



BUNDESKARTELLAMT

Konglomerate Zusammenschlüsse in der Fusionskontrolle



Bestandsaufnahme und Ausblick

- Diskussionspapier -

Bundeskartellamt

Diskussionspapier

für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht

am 21. September 2006

Konglomerate Zusammenschlüsse in der Fusionskontrolle

-

Bestandsaufnahme und Ausblick

INHALTSVERZEICHNIS

A.	Einleitung	1
B.	Beurteilung konglomerater Zusammenschlüsse in der Praxis	2
1.	Die Praxis in den USA	2
2.	Die Praxis in der Europäischen Union	6
3.	Die Praxis in Deutschland.....	11
4.	Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse.....	17
C.	Konglomerate Zusammenschlüsse aus ökonomischer Perspektive	18
1.	Unilaterale Effekte	18
2.	Koordinierte Effekte	25
D.	Zentrale Thesen für die künftige Beurteilung konglomerater Zusammenschlüsse in der Praxis	28
	Literaturverzeichnis	32

A. Einleitung

Entscheidungen zu konglomeraten Zusammenschlüssen bewegen sich in einem Grenzbereich der Fusionskontrolle, der hohe Anforderungen an die wettbewerbliche Analyse stellt. Im Unterschied zu horizontalen Fusionen fällt bei konglomeraten Fusionen kein aktueller Wettbewerber weg. Daher entfalten konglomerate Fusionen nur unter bestimmten Voraussetzungen wettbewerbsschädliche Wirkungen. Unter Wettbewerbsökonomern und Kartellrechtlern ist die diesbezügliche Praxis umstritten wie kaum ein anderer Bereich des Wettbewerbsrechts. Auch die Wettbewerbsbehörden haben hierzu unterschiedliche Auffassungen.¹ Dies wurde insbesondere im Zuge der unterschiedlichen Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens GE / Honeywell durch KOM und US DoJ offenbar. Während sich das International Competition Network (ICN) vor wenigen Monaten in anderen Bereichen der Fusionskontrolle auf gemeinsame Auslegungsgrundsätze einigen konnte, bestehen bei konglomeraten Fusionen unterschiedliche Ansichten fort.² Durch jüngere Entscheidungen hat die Diskussion neue Nahrung erhalten: Sowohl das Urteil des Gerichts erster Instanz (Gel) im Fall GE / Honeywell als auch die BKartA-Entscheidung im Fall Axel Springer / ProSiebenSat.1 sind auf ein breites Echo in der Fachöffentlichkeit gestoßen.³ Zudem erarbeitet die KOM derzeit einen Entwurf ihrer zukünftigen Auslegungsgrundsätze für nicht-horizontale Fusionen, dessen Veröffentlichung für Ende dieses Jahres erwartet wird.

Das vorliegende Papier soll einen Beitrag zu dieser Diskussion leisten. Es behandelt zunächst die Entwicklung der kartellbehördliche Praxis in den USA, der EU und Deutschland. Dabei können sowohl im Zeitablauf als auch zwischen den verschiedenen Jurisdiktionen Unterschiede festgestellt werden. Im zweiten Teil wird der Stand der ökonomischen Theorie aufgearbeitet und zusammengefasst. Damit wird gleichzeitig ein möglicher Analyserahmen für konglomerate Zusammenschlüsse gegeben. Schließlich werden einige zentrale Thesen für die zukünftige Beurteilung konglomerater Zusammenschlüsse aufgestellt.

¹ Zur Darstellung der Positionen von 14 Wettbewerbsbehörden siehe OECD (2002).

² Vgl. ICN (2006).

³ Vgl. z.B. Bohne (2006), Bonin (2006), Drauz und König (2006), Gounalakis und Zagouras (2006), Kuchinke und Schubert (2006), Pflanz (2006), Säcker (2006).

Als konglomerate Zusammenschlüsse werden hier solche Fusionen definiert, bei denen zwischen den Zusammenschlussbeteiligten keine horizontalen Überlappungen oder Vertikalverhältnisse in den sachlich relevanten Märkten bestehen.⁴ Zwischen den Produkten der fusionierenden Unternehmen können dennoch Komplementaritäts- oder Substitutionsbeziehungen vorliegen. Die Produkte sind zu einem gewissen Grad komplementär, wenn der Kundennutzen aus dem kombinierten Konsum höher ist, als bei separatem Konsum. Eine gewisse Substitutionsbeziehung liegt vor, wenn die Produkte für bestimmte Kunden oder Anwendungsbereiche austauschbar sind. Die beiden Merkmale schließen sich gegenseitig nicht aus und können daher auch gleichzeitig vorliegen.

B. Beurteilung konglomerater Zusammenschlüsse in der Praxis

1. Die Praxis in den USA

Restriktive Praxis in den 1960er und 1970er Jahren

Im Jahre 1950 wurde Section 7 Clayton Act (15 U.S.C. § 18) durch den Celler-Kefauver Act ergänzt, so dass seither Zusammenschlüsse als rechtswidrig gelten, wenn die Fusion wahrscheinlich zu einer wesentlichen Verringerung des Wettbewerbs führt (sog. SLC-Test). Das gesetzgeberische Ziel war dabei ausdrücklich eine bessere Erfassung von konglomeraten Zusammenschlüssen.⁵

Die US-Kartellbehörden verfolgten nach der Gesetzesänderung in der Fusionskontrolle eine relativ restriktive Praxis sowohl bei horizontalen und vertikalen als auch bei konglomeraten Fusionen. Gleichzeitig stieg in der 1960er und 1970er Jahren nicht nur die Fusionstätigkeit insgesamt an, sondern insbesondere auch der Anteil konglomerater Fusionen.⁶ Die Gerichte folgten der Praxis der Kartellbehörden und untersagten eine Reihe von konglomeraten Zusammenschlüssen. Die Untersagungen und Vergleichsurteile⁷ wurden mit verschiedenen Argumentationslinien begründet, die in vier - sich gegenseitig nicht ausschließende -

⁴ Nach dieser Definition fallen Fusionen zwischen Unternehmen, die auf den gleichen sachlichen aber unterschiedlichen räumlichen Märkten tätig sind, nicht in die Kategorie konglomerater Fusionen.

⁵ Vgl. Dreher (1987), S. 28.

⁶ Vgl. hierzu die u.a. in Möschel (1980), S. 206 ff. veröffentlichte Statistik der US FTC.

⁷ Englisch: „consent decrees“. Vergleichsurteile sind das Analogon zu Freigaben unter Auflagen/Bedingungen.

Gruppen zusammengefasst werden können:⁸ Das „Entrenchment“-Argument⁹, der Wegfall potenziellen Wettbewerbs, das Reziprozitäts-Argument und die Zunahme der aggregierten Konzentration.

„Entrenchment“ war die wichtigste Argumentationslinie, nach der wettbewerbsschädliche Wirkungen durch den Zuwachs wirtschaftlicher Stärke eintreten können, insbesondere in Hinblick auf Finanzkraft und Stärkung durch Markennamen. Zum einen würden die übrigen Wettbewerber ihre wettbewerblichen Aktivitäten reduzieren, da sie wegen des Ressourcenzuwachses Furcht vor Kampfpreisen oder anderen Vergeltungsmaßnahmen des marktbeherrschenden Unternehmens hätten. Da andere Unternehmen aufgrund dieser Erwartung vom Markteintritt abgehalten würden, stelle der Potenzzuwachs zudem eine zusätzliche Markteintrittsbarriere dar. Leitfall zum Entrenchment-Argument ist der Fall Procter&Gamble / Clorox. Procter&Gamble, ein Hersteller vieler Haushaltsprodukte mit dem damals größten Werbebudget der USA, hatte 1957 Clorox, den marktbeherrschenden Hersteller für Haushaltsbleichmittel, erworben. Der Supreme Court entschied 1967, dass insbesondere das große Werbebudget von Procter&Gamble zu entsprechenden Abschreckungseffekten im Markt für Haushaltsbleichmittel führte.¹⁰

Nach der zweiten Argumentationslinie können wettbewerbsschädliche Effekte durch Verringerung des potenziellen Wettbewerbs eintreten. Das Argument hat zwei Ausprägungen. Der „aktuelle potenzielle“ Wettbewerb werde reduziert, wenn der Erwerber auf eine weniger wettbewerbsschädliche Weise in den Markt hätte eintreten können (z.B. durch Erwerb eines kleineren Wettbewerbers oder durch eigene Investitionen). Der „wahrgenommene potenzielle“ Wettbewerb werde reduziert, wenn der Erwerber von den etablierten Wettbewerbern zuvor als potentieller Wettbewerber wahrgenommen wurde und auf diese Weise den Verhaltensspielraum begrenzt hat.¹¹

⁸ Die Einteilung wird von verschiedenen Autoren unterschiedlich vorgenommen, vgl. hierzu z.B. Bork (1978), S. 246 ff., Büscher (1983), S. 157 ff., Dreher (1987), S. 29 ff., Möschel (1980), S. 216 ff., Sullivan (1977), S. 631 ff.

⁹ Entrenchment bedeutet wörtlich übersetzt Verschanzung. Das Argument war unscharf definiert und beinhaltet Marktabschottungseffekte, Abschreckungseffekte und Effizienzeffekte.

¹⁰ Vgl. FTC v. Procter&Gamble Co., 386 U.S. 568 (1967). Der Supreme Court hob das Urteil des Appellationsgericht auf, und verwies den Fall mit der Vorgabe zurück, die Untersagung/Auflösung des Zusammenschlusses durchzusetzen.

¹¹ Vgl. U.S. v. El Paso Natural Gas Co., 376 U.S. 651 (1964) und U.S. v. Falstaff Brewing Corp., 410 U.S. 526 (1973). Beide Fälle betrafen Unternehmen die auf gleichen sachlichen, aber unterschiedlichen räumlichen Märkten tätig waren, so dass diese nach der hier getroffenen Definition nicht als konglomerate Zusammenschlüsse klassifiziert werden.

Nach dem Reziprozitäts-Argument können wettbewerbsschädliche Effekte einer konglomeraten Fusion auch durch Reziprozitätsgeschäfte entstehen. Demnach könnten die beiden fusionsbeteiligten Unternehmen ihre Kunden oder Lieferanten dazu veranlassen, zukünftig Geschäfte mit dem jeweils anderen fusionsbeteiligten Unternehmen zu tätigen. Durch solche Kopplungspraktiken entstünden – ähnlich wie bei vertikalen Zusammenschlüssen – Marktverschließungseffekte. Leitfall ist Consolidated Foods / Gentry. In diesem Fall hatte der Nahrungsmittelkonzern Consolidated Foods 1951 den zweitgrößten Zwiebel- und Knoblauchpulverhersteller Gentry erworben. Consolidated Foods forderte – in manchen Fällen erfolgreich - seine Lieferanten zum Bezug der Gentry-Produkte auf. Der Supreme Court entschied 1965, dass auch in diesem Fall das Untersagungskriterium aufgrund der bedeutenden Marktanteile von Gentry und aufgrund einer hohen Wahrscheinlichkeit von Reziprozitätsgeschäften erfüllt sei.¹²

Nach der vierten Argumentationslinie soll die wettbewerbsbeschränkende Wirkung bereits in der Zunahme der aggregierten Konzentration liegen. Nach diesem Ansatz sei der Nachweis von Auswirkungen auf einzelnen kartellrechtlich abzugrenzenden Märkten nicht nötig, vielmehr solle die Zunahme der aggregierten Konzentration für sich genommen das Untersagungskriterium erfüllen. Da diese Argumentation von der US DoJ Antitrust Division nur vorübergehend in einigen Vergleichsurteilen und in Verfahren vor Distriktgerichten bemüht wurde, erfolgte diesbezüglich keine höchstrichterliche Klärung. Gegen aggregierte Konzentration gerichtete Gesetzgebungsvorschläge aus dem Jahre 1979 fanden keine parlamentarische Mehrheit.

