

Jens Schefzig

Die Beurteilung konglomerater Unternehmenszusammenschlüsse in Europa und den USA

Unter besonderer Berücksichtigung von Wertschöpfungsketten

**Studien zum
deutschen und europäischen
Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht**

19

Einführung

I. Anlass der Untersuchung

„This is the cleanest deal you’ll ever see.“ So kommentierte Jack Welch, damaliger CEO von General Electric, die Übernahme von Honeywell, welche er 2001 spektakulär in die Wege geleitet hatte.¹ Die Europäische Kommission teilte diese Ansicht nicht. Im Juli 2001 untersagte sie den Zusammenschluss.² Damit verbot die Europäische Kommission das erste Mal einen Zusammenschluss³ zweier US-Unternehmen, den die US-amerikanischen Kartellbehörden zuvor genehmigt hatten.⁴ Sie begründete die Entscheidung vor allem mit den konglomeraten Effekten des Zusammenschlusses.

Konglomerate Effekte spielen bei der Prüfung von Zusammenschlüssen meist eine untergeordnete Rolle. Der Fokus liegt generell auf horizontalen oder vertikalen Effekten. Konglomerate Zusammenschlüsse werfen aber viele komplizierte wirtschaftliche und rechtliche Fragen auf. Häufig erregen sie außerdem besonderes Aufsehen. Der Fall *GE/Honeywell*, bei dem es sich um eine Megafusion mit einem geschätzten Volumen von 43 Milliarden Dollar handelte,⁵ veranschaulicht das.⁶ Es verwundert daher nicht, dass die rechtliche Bewertung konglomerater Zusammenschlüsse immer wieder kontrovers diskutiert wird. In den USA fanden diese Diskussionen in den 1970er Jahren ihren vorläufigen Höhepunkt. Durch den Regierungswechsel im November 2008 geriet die dortige Wettbewerbspolitik allerdings erneut in Bewegung.⁷ In Europa entfachten einschlägige Verfahren

1 Zitiert nach: *Elliott*, NY Times v. 08.07.2001.

2 Kommission 03.07.2001, M.2220, ABl. 2004 L 48/1 – *GE/Honeywell*; EuG 14.12.2005, Rs. T-210/01, Slg. 2005, II-5575 – *GE/Kommission*.

3 Die Begriffe „Fusion“, „Übernahme“, „Akquisition“ und „Zusammenschluss“ werden in dieser Untersuchung synonym verwendet, ohne auf die juristischen Unterschiede einzugehen. Entscheidend ist aus fusionskontrollrechtlicher Sicht alleine, dass zwei Unternehmenseinheiten fortan gemeinsam im Markt agieren.

4 *Bundeskartellamt*, Konglomerate Zusammenschlüsse, S. 6.

5 *Choi*, J.Ind.Econ. 56 (2008), 553, 553.

6 Vgl. zum Medienecho statt vieler: *Elliott*, NY Times v. 08.07.2001; *Meller*, NY Times v. 28.05.2004; *Handelsblatt Online*, General Electric.

7 S. Teil I, Kapitel C.

kurz nach der Jahrtausendwende⁸ sowie die neuen Leitlinien der Europäischen Kommission zur Beurteilung nichthorizontaler Zusammenschlüsse (im Folgenden: „Nichthorizontalleitlinien“)⁹ vom 28.11.2007 die Auseinandersetzung.¹⁰ Diese Entwicklungen ermöglichen es, ein umfassendes Bild davon zu zeichnen, wie konglomerate Zusammenschlüsse heute auf beiden Seiten des Atlantiks bewertet werden.

Überdies verdeutlicht gerade der Fall *GE/Honeywell*, dass es im Kartellrecht überaus wichtig ist, zu wissen, wie verschiedene Rechtssysteme gleiche Rechtsfragen beantworten. In einer globalisierten Wirtschaft wirken sich Unternehmenszusammenschlüsse regelmäßig auf mehrere nationale Märkte aus.¹¹ Verschiedene Kartellbehörden entscheiden über denselben Zusammenschluss jeweils im Hinblick auf den Markt, für den sie zuständig sind.¹² Das Ergebnis der einzelnen Prüfung ist offen. Während fünf Kartellbehörden den Zusammenschluss genehmigen, kann ihn die sechste untersagen.

