



BDI

Bundesverband der
Deutschen Industrie e.V.



Deutscher Industrie- und
Handelskammertag

16. Mai 2007

D 0126

Entwurf der EU-Kommission von Leitlinien zur Bewertung nicht horizontaler Fusionen nach der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen

Die Europäische Kommission hat am 13. Februar 2007 den Entwurf von Leitlinien zur Bewertung nicht horizontaler (vertikaler oder konglomerater) Fusionen (im Folgenden: „Leitlinien“) veröffentlicht. Dieser Entwurf komplettiert die Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse aus dem Jahr 2004 und soll den Unternehmen klare und eindeutige Orientierungshilfen an die Hand geben. Der Entwurf der Leitlinien ist Ausdruck eines gewandelten Verständnisses der EU-Kommission im Hinblick auf vertikale und konglomerate Fusionen. Während ihre Praxis zunächst – insbesondere im Vergleich zu den USA – recht strenge Maßstäbe anlegte, ist der Entwurf nun von einer offeneren Grundhaltung gegenüber vertikalen und konglomeraten Fusionen geprägt.

1. Einleitung

Der Bundesverband der deutschen Industrie e.V. (BDI) und der Deutsche Industrie- und Handelskammertag (DIHK) befürworten es sehr, dass die EU-Kommission ihre Grundsätze zur Bewertung von Fusionen von vertikal oder konglomerat verbundenen Unternehmen in der Form von Leitlinien veröffentlichen möchte. Die Veröffentlichung von Leitlinien ist ein grundsätzlich geeignetes Mittel, um die Transparenz und Vorhersehbarkeit von Kommissionsentscheidungen zu erhöhen. Tatsächlich bietet der Entwurf der Leitlinien eine übersichtliche Zusammenfassung der aktuellen Kommissionspraxis und EuGH-Rechtsprechung in diesem Bereich und ist insofern praxisrelevant, als er eine gewisse Vorstellung darüber vermittelt, wie die Kommission künftig mit nicht horizontalen Zusammenschlüssen umgehen wird. Allerdings werden gerade in Grenzfällen die Leitlinien voraussichtlich keine ausreichend große Sicherheit und Vorhersehbarkeit in Bezug auf die Sichtweise und Entscheidung der EU-Kommission ermöglichen.

Gleichwohl unterstützen der BDI und der DIHK die Grundaussage des Entwurfs, wonach die EU-Kommission beabsichtigt, vertikale und konglomerate Fusionen zukünftig großzügiger zu beurteilen, da von ihnen regelmäßig keine wettbewerblichen Probleme ausgehen. Anders als bei horizontalen Fusionen ändert sich nicht sogleich die Anzahl der in einem Markt tätigen Wettbewerber. Auch entstehen in der Regel keine unmittelbaren Wettbewerbswirkungen auf ein und demselben Markt.

Wir sehen jedoch bei den einzelnen Vorschlägen weiteren Verbesserungsbedarf:

2. Vorschläge zur Erhöhung der Rechtssicherheit

Die Leitlinien könnten noch wesentlich stärker zur Erhöhung der Rechtssicherheit beitragen als sie das in ihrer derzeitigen Form tun. Eine Erhöhung an Rechtssicherheit wäre nach Auffassung von BDI und DIHK dringend notwendig, nachdem die Einführung des SIEC („*significant impediment to effective competition*“)-Tests wegen der damit verbundenen Aufweichung der Untersagungskriterien die Vorhersehbarkeit von Kommissionsentscheidungen im Bereich der Fusionskontrolle signifikant eingeschränkt und damit zu einer erheblichen Verringerung der Rechtssicherheit beigetragen hat.

Größere Rechtssicherheit würden die Leitlinien insbesondere dann gewährleisten, wenn sie mehr spezifische und quantifizierbare „sichere Häfen“ („*safe harbors*“) enthielten. In dem Entwurf der Leitlinien findet sich nur ein einziger quantifizierbarer *safe harbor*, namentlich die Marktanteilsschwelle von 30% und den HHI-Wert von 2000, unterhalb deren die EU-Kommission ein Zusammenschlussvorhaben grundsätzlich nicht intensiv untersuchen wird (Tz. 25). Abgesehen davon, dass der BDI und der DIHK diese Schwelle für zu niedrig halten, sollten in den Entwurf weitere *safe harbors* aufgenommen werden. Eine Quantifizierung wäre an mehreren Stellen der Leitlinien möglich und hilfreich und würde die EU-Kommission, die sich eine eingehende Prüfung in Ausnahmefällen trotzdem vorbehalten kann, nicht in ihrer Entscheidungsfreiheit einschränken:

