leitlinien unterscheiden dementsprechend nicht-koordinierte, auf Marktverschließung gerichtete (Tz. 29 – 78) und koordinierte Wirkungen (Tz. 79 – 90)²⁶⁾.

1. Nicht-koordinierte Wirkungen: Marktverschließung (foreclosure)

a) Wirkungsbezogener Ansatz

Hinsichtlich der nicht-koordinierten Wirkungen differenziert die Kommission weiter zwischen „input foreclosure“ (Tz. 31-57) und „customer foreclosure“ (Tz. 58 – 78)²⁷⁾. Die von der Kommission eher beiläufig in Fn. 22 erwähnten rechtlichen Anknüpfungspunkte dafür finden sich in Art. 2 Abs. 1 lit. b FKVO („Wahlmöglichkeiten der Lieferanten und Abnehmer“, „Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten“). Hinter diesen „Marktverschließungsansatz“ steht der Gedanke, dass ein vertikaler Zusammenschluss die neue Unternehmenseinheit in die Lage versetzen kann, ihre Wettbewerber von Absatz- bzw. Bezugsmöglichkeiten abzuschneiden bzw. vertraglich zu benachteiligen und dadurch ihre Kosten zu erhöhen. Aktuelle oder potentielle Wettbewerber auf dem vor- oder nachgelagerten Markt könnten sich hierdurch an einer Expansion oder am Marktzutritt gehindert bzw. zum Marktaustritt gezwungen sehen²⁸⁾. Dies könnte zu einer Verschlechter-

21) ABIC 1999 L 336/21. Text auch abrufbar über www.kartellverfahren.eu.

22) *Bishop*, ECLR 2008, 1, 2 (mit Hinweis darauf, dass ein zu niedriger Schwellenwert spekulativen Klagen durch Wettbewerber Vorschub leisten); ICC (Fn. 7), S. 10 f.; Studienvereinbarung Kartellrecht, Tz. 10; BDI und DIHK, S. 2; insoweit der Kommission zustimmend *Ruppelt*, WuW 2007, 219.

23) Die Horizontalleitlinien halten sogar einen HHI über 2000 für unbedenklich, wenn der (die Konzentrationsänderung ausstrickende) Deltawert unter 150 liegt (Tz. 20). Bei nicht-horizontalen Zusammenschlüssen ist letzteres definitionsgemäß immer der Fall, dazu auch Studienvereinbarung Kartellrecht (Fn. 7) Tz. 9.

24) Tz. 26. Insoweit kritisch *Denzel/Hermann*, WuW 2007, 566, 577; *ABA* (Fn. 7), S. 10; ICC, S. 11.

25) Vgl. *Immenga/Kötter*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Art. 2 FKVO Rdn. 504 ff.

26) Die dritte Fallgruppe findet etwas varietät in Tz. 20 a.F. ebenfalls Anhang.

27) An der Tragfähigkeit des „consumer foreclosure“-Ansatzes zweifelt *Denzel/Hermann*, WuW 2007, 576 f. 28) Die Kommission betont, dass ein solches Ausschneiden aus dem Markt nicht erforderlich sei, um eine Marktverschließung anzunehmen (Tz. 31, 58).

rung der Marktstruktur, weniger Wettbewerbsdruck und letztlich dazu führen, dass die Verbraucherpreise steigen (Tz. 29 ff., 58). Die Kommission fokussiert ihre Aufmerksamkeit allerdings weniger auf die Marktstruktur als auf Marktvverhalten und Marktergebnisse. Sie verfolgt einen im Trend des „more economic approach“ liegenden wirkungsbezogenen Ansatz (neudeutsch: „effects based-approach“) und unterstreicht in Tz. 31 nochmals den Konsumentenwohlfahrts-Ansatz: „The relevant benchmark is whether the increased input costs would lead to higher prices for consumers“.

b) Dreistufiger Test

Im Einzelnen wendet die Kommission einen auch von der Rechtsprechung im Grundgesetz anerkannten dreistufigen Test an: die neue Einheit muss danach *erstens* zur Umsetzung der betroffenen Marktverschließungspraktiken in der Lage sein („ability“), *zweitens* muss sie diese Praktiken nach dem Zusammenschluss wahrscheinlich an den Tag legen („incentive“) und *drittens* muss sich dies wahrscheinlich negativ i. S. d. SIEC-Tests (Art. 2 FKVO) auf den Wettbewerb auswirken („impact“)²⁹⁾.

Notwendige, aber nicht hinreichende Voraussetzung für das „ability“-Erfordernis ist eine erhebliche Marktmacht der neuen Einheit auf dem vor- oder nachgelagerten Markt, d.h. erhebliche Angebotsmacht (für „input foreclosure“, Tz. 35) oder Nachfragemacht (für „customer foreclosure“, Tz. 61). Eine solche Machtposition kann nur dann i. S. e. Marktverschließungsstrategie ausgenutzt werden, wenn hinreichender Wettbewerbsdruck durch alternative (insbesondere ebenfalls vertikal integrierte) Anbieter oder Nachfrager fehlt (Tz. 37, 61/66) und wenn den potentiellen „Opfern“ keine effektiven und zeitnahen Gegenmaßnahmen zur Verfügung stehen (Tz. 39, 67). Die Fähigkeit zur Marktverschließung kann durch Marktbesonderheiten (z.B. Skalen- oder Netzeffekte) gefördert werden (Tz. 62 ff.).