Liberale Praxis seit den 1980er Jahren

Verschiedene Gründe führten zu einer Kehrtwende in der US-Praxis. Ab Anfang der 1970er Jahre blieben Gerichtsverfahren gegen konglomerate Zusammenschlüsse zunehmend erfolglos.¹³ Die eher restriktive Linie des Supreme Courts änderte sich schrittweise. Auch unterinstanzliche Gerichte stellten zunehmend höhere

¹² Vgl. FTC v. Consolidated Foods Corp., 380 U.S. 592 (1965). Der Supreme Court hob das Urteil des Appellationsgericht auf.

¹³ Nach einer Statistik von Dreher lag die Erfolgsquote der Kläger zwischen 1964 und 1974 bei 11 von 21 Fällen, zwischen 1974 und 1984 aber nur noch bei 5 von 31 Fällen. Vgl. Dreher (1987), S. 37.

Anforderungen an den Nachweis wettbewerbsbeschränkender Effekte bei konglomeraten Fusionen.¹⁴

Zudem gewann in der wissenschaftlichen Diskussion in den USA und in der US-Regierung die Argumentation der liberalen Chicago School Oberhand. Deren Vertreter kritisierten insbesondere auch die Praxis der Gerichte und Kartellbehörden, gegen konglomerate Fusionen vorzugehen. Als besonders einflussreich gelten die Abhandlungen von Bork (1978) und Areeda und Turner (1980).¹⁵ Nach der Regierungsübernahme der Reagan Administration wurde die Leitung der beiden US-Kartellbehörden durch William F. Baxter und James C. Miller mit zwei Personen ersetzt, die der Chicago School zugeschrieben wurden.¹⁶

Mit den Merger Guidelines des US DoJ aus dem Jahre 1982 wurden die Argumentationslinien Entrenchment, Reziprozitätsgeschäfte und Zunahme der aggregierten Konzentration schließlich aufgegeben. In den – weiterhin gültigen – Non-Horizontal Merger Guidelines ist daher nur noch Wegfall potenziellen Wettbewerbs als mögliche Aufgriffsbasis durch die Kartellbehörden enthalten.¹⁷ Seither sind aus der US-Praxis keine Untersagungen konglomerater Zusammenschlüsse bekannt. Eine gewisse Nähe hierzu weisen allenfalls einige Vergleichsurteile in nicht-konglomeraten Fusionsverfahren auf, in denen die US-Behörden Verhaltensauflagen gegen mögliche Kopplungs- und Bündelungspraktiken verhängt haben.¹⁸

Im Zusammenhang mit dem Fall GE/Honeywell haben die US-Kartellbehörden ihre aktuelle Position zur Kontrolle konglomerater Zusammenschlüsse deutlich gemacht.¹⁹ Nach ihrer Auffassung sollten Kartellbehörden allenfalls dann gegen konglomerate Fusionen vorgehen, wenn diese den Wegfall potenziellen Wettbewerbs zur Folge haben.²⁰ Einerseits böten konglomerate Fusionen signifikante Effizienzpotenziale. Andererseits seien mögliche wettbewerbsschädliche Effekte nur unter einer Reihe von Voraussetzungen möglich, deren Verifizierung spekulative Prognosen über das zukünftige Verhalten der Marktteilnehmer

¹⁴ Vgl. Dreher (1987), S. 29 ff.

¹⁵ Vgl. OECD (2002), S. 216.

¹⁶ Vgl. Möschel (1984), S. 560.

¹⁷ Vgl. US DoJ (1984). Trotz der Einordnung in die "non-horizontal" merger guidelines werden solche Fusionen inzwischen eher als horizontale Fusionen gesehen und analysiert, vgl. Kolasky (2001), S. 1.

¹⁸ Vgl. Emch (2004), S. 75 ff.

¹⁹ Vgl. insbesondere OECD (2002), S. 213 ff., Kolasky (2001).

²⁰ Vgl. Kolasky (2001), S. 1.

voraussetzten. Die Selbstheilungskräfte der Märkte führten dazu, dass langfristig keine wettbewerbsschädlichen Effekte zu erwarten bzw. zumindest nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit prognostizierbar seien.²¹ Irrtümliche Untersagungen der Kartellbehörden und Gerichte seien unter diesen Umständen wahrscheinlich. Zudem seien die ex-post-Instrumente der Missbrauchsaufsicht – insbesondere Schadensersatzklagen und Bußgelder – wirksame Abschreckungsmechanismen gegen mögliche missbräuchliche Verhaltensweisen. Daher seien ex-ante-Maßnahmen wie Untersagungen oder Freigaben unter Auflagen im Rahmen der Fusionskontrolle nicht nötig und bürden das Risiko, die Realisierung der Effizienzen konglomerater Fusionen zu verhindern.

2. Die Praxis in der Europäischen Union

Für das Verständnis der jüngeren Entscheidungspraxis der KOM sind die beiden Fusionskontrollverfahren GE / Honeywell²² und Tetra Laval / Sidel²³ von hoher Bedeutung.

Tetra Laval / Sidel

Im Jahre 2001 wurde bei der KOM der Zusammenschluss zwischen Tetra Laval und Sidel angemeldet. Tetra Laval war nach Feststellung der KOM auf dem Markt für den Maschinenbau von Geräten zur sterilen Kartonverpackung - die unter anderem für die Abfüllung verschiedener Getränke verwendet werden - marktbeherrschend. Sidel ist als Maschinenbauer ein bedeutender Produzent von sogenannten SBM-Maschinen²⁴, die für die Herstellung von PET-Flaschen für kohlesäurehaltige Getränke eingesetzt werden. Die KOM kam zu dem Schluss, dass Karton- und PET-Verpackungen zwei unterschiedliche Märkte darstellten. Sie sah es aber als erwiesen an, dass für bestimmte Getränke eine Konvergenz zwischen PET- und Karton-

²¹ Vgl. Kolasky (2001), S. 25.

²² Vgl. Kommission GE/Honeywell, M.2220 v. 3.7.2001=WuW/E EU-V 631 (Entscheidung GE/Honeywell); Gel, Urt. v. 14.12.2005, Slg. 2005 S. II-0000 = WuW/E EU-R 977 (Gel GE/Honeywell).

²³ Vgl. Kommission Tetra Laval / Sidel, M.2416 v. 30.10.2001=WuW/E EU-V 711 (Entscheidung Tetra Laval / Sidel); Gel, Urt. v. 25.10.2002, Slg. 2002 S. II-4381=WuW/E EU-R 585 (Gel Tetra Laval / Sidel); bestätigt durch EuGH, Urtl. v. 15.2.2005, Slg. 2005 S. I-987=WuW/EU-R 875 (EuGH Tetra Laval / Sidel).

²⁴ SBM-Maschinen ("stretch-blow-molding"-Maschinen) werden in der Produktion von PET-Flaschen eingesetzt.

Verpackungen absehbar sei. Dies würde sich auch auf den Märkten für die Herstellung von SBM-Maschinen und Maschinen zur Herstellung von sterilen Kartonverpackungen niederschlagen. Schwache Substitutionsbeziehungen zwischen den Märkten seien damit nicht auszuschließen und die Randsubstitution durch Sidel wirke disziplinierend auf Tetra Laval.

Die KOM führte zudem aus, dass der Zusammenschluss Tetra Laval die Möglichkeit gebe, seine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für die Herstellung von Maschinen zur sterilen Kartonverpackung auf den Markt für die Herstellung von SBM-Maschinen zu übertragen. Tetra Laval habe hierzu aufgrund der schwachen Substitutionsbeziehung sowohl die Möglichkeit als auch den Anreiz. Die KOM identifizierte verschiedene Mechanismen, über die eine solche Hebelwirkung ausgeübt werden könne. Da Tetra Laval nicht nur als Maschinenbauer, sondern auch als Anbieter von Kartonprodukten tätig sei, habe es einen Informationsvorteil gegenüber seinen Konkurrenten und sei damit in der Lage, die Strategie der Abnehmerseite besser vorherzusagen und entsprechend zu reagieren. Weiterhin könne Tetra Laval ausnutzen, dass selbst im Falle einer schrittweisen Substitution hin zu SBM-Maschinen ein Kunde weiterhin Kartonprodukte für die bestehenden Produktionsanlagen beziehen müsse. Damit sei Tetra Laval in der Lage, das Angebot von SBM-Maschinen an das Angebot von Kartonprodukten zu koppeln. Da die Abnehmer auf die Belieferung von Kartonprodukten durch Tetra Laval angewiesen seien, sei eine Ablehnung dieser Offerten unwahrscheinlich. Weiterhin würde auch die marktbeherrschende Stellung von Tetra Laval auf dem Markt für die Herstellung von Maschinen zur sterilen Kartonverpackung verstärkt, da mit Sidel ein potentieller Wettbewerber weg falle. Der Zusammenschluss sei deshalb zu untersagen.

Die Zusammenschlussbeteiligten haben gegen die Entscheidung der KOM erfolgreich vor dem Gel Klage erhoben.²⁵ Das Gel legte in seinem Urteil Anforderungen an den Qualitätsgehalt der ökonomischen Argumentation fest. Der KOM komme bei der Beurteilung wirtschaftlicher Fragen zwar ein Ermessens- und Beurteilungsspielraum zu. Sie müsse jedoch alle Umstände eines Falles aufklären, diese würdigen und insbesondere im Hinblick auf eine Untersagung überzeugende

²⁵ Das Gel hob die Untersagung der Kommission auf. Die Kommission hat das Vorhaben daraufhin unter Auflagen freigegeben.

