

Marius Leber

Dynamische Effizienzen in der EU-Fusionskontrolle

Zum Prognoseproblem im Kartellrecht am
Beispiel von Mobilfunkfusionen

Nomos | C.H. Beck

Europäisches Wirtschaftsrecht

Begründet von

Prof. em. Dr. Dr. h.c. Jürgen Basedow

Prof. em. Dr. Dr. Dr. h.c. Klaus Hopt

Prof. em. Dr. Wulf-Henning Roth

Herausgegeben von

Prof. Dr. Thomas Ackermann, LL.M.

Prof. Dr. Christian Heinze, LL.M.

Prof. Dr. Patrick C. Leyens, LL.M.

Prof. Dr. Rupprecht Podszun

Prof. Dr. Wolfgang Wurmnest, LL.M.

Band 62

Marius Leber

Dynamische Effizienzen in der EU-Fusionskontrolle

Zum Prognoseproblem im Kartellrecht
am Beispiel von Mobilfunkfusionen



Nomos



Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Bayreuth, Univ., Diss., 2018

ISBN 978-3-8487-5039-9 (Print)

ISBN 978-3-8452-9211-3 (ePDF)

1. Auflage 2018

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im November 2017 abgeschlossen und im Wintersemester 2017/2018 von der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth als Dissertation angenommen.

Sehr herzlich danke ich meinem Doktorvater Prof. Dr. *Rupprecht Podszun*. Er hat mich über viele Jahre hinweg – fachlich wie ideell – gefördert und geprägt. Seine Offenheit für das Thema und sein stets exzellenter Rat haben diese Arbeit erst möglich gemacht. Herrn Prof. Dr. *Knut Werner Lange* bin ich für das rasche Erstellen des Zweitgutachtens verbunden.

Ein großer Dank gilt auch dem ganzen Bayreuther Lehrstuhl-Team für vielseitige Hilfestellungen in fachlicher und organisatorischer Hinsicht sowie dem Referat A1 der Generaldirektion Wettbewerb für die Ermöglichung des dreimonatigen Forschungsaufenthalts und die wertvollen Einblicke in die Arbeit der EU-Kommission.

Von Herzen danke ich meinen Eltern und meiner Großmutter, die mir stets ihre vorbehaltlose Unterstützung in jeder Hinsicht zukommen ließen, und meinem Bruder *Christoffer*, der nicht nur für diese Arbeit ein wichtiger Ansprechpartner für mich war und ist.

Ganz besonders danke ich all denjenigen, die mich während meiner Promotionszeit begleitet haben und mir dabei mit Rat und Tat zur Seite standen. Meinen lieben Freundinnen und Freunden sei diese Arbeit gewidmet.

Berlin, im April 2018

Marius Leber

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|----|
| Einleitung | 13 |
| Gang der Darstellung | 17 |
| Kapitel 1. Das Prognoseproblem in der EU-Fusionskontrolle | 19 |
| A. Das EU-Fusionskontrollverfahren | 20 |
| B. Prognosen in der Fusionskontrolle | 25 |
| I. Prognoseentscheidungen: Terminologie und Struktur | 26 |
| II. Prognosegegenstände der Fusionskontrolle | 32 |
| III. Prognoseverfahren | 38 |
| 1. Prognosemodelle | 40 |
| 2. Prognosezeiträume | 44 |
| C. Das Prognoseproblem in dynamischen Märkten | 47 |
| I. Das Problem | 47 |
| II. Relevanz des Problems | 49 |
| III. Forschungsfragen | 50 |
| Kapitel 2. Prognosen in dynamischen Märkten | 52 |
| A. Der dynamische Markt | 52 |
| I. Der Marktbegriff in Ökonomie und Rechtswissenschaft | 52 |
| II. Mögliche Anknüpfungspunkte für dynamische Märkte | 57 |
| 1. Abstellen auf die Marktphase | 58 |
| 2. Abstellen auf den zentralen Wettbewerbsparameter | 60 |
| 3. Konturierung des Arbeitsbegriffes | 61 |
| III. Charakteristika dynamischer Märkte | 61 |
| 1. Erkenntnistheoretische Einbettung: Hayek und Schumpeter | 62 |
| a. Wettbewerb als Entdeckungsverfahren | 62 |
| b. Schöpferische Zerstörung | 63 |
| 2. Charakteristika | 68 |
| a. Innovation als Schlüsselbegriff | 68 |
| b. Innovationsanreize: economies of scale and scope | 71 |

| | |
|---|-----|
| c. Hoher Grad an Produktdifferenzierung | 73 |
| d. The winner takes it all | 74 |
| e. Technologische Pfadabhängigkeiten und Netzwerkeffekte | 75 |
| f. Die Volatilität von Marktmacht in dynamischen Märkten | 79 |
| 3. Zwischenergebnis | 83 |
| B. Die Rolle von dynamischen Effizienzen | 83 |
| I. Grundbegriffe | 84 |
| 1. Arten von Effizienzen | 84 |
| a. Statische Effizienzen | 85 |
| aa. Allokative Effizienz | 86 |
| bb. Produktive Effizienz | 86 |
| b. Dynamische Effizienzen | 87 |
| aa. Messbarkeit und Quantifizierung | 88 |
| bb. Vorhersehbarkeit und Kausalität | 89 |
| cc. Faktor Zeit | 90 |
| dd. Investition | 92 |
| ee. Zusammenfassung | 93 |
| 2. Wohlfahrtsstandards | 94 |
| a. Gesamtwohlfahrtsstandards | 95 |
| b. Konsumentenorientierte Wohlfahrtsstandards | 97 |
| c. Der Williamson-Trade-off | 97 |
| II. Effizienzen in der Europäischen Fusionskontrolle | 101 |
| 1. Effizienzen in der FKVO | 101 |
| 2. Effizienzen in den Leitlinien | 103 |
| a. Anerkannte Effizienzvorteile | 103 |
| b. Nachweisbarkeit | 104 |
| c. Fusionspezifität | 106 |
| d. Weitergabe | 106 |
| 3. Einbettung der Effizienzprüfung im Entscheidungsprozess | 107 |
| a. Getrennte Prüfung | 108 |
| b. Integrierter Ansatz | 109 |
| c. Zusammenfassung | 111 |
| III. Zwischenergebnis | 112 |
| C. Entscheiden unter Unsicherheit | 114 |
| I. Bausteine der Entscheidungstheorie | 116 |

| | |
|--|-----|
| II. Entscheiden und Wissen | 119 |
| 1. Die Ontologie des Wissens | 119 |
| a. Wissen als öffentliches Gut | 119 |
| b. Die Unvollkommenheit von Wissen | 121 |
| 2. Wettbewerb als Wissensproblem | 121 |
| 3. Innovation als Wissensproblem | 123 |
| III. Zwischenergebnis | 124 |
| D. Rahmenbedingungen der Prognosen in dynamischen Märkten | 125 |
| | |
| Kapitel 3. Methodik einer „effizienzorientierten“ Entscheidungsanalyse | 127 |
| A. Grundlagen | 128 |
| I. Methodische Anknüpfungspunkte für eine Entscheidungsanalyse im Recht | 128 |
| II. Evolutionäre Rechtsprechungsanalyse | 132 |
| 1. Die fünf Säulen der Evolutionsökonomik | 133 |
| a. Evolution | 133 |
| b. Beschränkte Rationalität der Akteure | 134 |
| c. Dynamik | 135 |
| d. Begrenzung von Wissen | 136 |
| e. Institutionenökonomik | 136 |
| 2. Elemente der Evolutionsökonomik | 137 |
| a. Grundbegriffe: Akteure, Elemente und Prozesse | 137 |
| b. Wiederkehrende Muster: Strukturen und Ordnungen | 138 |
| 3. Methodische Anknüpfungspunkte für eine evolutionäre Rechtsprechungsanalyse | 138 |
| B. Das EU-Fusionskontrollverfahren als Entdeckungsverfahren | 140 |
| I. Die Europäische Kommission als Akteur | 141 |
| II. Die EU-Fusionskontrolle als Wissensproblem | 142 |
| III. Die EU-Fusionskontrolle als regelgebundenes Verfahren | 142 |
| C. Zusammenfassung | 146 |
| | |
| Kapitel 4. Kartellrechtliche Entscheidungen in dynamischen Märkten | 147 |
| A. Methodische Vorbemerkungen | 147 |