Es gibt zwei mögliche Ursachen für solche unterschiedliche Beurteilungen. Erstens können sie aus faktischen Unterschieden der Marktverhältnisse resultieren. Zweitens können rechtliche Unterschiede bestehen, so dass verschiedene Rechtsfolgen bei gleichen Tatsachen eintreten. Ein Beispiel für derartige unterschiedliche rechtliche Beurteilungen ist der eingangs erwähnte Fall *GE/Honeywell*. Die Entscheidungen wichen nicht wegen tatsächlicher Unterschiede zwischen dem europäischen und dem US-amerikanischen Markt von einander ab. Vielmehr wurden gleichwertige Marktkonstellationen unterschiedlich bewertet.

Im Fusionskontrollrecht beschreibt die Rechtsvergleichung mithin nicht nur zwei unterschiedliche Rechtsordnungen. Vielmehr überschneiden die Rechtsord-

8 Insbesondere sind die Kommissions- und Gerichtsentscheidungen in den Zusammenschlüssen *Tetra Laval/Sidel* (Kommission 30.10.2001, M. 2416, ABl. 2004 L 43/13 – *Tetra Laval/Sidel*; EuG 25.10.2002, Rs. T-5/02, Slg. 2002, II-4381 – *Tetra/Kommission*; EuGH 15.02.2005, Rs. C-12/03, Slg. 2005, I-987 – *Kommission/Tetra*) und *GE/Honeywell* (vgl. Fn. 2) erheblich. Die intensive Diskussion veranschaulichen beispielsweise: *Baxter/Dethmers/Dodoo*, Eur.Comp.J. 2006, 141; *Bay/Calzado*, World Competition 2005, 433; *Brei*, WuW 2003, 585; *Feddersen*, WuW 2003, 15; *Kolasky*, Antitrust Magazine 20 (2006), 69; *Montag* in: FS Bechthold, S. 339; *Nothdurft*, ZWeR 2006, 306; *Reynolds/Ordovery*, Antitrust L.J. 70 (2002), 171; *Weidenbach/Leupold*, EWS 2006, 154; *Elliott*, NY Times v. 08.07.2001.

9 ABl. 2008 C 265/6.

10 Z.B. *Bundeskartellamt*, Konglomerate Zusammenschlüsse; *Burnley*, in: Amato/Ehlermann/Komninos (Hrsg.), S. 495; *Church*, Iss.Comp.L. & Pol. 2 (2008), 1503; *Gabrielsen*, Int.J.Econ.Bus. 10 (2003), 1; *Keden*, Zusammenschlussfall GE / Honeywell.

11 *Choi*, in: Ghosal/Stennek (Hrsg.), S. 241, 241; für konglomerate Zusammenschlüsse, die, wie dargestellt, regelmäßig Großkonzerne betreffen, gilt dies umso mehr.

12 *Immenga/Körber* in: IM Bd. I, Einleitung FKVO Rn. 3; *James*, Antitrust, S. 1.

nungen sich, so dass erst ein Rechtsvergleich die gemeinsame Rechtswirklichkeit bestimmt.

Die aufgeführten Fusionsverfahren, Uneinigkeiten im transatlantischen kartellrechtlichen Dialog und aktuelle Entwicklungen der Wettbewerbspolitik bilden den Hintergrund dieser Untersuchung.

II. Zielsetzung und Gang der Untersuchung

Ziel dieser Untersuchung ist es, zunächst die Beurteilung konglomerater Unternehmenszusammenschlüsse in den USA und Europa darzustellen. Diese Beurteilung soll juristisch und ökonomisch überprüft und letztlich ergänzt werden.

Entsprechend dieser Zielsetzung gliedert sich die Untersuchung in drei Teile. Der erste Teil vergleicht den Rechtszustand in den beiden Jurisdiktionen. Ausgegangen wird vom Begriff des konglomeraten Zusammenschlusses. Im Anschluss werden die modernen wettbewerbspolitischen Leitbilder, die die beiden Jurisdiktionen prägen, und ihre Positionen zur Fusionskontrolle dargestellt. Auf dieser Basis wird in jeweils einem eigenen Kapitel die Entwicklung der Beurteilung derartiger Zusammenschlüsse in den USA und Europa beschrieben. Die Abschnitte verdeutlichen die wechselnden Standpunkte, ihre Ursachen und ihren Rückbezug auf die wettbewerbspolitischen Leitbilder. Im letzten Kapitel dieses Teils werden die Positionen zusammenfassend einander gegenüber gestellt.