Beweise vorlegen. Als Grundlage für eine Untersagung müsse die KOM nachweisen, dass die konglomeraten Wirkungen aller Wahrscheinlichkeit nach in naher Zukunft eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken und hierdurch ein wirksamer Wettbewerb auf dem betreffenden Markt erheblich behindert werde. Dabei seien sämtliche Anreiz- und Abschreckungsfaktoren zu berücksichtigen. Insbesondere müsse das wettbewerbswidrige Verhalten ökonomisch rational und effektiv sein, d.h. tatsächlich zu einem Anwachsen von Marktmacht führen.²⁶ Tetra Laval und Sidel hatten sich im Zuge des Verfahrens bereit erklärt, keine gemeinsamen Angebote für Kartonprodukte und SBM-Maschinen abzugeben und den Kunden keine Rabatte ohne objektive Gegenleistung zu gewähren. Die Möglichkeiten zur Marktmachtübertragung seien damit begrenzt, dies müsse die KOM berücksichtigen²⁷. Darüber hinaus sei eine Kopplungsstrategie nicht dazu geeignet, eine marktbeherrschende Stellung zu erlangen, denn in der Abwägung sei auch die Möglichkeit der Wettbewerber, auf ein wettbewerbswidriges Verhalten zu reagieren, zu berücksichtigen. Das Gel hob die Untersagung auf. Die KOM gab den Zusammenschluss anschließend unter Auflagen frei. Der EuGH hat das Urteil im Wesentlichen bestätigt.²⁸

Bei der Berücksichtigung aller Anreiz- und Abschreckungseffekte war zudem umstritten, ob die abschreckende Wirkung von Art. 82 EG berücksichtigt werden müsse. Das Gel hat eine Berücksichtigung zunächst bejaht, der EuGH sah es aber als dem Präventionszweck der Fusionskontrolle zuwiderlaufend an, wenn die KOM alle möglichen Verhaltensweisen und ihre Wahrscheinlichkeit der Ahndung prüfen müsse. Nach dem Urteil des Gel im Fall GE/Honeywell, das im Hinblick auf die Anwendung dieses Maßstabes durch den EuGH nicht eindeutig ist, ist dieser Aspekt Gegenstand der wissenschaftlichen Auseinandersetzung geworden.²⁹

GE / Honeywell

Im Jahre 2001 wurde der Zusammenschluss zwischen General Electric und Honeywell sowohl beim DoJ als auch bei der KOM angemeldet. Während das DoJ

²⁶ Gel Tetra Laval / Sidel, Rz. 153 ff.

²⁷ Gel Tetra Laval / Sidel, Rz. 224.

²⁸ Im Hinblick auf die Berücksichtigung der Abschreckungswirkung durch Art. 82 EG vgl. Abschnitt D.

²⁹ Vgl. Bonin (2006), Scheffler (2005).

keine wettbewerblichen Bedenken hatte, wurde der Zusammenschluss von der KOM untersagt. GE ist ein großer Anbieter von Triebwerken für Verkehrsflugzeuge, Honeywell ist ein Hersteller von Flugzeugkomponenten und Triebwerken für kleinere Flugzeugtypen. In der Entscheidung der KOM spielten horizontale Überschneidungen und vertikale Marktverschließungseffekte eine eher untergeordnete Rolle. Aus Sicht der KOM waren insbesondere die konglomeraten Effekte wettbewerblich bedenklich.

Nach Ansicht der KOM wären GE und Honeywell nach der Fusion gemeinsam in der Lage gewesen, ihre Marktposition auf den jeweiligen Märkten durch Kopplungs- und Bündelungsstrategien zu verbessern. Auf den Märkten für Flugzeugkomponenten, auf denen hauptsächlich Honeywell als starkes, aber nicht marktbeherrschendes Unternehmen tätig sei, würde der Zusammenschluss dazu führen, dass das Konglomerat Bündel aus Komponenten und Triebwerken mit erheblichen Preisabschlägen versehen könne. Dies würde - insbesondere vor dem Hintergrund der herausragenden Finanzkraft von GE, die eine Quersubventionierung von Komponenten wahrscheinlich mache - zu einem wettbewerblichen Vorteil des Konglomerats gegenüber nicht-integrierten Wettbewerbern führen. Kurz- bis mittelfristig bestehe auch die Möglichkeit, technisch abgestimmte Komponenten zu entwickeln. GE / Honeywell wäre dann in der Lage, die bereits bestehende marktbeherrschende Stellung von GE auf die Märkte von Honeywell zu übertragen. Die Folge seien Gewinneinbrüche der Wettbewerber und Marktaustritte, was letztendlich zu einer erheblichen Reduzierung des Wettbewerbes auf diesen Märkten führe. Auf den Märkten für die Herstellung von Turbinen, auf denen GE bereits marktbeherrschend ist, würde der Zusammenschluss zu einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung führen, weil Kopplungsgeschäfte Marktverschließungseffekte wahrscheinlich machen. Da die Wettbewerber nicht in der Lage wären, dieser Strategie wettbewerblich zu entgegnen, führe dies zu einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von GE.

Trotz der Aufgabe des Zusammenschlussvorhabens in Folge der Untersagung gingen die Zusammenschlussbeteiligten gegen die Entscheidung der KOM gerichtlich vor. Das Gel wies die Klage zurück, weil die Untersagung des Zusammenschlusses schon alleine aufgrund der horizontalen und vertikalen Effekte

begründet sei. Im Hinblick auf die konglomeraten Effekte habe die KOM allerdings versäumt, die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nachzuweisen. So habe die KOM in der Untersagungsentscheidung nur auf die Möglichkeit, eine Kopplungsstrategie durchzuführen, verwiesen. Dabei habe sie versäumt nachzuweisen, ob eine solche Strategie auch aufgrund der ökonomischen Anreize der Zusammenschlussbeteiligten wahrscheinlich ist. Diese Frage wurde im Rahmen der gerichtlichen Auseinandersetzung kontrovers diskutiert. Für das Gericht wurde dies - unabhängig von einer abschließend Beurteilung der einzelnen Argumente - als Indiz gewertet, dass die KOM diesen Nachweis nicht erbracht und es versäumt hat, die von ihr behaupteten Effekte als direkte, logische und wahrscheinliche Konsequenz aus dem Zusammenschluss zu belegen. In der Beurteilung der konglomeraten Effekte habe die KOM damit offensichtliche Beurteilungsfehler gemacht. Das Urteil ist rechtskräftig.

Die Fusionskontrollpraxis nach diesen Urteilen

Im Fall GE / Amersham³⁰ prüfte die KOM, ob die beteiligten Unternehmen aufgrund von Produktkomplementaritäten in der Lage wären, mit Hilfe von Bündelungsstrategien die auf einem Produktmarkt vorhandene Marktmacht auf einen zweiten zu übertragen. Bündelungsstrategien könnten nur dann zu Marktverschließungseffekten führen, wenn erstens ein marktbeherrschendes Unternehmen einen Hebel besitzt, seine Marktmacht auf einen zweiten Markt zu übertragen, zweitens die Wettbewerber nicht in der Lage sind, darauf entsprechend zu reagieren und folglich aus dem Markt austreten, und drittens dies das marktbeherrschende Unternehmen in die Lage versetzt, die Preise dauerhaft anzuheben. Die KOM verneinte dies. Zwar besäßen die Zusammenschlussbeteiligten in einigen Mitgliedsstaaten hohe Marktanteile, dies allein sei jedoch kein Beweis für die Existenz einer marktbeherrschenden Stellung. Zudem sah die KOM die Wettbewerber in der Lage, auf Bündelungsstrategien entsprechend zu reagieren. Marktaustritt sei damit unwahrscheinlich. Aufgrund geringer Markteintrittsbarrieren wäre ein marktbeherrschendes Unternehmen auch nicht in der Lage, die Preise dauerhaft anzuheben. Die KOM kommt daher zu dem Schluss, dass Bündelungsstrategien zwar möglich, diese aber als wettbewerblich unbedenklich

³⁰ Kommission GE/Amersham, M.3304 v. .21.1.2004.

einzustufen sind. Auch eine technische Abstimmung komplementärer Produkte, die möglicherweise zur Marktverdrängung eingesetzt werden könnte, sei auf den betroffenen Märkten nicht durchsetzbar. Der Zusammenschluss wurde deshalb freigegeben.

Im Fall Johnson&Johnson / Guidant³¹ prüfte die KOM Abschottungswirkungen aufgrund von Bündelungspraktiken. Dabei wurde bereits aufgrund der Nachfragesituation auf den betroffenen Märkten die Fähigkeit zur erfolgreichen Bündelung in Frage gestellt. Zudem seien die anderen Marktteilnehmer in der Lage, auf solche Strategien entsprechend zu reagieren. Auch im Fall Saint-Gobain / BPB³² kam die KOM hinsichtlich der Möglichkeit zu Bündelungsstrategien auf den Märkten verschiedener Mitgliedsstaaten zu ähnlichen Ergebnissen.

3. Die Praxis in Deutschland

Aus der Gesetzesbegründung zur 2. GWB-Novelle, durch die im Jahre 1973 die Fusionskontrolle in das Gesetz eingefügt wurde, geht hervor, dass nach Ansicht der Gesetzesverfasser "vertikale und diagonale Konzentrationen als gleichwertige Mittel zur Erlangung oder Verstärkung marktbeherrschender Macht in die Beurteilung" einbezogen werden sollen.³³ Die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung sei auch ohne Marktanteilsaddition denkbar, wenn z.B. durch den Zusammenschluss die Finanzkraft erhöht, die Chancen für ein Wiederaufleben des Wettbewerbs sich verschlechterten oder ein potentieller Wettbewerber ausgeschaltet werde.³⁴

Der Gesetzgeber der 4. GWB-Novelle aus dem Jahr 1978 ging noch einen Schritt weiter: Um dem BKartA bei vertikalen und konglomeraten Zusammenschlüssen den Nachweis der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zu erleichtern, fügte er zusätzliche quantitative Marktbeherrschungsvermutungen in das Gesetz ein. Die sog. Eindringens-, Kombinations- und Größenvermutungen in § 23 a Abs. 1 GWB a.F. sahen folgendes vor:

³¹ Kommission Johnson&Johnson / Guidant, M.3687 v. 25.8.2005.

³² Kommission Saint-Gobain / BPB, M.3943 v. 9.11.2005.

³³ BR.-Drs. 265/71, S. 30, re. Spalte.

³⁴ BR.-Drs. 265/71, S. 30, li. Spalte.

"...wird für die Zusammenschlusskontrolle vermutet, dass durch den Zusammenschluss eine überragende Marktstellung entstehen oder sich verstärken, wenn

1. sich ein Unternehmen, das im letzten vor dem Zusammenschluss endenden Geschäftsjahr Umsatzerlöse von mindestens zwei Milliarden Deutscher Mark hatte, mit einem anderen Unternehmen zusammenschließt, das
 - a) auf einem Markt tätig ist, auf dem kleine und mittlere Unternehmen insgesamt einen Marktanteil von mindestens zwei Dritteln und die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen insgesamt einen Marktanteil von mindestens fünf vom Hundert haben, oder
 - b) auf einem oder mehreren Märkten marktbeherrschend ist, auf denen insgesamt im letzten abgeschlossenen Kalenderjahr mindestens 100 Millionen Deutscher Mark umgesetzt wurden oder
2. die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen im letzten vor dem Zusammenschluss endenden Geschäftsjahr insgesamt Umsatzerlöse von mindestens zehn Milliarden Deutscher Mark und mindestens zwei der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen Umsatzerlöse von jeweils mindestens einer Milliarde Deutscher Mark hatten; die Vermutung gilt nicht, soweit der Zusammenschluss auch die Voraussetzungen des § 23 Abs. 2 Nr. 2 Satz 3 erfüllt und das Gemeinschaftsunternehmen nicht auf einem Markt tätig ist, auf dem im letzten Kalenderjahr mindestens 500 Millionen Deutscher Mark umgesetzt wurden."

Diese widerleglichen quantitativen Marktbeherrschungsvermutungen haben jedoch in der Folgezeit kaum die in sie gesetzten Erwartungen erfüllt,³⁵ weil sie regelmäßig widerlegt wurden. Durch die am 1.1.1999 in Kraft getretene 6. GWB-Novelle sind die Vermutungen deshalb ersatzlos gestrichen worden.

Das BKartA hat in seiner bisherigen Praxis bei der Prüfung der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch einen konglomeraten Zusammenschluss in erster Linie darauf abgestellt, ob durch den Zusammenschluss die Finanzkraft verstärkt, der Zugang zu den Absatzmärkten verbessert oder potentielle Konkurrenten abgeschreckt werden.