| | |
|--|-----|
| B. Studie | 150 |
| I. Sachlicher Hintergrund: Der europäische Mobilfunkmarkt | 150 |
| II. Zusammenschlüsse im Telekommunikationssektor | 157 |
| 1. Studie | 159 |
| a. M.3916: T-Mobile Austria/tele.ring | 159 |
| aa. Sachverhalt | 159 |
| bb. Effizienzvortrag | 161 |
| b. M.6497: Hutchison 3G Austria/Orange Austria | 162 |
| aa. Sachverhalt | 163 |
| bb. Effizienzvortrag | 164 |
| c. M.6992: Hutchison 3G UK/Telefónica Ireland | 170 |
| aa. Sachverhalt | 170 |
| bb. Effizienzvortrag | 172 |
| d. M.7018: Telefónica Deutschland/E-Plus | 179 |
| aa. Sachverhalt | 179 |
| bb. Effizienzvortrag | 180 |
| e. M.7612: Hutchison 3G UK/Telefónica UK | 190 |
| aa. Sachverhalt | 190 |
| bb. Effizienzvortrag | 192 |
| f. M.7758: Hutchison 3G Italy/WIND/JV | 197 |
| aa. Sachverhalt | 197 |
| bb. Effizienzvortrag | 199 |
| 2. Bestandsaufnahme | 204 |
| a. Evolutionäre Gesamtbetrachtung und Quervergleich | 204 |
| aa. Umfang der Effizienzeinrede | 205 |
| bb. Beweisvortrag | 206 |
| cc. Entscheidungslinien und Feedback-Effekte | 211 |
| dd. Zusammenfassung und Übersicht | 214 |
| b. Prognosebezogene Beobachtungen und Einordnung | 218 |
| aa. Prognosen unter Unsicherheit | 218 |
| bb. Haftenbleiben am Status quo | 219 |
| cc. Modellierung von „counterfactuals“ | 221 |
| c. Effizienzbezogene Beobachtungen und Einordnung | 222 |
| aa. Prognosezeitrahmen und Beweisbarkeit | 222 |
| bb. Bewertung von dynamischen Effizienzen | 225 |
| (1) Fixkosteneinsparungen und Investitionsentscheidungen | 225 |
| (2) Kooperationsverträge („Network sharing“) als Fusionsalternative | 227 |

| | |
|---|-----|
| (3) Keine marktweite Betrachtung | 230 |
| (4) „Sowieso“-Argumentation | 230 |
| cc. Gewichtung von Effizienzen | 232 |
| (1) Stärkere Gewichtung von statischen Effizienzen | 232 |
| (2) Gewichtung von wettbewerblichen Effekten und Effizienzen | 233 |
| 3. Ergebnis | 234 |
| C. Erklärungsversuche | 235 |
| I. Fehlen von technischem „Know-how“ | 235 |
| II. Konzeption der Horizontalleitlinien | 236 |
| 1. Prognosezeiträume | 236 |
| 2. Quantifizierung und Beweisanforderungen | 237 |
| 3. Fusionspezifität | 240 |
| 4. Weitergabe | 241 |
| III. Pfadabhängigkeiten | 242 |
| 1. Institutionell | 242 |
| 2. Rechtliche Vermutungen | 244 |
| IV. Fehlender Referenzrahmen | 246 |
| D. Gesamtergebnis | 246 |
| Kapitel 5. Dynamisierung der Kartellrechtsinstrumente | 249 |
| A. Qualitätssicherung | 250 |
| I. Evolutionäre Ex-post-Beurteilung und Mustererkennung | 250 |
| II. „De-biasing“ und „Chief Tech Officer“ | 254 |
| 1. „De-biasing“ | 254 |
| 2. Chief Tech Officer | 256 |
| B. Revision der Horizontalleitlinien | 258 |
| I. Zeiträume | 258 |
| II. Beweisanforderungen | 259 |
| III. Fixkosten | 262 |
| IV. Fusionspezifität | 262 |
| V. Marktübergreifende Überlegungen | 264 |
| VI. Marktmacht | 265 |
| VII. Referenzrahmen für die Abwägung von kompetitiven Effekten und wohlfahrtsökonomischen Effizienzen | 266 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|-----|
| C. Flexibilisierung der Verfahren | 267 |
| I. Konsensuale Anordnungen | 267 |
| II. Reversibilität von Entscheidungen | 271 |
| D. Zusammenfassung | 272 |
| Zusammenfassung in Thesen und Beantwortung der Forschungsfragen | 275 |
| A. Zentrale Thesen dieser Arbeit | 275 |
| B. Beantwortung der Forschungsfragen | 277 |
| Literaturverzeichnis | 281 |

Einleitung

Im Oktober 2014 gab die Europäische Kommission die geplante Übernahme des Messenger-Services *WhatsApp* durch die Social-Media-Plattform *Facebook* frei.¹ Beide Unternehmen bieten Apps für Smartphones an, die es den Verbraucherinnen und Verbrauchern ermöglichen, über Text-, Foto-, Sprach- und Video-Mitteilungen zu kommunizieren. Die Kommission stellte in ihrer Freigabeentscheidung fest, dass *Facebooks* Messenger-Service und *WhatsApp* nicht eng miteinander konkurrieren und dass die Verbraucherinnen und Verbraucher nach der Transaktion weiterhin über eine breite Auswahl an alternativen Kommunikationsanwendungen verfügen würden. Obwohl Messenger-Apps durch starke Netzeffekte gekennzeichnet sind, zeigte die Untersuchung der Kommission, dass das fusionierte Unternehmen nach der Fusion weiterhin einem ausreichenden Wettbewerb ausgesetzt sein wird. Im Rahmen des Prüfverfahrens teilte *Facebook* der Kommission u. a. mit, dass es nicht möglich sei, künftig einen zuverlässigen automatischen Abgleich zwischen den Benutzerkonten beider Unternehmen einzurichten. Ein solcher Abgleich hätte die Synchronisation der Kontakt- und Adressbuchdaten der beiden Messenger-Dienste sowie eine verstärkte Interoperabilität der Dienste zur Folge gehabt. Die Freigabe wurde zwar nicht allein auf Grundlage dieser Information von der Kommission beschlossen; gleichwohl hat die Kommission diese Angaben bei der Prüfung des Zusammenschlusses berücksichtigt und in die wettbewerbliche Gesamtbewertung mit einfließen lassen.

Im August 2016 – etwas weniger als zwei Jahre nach der Freigabe – kündigte *WhatsApp* an, künftig Telefonnummern von *WhatsApp*-Nutzern mit *Facebook*-Profilen verknüpfen zu können. Damit trat genau der Fall ein, der im Jahre 2014 noch für technisch nicht durchführbar erachtet wurde. Die EU-Kommission übersandte daraufhin am 20. Dezember 2016 eine Mitteilung von Beschwerdepunkten an *Facebook*, in der sie dem Unternehmen vorwarf, es habe im Rahmen der Prüfung der geplanten Übernahme von *WhatsApp* im Jahre 2014 falsche oder irreführende Angaben

1 Siehe KOM, 3.10.2014, COMP/M.7217 – *Facebook/WhatsApp*.

gemacht.² Am 18. Mai 2017 verhängte die Europäische Kommission gegen *Facebook* eine Geldbuße in Höhe von 110 Millionen Euro wegen irreführender Angaben zur Übernahme von *WhatsApp*.³

Was zeigt dieses Verfahren?