Marktverschließungsstrategien sind nach Auffassung der Kommission nur wahrscheinlich, wenn sie für die neue Unternehmensentität profitabel wären und deshalb ein hinreichender Anreiz („incentive“) dafür besteht. Insoweit müsste das Unternehmen im Falle einer „input foreclosure“-Strategie die möglichen Verluste auf dem vorgelagerten Markt mit möglichen Gewinnsteigerungen auf dem nachgelagerten Markt abwägen (Tz. 40 ff.)³⁰⁾. Entsprechendes gelte mit umgekehrtem Vorzeichen für eine „customer foreclosure“-Strategie (Tz. 68 ff.). Wenn dafür ein bestimmtes Verhalten erforderlich sei, berücksichtige die Kommission im Wege einer summarischen Prüfung auch negative Anreize. Demotivierend könne u. a. wirken, dass das Verhalten eindeutig oder hochwahrscheinlich durch das Gemeinschaftsrecht (d.h. durch Art. 82 EG) verboten sei, dass der Verstoß wahrscheinlich aufgedeckt würde und dass insoweit Sanktionen drohen (Tz. 46, 71).

Schließlich untersucht die Kommission die wahrscheinlichen Auswirkungen einer solchen Strategie auf den wirksamen Wettbewerbsdruck („impact“). Dabei ist für sie letztlich entscheidend, ob für die Verbraucher nachteilige Preissteigerungen zu erwarten sind (Tz. 31, 47, 72). Um dies zu prognostizieren, analysiert die Kommission, ob der Zusammenschluss es der neuen Einheit ermöglicht, die Kosten maßgeblicher oder besonders aggressiver Wettbewerber zu erhöhen bzw. diese sogar vom Markt zu drängen oder fernzuhalten (Tz. 40 ff., 74 f.). Andererseits berücksichtigt sie gegenwärtige Faktoren wie bestehende Nachfragemacht oder die Wahrscheinlichkeit des Marktzutritts neuer Wettbewerber (Tz. 51, 76), vor allem aber die durch den Zusammenschluss ermöglichten Effizienzvorteile (Tz. 52 ff., 77).

²⁹⁾ Vgl. Tz. 15, 32, 59 und 94. S. zuletzt EuG, 14. 12. 2005, T-2/10/01, Slg. 2005, II-5575 Tz. 327 – GE/Kommission = WuW/EU-R:9777; vgl. auch ICN Handbook 2006 (Fn. 14), Tz. H.9.

³⁰⁾ Insoweit kritisch BDI und DfHK (Fn. 7) Tz. 6 mit dem Hinweis, auch den Unternehmen fehlen die für eine solche Abwägung erforderlichen Daten. Die durch die Kapitalmärkte abgesicherte „profit center“-Struktur moderner Unternehmen lasse es zudem äußerst unwahrscheinlich erscheinen, dass ein Unternehmensbereich zum Vorteil eines anderen auf Profite verzichte.

c) Berücksichtigung von Effizienzvorteilen

Die Kommission nimmt ihre wettbewerbliche Analyse „im Lichte der von den Zusammenschlussbeteiligten substantiierten Effizienzen“ vor (Tz. 52). Sie behält sich vor („may decide“), den Zusammenschluss für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt zu erklären, „when the Commission is in a position to conclude on the basis of sufficient evidence that the efficiencies generated by the merger are likely to enhance the ability and incentive of the merged parties to act pro-competitively for the benefit of consumers, thereby counteracting the adverse effects on competition which the merger might otherwise have“ (Tz. 52). Ob dies der Fall ist, bewertet die Kommission im Grundsatz nach den in Abschnitt VII der Horizontalleitlinien beschriebenen Maßstäben. Danach müssen die Effizienzvorteile (kumulativ) den Verbrauchern zugute kommen, fusionspezifisch und überprüfbar sein (Tz. 53). Ergänzend werden knapp einige vor allem bei vertikalen Zusammenschlüssen in Betracht kommende Effizienzvorteile beschrieben (Internalisierung von „double mark-ups“, bessere Koordinierung von Produktion und Vertrieb, Investitionsanreize, Tz. 54 ff.).

2. Weitere nicht-koordinierte Wirkung: Zugang zu Informationen

Neben den ausführlich erörterten Marktverschließungspraktiken kommt die Kommission in Tz. 78 noch kurz auf die Gefahr zu sprechen, dass die neue Einheit Zugang zu sensiblen Informationen in Bezug auf die Aktivitäten ihrer Wettbewerber auf vor- oder nachgelagerten Märkten erlangen könnte. Dieser Aspekt hat auch die US-Praxis beschäftigt³¹⁾.

3. Koordinierte Wirkungen

Ebenfalls in Parallele zu den Horizontalleitlinien erörtert die Kommission abschließend mögliche koordinierte Wirkungen vertikaler Zusammenschlüsse (Tz. 79 ff.). Sie knüpft dazu an die vom EuG in der *Airtours*-Entscheidung entwickelten Kriterien (Markttransparenz, Existenz wirksamer Abschreckungsmechanismen, unzureichender Außenwettbewerb) an³²⁾. Eine Erleichterung der Verhaltensabstimmung zwischen Unternehmen komme insbesondere dann in Betracht, wenn durch den Zusammenschluss die Zahl der Wettbewerber sinke (Tz. 83), wenn die Symmetrie zwischen den Unternehmen steige (Tz. 84) oder wenn ein „Maverick“ (Tz. 85) oder ein „disruptive buyer“ (Tz. 90) eliminiert werde. Natürlich kann vertikale Integration auch den gegenteiligen Effekt haben und zu mehr Asymmetrie und Wettbewerb aufgrund erschwelter Abstimmung führen (so jetzt auch Fn. 81). Dieses Szenario wurde in der Kritik am Leitlinienentwurf sogar für deutlich wahrscheinlicher, die Möglichkeit einer durch einen vertikalen Zusammenschluss erleichterten Koordinierung dagegen verneint für eher theoretisch erachtet³³⁾.