- Im Zusammenhang mit der Diskussion einer Abschottung von Grundstoffen („*input foreclosure*“) bei vertikalen Fusionen erklärt die EU-Kommission zu Recht, dass

nur die Abschottung von einem *wichtigen* Grundstoff Wettbewerbsprobleme auslösen kann, und zwar insbesondere dann, wenn der Grundstoff im Verhältnis zum Preis des Endproduktes einen beträchtlichen Kostenfaktor darstellt (Tz. 33).

Hier wäre es hilfreich, wenn die EU-Kommission eine spezifische Schwelle nennen würde, unterhalb derer keine Abschottungseffekte zu erwarten sind, z.B. wenn die Kosten des Grundstoffs weniger als 30% des Preises des Endprodukts ausmachen.

- Im Rahmen der Erörterung der Abschottung von Kunden („*customer foreclosure*“) bei vertikalen Fusionen erläutert die EU-Kommission, dass sich negative Auswirkungen auf die Verbraucher erst nach einiger Zeit einstellen können (Tz. 72).

Die EU-Kommission sollte eine Indikation geben, innerhalb welchen Zeitraums solche negativen Auswirkungen eintreten müssen, damit sie für die Analyse relevant sind. Ähnlich wie bei konglomeraten Fusionen, für die der Europäische Gerichtshof entschieden hat, dass sich negative Auswirkungen auf den Wettbewerb „in relativ naher Zukunft“ einstellen müssen,¹ sollte es sich um einen hinreichend überschaubaren Zeitraum handeln, beispielsweise einen Zeitraum von zwei bis drei Jahren.

- Für konglomerate Fusionen führt die EU-Kommission aus, dass wettbewerblich problematische Abschottungseffekte dann eintreten können, wenn eine große Anzahl der Kunden beide in einer konglomeraten Beziehung stehenden Produkte benötigt (Tz. 99).

Auch hier wäre es sehr hilfreich, wenn die EU-Kommission einen quantifizierbaren Anhaltspunkt dafür geben würde, ab wann solche problematischen Effekte eintreten können. Beispielsweise könnte die EU-Kommission eine Aussage treffen, dass keine Probleme zu erwarten sind, wenn weniger als 30% der Kunden beide konglomerat verbundenen Produkte benötigen.

Der BDI und der DIHK sind sich dessen bewusst, dass die EU-Kommission es vermeiden möchte, durch Nennung fester Schwellenwerte einen „Freibrief“ für potentiell kritische Fusionen auszustellen. Dieses Risiko besteht allerdings nicht, wenn sich die EU-Kommission vorbehielte, in Einzelfällen ein Fusionsvorhaben detailliert

¹ Vgl. Rs. T-5/02 *Tetra Laval/Kommission*, Slg. 2002, II-4381, Rn. 148; insofern bestätigt in Rs. C-12/03 *P. Kommission/Tetra Laval*, Slg. 2005, I-987. Rn. 153; Rs. T-210/01 *General Electric/Kommission*, Slg. 2005, II-5575, Rn. 65.

zu prüfen, selbst wenn an sich die Voraussetzungen eines *safe harbor* erfüllt sind; dies entspricht ohnehin der Praxis der EU-Kommission.

- Es wäre darüber hinaus hilfreich, wenn die EU-Kommission bei konglomeraten Zusammenschlüssen definieren könnte, wann "eng benachbarte Märkte" vorliegen.

3. Effizienzen

Der BDI und der DIHK unterstützen die Aussage der EU-Kommission, dass vertikale und konglomerate Fusionen wesentlich seltener zu Wettbewerbsproblemen führen als horizontale Fusionen, insbesondere da sie ein erhebliches Potential für pro-kompetitive Effizienzen aufweisen (Tz. 11 ff.). Wir halten es für richtig, bei diesen Fusionen Effizienzvorteile stärker zu berücksichtigen. Dies steht im Einklang mit dem von der EU-Kommission in den letzten Jahren verfolgten Auswirkungsprinzip, wonach die wettbewerbsbeschränkenden oder – befördernden Auswirkungen eines spezifischen Marktverhaltens im Vordergrund der Untersuchung stehen (more economic approach).