Der zweite Teil analysiert den erarbeiteten Rechtszustand. Die verwendeten Ansätze werden ökonomisch und juristisch auf ihre Schwachpunkte hin durchleuchtet.

Der dritte Teil knüpft an die identifizierten Schwächen bisheriger Analysen konglomerater Zusammenschlüsse an. Es wird eine ergänzende Methode entwickelt, mit der die konglomeraten Zusammenschlüsse herausgefiltert werden können, die den Wettbewerb schädigen. Diese Methode führt die Wertschöpfungskette als neuen Prüfungsmaßstab in das Kartellrecht ein.

Teil 1: Gegenwärtige Beurteilung konglomerater Unternehmenszusammenschlüsse in den USA und Europa

A. Der konglomerate Unternehmenszusammenschluss

I. Definition eines konglomeraten Unternehmenszusammenschlusses

Konglomerate Zusammenschlüsse, auch diversifizierende oder diagonale Zusammenschlüsse genannt,¹³ werden negativ definiert. Konglomerate Zusammenschlüsse sind Zusammenschlüsse, bei denen es sich weder um horizontale noch um vertikale Zusammenschlüsse handelt.¹⁴ Die Definitionen horizontaler und vertikaler Zusammenschlüsse bestimmen also mittelbar über den Begriff des konglomeraten Zusammenschlusses. Bei horizontalen Zusammenschlüssen konkurrierten die beteiligten Unternehmen auf demselben sachlichen und räumlichen Markt.¹⁵ Bei vertikalen Zusammenschlüssen waren die Fusionspartner auf einander unmittelbar vor- beziehungsweise nachgelagerten Märkten tätig.¹⁶ Konglomerate Zusammenschlüsse sind demnach solche Zusammenschlüsse, an denen Unternehmen beteiligt sind, die keine Wettbewerber sind und zwischen denen auch kein Bezugs- oder Lieferverhältnis besteht.¹⁷

Unternehmenszusammenschlüsse weisen häufig Merkmale mehrerer Zusammenschlussformen auf, wenn die beteiligten Unternehmen eine Mehrzahl von Produkten anbieten. Die betroffenen Märkte stehen dann in verschiedenen Beziehungen zueinander. Bei der Bewertung eines einzelnen Zusammenschlusses können also horizontale, vertikale und konglomerate Aspekte gleichzeitig rele-

13 *Büscher*, Diagonale Unternehmenszusammenschlüsse; *Gerber*, WuW 1981, 337, 337. Die Begriffe „diversifizierender“ und „konglomerater“ Zusammenschluss werden in der weiteren Untersuchung synonym verwendet, um Wiederholungen zu reduzieren. Außerdem ist mit dem Wort „Zusammenschluss“ stets ein Unternehmenszusammenschluss gemeint.

14 *Baron* in: Bunte, Art. 2 FKVO, Rn. 234; *Kling/Thomas*, Kartellrecht, Rn. 247; *Whish*, Competition Law, S. 800.

15 *Bunte*, Kartellrecht, S. 205; *Emmerich*, Kartellrecht, § 16 Rn. 43 f.

16 *Bunte*, Kartellrecht S. 210; *Emmerich*, Kartellrecht, § 16 Rn. 46.

17 *Emrich*, Konglomerate, S. 31 f.; *Richter*, in: Wiedemann (Hrsg.), § 20, Rn. 143. Diese Definition schließt genau wie die im Diskussionspapier des Bundeskartellamts Fälle geographischer Expansion aus dem Untersuchungsbereich aus, vgl. *Bundeskartellamt*, Konglomerate Zusammenschlüsse, S. 2. S. dazu auch Teil 1, Kapitel A.II.1.d).

vant sein.¹⁸ Rein konglomerate Zusammenschlüsse sind selten. Ein Zusammenschluss, der als konglomerat bezeichnet wird, hat in der Praxis daher häufig nur einzelne konglomerate Aspekte.