V. Konglomerate Zusammenschlüsse

Die kartellrechtliche Bewertung konglomerater Zusammenschlüsse ist in Wissenschaft und Praxis ausgesprochen umstritten³⁴⁾. Die US-Kartellbehörden halten

³¹⁾ Dazu ABA (Fn. 7), S. 16 (zur Lösung in der US-Praxis durch Implementierung durch Chinese Walls) und *Denzel/Henneman*, WuW 2007, 566, 577, an den längerfristigen „Tragfähigkeit dieses Aspekts zweifelnd BDI und IfHK (Fn. 7), S. 5.

³²⁾ Tz. 81 ff. vgl. EuG, 6. 6. 2002, Rs. T-342/99, Slg. 2002, II-2585 Tz. 62 – *Airtours*/Kommission = WuW/EU-R:559.

³³⁾ Vgl. ABA (Fn. 7), S. 16 f. („Vertical mergers have rarely (if ever) been blocked out of a concern about increased likelihood of coordination at one level“); ICC, S. 8 („extremely unlikely“); Jinklaters, S. 6.

³⁴⁾ Vgl. nur Diskussionspapier „Konglomerate Zusammenschlüsse in der Fusionskontrolle – Bestandsaufnahme und Ausblick“ des Bkarta aus dem Jahre 2006 http://www.bundeskartellamt.de/wirtschaft/download/pdf/Diskussionsbeitraege/060830_AK_Kartellrecht.pdf und den Tagungsbericht von dazu *Bassek*, WuW 2007, 38 ff.; sehr zurückhaltend auch ICN Merger Handbook 2006 (Fn. 14), H.12 ff.

konglomerate Zusammenschlüsse für grundsätzlich unbedenklich. BKarta und Kommission nehmen eine skeptischere Haltung ein³⁵⁾.

1. Nicht-koordinierte Wirkungen: Marktmachttransfer durch Bündlungsstrategien

Das EuG hat konglomerate Zusammenschlüsse in seiner GE-Entscheidung als im Allgemeinen nicht wettbewerbswidrig angesehen, aber nicht ausgeschlossen, dass dies in bestimmten Fällen auch anders sein könne³⁶⁾. Von diesem Grundsatz geht auch die Kommission aus. Sie untersucht in ihren Leitlinien wie schon bei den vertikalen Zusammenschlüssen vor allem Marktverschließungseffekte (foreclosure), wobei sie ihr besonderes Augenmerk auf Koppelungs- und Bündlungsstrategien (tying, bundling)³⁷⁾ und auf den potentiell dadurch bewirkten Marktmachttransfer (leveraging) richtet (Tz. 91 ff.)³⁸⁾. Die Kommission wendet zur Ermittlung dieser nicht-koordinierten Wirkungen den bekannten dreistufigen Test (ability, incentive, impact) an. Entscheidend soll letztlich auch hier sein, ob der Zusammenschluss wahrscheinlich zu einer Wettbewerbsbeschränkung führt, die für die Verbraucher nachteilig ist (Tz. 94).

Die Kommission hat in der Endfassung der Leitlinien ausdrücklich klargestellt, dass die Fähigkeit zu einer Leveraging-Strategie („ability“) erhebliche Marktmacht der neuen Einheit auf dem Markt für mindestens eines der beiden gekoppelten oder gebündelten Produkte voraussetzt („must have“, Tz. 99). Notwendig sei ferner eine große Kundengruppe, die dahin tendiere, beide Produkte zusammen zu erwerben, was besonders bei komplementären Produkten nahe liege (Tz. 100, 104). Besondere Umstände wie Skalen- oder Netzeffekte könnten solche Strategien erleichtern (Tz. 101). Gegenmaßnahmen wie eine Kooperation konkurrierender Einn-Produkt-Unternehmen könnten sie erschweren³⁹⁾. Der Befund, dass die neue Einheit über ein breites Produktportfolio verfügen würde, löse für sich genommen keine wettbewerbslichen Bedenken aus (Tz. 104). Damit signalisiert die Kommission (wie schon in Tz. 14) eine deutlich positivere Einstellung gegenüber sog. Portfolio-Effekten⁴⁰⁾. Der Aspekt der Verstärkung der Finanzkraft („deep pocket“) wird nicht angesprochen.

Entscheidend für die Wahrscheinlichkeit einer Marktmachttransferstrategie ist nach Einschätzung der Kommission, dass sie für die neue Einheit profitabel wäre und deshalb ein hinreichender Anreiz („incentive“) dafür besteht (Tz. 105). Dagegen könne insbesondere sprechen, dass Bündlungs- und Koppelungsstrategien zu Verlusten führen könnten, wenn eine erhebliche Anzahl der Kunden nicht an dem kombinierten Produkt interessiert sei (Tz. 106 ff.). Demotivierend wirke ferner, dass eine solche Strategie möglicherweise verboten sei (Tz. 110). Andererseits könne sie langfristig lohnend erscheinen, um bestehende Marktmacht zu erhalten oder auf einen weiteren Markt zu transferieren (Tz. 108). Für die Beurteilung der Wahrscheinlichkeit einer solchen Strategie könnten auch frühere Verhalten oder interne Dokumente der Parteien herangezogen werden (Tz. 109).