Vor diesem Hintergrund erscheint es aber unangemessen und inkonsequent, wenn die EU-Kommission für die Bewertung von Effizienzen bei nicht-horizontalen Fusionen weitgehend auf die in den Leitlinien zu horizontalen Fusionen niederlegten Grundsätzen verweist (Tz. 51). In den Leitlinien zu horizontalen Fusionen hat die EU-Kommission äußerst strenge Anforderungen an den Nachweis von Effizienzen gestellt, der in der Praxis nur schwierig oder sogar unmöglich zu erbringen ist. Da aber im Bereich nicht-horizontaler Fusion die Effizienzen quasi „auf der Hand liegen“, sollten in diesem Bereich auch die Anforderungen an deren Nachweis niedriger sein. Daher sollte es die EU-Kommission in den Leitlinien zu vertikalen oder konglomeraten Fusionen nicht dabei belassen, auf die Leitlinien zu horizontalen Fusionen zu verweisen, sondern klarstellen, dass im Rahmen von vertikalen oder konglomeraten Fusionen geringere Anforderungen an den Nachweis von Effizienzen zu stellen sind als im Bereich horizontaler Fusionen.

Generell sollte die EU-Kommission nicht zu hohe Anforderungen an die Plausibilität und Beweisbarkeit von Effizienzvorteilen stellen. Eine glaubhafte Darlegung von Effizienzen auf der Grundlage von Geschäftsplänen sollte genügen. Den Parteien wird es nicht möglich sein, Effizienzen, die sich erst in der Zukunft erweisen werden, im Vorhinein vollständig zu

beweisen; es handelt sich schließlich um eine Prognose. Dieser Schwierigkeit wird schon in den Leitlinien zu horizontalen Fusionen nicht genügend Rechnung getragen.

4. Zugang zu vertraulichen Informationen

In den Leitlinien weist die EU-Kommission auf das Risiko hin, dass bei einer vertikalen Fusion der Wettbewerb dadurch beeinträchtigt werden könnte, dass ein Unternehmen durch vertikale Integration Zugang zu vertraulichen Informationen über die vor- oder nachgelagerten Aktivitäten von Wettbewerbern erlangen könnte (Tz. 77).

Der BDI und der DIHK halten dieses Risiko für vernachlässigenswert. Soweit ein Unternehmen durch eine vertikale Fusion überhaupt Zugang zu vertraulichen wettbewerbsrelevanten Informationen erlangt, sind diese Informationen sehr schnell so veraltet, dass sie schon bald keine wettbewerbliche Bedeutung mehr entfalten. Zum anderen sind bei der Analyse die von der Kommission an anderer Stelle der Leitlinien erwähnten Gegenstrategien („*counter strategies*“) der Wettbewerber zu berücksichtigen (vgl. Tz. 38). Ein Unternehmen, das durch eine vertikale Fusion seines Wettbewerbers zum Kunden dieses Wettbewerbers geworden ist, wird diesen Zustand, soweit er ihm einen Wettbewerbsnachteil zufügt, sehr schnell zu beenden wissen. Das zum Kunden des Wettbewerbers gewordene Unternehmen wird entweder zu einem alternativen Lieferanten wechseln oder – in wettbewerbsfördernder Weise – einen alternativen Lieferanten aufbauen („*sponsored entry*“). Das fusionierende Unternehmen verliert daher regelmäßig Kunden des erworbenen Unternehmens („Kannibalisierungseffekte“).

Der Wettbewerb entfaltet also Selbstheilungskräfte, die auch bei der fusionskontrollrechtlichen Analyse berücksichtigt werden müssen. Andernfalls liefe die Fusionskontrolle Gefahr, bestehende und möglicherweise veraltete Wettbewerbsstrukturen zu zementieren und damit die Entfaltung eines dynamischen Wettbewerbs zu beeinträchtigen.