³⁵ Vgl. etwa Niederleithinger "Die Praxis der deutschen Fusionskontrolle bei konglomeraten Zusammenschlüssen" in Festschrift für Otto-Friedrich Frhr. v. Gamm, S. 637, 646; Monopolkommission, Hauptgutachten 1982/1983, Rdnr. 767.

Finanzkraft

Der Gesichtspunkt der "Finanzkraft" spielte bei der Leitentscheidung des BKartA im Fall GKN/Sachs vom 12. Mai 1976 eine entscheidende Rolle.³⁶ In dieser Entscheidung hatte das BKartA den beabsichtigten Anteilserwerb an der Sachs AG durch den britischen Konzern Guest, Keen & Nettlefolds (GKN) untersagt. Nach den Feststellungen des BKartA hatte die zur Sachs gehörende Fichtel & Sachs auf den Märkten für die Lieferung von Kupplungsdruckplatten und Kupplungsscheiben an Automobilhersteller Marktanteile von über 70 %. Diese marktbeherrschende Stellung wäre nach Ansicht des BKartA durch den Zusammenschluss verstärkt worden, weil die hinter der marktbeherrschenden Stellung stehende Finanzkraft erheblich vergrößert worden wäre, was wiederum eine spürbare Erweiterung des Verhaltensspielraums des Unternehmens im Verhältnis zu Abnehmern und Wettbewerbern zur Folge gehabt hätte. Dadurch wäre es potentiellen Wettbewerbern erschwert worden, in den Markt einzudringen. Darauf, ob die Unternehmen tatsächlich beabsichtigten, die finanziellen Mittel zur Verdrängung tatsächlicher oder zur Abschreckung potentieller Wettbewerber einzusetzen, komme es nicht an.³⁷

Der BGH bestätigte zwar die Untersagungsentscheidung im Ergebnis, erachtete aber eine erhöhte Finanzkraft alleine als nicht ausreichend, per se eine Verstärkung des Abschreckungspotentials anzunehmen.³⁸ Der BGH vertrat die Auffassung, dass die Sachs AG "nach der Übernahme durch ein stark konglomeriertes Großunternehmen mit erheblicher Finanzkraft sich schon wegen der andersartigen Geschäftspolitik und marktstrategischen Planung den Marktbeteiligten jedenfalls eher und nachhaltiger zur Abwehr eines Preiswettbewerbs motiviert und entschlossen zeigen (werde), als dies bei Aufrechterhaltung der Selbständigkeit dieses Unternehmens zu erwarten sei".³⁹ Die auf einen anhaltenden, außergewöhnlich hohen Marktanteil in Verbindung mit einer erheblichen Marktzutrittsschranke gestützte marktbeherrschende Stellung der Sachs AG werde gestärkt, wenn sie in den finanzkräftigen, hochkonglomerierten GKN-Konzern integriert werde. Schließlich maß der BGH dem Umstand eine bedeutende Rolle zu, dass die Erwerberin rd. 40 % ihres Umsatzes "marktnah" erzielte.

³⁶ BKartA, WuW/E BKartA 1625 ff.

³⁷ BKartA, WuW/E BKartA, 1625, 1629.

³⁸ BGH WuW/E 1501, 1506 – Kfz-Kupplungen.

³⁹ BGH WuW/E a.a.O., S. 1510.

Die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch einen Zuwachs an Finanzkraft spielte auch im Fall Rheinmetall / WMF im Jahre 1989 eine entscheidende Rolle.⁴⁰ In diesem Verfahren hatte das BKartA die Feststellung getroffen, dass die Erwerberin durch Zusammenschlüsse mit anderen marktnahen, im wettbewerblichen Umfeld tätigen Unternehmen eine systematische Diversifizierungsstrategie verfolge. Rheinmetall dringe in Tätigkeitsbereiche vor, in denen sie bislang nicht tätig gewesen sei. Es sei daher zu erwarten, dass ihre finanziellen Ressourcen künftig der auf dem Markt für Edelstahlbestecke marktbeherrschenden WMF zur Verfügung stehen würden. Der BGH hat diese Entscheidung im Ergebnis gebilligt.⁴¹

Keine entscheidungserhebliche Rolle spielte der Zuwachs an Finanzkraft im Verfahren Zweite T-Telematik Venture Beteiligungsgesellschaft mbH / Nexnet GmbH.⁴² Das zum Konzern der Deutsche Telekom AG gehörende Unternehmen hatte im Jahre 2001 den Erwerb einer Minderheitsbeteiligung an der Nexnet angemeldet, die Abrechnungsdienste für Telekommunikationsdienstleistungen erbringt. Die Frage, ob möglicherweise die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung durch die hinter der Erwerberin stehende Finanzkraft der Telekom zu befürchten sei, wurde jedoch angesichts des sehr jungen, durch eine Entscheidung der RegTP vom 21.2.2000 zum Inkasso von Telekommunikationsdienstleistungen überhaupt erst eröffneten und sich noch in der Entwicklung befindlichen Marktes, verneint. Denn die Zuführung von Finanzkraft habe für sich alleine noch keine ausreichende Tendenz zur Abschottung des Marktes bereits in der Entstehungsphase. Eine andere Frage, die sich in diesem Verfahren stellte, war, ob der Zusammenschluss möglicherweise zu einer bevorzugten Belieferung der Nexnet mit den für die Abrechnung notwendigen Daten führen könne. Da jedoch die Telekom von Gesetzes wegen (§ 33 TKG) verpflichtet sei, allen Wettbewerbern diskriminierungsfrei die Daten zur Verfügung zu stellen, könne im Rahmen der Fusionskontrolle nicht unterstellt werden, dass die Telekom dauerhaft gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen werde. Der Zusammenschluss wurde daher freigegeben.

⁴⁰ BKartA WuW/E 1867 ff.

⁴¹ BGH WuW/E 2150, 2157 - Edelstahlbestecke.

⁴² Abrufbar unter www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Fusion/Fusion02/B7_206_01.pdf.

Portfolioeffekte

Auf den Gesichtspunkt "Sortimentserweiterung" hat das BKartA maßgeblich seine Entscheidung im Verfahren Getinge/Heraeus gestützt. Gegenstand des im Jahr 2001 angemeldeten Zusammenschlussverfahrens war der beabsichtigte Erwerb der Heraeus Medical Division durch die Getinge Industrier AB. Getinge war bereits vor dem Zusammenschluss der dominierende Anbieter von OP-Tischsystemen. Diese Marktstellung wäre nach Ansicht des BKartA durch den Zusammenschluss mit der auf dem benachbarten Markt für OP-Leuchtensysteme marktbeherrschenden Heraeus verstärkt worden. OP-Tischsysteme und OP-Leuchtensysteme seien sehr eng benachbarten sachlichen Märkten zuzuordnen, weil sie zur notwendigen Grundausstattung von Operationssälen gehörten, von den Anbietern im Rahmen einer einheitlichen Unternehmenspolitik abgesetzt würden und auf die gleiche Nachfragerstruktur träfen. Nach dem Zusammenschluss hätten die Unternehmen die Möglichkeit, komplette Paketangebote für die OP-Ausstattung abzugeben sowie ihren größeren Preis- und Rabattgestaltungsspielraum zu nutzen, um die Auftragsvergabe auf die eigenen Produkte zu lenken oder Wettbewerber zu verdrängen.⁴³ Außerdem bestehe die Gefahr, dass der Fachhandel in Bezug auf herstellernerneutrale Paketangebote weitgehend aus dem Markt gedrängt oder stärker an die Zusammenschlussbeteiligten gebunden würde. Der Zusammenschluss wurde daher nur mit Nebenbestimmungen freigegeben.

Koordinierte Effekte; Portfolioeffekte; Randsubstitution

In dem – noch nicht rechtskräftigen – Beschluss vom 19.1.2006 hat das BKartA das Zusammenschlussvorhaben Springer / Pro7Sat.1 (P7S1) untersagt, weil zu erwarten war, dass der Zusammenschluss auf insgesamt drei bundesweit abgegrenzten Märkten die marktbeherrschende Stellung verstärkt hätte: dem Fernsehwerbemarkt, dem Lesermarkt für Straßenverkaufszeitungen sowie dem Anzeigenmarkt für Zeitungen.⁴⁴

Auf dem Fernsehwerbemarkt hätten nach den Feststellungen des BKartA die zum Bertelsmann-Konzern gehörende RTL-Gruppe sowie die P7S1-Sendergruppe schon vor dem Zusammenschluss gemeinsam eine marktbeherrschende Stellung. Der Ver-

⁴³ BKartA WuW DE-V 669, 671.

⁴⁴ Abrufbar unter www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Fusion/Fusion06/B6-103-05.pdf.

haltungsspielraum dieses Duopols, das Marktanteile von rd. 80 % auf sich vereine, werde weder durch wirksamen Binnenwettbewerb noch durch Außenwettbewerb begrenzt. Diese duopolistische marktbeherrschende Stellung werde durch den Zusammenschluss weiter verstärkt. Der Zusammenschluss führe zu einer weiteren strukturellen Angleichung der beiden Sendergruppen; darüber hinaus seien beide durch Gemeinschaftsunternehmen miteinander verflochten. Dadurch erhöhe sich die Zahl der Geschäftsfelder, auf denen die Duopolisten über Vergeltungspotenzial gegenüber dem jeweils anderen verfügten. Beide Unternehmensgruppen hätten überdies die Möglichkeit, crossmediale Werbekampagnen aus einer Hand anzubieten. Ferner werde die "Bild-Zeitung", die von den Werbetreibenden bislang als einzige Ausweichmöglichkeit für eine bundesweite TV-Werbung in Betracht gezogen worden sei, als Randsubstitution entfallen.

Auf dem Lesermarkt für Straßenverkaufszeitungen habe – so das BKartA in seiner Entscheidung - die von Springer herausgegebene "Bild-Zeitung" seit Jahrzehnten eine marktbeherrschende Stellung. Die marktbeherrschende Stellung der "Bild-Zeitung" werde durch die Möglichkeit zu crossmedialer Werbung abgesichert. Diese Werbung sei in Form von gegenseitiger Werbung möglich. Ferner bestehe die Möglichkeit, sich wechselseitig Werbemöglichkeiten zu günstigeren als marktüblichen Bedingungen anzubieten. Darüber hinaus bestehe die Möglichkeit zu sog. publizistischer Cross-Promotion, bei der z.B. im Rahmen von TV-Sendungen auf P7S1-Sendungen für die "Bild-Zeitung" geworben werde. Der Vorteil der sog. publizistischen Cross-Promotion liege v.a. darin begründet, dass die Zuschauer üblicherweise redaktionellen Beiträgen ein höheres Vertrauen entgegenbringen als Werbeblöcken; aus diesem Grunde sei diese Form der Werbung besonders effektiv. Schließlich führten die verbesserten Absatzmöglichkeiten der "Bild-Zeitung" zu einer Erhöhung der Marktzutrittsschranken und damit einer weiteren Abschreckung potentieller Wettbewerber.

Schließlich führe der Zusammenschluss auch auf dem bundesweiten Anzeigenmarkt für Zeitungen, auf dem die Erwerberin marktführend sei, zu einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung. Denn durch crossmediale Werbekampagnen könne die marktbeherrschende Stellung auf dem Anzeigenmarkt sowie auf dem Fernsehwerbemarkt gegenseitig verstärkt werden.

4. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

Seit den 1980er Jahren ist die US-Praxis durch eine offene Grundhaltung gegenüber konglomeraten Zusammenschlüssen geprägt. Demnach bieten konglomerate Fusionen signifikante Effizienzpotentiale, denen zwar grundsätzlich auch wettbewerbsschädigende Effekte gegenüberstehen könnten. Diese negativen Effekte seien aber nur unter einer Reihe von Voraussetzungen überhaupt möglich. Ihr Nachweis setze zudem spekulative Prognosen über das zukünftige Verhalten der Marktteilnehmer voraus. Da die Gefahr irrtümlicher Untersagungen groß sei, sollten die Kartellbehörden allenfalls dann gegen konglomerate Fusionen vorgehen, wenn diese den Wegfall potenziellen Wettbewerbs zu Folge haben. Um mögliche negative Wettbewerbseffekte aufzufangen, sei grundsätzlich der ex-post Kontrolle im Rahmen der Missbrauchsaufsicht gegenüber ex-ante Maßnahmen im Rahmen der Fusionskontrolle der Vorrang einzuräumen.

Die Praxis der KOM befindet sich nach den Gel- und EuGH-Urteilen zu den Fusionskontrollverfahren Tetra Laval / Sidel und GE / Honeywell zur Zeit im Wandel. Sowohl diese Urteile, als auch die Praxis der KOM in den ersten Entscheidungen danach, weisen darauf hin, dass die KOM der Fusionskontrolle grundsätzlich auch bei konglomeraten Zusammenschlüssen eine bedeutende Rolle beimisst. Aufgrund der insgesamt eher geringen Wahrscheinlichkeit wettbewerbsschädigender Effekte durch einen konglomeraten Zusammenschluss müsse nach Auffassung der Gerichte gerade eine mögliche Untersagung auf einer fundierten ökonomischen Analyse fußen. Im Rahmen der fusionskontrollrechtlichen Prüfung sei nachzuweisen, dass ein wettbewerbswidriges Verhalten unter Berücksichtigung des Missbrauchsverbots sowie aller ökonomischen Anreize wahrscheinlich ist und tatsächlich zu einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs führen wird.

Die Ansicht des historischen deutschen Gesetzgebers, das wettbewerbliche Gefährdungspotential konglomerater Zusammenschlüsse sei mit demjenigen horizontaler Zusammenschlüsse weitgehend vergleichbar, findet in der Praxis des BKartA keine Entsprechung. Untersagungen von konglomeraten Zusammenschlüssen sind bislang nur in einigen wenigen Fällen ergangen. Bei der

materiellen Beurteilung solcher Zusammenschlüsse stand die Prüfung struktureller Gesichtspunkte im Vordergrund. Im Unterschied zur Entwicklung in den USA und der EU folgte die Rechtsprechung im Ergebnis den BKartA-Entscheidungen.

C. Konglomerate Zusammenschlüsse aus ökonomischer Perspektive

Als unilaterale oder nicht-koordinierte Effekte werden die Fusionswirkungen bezeichnet, die sich aus der Veränderung der individuellen Anreize und entsprechend zu erwartenden Verhaltensreaktionen aller Marktteilnehmer ergeben, ohne dass sich die Art der strategischen Interaktion ändert. Koordinierte Effekte bezeichnen hingegen Fusionswirkungen, die aus der Änderung der strategischen Interaktion resultieren, in dem die Unternehmen ihre Wettbewerbstätigkeit zugunsten einer Koordination einschränken. Eine solche Koordination kann auch ohne explizite Absprache erreicht werden.

1. Unilaterale Effekte

Eine Reihe von unilateralen Effekten sind aus wettbewerbsrechtlicher Sicht als unbedenklich zu klassifizieren, da sie effizienzsteigernd wirken und einem funktionsfähigen Wettbewerb nicht im Wege stehen. Unter bestimmten Voraussetzungen können sich konglomerate Fusionen jedoch auch wettbewerbsschädlich auswirken. Im Vordergrund der theoretischen Diskussion stehen sogenannte Portfolioeffekte. Daneben sind insbesondere unilaterale Effekte von Bedeutung, die durch Wegfall von Randsubstitution, Wegfall von potenziellem Wettbewerb und Finanzkraftzuwachs entstehen können.

Wettbewerbsrechtlich unbedenkliche Effekte

Konglomerate Fusionen können zur Realisation von Verbundeffekten führen. Verbundeffekte treten auf, wenn die gemeinsame Produktion mehrerer Güter in der Summe kostengünstiger ist als die Produktion der Güter in getrennten Unternehmenseinheiten. Sofern Verbundeffekte auftreten, kann das Unternehmen durch den Zusammenschluss Kosteneinsparungen realisieren. Kosteneinsparungen

erhöhen die Effizienz der Unternehmen und führen tendenziell zu sinkenden Preisen, einer besseren Versorgung der Märkte und einer höheren Wohlfahrt. Zu beachten ist, dass dieser Effekt nicht durch erhöhten Wettbewerbsdruck entsteht, sondern allein durch die Veränderung des Gewinnmaximierungskalküls in Folge einer Grenzkostensenkung.

Konglomerate Fusionen können zu einer Risikoabsicherung des Unternehmens innerhalb der Unternehmensstruktur beitragen. Dies ist dann der Fall, wenn der Zusammenschluss Unternehmenssparten umfasst, die tendenziell mit einem gegenläufigen Risiko - beispielsweise aufgrund unterschiedlicher Nachfrage- oder Produktionsabhängigkeiten - behaftet sind. Der Risikoausgleich hat positive Rückwirkungen auf die Finanzierungsmöglichkeiten des Unternehmens, was zu seiner Innovationsfähigkeit beitragen kann und die Effizienz erhöht. Eine bessere Möglichkeit zur Refinanzierung über die Kapitalmärkte kann jedoch auch dazu eingesetzt werden, Wettbewerber aus dem Markt zu drängen (siehe unten).

Sofern zwischen den Produkten der Zusammenschlussbeteiligten Interdependenzen bestehen, kann die Integration effizienzsteigernd wirken. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn eine technische Abstimmung der Produkte ihren Nutzwert für die Kunden erhöht. Sofern hierfür spezifische Investitionen notwendig sind, kann eine Marktlösung dazu führen, dass die Unternehmen diese Investitionen unterlassen oder nur in ineffizienter Höhe durchführen, um sich nicht in die Abhängigkeit eines anderen Marktteilnehmers zu begeben. Durch die Integration kann dieses als Hold-Up-Problem bezeichnete ineffiziente Investitionsverhalten überwunden werden, da sämtliche Investitionserträge nach dem Zusammenschluss innerhalb des Unternehmens anfallen, positive externe Effekte aus der Investition also internalisiert werden.

Sofern zwischen einzelnen Produkten positive externe Effekte bestehen, also der Nutzen aus dem Konsum des einen Guts den Nutzen eines anderen Guts negativ beeinflusst, kann eine Integration zu einer effizienten Marktlösung und sinkenden Preisen führen. Ursächlich hierfür ist, dass das Unternehmen die externen Effekte, die über den Marktmechanismus nicht abgegolten werden können, internalisiert. Dies ist auch dann der Fall, wenn die Produkte komplementär konsumiert werden. Dann

führt der Zusammenschluss dazu, dass der positive Effekt, der von sinkenden Preisen auf die Nachfrage des anderen Marktes wirkt, im Unternehmen internalisiert wird, was tendenziell zu sinkenden Preisen führt.

Portfolioeffekte

Portfolioeffekte sind solche unilaterale Fusionswirkungen, die aus der fusionsbedingten Erweiterung der Produktpalette entstehen können. Durch die Zusammenführung verschiedener komplementärer Produkte können sich insbesondere die Anreize verändern, diese Produkte gekoppelt oder gebündelt zu vermarkten. Die Theorie der Portfolioeffekte basiert daher weitgehend auf den Erkenntnissen zu Anreizen und Wirkungen von Kopplungs- und Bündelungspraktiken.⁴⁵ Unabhängig von den nachfolgend behandelten möglichen negativen Wirkungen kann eine Portfolioerweiterung durch verschiedene Mechanismen zur Erhöhung der Konsumentenwohlfahrt führen.

Vor etwa 30 Jahren herrschte noch die Sichtweise der Chicago School vor, dass wettbewerbsschädliche Portfolioeffekte nicht entstehen können.⁴⁶ Als Grundlage dieser Einschätzung diente ein komparativ-statisches Modell, mit dem nachgewiesen werden sollte, dass Kopplung nicht zu Verdrängungsgewinnen führen kann, so dass eine Kopplung allein aus Verdrängungsmotiven irrational wäre. Zentrale Annahme des Modells ist, dass für das gekoppelte Produkt perfekter Wettbewerb ohne Eintrittsbarrieren besteht. Vor der Kopplung wird daher das Wettbewerbsprodukt zum Grenzkostenpreis und ein anderes Monopolprodukt zum Monopolpreis angeboten. Durch die Kopplung ist das Monopolprodukt am Markt nicht mehr separat erhältlich, sondern nur noch das Bündel der beiden Produkte sowie das separate Wettbewerbsprodukt. Der Preis für das Bündel kann jedoch nicht über der Summe der vorherigen Einzelpreise liegen, da das Unternehmen sonst seinen Gewinn reduzieren würde. Anders formuliert wurde der volle Monopolgewinn bereits vor der Kopplung durch die Monopolpreise realisiert. Aus dem Modell folgert die Chicago School, dass in der Realität zu beobachtende Bündel ausschließlich auf Effizienzen zurückzuführen seien, die sowohl die Unternehmensgewinne als auch die Konsumentenwohlfahrt erhöhten. Dieses Ergebnis hält unter anderen

⁴⁵ Aktuelle Literaturübersichten zum Thema geben z.B. Kobayashi (2005), Carlton und Waldmann (2005).

⁴⁶ Vgl. z.B. Bork (1978), S. 372 ff., Posner (1976).

Voraussetzungen – insbesondere bei Vorliegen von Eintrittsbarrieren in einer dynamischen Sichtweise - nicht Bestand.

Ein wichtiger Kritikpunkt an den Schlussfolgerungen der Chicago School ist zunächst, dass eine Verdrängung im Chicago-Modell vollkommen kostenlos ist. Wenn die beiden Produkte beispielsweise von den Kunden ausschließlich im festen Verhältnis konsumiert werden, kann das konglomerate Unternehmen das gesamte Volumen des Wettbewerbsmarktes auf sich ziehen, indem es die beiden Produkte im entsprechenden Verhältnis koppelt. Durch diese Praxis erzielt das Unternehmen zwar kurzfristig keinen zusätzlichen Gewinn, es kann aber den Wettbewerbsmarkt ebenfalls monopolisieren, ohne dass es für die Verdrängung Kosten aufwenden muss. Wenn die beiden Produkte nicht in fixen Proportionen konsumiert werden, ist für das konglomerate Unternehmen ein entsprechendes gemischtes Bündel oder ein Bündelrabatt – unabhängig von möglichen zukünftigen Zusatzgewinnen - sogar kurzfristig profitabel.⁴⁷ Dass Verdrängung durch Kopplung oder Bündelung – im Gegensatz zu Kampfpreismaßnahmen – meist kostenlos ist, lasse den Schluss zu, dass Kopplung und Bündelung eine grundsätzlich sehr erfolgsversprechende Verdrängungsstrategie sei.⁴⁸ Wenn die Annahme fehlender Eintrittsbarrieren aufgegeben wird, folgt aus dem Modell, dass langfristig Verdrängungsgewinne entstehen.