Mit Blick auf die möglichen wettbewerbswidrigen Wirkungen („impact“) unterstreicht die Kommission erneut, dass Umsatzeinbußen der Wettbewerber für sich genommen kein Problem seien. Ausschlaggebend sei die Herabsetzung der Wettbewerbsfähigkeit oder des Wettbewerbsanreizes der aktuellen oder potentiellen Konkurrenten (Tz. 111), z.B. durch die Notwendigkeit, parallel in beide Märkte einzutreten (Tz. 112). Andererseits sei ein Absinken des Wettbewerbsdrucks un-

35) Vgl. Überblick im Diskussionspapier des BKarta (Fn. 34), S. 2 ff.; zu US-Recht auch ABA (Fn. 7), S. 18.

36) EuG, 14. 12. 2005, T-2/10/01, Slg. 2005, I-5575 Tz. 65 – GE/Kommission = WuW/EuR 977.

37) Vgl. Definition verschiedener Varianten (technical/contractual/tying, pure/mixed bundling) in Tz. 96 f.

38) Dazu auch Immenga/Köhler, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 2 FKVO Rdn. 523 ff.

39) Tz. 103 mit Verweis auf Fall M.3304, GE/Amer sham (2004), Tz. 39.

40) Die Bewertung dieser Effekte bleibt insgesamt trotzdem unklar, vgl. dazu aus jüngerer Zeit den Fall M.3732, P&G/Gillette, Tz. 131 ff.; Immenga/Köhler, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 2 FKVO Rdn. 520.

wahrscheinlich, solange effiziente Wettbewerber auf dem Markt existierten (Tz. 113). Die Kommission berücksichtigt gegengewichtige Faktoren wie bestehende Nachfragemacht oder die Wahrscheinlichkeit des Marktzutritts neuer Wettbewerber (Tz. 114). Die wettbewerbsliche Analyse erfolgt auch hier, im Lichte der von den Parteien substantiierten Effizienzen (Tz. 115). Die Kommission erwähnt insoweit insbesondere den „Cournot Effekt“ (Tz. 117) und Economies of Scope (Tz. 118). Sie betont allerdings, dass vergleichbare Economies of Scope oftmals auch ohne Bündlungsstrategien erreicht werden könnten. Sie seien daher notwendig, aber nicht ausreichend, um eine solche Strategie zu rechtfertigen („to provide an efficiency justification“, Tz. 118).

2. Koordinierte Wirkungen

In Parallele zu ihren Horizontalleitlinien und zu Tz. 79 ff. erörtert die Kommission abschließend potenzielle koordinierte Wirkungen konglomerater Zusammenschlüsse (Tz. 119 ff.). Neben der Möglichkeit einer Reduzierung der Zahl effektiver Wettbewerber betont sie etwas kryptisch, dass sich auch die am Markt verbleibenden Wettbewerber durch den Zusammenschluss „in einer verletzlichen Situation wiederfinden“ könnten (Tz. 120)⁴¹⁾. Zudem könne zusammenschlussbedingter Multimarkt-Wettbewerb die Wirksamkeit von Abschreckungsmechanismen steigern (Tz. 121)⁴²⁾. Realistisch betrachtet dürfte es der Kommission bei konglomeraten Zusammenschlüssen freilich noch seltener als bei vertikalen gelingen, mit einer den Rechtsprechungsanforderungen genügenden Wahrscheinlichkeit solche Wirkungen zu prognostizieren⁴³⁾.

VI. Bewertung

Der Prüfansatz der Kommission kann – abgesehen von der bereits reflektierten Detailkritik und den berechtigten Zweifeln am praktischen Gewicht koordinierter Wirkungen – in grundsätzlicher Weise in Frage gestellt werden. Dabei treten drei miteinander verbundene Kritiklinien hervor: *erstens* die Berücksichtigung und Gewichtung der Effizienzvorteile, *zweitens* die (weitgehend fehlenden) Ausführungen zur Darlegungs- und Beweislast der Kommission und *drittens* das Verhältnis der Zusammenschlusskontrolle zur Verhaltenskontrolle nach Art. 82 EG. Diese Kritiklinien betreffen die Bewertung vertikaler und erst Recht konglomerater Zusammenschlüsse, die seitens der Kommission grundsätzlich nach dem gleichen, weniger auf die Marktstruktur als auf Marktverhalten und Marktergebnisse gerichteten Test erfolgt.

1. Bewertung der Effizienzvorteile nicht-horizontaler Zusammenschlüsse

a) Falscher Ausgangspunkt?

In Stellungnahmen zum Leitlinienentwurf ist heftig kritisiert worden, dass die Leitlinien schon in ihrer Grundtendenz „zu vege“ seien und nicht hinreichend die „fundamentalen Unterschiede“ zwischen horizontalen und nicht-horizontalen Zusammenschlüssen reflektierten⁴⁴⁾. Bei nicht-horizontalen Zusammenschlüssen seien wettbewerbsfördernde Effizienzvorteile als Ziel und Wirkung die Regel, Wettbewerbsbeschränkungen dagegen die Ausnahme. Im Gegensatz dazu richte die Kommission ihre Aufmerksamkeit zuerst und vorrangig auf mögliche Wettbewerbsbeschränkungen und berücksichtige Effizienzvorteile nur im Sinne eines Gegengewichts⁴⁵⁾. Schon der Umstand, dass die Kommission überhaupt se-

41) Vgl. hierzu die berechtigte Kritik der ABA (Fn. 7), S. 21 und der ICC, S. 9.