5. Anreize zur Marktabschottung

Im Rahmen der Diskussion über das Vorliegen von Anreizen zur Marktabschottung durch *input foreclosure* führt die EU-Kommission aus, dass das fusionierte Unternehmen bei der Entscheidung über eine Abschottungsstrategie zwischen den Gewinnen im vorgelagerten

Markt, auf die es bei Durchführung einer Abschottungsstrategie verzichte, und den zusätzlichen Gewinnen auf dem nachgelagerten Markt, die es durch die Verschließungsstrategie erzielen könne, abwägen müsse (Tz. 39 ff.). Eine ähnliche Abwägung müsse das fusionierende Unternehmen hinsichtlich *customer foreclosure* (Tz. 67 ff.) und konglomerater Abschottung (Tz. 104 ff.) treffen. Diese Abwägungsvorgänge beinhalten eine außerordentlich komplexe Quantifizierung und Gegenüberstellung verschiedener Faktoren wie insbesondere Gewinnspannen und Marktanteile auf mehreren betroffenen Märkten sowie der Auswirkungen von Reaktionen von Kunden und Wettbewerbern auf die alternativen Strategien des Unternehmens.

Der BDI und der DIHK weisen darauf hin, dass der in den Leitlinien geschilderte Abwägungsvorgang aus den folgenden Gründen nur in den seltensten Fällen und auch dann nur sehr eingeschränkt stattfinden wird:

- Zunächst geht die EU-Kommission in den Leitlinien von einem außerordentlich theoretischen Modell perfekter Information aus. Vom Vorliegen dieser Voraussetzungen ist die Realität weit entfernt. In der Regel fehlt es schon den Unternehmensleitern selbst an den für die von der EU-Kommission beschriebene Abwägung notwendigen Informationen; erst recht haben die Kommissionsbeamten keine Möglichkeit, diese Informationen zu erhalten.
- Konglomerate Unternehmen setzen sich in der Regel aus einer Vielzahl von Geschäftsbereichen zusammen, die jeder einen eigenen „*profit center*“ bilden. Keiner dieser Geschäftsbereiche wird ohne weiteres eine Strategie wählen, bei der er selbst auf Gewinne verzichtet, in der relativ vagen Hoffnung, dass ein anderer Geschäftsbereich dafür höhere Gewinne erzielen wird.
- Dementsprechend werden Unternehmensleiter primär an den Ergebnissen ihrer eigenen Geschäftsbereiche gemessen. Für eine Strategie, die anderen Bereichen desselben Konzerns zugute kommt, werden sie nicht honoriert und sie werden eine solche Strategie daher nur in Ausnahmefällen wählen.
- Die beschriebene „*profit center*“-Struktur wird für börsennotierte Unternehmen auch durch die Kapitalmärkte abgesichert. Dort werden konglomerate Unternehmen sehr kritisch betrachtet und mit einem „Konglomeratsabschlag“ belegt. Jegli-

cher Verdacht auf eine Unternehmensstrategie, bei der eigene Unternehmensbereiche vor externen Unternehmen unsachgemäß bevorzugt werden, wird von den Kapitalmärkten mit einem weiteren Konzernabschlag sanktioniert.

Bei öffentlichen Unternehmen trägt insbesondere die Transparenzrichtlinie mit ihrer Pflicht zur getrennten Aufstellung von Kosten und Erlösen nach Geschäftsbereichen zur Vermeidung von Quersubventionen bei.²

Daher wird eine Abwägung in der in den Leitlinien geschilderten Form nur im Einzelfall möglich sein, und auch dann nur in sehr eingeschränkter Form. Hierauf sollte in den Leitlinien hingewiesen werden.

6. Aufnahme von Fallbeispielen

Schließlich regen der BDI und der DIHK an, zur Veranschaulichung der Aussagen in den Leitlinien weitere Fallbeispiele aufzunehmen. Idealerweise wären das konkrete Fallbeispiele mit Verweisen auf entsprechende Kommissionsentscheidungen; soweit dies nicht möglich ist, wären auch fiktive Fallbeispiele hilfreich. Erfahrungsgemäß erleichtern es solche Fallbeispiele den Rechtsanwendern erheblich, die von ihnen zu beurteilenden Fälle einzuordnen. Eine Anreicherung der Leitlinien um weitere Fallbeispiele wird daher dazu beitragen, das Ziel der Leitlinien, Rechtssicherheit und Anleitung („*guidance*“) zu bieten (Tz. 2), zu erreichen.



Lau



Reppel

²

Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 2006/111/EG der EU-Kommission über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen, ABl. EG Nr. L 318 v. 17.11.2006, S. 17.