Wenn Kartellbehörden über Unternehmensfusionen entscheiden, dann tun sie dies zuweilen unter großer Unsicherheit: Niemand kann mit hundertprozentiger Sicherheit vorhersehen, wie sich die Technologie- und Marktverhältnisse in den kommenden Jahren entwickeln werden. Gerade in dynamischen und technikimmanenten Märkten, in denen Innovation ein entscheidender Wettbewerbsparameter ist, stellt sich das Problem, dass sich Entwicklungen nur sehr schwer vorhersagen lassen: Die Entwicklungs- und Produktlebenszyklen sind sehr kurz, die Marktstrukturen disruptiv. Eine neue Technologie oder ein innovatives Geschäftsmodell kann morgen schon durch die nächste Garagenidee abgelöst werden. Starren Marktparametern wie Marktanteilen und Marktführerschaft kommt nur in begrenztem Maße Bedeutung zu. Innovation wird zum bestimmenden Wettbewerbsparameter.⁴ Der Zusammenschluss *Facebook/WhatsApp* zeigt, vor welchen großen Herausforderungen das Fusionskontrollverfahren in dynamischen Industrien steht. Die Frage bleibt: Hat Facebook tatsächlich relevante Informationen zurückgehalten, um die Entscheidung der Kommission positiv zu beeinflussen, oder haben sich die technischen Rahmenbedingungen innerhalb von zwei Jahren so stark verändert, dass ein Abgleich von Benutzerkonten erst später möglich wurde? Die Kommission wirft *Facebook* vor, über die Verbindung von Schnittstelleninformationen getäuscht zu haben. Wenn dies zutrifft, bleibt gleichwohl die Frage, ob nicht auch die Kommission dies hätte antizipieren müssen. Das Verfahren *Facebook/WhatsApp* legt die Annahme nahe, dass sich Fusionsanmelder und die Europäische Kommission in dynamischen Industrien in einem Umfeld von Unwissenheit und Unsicherheit bewegen. Dies wirft auch die Frage nach der Tragfähigkeit von wettbewerblichen Prognosen auf. Eine der um-

2 Vgl. KOM, Pressemitteilung vom 20.12.2016, IP/16/4473, abrufbar unter: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-4473_de.htm.

3 KOM, Pressemitteilung vom 18.5.2017, IP/17/1369, abrufbar unter: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1369_de.htm.

4 *Körber* beschreibt die Innovation als Triebfeder des dynamischen Wettbewerbs, vgl. *Körber*, WuW 2015, 120, 123 f.; *Dreher*, ZWeR 2009, 149, 151 f.; siehe auch *Rubinfeld*, GRUR Int. 1999, 479, 483.

triebigsten Branchen in den letzten fünfzehn bis zwanzig Jahren war der Telekommunikations- und Mobilfunksektor: Die Branche war durch eine massive Konsolidierungswelle in ganz Europa und einen rasanten technischen Wandel mit Blick auf neue Übertragungstechnologien und Anwendergeräte geprägt. Allein zwischen Januar 2010 und Juli 2017 hatte die EU-Kommission über 20 Zusammenschlüsse von europäischen Unternehmen aus der Mobilfunkbranche zu prüfen.⁵ In Zusammenschlüssen von Mobilfunkunternehmen, aber auch in anderen technikimmanenten Branchen tragen die Anmelder häufig vor, dass der Zusammenschluss zu fusionsspezifischen Effizienzgewinnen führen wird, welche Wohlfahrtssteigerungen in Form von günstigeren Preisen und Innovationen nach sich ziehen. Innovation ist in technikimmanenten Märkten der entscheidende Gradmesser für Wohlstand in der Gesellschaft. Das europäische Fusionskontrollverfahren stellt den Parteien dazu das Instrument der Effizienzrede bereit, mit der sich wettbewerbliche Bedenken der Kommission auf Grundlage von Effizienzerwägungen im Einzelfall ausräumen lassen. Wie noch zu zeigen sein wird, bleibt die Effizienzrede jedoch in der Praxis in einem überragend großen Teil der Fälle erfolglos. Dabei sind Innovationen gerade in dynamischen und technikimmanenten Märkten ein wichtiger Treiber für Wohlstand und funktionierenden Wettbewerb. Die vorliegende Arbeit stellt die Funktionsweise der europäischen Fusionskontrolle in dy-

5 Siehe KOM, 1.3.2010, COMP/M.5650 – *T-Mobile/Orange*; KOM, 20.1.2010, COMP/M.5730 – *Telefónica/Hansenet Telekommunikation*; KOM, 4.9.2012, COMP/M.6314 – *Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV*; KOM, 12.12.2012, COMP/M.6497 – *Hutchison 3G/Orange Austria*; KOM, 20.9.2013, COMP/M.6990 – *Vodafone/Kabel Deutschland*; KOM, 28.05.2014, COMP/M.6992 – *Hutchison 3G UK/Telefónica Ireland*; KOM, 2.7.2014, COMP/M.7018 – *Telefónica Deutschland/E-Plus*; KOM, 29.10.2013, COMP/M.7048 – *Vodafone Group/Vodafone Omnitel*; KOM, 15.1.2014, COMP/M.7113 – *PPF Group/Telefónica Czech Republic/Telefónica Slovakia*; KOM, 11.9.2015, COMP/M.7419 – *Teliasoneira/Telenor/JV*; KOM, 19.5.2015, COMP/M.7421 – *Orange/Jazztel*; KOM, 11.5.2016, COMP/M.7612 – *Hutchison 3G UK/Telefónica UK*; KOM, 4.2.2016, COMP/M.7636 – *Liberty Global/Base Belgium*; KOM, 1.9.2016, COMP/M.7758 – *Hutchison 3G Italy/WIND/JV*; KOM, 3.8.2016, COMP/M.7978 – *Vodafone/Liberty Global/Dutch JV*; KOM, 7.10.2016, COMP/M.8131 – *Tele2 Sverige/TDC Sverige*; KOM, 19.7.2017 – COMP/M.8251 – *BITE/Tele2/Telia Lietuva/JV*; KOM, 10.3.2017, COMP/M.8284 – *Deutsche Telekom/Orange/Buyin*; KOM, 10.5.2017, COMP/M.8427 – *KKR/Telefónica/Telxius*; KOM, 30.5.2017, COMP/M.8465 – *Vivendi/Telecom Italia*.

Einleitung

namischen Märkten auf die Probe und präsentiert Instrumente und Wege, um das innovatorische Potenzial dynamischer Märkte auszuschöpfen.

Gang der Darstellung

Die vorliegende Arbeit gliedert sich in fünf Kapitel.

Kapitel 1 dient der Einführung in die Problematik und der Erarbeitung der Forschungsfragen. Das Kapitel gliedert sich in drei Teile: In Teil A wird das EU-Fusionskontrollverfahren erläutert. In Teil B folgt eine theoretische Auseinandersetzung mit rechtlichen Prognosen, deren Struktur und Bedeutung im Rahmen des EU-Fusionskontrollverfahrens. In Teil C wird das Prognoseproblem in der EU-Fusionskontrolle eingeführt sowie dessen Relevanz für Unternehmen und die EU-Wettbewerbspolitik erläutert. Davon ableitend werden drei Forschungsfragen formuliert, die Gegenstand der folgenden Kapitel sein werden.

Kapitel 2 widmet sich der ersten Forschungsfrage und beleuchtet die Rahmenbedingungen für Prognoseentscheidungen in dynamischen Märkten. Das Kapitel gliedert sich in drei Teile: In Teil A wird dem Begriff des „dynamischen Markts“ auf den Grund gegangen. An dieser Stelle werden die tatsächlichen und ökonomischen Rahmenbedingungen des dynamischen Markts erarbeitet. In Teil B folgt eine eingehende Auseinandersetzung mit Effizienzen im europäischen Fusionskontrollverfahren, wobei der Schwerpunkt auf dynamischen Effizienzen liegt. In Teil C wird sodann ein Schlaglicht auf die Thematik „Entscheiden unter Unsicherheit“ und die Wissensproblematik geworfen.