42) Zu Multimarktbeziehungen vgl. Immenga/Köhler, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 2 FKVO Rdn. 448.

43) Vgl. dazu beispielhaft die Kritik der ICC (Fn. 7), S. 9.

44) Vgl. Bishop/Lefano/Rosoff, „Turning the Tables: Why Vertical and Conglomerate Mergers are Different“, ECLR 2006, 403 f.; Studienvereinigung Kartellrecht (Fn. 7), Tz. 5 ff.

45) Vgl. Bishop, ECLR 2006, 1; ABA (Fn. 7), S. 6; ICC, S. 1 f.; Studienvereinigung Kartellrecht, Tz. 7.

parate Leitlinien zur Bewertung nicht-horizontaler Zusammenschlüsse veröffentlicht habe (während in den USA seit 1984 insoweit nichts mehr geschehen sei), könne vor diesem Hintergrund von potentiell wettbewerbsfördernden Zusammenschlüssen abstrahiert⁴⁶⁾. Mit gleichem Fazit, aber entgegengesetzter Begründung wird der Kommission freilich auch vorgehalten, dass separate Nicht-Horizontalleitlinien gerade deshalb überflüssig seien, weil eine grundsätzliche Unterscheidung verschiedener Zusammenschlüssen weder ökonomisch noch rechtspolitisch sinnvoll sei und Zusammenschlüsse von Mehrproduktunternehmen in der Praxis ohnehin regelmäßig beide Aspekte aufwiesen⁴⁷⁾.

Es liegt auf der Hand, dass nicht-horizontale Zusammenschlüsse tendenziell weniger bedenklich sind als horizontale, schon weil sie nicht zu einem unmittelbaren Verlust von Wettbewerb führen. Auch dürfen die Beteiligten regelmäßig Effizienzvorteile anstreben. Dass diese Vorteile dann auch tatsächlich eintreten, ist allerdings – insbesondere bei konglomeraten Zusammenschlüssen – alles andere als empirisch gesichert. Eine gesicherte Rechtsgrundlage für die Berücksichtigung solcher Effizienzvorteile in der Fusionskontrolle fehlt zudem⁴⁸⁾ ebenso wie eine hinreichend breite Fallbasis⁴⁹⁾. Die Kommission muss erst entsprechende Erfahrungen sammeln⁵⁰⁾. Sie tut daher gut daran, in den Leitlinien nicht primär ein Loblied auf die Effizienzvorteile nicht-horizontaler Zusammenschlüsse zu singen, sondern ihr Interesse in erster Linie auf die ihr von Art. 2 FKVO gestellte Aufgabe zu richten, nach dem dort (übrigens für alle Zusammenschlüssen) normierten Kriterien zu ermitteln, ob der Zusammenschluss zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führt. Dass diese rechtlichen Maßstäbe im Text der Leitlinien allzu sehr hinter (zudem oft vorsichtig und vage formulierten) ökonomischen Überlegungen zurücktreten, steht auf einem anderen Blatt.

b) Zweistufige oder integrierte Prüfung der Effizienzvorteile?

Verbreitet wird ein in den Leitlinien zum Ausdruck kommendes „zweistufiges Vorgehen“ der Kommission (1. Ermittlung möglicher Wettbewerbsbeschränkungen, 2. efficiency defense) kritisiert. Stattdessen wird ein integrierter Test gefordert, weil es oft ein und dieselben Aspekte seien, die wettbewerbliche Vor- und Nachteile des Zusammenschlusses begründeten⁵¹⁾. Zudem passen die in den Horizontalleitlinien für die Bewertung der Effizienzvorteile aufgestellten Kriterien nicht für vertikale und konglomerate Zusammenschlüsse; insbesondere sei nicht einzusehen, warum in der Summe der Konsumentenwohlfahrt dienende Zusammenschlüsse nur deshalb untersagt werden sollten, weil die durch sie erreichten Effizienzvorteile nicht fusionsspezifisch seien, sondern – rein theoretisch – auch auf andere Weise erreicht werden könnten⁵²⁾. Eine entgegen gesetzte Richtung wird moniert, Effizienzergänzungen seien durch die hohen Eingriffsschwellen bereits „in die Fusionskontrolle integriert“. Die Steigerung der Effizienz eines Unternehmens, das keinem wirksamen Wettbewerb mehr ausgesetzt sei, sei für Wettbewerb wie Verbraucher schädlich und könne den Zusammenschluss nicht rechtfertigen⁵³⁾.

46) Vgl. *Sveditchini*, Assessment of the Non-Horizontal Mergers: Is there a Chance for the Efficiency Defence in EC Merger Control, ECLR 2007, 529, 537.

47) *Ruppel*, WuW 2007, 219. Die Auslegungssatzsätze des Bundeskartellamtes trennen in der Fassung von 2005 nicht nach Zusammenschlüssen (abruhar über www.RkV.de, neue Fassung in Vorberatung).