II. Kategorisierung verschiedener Arten konglomerater Zusammenschlüsse

Die genannte Definition konglomerater Zusammenschlüsse hilft, eine Fusion grob zu kategorisieren. Konglomerate Zusammenschlüsse können aber eine Vielzahl von positiven und negativen Effekten haben.¹⁹ Um einen besseren Indikator hinsichtlich wahrscheinlicher Effekte einer konkreten konglomeraten Fusion zu schaffen, ist deshalb eine weitere Differenzierung zweckmäßig. Ziel muss es sein, Kategorien zu entwickeln, aus denen sich typische Risiken für den Wettbewerb ergeben. Auf diese Weise kann der Schwerpunkt einer Kontrolle des fraglichen konglomeraten Zusammenschlusses eingegrenzt werden, indem an die Kategorisierung angeknüpft wird. Konglomerate Unternehmenszusammenschlüsse sollten also derart untergliedert werden, dass es die anschließende juristische Prüfung erleichtert.²⁰

Es existieren zwei Kategorisierungen konglomerater Zusammenschlüsse. Der erste Ansatz teilt diversifizierende Fusionen aus der Perspektive des übernehmenden Unternehmens ein. Der zweite Ansatz differenziert sie anhand der Beziehung der Produkte, die die beteiligten Unternehmen herstellen.

1. Betriebswirtschaftlich orientierte Differenzierung

Basierend auf den Erfahrungen der 1960er und 1970er Jahre entwickelte sich in den USA eine Differenzierung verschiedener konglomerater Zusammenschlüsse, die sich nach der strategischen Perspektive der jeweiligen Fusion richtete.²¹ In der Betriebswirtschaft ist sie weit verbreitet und wird für externes diversifizie-

18 *Möschel*, *RabelsZ* 44 (1980), 203, 203.

19 Vgl. Teil I, Kapitel A.III für eine Einführung in die besonderen Probleme konglomerater Zusammenschlüsse.

20 Dies erkennt z.B. *Burnley*, *Amato/Ehlermann/Komninos* (Hrsg.), S. 495, 496, der die betriebswirtschaftlich orientierte Kategorisierung unreflektiert übernimmt, aber aus dieser keine Erkenntnisse für die wettbewerbliche Analyse ableitet; im Gegensatz dazu betont schon *Möschel*, *RabelsZ* 44 (1980), 203, 204, dass der Zweck von Fallgruppenbildung die Entwicklung „generalisierungsfähiger Maßstäbe“ sei.

21 *Jacoby*, in: *Committee on the Judiciary* (Hrsg.), S. 4948, 4949.

rendes Wachstum verwendet.²² Sie findet sich auch regelmäßig in der juristischen Literatur.²³

a) Räumlich diversifizierende Fusionen (Market Extension Mergers)

Durch eine räumlich diversifizierende Fusion wächst das geographische Geschäftsfeld eines Unternehmens.²⁴ Das Produktportfolio wächst hingegen nicht. Die beiden vor dem Zusammenschluss bestehenden Unternehmen waren in sachlich gleichen aber räumlich verschiedenen Märkten tätig.

b) Produkterweiterungsfusionen (Product Extension Mergers)

Durch eine Produkterweiterungsfusion wächst alleine das Produktportfolio des Unternehmens. Das geographische Geschäftsfeld wächst nicht. Die Unternehmen waren vor der Übernahme also im räumlich, aber nicht sachlich gleichen Markt tätig.²⁵

c) Rein konglomerate Zusammenschlüsse (Pure Conglomerate Mergers)

Durch einen rein konglomeraten Zusammenschluss wachsen sowohl das Produktportfolio als auch das räumliche Geschäftsfeld eines Unternehmens. Es bestand ursprünglich keinerlei Beziehung zwischen den Produkten und geographischen Geschäftsfeldern der Unternehmen, die sich zusammenschließen.²⁶ Sie waren auf sachlich und räumlich verschiedenen Märkten tätig.

d) Stellungnahme

Verschiedene konglomerate Unternehmenszusammenschlüsse werden kategorisiert, um daraus Ansatzpunkte für die wettbewerbliche Analyse abzuleiten. Die dargestellte Systematik ist dafür nicht zweckmäßig.

22 Schon *Ansoff*, Corporate Strategy, S. 109. In jüngerer Zeit: z.B. *Bubik*, Unternehmenszusammenschlüsse, S. 12; *Ebers*, in: Köhler/Küpper/Pfingsten (Hrsg.), S. 1790, 1791; *Gerybadze/Stephan* in: FS Bühner, S. 399, 401; sowie *Rederer*, Unternehmensdiversifikation, S. 22.

23 *Baron* in: Bunte, Art. 2 FKVO, Rn. 234 f.; *Burnley*, in: Amato/Ehlermann/Komninos (Hrsg.), S. 495, 496; *Sullivan/Grimes*, Law of Antitrust, 2. Aufl., S. 655 f.