Kapitel 3 dient der Offenlegung der Methodik, die dieser Arbeit zugrunde liegt. Die vorliegende Studie bedient sich der aus der Rechtsstatsachenforschung bekannten Dokumentenanalyse in Form einer Entscheidungsanalyse. Die Methodik fußt auf evolutionären Elementen und erfasst Entscheidungen der Europäischen Kommission in ihrem zeitlichen Verlauf. In Teil A werden die theoretischen Grundlagen für eine evolutionäre Entscheidungsanalyse gelegt. In Teil B folgt eine Erläuterung, warum sich das EU-Fusionskontrollverfahren für eine evolutionäre Analyse eignet. In Teil C wird das weitere methodische Vorgehen skizziert.

Kapitel 4 widmet sich der eigentlichen Fallstudie, die den Kern der vorliegenden Arbeit darstellt. Grundlage der evolutionären Entscheidungsanalyse bilden sechs Phase-II-Fusionskontrollentscheidungen der Europäischen Kommission aus dem europäischen Mobilfunkmarkt. In Teil A finden sich methodische Vorbemerkungen. In Teil B wird die Fallstudie

durchgeführt. Die wesentlichen Beobachtungen werden im Anschluss an die Analyse in einer Bestandsaufnahme festgehalten. In Teil C werden sodann mögliche Erklärungsversuche für die Beobachtungen präsentiert. Dieses Kapitel dient zugleich der Beantwortung der zweiten Forschungsfrage.

In Kapitel 5 werden fusionskartellrechtliche Instrumente vorgeschlagen, mit denen die in dem vorausgegangenen Kapitel ermittelten Defizite im europäischen Fusionskontrollverfahren behoben werden können. Teil A befasst sich mit Instrumenten der Qualitätssicherung. Die Teile B und C widmen sich möglichen legislativen Reformen und Verfahren zur Flexibilisierung des EU-Fusionskontrollverfahrens. In diesem Kapitel wird zugleich die dritte Forschungsfrage beantwortet.

Die Arbeit schließt mit einer Zusammenfassung der Ergebnisse und einer Aufzählung der zentralen Thesen. Zudem werden die drei Forschungsfragen abschließend gemeinsam beantwortet.

Kapitel 1. Das Prognoseproblem in der EU-Fusionskontrolle

Die vergangenen Jahre waren von einer Vielzahl medienwirksamer Fusionen geprägt: Der europäische Mobilfunksektor hat sich durch eine Reihe von Großfusionen allmählich konsolidiert, im Jahr 2014 hat die Social-Media-Plattform *Facebook* den Kurznachrichtendienst *WhatsApp* übernommen und im Dezember 2016 genehmigte die EU-Kommission die Übernahme des Karrierenetzwerkdienstes *LinkedIn* durch *Microsoft*. In allen angemeldeten Zusammenschlüssen spielten Schlüsseltechnologien, Innovationen, Netzwerkeffekte und digitale Geschäftsmodelle entscheidende Rollen. In vielen Fällen wurden von den Zusammenschlussparteien u. a. fusionsspezifische Effizienzgewinne, resultierend aus niedrigeren Verbraucherpreisen, steigenden Investitionen und neuen Innovationen, vorgebracht.⁶ Dies stellte die EU-Kommission zuweilen vor große Herausforderungen, hat sich das Wettbewerbsumfeld in digitalen und technologiegetriebenen Märkten in den vergangenen Jahren doch rasant und erheblich verändert. Insbesondere die Prognose über Fusionswirkungen und über künftige Rahmenbedingungen des Markts ist zuweilen besonders schwierig.

In dem vorliegenden Kapitel sollen das Prognoseproblem in der Fusionskontrolle vorgestellt und davon ableitend drei Forschungsfragen herausgearbeitet werden. Das Vorgehen erfolgt dabei in drei Schritten: Zunächst wird in Teil A das EU-Fusionskontrollverfahren vorgestellt. Sodann wird in Teil B die Terminologie und Struktur von Prognosen eingeführt und deren Rolle in der Fusionskontrolle erläutert. In Teil C wird das Prognoseproblem in der Fusionskontrolle und dessen Relevanz dargelegt. Das Kapitel schließt mit einer Aufzählung der dieser Arbeit zugrundeliegenden Forschungsfragen.

6 Siehe die in Kapitel 4 untersuchten Zusammenschlüsse, aber auch die Entscheidungen der Europäischen Kommission vom 15.05.2008, COMP/M.4854 – *TOMTOM/TELE ATLAS*; KOM, 2.7.2008, COMP/M.4942 – *NOKIA/NAVTEQ*; KOM, 23.11.2011, COMP/M.6203 – *Western Digital/VIVITI Technologies*; KOM, 1.2.2012, COMP/M.6166 – *Deutsche Börse/NYSE*; KOM, 30.1.2013, COMP/M.6570 – *UPS/TNT EXPRESS*.

A. Das EU-Fusionskontrollverfahren

Die europäische Zusammenschlusskontrolle hat traditionell die Aufgabe, die Entstehung und Verstärkung wirtschaftlicher Macht zu kontrollieren, welche aufgrund eines Zusammenschlusses von Unternehmen mit gemeinschaftsweiter Bedeutung entsteht.⁷ Oberstes Ziel der europäischen Fusionskontrolle ist somit die Aufrechterhaltung und Entwicklung wirksamen Wettbewerbs; industrie-, regional- und sozialpolitische Ziele werden dabei grundsätzlich nicht berücksichtigt.⁸ Grundlage der europäischen Fusionskontrolle ist die Verordnung (EG) Nr. 139/2004 vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (FKVO).⁹ Die heutige Fusionskontrollverordnung löste im Jahr 2004 die Verordnung (EWG) Nr. 4064/1989 vom 21. Dezember 1989¹⁰ ab, die erstmals das europäische Fusionskontrollrecht umfassend regelte.¹¹ Sie trat am 21. September 1990 in Kraft.¹² Die große Reform im Jahr 2004 brachte eine Reihe von grundlegenden materiell- und verfahrensrechtlichen Änderungen. In materiellrechtlicher Hinsicht führte sie zum Übergang vom Marktbeherrschungstest zum sogenannten SIEC-Test.¹³ Während die Kommission beim strukturo-

7 Ausweislich der Erwägungsgründe 4 bis 6 der Fusionskontrollverordnung verfolgt die europäische Zusammenschlusskontrolle den Zweck, eine „dauerhafte Schädigung des Wettbewerbs“ zu verhindern und ein System „unverfälschten Wettbewerbs“ zu gewährleisten, vgl. ABl. L 24, 29.1.2004, S. 1. Siehe auch *Emmerich*, Kartellrecht, 2014, S. 176.

8 *Hacker* in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2014, Teil 4: Fusionskontrolle Rn. 5.

9 Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20.1.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. L 24, 29.1.2004, S. 1 [FKVO].

10 Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21.12.1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. L 395, 30.12.1989, S. 1.

11 In Deutschland unterliegen Fusionen ab einer bestimmten Größenordnung schon seit 1973 einer Kontrolle. In den meisten Mitgliedsstaaten gab es eine solche Kontrolle bis Anfang der 90er-Jahre hingegen nicht, vgl. *Zeise* in: Schulte, Handbuch Fusionskontrolle, 2010, S. 270; siehe auch *Emmerich*, Kartellrecht, 2014, S. 176; *Lange*, Europäisches und deutsches Kartellrecht, 2006, S. 129.