48) Klar darauf bezogen ist lediglich der rechtlich unverbindliche Erwägungsgrund 29 zur FKVO, vgl. eingehend *Immenga/Köhler*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Art. 2 FKVO Rdn. 357 ff.

49) Die Fallbasis ist bisher schmal, vgl. etwa die Entscheidung Inco/Falconbridge (Nr. 4000 Tz. 529 ff.), in der die Kommission Effizienzen erörtert, aber letztlich als nicht fusionspezifisch bewertet hat.

50) Vgl. *Sveditchini*, ECLR 2007, 529, 532 f.

51) Vgl. etwa *Bishop/Lefron/Rosati*, ECLR 2006, 403, 405; *Bishop*, ECLR 2006, 1 f.; ADA (Fn. 7), S. 6.

52) Vgl. Linklaters (Fn. 7), S. 3 f.; AEDC, Tz. 12. Vgl. auch *Sveditchini*, ECLR 2007, 529, 531 (Kritik an zu starker Fixierung auf Kosteneffizienz und Vernachlässigung (dynamischer) Effizienzen sowie an der Übertragung vager formulierter zeitlicher Kriterien auf die Nicht-Horizontalleitlinien).

53) *Ruppel*, WuW 2007, 219.

Hierzu ist anzumerken, dass die Leitlinien keineswegs zwingend als Ausdruck einer zweigeteilten Prüfung zu verstehen sind. Die Kommission betrachtet nach eigener Aussage die wettbewerblichen Wirkungen des Zusammenschlusses im Lichte der dadurch bewirkten Effizienzen⁵⁴⁾. Dies deutet trotz einzelner missverständlicher Formulierungen (z.B. Tz. 118: „efficiency justification“) eher auf einen integrierten Ansatz. Ein solcher Ansatz lässt sich allerdings sprachlich schwer darstellen, was die genannte – und dadurch übersichtlichere – Erläuterung von Wettbewerbsbedenken und Effizienzapakten erklären mag. Insbesondere darf auch nicht außer Acht gelassen werden, dass Effizienzvorteile nur dann berücksichtigungsfähig sind, wenn sie geeignet sind, den Wettbewerb zu fördern (Tz. 52). Legt man diesen wettbewerblichen Maßstab an, so ist die Effizienzanalyse zwingend bereits in die wettbewerbliche Bewertung integriert. Auch bleibt die Fusionspezifität der Effizienzvorteile zwar für ihre Gewichtung relevant. Doch dürfte es keine *conditio sine qua non* für ihre Berücksichtigung sein, dass sie ausschließlich durch den Zusammenschluss erreicht werden können. Eine von dieser wettbewerblichen Analyse getrennte „efficiency defense“, die darauf hinausläuft, per saldo wettbewerbsbeschränkende Zusammenschlüsse unbeanstandet zu lassen, nur weil die neue Einheit dadurch möglicherweise effizienter würde, ist abzulehnen. Dies gilt umso mehr, als langfristig nur wirksamer Wettbewerb sicherstellen kann, dass durch den Zusammenschluss erreichte Effizienzvorteile auch an die Verbraucher weitergegeben werden⁵⁵⁾.

c) Zu strenge Darlegungs- und Beweisforderungen an die Beteiligten?

In zahlreichen Stellungnahmen zum Leitlinienentwurf werden zu hohe Anforderungen der Kommission an den Nachweis der Effizienzvorteile durch die Zusammenschlussbeteiligten bemängelt. Die Kommission messe mit zweierlei Maß: Sie berücksichtige Effizienzvorteile nur, wenn sie von den Beteiligten substantiiert und hinreichend nachgewiesen worden seien⁵⁶⁾, während entsprechende strenge Maßstäbe für den Nachweis möglicher Wettbewerbsverstöße durch die Kommission fehlten. Ausgehend von einer „Effizienzvermutung“ wird eine Absenkung der Darlegungs- und Beweisforderungen bei der Analyse nicht-horizontaler Zusammenschlüsse gefordert⁵⁷⁾.

Die Kritik an den mutmaßlich zu strengen Anforderungen an den Nachweis der zu erwartenden Effizienzvorteile ist eng mit dem Aspekt eines ein- oder zweistufigen Tests verbunden. Es ist schon aufgrund des Amtsermittlungsgrundsatzes Aufgabe der Kommission, bei Anwendung der FKVO die wettbewerblichen Auswirkungen des Zusammenschlusses umfassend zu analysieren und dafür positive wie negative Faktoren selbst zu ermitteln⁵⁸⁾. Eine diesbezügliche Klarstellung der Leitlinien erscheint wünschenswert. Andererseits besteht für die Unternehmen aufgrund ihres Wissensvorsprungs eine Obliegenheit, der Kommission hinreichende Nachweise zu liefern, aus denen diese darauf schließen kann, welche Effizienzvorteile die Unternehmen mit dem Zusammenschluss anstreben und dass diese Effizienzvorteile mit hinreichender Wahrscheinlichkeit auch tatsächlich eintreten und zudem Wettbewerb und Verbraucherinteressen fördern werden⁵⁹⁾. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Kommission aufgrund ihrer eigenen Ermittlungen zu dem Schluss gekommen ist, dass der Zusammenschluss zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führen würde⁶⁰⁾. Für eine

54) Siehe Tz. 21, 52, 77; s. auch Tz. 31 „overall likely impact“.

55) Hierzu ausführlich *Immenga/Köhler*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Art. 2 FKVO Tz. 353 ff.

56) S. insoweit etwa Tz. 28 und 52.