Unter gewissen Bedingungen können Wettbewerber durch Kopplung und Bündelung vom Markteintritt abgehalten werden. Voraussetzung hierfür ist, dass Wettbewerber nicht in beide Märkte eintreten können (oder dies unrentabel wäre). Beispielsweise kann ein Unternehmen durch glaubhaftes Festhalten an einer Bündelung der beiden Produkte Wettbewerber vom Markteintritt abhalten.⁴⁹ Das Festhalten an der Bündelung kann z.B. durch technische Integrationsmaßnahmen glaubhaft sein oder wenn Bündelung ohnehin die bessere Reaktion auf einen etwaigen Markteintritt wäre.⁵⁰ Bei einem Markteintritt in einen der beiden Märkte würde ein Umsatzverlust in einem Markt durch die Bündelung auch eine entsprechende Einbuße im zweiten Markt verursachen. Da das Unternehmen an der Bündelung festhielte, verursachte

⁴⁷ Dies resultiert aus der Reduzierung der Ineffizienz des Monopolpreises, die aufgrund der variablen Konsumproportionen möglich ist. Für einen formalen Beweis siehe Nalebuff (2004), Greenlee et al (2004).

⁴⁸ Vgl. Nalebuff (2004).

⁴⁹ Vgl. Whinston (1990).

⁵⁰ Zu den Situationen, in denen dies der Fall ist, siehe Nalebuff (1999).

ihm ein Markteintritt einen verhältnismäßig höheren Verlust. Das Unternehmen würde daher auf den Eintritt mit aggressiver Preissetzung reagieren. Hierdurch kann ein Markteintritt unrentabel werden, so dass potenzielle Wettbewerber vom Eintritt in einen der beiden Märkte absehen. Die Strategie ist umso erfolgsversprechender, je mehr Produkte im Bündel enthalten sind.⁵¹ Kopplung und Bündelung zur Verhinderung von Markteintritten sind für das Unternehmen besonders lohnend, wenn der Eintritt in die benachbarten Märkte sequentiell verlaufen würde, d.h. wenn einer der betroffenen Märkte als Eintrittspunkt für den jeweils anderen Markt dienen könnte und/oder in den Märkten Skaleneffekte oder Netzwerkeffekte bestehen.⁵²

In Analogie zur Verhinderung des Markteintritts ist es auch möglich, dass das glaubhafte Festhalten an Kopplungs- und Bündelungspraktiken zur Reduzierung der Innovationstätigkeit führt.⁵³ Dies kann der Fall sein, wenn das konglomerate Unternehmen durch die Bündelung einen zusätzlichen Anreiz erhält, in Forschung und Entwicklung zu investieren. Unter der Voraussetzung, dass die Wettbewerber auf eine solche Strategie mit einer Reduktion der eigenen Innovationstätigkeit reagieren, können die gesamten F&E-Investitionen in dem Markt sinken. Sofern jedoch die Wettbewerber die eigene Innovationstätigkeit als Reaktion erhöhen, steigt das gesamte Investitionsaufkommen.

Schließlich können Portfolioeffekte auch durch die Sortimentserweiterung selbst entstehen.⁵⁴ Dies kann der Fall sein, wenn Kunden die Vielfalt oder Sortimentsbreite schätzen. Wenn Wettbewerber nur eine geringere Sortimentsvielfalt anbieten können, führt dies möglicherweise zu entsprechenden Verdrängungs- oder Abschottungseffekten. In diesem Fall steht den möglichen langfristigen Verdrängungseffekten jedoch ein positiver Effekt für die Konsumentenwohlfahrt entgegen, der durch die Erhöhung der Sortimentsbreite entsteht.

⁵¹ Vgl. Nalebuff (2000).

⁵² Vgl. Carlton und Waldmann (2002).

⁵³ Vgl. Choi und Stefanadis (2001), Choi (2004).

⁵⁴ Vgl. Church (2004), S. 219 ff.

Wegfall von Randsubstitution

Stehen die Produkte der fusionierenden Unternehmen trotz der Zuordnung zu unterschiedlichen sachlichen Märkten zu einem gewissen Grade in einer Substitutionsbeziehung zueinander, kann der Wegfall von Randsubstitution unilaterale Effekte verursachen. Der graduelle Unterschied zu den jeweils innerhalb des relevanten Marktes befindlichen Produkten besteht darin, dass das Randsubstitut sie nur in eingeschränktem Umfang oder unter bestimmten Bedingungen ersetzen kann.⁵⁵ Auch wenn Randsubstitute den Verhaltensspielraum eines marktbeherrschenden Unternehmens im allgemeinen nicht hinreichend kontrollieren können, schränken sie ihn teilweise ein. Je nach Ausmaß der Substitution kann daher der Wegfall von Randsubstitution zu unilateralen Effekten führen. Die Analyse der unilateralen Effekte des Wegfalls von Randsubstitution unterscheidet sich aus ökonomischer Sicht grundsätzlich nicht von horizontalen Fusionen, so dass entsprechende Oligopolmodelle unmittelbar herangezogen werden können.⁵⁶

Wegfall von potenziellem Wettbewerb

Unilaterale Effekte können auch entstehen, wenn durch den Zusammenschluss ein potenzieller Wettbewerber wegfällt. Die Theorie bestreitbarer Märkte illustriert die disziplinierende Wirkung, die potenzieller Wettbewerb haben kann. Sofern potenzielle Wettbewerber sofort und ohne versunkene Kosten in einen Markt eintreten können, ist ein (hypothetischer) Monopolist gezwungen, den Wettbewerbspreis bzw. die Wettbewerbsmenge anzubieten. Doch auch wenn Marktzutrittsschranken vorliegen, kann es für ein marktbeherrschendes Unternehmen rational sein, von der kurzfristigen Gewinnmaximierung abzuweichen, um Markteintritte zu verhindern. Dies kann z.B. durch Senkung des Preises auf den Limitpreis geschehen, mit dem der Marktbeherrscher die potenziellen Wettbewerber über die wahren Gewinnmöglichkeiten in dem betreffenden Markt täuschen möchte.⁵⁷ Analog hierzu kann der Marktbeherrscher auch zusätzliche Kapazitäten aufbauen, um glaubhaft zu machen, dass potenzielle Wettbewerber nach einem etwaigen Markteintritt nicht

⁵⁵ Zu verschiedenen Beispielen, wodurch die eingeschränkte Austauschbarkeit begründet sein kann, siehe Bundeskartellamt (2005), S. 30 f.

⁵⁶ Für eine typische Darstellung der Effekte von Randwettbewerb siehe z.B. Carlton und Perloff (1999), S. 107 ff.

⁵⁷ Zu Limitpreissetzung siehe Tirole (1999), S. 803 ff.

ausreichende Gewinne erzielen würden, um die Eintrittskosten zu decken.⁵⁸ Beide Verhaltensweisen führen kurzfristig zur Erhöhung der Konsumentenwohlfahrt. Daher kann umgekehrt der Wegfall eines Unternehmens, das das etablierte Unternehmen als potenziellen Wettbewerber ansah, in der Regel (auch kurzfristig) zu unilateralen Effekten führen. Langfristig führt der Wegfall eines potenziellen Wettbewerbers in der Regel zu wettbewerbsschädlichen Effekten, wenn dieser ohne den Zusammenschluss in den Markt eingetreten wäre.

Finanzkraftzuwachs

Finanzkraftzuwachs kann zu Kostensenkungen führen, die sich normalerweise positiv auf die Konsumentenwohlfahrt auswirken (siehe oben). Unter bestimmten Voraussetzungen können aus der Verstärkung der Finanzkraft auch unilaterale Effekte resultieren. Dies kann der Fall sein, wenn das marktbeherrschende Unternehmen vor der Fusion nur begrenzte Finanzierungsmöglichkeiten hatte und der Finanzkraftzuwachs somit die Fähigkeit zur Durchführung von Verdrängungsstrategien, insbesondere Kampfpreisstrategien erhöht. Wenn Wettbewerber den Einsatz von Kampfpreisstrategien für wahrscheinlich halten, kann dies zu entsprechenden Abschreckungs- und Entmutigungseffekten führen. Die Analyse, ob der Finanzkraftzuwachs zu solchen unilateralen Effekten führt, basiert daher weitgehend auf den Erkenntnissen zu Kampfpreispraktiken.⁵⁹ Verdrängung durch Kampfpreise ist für den Marktbeherrscher grundsätzlich eine relativ kostspielige Strategie. Andererseits kann aber auch der Verzicht auf Kampfpreise zukünftige Kosten verursachen, da Wettbewerber sonst möglicherweise Marktanteile erobern oder in den Markt eintreten. Aus Sicht des Marktbeherrschers ist eine Verdrängung durch Kampfpreise nur dann eine rationale Strategie, wenn die Kosten der Kampfpreisphase geringer sind, als die Kosten eines Verzichtes auf Kampfpreise. Für dieses Kalkül spielt eine Reihe von Elementen eine Rolle. Die Kosten der Kampfpreisphase sind tendenziell umso höher, je schlechter der Marktbeherrscher Preise differenzieren kann und je größer die Finanzierungsmöglichkeiten des Wettbewerbers sind. Der erwartete Zusatzgewinn nach Marktaustritt steigt tendenziell mit dem Ausmaß von Markteintrittsbarrieren,

⁵⁸ Vgl. Dixit (1980).

⁵⁹ Zu Kampfpreispraktiken siehe Bolton et al (2000).

sowie mit der Möglichkeit, Reputationseffekte auf dem betroffenen Markt und anderen, z.B. benachbarten Märkten zu nutzen.

2. Koordinierte Effekte

Koordinierte Effekte können auftreten, wenn ein Zusammenschluss die auf den Märkten tätigen Unternehmen in die Lage versetzt, ihr wettbewerbliches Verhalten aufzugeben und sich stillschweigend oder explizit zu koordinieren.⁶⁰ Eine Koordination ist nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich und dauerhaft durchsetzbar. Im Rahmen des fusionskontrollrechtlichen Verfahrens ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen, die eine Marktkoordination begünstigen, durch den Zusammenschluss gefördert werden, eine stillschweigende Kooperation der Wettbewerber in Folge des Zusammenschlusses also wahrscheinlicher wird.

Eine stillschweigende Koordinierung ist nur möglich, wenn es den Marktteilnehmern gelingt, kommunikationslos eine gemeinsame Marktlösung zu identifizieren und diese dauerhaft umzusetzen. Da eine Koordinierungslösung - ebenso wie eine explizite Absprache - gerichtlich nicht durchsetzbar ist, kann sie nur dann dauerhaft umgesetzt werden, wenn kein bedeutendes Unternehmen ein Interesse besitzt, einseitig aus der Kooperation auszubrechen. Sobald die Marktteilnehmer das Ausbrechen eines Unternehmens beobachten, sind sie gezwungen, sich fortan ebenfalls wettbewerblich zu verhalten.⁶¹ Bei der Abwägung, in einer Kooperation zu bleiben, spielen damit die Höhe des Gewinns bei Kollusion, die Höhe des Gewinns bei Wettbewerb und der einmalige Abweichungsgewinn eine Rolle. Eine Koordinierung kann nur aufrecht erhalten werden, wenn für jedes Unternehmen der Barwert der zukünftigen Gewinne bei Koordinierung höher ist als die Summe aus dem Abweichungsgewinn und dem Barwert der zukünftigen Wettbewerbsgewinne.