12 Vgl. Art. 25 Abs. 1 VO (EWG) Nr. 4064/89.

13 „Significant impediment to effective competition“ (dt.: erhebliche Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs). Die Formulierung des Art. 2 Abs. 2 und 3 der FKVO stellt eine Kompromisslösung zwischen der früheren Rechtslage und der Forderung des Vereinigten Königreichs und Irlands dar, in Anlehnung an das amerikanische Antitrustrecht zum sog. SLC-Test („substantial lessening of competition“) überzugehen. Siehe dazu *Emmerich*, Kartellrecht, 2014, S. 177.

rientierten Marktbeherrschungstest untersuchte, ob Zusammenschlüsse zu einer marktbeherrschenden Stellung führen würden, untersucht sie Zusammenschlüsse seit der Reform wirkungsbasiert darauf, ob sie den wirksamen Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich beeinträchtigen würden.¹⁴ Auf diese Weise werden auch Oligopol-Sachverhalte erfasst. Mit Blick auf verfahrensrechtliche Änderungen hat die Reform zu einer Flexibilisierung der geltenden Fristen, einer Erweiterung der Ermittlungs- und Sanktionsbefugnisse sowie zu einer Vereinfachung und Modifikation der Verweisungsmöglichkeiten geführt.¹⁵

Ein tragendes Prinzip der europäischen Fusionskontrolle ist die Vorabkontrolle von Fusionen mit gemeinschaftsweiter Bedeutung, die von einem vorläufigen Vollzugsverbot flankiert wird.¹⁶ Das präventive Vollzugsverbot hat u. a. zur Folge, dass die Europäische Kommission nach der Anmeldung der Fusion eine umfassende Prognose zukünftiger wettbewerblicher Entwicklungen des Markts und der Zusammenschlussunternehmen vornehmen muss.¹⁷ Insbesondere Deutschland hatte sich in den Beratungen über die Einführung einer Fusionskontrolle auf europäischer Ebene für das Prinzip der Vorabkontrolle eingesetzt.¹⁸ Dies verpflichtet die Kommission aber auch zu einer beschleunigten Prüfung, damit die Abwicklung des Zusammenschlusses nicht unnötig herausgezögert wird.¹⁹ Aus diesem Grunde ist die EU-Fusionskontrolle an ein strenges Fristenregime gebunden.²⁰

14 Die FKVO kann seither auch (Oligopol-)Sachverhalte erfassen, in denen die fusionierenden Unternehmen in der Lage sind, Marktmacht auszuüben, obwohl sie nicht über die größten Marktanteile verfügen, siehe dazu *Zeise* in: Schulte, Handbuch Fusionskontrolle, 2010, S. 275.

15 Siehe dazu ausführlich *Klees*, Europäisches Kartellverfahrensrecht mit Fusionskontrollverfahren, 2005, S. 423 ff.; *Zeise* in: Schulte, Handbuch Fusionskontrolle, 2010, S. 274 f.

16 Siehe zu den grundlegenden Prinzipien der Fusionskontrollverordnung *Hacker* in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2014, 4. Teil: Fusionskontrolle, Rn. 5 ff.

17 Dazu *Emmerich*, Kartellrecht, 2014, S. 201; *Zeise* in: Schulte, Handbuch Fusionskontrolle, 2010, Rn. 1297.

18 Dazu *Zeise* in: Schulte, Handbuch Fusionskontrolle, 2010, S. 271.

19 *Heidenreich*, Anhörungsrechte im EG-Kartell- und Fusionskontrollverfahren, 2004, S. 138.

20 *Heidenreich*, Anhörungsrechte im EG-Kartell- und Fusionskontrollverfahren, 2004, S. 138.

Durch den Übergang zum SIEC-Test sollte es den Zusammenschlussparteien und der Kommission besser ermöglicht werden, mit der Fusion verbundene Effizienzvorteile geltend zu machen und zu berücksichtigen. Bereits vor der Revision der FKVO sah Art. 2 Abs. 2 lit. b) FKVO a. F. vor, dass die Kommission bei der Prüfung eines Zusammenschlusses „die Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts, sofern dieser dem Verbraucher dient und den Wettbewerb nicht behindert“, berücksichtigt. Bis 2004 spielten fusionsbedingte Effizienzgewinne allerdings so gut wie keine Rolle. Erst durch die Einführung des SIEC-Tests im Jahr 2004 hat die Effizienzeinrede erheblich an Bedeutung gewonnen. Der Wortlaut des Art. 2 FKVO ist zwar unverändert geblieben; dafür findet sich eine ausdrückliche Erwähnung des Instruments der Effizienzeinrede in Erwägungsgrund 29. Danach können die durch den Zusammenschluss bewirkten Effizienzvorteile die negativen Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf den Wettbewerb ausgleichen, mit dem Ergebnis, dass der wirksame Wettbewerb durch den Zusammenschluss nicht erheblich behindert wird. Die Kommission hat zudem – wie in Erwägungsgrund 29 der FKVO angeregt – Leitlinien zur Bewertung horizontaler Unternehmenszusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen veröffentlicht, in denen sie die Kriterien für die Berücksichtigung von Effizienzgewinnen detailliert darlegt.²¹ Die Effizienzeinrede ist an strenge Voraussetzungen geknüpft: Die behaupteten Effizienzvorteile müssen anerkannt, nachweisbar, fusionspezifisch und unmittelbar zum Nutzen der Verbraucherinnen und Verbraucher sein. Die Zusammenschlussparteien tragen dafür die Beweislast.²²

Das EU-Fusionskontrollverfahren läuft im Einzelnen wie folgt ab²³: Ein Zusammenschluss bedarf – wie eingangs erwähnt – bei Überschreitung der in Art. 1 FKVO²⁴ festgelegten Umsatzschwellen einer Anmeldung bei der EU-Kommission. Für alle Zusammenschlüsse mit gemein-

21 Siehe ABl. C 31, 5.2.2004, S. 5, Rn. 76 ff.

22 Zierke, Die Steuerungswirkung der Darlegungs- und Beweislast im Verfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Union, 2015, S. 404 ff.

23 Eine Darstellung des Verfahrensablaufs gibt Podszun in: FK zum Kartellrecht, 2014, Sonderbereich TK Rn. 257 ff.; zu den Grundzügen des Verfahrens Christianesen, Der „More Economic Approach“ in der EU-Fusionskontrolle, 2010, S. 476 ff.

24 Gemäß Art. 1 Abs. 2 FKVO hat ein Zusammenschluss gemeinschaftsweite Bedeutung, wenn ein weltweiter Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen zusammen von mehr als 5 Mrd. Euro und ein gemeinschaftsweiter Gesamtumsatz von

schaftsweiter Bedeutung und für jene, die vor der Anmeldung bei nationalen Wettbewerbsbehörden an die Kommission verwiesen wurden (vgl. Art. 4 Abs. 5 FKVO²⁵), besteht daher gemäß Art. 7 Abs. 1 FKVO ein vorläufiges Vollzugsverbot. Daraus folgt, dass ein Zusammenschluss nicht vollzogen werden darf, bevor er gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. b), Art. 8 Abs. 1 oder 2 FKVO oder aufgrund einer Vermutung gemäß Art. 10 Abs. 6 FKVO für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärt wurde.²⁶ Gemäß Art. 14 Abs. 2 FKVO können Verstöße gegen die Anmeldepflicht oder gegen das Vollzugsverbot von der Kommission mit Geldbußen sanktioniert werden. Im Ernstfall drohen Entflechtungsmaßnahmen nach Art. 8 Abs. 4 FKVO. Der vollständigen Anmeldung des Zusammenschlussvorhabens unter Verwendung des sogenannten Formblatts CO²⁷ gehen in aller

mindestens zwei beteiligten Unternehmen von jeweils mehr als 250 Mio. Euro erzielt werden; dies gilt nicht, wenn die beteiligten Unternehmen jeweils mehr als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Gesamtumsatzes in ein und demselben Mitgliedstaat erzielen. Ein Zusammenschluss, der die in Abs. 2 vorgesehenen Schwellen nicht erreicht, hat gemäß Art. 1 Abs. 3 FKVO gemeinschaftsweite Bedeutung, wenn der weltweite Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen zusammen mehr als 2,5 Mrd. EUR beträgt, der Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen in mindestens drei Mitgliedstaaten jeweils 100 Mio. EUR übersteigt, in jedem von mindestens drei Mitgliedstaaten der Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen jeweils mehr als 25 Mio. EUR beträgt und der gemeinschaftsweite Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen jeweils 100 Mio. EUR übersteigt; dies gilt wiederum nicht, wenn die beteiligten Unternehmen jeweils mehr als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Gesamtumsatzes in ein und demselben Mitgliedstaat erzielen.