57) Vgl. ICC (Fn. 7), S. 2; ABA, S. 6 f.; BDI und IHK, S. 4; ICC, S. 8; Studienvereinigung Kartellrecht, Tz. 14.

58) *Immenga/Köhler*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Art. 2 FKVO Rdn. 377 f. mit Verweis auf EuG, 21. 9. 2005, Rs. T-87/05, Slg. 2005, II-3745 Tz. 94 f. und 59 – EDP = WuW/EuR 943.

59) *Immenga/Köhler*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Art. 2 FKVO Rdn. 376 und 379.

60) Ähnlich ABA (Fn. 7), S. 7.

von der wettbewerblichen Analyse getrennte, eine festgestellte Wettbewerbsbehinderung überspielende „efficiency defense“ ist nach dem oben Gesagten im Koordinatensystem der FKVO ohnehin kein Raum 61).

2. Darlegungs- und Beweislast der Kommission

Die Nachweisanforderungen hinsichtlich der Effizienzvorteile sind nur die eine Seite der Medaille. Nicht weniger schwierig erscheint der Nachweis, dass der Zusammenschluss überhaupt den von der Kommission in den Mittelpunkt ihrer Analyse gerückten Markterschließungsstrategien Vorschub leisten würde und dass ein solches Verhalten zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs und dadurch letztlich (auch) zu Nachteilen für die Verbraucher führen würde. Die Kommission muss insoweit mit hinreichender Wahrscheinlichkeit künftiges Markterhalten und künftige Marktergebnisse mitsamt dem Zusammenschluss bis zu den Marktgegebenheiten reichenden Kausalkette nachweisen. Das EuG hat in seiner GF-Entscheidung mit Blick auf konglomerate Zusammenschlüsse darauf hingewiesen, dass „die Kausalketten eines derartigen Zusammenschlusses schlecht erkennbar, ungewiss und schwer nachweisbar sein“ könnten. Daher sei die Beschaffenheit der von der Kommission vorgelegten Beweismittel besonders bedeutsam. Die Kommission müsse die Wahrscheinlichkeit strategischen Verhaltens anhand „ausagekräftiger Beweise“ dargun und außerdem nachweisen, dass sich die wettbewerbswidrigen Wirkungen „aller Wahrscheinlichkeit nach“ und „in naher Zukunft“ einstellen würden⁶². Nichts anderes gilt letztlich auch für vertikale Zusammenschlüsse, wenn die Kommission ihre Wettbewerbsbedenken – wie in den Leitlinien beschrieben – auf eine Prognose künftigen Markterhaltens und dadurch bewirkter Marktergebnisse stützen will.

Die überaus strengen Anforderungen der Rechtsprechung werden trotz diesbezüglicher Kritik am Entwurf⁶³ auch in der Endfassung der Richtlinien nicht adäquat reflektiert. Dass die Kommission insoweit nicht die ganze Geschichte erzählt, ist ein entscheidender Wehfehler der Leitlinien⁶⁴. Schließlich hat die Rechtsprechung die Messlatte für den Nachweis drohender Wettbewerbsbehinderungen mittels einer Verhaltens- und wirkungsbezogenen Analyse so hoch gelegt, dass unwahrscheinlich ist, dass sich die Kommission – von seltenen Ausnahmefällen abgesehen – auf die dafür erforderliche „Materialschlach“ einlassen⁶⁵ oder gar vor dem Gerichtshof Erfolg haben wird⁶⁶. Dadurch dass die Leitlinien diesen ganz wesentlichen Aspekt ausblenden, könnte – weit mehr als durch die (verständlicherweise noch) etwas vage Behandlung der Effizienzen – ein falscher Eindruck über Eingriffswillen und Eingriffsmöglichkeiten der Kommission entstehen und die Unternehmen von wettbewerblich unbedenklichen oder sogar vorteilhaften Zusammenschlüssen abschrecken⁶⁷.

3. Verhältnis der Fusionskontrolle zur Verhaltenskontrolle nach Art. 82 EG

Schließlich wirft die Kritik an den Leitlinien in dreifacher Weise ein Schlaglicht auf das Verhältnis der Fusionskontrolle zur Verhaltenskontrolle nach Art. 82 EG: Erstens werden Inkonsistenzen moniert, die sich daraus ergeben, dass die Kommission

61) Zu dem durch Tz. 16 a.E. abgemilderten Risiko, dass die vorgelegten Nachweise von der Kommission zur Begründung einer „efficiency defense“ genutzt werden könnten, s. oben bei Fn. 17.

62) Vgl. EuG, 14. 12. 2005, T-210/01, Slg. 2005, II-5575 Tz. 65 f., 332 ff., 429 – GE/Kommission = WuW/EUR 977.

63) Vgl. z.B. Studienvereinigung Kartellrecht (Fn. 7), Tz. 11; Linklaters, S. 2; Freshfields, Tz. 2.3.

64) So auch Schwadener, *Conglomerate Merger Analysis – the Legal Context: How the European Courts’ Standard of Proof put an end to the Ex Ante Assessment of Levenging*, ZWär 2007, 482, 506 ff.

65) So schon Immenga/Köhler, in: Immenga/Mestmäcker Art. 2 FKVO Rdn. 531.

66) Für konglomerate Zusammenschlüsse klar vernetzt Schwadener, ZWär 2007, 482, 507 („Enforcement in conglomerate mergers is dead“).