Verschiedene Faktoren beeinflussen die Wahrscheinlichkeit, dass diese Bedingung erfüllt ist. Dies sind beispielsweise das Ausmaß der Marktkonzentration, die Anzahl und Symmetrie der Unternehmen, Nachfrageeigenschaften, das Ausmaß der

⁶⁰ Gute Übersichtsartikel zur Frage der Koordinierung von Unternehmen geben Feuerstein (2005), Ivaldi et. al. (2003), Motta (2004), Kap. 4. Die Darstellung hier folgt im wesentlichen diesen Artikeln und den dort zitierten Beiträgen.

⁶¹ Das Wechseln in ein wettbewerbliches Verhalten, sobald ein Abweichen aus der Kooperation beobachtet wird, wird als Sanktionsmechanismus bezeichnet.

Markttransparenz und die Existenz von Markteintrittsbarrieren. Im Rahmen der fusionskontrollrechtlichen Prüfung ist zunächst zu bewerten, in welcher Form ein konglomerater Zusammenschluss Einfluss auf diese Faktoren nimmt, um dann in einer Gesamtschau aller Faktoren zu beurteilen, ob der Zusammenschluss eine Marktkoordinierung wahrscheinlicher, stabiler oder erfolgreicher werden lässt. Im folgenden werden einige wichtige Marktparameter diskutiert.

Potentieller Wettbewerb und Randsubstitution

Durch den Wegfall von Randsubstitution oder den Ausfall potentieller Wettbewerber beeinflusst ein konglomerater Zusammenschluss möglicherweise die Anzahl der Unternehmen, die Einfluss auf eine Marktkoordinierung nehmen können.⁶² Eine geringere Anzahl von Unternehmen führt tendenziell zu geringeren potentiellen Gewinnen aus dem Ausbrechen aus Kollusion. Dies stärkt die Anreize, in der Kollusion zu bleiben. Auf der anderen Seite sind die Gewinne in der anschließenden Wettbewerbsphase bei einer geringeren Anzahl von Unternehmen höher, so dass der Nachteil des Abweichens geringer wiegt. Die Frage, ob eine geringere Anzahl von Unternehmen Kollusion wahrscheinlicher macht, bedarf somit einer weiteren Differenzierung.

Sind die Unternehmen symmetrisch, überwiegt der erste Effekte und das Auftreten von Kollusion wird wahrscheinlicher. In diesem Falle ist der Abweichungsgewinn so gering, dass sich ein Ausbrechen aus der Kooperation nicht lohnt und die Unternehmen die gemeinsame Marktlösung aufrecht erhalten. Sind die Unternehmen jedoch asymmetrisch - unterscheiden sie sich beispielsweise hinsichtlich ihrer Kapazitäten oder der angebotenen Produktvarianten - wird ein Ausbrechen aus der Kollusion profitabler, eine koordinierte Marktlösung mithin unwahrscheinlicher.⁶³

⁶² Auch im Zuge von Kopplungsstrategien können unabhängige Anbieter auf Märkten wegfallen, was tendenziell die Anzahl der Unternehmen reduziert.

⁶³ Ob eher große oder kleine Marktteilnehmer Anreize besitzen, aus einer Koordinierung auszubrechen, hängt von der Art der Unternehmensdifferenzierung ab. Unterscheiden sich die Unternehmen durch Kapazitätsgrenzen, ist der Anreiz zum Abweichen nur für große Unternehmen gegeben, denn kleine Unternehmen werden in dem Abweichungsgewinn durch ihre Kapazitätsgrenzen beschränkt. Unterscheiden sich die Unternehmen hingegen hinsichtlich der angebotenen Produktvarianten, haben kleinere Unternehmen tendenziell eher ein Interesse abzuweichen, da sie so einen höheren Anteil der Nachfrage auf sich ziehen können. Unabhängig von der Frage, welche Unternehmen abweichen, ist hier von Bedeutung, dass koordinierte Effekte bei asymmetrischen Marktstrukturen unwahrscheinlicher werden.

Ein konglomerater Zusammenschluss ist im Hinblick auf den Faktor Marktkonzentration somit differenziert zu betrachten. Reduziert der Zusammenschluss auf einem Markt die Anzahl der Unternehmen und sind diese strukturell ähnlich, steigt die Wahrscheinlichkeit, dass sich die Unternehmen aufgrund des Zusammenschlusses stillschweigend koordinieren. Der Wegfall potentiellen Wettbewerbs ist hingegen eher unbedenklich, wenn sich die Unternehmen bereits vor dem Zusammenschluss strukturell unterscheiden und sich daran nichts grundlegend ändert. Für den Fall, dass die Marktstruktur erst durch die Fusion heterogener wird, sich eine symmetrische Marktsituation durch den Zusammenschluss also stärker differenziert, ist eine reduzierte Anzahl von Unternehmen, die auf die Koordinierung Einfluss nehmen können, in Hinblick auf kooperative Effekte sogar als vorteilhaft zu bewerten. Die Wahrscheinlichkeit einer kollektiven Marktlösung sinkt in diesem Fall.

Marktübergreifende Effekte

Ein konglomerater Zusammenschluss kann die Wahrscheinlichkeit koordinierter Effekte erhöhen, wenn die Unternehmen durch die Fusion in die Lage versetzt werden, mehrere getrennte Märkte in die Abwägung über eine Kooperationslösung einzubeziehen. Dies ist dann der Fall, wenn sich entweder das Vergeltungspotenzial gegen Abweichungen erhöht, indem sich die Wettbewerber nach dem Zusammenschluss auf mehreren Märkten begegnen, oder wenn das Abwägungsproblem der Marktteilnehmer durch das Einbeziehen aller Märkte in das Kalkül, eine Kooperation einzugehen, angleicht. Dieser Effekt lässt sich anschaulich anhand eines Beispiels verdeutlichen.

Annahmegemäß seien vor dem Zusammenschluss auf Markt 1 die symmetrischen Unternehmen A und B tätig. Eine Koordinierung ist auf diesem Markt wahrscheinlich. Unternehmen B sei auch auf Markt 2 aktiv. Dort steht es Unternehmen C gegenüber, das in Verhältnis zu B einen hohen Marktanteil besitzt. Hier kommt es aufgrund der asymmetrischen Struktur nicht zur Kollusion, weil Unternehmen B einen Anreiz besitzt auszubrechen. Ein konglomerater Zusammenschluss zwischen Unternehmen A und C hat zur Folge, dass sich die in Hinblick auf ihre jeweiligen Märkte unterschiedlichen Unternehmen über alle Märkte hinweg gesehen angleichen:

Unternehmen AC nähert sich in seiner Struktur Unternehmen B an, allerdings mit umgekehrten Vorzeichen auf den jeweiligen Märkten. War vor dem Zusammenschluss eine Koordinierung auf Markt 2 nicht durchsetzbar, schafft die konglomerate Unternehmensstruktur nun eine Verbindung zwischen diesen Märkten. Durch das Angleichen der Unternehmensstrukturen über die Märkte hinweg wird eine kooperative Lösung wahrscheinlicher. Das Verbindungsglied ist dabei das Kalkül, bei einem Abweichen der Marktgegenseite auf einem Markt in ein wettbewerbliches Verhalten auf allen Märkten zu wechseln. Da beide Unternehmen diese Erwägung anstellen, gleicht sich die Abwägung, ob eine Kooperation aufrecht erhalten werden soll, an. Dies ist ungeachtet der asymmetrischen Strukturen auf den einzelnen Märkten der Fall. Die konglomerate Struktur wirkt damit über die Abwägungsentscheidung als Verbindungsglied zwischen unabhängigen Märkten. Da ähnliche Unternehmen geringere Anreize haben, aus einer Kooperation ausubrechen, kann eine konglomerate Fusion die Wahrscheinlichkeit einer koordinierten Marktlösung erhöhen.

Markteintritt und Außenwettbewerb

Ist Markteintritt möglich, sinkt die Wahrscheinlichkeit einer koordinierten Marktlösung. Sofern ein bedeutender Marktteilnehmer in den Markt eintritt und nicht Mitglied der Kooperation wird, bricht die Koordinierung zusammen. Selbst unter der Annahme, dass sich der neue Marktteilnehmer in die Markt koordinierung einfügt, wirkt dies tendenziell destabilisierend auf die stillschweigende Koordinierung, denn mit der Anzahl der Marktteilnehmer steigt auch der Anreiz ausubrechen. Sofern eine konglomerate Fusion Markteintritte beispielsweise aufgrund von Finanzierungsaspekten, Verbundvorteilen oder Bündelungsstrategien unattraktiver macht, steigt die Wahrscheinlichkeit koordinierter Effekte. Gleiches gilt für den Fall, dass durch die Fusion ein potenzieller Wettbewerber oder ein Randsubstitut wegfällt.

D. Zentrale Thesen für die künftige Beurteilung konglomerater Zusammenschlüsse in der Praxis

Konglomerate Fusionen können unter bestimmten Voraussetzungen schädliche Wirkungen haben.

Weder die Auffassung des historischen Gesetzgebers, dass das wettbewerbliche Gefährdungspotenzial konglomerater Zusammenschlüsse mit demjenigen horizontaler Zusammenschlüsse gleichwertig sei, noch die Auffassung der Chicago School, dass konglomerate Zusammenschlüsse stets unbedenklich seien, sind mit dem Stand der ökonomischen Theorie vereinbar. Unter begrenzten Voraussetzungen können auch konglomerate Fusionen wettbewerbsschädlich sein. Sowohl unilaterale Effekte als auch koordinierte Effekte können auftreten.

Der Verhaltensspielraum eines marktbeherrschenden Unternehmens kann sich erhöhen, wenn ein bedeutendes Randsubstitut wegfällt. Ebenso kann der Wegfall eines Unternehmens, das ohne die Fusion möglicherweise in den Markt eingetreten wäre, zu wettbewerbsschädlichen Effekten führen. Portfolioeffekte können entstehen, indem sich durch die Erweiterung der Produktpalette die Möglichkeiten und Anreize verändern, diese Produkte gekoppelt oder gebündelt zu vermarkten. Wenn die Fusion in Folge eines Finanzkraftzuwachses die Wahrscheinlichkeit von Kampfpreisstrategien erhöht, kann dies zu entsprechenden Abschreckungs- und Entmutigungseffekten führen.

Das Missbrauchsverbot kann die Fusionskontrolle auch bei konglomeraten Fusionen nicht ersetzen.

Das Missbrauchsverbot kann nur einen Teil der möglichen negativen Wirkungen konglomerater Fusionen erfassen, nämlich die auf möglichen Verdrängungspraktiken beruhenden Portfolioeffekte und Finanzkrafteffekte. Durch das Missbrauchsverbot nicht abgedeckt werden hingegen Wegfall von potenziellem Wettbewerb, Wegfall von Randsubstitution und erhöhte Koordination.