- 25 Gem. Art. 4 Abs. 5 FKVO können im Fall eines Zusammenschlusses im Sinne des Art. 3 FKVO, der keine gemeinschaftsweite Bedeutung im Sinne von Art. 1 FKVO hat und nach dem Wettbewerbsrecht mindestens dreier Mitgliedstaaten geprüft werden könnte, die Unternehmen vor einer Anmeldung bei den zuständigen Behörden der Kommission in einem begründeten Antrag mitteilen, dass der Zusammenschluss von der Kommission geprüft werden sollte.
- 26 Die Kommission kann gemäß Art. 7 Abs. 3 FKVO auch Freistellungen vom Vollzugsverbot im Einzelfall erteilen.
- 27 Aus Art. 3 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission vom 21.4.2004 zur Durchführung der VO (EG) Nr. 134/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABl. L 133, 30.4.2004, S. 1) ergibt sich, dass für Anmeldungen nach der FKVO zwingend das Formblatt CO bzw. das vereinfachte Formblatt verwendet werden müssen. Das Formblatt CO muss der Kommission nach Maßgabe des Art. 3 der Durchführungsverordnung zusammen mit den Anlagen im Original und mit 37 Kopien der Originalanmeldung übermittelt werden.

Regel informelle Vorgespräche zwischen den Unternehmen und den Kommissionsmitarbeitern voraus, um in Hinblick auf das strenge Fristenregime der FKVO bereits im Vorfeld die Einzelheiten der Anmeldung klären zu können (sog. „Pränotifizierungsverfahren“²⁸). Die Kommission empfiehlt in ihren „Best Practice Guidelines“²⁹, dass die Anmelder die Kommission spätestens zwei Wochen vor der beabsichtigten Einreichung einer Anmeldung benachrichtigen sollten. Die Leitlinien sind zwar nicht bindend, gleichwohl gehören die Vorabkontakte zur regelmäßigen Praxis. In der Voranmeldungsphase wird der Umfang der für die Beurteilung des Zusammenschlusses erforderlichen Informationen geklärt. Nach erfolgreicher Anmeldung des Zusammenschlussvorhabens eröffnet die Kommission nach Maßgabe des Art. 6 Abs. 1 FKVO das sog. Vorprüfverfahren (Phase-I-Verfahren), in dem sie die grundsätzliche Anwendbarkeit der FKVO und die Vereinbarkeit des Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt vorab prüft. Spätestens 25 Arbeitstage nach Eingang der vollständigen Anmeldung ergeht die Entscheidung über die Einleitung eines vertieften Hauptprüfverfahrens (Phase-II-Verfahren).³⁰ Die Kommission kann ihren Beschluss auch mit Bedingungen und Auflagen verbinden, vgl. Art. 6 Abs. 2 Unterabs. 1 und 2 FKVO. Die Prüfphase verlängert sich, wenn die Kommission von einem Mitgliedstaat einen Verweisungsantrag gemäß Art. 9 Abs. 2 FKVO erhält oder wenn die Anmelder Verpflichtungszusagen anbieten, um den Zusammenschluss mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar zu machen; die Frist beträgt dann 35 Arbeitstage. Kommt die Kommission zu dem Schluss, dass die Fusion gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. c) FKVO Anlass zu ernsthaften Bedenken hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt gibt, leitet sie das Hauptprüfverfahren (Phase II) ein. In Phase II findet eine eingehende Analyse der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb statt.³¹ Sie wird eröffnet, wenn der Fall in Phase I nicht gelöst werden kann, d. h., wenn die Kommission ernsthafte Bedenken hat, dass die Transaktion den Wettbewerb auf dem Binnenmarkt beschränken könnte. Eine Phase-II-Untersuchung macht typischerweise eine umfassendere Akquise von Marktinformatio-

28 *Emmerich*, Kartellrecht, 2014, S. 220.

29 Die Leitlinien sind hier abrufbar: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/proceedings.pdf>.

30 Vgl. Art. 10 Abs. 1 FKVO.

31 Zu den Prinzipien der Phase II siehe *Rosenthal/Thomas*, *European Merger Control*, 2010, S. 318 f.

nen und unternehmensinternen Dokumenten erforderlich. In dieser Phase analysiert die Kommission auch die von den Anmeldern behaupteten Effizienzgewinne, die durch den Zusammenschluss erzielt werden könnten.³² Die Entscheidung, ob der Zusammenschluss mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist oder nicht, muss in Phase II dann innerhalb von 90 Arbeitstagen nach Einleitung des Verfahrens erfolgen, vgl. Art. 10 Abs. 3 und 4 FKVO. Gemäß Art. 8 Abs. 2 Unterabs. 2 FKVO kann die Freigabe eines Zusammenschlusses auch mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden. Die Frist verlängert sich auf maximal 105 Tage, wenn die Zusammenschlussparteien nach dem 55. Arbeitstag Verpflichtungszusagen vorlegen. Am Ende jeder Phase sieht die FKVO eine Entscheidung vor in Form einer Vereinbarkeitserklärung des Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt oder dessen Untersagung. Grundsätzlich werden die Entscheidungen der Kommission von den Kommissarinnen und Kommissaren als Kollegialorgan getroffen; die Befugnisse für Entscheidungen in Phase I wurden jedoch per Ermächtigung auf die Wettbewerbskommissarin bzw. den Wettbewerbskommissar übertragen.³³ Ergeht innerhalb der Verfahrensfristen keine Entscheidung nach Art. 6 Abs. 1 lit. b) oder c) sowie Art. 8 Abs. 1, 2 oder 3 FKVO, so gilt der Zusammenschluss gemäß Art. 10 Abs. 6 FKVO als für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar.

B. Prognosen in der Fusionskontrolle

Wie aus den vorhergehenden Ausführungen deutlich wird, ist die europäische Fusionskontrolle zukunftsorientiert ausgestaltet: Sie beruht auf einem präventiv angelegten Anmeldeverfahren, in welchem eine Prognose über die künftigen Marktentwicklungen und die voraussichtlichen Auswirkungen des geplanten Unternehmenszusammenschlusses vorgenommen wird. Die Europäische Kommission ermittelt im Rahmen ihrer Prüfung nicht nur die zu erwartende Marktmacht des fusionierten Unternehmens anhand einer Addition der Marktanteile; sie berücksichtigt z. B. auch den tatsächlichen und potenziellen Wettbewerb durch innerhalb oder außerhalb der

32 Eine Analyse von Effizienzgewinnen ist in Phase I zwar nicht ausgeschlossen, wird aber mit Blick auf das enge Fristenregime in aller Regel erst in Phase II durchgeführt.

33 Siehe *Zeise* in: Schulte, Handbuch Fusionskontrolle, 2010, S. 560.

Gemeinschaft ansässige Unternehmen.³⁴ Darüber hinaus bezieht sie die Finanzkraft der Unternehmen, die Entwicklung des Angebots und der Nachfrage bei den jeweiligen Erzeugnissen und Dienstleistungen sowie die Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts mit ein. Aus den aufgezählten Elementen wird ersichtlich, dass die Kommission eine zukunftsorientierte und „dynamische Betrachtungsweise“³⁵ zugrunde legt, die nicht nur gegenwärtige Marktparameter in den Fokus nimmt, sondern ganz bewusst den Entwicklungen und der Innovationskraft des jeweiligen Markts Rechnung trägt. Nach *Knut Werner Lange* sind „Binnenmarkt und Wettbewerb dynamische Begriffe“³⁶. Es ist daher Aufgabe der Fusionsprognose, die Dynamik der normativen Referenzbegriffe im EU-Kartellrecht richtig zu erfassen und zu spiegeln. Im Folgenden soll ein Schlaglicht auf den prognostischen Charakter der EU-Fusionskontrolle geworfen werden. Dazu sollen die wichtigsten Begrifflichkeiten im Zusammenhang mit Prognosen geklärt sowie deren Struktur und Gegenstände erläutert werden. Im Anschluss daran wird das Prognoseproblem in der EU-Fusionskontrolle eingeführt.