24 *Burnley*, in: Amato/Ehlermann/Komninos (Hrsg.), S. 495, 496.

25 *Gerybadze/Stephan* in: FS Bühner, S. 399, 401.

26 *Ansoff*, Corporate Strategy, S. 109.

Rein geographische Expansionen sollten nicht Teil der juristischen Diskussion konglomerater Zusammenschlüsse sein.²⁷ Bei diesen produzieren beide Unternehmen bereits das gleiche Produkt. Es wird nicht der Markt für ein unbekanntes Produkt erschlossen. Deshalb kann die wettbewerbliche Analyse unmittelbar an Umstände in dem jeweiligen Markt anknüpfen.²⁸ Das ist aber uncharakteristisch für konglomerate Unternehmenszusammenschlüsse. Ihre Sonderstellung beruht darauf, dass die Produktmärkte sich nicht entsprechen. Daher kann der konglomerate Zusammenschluss den Wettbewerb nur auf ungewöhnliche Weise über komplexe Kausalketten schädigen. Diese Fälle müssen das Kartellrecht und die Ökonomie identifizieren. Die Analyse konglomerater Fusionen wird also verfälscht, wenn man Fälle geographischer Expansion in sie einbezieht. Letztere wirken sich grundsätzlich anders auf den Wettbewerb aus. Sie sind separat zu diskutieren. Deshalb schließt die Definition konglomerater Zusammenschlüsse in dieser Untersuchung rein geographische Expansionen nicht mit ein.²⁹

Die beiden verbleibenden Kategorien überzeugen ebenfalls nicht. Sie unterscheiden nur danach, ob die verschiedenen sachlichen Produktmärkte der Unternehmen sich vor der Fusion überlappten. Es ist jedoch nicht ersichtlich, dass sich daraus schlussfolgern ließe, wie sich der Zusammenschluss potenziell auf den Wettbewerb auswirkt.³⁰ Die traditionelle US-amerikanische Kategorisierung ist also abzulehnen. Sie mag bei unternehmerischen strategischen Entscheidungen zweckmäßig sein, bei der juristischen Prüfung ist sie es nicht.

2. Differenzierung anhand der betroffenen Produkte

Diese Differenzierung wurde speziell aus einer kartellrechtlichen Perspektive entwickelt.³¹ Konglomerate Zusammenschlüsse werden hier anhand der Beziehung der angebotenen Produkte zueinander kategorisiert.³² Dieser Fokus auf die angebotenen Produkte entspricht naturgemäß einem Fokus auf die betroffenen

27 Auch gegenwärtig werden Fälle rein geographischer Expansion fälschlich noch in der Diskussion konglomerater Fusionen angeführt; z.B. *Burnley*, in: Amato/Ehlermann/Komninos (Hrsg.), S. 495, 496.

28 Daher fasst schon *Sullivan*, Handbook of the Law, S. 600-652 ff. horizontale Zusammenschlüsse und Markterweiterungen in einem Kapitel zusammen.

29 Diese Abgrenzung wurde auch in einem Diskussionspapier des Arbeitskreises Kartellrecht verwendet: *Bundeskartellamt*, Konglomerate Zusammenschlüsse, S. 2.

30 Tatsächlich kategorisieren auch die genannten Quellen (Fn. 23) konglomerate Zusammenschlüsse nach dieser Logik, ohne bei der wettbewerblichen Analyse daran anzuknüpfen.

31 *Church Economic Consultants Ltd.*, Vertical and Conglomerate Mergers, S. i; *Denis/Denis/Sarin*, J.Fin. 52 (1997), 135, 135 f.

32 *Church*, Iss.Comp.L. & Pol. 2 (2008), 1503, 1506 f.; *Dethmers/Dodoo/Morfey*, Eur.Comp.J. 2005, 265, 266 f.