67) Vgl. Schwadener, ZWär 2007, 482, 510; Svetlichni, ECLR 2007, 529, 537 f.; IOC (Fn. 7), S. 3.

in ihrem Diskussionspapier zur Reform des Art. 82 EG⁶⁸ regelmäßig von einer Beeinträchtigung der Wettbewerber auf eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs schließen, während sie dies in den Leitlinien ablehnen⁶⁹; zudem schlage sie im Diskussionspapier einen „as efficient competitor“-Test vor, der in den Leitlinien nicht erkennbar sei⁷⁰. Zweitens ist angesichts des eher verhaltens- als strukturbezogenen Ansatzes der Kommission die Frage aufgeworfen, ob ein präventives Vorgehen nach der FKVO überhaupt sinnvoll erscheint. Dieser Aspekt wird drittens so bedeutsam, als die Kommission im Rahmen der Analyse des Verhaltensanweises („incentive“) entsprechend den Vorgaben des EuG⁷¹ berücksichtigt, ob das durch den Zusammenschluss ermöglichte Verhalten durch Art. 82 EG verboten ist (Tz. 46, 71, 110). Diese (vom BkardA so bezeichnete) „Artikel 82-Einrede“ könnte dazu führen, dass gerade besonders schädliche Verhaltensweisen für die Analyse nach der FKVO außer Betracht bleiben müssten und nur die weniger schädlichen (d.h. regelmäßig auch: sich weniger lohnenden und deshalb aus anderen Gründen ebenfalls wenig wahrscheinlichen) Verhaltensweisen übrig blieben⁷²).

Der verhaltenorientierte Ansatz der Kommission fordert es ihr erstens in der Tat ab, bei Fortsetzung ihrer Arbeiten am „Article 82 Review“⁷³ auf eine in sich konsistente Theorie und Praxis zu achten. Schon heute überwiegen insoweit allerdings klar die Gemeinsamkeiten zwischen den neuen Leitlinien und dem Diskussionspapier zu Art. 82 EG, auch wenn hier und dort noch etwas „Feinschliff“ erforderlich ist. Zweitens bleibt die pure auch bei einem primär verhaltensbezogenen Ansatz, wie ihn die Kommission in den Leitlinien verfolgt, durchaus Raum für eine Fusionskontrolle, die präventiv verhindern soll, dass Marktstrukturen entstehen, welche einem Missbrauch Vorschub leisten⁷⁴. Allerdings erscheint die Prognose künftigen Markterhaltens und mehr noch der daraus möglicherweise resultierenden Marktergebnisse in hohem Maße spekulativ⁷⁵. Deshalb hat die Rechtsprechung zu Recht sehr hohe Anforderungen an die Analyse seitens der Kommission gestellt und diese drittens nochmals durch Anerkennung der sog. „Artikel 82-Einrede“ erschwert. Ob angesichts dieser Anforderungen de facto überhaupt ein nennenswerter praktischer Spielraum für eine „präventive Verhaltenskontrolle im Gewand der Fusionskontrolle“ bleibt, erscheint zweifelhaft. Die Leitlinien könnten sich in der Praxis insoweit als „Papiertiger“ erweisen. Dies gilt um so mehr, als der Aufwand für eine präventive Verhaltenskontrolle, für die Überwachung eventueller Verhaltenszusagen und für mögliche Rechtsstreitigkeiten deutlich höher ist als derjenige für eine Verhaltenskontrolle nach Art. 82 EG, die zwar nachträglich erfolgt, aber letztlich auch präventiv wirkt und nach Art. 7 Abs. 1 Satz 2 VO 1/2003 notfalls sogar mittels struktureller Abhilfemaßnahmen durchgesetzt werden kann. Verfahrensökonomische Überlegungen deuten insoweit insbesondere bei konglomeraten Sachverhalten eher in Richtung einer ex post-Kontrolle⁷⁶. Dies könnte letztlich zu einer Annäherung an die US-Praxis führen⁷⁷. Wer „A“ sagt und einen verhaltensbezogenen Ansatz verfolgt, wie es die Kommission in ihren neuen Leitlinien tut, muss in Praxis vielleicht auch „B“ sagen und sich stärker auf eine ex post-Kontrolle dieses Verhaltens konzentrieren.

68) <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>.

69) Bistrop, ECLR 2008, 1, 2 f.; AEDC (Fn. 7), 12, 20; vgl. aber Tz. 54 des Diskussionspapiers, wo die Kommission ebenfalls den Grundsatz betont, sie schütze den Wettbewerb und nicht einzelne Wettbewerber.

70) Studienvereinigung Kartellrecht (Fn. 7), Tz. 12; Linklaters, S. 3; vgl. Tz. 63 ff. des Diskussionspapiers.

71) Vgl. EuG, 14. 12. 2005, T-210/01, Slg. 2005, II-5575 Tz. 74 f. und 311 f. – GE/Kommission = WuW/EUR 977.

72) Vgl. BkardA, Diskussionspapier (Fn. 34), S. 30; Drunz/König, *The GE/Honeywell Judgment: Conglomerate mergers and beyond*, ZWär 2006, 107, 124.

73) <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/index.html>.

74) Vgl. Immenga/Köhler, in: Immenga/Mestmäcker Art. 2 FKVO Rdn. 529.

75) So zu Recht Hüppel, WuW 2007, 219.

76) Vgl. überzeugend Schwadener, ZWär 2007, 482, 512.

77) Vgl. ABA (Fn. 7), S. 18 ff.