I. Prognoseentscheidungen: Terminologie und Struktur

Eine Prognoseentscheidung ist eine rechtliche Beurteilung eines künftigen Zustands oder Ereignisses (Prognoseereignis) auf der Grundlage der Bewertung und Einschätzung aktuell vorhandener Tatsachen.³⁷ Es handelt sich gewissermaßen um eine „rechtliche Vorausschau der Zukunft“³⁸. Die Fusionskontrolle unterscheidet sich in diesem Punkt maßgeblich von Wettbewerbsentscheidungen nach Art. 101 (Kartellverbot) und 102 AEUV

34 Vgl. Art. 2 Abs. 1 FKVO.

35 *Lange*, Räumliche Marktabgrenzung in der europäischen Fusionskontrolle, 1994, S. 216.

36 *Lange*, Räumliche Marktabgrenzung in der europäischen Fusionskontrolle, 1994, S. 223.

37 *Stickelbrock*, Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß, 2002, S. 283.

38 *Leisner*, Die Prognose im Staatsrecht, 2015, S. 17; *Ossenbühl* definiert Prognosen „als geistige Vorwegnahme der Zukunft“, vgl. *ders.* in: FS Menger, 1985, S. 732; *Giersch* spricht von einer „unwesentlich (eingeschränkten) Vorhersage mit einer an Gewissheit grenzenden Wahrscheinlichkeit“, vgl. *Giersch*, Allgemeine Wirtschaftspolitik (Grundlagen), 1960, S. 39.

(Missbrauchsverbot), die regelmäßig ein in der Vergangenheit liegendes Verhalten retrospektiv beleuchten und sanktionieren.³⁹ Die Europäische Kommission muss sich im Rahmen der Prognose verschiedene Ursache-Wirkungs-Zusammenhänge vergegenwärtigen und diejenige der Entscheidung zugrunde legen, deren Eintritt am wahrscheinlichsten ist.⁴⁰ Es besteht weder eine Vermutung für die Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses noch für seine Unvereinbarkeit.⁴¹ Die Prognoseentscheidung wird nicht im Wege der Subsumtion auf der Grundlage von festgestellten vergangenen oder gegenwärtigen Tatsachen betroffen, sondern erfordert stets ein Wahrscheinlichkeitsurteil über einen künftigen, hypothetischen Sachverhalt.⁴² Der Rechtsanwender muss bei der Ermittlung des hypothetischen Kausalverlaufs in der Zukunft im Grunde „mit zwei Unbekannten rechnen“⁴³. Ob die getroffene Entscheidung „richtig“ war, zeigt sich immer erst dann, wenn die Rechtsfolgen der Norm bereits verwirklicht sind.⁴⁴ Für Prognosen gelten damit keine „Wahrheits- oder Richtigkeitskriterien, sondern nur Sorgfaltsmaßstäbe“⁴⁵. Daraus folgt auch, dass die Fakten, auf denen die Prognoseentscheidungen beruhen, nicht dem Beweis zugänglich sind.⁴⁶ Einer Prognose hängt damit stärker als der retrospekti-

39 Freilich gibt es auch hier im Bereich der Verpflichtungszusagen nach Art. 9 VO/2003 und der Effizienzgewinne nach Art. 101 Abs. 3 AEUV Prognoseelemente.

40 *Jungheim*, Medienordnung und Wettbewerbsrecht im Zeitalter der Digitalisierung und Globalisierung, 2012, S. 292; EuGH, 2.4.2005, Rs. C-12/03 – *Tetra Laval*, ECLI:EU:C:2010:280, Rn. 43.

41 *Mestmäcker/Schweitzer*, EU-Wettbewerbsrecht, 2014, § 26 Rn. 34.

42 *Brunn*, Höchstrichterliche Rechtsprechung zu Prognoseentscheidungen durch Gesetzgeber, Verwaltungen und Gerichte, NJOZ 2014, 361; *Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, S. 142; *Stickelbrock*, Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß, 2002, S. 283; *Schwabenbauer* und *Kling* stellen klar, dass es sich bei der Projektion eines Sachverhalts in die Zukunft um ein Wahrscheinlichkeitsurteil handelt, die Prognoseentscheidung selbst erfülle jedoch alle Merkmale einer Subsumtion, vgl. *Schwabenbauer/Kling*, Verw-Arch 101 (2010), 231, 233.

43 *Brunn*, Höchstrichterliche Rechtsprechung zu Prognoseentscheidungen durch Gesetzgeber, Verwaltungen und Gerichte, NJOZ 2014, 361.

44 *Brunn*, Höchstrichterliche Rechtsprechung zu Prognoseentscheidungen durch Gesetzgeber, Verwaltungen und Gerichte, NJOZ 2014, 361.

45 *Ossenbühl* in: FS Menger, 1985, S. 732.

46 Freilich gibt es künftige Ereignisse, die ähnlich gewiss sind wie vergangene Sachverhalte, wie z. B. der Sonnenaufgang, vgl. *Brunn*, Höchstrichterliche Rechtsprechung zu Prognoseentscheidungen durch Gesetzgeber, Verwaltungen und Gerichte, NJOZ 2014, 361.

ven Beurteilung das Defizit der Restungewissheit nach.⁴⁷ Freilich ist auch der nachträglich geführte Indizienbeweis lediglich eine „Verkettung von Vermutungen“⁴⁸. Gleichwohl stellt das Maß der „erreichbaren Gewissheit“⁴⁹ einen graduellen Unterschied dar. Prognoseentscheidungen sind daher gegenüber retrospektiven Entscheidungen schwächer legitimiert.

Aus der Veränderlichkeit der Faktengrundlage folgt auch, dass Prognoseentscheidungen durch die spätere Entwicklung widerlegt werden können.⁵⁰ Man spricht in diesem Fall von einer „Fehlprognose“.⁵¹ Die Schwierigkeit einer rechtlichen Prognose liegt damit gerade darin, dass die Rechtsfolgen der Prognose in der Gegenwart wirken, der prognostizierte Sachverhalt sich jedoch in der Zukunft realisiert und sich bis dahin jederzeit ändern kann. Die Dynamik tatsächlicher, sozioökonomischer und rechtlicher Kausalverläufe macht rechtliche Prognosen zu einem komplizierten Unterfangen.

Gleichwohl sind Prognosen aus vielen Bereichen des Rechts bekannt. Im deutschen Recht findet sich eine Vielzahl von Prognosen etwa im Bereich des besonderen Verwaltungsrechts⁵², aber auch im Bürgerlichen Gesetzbuch⁵³ und im Strafrecht⁵⁴. Eine allgemeingültige juristische Definition einer Prognose hat sich bislang nicht herausgebildet.⁵⁵ Es gibt unterschiedliche Arten von Prognosen, die sich mit Blick auf ihre Komplexität z. T. stark unterscheiden.⁵⁶ Die Komplexität hängt nicht zuletzt vom zugrunde liegenden Sachverhalt und dem Gegenstand der Prognose ab. *Thomas Schwabenbauer* und *Michael Kling* benennen drei verschiedene

47 Auf die Thematik „Entscheiden unter Unsicherheit“ und auf die Wissensproblematik wird ausführlich in Kapitel 2 Teil C eingegangen.

48 *Kokott*, Beweislastverteilung und Prognoseentscheidungen bei der Inanspruchnahme von Grundrechten und internationalen Menschenrechten, 1993, S. 30.