Märkte.³³ Deshalb erlaubt bereits diese Kategorisierung es, mögliche wettbewerbliche Auswirkungen der Fusion zu bestimmen. Daran kann die folgende wettbewerbliche Prüfung anknüpfen. Aus diesen Gründen werden konglomerate Zusammenschlüsse im Folgenden anhand der Beziehung der betroffenen Produkte zueinander differenziert.³⁴

a) Produkte stehen in einem Komplementärverhältnis (Complementary Product Merger)

Zwei Produkte sind komplementär, wenn es einen Mehrwert schafft, sie gemeinsam zu verbrauchen.³⁵ Die Produkte ergänzen einander. Ein Beispiel für komplementäre Produkte sind Schrauben und die zugehörigen Muttern. Bei einem *Complementary Product Merger* schließen sich also zwei Unternehmen zusammen, die derartige Produkte produzieren.

b) Die betroffenen Produkte sind verwandt³⁶ (Neighbouring Product Merger)

Bei einer solchen Fusion haben die fusionierenden Unternehmen denselben Abnehmerkreis. Es schafft für die Abnehmer aber keinen Mehrwert, die fraglichen Produkte gemeinsam zu nutzen.³⁷

Church stellt zwei weitere Kriterien auf, die verwandte Produkte seiner Ansicht nach regelmäßig erfüllen.³⁸ Erstens teilen sie einen gemeinsamen Vertriebskanal. Zweitens steige die Nachfrage nach den Produkten mit der Menge der Angebote, die an die gemeinsamen Abnehmer gerichtet sind. Ein Beispiel der letztgenannten Konstellation ist das Verhältnis zwischen Verbraucher und

33 Zur sachlichen Marktabgrenzung anhand der angebotenen Produkte im Detail: *Kerber/Schwalbe* in: MüKoEuWettbR, Einleitung H, Rn. 1140 ff.; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 25 Rn. 14 ff.; *Riesenkampff/Lehr* in: Lowenheim/Meessen/Riesenkampff, Art. 2 FKVO, Rn. 13ff oder *Whish*, Competition Law, S. 26.

34 Bei der Darstellung der Behandlung konglomerater Zusammenschlüsse in den USA (Teil 1, Kapitel C) wird allerdings punktuell auf die damalige Differenzierung zurückgegriffen, um die US-amerikanische Rechtsprechung nachzuvollziehen.

35 *Church Economic Consultants Ltd.*, Vertical and Conglomerate Mergers, S. i f.

36 *Church*, Iss.Comp.L. & Pol. 2 (2008), 1503, 1506 spricht von *neighbouring products*. Diesen Ausdruck leitet er wohl von den „benachbarten Märkten“ ab, auf denen die Produkte angeboten werden (vgl. auch *Bundeskartellamt*, Konglomerate Zusammenschlüsse, S. 15). Dem deutschen Sprachgefühl entspricht es nach Ansicht des Verfassers eher, die auf benachbarten Märkten angebotenen Produkte als „verwandte“ Produkte zu bezeichnen, um ihre wechselseitige Beziehung zu verdeutlichen.

37 *Bishop/Walker*, Economics of EC Competition Law, S. 451 f.

38 *Church*, Iss.Comp.L. & Pol. 2 (2008), 1503, 1506.

Supermarkt. Die Attraktivität eines Supermarktes steigt durch ein umfassenderes Warensortiment, falls die Kunden die zusätzlichen Produkte andernfalls an anderer Stelle erwerben müssten.³⁹

Diese zusätzlichen Kriterien sollten jedoch nicht bereits bei der Kategorisierung eines konglomeraten Zusammenschlusses verwendet werden. Schon die Aussage, dass sie nur regelmäßig aber eben nicht immer vorliegen, verwischt eine klare Abgrenzung. Außerdem erschweren sie die Kategorisierung, weil sie weiterer Wertung bedürfen.

Ein vor dem Zusammenschluss bereits bestehender gemeinsamer Vertriebskanal beeinflusst nämlich die wettbewerblichen Auswirkungen der Fusion primär dann entscheidend, wenn der Vertrieb der Produkte einen eigenen Markt darstellt. In diesem Fall werden die auf diesem Markt tätigen Vertriebsunternehmen durch die Fusion mit steigender Nachfragemacht konfrontiert. Dieses Resultat ist aber ein horizontaler Effekt auf dem Markt für den Vertrieb. Dieser ist von den konglomeraten Effekten der Fusion zu trennen. Wenn die Unternehmen die Produkte hingegen vor der Fusion selbst vertrieben haben, macht es keinen eindeutigen Unterschied, ob sie damals denselben oder unterschiedliche Vertriebskanäle genutzt haben. Sie können dann nämlich auch nach der Fusion einen gemeinsamen Vertriebskanal schaffen. Da die Abnehmer, die ja für beide Produkte identisch sind, bereits vor der Fusion beide Vertriebskanäle nutzten, dürfte eine derartige Verbindung meist leicht umzusetzen sein. Fusionen, bei denen die beteiligten Unternehmen schon vorher denselben Vertriebskanal nutzten, unterscheiden sich von derartigen Fusionen also nur graduell.