Nach einer Auffassung, die unter anderem die US-Kartellbehörden vertreten, sind die privaten und staatlichen Sanktionen des Missbrauchsverbots im allgemeinen abschreckend genug, um illegale Verdrängungspraktiken zu verhindern, so dass Portfolioeffekte und Finanzkrafteffekte grundsätzlich nicht zu erwarten sind. In eine ähnliche Richtung geht die Rechtsprechung des GeI im Fall GE / Honeywell. Nach Auffassung des GeI muss die KOM die Abschreckungswirkung in Fällen eines klaren oder hoch-wahrscheinlichen Verstoßes gegen Artikel 82 EG in Betracht ziehen.

Die Hypothese der hinreichenden Abschreckung ist jedoch fragwürdig, da die Dunkelziffer der Kartellrechtsverstöße unbekannt ist und somit die tatsächliche Abschreckungswirkung der Sanktionen nicht verlässlich eingeschätzt werden kann. Hinzu kommt, dass in den meisten Fällen bereits die Bewertung, ob ein hypothetisches Verhalten gegen das Missbrauchsverbot verstieße, nicht eindeutig ist. Wollte die Wettbewerbsbehörde ex-ante die materielle Bewertung jeder denkbaren Machtmissbrauchsvariante durchführen, stieße sie schnell an ihre Grenzen. Unabhängig von diesen praktischen Schwierigkeiten führt eine „Artikel-82-Einrede“ zu einem paradoxen Ergebnis: Da bei den schädlichsten hypothetischen Verhaltensweisen ein Verstoß gegen das Missbrauchsverbot am ehesten anzunehmen sein dürfte, können für die Zwecke der fusionskontrollrechtlichen Analyse nur die eher harmlosen Verhaltensvarianten unterstellt werden.

Soweit sich eine Untersagung der Wettbewerbsbehörde bei einem konglomeraten Zusammenschluss auf zukünftiges Verhalten stützt, ist der angemessene Beweisstandard, ob dieses Verhalten bei ökonomischer Betrachtung wahrscheinlich ist.

In der deutschen Praxis und Rechtsprechung stehen auch bei der Prüfung konglomerater Zusammenschlüsse strukturelle Kriterien im Vordergrund. Untersagungsentscheidungen des BKartA stützen sich dementsprechend nicht schwerpunktmäßig auf ein zu erwartendes zukünftiges Verhalten der Beteiligten, sondern vor allem auf mögliche Auswirkungen der Fusion durch den Wegfall von potentielltem Wettbewerb und Randsubstitution sowie durch den Zuwachs von Finanzkraft. Soweit sich eine Untersagung darüber hinaus auf zukünftiges Verhalten der Beteiligten stützt, verwendet das BKartA als Beweisstandard, ob dieses Verhalten wahrscheinlich ist. Ein Verhalten ist als wahrscheinlich einzuschätzen, wenn es möglich und kaufmännisch vernünftig ist.

Die KOM hatte ihre Entscheidungen in den Verfahren Tetra Laval / Sidel und GE / Honeywell im Unterschied zur deutschen Praxis weniger auf strukturelle Veränderungen durch den Zusammenschluss als vielmehr auf das zukünftig zu erwartende Verhalten der Beteiligten gestützt. Nach Auffassung der europäischen Gerichte muss die KOM überzeugende Beweise ("convincing evidence") dafür erbringen, dass das vorhergesagte Verhalten wahrscheinlich ist. Insbesondere

interne Papiere der beteiligten Unternehmen, die entsprechende Verhaltensabsichten dokumentieren, sowie ökonomische Überlegungen oder Studien kommen nach Auffassung des Gel als Beweis in Betracht. Die KOM konnte diese Beweisanforderungen hinsichtlich konglomerater Effekte in beiden Verfahren nicht erfüllen. Die Details der Urteilsbegründungen lassen auf relativ hohe Beweisanforderungen schließen. Da die KOM ihre Entscheidungen im Unterschied zur deutschen Praxis aber maßgeblich auf das zukünftig zu erwartende Verhalten der Beteiligten gestützt hat, könnte die unterschiedliche gerichtliche Würdigung auch in der verschiedenen Schwerpunktsetzung der jeweiligen Praxis begründet sein.

Literaturverzeichnis

- Areeda, Phillip E. und Turner, Donald F. (1980): Antitrust Law, Boston.
- Bohne, Michael (2006): Cross-mediale Effekte in der Fusionskontrolle, in: Wettbewerb in Recht und Praxis, 2006, S. 540-548.
- Bolton, Joseph et al (2000): Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy, in: Georgetown Law Journal, 2000, S. 2239-2330.
- Bonin, von Andreas (2006): Vertikale und konglomerate Zusammenschlüsse nach dem Urteil GE/Kommission, Wirtschaft und Wettbewerb, 5/2006, S. 466-476.
- Bork, Robert (1978): The antitrust paradox, New York.
- Büscher, Rolf (1983): Diagonale Zusammenschlüsse im amerikanischen und deutschen Recht, Baden-Baden.
- Bundeskartellamt (2005): Auslegungsgrundsätze zur Prüfung von Marktbeherrschung in der deutschen Fusionskontrolle, Stand Juli 2005, abrufbar unter: <http://www.bundeskartellamt.de>
- Carlton, Dennis und Perloff, Jeffrey (1999): Modern Industrial Organization, 3rd ed., Reading.
- Carlton, Dennis und Waldman, Michael (2002): The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries, in: RAND Journal of Economics, 2002, S. 194-220.
- Carlton, Dennis und Waldman, Michael (2005): Theories of tying and implications for antitrust, abrufbar unter <http://ssrn.com/abstract=809304>
- Choi, Jay und Stefanadis, Christodoulos (2001): Tying, Investment, and the Dynamic Leverage Theory, in: RAND Journal of Economics, 2001, S. 52-71.
- Choi, Jay (2004): Tying and Innovation: A Dynamic Analysis of Tying Arrangements, in: The Economic Journal, 2004, S. 83-101.
- Church, Jeffrey (2004): The Impact of Vertical and Conglomerate Mergers on Competition, Bericht für die GD Wettbewerb, abrufbar unter http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/others/merger_impact.pdf
- Drauz, Götz und König, Michael (2006): The GE/Honeywell judgement: Conglomerate mergers and beyond, in: Zeitschrift für Wettbewerbsrecht, 2006, S. 107-139.
- Dixit, Avinash (1980): The Role of Investment in Entry Deterrence, in: Economic Journal, 1980, S. 95-106.

- Dreher, Meinrad (1987): Konglomerate Zusammenschlüsse, Verbotsvermutungen und Widerlegungsgründe, Berlin.
- Emch, Eric (2004): „Portfolio effects“ in merger analysis: differences between EU and U.S. practice and recommendations for the future, in: Antitrust Bulletin, 2004, S. 55-100.
- Feuerstein, Switgard (2005): Collusion in Industrial Economics - A Survey, in: Journal of Industry, Competition and Trade, 5:3/4, S. 163-198.
- Giotakos, Dimitri, et. al. (2001): General Electric/Honeywell - An insight into the Commissions's investigation and decision, Competition Policy Newsletter, Nr. 3, October 2001, S. 5-13.
- Gounalakis, Georgios und Zagouras, Georgios (2006): Konglomerate Medienkonzerne und die Wettbewerbsaufsicht – Eine Nachlese zum Fall Springer/ProSiebenSat.1, in: Neue Juristische Wochenschrift, 2006, S. 1625-1627.
- Greenlee, Patrick et al (2004): An Antitrust Analysis of Bundled Loyalty Discounts, US DoJ Antitrust Division Economic Analysis Group, abrufbar unter <http://ssrn.com/abstract=600799>
- ICN (2006): ICN Merger Guidelines Workbook, abrufbar unter: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/capetown2006/ICNMergerGuidelinesWorkbook.pdf>
- Ivaldi, Marc, et. al. (2003): The Economics of Tacit Collusion, Final Report for DG Competition, European Commission.
- Kobayashi, Bruce (2005): Does Economics Provide a Reliable Guide to Regulating Commodity Bundling by Firms? A Survey of the Economic Literature, in: Journal of Competition Law & Economics, 2005, S. 707-746.
- Kolasky, William J. (2001): Rede am 9.11.2001 in Washington D.C., abrufbar unter: <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/9536.pdf>
- Kuchinke, Björn und Schubert, Jens (2006): Der Beschluss des Bundeskartellamts in Sachen Springer-ProSiebenSat.1 – eine Einordnung und Bewertung, in: Wirtschaft und Wettbewerb, 2006, S. 477-485.
- Möschel, Wernhard (1980): Konglomerate Zusammenschlüsse im Antitrustrecht der Vereinigten Staaten von Amerika, in: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 1980, S. 203-256.

- Möschel, Wernhard (1984): Konglomerate Zusammenschlüsse in den Vereinigten Staaten seit 1979, in: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1984, S. 552-557.
- Motta, Massimo (2004): *Competition Policy*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Nalebuff, Barry (1999), *Bundling*, Yale International Center for Finance Working Paper, abrufbar unter <http://ssrn.com/abstract=185193>
- Nalebuff, Barry (2000), *Competing Against Bundles*, Yale School of Management Working Paper, abrufbar unter <http://ssrn.com/abstract=239684>
- Nalebuff, Barry J. (2002): *Bundling and the GE-Honeywell Merger*, Working Paper Series ES, Yale School of Management, No. 22.
- Nalebuff, Barry (2004): *Bundling as a Way to Leverage Monopoly*, Yale School of Management Working Paper, abrufbar unter: <http://ssrn.com/abstract=586648>
- OECD (2002): *Portfolio effects in conglomerate mergers*, Paris.
- Patterson, Donna E., Shapiro, Carl (2001): *Trans-Atlantic Divergence in GE/Honeywell: Causes and Lessons*, Prepared for *Antitrust Magazin*, Fall 2001.
- Pflanz, Matthias (2006): *Economic analysis and judicial review: The CFI on GE/Honeywell*, in: *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, 2006, S. 139-178.
- Posner, Richard (1976): *Antitrust Law: An Economic Perspective*, Chicago.
- Rölller, Lars-Hendrick (2005): *Der ökonomische Ansatz in der europäischen Wettbewerbspolitik*. Download unter:
http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/text/sp2005_009_de.pdf
- Rölller, Lars-Hendrick, Andreas Strohm (2006): *Ökonomische Analyse des Begriffs "significant impediment to effective competition"*, erscheint in *Münchener Kommentar*, Beck.
 Download unter: <http://ec.europa.eu/comm/dgs/competition/strohm2.pdf>
- Säcker, Franz (2006): *Zur Ablehnung des Zusammenschlussvorhabens Axel Springer AG / ProSiebenSat.1 Media AG durch KEK und Bundeskartellamt*, in: *Kommunikation und Recht*, 2006, Heft 2, S. 49-54.
- Scheffler, Arndt (2005): *Zur Rechtssprechung: Das Tetra-Laval-Urteil des EuGH*, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 24/2005, S. 751-752.
- Sullivan, Lawrence (1977): *Handbook of the law of antitrust*, St. Paul.
- Tirole, Jean (1999): *Industrieökonomik*, 2. Aufl., München.
- US DoJ (1984): *Non-horizontal merger guidelines*, abrufbar unter <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/2614.pdf>

Whinston, Michael (1990): Tying, Foreclosure, and Exclusion, in: American Economic Review, 1990, S. 837-859.