49 *Kokott*, Beweislastverteilung und Prognoseentscheidungen bei der Inanspruchnahme von Grundrechten und internationalen Menschenrechten, 1993, S. 30.

50 *Schmidt-Aßmann* in: Maunz/Dürig, GG Kommentar, 2016, Art. 19 Abs. 4 Rn. 201.

51 *Schmidt-Aßmann* in: Maunz/Dürig, GG Kommentar, 2016, Art. 19 Abs. 4 Rn. 201.

52 Zu denken ist etwa an § 4 GastG, § 35 Abs. 1 GewO, § 2 Abs. 1 Nr. 2 AltPflG, § 7 LuftSiG, § 5 SÜG und § 6 Abs. 2 Nr. 1 AtG.

53 Siehe etwa § 1671 Abs. 2 Nr. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches (Übertragung der Alleinsorge auf den Vater).

54 Z. B. § 56 Abs. 1 des Strafgesetzbuches (Strafaussetzung).

55 *Schwabenbauer/Kling*, VerwArch 101 (2010), 231, 232.

56 *Bosch*, Die Kontrolldichte der gerichtlichen Überprüfung von Marktregulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur nach dem Telekommunikationsgesetz, 2010, S. 87.

Kategorien von Prognosen: Hinsichtlich des Umfangs seien Global-, General- und Einzelfallprognosen zu unterscheiden, mit Bezug auf den Prognosegegenstand könne man zwischen Verhaltens- und Zustandsprognosen differenzieren und hinsichtlich des Prognoseverpflichteten Legislativ-, Judikativ- und Administrativprognosen.⁵⁷

Neben diesen drei Kategorien kann man zusätzlich nach dem Prognoseziel differenzieren. Im Verwaltungsrecht dienen Prognosen in aller Regel der geordneten Planung, der Gefahrenabwehr und der Sicherung des Status quo. Dies betrifft insbesondere die Bereiche des Ordnungs- und Polizeirechts sowie das Umweltrecht, das Immissionsschutz- und das Sicherheitsrecht. Im Bau-, Umwelt- und Planungsrecht dienen Prognosen vor allem der Planung künftiger Entwicklungen im Einklang mit übergeordneten Staatszielen wie Nachhaltigkeit und Versorgungssicherheit. Im Strafrecht werden Prognosen häufig mit Blick auf die Strafmilderung und Strafschärfung sowie zur öffentlichen Sicherheit getroffen (vgl. Maßregeln der Besserung und Sicherung, §§ 63 ff. StGB). Die von der Verwaltung angestellten Prognosen sind gerichtlich z. T. nur eingeschränkt überprüfbar, etwa wenn den Behörden ein Beurteilungsspielraum bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe zusteht.⁵⁸ Dieser Beurteilungsspielraum soll der Verwaltung auch mit Blick auf die den Prognosen innewohnenden Unsicherheiten zustehen.⁵⁹ Dies gilt auch im Kartellrecht, wobei der Europäische Gerichtshof für das europäische Kartellrecht in der Entscheidung *Tetra Laval* die Notwendigkeit einer gerichtlichen Kontrolle gerade komplexer Prognoseentscheidungen betont hat.⁶⁰ Der Gerichtshof räumt der Kommission zwar einen Beurteilungsspielraum bei komplexen Wirtschaftsfragen ein; gleichwohl müsse es dem Gemeinschaftsrichter möglich sein, die sachliche Richtigkeit der Beweise, ihre Zuverlässigkeit und ihre Kohärenz zu überprüfen sowie nachzuforschen, ob alle erforderlichen Daten zusammengetragen und die richtigen Schlüsse gezogen wurden.⁶¹ Ne-

57 *Schwabenbauer/Kling*, VerwArch 101 (2010), 231, 232.

58 Umfassend dazu *Ossenbühl* in: FS Menger, 1985, S. 731 ff.; es ist zwischen eigenständigen Prognosen des Gerichts und der gerichtlichen Prognose fremder, v. a. administrativer Prognosen zu unterscheiden; dazu umfassend *Schwabenbauer/Kling*, VerwArch 101 (2010), 231, 235 ff.; *Stichelbrock*, Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozess, 2002, S. 146 ff.

59 Vgl. *Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, S. 142.

60 Vgl. EuGH, 15.2.2005, Rs. C-12/03 – *Tetra Laval*, ECLI:EU:C:2005:87, Rn. 39; dazu *Wollenschläger*, Wissensgenerierung im Verfahren, 2009, S. 167 f.

61 Vgl. EuGH, 15.2.2005, Rs. C-12/03 – *Tetra Laval*, ECLI:EU:C:2005:87, Rn. 39.

ben der (eingeschränkten) Überprüfung von behördlichen Prognosen nehmen auch Gerichte eigenständig Prognosen vor, sofern das Gesetz dies vorschreibt.⁶²

Im Zusammenhang mit rechtlichen Prognosen sind verschiedene Begrifflichkeiten auseinanderzuhalten:

Der *Prognosebegriff* bezeichnet das Tatbestandsmerkmal einer Norm, welches ausgelegt werden muss und damit den Gegenstand der Prognose bildet. Ein Beispiel dafür ist die „erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs“ im Rahmen von Art. 2 FKVO.⁶³ Insbesondere unbestimmte Rechtsbegriffe haben zumeist prognostische Elemente.⁶⁴ Der Prognosebegriff beschreibt ein gewisses *Prognoseereignis*, also einen zukünftigen Sachverhalt, dessen Eintritt mit Hilfe der Prognose ermittelt werden soll.⁶⁵ Am Ende steht das *Prognoseergebnis*. Es beschreibt die Feststellung, dass das ermittelte Prognoseereignis mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit eintreten wird; es resultiert aus der Anwendung einer *Prognosemethode*.⁶⁶ Der Wahrscheinlichkeitsmaßstab orientiert sich an den Vorgaben der jeweiligen Fachgesetze. Im Übrigen gilt das Gleiche wie für die richterliche Beweiswürdigung gemäß § 286 der Zivilprozessordnung, nämlich, dass der Rechtsanwender in der Überzeugungsbildung frei ist.⁶⁷ Dies gilt auch für die behördliche Praxis.⁶⁸ Mit Blick auf den behördlichen Beurteilungsspielraum können Gerichte insbesondere untersuchen, ob der richtige Prognosebegriff ermittelt wurde, ob die Datengrundlage stimmt, und ob die Behörde eine vertretbare und wissenschaftlich fundierte Methode ausgewählt hat.⁶⁹ Das Prognoseergebnis hingegen ist nicht gerichtlich überprüfbar. Das Gericht darf seine eigene Prognose daher grundsätzlich nicht an die Stelle der behördlichen Prognose setzen.⁷⁰

62 Man denke etwa an Strafaussetzung, § 56 StGB.

63 *Schwabenbauer/Kling*, VerwArch 101 (2010), 231, 232.

64 Vgl. *Schmidt-Aßmann* in: Maunz/Dürig, GG Kommentar, 2016, Art. 19 Abs. 4 Rn. 198.

65 *Schwabenbauer/Kling*, VerwArch 101 (2010), 231, 232.

66 *Schwabenbauer/Kling*, VerwArch 101 (2010), 231, 232 f.

67 Vgl. *Foerste* in: Musielak/Voit, ZPO, 2016, § 286 Rn. 9; *Prütting* in: MüKo ZPO, 2016, § 286 ZPO Rn 13 ff.

68 Dazu später eingehend; für das Kartellverfahren siehe etwa *de Bronett*, Europäisches Kartellverfahrensrecht, 2011, Art. 2 VO 1/2003 Rn. 35.

69 *Schmidt-Aßmann* in: Maunz/Dürig, GG Kommentar, Art. 19 Abs. 4 Rn. 200.

70 *Schmidt-Aßmann* in: Maunz/Dürig, GG Kommentar, Art. 19 Abs. 4 Rn. 200.