Auch ein erweitertes Produktportfolio, welches dieselben Abnehmer adressiert, schafft immer einen Mehrwert und kann so die Nachfrage erhöhen. Der Kauf aus einer Hand realisiert nämlich stets gewisse Synergien. Er reduziert zumindest die Transaktionskosten.⁴⁰ Darüber hinaus sind weitere Synergien wahrscheinlich. Mengenrabatte, steigende Effizienz der Einkäufer sowie ein vereinfachter Service sind nur einige denkbare Beispiele. Natürlich können diese Synergien unterschiedlich hoch sein. Nur eine eingehende Analyse kann sie quantifizieren.

Zwar können die von Church zusätzlich genannten Kriterien also einen Erkenntnisgewinn schaffen. Sie sind aber nicht eindeutig zu beurteilen und bedürfen näherer Betrachtung. Daher erscheint es vorzugswürdig, diese Kriterien erst

39 Natürlich ist insoweit stets von gleichen Preisen und gleicher Qualität im Vergleich zur Konkurrenz, die ein kleineres Produktportfolio bietet, auszugehen.

40 Geringere Transaktionskosten spielen in der Fusionskontrolle regelmäßig eine wichtige Rolle. Die Vertreter der *Chicago School* haben ihre Bedeutung früh betont, vgl. *Hovenkamp*, Antitrust Bull. 55 (2010), 613, 662 ff.; vgl. Teil 1, Kapitel B.II zur *Chicago School*.

im Rahmen der wettbewerblichen Analyse zu verwenden, um nicht schon die anfängliche Kategorisierung erheblich zu erschweren.

c) Die Produkte stehen in keiner Beziehung zueinander (Pure Conglomerate Merger⁴¹)

Die letzte Kategorie ist diejenige, in der die angebotenen Produkte weder in wirtschaftlicher noch in technischer Beziehung zueinander stehen. Ein Beispiel ist der Zusammenschluss eines Produzenten von Plüschtieren und eines Produzenten von Spähpanzern.

III. Besonderheiten konglomerater Zusammenschlüsse

1. Besondere Herausforderungen bei der Kontrolle konglomerater Zusammenschlüsse

Um die zutreffende Beurteilung konglomerater Fusionen herrscht seit Jahrzehnten Streit. Das ruht auf ihrer Komplexität und Vielgestaltigkeit. Bei konglomeraten entfällt im Gegensatz zu horizontalen Fusionen kein Wettbewerber aus dem jeweiligen Markt. Die Marktanteile, an die bei der Kontrolle horizontaler Fusionen regelmäßig angeknüpft wird, verändern sich also nicht. Im Unterschied zur vertikalen Integration treten keine unmittelbaren Marktverschließungseffekte auf. Beide Unternehmen bleiben auf dieselben Abnehmer und Lieferanten angewiesen. Meist kann auch das wechselseitige Marktverhalten der beteiligten Unternehmen vor der Fusion nicht betrachtet werden. Sie haben nämlich häufig in keinem Markt direkt interagiert. Weil die dargestellten Anhaltspunkte fehlen, ist die Rechtswissenschaft stark auf weitgehende ökonomische Prognosen angewiesen, um konglomerate Zusammenschlüsse zu analysieren. Lediglich das zukünftige Marktverhalten des fusionierten Unternehmens bestimmt nämlich, wie sich der jeweilige Zusammenschluss letztendlich auf den Wettbewerb auswirkt.⁴² Tatsächlich gelten konglomerate Zusammenschlüsse im Allgemeinen sogar als förderlich für den Wettbewerb.⁴³ Sie bieten das Potenzial, Effizienzen zu realisieren.

41 Die Bezeichnung *pure conglomerate merger* verwenden beide der unter A.II.1 und A.II.2 besprochenen Kategorisierungen.

42 EuG 14.12.2005, Rs. T-210/01, Slg. 2005, II-5575, Tz. 401 – *GE/Kommission*.

43 EuG 14.12.2005, Rs. T-210/01, Slg. 2005, II-5575, Tz. 401 – *GE/Kommission; Nothelfer*, EuZW 2007, 332, 332 f.